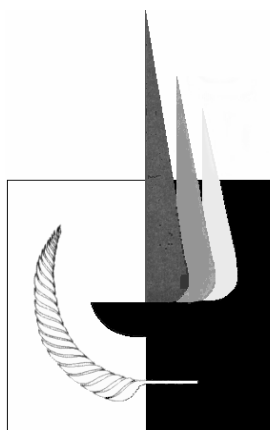


UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PAMPA



**FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y
JURÍDICAS**

**SEMINARIOS SOBRE APORTACIONES
TEÓRICAS Y TÉCNICAS RECIENTES**

Título: “Derecho de Propiedad Indígena”

**Apellido y Nombre de los alumnos: Vives
Gabriela, Mancuso Estefanía A., Medina Valeria A.**

**Asignatura sobre la que se realiza el trabajo:
Derecho Civil IV.**

Encargado de curso: Prof. Rojas Torres Silvina

Año que se realiza el trabajo: 2014

CAPITULO 1: INTRODUCCION	3
CAPITULO 2: DESARROLLO	7
Caracteres de la propiedad indígena:	7
Evolución constitucional, legislativa, y jurisprudencial:.....	8
Legislación nacional en materia indígena, con especial referencia a la propiedad de las tierras	10
Antecedentes legislativos federales y provinciales:	13
Los principales hitos normativos a partir de 1994 fueron:	14
Constituciones provinciales:.....	19
Desarrollo de la Ley:	28
Ley Agraria Nacional última reforma:	29
Derecho Internacional.....	30
Tipificación de derecho de propiedad indígena.....	35
Propiedad indígena es un derecho real autónomo.	36
Contenido normal de la propiedad indígena.....	37
Modos de constitución de la propiedad indígena.	38
Propiedad indígena es un nuevo derecho real.	38
Servidumbre de propiedad indígena. Acción confesoria.....	39
Modos de extinción de la propiedad indígena.....	39
Tutela del derecho de propiedad individual restringido. Expropiación inversa.	39
CAPÍTULO 3: CONCLUSIÓN	41
XXIV Jornadas de Derecho Civil Bs. As. (UBA)	41
Conclusión final:.....	79
BIBLIOGRAFIA:	81

CAPITULO 1: INTRODUCCION

Hace cinco siglos atrás, el territorio que actualmente se conoce como Latinoamérica, estaba poblado desde su origen por diferentes comunidades indígenas con sus propios ritos y creencias. En el territorio de la Argentina particularmente, podemos mencionar entre otros los siguientes pueblos precolombinos:

- Humahuacas y Atacamas ocupaban el actual territorio de la Provincia de Jujuy, dedicados a la agricultura y ganadería.
- Diaguitas, ocupaban el sudoeste de Salta, Catamarca, oeste de Tucuman, el norte y centro de La Rioja, este de San Juan y Santiago del Estero, se dedicaban al cultivo y a la ganadería.
- Guaraníes, este pueblo se asentó en la provincia de Misiones y norte de Corrientes, basaban su subsistencia en la agricultura; cabe señalar que para este pueblo existía la propiedad privada de los objetos muebles y la familiar de la casa, pero no se habla de propiedad sobre el territorio.
- Comechingones, habitaron las sierras occidentales cordobesas y noreste de la actual provincia de San Luis. Predominantemente agricultores pero también eran cazadores, recolectores y ganaderos.
- Churrúas, el hábitat de estos pueblos se corresponde con el territorio de lo que actualmente es Uruguay, sudeste de la provincia de Corrientes,

noreste de entre Ríos. Eran cazadores y recolectores, complementaban su economía con la pesca.

- Tehuelches, habitaban en la zona pampeana y patagónica. Vivían básicamente de la caza, eran recolectores de plantas. Estos pueblos evidenciaron un concepto amplio de propiedad con intensa participación equitativa de sus ventajas.
- Mapuches, residían en el sur de la provincia de Mendoza, Neuquén y parte de Río Negro, eran recolectores, cazadores, plantadores y pastores, aunque también se dedicaban a la pesca. La propiedad de la tierra era común.

La idea de propiedad privada de la tierra era extraña, esta era tenida comunalmente y trabajada colectivamente.

Con el devenir de la historia hemos perdido la identidad cultural de los pueblos indígenas, olvidando sus raíces históricas, sociales, políticas y económicas.

Así, según el Informe del Programa Nacional de Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas (2009) se estableció que:

“Una de las demandas más sentidas de los pueblos originarios es el reconocimiento constitucional de “la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan”.

No obstante el marco normativo vigente, las comunidades indígenas han soportado en los últimos años numerosas y reiteradas amenazas, atropellos y desalojos en sus propios territorios”.

Desde 1994, la Constitución Nacional creó un nuevo derecho real que integra el “*numerus clausus*” conforme a las pautas fijadas por el legislador en el art. 2.502 del Código Civil, pues ha sido creado por ley, en este caso por la Carta Magna. Esta posición se sustenta al considerar que es un derecho real que puede ser ejercido únicamente por una comunidad aborigen, es un derecho absoluto, sus normas son sustancialmente de orden público, establecen entre la comunidad (como sujeto activo) y sus tierras (los inmuebles que ocupan) una relación directa e inmediata. Cabe aclarar:

* No se trata del dominio, entendido como derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y acción de una persona, o del condominio, que refiere al derecho real de propiedad que pertenece a varias personas, por una parte indivisa sobre una cosa mueble o inmueble.

* En principio, se trata del derecho de una comunidad aborigen registrada, que se encuentra formada por el conjunto de personas y/o familias que habitan un mismo lugar y tienen a su vez una raíz común y participan de la misma cultura. La falta de registración no da lugar al reconocimiento del derecho de propiedad

indígena hasta tanto cumpla con la misma en los registros especiales creados a tales fines.

La propiedad tiene como fuente a la Ley no requieren de su inscripción para dar publicidad frente a terceros de buena fe, esta registración sólo es exigible respecto de los derechos reales inmobiliarios.

*Este nuevo derecho de propiedad tiene características propias en función de su inalienabilidad e intransmisibilidad y por no estar sujeto a gravamen ni embargos, y también por su imprescriptibilidad.

Teniendo particularidades en relación con el instituto expropiatorio, en donde la propiedad comunitaria indígena no es un derecho absoluto y la expropiación afecta el carácter perpetuo del derecho, hay que decir que los poderes legislativos deben acudir a la herramienta expropiatoria en última instancia, no pudiendo aplicárseles a la propiedad comunitaria indígena las reglas genéricas de la expropiación privada, en los siguientes aspectos:

- 1) En lo atinente a la ley que declara la utilidad pública y sujeta el bien a expropiación;
- 2) En lo relativo a la calidad de la indemnización;
- 3) Respecto de los efectos de la extinción de la causa expropiatoria.

El legislador podrá organizar procedimientos diversos pero todos deberán garantizar el derecho de la comunidad a ser oída antes de declarar la expropiación.

En lo concerniente a la indemnización el Estado deberá en primer término ofrecer a la comunidad tierras sustitutas de las expropiadas cuya calidad y estatuto jurídico sean iguales a las que ocupaban anteriormente, pudiendo optar los pueblos por una indemnización en dinero o en otra especie.

La retrocesión no es la solución en los casos en que la expropiación involucre tierras ocupadas por la comunidad expropiada, porque no sería compatible con el derecho de regreso reconocido en la Convención N° 169 de la OIT.

CAPITULO 2: DESARROLLO

Caracteres de la propiedad indígena:

Exclusividad: La comunidad indígena es la única que ejerce la titularidad de este derecho, a su vez este tiene carácter excluyente pues la comunidad tiene la facultad de excluir a terceros del uso y goce o disposición de la cosa.

Perpetuidad: Este carácter tiene una doble connotación, la no limitación temporal y la inextinguibilidad por el no uso o ejercicio. Al ser la propiedad indígena intransmisible, es por vía de consecuencia imprescriptible para un tercero.

Absolutez: Hoy en día se entiende que este derecho debe ser ejercido de forma regular y se encuentra sujeto a restricciones establecidas en el interés público, los derechos de un tercero, la moral, el orden público y las buenas costumbres. Una de las más importantes restricciones que sufre la propiedad indígena es la inenajenabilidad perpetua, entre otras.

Evolución constitucional, legislativa, y jurisprudencial:

Antecedentes previos a la Constitución de 1853:

1. Real Ordenanza de Carlos III de 1782;
2. Decreto de la Junta Provisional Gubernativa de las Provincias Unidas del Río de la Plata de 1811, se ocupó de la libertad de los indios e igualdad con los demás ciudadanos;
3. Asamblea del año 1813, se pronunció sobre el sufragio de los indios;
4. Artículo 177 del Proyecto de Constitución Nacional del 27 de Enero de 1813, previó la extinción de todo “servicio personal” y respecto de las tierras establecía, se repartirán en propiedad a los padres de familia de las respectivas comunidades sin más condiciones que la de cultivarlas;
5. Proyecto de Constitución Nacional de la Sociedad Patriótica de 1813;
6. Proyecto de Constitución Nacional de 1818, en el marco del Congreso General Constituyente 1816-1819, se estatuyó 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...”

7. La Constitución de las Provincias Unidas de Sud América del 22 de Abril de 1819;
8. Proyecto anónimo de Constitución para la provincia de Salta, redactada entre 1821 y 1825;
9. En el Tratado de Unión entre Buenos Aires y Santa Fe contra los Bárbaros de 1823;
10. La Constitución de la República Argentina sancionada por el Congreso General Constituyente en 1826;
11. Convenio entre Córdoba y San Luis de 1829;
12. Convenio entre Buenos Aires y Santa Fe de 1829;
13. Convenio entre Buenos Aires y Córdoba de 1829;
14. Acuerdo entre Corrientes, Santa Fe y Entre Ríos contra el Paraguay 1834;
15. Tratado de Paz entre el Estado de Buenos Aires y la Confederación 1854;
16. Tratado de Paz y Comercio entre el Estado de Buenos Aires y la Confederación Argentina;

17. Proyecto de Constitución de la Confederación Argentina de Juan B. Alberdi 1852, el Congreso debía proveer lo conducente para estimular la colonización de las tierras desiertas y habitadas por indígenas (Art. 67 inc. 3);
18. Proyecto de Constitución de la Federación Argentina de 1853 de la Comisión de Negocios Constitucionales de la Convención Constituyente, preveía en su Art. 64 inc. 15 que correspondía al Congreso conservar el trato pacífico con los indios y proveer a la seguridad de las fronteras.

