

PEDRO J. J. COVIELLO (COORDINADOR)

## HOMENAJE A JULIO RODOLFO COMADIRA

JUAN C. CASSAGNE - JULIO P. COMADIRA - FERNANDO G.  
COMADIRA - ORSCAR R. AGUILAR VALDEZ - JUAN J. GALEANO -  
MIRIAM M. IVANEGA - FABIÁN O. CANDA - LAURA MONTI -  
ADRIANA M. PADULO - PABLO E. PERRINO - MARÍA S. VILLARRUEL -  
PATRICIO M. E. DE LA RIVA - JAVIER D. GUIRIDLIAN LAROSA -  
ISMAEL MATA - ESTELA B. SACRISTÁN - ALFREDO S. GUSMAN.



EL DERECHO

Coviello, Pedro J. J.

Homenaje a Julio Rodolfo Comadira / Pedro J. J. Coviello ; compilado por Pedro J. J. Coviello. - 1a edición especial - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : El Derecho, 2016.

366 p. ; 23 x 16 cm.

ISBN 978-987-3790-31-7

1. Homenajes. 2. Artículos. 3. Memoria. I. Coviello, Pedro J. J., comp. II. Título.

CDD 340.092



# EL DERECHO

Todos los derechos reservados

Tucumán 1436 (C1050AAD)

Buenos Aires, República Argentina, junio de 2016

ISBN: 978-987-3790-31-7

---

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723  
Printed in Argentina - Impreso en la Argentina

## PRÓLOGO

Con motivo de cumplirse el año pasado diez años<sup>1</sup> del imprevisto fallecimiento de uno de los grandes maestros del derecho administrativo argentino –el profesor Julio Rodolfo Comadira–, un grupo de amigos, discípulos y colaboradores de la serie especial Derecho Administrativo del diario El Derecho, de la Pontificia Universidad Católica Argentina, de la que aquel fue su primer director, decidimos realizar los aportes que se publican en esta obra, como homenaje a un digno maestro y amigo.

Es innegable que su personalidad y su enseñanza perduran en todos nosotros porque él nos instó siempre en la forja del estudio, la investigación y la crítica jurídica –aun a él mismo– para servir mejor a nuestro prójimo y a la Patria, y ser, en definitiva, mejores personas en nuestros ámbitos y menesteres específicos.

La perduración de su obra se muestra en forma manifiesta en el hecho de que sus publicaciones, que rápidamente se agotan, siguen siendo requeridas por los estudiantes y estudiosos del derecho administrativo de nuestro país y del extranjero.

Julio Comadira no es de esas personas que pasan al olvido luego de su vida terrenal, puesto que su enseñanza, su obra y su vida fueron un ejemplo de compromiso ético y cristiano, en todos los ámbitos en que desarrolló la profesión. A él, justamente, pese a que lo extrañamos físicamente, lo sentimos muy actual y muy vivo en nuestras mentes y en nuestros corazones.

En este libro, gracias a la gestión de su hijo Julio Pablo, se ha incluido un trabajo inédito en nuestro país, que es demostrativo de la actualidad del pensamiento del inolvidable maestro.

Va el agradecimiento a todos los que hicieron sus aportes a la obra, y, en especial, al profesor y maestro Juan Carlos Cassagne,

1. El profesor Comadira falleció el 2 de octubre de 2005, a la edad de cincuenta y ocho años.

## PROPIEDAD COMUNITARIA DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS

por ESTELA B. SACRISTÁN\*

Agradezco, en primer lugar, la generosa invitación del Dr. Pedro J. J. Coviello a efectuar un aporte al presente ejemplar, en homenaje al querido profesor Dr. Julio Rodolfo Comadira, ejemplar docente y persona, a quien siempre extrañaremos en lo humano y lo intelectual,

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Los derechos de los pueblos indígenas desde las perspectivas interna e internacional*, por VÍCTOR BAZÁN, EDCO, 2004-327; *La cuestión indígena en el derecho internacional actual*, por CLAUDIA GABRIELA GASOL VARELA, EDCO, 2006-695; *Historia y actualidad del derecho indígena*, por JUAN FERNANDO GOUVERT, EDCO, 2007-256; *Comunidades indígenas argentinas: del reconocimiento legislativo a la vigencia sociológica de sus derechos*, por JUAN FERNANDO GOUVERT, EDCO, 2008-336; *Algunas líneas sobre el derecho indígena y la reforma constitucional de 1994 (art. 75, inc. 17, CN)*, por CARLOS DANIEL LUQUE, EDCO, 2012-434; *Caminando el siglo XXI. Muchas leyes y poca justicia. Reflexiones sobre el Anteproyecto de Código Civil en materia de pueblos indígenas argentinos*, por IRIDE ISABEL MARÍA GRILLO, EDCO, 2012-568; *La propiedad indígena comunitaria: un análisis crítico del articulado del Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado*, por PABLO MARÍA CORNA y CARLOS ALBERTO FOSSACECA (h.), ED, 249-789; *Sobre la relación de los derechos humanos y el derecho agrario en el ámbito indígena: la cumbre de las Naciones Unidas sobre los indígenas en el 2014*, por NUBIA MIRANDA PÉREZ, ED, 260-941; *La cláusula de pueblos indígenas en la reforma constitucional de 1994: una buena norma constitucional*, por CARLOS DANIEL LUQUE, EDCO, 2015-411; *El Código Civil y Comercial en clave de derechos humanos. El impacto del derecho internacional de los derechos humanos en la aplicación e interpretación del nuevo derecho privado argentino*, por MARCELO TRUCCO, ED, 264-810. Todos los artículos citados pueden consultarse en [www.elderecho.com.ar](http://www.elderecho.com.ar).