Legislación nacional en materia indígena, con especial referencia a la propiedad de las tierras

1. Ley N° 215: “de frontera contra los indios”, establecía que a las tribus nómades existentes en el territorio nacional se les concedería todo lo que fuera necesario para su existencia fija y pacífica.
2. Ley N° 817: “de inmigración y colonización”, contemplaba la creación de misiones para el establecimiento de las tribus indígenas y disponía un fondo especial de tierras con destino, entre otros a la reducción de indios.
3. Ley N° 1744, autoriza gastos para el sostenimiento de indios sometidos y auxiliares.

4. Ley N° 3092, autorizó al PEN para conceder la propiedad de tierras al Cacique Manuel Namuncurá y a las familias de su tribu.
5. Ley N° 3154, aclarada por ley N° 3369, autorizó al PEN a entregar en propiedad a caciques indígenas y sus familias 6 leguas en La Pampa central
6. Ley N° 3.814, autorizó al PEN a conceder en propiedad 12 leguas de tierra en el territorio de Chubut a un cacique y a su tribu. Se dispuso que las tierras no podían ser enajenadas por el término de 5 años desde la fecha de otorgamiento de escritura.
7. Ley N° 4167: “De Régimen de tierras fiscales”, estableció que PEN fomentaría la reducción de las tribus indígenas, procurando su establecimiento por medio de misiones y suministrándoles tierras y elementos de trabajo.
8. Ley de colonización N° 12.636 derogada por la ley N° 14.392, creo el Consejo Agrario Nacional y dispuso que ese organismo entregara tierras en propiedad, en los territorios nacionales, a indígenas nacionales, estableciendo su régimen de explotación, “teniendo en cuenta sus costumbres y trabajo”. Se previó que las tierras adjudicadas no podrían ser vendidas, gravadas ni embargadas, sin el consentimiento de dicho organismo.

9. Ley N° 12.636 “De la Colonización Indígena” (arts.142 a 150), determinó que la adjudicación de tierras en las colonias indígenas sería a título gratuito y precario por un plazo de prueba de diez años, y a su conclusión se las escrituraría en propiedad.

Asimismo la propiedad de la tierra estaría sujeta a distintas limitaciones como: vender, gravar, ser embargadas y cualquier forma de disposición sin el consentimiento del consejo.

10. Ley N° 14.254, autoriza la creación de colonias granjas para aborígenes en las provincias de: Chaco, Jujuy, Formosa, Salta y Neuquén.

11. Ley N° 20.738, dispuso la transferencia a la provincia de Neuquén de cuatro hectáreas para el asentamiento de una tribu mapuche.

12. Ley N° 23.750, ordenó la transferencia a título gratuito de la propiedad de determinados lotes ubicados en jurisdicción de la Reserva Nacional Lanín a la Asociación de Fomento Rural Curruhuinca.

13. Ley N° 25.549, declaró de utilidad pública y sujeta a expropiación las tierras de Lapacho Mocho, Departamento San Martín, Salta, para ser adjudicadas en propiedad comunitaria a la Comunidad Indígena del Pueblo Wichi “Hoktek To í”.

14. Ley N° 25.607, dispuso la realización de una campaña de difusión de los derechos de los pueblos indígenas contenidos en el inciso 17 del art. 75 de la CN.

Antecedentes legislativos federales y provinciales:

Constitución Nacional de 1853, 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”

Ley 23.302 de “Política Indígena y apoyo a las Comunidades Aborígenes”, establecía normas para la “adjudicación” de las tierras (sin definir un derecho de posesión o propiedad) y pautas para el acceso a derechos sociales como salud, educación y vivienda. Por el art. 2 la ley ya reconocía la personería jurídica de las comunidades.

Ésta ley reconoce el derecho a la participación indígena mediante la creación de un organismo descentralizado con autonomía financiera, el “Instituto Nacional de Asuntos Indígenas” (INAI).

La ley 25.799 modificó en el Capítulo VIII lo referido a los Planes de Vivienda y es significativa la introducción del artículo 23 bis en la ley 23.302, el cual dicta: “Promuévase en el marco de la presente ley, la conservación de la cultura e inserción socioeconómica de comunidades aborígenes.”.

Los principales hitos normativos a partir de 1994 fueron:

La reforma constitucional del año 1994, en su art. 75 inc. 17 establece:

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

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

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (norma aprobada por el Congreso en 1992 por ley 24.071 y que fue ratificada en julio del año 2000, con plena vigencia como Tratado de Derechos Humanos, a partir del 3 de julio de 2001).

El tema específico de las tierras es abordado en la Parte II de la Convención que comprende los Art. 13 a 19.

Por el art. 13 se establece que “...los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados

reviste su relación con las tierras o territorios que ocupan o utilizan de alguna otra manera y en particular los aspectos colectivos de esa relación.”.

El art. 11 de la vieja convención 107 reconocía explícitamente el derecho a la propiedad individual, en el art. 14 de la convención vigente se da el reconocimiento a los “pueblos interesados” en concordancia con el art. 13 in fine.

El art. 17 inc 1º dispone “deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos.

La Convención 169 se ocupa de los derechos de los pueblos sobre las tierras, distinguiendo al efecto cuatro categorías jurídicas diferentes: 1- “tierras que tradicionalmente ocupan”; 2- “tierras que no están exclusivamente ocupadas por ellos pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”, 3- “tierras adicionales (...) cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarle los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico” y 4- “tierras sustitutas por traslados”.

- Régimen protectorio de las tierras:

Las tierras de los pueblos indígenas están sujetas a un régimen tutelar específico y con esa finalidad el artículo 14 inc. 2 establece como principio

general:” “los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para (...) garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión”.

- Derecho de reivindicación:

El artículo 14 en su inc. 3, dispone: “deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados”. El otorgamiento corresponderá en cualquiera de las cuatro categorías enunciadas, estas serán otorgadas con el carácter de derecho real.

- Defensa de la posesión:

En tanto en el ya mencionado artículo 14 inc. 2, se garantiza también la “posesión” por los pueblos indígenas.

- Tutelas judiciales comunes para los derechos reales y la posesión:

Los pueblos indígenas están legitimados para promover la acción de amparo en defensa de sus derechos sobre las tierras (art. 43 CN); la acción meramente declarativa reglada por los códigos procesales, también puede constituir un recurso judicial idóneo para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica.

Asimismo se ha reconocido a la comunidad indígena su derecho a intervenir con calidad de tercero en un proceso de usucapión en el que se hallaban involucradas tierras cuya propiedad reclamaron en el art. 75 inc. 17 CN.

Tampoco se descarta la posibilidad de petitionar otras medidas como las cautelares o diligencias preliminares.

Los pueblos indígenas pueden ejercer las acciones indemnizatorias correspondientes para resarcir el daño sufrido en sus derechos sobre las tierras, ya por invocación de un delito civil o de un cuasidelito. Tampoco deben olvidarse las defensas judiciales de naturaleza penal.

- Previsión y sanción:

El artículo 18 de la Convención establece que las leyes deberán “prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos”.

- La costumbre y la ignorancia de las leyes:

El artículo 17 en su inc. 3 dispone: “deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de los mismos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos”.

- Desarrollo de las tierras:

El artículo 19 en su inc. b) dispone que se debe garantizar a los pueblos interesados, en condiciones equivalentes con otros sectores de la población, “el

otorgamiento de los medios necesarios para el desarrollo de las tierras que dichos pueblos ya poseen”, a través de los programas agrarios nacionales.

- Traslados:

Como principio general la Convención establece la prohibición de que los pueblos sean trasladados de las tierras ocupadas por ellos. Pero reconoce excepciones, entre ellas, el traslado solo puede disponerse excepcionalmente y siempre que la reubicación se considere necesaria (art. 16 inc. 2).

- Derecho de regreso:

El artículo 16 inc. 3 reconoce el derecho de los pueblos a recuperar la propiedad y posesión de las tierras tradicionalmente ocupadas de las que hubieran sido trasladados, cuando cesaren las causas que motivaron su desplazamiento.

Un convenio anterior pero significativo en lo atinente al reconocimiento a la propiedad indígena, fue el Convenio 107 de OIT sobre “Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas, Tribuales y Semitribuales en los Países Independientes”. La República Argentina lo ratificó por ley N° 14.932.

Entre los objetivos generales del mencionado convenio se destacan, en cuanto al régimen de las tierras el de integración de las poblaciones indígenas “que no se hallan todavía en la colectividad nacional y cuya situación social económica o cultural les impide beneficiarse plenamente de los derechos y oportunidades de que disfrutaban los otros elementos de la población”.

Otra finalidad central, es “el mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo de esas poblaciones”.

La diferencia entre esta y la vigente Convención es que en esta última se asienta en la pluralidad cultural sobre la idea de la permanencia de las sociedades indígenas o tribales.

Debe destacarse que el Convenio 107 tendió a asegurar a las poblaciones indígenas la plena vigencia de sus valores al servicio de una vida digna, pero sin dejar de lado la intención de que se concretara su “integración progresiva en sus respectivas colectividades nacionales”.

La Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, aprobada por La Asamblea de Naciones Unidas del 13 de septiembre de 2007, constituye junto al Convenio 169 OIT los instrumentos internacionales de mayor importancia en cuanto a los Derechos Indígenas.

Ley 26.160 de emergencia de la posesión y propiedad comunitaria indígena. norma prorrogada por la ley 26.554.

A fines de los ‘80 y durante la década de los ‘90, acompañando la reforma de la Constitución Nacional en el año ‘94, varias constituciones provinciales fueron modificadas dándole distintos alcances a los derechos de los pueblos indígenas.

Constituciones provinciales:

Provincia de Buenos Aires (reforma constitucional 1994)

Art. 36 inc. 9: "De los indígenas. La Provincia reivindica la existencia de los pueblos indígenas en su territorio, garantizando el respeto a sus identidades étnicas, el desarrollo de sus culturas, y la posesión familiar y comunitaria de las tierras que legítimamente ocupan".

Provincia de Chaco (reforma constitucional 1994)

Art. 37: "La provincia reconoce la preexistencia de los pueblos indígenas, su identidad étnica y cultural, la personería jurídica de sus comunidades y organizaciones; promueve su protagonismo a través de sus propias instituciones; la propiedad comunitaria inmediata de la tierra que tradicionalmente ocupan y las otorgadas en reserva. Dispondrá la entrega de otras aptas y suficientes para su desarrollo humano, que serán adjudicadas como reparación histórica, en forma gratuita, exentas de todo gravamen. Serán inembargables, imprescriptibles, indivisibles e intransferibles a terceros.

El Estado les asegurará:

La educación bilingüe e intercultural.

La participación en la protección, preservación, recuperación de los recursos naturales y de los demás intereses que los afecten y en el desarrollo sustentable.

Su elevación socio-económica con planes adecuados.

La creación de un registro especial de comunidades y organizaciones indígenas".