\* Abogada (Universidad del Museo Social Argentino, 1992). Especialista en Derecho Administrativo Económico (Universidad Católica Argentina, 1998). Doctora en Derecho (Universidad de Buenos Aires, 2006, tesis calificada sobresaliente). Beca UCA postdoctoral.

y a quien siempre tenemos presente en la diaria tarea de reflexionar sobre el derecho público.

Creo que el tema de estas líneas seguramente habría sido de su interés. Se trata de la cuestión de los denominados pueblos originarios, y algunos efectos que tal conceptualización puede tener en materia de la propiedad comunitaria de aquellos. El tema no es nuevo<sup>1</sup>, se halla instalado entre nosotros, está comenzando a sus-

---

El presente se basa en la exposición titulada *Propiedad comunitaria de los pueblos originarios*, efectuada en ocasión de las Jornadas Académicas *El Impacto del Nuevo Código Civil y Comercial en el Derecho Administrativo*, Pontificia Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, Departamento de Posgrado, 25-11-15.

1. CORNA, PABLO M. - FOSSACECA, CARLOS A. (h.), *Comentario al título V del libro cuarto del proyecto de código civil*, en *Análisis del proyecto de nuevo código civil y comercial 2012*, informe especial de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, El Derecho, 2012, págs. 581/588; Urbaneja, Marcelo E. (coord.), *Derechos reales*, en *Análisis del proyecto de...*, cit., págs. 31/35; NEGRONI, LAURA, *Derechos reales*, en Parellada, Carlos A. (dir.), *Máximos precedentes. Suprema Corte de Justicia de Mendoza*, Buenos Aires, La Ley, 2013, págs. 405/812; ABREUT DE BEGHER, LILIANA E., *El derecho real de propiedad comunitaria indígena consagrado en la Constitución Nacional*, en Curá, José M. (dir.), *Código civil y comercial de la Nación comentado. Orientado a contadores*, Buenos Aires, Thomson Reuters - La Ley, 2014, t. V, págs. 303/316; ABREUT DE BEGHER, LILIANA E., *El derecho real de propiedad comunitaria indígena en la Constitución Nacional*, en Kiper, Claudio (dir.), *Derechos reales. Novedades en el Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994)*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015, págs. 95/173; ABREUT DE BEGHER, LILIANA E., *Impacto de la reforma sobre los derechos reales*, en Rivera, Julio C. (dir.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012, págs. 1003/1017; ABREUT DE BEGHER, LILIANA E., *La propiedad comunitaria indígena*, en *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, n° 90, 55/97; ABREUT DE BEGHER, LILIANA E., *La propiedad comunitaria indígena*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Proyecto de Código Civil y Comercial II, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, vol. 2012-3, págs. 539/566; ABREUT DE BEGHER, LILIANA E., *La propiedad comunitaria indígena. Comentario del anteproyecto de Código*, en LL, 2012-C, págs. 1238/1248; CORNA, PABLO M. - FOSSACECA, CARLOS A. (h.), *La propiedad indígena comunitaria: un análisis crítico del articulado del Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado*, ED, 249-789; Kosovsky, Fernando (comp.), *Propiedad comunitaria indígena*, Comodoro Rivadavia, Universitaria de la Patagonia, 2015; KOZAC DE VALDÉS, VERÓNICA, *Propiedad comunitaria indígena*, en Gurfinkel de Wendy, Lilian N., *Derechos reales*, 2ª ed., Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2015, t. II, págs. 1555/1591; MARTÍNEZ ESPECHE, MARÍA E., *Propiedad comunitaria indígena*, en Devia, Leila (dir.), *Avances del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en los aspectos ambientales*, Buenos Aires, Albremática, 2015, págs. 265/279; VÁZQUEZ, GABRIELA A., *Propiedad comunitaria indígena en el proyecto*, en LL, 2012-D, págs. 948/965.

PROPIEDAD COMUNITARIA DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS

citar ricas interpretaciones judiciales, y, en cierta forma, se inserta en el eje humano que siempre ha inspirado la obra del aquí homenajeadado. Se trata, en rigor, de ese eje humano que se vincula con el derecho como aquello que permite facilitar el bien común, entendido este como conjunto de condiciones de la vida social que hace posible, a asociaciones e individuos, el logro más pleno y más fácil de su propia perfección<sup>2</sup>. Que el derecho regule a los pueblos originarios implica que este los visualiza como pueblo, es decir, como una genérica clase homogénea más que como una minoría, y, al así individualizarlos o aislarlos, el derecho parece creer que se les facilitará el logro de ese bien común más que si no se los regulara como clase o pueblo, con todo su componente humano.

Es por ello que me permito, desde la perspectiva del derecho público, indagar en el tema asignado –propiedad comunitaria de los pueblos originarios– con ánimo de adentrarme en los bordes de los pueblos en estudio y de efectuar un acercamiento a la experiencia en materia de su propiedad.

A tal fin, se esbozarán las nociones de pueblo originario y propiedad en relación con figuras aledañas a ellas (sección I), encararé la neural cuestión de si esa propiedad es un derecho real (sección II), y, luego de repasar alguna jurisprudencia y el derecho comparado (secciones III y IV), elaboraré las conclusiones pertinentes (sección V).

## CUESTIONES TERMINOLÓGICAS

La expresión “pueblo originario” no es una categoría universal que posea simetría con otras en otros ordenamientos. En rigor, se emplean, en la normativa, expresiones tales como “persona aborigen”, “pueblo indígena”, “comunidad indígena”, “pueblo originario”, entre otras. Ello trae una advertencia si se desea recurrir a la experiencia comparada a los fines del análisis y, en su caso, del contraste o similitud. Veamos:

2. COMADIRA, JULIO R., *La responsabilidad del Estado por su actividad lícita o legítima*, en *Documentación Administrativa*, mayo-diciembre 2004, n° 269-270, págs. 297/324, esp. pág. 297.

### a) ¿Qué es una persona aborigen?

Se ha afirmado, en la experiencia comparada, que existen más de 67 definiciones para la expresión "persona aborigen"<sup>3</sup>.

Las "personas aborígenes" o aborígenes, en sentido genérico, no se hallan expresamente mencionadas en la Constitución Nacional argentina.

Cabe destacar, empero, que el Código Civil y Comercial, en su art. 63, c), se refiere a los nombres "aborígenes" (autóctonos o latinoamericanos)<sup>4</sup>.

### b) ¿Qué es un pueblo indígena?

Ningún órgano de la Organización de las Naciones Unidas ha adoptado un concepto de "pueblo indígena". La visión mayoritaria, hoy, es que no se necesitaría una definición formal universal dado que una definición única inevitablemente será sobreabarcativa o subabarcativa, con significado en algunas sociedades, pero no en otras.

José R. Martínez Cobo, Special Rapporteur of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, en su célebre *Study on the Problem of Discrimination against Indigenous Populations*<sup>5</sup>, sí brinda una extensa definición operativa:

"Comunidades, pueblos y naciones indígenas son aquellos que, teniendo una continuidad histórica con sociedades pre-invasión y pre-coloniales que se desarrollaron en los territorios de aquéllos, se consideran a sí mismos distintos de otros sectores de las sociedades hoy prevalecientes en esos territorios, o en porciones de ellos. Hoy

3. Royal Commission into Aboriginal Deaths in Custody, National Report (1991), Commonwealth of Australia, Canberra [11.12.5], citado en: [http://www.alrc.gov.au/publications/36-kinship-and-identity/legal-definitions-aboriginality#\\_ftn9](http://www.alrc.gov.au/publications/36-kinship-and-identity/legal-definitions-aboriginality#_ftn9) (último acceso: 24-10-15).

4. "Artículo 63. Reglas concernientes al prenombre. La elección del prenombre está sujeta a las reglas siguientes: (...) c) pueden inscribirse nombres aborígenes o derivados de voces aborígenes autóctonas y latinoamericanas".

5. Documento Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1986/7 y Adenda 1-4. Las conclusiones y recomendaciones del estudio, en su Adenda 4, se hallan disponibles como publicaciones de Naciones Unidas. El estudio fue iniciado en 1972 y fue completado en 1986, y se convirtió así en el estudio más voluminoso en su especie, al comprender 37 monografías.

conforman sectores no-dominantes de la sociedad y están determinados a preservar, desarrollar y transmitir a generaciones futuras sus territorios ancestrales, y su identidad étnica, como base de su continua existencia como pueblos, de conformidad con su propio patrón cultural, instituciones sociales y sistema legal.

"Esta continuidad histórica puede consistir en la continuación, por un período de tiempo que se extiende hasta el presente, de uno o más de los siguientes factores: (i) ocupación de tierras ancestrales, o al menos de parte de ellas; (ii) ancestros comunes con los ocupantes originarios de esas tierras; (iii) cultura en general, o en específicas manifestaciones (tales como religión, vivir bajo un sistema tribal, ser miembro de una comunidad indígena, atuendo, medios de supervivencia, estilo de vida, etc.); (iv) lenguaje (sea empleado como único lenguaje, como lengua madre, como medio habitual de comunicación en el hogar o en la familia, o como lenguaje principal, preferido, habitual, general o normal); (v) residencia en ciertas partes del país, o en ciertas regiones del mundo; (vi) otros factores relevantes.