Provincia de Chubut (reforma constitucional 1994)

Art. 34: " La Provincia reivindica la existencia de los pueblos indígenas en su territorio, garantizando el respeto a su identidad. Promueve medidas adecuadas para preservar y facilitar el desarrollo y la práctica de sus lenguas, asegurando el derecho a una educación bilingüe e intercultural.

Se reconoce a las comunidades indígenas existentes en la Provincia:

La posesión y propiedad comunitaria sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. El Estado puede regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano. Ninguna de ellas es enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes y embargos.

La propiedad intelectual y el producido económico sobre los conocimientos teóricos y prácticos provenientes de sus tradiciones cuando sean utilizados con fines de lucro.

Su personería jurídica.

Conforme a la ley su participación en la gestión referida a los recursos naturales que se encuentren dentro de las tierras que ocupan y a los demás intereses que los afectan".

Art. 95: Tierras Fiscales "El Estado brega por la racional administración de las tierras fiscales tendiendo a promover la producción, la mejor ocupación del territorio provincial y la generación de genuinas fuentes de trabajo.

Establece los mecanismos de distribución y adjudicación de las tierras fiscales en propiedad reconociendo a los indígenas la posesión y propiedad de las tierras que legítima y tradicionalmente ocupan".

Provincia de Formosa (reforma constitucional 1991)

Art. 79: " La Provincia reconoce al aborigen su identidad étnica y cultural, siempre que con ello no se violen otros derechos reconocidos por esta Constitución; y asegura el respeto y desarrollo social, cultural y económico de sus pueblos, así como su efectivo protagonismo en la toma de decisiones que se vinculen con su realidad en la vid provincial y nacional. Asegura la propiedad de tierras aptas y suficientes; las de carácter comunitario no podrán ser enajenadas ni embargadas. La utilización racional de los bosques existentes en las comunidades aborígenes requerirá el consentimiento de estos para su explotación por terceros y podrán ser aprovechados según sus usos y costumbres, conforme con las leyes vigentes".

Provincia de Jujuy (reforma constitucional 1986)

Art. 50: " La Provincia deberá proteger a los aborígenes por medio de una legislación adecuada que conduzca a su integración y progreso económico y social".

Provincia de La Pampa (reforma constitucional 1994)

Art. 6 2º Párr.: " La Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas".

Provincia de Neuquén (reforma constitucional 1994)

Art. 23 inc. D: "Serán mantenidas y aún ampliadas las reservas y concesiones indígenas. Se prestará ayuda técnica y económica a estas agrupaciones, propendiendo a su capacitación y la utilización racional de las tierras concedidas, mejorando las condiciones de vida de sus habitantes y tendiendo a la eliminación progresiva de esta segregación de hecho".

Provincia de Río Negro (reforma constitucional 1988)

Art. 42: "El Estado reconoce al indígena rionegrino como signo testimonial y de continuidad de la cultura aborígen preexistente, contributiva de la identidad e idiosincrasia provincial. Establece las normas que afianzan su efectiva incorporación a la vida regional y nacional, y le garantiza el ejercicio de la igualdad en los derechos y deberes. Asegura el disfrute, desarrollo y transmisión de su cultura, promueve la propiedad inmediata de las tierras que posee, los beneficios de la solidaridad social y económica para el desarrollo individual de su comunidad, y respeta el derecho que les asiste a organizarse".

Provincia de Salta (reforma constitucional 1998)

Artículo 15: Pueblos Indígenas. "La Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas que residen en el territorio de Salta.

Reconoce la personalidad de sus propias comunidades y sus organizaciones a efectos de obtener la personería jurídica y la legitimación para actuar en las instancias administrativas y judiciales de acuerdo con lo que establezca la ley. Créase al efecto un registro especial. Reconoce y garantiza el respeto a su identidad, el derecho a una educación bilingüe e intercultural, la posesión y propiedad de las tierras fiscales que tradicionalmente ocupan, y regula la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano. Ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes ni embargos. Asegura su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y demás intereses que los afecten de acuerdo a la ley.

El Gobierno Provincial genera mecanismos que permitan, tanto a los pobladores indígenas como no indígenas, con su efectiva participación, consensuar soluciones en lo relativo con la tierra fiscal, respetando los derechos de terceros.”

Como se puede observar en todas las constituciones citadas se denota la presencia e importancia de la propiedad de los pueblos originarios.

Ley Nacional 26.160 Relevamiento Técnico Jurídico Catastral:

Aspectos previos al dictado de la ley en relación a las tierras:

Territoriales:

En nuestro país las comunidades indígenas conservan porciones de tierras en áreas que fueron parte de sus territorios ancestrales, desde su perspectiva por este motivo son reivindicadas como parte de los espacios jurisdiccionales históricos, en muchos casos como ocupantes de terrenos sin título vigente, encontrándose una gran cantidad de hectáreas de tierras inscriptas a nombre de particulares o del fisco.

Con la colonización la denominación de "territorio de indígenas" fue cambiada por "territorio de colonización", es decir, a medida que se ocupaban militarmente, se sometía a los pueblos indígenas a la jurisdicción nacional, se apropiaba de sus tierras y se disponía de ellas.

Para los pueblos indígenas, la pérdida del territorio es una cuestión ilegítima, en la medida que éste fue enajenado mediante diversos mecanismos de violencia directa, engaño y usurpación legal.

Mientras que con el paso de los años el Estado sustituyó la denominación de "territorio de indígenas" por "propiedad de indígena", (ya sea constituida en base a las normas del derecho común o por leyes especiales como fueron las de radicación), las características de los títulos fue que en ellos se reconocía lo efectivamente ocupado, es decir el lugar de las viviendas y zonas de producción, pero no así sus jurisdicciones comunales, que después fueron

asignadas a particulares conformando propiedad privada sobre las tierras indígenas.

El principal objetivo que persiguen las comunidades indígenas en la actualidad radica en que se garantice el uso y explotación de los territorios que tradicionalmente ocuparon sus ancestros y que consideran espacios económicos-productivos, sociales ancestrales, los antiguos espacios sagrados, rituales y religiosos. Todos los espacios territoriales están cargados de sentido cultural de una etnia específica.

Normativa:

“Art. 75. Inc. 17 CN: Corresponde al Congreso reconocer la personería jurídica de las comunidades y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos.”

En primera instancia debe destacarse que el tema de la propiedad de la tierra ha sido tradicionalmente el núcleo neurálgico de la problemática indígena y se ha convertido en la principal demanda de los pueblos indígenas argentinos. El Art. 75 inciso 17 de la Constitución Nacional menciona dos situaciones distintas que deben tenerse en cuenta en la implementación de políticas con respecto a las tierras indígenas:

1.- Se refiere al “*reconocimiento de la posesión y propiedad comunitaria de la tierra que tradicionalmente ocupan*”, el Estado asume una realidad fáctica a la que otorga derechos de envergadura constitucional.

2.- Trata sobre la “*regulación del acceso a tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano*”, lo que implica obligación estatal de atender a las necesidades presentes y futuras de los pueblos indígenas respecto de la tierra.

El INAI entiende, con respecto a la posesión indígena de la tierra, que es sensiblemente distinta a la regulada en el Código Civil. La ocupación se manifiesta de manera diferente y no siempre es evidente por el modo cultural de producción. A pesar de la sutileza con que aparecen los signos de la posesión, los sitios de asentamiento periódico, las aguadas, los pozos, los territorios de caza, las zonas de recolección o de pesca, los casi imperceptibles cementerios, etc. están marcados de forma indeleble en la memoria histórica de los pueblos indígenas.

Esa memoria histórica, indisociable de la geografía, es la principal señal de posesión tradicional actual, que ahora posee rango constitucional, y que es objeto de este relevamiento territorial.

Y el art. 75 inc. 19 y 16 de la Constitución Nacional. Transcritos en este trabajo más adelante.

Desarrollo de la Ley:

La Ley Nacional N° 26.160, de orden público, en primer lugar, declara la emergencia por cuatro años, 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.

En este plazo se suspenden la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos, cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las tierras. Las características que debe tener la posesión objeto de resguardo son las siguientes: ser actual, tradicional, pública y encontrarse fehacientemente acreditada.

En segundo lugar, prescribe que el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) deberá realizar el relevamiento técnico jurídico-catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas y promoverá las acciones que fueren menester con distintos organismos, sean estos nacionales, provinciales o municipales, Organizaciones Indígenas y Organizaciones no Gubernamentales.

El referido relevamiento territorial no solo se aboca a aspectos técnicos, jurídicos y catastrales del territorio comunitario, sino que también procura identificar las Comunidades Indígenas que habitan el país y conocer la situación socio-productiva y de interdependencia con los recursos naturales.

A través de esta Ley, cuyo principal objetivo es garantizar a las Comunidades Indígenas los derechos constitucionalmente reconocidos, se da cumplimiento a la norma 169 OIT, que prescribe a los gobiernos "tomar medidas... para garantizar la protección efectiva de los derechos de propiedad y posesión".

El relevamiento territorial en su conjunto tiene como fin, recabar información sobre los diversos aspectos sociales, bióticos y fisiográficos que configuran los territorios indígenas; diseñar diagnósticos que den cuenta de la situación actual de cada pueblo indígena y su territorio.

A fin de realizar el programa de relevamiento en cada provincia se procederá a formar en todo el país, unidades provinciales integradas por: un Equipo Técnico Operativo Nacional (ETO), un Consejo de Participación Indígena (CPI) en representación de las comunidades y un representante designado por el Gobierno Provincial.

Dichas unidades dependerán de la Dirección de Tierras y el Registro Nacional de Comunidades Indígenas (Re.Na.C.I.) del INAI.

Ley Agraria Nacional última reforma:

El título décimo de la Ley Agraria relativo a la Justicia Agraria aborda los criterios normativos de la materia.

- "...En los juicios en que se involucren tierras de los grupos indígenas, los tribunales deberán considerar las costumbres y usos de cada grupo mientras no contravengan la ley ni se afecten derechos de terceros... "
- "...cuando se haga necesario, el tribunal se asegurará de que los indígenas cuenten con traductores..."
- "Los tribunales suplirán la deficiencia de las partes en sus planteamientos de derecho cuando se trate de núcleos de población ejidales o comunales, así como ejidatarios y comuneros".
- "El actor puede presentar su demanda por escrito o por simple comparecencia."
- " ...En caso de que una de las partes se encuentre asesorada y la otra no, con suspensión del procedimiento, se solicitaran de inmediato los servicios de un defensor de la Procuraduría Agraria."

Derecho Internacional

El Derecho Internacional ha normado sólo en años recientes la temática de los pueblos originarios. Como antecedentes cabe comentar por un lado, que tanto instrumentos como la Carta de Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos a mediados de siglo xx pusieron énfasis en derechos individuales y no en los colectivos de los pueblos. Tampoco abordaron el tema

los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y Económicos, Sociales y Culturales, los mismos hablaban del derecho a la libre determinación de los pueblos, refiriéndose a los pueblos en descolonización, y no a los pueblos indígenas. Hasta 1982 que se crea el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, por la subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías del Consejo Económico Social de la ONU. Sobre esta base es que en 1989 surge el único instrumento jurídico vinculante dedicado íntegramente a los pueblos indígenas: el Convenio Número 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. En él se reconoce a los indígenas derechos individuales y colectivos: derechos políticos, económicos, sociales, culturales y territoriales. Éste convenio fue ratificado por la ley 24.071. En él surge la preferencia por el término pueblo, considerando indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o una región geográfica a la que pertenece el país en la época de conquista o colonización o de establecimiento de actuales fronteras estatales y cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas o parte de ellas. Se considera como criterio fundamental para determinar los grupos a los que se apliquen las disposiciones a la conciencia de su identidad indígena o tribal. El artículo 4 indica a los países que “deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para

salvaguardar las personas, instituciones, bienes, trabajo, culturas y medio ambiente de los pueblos interesados”.

En el ámbito de Derechos Territoriales, el Convenio dispone que “los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras y territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna manera, y en particular, los aspectos colectivos de ésta relación...” (Artículo 13.1) El Convenio agrega al concepto de tierras indígenas, el de territorios, entendido como “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas ocupan o utilizan de alguna u otra manera.” (Artículo 13.2).

En cuanto a la tierra indígena, el Convenio dispone que deberá reconocerse el derecho de éstos pueblos a la “propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan” y tomarse medidas para “salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.” (Artículo 14.1.) Además se dispone que los gobiernos deban tomar medidas para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión (artículo 14.2) e instituir

procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras...” (Artículo 14.3)

Además, se establecen en el Convenio un conjunto de disposiciones que se refieren a derechos sobre la tierra y los territorios indígenas. Destacan entre otras, la que establece que deberán protegerse especialmente los derechos de los pueblos indígenas “a recursos naturales existentes en sus tierras”, derechos que comprenden la “participación en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.” (Artículo 15.1). En caso que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de exploración o explotación de los recursos existentes en sus tierras.” Los mismos pueblos “deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades y percibir indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades (Artículo 15.2).

Igualmente aplicables a las tierras y territorios indígenas son las disposiciones relativas al traslado, estableciendo como principio general, que éstos pueblos “no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.” (Artículo 16.1).

Excepcionalmente, cuando el traslado se considere necesario “sólo podrán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa.” Cuando no haya consentimiento, “el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación... en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.” (Artículo 16.2)

Los gobiernos deben informar periódicamente a la OIT del cumplimiento del Convenio. Dichos informes son analizados por la OIT a través del Comité de Expertos para la aplicación de convenciones.

Además de este convenio, se cuenta con otros instrumentos internacionales que están relacionados con el tema aunque no específicamente sobre los pueblos indígenas: el Convenio sobre Diversidad Biológica de Naciones Unidas, de 1992, donde se dispone que los Estados deberán respetar, preservar y mantener los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas que entrañen estilos de vida tradicionales para la conservación y la utilización de la diversidad biológica y promover su aplicación amplia, con la aprobación y participación de quienes posean dichos conocimientos.

La agenda XXI, en su capítulo 26 reconoce la histórica relación de los indígenas con sus tierras incluyendo en ellas el ambiente total de las áreas que tradicionalmente han ocupado, así como los conocimientos tradicionales que

tienen de ellas (Cap. 26.1); demanda a los gobiernos establecer arreglos para fortalecer la participación de estas comunidades en la formulación de políticas, leyes, programas relacionados con el manejo de recursos y estrategias de conservación (capítulo 26.3c) y plantea la necesidad de permitir a los indígenas mayor control sobre sus tierras, autogestión de sus recursos y participación en la toma de decisiones que les afectan, incluyendo participación en la administración de áreas protegidas.

Tipificación de derecho de propiedad indígena.

El derecho de propiedad indígena puede ser analizado desde una doble perspectiva, desde el ámbito del derecho constitucional como desde un punto de vista del derecho civil, de forma similar al derecho de propiedad contenido en el artículo 17 de la CN.

La propiedad indígena es una especie de propiedad, es un derecho humano que tienen las comunidades indígenas a sus tierras ancestrales, y desde el punto de vista del derecho civil es un derecho objetivo en cabeza de la comunidad indígena que reconoce el derecho de propiedad sobre sus tierras. Desde el derecho privado es un derecho real y es el único que se encuentra mencionado expresamente en la carta magna. La CN con la reforma de 1994 creó un nuevo

derecho real que integra el “numerus clausus” conforme al art 2502 del Código Civil ha sido creado por ley.

Es un derecho absoluto, sus normas son de orden público y establecen entre la comunidad (sujeto activo) y sus tierras (inmuebles que ocupan) una relación directa e inmediata.

Los bienes sobre la propiedad son bienes de dominio privado. La esfera de este nuevo derecho debe desarrollarse dentro del derecho privado.

Es un derecho real que recae sobre cosa propia y que se ejerce por la posesión, es decir por los integrantes de la comunidad aborígen de acuerdo a sus usos y costumbres.

Propiedad indígena es un derecho real autónomo.

Tiene características propias que no permiten encuadrarlo dentro de los derechos reales que admite la legislación argentina. La aplicación de las normas del derecho real de dominio a la propiedad indígena se realiza en forma subsidiaria dado el vacío legal.

Es una propiedad colectiva y se debe intentar que la comunidad aborígen proceda a su registración para proteger los derechos de los integrantes de una comunidad. Este nuevo derecho es inajenable e intransmisible, se ejerce por la

posesión y le otorga a la comunidad indígena registrada la mayor cantidad de facultades que su titular puede tener sobre una cosa.

La titularidad del derecho recae sobre la comunidad dotada de personería jurídica.

Contenido normal de la propiedad indígena.

Como derecho real implica un poder sobre el inmueble rural, que se concreta en una relación directa o inmediata entre la comunidad indígena y la cosa.

La comunidad aborígen puede:

1. Poseer y ejercer las defensas posesorias como las acciones reales para la defensa de su derecho.
2. Usar o servirse de ella.
3. Gozar de ella, por ejemplo percibir los frutos que produzcan.
4. Disponer materialmente y jurídicamente de la cosa salvo restricciones y límites a este derecho.

Se reconoce la posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan los indígenas, por lo tanto dicha propiedad goza de una indisponibilidad absoluta. Puede ser gravado el bien con derechos reales de disfrute en tanto permitan la explotación del bien por parte de la comunidad pero no de garantía

como hipoteca y anticresis, no puede gravarse para garantizar un crédito de una entidad crediticia oficial.

El derecho de abandonar por parte de alguno de los integrantes de la comunidad no afecta la existencia del derecho real de propiedad indígena porque quedan en beneficio de la misma comunidad (art. 13 de la ley 23.302). El abandono definitivo de la comunidad favorece al Estado. La comunidad indígena puede excluir a terceros del uso goce o desposesión de la propiedad, puede prohibir que en su inmueble se ponga cualquier cosa ajena y si alguno lo hiciere puede removerla sin previo aviso.

Modos de constitución de la propiedad indígena.

Puede ser constituida por acto entre vivos, como por disposición de última voluntad, todos los modos serán originarios. Se puede adquirir por usucapión tanto corta como larga, también por medio de la tradición constitutiva de la propiedad indígena teniendo por causa una compraventa, una donación.

Propiedad indígena es un nuevo derecho real.

La falta de regulación total de este nuevo derecho hace que deba aplicarse en forma subsidiaria y por analogía las disposiciones del Código Civil en especial

la normativa referida al dominio, por ser el derecho que más similitudes guarda con la propiedad indígena.

Nace para el caso de la violación a dicha propiedad una acción real.

Servidumbre de propiedad indígena. Acción confesoria.

Aunque este derecho de propiedad indígena se asemeja a la servidumbre de propiedad civil no se constituye por los mismos medios, sin perjuicio de que la comunidad indígena pueda convenir con otros sujetos la adquisición de una determinada servidumbre.

En el caso de que la comunidad haya sido desalojada de sus tierras, la recuperación de éstas debe traer aparejada la posibilidad de reclamar nuevamente el reconocimiento de la servidumbre de propiedad indígena.

Modos de extinción de la propiedad indígena.

Se extingue por causas específicas, el abandono de todos los integrantes de la comunidad, muerte también de todos sus componentes y por cancelación de la inscripción de la comunidad.

Tutela del derecho de propiedad individual restringido.

Expropiación inversa.

En caso de que la servidumbre de propiedad indígena establecida judicialmente lesione el derecho de propiedad del particular titular del fundo sirviente, y que

le impida el uso y goce normal de él, este podrá promover la acción de expropiación inversa en los términos del Art. 51 inc. c) de la Ley 21499.

El amparo del Art. 43 de la Constitución Nacional.

El artículo establece lo siguiente: “Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, la competencia al usuario, al consumidor así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y forma de su organización”

Interesa aplicarlo en el caso de la aparición del petróleo en las tierras de comunidad indígena, ya que el subsuelo es propiedad de los indígenas. La comunidad debe acreditar su calidad de pueblo indígena y la ocupación de las tierras por las que acciona para obtener el reconocimiento del derecho que reclama.

Para concluir vamos a mencionar la jurisprudencia de la CIDH más relevante para nuestro trabajo:

- Caso “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c/ Nicaragua”. Sentencia de 31 de agosto de 2001, Corte I.D.H., Serie C (Nº 79) (2001);

- Caso “Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay”. Sentencia de 17 de junio de 2005, Corte I.D.H., Serie C N° 125 (2005) (*Fondo, Reparaciones y Costas*);
- Caso “Pueblo Saramaka vs. Suriman”. (Excepciones, Fondo, Reparaciones y costas). Sentencia de 28/11/2007, Corte I. D. H., Serie C, N° 172 (2007)
- Caso “Comunidad indígena Kakmok Kasek vs Paraguay” (Fondo, Reparaciones y costas). Sentencia de 24/8/2010, Corte I.D.H., Serie C, N° 124 (2010);
- Caso “Pueblo indígena Kitchua de Sarayaku vs Ecuador”. (Fondo, Reparaciones y costas). Sentencia de 27/6/2012, Serie C, N° 230 (2012).