"Sobre una base individual, una persona indígena es aquella que pertenece a estas poblaciones indígenas por medio de auto-identificación como indígena (consciencia grupal) y que es reconocida y aceptada por estas poblaciones como uno de sus miembros (aceptación grupal). Esto preserva, para estas comunidades, el derecho y poder soberano de decidir quién pertenece a ellos, sin interferencia externa"<sup>6</sup>.

6. "Indigenous communities, peoples and nations are those which, having a historical continuity with pre-invasion and pre-colonial societies that developed on their territories, consider themselves distinct from other sectors of the societies now prevailing on those territories, or parts of them. They form at present non-dominant sectors of society and are determined to preserve, develop and transmit to future generations their ancestral territories, and their ethnic identity, as the basis of their continued existence as peoples, in accordance with their own cultural patterns, social institutions and legal system.

"This historical continuity may consist of the continuation, for an extended period reaching into the present of one or more of the following factors:

- a) Occupation of ancestral lands, or at least of part of them;
- b) Common ancestry with the original occupants of these lands;
- c) Culture in general, or in specific manifestations (such as religion, living under a tribal system, membership of an indigenous community, dress, means of livelihood, lifestyle, etc.);

Cabe agregar que el art. 33 de la Carta de la ONU no brinda una definición de pueblo indígena, pero sí dice qué pueden hacer los pueblos indígenas: pueden autoidentificarse<sup>7</sup>.

En la Constitución Nacional argentina se les reconoce a los pueblos indígenas preexistencia étnica y cultural en tanto sean pueblos indígenas "argentinos"<sup>8</sup>.

Finalmente, la figura "pueblo indígena" no está prevista en el Código Civil y Comercial.

### c) ¿Qué es una comunidad indígena?

La expresión "comunidad indígena" es más familiar en el ordenamiento argentino.

La ley 23.302, de 1985, Ley sobre Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes, creó el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas y definió, en su art. 2º, a las comunidades indígenas, con

d) Language (whether used as the only language, as mother-tongue, as the habitual means of communication at home or in the family, or as the main, preferred, habitual, general or normal language);

e) Residence on certain parts of the country, or in certain regions of the world;

f) Other relevant factors.

"On an individual basis, an indigenous person is one who belongs to these indigenous populations through self-identification as indigenous (group consciousness) and is recognized and accepted by these populations as one of its members (acceptance by the group).

"This preserves for these communities the sovereign right and power to decide who belongs to them, without external interference".

7. Self-identification. Instead of offering a definition, Article 33 of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples underlines the importance of self-identification, that indigenous peoples themselves define their own identity as indigenous.

Article 33 of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples

1. Indigenous peoples have the right to determine their own identity or membership in accordance with their customs and traditions. This does not impair the right of indigenous individuals to obtain citizenship of the States in which they live.

2. Indigenous peoples have the right to determine the structures and to select the membership of their institutions in accordance with their own procedures.

8. Art. 75, inc. 17: "17. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos".

base en un componente de "autoreconocimiento": "Se entenderá como comunidades indígenas a los conjuntos de familias que se reconozcan como tales por el hecho de descender de poblaciones que habitaban el territorio nacional en la época de la conquista o colonización e indígenas o indios a los miembros de dicha comunidad".

A esta definición se agregó un componente de "radicación", ya que, según el art. 2º, "[a] los efectos de la presente ley, reconócese personería jurídica a las comunidades indígenas radicadas en el país".

La citada ley reguló la forma de esas comunidades indígenas en su art. 4º: "Las relaciones entre los miembros de las comunidades indígenas con personería jurídica reconocida se regirán de acuerdo a las disposiciones de las leyes de cooperativas, mutualidades u otras formas de asociación contempladas en la legislación vigente".

La Constitución Nacional argentina, en oportunidad de la reforma de 1994, consagró la competencia del Congreso para: "reconocer la personería jurídica de sus comunidades [de los pueblos indígenas argentinos]" (art. 75.17, CN).

Por su parte, el Código Civil y Comercial se refiere expresamente a las comunidades indígenas en su art. 18, en estos términos: "Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el art. 75.17, Constitución Nacional".

Los extremos reseñados en este acápite permiten advertir un planteo epistemológico si se comparan el texto constitucional y el del Código; y un interrogante normativo.