CAPÍTULO 3: CONCLUSIÓN

XXIV Jornadas de Derecho Civil Bs. As. (UBA)

En la XXIV Jornada de Derecho Civil que se realizó en la ciudad de BS AS en la UBA, los días 26, 27 y 28 de septiembre del año 2013, la cual se organizó en comisiones en las que se desarrollaron distintas ponencias relativas a variados temas de derecho civil, entre los que se encontraba el que se expone en esta

tesis, relativa a la propiedad indígena. Más precisamente nos valimos de las ponencias presentadas en la Comisión N° 9 denominada Interdisciplinaria: “derechos de las comunidades indígenas” y así concluir este trabajo.

En la ponencia de la Dra. Aguilar se realiza un análisis histórico y cómo se vinculó esto con la realidad jurídica de cada momento. Hace referencia también a la naturaleza del derecho y su vinculación con el proyecto del nuevo Código Civil.

Entiende que en el territorio del Estado Argentino las relaciones con los pueblos indígenas fueron variando según los momentos históricos.

Expone que después de la ocupación violenta de sus territorios, sobrevino una etapa de colonización del noroeste y centro del país, en ambos casos con un reconocimiento de las poblaciones mediante pactos y tratados. En la mitad del siglo XIX el Estado extendió sus fronteras con campañas militares de exterminio y sujeción de toda la sociedad indígena.

Así fue plasmado en la Constitución Nacional de 1853, cuyo artículo 67, inc. 15 establecía “proveer a la seguridad de las fronteras, conservar el trato pacífico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo”. (Esto sostenido por ideas como las de Alberdi, formado en el liberalismo iluminista, para quien sólo existían “tierras desiertas habitadas por indígenas” que debían ser colonizadas).

Sobre estos hechos históricos se construyeron las bases de la discriminación racial, política, económica y cultural de los pueblos indígenas en Argentina.

En el siglo XX se adoptaron mecanismos que impusieron la cultura hegemónica europizante, cuyo objetivo principal fue la asimilación y homogeneización a través de instituciones como la Iglesia, la escuela y el servicio militar.

Frente a ello, las comunidades indígenas argentinas lucharon por su supervivencia y la de su cultura, resistiendo la constante y sistemática violación de sus derechos y reclamando ser respetados por una sociedad que no advertía que negarlos, importaba desconocer una parte de sí misma.

Recién con la reforma constitucional de 1994 se consagraron una serie de derechos especiales a favor de estos pueblos y de sus miembros, dando paso así a la conformación de un Estado argentino pluralista que considera la presencia de la diversidad como una realidad que enriquece al conjunto.

Las normas de nuestra Carta Magna (texto de 1994) vinculadas con las comunidades indígenas son los artículos 16 y 75, incisos 17 y 19.

Que según esta autora, genera controversias entre distintos doctrinarios, de acuerdo a su ponencia para algunos, todo el artículo 75, inciso 17, o su mayor parte, es violatorio del artículo 16 porque consagra prerrogativas de sangre y de nacimiento, no derechos, de los que no goza ningún otro argentino.

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

ART 75 inc. 17: “reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentino.

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

ART 75 inc 19: “Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento.

Proveer al crecimiento armónico de La Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen.

Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las Universidades Nacionales.

Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales.”.

Por otro lado, se postula que “el nuevo inciso no desvirtúa para nada lo que era verdad en el texto de la constitución histórica, pero es menester recordar que el actual alcance constitucional de la igualdad requiere especificar que en lo que una minoría no es igual al resto, todo cuanto tiene de diferente necesita, en reciprocidad, un trato también diferente, precisamente para que se cumpla al

máximo aquello de que tratar iguales a quienes no son iguales no satisface a la igualdad sino que, al contrario, la lesiona.

La controversia se da según esta autora porque comienza el artículo 75, inciso 17 reconociendo la preexistencia étnica y cultural de los “pueblos indígenas argentinos”, incluyéndose éste último adjetivo con el objeto de disipar cualquier duda que pudiera originarse como consecuencia de la significación del término “pueblo” en el marco del derecho internacional.

A través de las palabras “étnica” e “identidad” la Constitución reconoce que el sentimiento de pertenencia de esos pueblos existía previamente a la formación del actual Estado Nacional.

Es en razón de la preexistencia que se atribuye al Poder Legislativo la facultad de garantizar el respeto a esa identidad.

La tierra como parte del derecho a la identidad, dada la estrecha vinculación de los pueblos originarios con ella, aparece insoslayable la referencia al derecho de aquéllos sobre la misma como parte integrante del respeto a su identidad.

Este vínculo particular conlleva que el aborigen sin tierra no puede alcanzar su identidad, porque la tierra representa, tanto para el aborigen como para la comunidad que conforma y el pueblo que lo abriga, un espacio esencialmente cultural, penetrado de valores y tradiciones.

La autora plantea el interrogante de si es posible conjugar su particular sistema de propiedad comunitaria con el concepto iusprivatista del derecho de propiedad del Código Civil; punto que vincula necesariamente el régimen jurídico de los derechos reales y el de los derechos fundamentales.

Los derechos incorporados a la Constitución en 1994, incluyen: el derecho a la personería jurídica de las comunidades en cuanto tales; el derecho a la posesión y propiedad comunitaria de la tierra que tradicionalmente habitaban; derecho al arraigo, garantizado por la inalienabilidad e inembargabilidad del territorio; derecho a la expectativa de acceder a otras tierras aptas y suficientes y derecho a la gestión de los recursos naturales.

En nuestra Constitución, existe el reconocimiento de la propiedad indígena en cabeza de las comunidades aborígenes en consonancia con la legislación y doctrina supranacional, como también lo hacen nuestras constituciones provinciales (reformadas a partir de la segunda mitad del siglo XX que prevén la Propiedad Comunitaria Indígena), lo cierto es que no hay en ninguna legislación nacional una regulación completa del instituto como derecho real.

El control convencional realizado por la CIDH a través de sus sentencias permite establecer claramente los confines a los que se encuentra compelido el país (art. 75 inc. 22 CN: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás

naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes...

...En las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos...

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional. De ello se deriva la necesidad de regular el derecho de propiedad indígena creado por la Constitución Nacional. En la doctrina establecida por la CIDH se especifica la necesidad de su reconocimiento jurídico mediante la demarcación, titulación y registración de sus tierras ancestrales a favor de las comunidades indígenas, colocando en cabeza de ellas su derecho de propiedad especial. La jurisprudencia de los tribunales nacionales y provinciales argentinos se orientó justamente en ese sentido, ordenando la inscripción registral del derecho de propiedad indígena sobre los predios que ocupan ancestralmente, de modo que la titularidad le pertenezca a la comunidad indígena registrada con las restricciones del art. 75 inc. 17 CN. Sin embargo la regulación actual en la CN, como el resto del ordenamiento jurídico nacional es insuficiente para cubrir los parámetros internacionales fijados por la CIDH.

La cláusula constitucional es de carácter operativo y así lo ha entendido la jurisprudencia mayoritaria.

En efecto, “no obstante la operatividad de la norma constitucional, esta propiedad especial aconseja, atendiendo a su especial naturaleza y características, el dictado de una ley que asegure su armónica inserción y sistematización dentro del ordenamiento jurídico dada la insuficiencia de las disposiciones de la ley 23.302”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia ha sido reconocida por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación como vinculante en relación a la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha establecido que el concepto de propiedad del art. 21 del Pacto incluye a la propiedad comunal de las comunidades indígenas, incluso cuando carecen específicamente de un título o de cualquier otro reconocimiento específico por el Estado.

La conclusión que podemos destacar de esta autora es: La imperiosa necesidad del dictado de una norma especial que brinde una solución a la regularización predial en zonas donde se encuentran asentadas comunidades indígenas.

La Dra. Liliana Abreut de Begher se explaya sobre dos aspectos, la personería jurídica de las comunidades indígenas y su derecho a la posesión y la propiedad comunitaria de sus tierras:

a. Las comunidades indígenas y su personería:

- 1-** La Constitución Nacional en el art.75 inc.17 establece concretamente la obligación de reconocer la personería jurídica de sus comunidades.

El concepto de comunidad es más acotado frente al genérico de pueblo o nación indígena:

*La comunidad es la unidad económica solidaria fundada en vínculos étnico-socio-culturales, e incluso parenterales. Se refiere al conjunto de personas y/o familias que habitan un mismo lugar y tienen a su vez una raíz común y participan de la misma cultura.

Esta autora expone que el constitucionalismo “comunitario” de la segunda mitad del Siglo XX, ha pasado de un modelo monocultural a otro multicultural. En la reforma constitucional de 1994 se reconocieron distintos derechos a estos pueblos, por ej. Su personería jurídica, derecho a la posesión y propiedad comunitaria de sus tierras-, de modo que por sus características propias deban ser respetados en su identidad cultural y social.

- 2-** El Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) a través del Registro Nacional de Comunidades Indígenas (Re.Na.Ci) se ocupa de la registración de

las comunidades indígenas existentes en el país. Esta registraci3n es declarativa. La vigencia de la personería jurádica se mantiene mientras siga existiendo la comunidad y se respeten las pautas de organizaci3n descriptas por la misma comunidad.

Las comunidades indígenas como sujetos de derecho son personas jurádicas de derecho privado, y la relaci3n de derecho que puede nacer entre éstas y sus tierras se mantienen en ese ámbito. El proyecto de reforma del C3digo Civil y Comercial de la Naci3n del ańo 2012 encuadr3 a la comunidad indígena registrada como persona jurádica de derecho privado.

b. Derecho a la posesi3n y a la propiedad comunitaria de sus tierras.

El hecho de la posesi3n de las tierras por las comunidades indígenas –relaci3n de hecho-, debe ser separado de la relaci3n de derecho que pueda existir, segun se desprende del propio reconocimiento del derecho real de propiedad comunitaria indígena previsto en la Carta Magna (derecho real de raíz constitucional, creado por ley segun lo dispone el art.2502 C.C.

Para tener la titularidad de este derecho real es necesario que la comunidad se encuentre reconocida administrativamente, emplazamiento que se logra mediante su registraci3n.

La observancia de este requisito es una consecuencia natural del vńculo de derecho que surge entre la comunidad indígena y su propiedad.

La comunidad indígena como titular de un derecho real debe forzosamente tener algún grado de formalidad, por cuanto es necesario su representación para poder firmar los títulos de propiedad, y hasta para tener legitimación activa y/ o pasiva en los juicios que lleven a su emplazamiento jurídico y en definitiva, para poder ejercer derechos que deriven de su título. Sin embargo la registración de la comunidad no es un requisito necesario para ejercer la posesión.

En la actualidad, aún cuando se interprete que el art. 75 inc.17 CN contiene el reconocimiento de un derecho real, como es la propiedad comunitaria indígena, y que respeta el “*numerus clausus*” por haber sido creado por ley, siendo operativo conforme a la interpretación casi uniforme de la doctrina de nuestros tribunales, lo cierto es que resulta imperiosa su regulación completa para evitar estados de inseguridad jurídica frente a los vacíos legales actualmente existentes derivados del escueto desarrollo en la norma constitucional ya que hay casos aislados en donde las provincias interpretan la norma constitucional como programática.

Los caracteres de este derecho de propiedad lo diferencian sustancialmente del derecho real de dominio, del condominio y del usufructo.

Del condominio porque no hay cotitulares en este derecho, sino un único titular. Es un derecho real sobre cosa propia, que se ejerce por la posesión a través de los integrantes de la comunidad indígena.

Queda sustraído fatalmente a las normas del derecho sucesorio, por ser un derecho que no recae sobre los componentes de la comunidad, con derecho a una cuota parte, sino sobre la comunidad como persona jurídica; ergo, no es un condominio. En el condominio la administración de la cosa común es decidida por mayoría; aspecto que difiere de la comunidad indígena que decide las cuestiones por sus órganos naturales.

La propiedad indígena no se encuentra fuera del comercio, aún cuando su poder de disposición se encuentra acotado, al ser un derecho real intransmisible en forma absoluta y permanente. La enajenación de la propiedad indígena es nula, de nulidad absoluta, por mandato constitucional, y por ser de orden público esa disposición.

Los rasgos de inenajenabilidad absoluta y permanente, y la imposibilidad de prescripción adquisitiva por un tercero, la apartan de la normativa de orden público que gobierna el derecho real de dominio.

Tampoco es un derecho real de usufructo porque la titularidad del derecho recae sobre la comunidad indígena, quien tiene el *ius utendi*, *ius fruendi* y el *ius*

abutendi – algo acotado-. No existe la posibilidad de un usufructo. El usufructo no puede ser establecido a favor de personas jurídicas por más de veinte años.

Los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos enfiteúticos, ni de superficie, ni imponerles censos, ni rentas que se extiendan a mayor término que el de cinco años, cualquiera que sea el fin de la imposición; ni hacer en ellos vinculación alguna, lo cual se contrapone con la existencia de esta forma especial de propiedad.

Inclusive, cabe resaltar que las graves restricciones que contiene esta propiedad especial –imprescriptibilidad, inenajenabilidad absoluta y permanente, inembargabilidad e inejecutabilidad, lo diferencian sustancialmente del resto de los derechos reales, desnaturalizándolos.

Los argumentos precedentes reafirman la necesidad de una regulación completa del instituto, por ser un derecho real autónomo de raigambre constitucional que a la fecha no tiene un suficiente desarrollo normativo.

La autora propone:

- 1- Emplazar a las comunidades indígenas como personas jurídicas de derecho privado.
- 2- Reconocer que la propiedad comunitaria indígena es un nuevo derecho real, de raíz constitucional y diferenciada del resto de los que integran el “*numerus clausus*”.

3- Regular en forma completa el derecho real de propiedad comunitaria indígena reconocido en la CN, mediante su incorporación al Código Civil –lo más conveniente-, o en su caso, mediante una ley especial.

La Dr Cintia S. Scortechini de Vittori y Carolina Filippón establece que los instrumentos jurídicos internacionales tienen una importancia singular para los pueblos originarios, en cuanto la garantía del derecho a la propiedad comunitaria de sus tierras y recursos naturales es una base fundamental para el desarrollo de la cultura, la vida espiritual, la integridad y la supervivencia económica de las comunidades indígenas.

Para esta autora el derecho al territorio incluye el uso y disfrute de sus recursos naturales, se relaciona directamente, incluso como un pre-requisito, con los derechos a la existencia en condiciones dignas, a la alimentación, al agua, a la salud, a la vida, al honor, a la dignidad, a la libertad de conciencia y religión, a la libertad de asociación, a los derechos de la familia, y a la libertad de movimiento y residencia. Por ello a lo largo de las Américas, los pueblos originarios, indígenas o tribales insisten en que el Estado “les garantice en forma efectiva su derecho a vivir en su territorio ancestral y poder así, no sólo realizar sus actividades tradicionales de subsistencia, sino también preservar su identidad cultural”.

En su ponencia desarrolla la propiedad comunitaria indígena en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012, realizando un análisis del derecho, Al respecto fue ingresado para su tratamiento al Congreso de la Nación Argentina un Anteproyecto, en cuyos fundamentos han sido puestos de resalto los valores y principios de la propuesta legislativa, que lo caracterizan, en apariencia, como un Código de la igualdad que busca plasmar una verdadera ética de los vulnerables, basado en un paradigma no discriminatorio, con identidad cultural latinoamericana, que recepta la constitucionalización del derecho privado, así como derechos individuales y colectivos, para una sociedad multicultural.

Los miembros de la Comisión redactora, en los fundamentos que acompañan al proyecto han expresado que de esta manera se cumple con la manda Constitucional contenida en el artículo 75 inciso 17, por entender que el texto consagrado por la reforma de 1994 consagra un nuevo tipo de propiedad que debe ser recibida en un Código Civil.

Respecto de este, la autora opina que encorsetar a la propiedad colectiva indígena dentro de los institutos del derecho privado clásico y pretender que ésta se exprese jurídicamente sólo a través del lenguaje o de las estructuras privatistas, hace que el Proyecto de 2012 no otorgue ningún marco idóneo para abrazar los derechos de los pueblos originarios sobre sus tierras, territorios y

recursos naturales y que el proyecto en análisis contradice las garantías constitucionales y los estándares mínimos de fuente internacional que nuestro país está obligado a respetar en materia de Derecho Internacional Indígena. Realiza diversas críticas, entre otras, para ella el derecho de la propiedad indígena debería desarrollarse dentro del ámbito público no del derecho privado más las que a continuación se detallan:

El Código proyectado dedica su libro cuarto a la regulación de los Derechos Reales e incorpora a la Propiedad Comunitaria Indígena como uno más de los derechos reales dentro del catálogo permitido, que es de sistema “*numerus clausus*” (Art. 1887). En este esquema, la propiedad comunitaria indígena ha sido caracterizada como 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 ejercen por la posesión (Art. 1891).

Art. 1887: Son derechos reales en este Código: a) el dominio; b) el condominio; c) la propiedad comunitaria indígena; d) la propiedad horizontal; e) los conjuntos inmobiliarios; f) el tiempo compartido; g) el cementerio privado; h) la superficie; i) el usufructo; j) el uso; k) la habitación; l) la servidumbre; m) la hipoteca; n) la anticresis; ñ) la prenda”.

El proyecto regula este nuevo derecho en el Título V del Libro Cuarto, (artículos 2028 a 2036), denominado “De la Propiedad Comunitaria

Indígena”, y allí es definido 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” (Art. 2028). Al hacer referencia a la titularidad del derecho real, el anteproyecto establece que ésta corresponde a la comunidad indígena registrada como persona jurídica, y añade que “la muerte o abandono de la propiedad por algunos o muchos de sus integrantes no provoca la extinción de este derecho real, excepto que se produzca la extinción de la propia comunidad” (Art. 2029).

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

En cuanto a la constitución del derecho real, el Art. 2031 establece: "Modos de constitución. La propiedad comunitaria indígena puede ser constituida: a) por reconocimiento del Estado nacional o de los Estados provinciales de las tierras

que tradicionalmente ocupan; b) por usucapión; c) por actos entre vivos y tradición; d) por disposición de última voluntad".

Ese mismo artículo incorpora la publicidad del derecho real y sienta que "en todos los casos, la oponibilidad a terceros requiere inscripción registral", previendo la gratuidad del trámite de registración.

El Art. 2032 refiere a los caracteres de la propiedad comunitaria indígena y al efecto consagra que ésta es: exclusiva, perpetua, indivisible e imprescriptible "por parte de un tercero"; añadiendo que "no puede formar parte del derecho sucesorio de los integrantes de la comunidad indígena" y que, cuando se constituye por donación "no está sujeta a causal alguna de revocación en perjuicio de la comunidad donataria".

De las facultades y prohibiciones del titular de la propiedad comunitaria indígena se ocupan los Arts. 2033 y 2034. En el primero de ellos se lee: "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". El

segundo, fija que esta propiedad no puede ser gravada con derechos reales de garantía, siendo inembargable e inejecutable por deudas.

El Título en examen contiene un artículo, el 2035, denominado "Aprovechamiento de los recursos naturales. Consulta", en el que se dispone que el aprovechamiento de los recursos naturales por parte del Estado o de particulares, con incidencia en el hábitat indígena, "está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas".

Por último, el Título V finaliza con el Art. 2036, que contiene "Normas supletorias", desde cuya disposición se ordena que, en todo lo que no le sea incompatible, a la propiedad comunitaria indígena, se le "aplican subsidiariamente las disposiciones referidas al derecho real de dominio".

En la redacción de este ante proyecto no ha existido ningún tipo de consulta a los pueblos originarios lo cual constituye una violación a la Constitución, ya que el Art.75° inciso 17 de la Carta Constitucional dispone que se debe "Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten", para lo cual el mismo artículo establece la posibilidad de que los Estados Provinciales ejerzan concurrentemente estas facultades, y a tratados trasnacionales que en idéntico sentido, en los artículos 6° del Convenio 169 (OIT) art. 6 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados,

mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Y 19° de la Declaración de Naciones Unidas (2007) establecen que los Estados deberán consultar a los pueblos originarios interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

En relación a esta falta de consulta, se han manifestado tanto el Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas—(ODHPI), como el Consejo

Plurinacional Indígena, e incluso denunciado que no se ha interpelado tampoco al Consejo de Participación Indígena (CPI). Lo propio ha hecho, la Asociación de Abogados y Abogadas de Derecho Indígena quien a través de un comunicado manifestó que los pueblos deben ser consultados mediante procedimientos apropiados y a través de sus instituciones representativas.

En la reforma constitucional de 1994 se ha señalado que para su existencia y la titularidad sustancial de sus derechos no se requiere la inscripción en ningún registro. Por su parte, los organismos interamericanos de derechos humanos, han señalado sobre el particular que, para reivindicar la tierra tradicional no es necesaria ninguna inscripción; y que el otorgamiento de personería jurídica sirve para hacer operativos los derechos ya existentes de las comunidades indígenas, que los vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas.

Estas nociones, son dejadas de lado en el texto del código proyectado al establecer el mismo, en su Art. 2029, que la titular del derecho de propiedad comunitaria indígena, será “la comunidad indígena registrada como persona jurídica”.

El reconocimiento de la personalidad jurídica de las comunidades está emplazado en la Constitución Nacional como un deber para el Estado y no

como una obligación de las comunidades indígenas, quienes son personas y titulares de derechos con prescindencia de su inscripción en algún registro.