Una suerte de salto epistemológico parecería evidente en tanto de la categoría "pueblo indígena" del 75.17, primer párrafo de la CN, se pasa a la categoría "comunidad indígena" del art. 18 del cód. civil y comercial. "Pueblo", en la clásica definición de Cicerón, es "la asociación basada en el consentimiento del Derecho y en la comunidad de intereses"; pueblo es uno de los elementos del Estado, tal como lo estudiamos en la materia Derecho Político; antiguas constituciones, como la de México de 1857, art. 2º, se han referido a "pueblos indígenas". En cambio, "comunidad" es un concepto sociológico, que ubicamos en la célebre obra de Ferdinand Tönnies, de 1887, *Gemeinschaft und Gesellschaft*; en una comunidad no se necesita del derecho para reglar las relaciones, a diferencia de lo

que ocurre en una sociedad o asociación compartida en la cual los miembros actúan en su propio interés; los miembros de la comunidad cuidan de la comunidad más que de sí mismos. En suma, de la idea de reconocer la preexistencia de los “pueblos indígenas” del texto constitucional de 1994, se pasa a la regulación de las “comunidades indígenas” en el Código Civil y Comercial.

Por otra parte, cabe preguntarse si la ley 23.302, de 1985, se aplica a situaciones jurídicas posteriores a la reforma de 1994; o si el articulado de esa ley ha sido implícitamente modificado por el texto constitucional o, en su caso, por el Código Civil y Comercial. Los indicios sobre la respuesta de esta pregunta pueden hallarse en la práctica jurisprudencial sobre –por ejemplo– aplicación de la ley 4.284, de 1993, reguladora del Defensor del Pueblo de la Nación, con posterioridad a la reforma de 1994. También podrían hallarse indicios interpretativos en la aplicación de la Ley de Acción de Amparo 16.986, a las acciones de amparo iniciadas con posterioridad a la reforma constitucional de 1994. Más importante aún, la jurisprudencia de la Corte Suprema dice que la ley general no deroga a la ley especial anterior salvo expresa abrogación o manifiesta incompatibilidad<sup>9</sup>. Y la doctrina ha expresado claramente que el art. 18 del código civil y comercial es “una conexión entre la Constitución y las leyes especiales vigentes y a sancionarse en el futuro”<sup>10</sup>, con lo que, lejos de detectarse una incompatibilidad, se advertiría la plena supervivencia de la ley 23.302.

### ) ¿Qué es un pueblo originario?

La cuestión de qué es un pueblo originario –incluida en el título del tema asignado para esta exposición– es importante, a la luz de nuestro ordenamiento, pero también en el plano internacional.

9. Massani de Sese, Zulema Micaela c. ANSeS s/ reajustes varios, Fallos: 28-4044 (2005); Bigma S.R.L. c. ENTEL s/ contrato administrativo, Fallos: 19:2594 (1996); Constantino, Néstor Enrique c. Estado Nacional (Mrio. de Defensa - Estado Mayor General del Ejército) s/ordinario, Fallos: 315:1274 (1992); Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c. Empresa de Transportes Rabbione, Fallos: 305:353 (1983) (voto de los Dres. Guastavino y Black).

10. Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Buenos Aires y Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, t. I, pág. 86.

En primer lugar, la expresión “pueblo originario” no se halla consagrada en el texto de la Constitución Nacional argentina o en el del Código Civil y Comercial.

Segundo, es relevante reparar en que la expresión de “pueblo originario” es extraña a la letra del articulado de la Convención de la Organización Internacional del Trabajo 169<sup>11</sup>. Esta Convención internacional se aplica a “pueblos tribales” y a “pueblos indígenas” (considerados como sinónimos), sin definirlos, pero bajo el criterio de autoidentificación, que ya vimos plasmado en la ley formal argentina. El art. 1° acude al criterio de autoidentificación como indígena o tribal como criterio fundamental para determinar los grupos a los que les será aplicable la Convención. Los calificativos de indígenas y tribal empleados en la Convención como sinónimos se explicarían pues hay pueblos tribales que no son indígenas<sup>12</sup>. Más allá de todo ello, y como puede verse, a la luz del nudo texto de la norma, esta Convención, *prima facie*, no se aplicaría a la figura “comunidades indígenas” por no vérsela expresamente incluida.

Cabe preguntarse, a los fines de la invocación de esta Convención ante nuestros tribunales, qué será un pueblo originario: ¿será pueblo originario lo que el propio pueblo originario defina como tal?, ¿o será pueblo originario el que se asocia y se presenta ante el

11. El art. 1° de la Convención de la International Labour Organization Convention No. 169 contiene una declaración sobre su ámbito de aplicación, más que una definición, que prescribe que la Convención se aplica a:

“a) pueblos tribales en países [countries] independientes cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otras secciones de la comunidad nacional y cuyo estatus es regulado total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por leyes o regulaciones especiales;

“b) pueblos en países independientes que son considerados como indígenas sobre la base de su descendencia directa de las poblaciones que habitaron el país, o una región geográfica a la que pertenece el país, al momento de la conquista o colonización o establecimiento de los límites actuales del Estado y los cuales, independientemente de su estatus legal, retienen algunas o todas sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas”.