Para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), la noción de propiedad y posesión de las tierras de los pueblos originarios, al tener una significación colectiva, no se corresponde con la propiedad individual, legislada desde el Código Civil, más allá de que es aspiración de este proyecto lograr una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, al aceptar la constitucionalización de este último.

La autora concluye su postura sobre este punto en relación a el anteproyecto manifestando que no es adecuado legislar un derecho que contiene una gran carga espiritual y cultural, dentro de un régimen, como el de los derechos reales, que tiene un contenido netamente patrimonial.

En su criterio la temática se ubica en el ámbito del derecho público y no en el del derecho privado.

El proyecto al regular la propiedad comunitaria indígena, determina su objeto, empleando el término "*inmueble*". Lo que resulta objetable, porque la palabra "inmueble" remite al concepto de "cosa", es decir, objeto material susceptible de valor económico, mientras que los términos "tierra" o "territorio", son comprensivos también de las facetas espirituales y culturales del vínculo, así como de los recursos naturales.

Los instrumentos internacionales, especialmente el Convenio 169 de la OIT en su artículo 13° inciso 2, y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, utilizan los conceptos “tierra” o “territorio” como comprensivos de la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos originarios ocupan o utilizan de alguna u otra manera.

Lo reprochable sin dudas es la ubicación de la propiedad comunitaria indígena como uno más de los derechos reales inmobiliarios (Art. 1887), como si aquella tuviese algo en común, con el resto de los derechos reales contemplados en la nómina.

No menos cuestionable resulta el hecho de que los derechos reales clásicos, salvo la hipoteca y las servidumbres negativas, se ejercen por la posesión, es decir, a través de una "relación de poder", según terminología del propio código proyectado (Art. 1908), la que se expresa a través de actos materiales, pasándose por alto que en el caso de la propiedad colectiva de los pueblos originarios, el vínculo se ejerce y conserva indefinidamente mientras subsista el lazo espiritual, independientemente de todo acto material o reconocimiento estatal en tal sentido.

La posesión comunitaria a que hacen referencia tanto la Constitución Nacional (artículo 75° inciso 17), como el Convenio 169 de la OIT (artículo

14º, inciso 1) no es la misma posesión que la regulada en el Código Civil, que responde a orígenes, formas de ejercicio y pruebas diferentes

Los derechos de propiedad indígena sobre los territorios se extienden en principio sobre todas aquellas tierras y recursos que los pueblos indígenas usan actualmente, y sobre aquellas tierras y recursos que poseyeron y de los cuales fueron despojados, con los cuales mantienen su relación especial internacionalmente protegida; o sea un vínculo cultural de memoria colectiva, con conciencia de su derecho de acceso o pertenencia, de conformidad con sus propias reglas culturales y espirituales.

Finalmente, la limitación del objeto de la propiedad comunal a los inmuebles rurales (Art. 2028), no tiene en cuenta que innumerables *"grupos indígenas han sido forzados a migrar a las ciudades y que en procesos de recuperación de la identidad se han constituido como Comunidades"*. En este sentido el Consejo Plurinacional Indígena ha dicho que es objetable que solo se tenga en cuenta a comunidades rurales, dejando de lado a la gran cantidad de población indígena urbana, en muchos casos expulsada de sus territorios comunitarios en las última décadas.

En relación al destino de la propiedad comunitaria indígena, el proyecto establece que el destino del inmueble debe ser la *"preservación de la identidad*

cultural y el hábitat de las comunidades indígenas" (Art. 2028) y esta norma aparece, más que como una forma de resguardar los derechos territoriales de los pueblos originarios, como un claro obstáculo al ejercicio de su autonomía interna.

Un reflejo objetable de esta idea surge del Art.2033 del proyecto, en tanto establece que los miembros de la comunidad "*deben habitar en el territorio*".

En el caso de los derechos de los pueblos originarios sobre tierras y recursos naturales, "*la posesión o uso tradicional está ligada a una continuidad histórica, pero no necesariamente a un solo lugar y a una sola conformación social a través de los siglos*". Por tal razón, la ubicación específica de los asentamientos dentro del territorio ancestral no es determinante de la existencia de sus derechos. La historia de los pueblos originarios y sus adaptaciones culturales a lo largo del tiempo no obstan para que se mantenga su relación fundamental con el territorio y los derechos que de allí se derivan.

Por esta razón, los Estados deben reconocer y proteger sistemas productivos basados en la utilización extensiva del territorio, en el uso temporal de los cultivos, junto con la rotación y los descansos de las tierras – entre muchos otros ejemplos. Desconocer estos sistemas, o considerar que estos sistemas equivalen al abandono de la tierra, implica privar a las comunidades de la seguridad efectiva y la estabilidad jurídica de sus derechos de propiedad. Tales

sistemas tradicionales para el control y uso del territorio “son esenciales en muchas circunstancias para el bienestar individual y colectivo y en efecto para la supervivencia de los pueblos originarios”, dado que el control sobre la tierra se refiere “a su capacidad de brindarle recursos para el sustento” al pueblo correspondiente, así como “al espacio geográfico necesario para la reproducción cultural y social del grupo”.

Al mismo tiempo, la utilización tradicional de los territorios no se reduce al emplazamiento de las viviendas, sino que tiene un contenido mucho más amplio, que atañe al aprovechamiento de los recursos naturales, al culto, a los antepasados en los cementerios, etc., actividades que suelen realizarse en tierras en las que no necesariamente habitan las comunidades, pues puede tratarse de aquellas a las que acceden tradicionalmente para las múltiples actividades de subsistencia material o espiritual.

A la cuestión de los recursos naturales, el proyecto dedica un solo artículo, el 2035, que establece: *"Aprovechamiento de los recursos naturales. Consulta. El aprovechamiento de los recursos naturales por parte del Estado o de particulares con incidencia en los hábitat indígenas está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas"*.

La norma proyectada es objetable por varias razones. Para comenzar, a pesar de que el Título V tipifica el derecho real de propiedad comunitaria indígena

diseñándolo como figura autónoma, omita toda referencia a la extensión de esa propiedad sobre los recursos naturales existentes en las distintas categorías de tierras protegidas por los instrumentos jurídicos internacionales. Y si bien es cierto que la extensión del derecho de propiedad de las comunidades indígenas sobre sus tierras no podría ser inferior a la que se reconoce a los titulares del dominio privado, cuyas preceptivas por otra parte se aplicarían subsidiariamente (Art. 2036 del proyecto), no es menos cierto que tal extensión debiera consignarse de modo expreso porque, como se ha señalado, la especial protección constitucional e internacional de los pueblos originarios y el carácter público de su propiedad imponen un conjunto de normas relativas a los recursos naturales que no guardan semejanzas con las del derecho privado y que tienen como finalidad la protección de la vida e identidad colectivas.

El Art.2035 contiene un texto bastante ambiguo, porque, como no distingue entre los recursos naturales existentes dentro de los territorios de la comunidad y los emplazados fuera de éstos, una interpretación estrictamente literal podría llevar a pensar que, tanto el Estado como los particulares tendrían, de aprobarse el proyecto, facultades para aprovechar esos recursos aunque se encontraran dentro de las tierras comunitarias, o bien que la propiedad de las comunidades sobre los territorios no se extiende a tales recursos.

En definitiva, los únicos recursos naturales existentes en las tierras indígenas sobre los que los estados, podrían tener algún derecho de "aprovechamiento" son los que corresponden a su dominio público o privado.

Por su parte, la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, en el Art. 32, apunta a la necesidad de obtener, por parte del Estado, el "*consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo*".

Si se repara además en la interpretación que sobre la materia ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se concluirá que la limitación estatal al uso y goce de los recursos naturales ubicados en tierra indígena, se encuentra condicionada en su legitimidad a determinados requisitos tales como: 1) que la limitación no menoscabe el acceso de la comunidad a los recursos que resultan indispensables para garantizar su perdurabilidad y desarrollo como pueblos; 2) que la limitación esté previamente establecida por la ley, que sea necesaria, proporcional y tenga por fin lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática; 3) que se realice consulta previa o adicionalmente, en caso de emprendimientos de impacto profundo, que se obtenga el consentimiento del pueblo interesado; 4) que se otorgue a la comunidad

participación en los beneficios y 5) que se indemnice de manera integral por los daños que pudieran irrogarse.

La sola lectura del Art. 2035 del proyecto pone de relieve que no sólo no se ha definido claramente la extensión de la propiedad comunitaria a los recursos naturales, sino que tampoco se han volcado íntegramente los condicionamientos que, según el derecho internacional, son exigidos para la legitimidad del aprovechamiento estatal, ya por sí, ya a través de particulares concesionarios.

El Consejo Plurinacional Indígena, hace especial hincapié en este punto, ‘el derecho a la consulta referido a los recursos naturales’, y dice que es de una gravedad alarmante. Que es un derecho que está costando vidas humanas, y denuncia que así como está redactado el artículo 2038, el nuevo código será violatorio de todos los avances sobre derecho indígena. Y explica que el Convenio 169 de la OIT y la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas establecen la ‘necesidad de obtener el libre consentimiento’ de los pueblos indígenas afectados. De salir el código proyectado, tal como está redactado, implicará reducir los avances conseguidos en la última década a un mero trámite administrativo de información y consulta.

Caracteres del Derecho real, exclusividad y perpetuidad: cuando el proyecto establece que el derecho real es exclusivo (Art. 2032), deja fuera de cobertura a las tierras que no son utilizadas con exclusividad por las comunidades.

Según el Art.14, apartado 1 del Convenio 169 (OIT), los Estados no sólo deben reconocer "*a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan*", sino también "*salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia*".

A tales fines, la misma norma consigna que: "*deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómades y de los agricultores itinerantes*".

Conclusiones de esta ponencia:

a) La preceptiva del proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 no supera los estándares mínimos fijados por la Constitución Nacional de 1994 (Art. 75°, inc. 17) y el derecho internacional exigible, tanto en lo que concierne a la caracterización de las comunidades indígenas como personas jurídicas privadas, como en lo tocante a la regulación de la propiedad comunitaria sobre sus tierras, territorios y recursos naturales.

b) Como lo exige tanto el derecho doméstico, como las normas internacionales vinculantes para la Argentina, interpretadas en sus verdaderos alcances por la Corte IDH, en el ámbito parlamentario los pueblos indígenas deben ser consultados a fin de que se sancione un texto que cuente con su consentimiento. No se tiene noticia que algún proceso adecuado de consulta fuera realizado como paso previo a la presentación del proyecto ante el Congreso Nacional.

c) Durante su examen por el Congreso Nacional, deben evaluarse los órdenes temáticos que hemos considerado objetables a partir de la Constitución Nacional (Art. 75° inc. 17) y de los instrumentos internacionales aplicables (Convenio 169 OIT; Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 e interpretaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

d) Considera muy valiosa la decisión política de impulsar la reforma del derecho privado y compartir la aspiración de coordinar, en delicado equilibrio, el derecho a la igualdad y el derecho a la diferencia, porque eso significa asignar a la democracia un contenido de auténtico pluralismo.