12. Afrodescendientes de pueblos tribales en América Central; pueblos tribales en África que pueden no haber vivido en la región donde habitan por un período de tiempo más largo que otros grupos poblacionales. Empero, muchos de estos pueblos se autodenominan “indígenas” para poder ser incluidos en los debates que se llevan a cabo en la ONU. De allí que, a efectos prácticos, se tomen los términos “indígena” y “tribal” como sinónimos en el sistema de la ONU cuando el pueblo en cuestión se autoidentifica como tal bajo la agenda indígena.

ente de la ley 23.302 para obtener personalidad jurídica? ¿Cómo se fundaría la plena sinonimia entre pueblos tribales, pueblo indígenas y pueblos originarios? Por cierto, indagar en todo ello excede los límites del presente

Empero, una indicación en lo relativo a tal pluralidad de expresiones tal vez para referirse a lo mismo puede emerger del plano semántico y sociológico. Por ejemplo, en Canadá las normas se refieren a *first nations*, primeras naciones (en el sentido de naciones originarias), así llamadas en inglés pues se considera que el adjetivo “indígena” es ofensivo. En cambio, la Corte Suprema argentina emplea habitualmente el calificativo “indígena”<sup>13</sup>. Y el legislador congresional ha creado la categoría “comunidad indígena originaria”<sup>14</sup> en el art. 1° de la ley 26.160, de Emergencia de Comunidades Indígenas.

Repasados estos conceptos, podemos acercarnos a la cuestión de la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas o comunidades indígenas, argentinas o radicadas en Argentina.

### e) ¿Qué es propiedad comunitaria de los pueblos/comunidades indígenas argentinos o radicados en Argentina?

Esta pregunta lleva a considerar el derecho vigente, en su rango formal legal en la ley de 1985, en la reforma constitucional de 1994 y en el Código Civil y Comercial.

La ley 23.203, art. 1°, de 1985, prescribe: “Declárase de interés nacional la atención y apoyo a los aborígenes y a las comunidades indígenas existentes en el país, y su defensa y desarrollo para su plena participación en el proceso socioeconómico y cultural de la Nación, respetando sus propios valores y modalidades. A ese fin, se implementarán planes que permitan su acceso a la propiedad de la

13. Así, propiedad indígena (Fallos: 326:3258; 331:2119); reserva indígena (Fallos: 274:169); indígena (Fallos: 274:169; 318:198; 325:1744; 326:3258; 330:4590; 331:2119; 332:1338; 333:924; entre otros).

14. “Artículo 1. Declárase la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país, cuya personería jurídica haya sido inscrita en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas u organismo provincial competente o aquellas preexistentes, por el término de cuatro años” (el destacado no es del original). Compárese el criterio de “radicación” en el art. 2° de la ley 23.302, según vimos en I.c), *supra*.

tierra y el fomento de su producción agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal en cualquiera de sus especializaciones, la preservación de sus pautas culturales en los planes de enseñanza y la protección de la salud de sus integrantes”. La ley habla de “permitir [el] acceso a la propiedad”. La ley no califica esa propiedad. Y la ley solo se refiere a lo comunitario en relación con las granjas, grupos comunitarios o autogestión comunitaria.

El art. 75, inc. 17, de la CN establece, a partir de la reforma de 1994, que corresponde al Congreso “[r]econocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos”. Como puede verse, se alude a “pueblos indígenas” y se exige que esos pueblos indígenas sean “argentinos”. El texto constitucional agrega que corresponde al Congreso “reconocer la personería jurídica de sus comunidades”, por lo que se alude a “comunidades” (de los pueblos indígenas argentinos) y no a pueblos, tribus, etc. La comunidad, como ya vimos, es la que no necesita del derecho para reglar sus relaciones, y sus miembros velan más por la comunidad que por sí mismos.

El citado artículo de la Constitución prescribe que corresponde al Congreso “[reconocer] la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan”. Se advierte que ya no se habla de “propiedad”, como lo hiciera el legislador en la ley 23.302, sino de “posesión y propiedad comunitaria”, con lo que podría verificarse una suerte de *downgrading*. Y esa “posesión y propiedad comunitaria” es algo que el Congreso debe reconocer pues “corresponde al Congreso (...) reconocer (...)”. Se genera, así, un nuevo instituto, a favor de los pueblos indígenas argentinos. Este recae en un objeto específico. Se evidencia un fuerte componente sociológico (tradicional ocupación). Se trata, además, de una posesión, de una “propiedad”, con lo que será distinto del dominio, pues el constituyente de 1994, cuando quiso emplear el término “dominio” en lugar del término “propiedad”, así lo hizo, por ej. en el art. 124 al referirse al “dominio” originario de los recursos naturales. Por último, en su faz de “propiedad comunitaria”, cabe apuntar que el Código Civil y Comercial, en el art. 1887, al reglar los derechos reales, enumera el derecho real de dominio, y no enumera un hipotético derecho real de (posesión y) propiedad comunitarias.

La Constitución, por último, consagra la competencia del Congreso para regular la entrega de otras tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano, las cuales serán inenajenables, intransmisibles

e insusceptibles de gravámenes o embargos. Se trata de una materia objeto de regulación por la ley formal, con claros límites, que, dentro de cada esfera, será de competencia del legislador nacional o provincial.

El Código Civil y Comercial, en su art. 18, prescribe que “[l]as comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y a aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional”. El artículo dice que “tienen derecho”, pero no califica a ese derecho como derecho real o como personal, y, desde el punto de vista sistemático, el artículo transcrito no está en el título dedicado a los derechos reales o personales, sino en la Parte General del Código. Todo ello indica que no se trata *prima facie*, de un derecho real (se volverá sobre ello, *infra*).

Asimismo, cabe agregar que el Código Civil y Comercial, en su art. 1º, reconoce, como fuentes del derecho, a los usos, prácticas y costumbres, y en el art. 18 transcrito se alude a tradición. El art. 18 no dice “que por uso/práctica/costumbre ocupan” sino que se refiere a las tierras “que por tradición ocupan”. Ello implica una obscuridad que tal vez se podría haber evitado mediante un mayor rigor en la redacción y revisión del Código, previo a su entrada en vigencia.

Podemos ahora volver la mirada hacia la importante cuestión de si la propiedad comunitaria indígena es un derecho real.

### ¿ES LA PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA UN DERECHO REAL?

Este aspecto involucra el debate sobre si se mantiene el *numerus clausus* en nuestro país con el nuevo Código Civil y Comercial. En efecto, la pregunta del caso es si, además de los derechos reales enumerados en el Código Civil y Comercial, hay otro derecho real llamado, hipotéticamente, “propiedad comunitaria indígena”. Este interrogante puede ser respondido desde una perspectiva normativa, metodológica, interpretativa, de economía y derecho y de titularidad.

El primer argumento que avala una respuesta negativa a la pregunta es el relativo a la concepción del dominio como exclusivo (art. 2508, cód. civil; art. 1943, cód. civil y comercial): no existe el “dominio comunitario”. Sin embargo, podría argüirse que, si bien no hay dominio comunitario, podría haber propiedad comunitaria.

En similar tesitura, si bien la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 21, alude a “propiedad privada”, podría concebirse, por vía de hipótesis, una propiedad “comunitaria” privada. Mas tales hipótesis pierden sustento si se repara en que no puede haber exclusividad comunitaria.

El segundo argumento que avala la respuesta negativa es el principio de *numerus clausus*. *Numerus clausus* es una regla de clausura, de interpretación, que mantiene “seguro” el sistema, para que sea completo. En esta perspectiva, la enumeración del art. 1887 del cód. civil y comercial sería cerrada o se hallaría clausurada. En el antiguo Código Civil de Vélez, leíamos: “Art. 2502. Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer.” Así, la enumeración de Vélez era taxativa salvo que la ley creara nuevos derechos reales; los particulares no podían crear nuevos derechos reales. Hoy, el art. 1884 del cód. civil y comercial alude a “elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción”, como elementos del derecho real, a ser fijados por la ley que cree un nuevo derecho real, con lo que se mantendría la idea de *numerus clausus*. Sin embargo, autores como Alberto Gabás en su artículo del año 2011<sup>15</sup> advierten acerca de que hay situaciones de hecho que tienen que, de alguna forma, ser reconocidas. Empero, neutraliza esta interpretación proclive a admitir el *numerus apertus* lo ya expresado sobre la ubicación sistemática de la propiedad comunitaria indígena en el Código Civil y Comercial, no en el título de derechos reales sino en la Parte General. Ello, precisamente, porque el sistema civil argentino propicia el *numerus clausus*, a diferencia del sistema español o de *common law*, de *numerus apertus*.

El tercer argumento gira en torno a los conceptos de propiedad y dominio. Desde una lectura literal, la Constitución Nacional argentina habla de “propiedad comunitaria de las tierras” y el Código Civil y Comercial habla de “propiedad comunitaria de las tierras”. Tanto en el actual Código Civil y Comercial como en el antiguo Código Civil de Vélez, en el título sobre derechos reales, no hay un

15. GABÁS, ALBERTO A., *Aproximaciones a un replanteo de la división entre derechos reales y personales* (*numerus clausus* y *numerus apertus*), en JA, 2011-IV, 26-10-2011, fascículo 4, *Estudios de derechos reales*, págs. 36/42.

instituto denominado “propiedad” sino un derecho real llamado “dominio”. Todo ello empañaría una hipotética “propiedad” comunitaria indígena como derecho real. Además, la Constitución Nacional argentina crea la “posesión y propiedad comunitaria”, y la posesión es una situación de hecho con efectos jurídicos, por ej. de prescripción adquisitiva de derechos reales (art. 1897, cód. civil y comercial); no puede prescribir adquisitivamente un derecho real, de los enumerados en la ley; pero como la propiedad comunitaria, como derecho real, no existe, no sería prescriptible. Mas debe apuntarse que neutralizaría estos razonamientos la concepción que dice que dominio y propiedad serían sinónimos.