El proyecto no recoge las directrices imperativas de la jurisprudencia interamericana, ni cumple con los estándares mínimos previstos por los instrumentos jurídicos internacionales.

Los doctores Corna y Fassaceca explicaron que una de las novedades más importantes de la reforma del año 1994 fue el reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas, dentro de ellos uno de los más importantes.

Dicha conclusión expone que: *“La protección consagrada para la propiedad de las comunidades indígenas argentinas, por el Art.75 inciso 17° de la Constitución Nacional, hace innecesario e inconveniente su inclusión en el Código Civil, ya que ello implicaría una desjerarquización no querida por el poder constituyente”*.

Dentro de su exposición los doctores sugieren para la adecuada reglamentación:

A. Realizar una consulta previa e informada a las comunidades indígenas, para que se pronuncien sobre el conjunto de normas que regulan aspectos importantes de su relación con su hábitat.

B. Considerar la Convención 169 de la Organización Mundial del Trabajo *“Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”* que fue suscripta en Ginebra el 27 de junio de 1989, ratificada por la ley N°: 24.071.

Explican que su vigencia fue demorada en razón de la dilación en el tiempo por parte del Poder Ejecutivo en instrumentar su ratificación (artículo 38 inciso 2 de la Convención N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo), la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos

indígenas y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como parámetros insoslayables de referencia.

C. Sanción de una ley especial dada su carácter de propiedad especial. Se torna inconveniente reglarlo en el Código Civil por la calidad apuntada.

D. Diseñar normas apropiadas para las cuatro categorías de tierra que prevé la Convención N° 169 de la Organización Mundial de Trabajo, estas son: 1) “Tierras que tradicionalmente ocupan”, 2) “Tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”, 3) “Tierras adicionales... cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico” , 4) Tierras sustitutas por traslado.

E. El enmarque jurídico de la propiedad indígena debe tender a la preservación de la identidad cultural y del hábitat de las comunidades indígenas.

F. El sujeto jurídico lo constituye la comunidad indígena. Sus miembros no gozan de un derecho de condominio de cuño romano.

La comunidad indígena por sus características debe ser ponderada como una persona pública no estatal.

G. No cabe la aplicación sin más de los medios tradicionales de adquisición del dominio (En sentido contrario el proyecto de 2012 hizo una enumeración de

ellos en su artículo 2031: “**Modos de constitución.** *La propiedad comunitaria indígena puede ser constituida: a) por reconocimiento del Estado nacional o de los Estados provinciales de las tierras que tradicionalmente ocupan; b) por usucapión; c) por actos entre vivos y tradición; d) por disposición de última voluntad. En todos los casos, la oponibilidad a terceros requiere inscripción registral. El trámite de inscripción es gratuito*”, por las dificultades que podrían presentarse (verbigracia, para adquirir la propiedad indígena a través de la modalidad de usucapión, sería necesario la presencia de un terreno que haya pertenecido a un dueño particular y haya sido poseído por los integrantes de la comunidad con el ánimo de ejercer el cultivo rotativo de la tierra, dedicándose cada familia a la obtención de un producto; se obtendría de este modo el beneficio de la especialización y se evitaría el agotamiento de la tierra) No se torna necesaria el reconocimiento por parte del Estado para que tales tierras ostenten la calidad de indígenas; la propia Constitución admite la preexistencia de la titularidad originaria de los pueblos indígenas.

H. Innecesariedad de la publicidad registral para la oponibilidad de la propiedad indígena de tierras ocupadas tradicionalmente: la Constitución Nacional hace inaplicable un requisito exigido para los derechos reales inmobiliarios cuya fuente estriba en los actos jurídicos.

I. Imposibilidad de enajenación, constitución de gravámenes y partición: no se torna factible su ejecución por deudas ni su enajenación a terceros extraños, siguiendo los lineamientos constitucionales que determina que ninguna de las tierras “*será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos*”.

A consecuencia de su inalienabilidad absoluta, no es dable que la propiedad indígena sea sometida a fideicomiso, plazo, condición resolutoria, donación, locación o comodato. Tampoco es concebible la constitución de derechos reales de disfrute y de garantía, tal como la superficie o el usufructo. En este sentido el artículo 2033 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012 conculca la Constitución Nacional al permitir la constitución de derechos reales de disfrute.

A raíz de su carácter indivisible, no es pasible de partición ni sufrir la prescripción, ni integrar el acervo sucesorio de los integrantes de los miembros de la comunidad.

J. Otorgamiento de las defensas posesorias y petitorias a la comunidad indígena.

Conclusiones de esta ponencia:

En caso que el Congreso Nacional optara por reglamentar la propiedad indígena, debe sancionarse una ley especial para ello. Debe incorporar la

clasificación de tierras que ha adoptado la Convención N° 169 de la Organización Mundial del Trabajo, marco de referencia para el derecho argentino, y disponer expresamente la imposibilidad de constituir derechos reales de disfrute y garantía, tal lo establece la manda constitucional.

Para finalizar con el desarrollo de las ponencias de la XXIV Jornada de Derechos Civiles: Comisión 9 interdisciplinaria, tema, “Derechos de las comunidades indígenas”, vamos a enunciar las conclusiones generales, en donde por unanimidad se decidió:

“Se ratifican las conclusiones de las XXII Jornadas de Derecho Civil de Córdoba comisión n° 9 donde se dijo que “la propiedad comunitaria indígena es una propiedad especial de fuente constitucional (conforme art. 75 inc. 17 CN) cuya naturaleza real integra una compleja relación multidimensional de pertenencia de esos pueblos con su entorno físico, social y cultural”.

La propiedad comunitaria indígena en su aspecto exclusivamente patrimonial es un derecho real; sin perjuicio de su dimensión cultural.

Sujeto del derecho de propiedad comunitaria indígena: la o las comunidades indígenas como personas jurídicas.

La inscripción registral de las comunidades indígenas es declarativa.

La instrumentación del título debe otorgarse a favor de la comunidad indígena reconocida administrativa o judicialmente.

Objeto del derecho de propiedad comunitaria indígena; las tierras que tradicionalmente ocupan y las que adquieran aptas para su desarrollo en los términos del art. 75 inc. 17 CN, y los Convenios Internacionales vinculantes para la Republica Argentina.

Caracteres de la propiedad comunitaria indígena: no es una propiedad individual, sino comunitaria; perpetua; imprescriptible; indivisible; intransmisible; inejecutable; no sujeta a derechos reales de garantía.

Modos de adquisición de la propiedad comunitaria indígena, se ha decidido:

Reconocimiento del estado nacional, provincial y/o municipal de las tierras que tradicionalmente ocupan. Es responsabilidad del estado la reparación de los derechos de terceros interesados de buena fe que pudieran resultar afectados.

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

La propiedad comunitaria subsiste mientras no se extinga la comunidad indígena.”

Recomendación: en la gestión de los recursos naturales con incidencia en los hábitat de las comunidades indígenas deberá reglamentarse por ley especial la consulta previa, libre e informada conforme los objetivos del milenio

establecido por las Naciones Unidas se recomienda la creación por ley especial de las Mesas Técnicas de Agua, Biodiversidad y Conocimiento Tradicional.

Recomendación: es conveniente su incorporación en el Código Civil.

Conclusión final:

Nuestra Nación en sus inicios prefirió garantizar el acceso a bienes inmuebles o a la propiedad a los extranjeros, asegurándoles en reiteradas oportunidades que tendrían en nuestro país un trato igualitario, se les aseguraban derechos para adquirir en suelo Argentino en contraposición a los pueblos originarios se los intentaba convertir al catolicismo como una forma de mantener la paz social.

Desde nuestro punto de vista, en nuestro país todavía existen leyes que se contraponen a los convenios transnacionales, las que deberían considerarse derogadas.

El proyecto de reforma del Código Civil y Comercial, si bien progresa en reconocer los derechos de las comunidades aborígenes, genera gran controversia entre los autores, que como vimos, en el desarrollo del trabajo formulan importantes críticas. No obstante esto legislativamente y normativamente se ha progresado, progreso que no es acompañado por la sociedad y la justicia. En cuanto a la primera siempre se ha dicho que el derecho se presume conocido por cada integrante de la sociedad, y hace ya más de veinte años que nuestra Carta Magna introdujo el reconocimiento de los

derechos indígenas (artículo 75 inc. 17 CN), pero muchas veces resulta contradictorio y nos animamos a decir que son desconocidos por los mismos integrantes de los pueblos indígenas, y por la sociedad en general que los estigmatiza al considerarlos “diferentes” por pertenecer a una minoría. De hecho la palabra aborígen significa etimológicamente “sin origen”, cuando en realidad poseen un origen anterior al Estado Nacional, en cuanto a la segunda cuestión, muchas veces los jueces se hallan insuficientemente capacitados para dar respuestas jurídicas a este sector.

Consideramos que para que el desarrollo sea óptimo, no sólo debe ser legislativo, sino también social, judicial, económico, político, educativo y en todos los ámbitos que permitan llegar a la igualdad en todos sus sentidos.

Podemos citar a Bidart Campos quien dice: “no se trata de privilegiar la sangre, el nacimiento o el origen étnico o racial (quebrantando la garantía de igualdad) sino de aplicar la regla según la cual a quienes se encuentran en circunstancias diferentes no se ha de nivelar igualitariamente, porque si así fuera se impondría la desigualdad”.

BIBLIOGRAFIA:

- Propiedad Indígena, Liliana E. Abreut de Begher, La Ley, 2010.
- Algunas reflexiones en torno a los nombres "indígena" y originario", Aporte a la Visión de País, Maya Rivera Mazorco y Sergio Arispe Barrientos, Rebelión, 2006.
- Gabriel Alejandro Encinas: Problemática Indígena Agraria.
- Propiedad indígena, Jorge H. Alterini, Pablo M. Corna, Gabriela A. Vázquez. Educa 2005.
- Dra. Rosana I. Aguilar.
- Ponencia de la Dra. Liliana Abreut de Begher, personería jurídica y derecho de propiedad comunitaria indígena.
- Ponencia de la Dr Cintia S. Scortechini de Vittori y Carolina Filippón: SITUACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS EN ARGENTINA
- Ponencia de los doctores: Pablo María CORNA y Carlos Alberto FOSSACECA.