La argumentación económica en torno a los derechos reales sustenta más sólidamente la respuesta negativa. Hay una importancia patrimonial del objeto del derecho real que justificaría el *numerus clausus* por razones de seguridad jurídica. Esta afirmación sobre la conveniencia de un *numerus clausus* en materia de derechos reales involucra tres líneas de argumentación: la relativa a la exclusividad; la relativa a la productividad; y la relativa a la información.

(i) Hay *commons*, es decir, un área, real o figurativa, en la que muchos tienen derechos de goce no exclusivos; también hay *anti-commons*, que es el área, real o figurativa, en la que muchos tienen derecho no exclusivo de excluir a los demás; la propiedad sería un término medio entre *commons* y *anticommons* (y esto justificaría la teoría de los *takings* de fuente regulatoria en EE. UU.<sup>16</sup>). Específicamente, los *anticommons* ayudan a comprender el principio de *numerus clausus*, que limita los modos reconocidos de *ownership* o señorío a unos pocos modos: como tengo derecho no exclusivo de excluir a los demás, es mejor si el derecho forma parte de un menú cerrado, limitado. Finalmente, hay *liberal commons*, con autonomía y libre salida, que asegura los beneficios sociales de la cooperación<sup>17</sup>. (ii) Por el otro lado, el *numerus clausus* evita la excesiva fragmentación de la propiedad<sup>18</sup>, es decir, hace que no decline la

16. Puede ampliarse en nuestro *Las expropiaciones de fuente regulatoria “regulatory takings”*). *Perspectivas, en especial, en materia de responsabilidad del Estado por acto lícito*, en ReDA, enero-febrero 2013, n° 85, págs. 67/90.

17. Golding, Martin - Edmundson, William (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Londres, Blackwell, 2005, pág. 6.

18. *Ibidem*, págs. 156/157.

productividad del bien. Por último, (iii) el *numerus clausus* asegura, a terceros, información cierta y limitada sobre lo involucrado en el derecho real, con lo que se les reducen los costos de transacción. Si los derechos reales fueran ilimitados, costaría obtener información sobre sus alcances.

Finalmente, la pregunta del acápite puede hallar una respuesta negativa si se considera quiénes pueden ser titulares de derechos y obligaciones. Si se acepta que pueden ser titulares de derechos y obligaciones las personas –humanas o ideales– pero no las comunidades o los pueblos, se impondrá la respuesta negativa. Ahora, si las comunidades o pueblos obtuvieran personalidad jurídica, podrían ser titulares. Y esa personalidad la pueden obtener bajo la ley 23.302 mediante la inscripción en el Registro de Comunidades Indígenas. En efecto, esta ley, de 1985, establece, en su art. 2°: “A los efectos de la presente ley, reconócese personería [v. gr., personalidad jurídica] a las comunidades indígenas radicadas en el país”. Cabe destacar, empero, que esta ley prevé figuras tales como las “granjas comunitarias o escolares” y el “fomento de la autogestión comunitaria”, pero no prevé el instituto denominado “propiedad comunitaria” indígena.

Puede apuntarse, tangencialmente, que el rigor lingüístico en la denominación de la relación de las comunidades indígenas hacia las tierras es inestable. La ley 25.510, del 2001, autorizó al Poder Ejecutivo Nacional a transferir, sin cargo, a la Agrupación Mapuche Cayún, conformada por la totalidad de los miembros de la Agrupación Indígena Cayún, tierras ubicadas en jurisdicción de la Reserva Nacional Lanín, en estos términos: “transfiere la propiedad comunitaria de las siguientes tierras”; “superficie cedida en propiedad”. Por ende, se utilizaron los criterios de “propiedad comunitaria” y de “propiedad”. Con exclusivo criterio de “propiedad comunitaria”, la ley 25.549, de 2001, declaró de utilidad pública y sujetas a expropiación con sus respectivos derechos de aguas, las tierras de Lapacho Mocho, departamento San Martín, provincia de Salta; se resolvió su “adjudicación en propiedad comunitaria” a favor de la Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T’Oi en los términos de los arts. 3° y 12 de la ley 23.302. La ley 26.160, de 2006, utilizó un criterio amplio, de “posesión y propiedad”, pues declaró, en su art. 1°, la emergencia en materia de “posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país”. Dicha ley, asimismo, frenó “la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos, cuyo objeto sea el desalojo o desocu-

pación de las tierras”, apoyándose en el criterio de “ocupación”. La ley 26.160 de emergencia fue prorrogada hasta el 23-11-2017 por ley 26.894<sup>19</sup>. Más adelante, se advierte nuevamente el criterio de “propiedad comunitaria”, cuando la ley 26.725, de 2011, autorizó al Poder Ejecutivo Nacional a transferir, sin cargo, a la Agrupación Mapuche Curruhuinca “el dominio en propiedad comunitaria” de una porción de tierra. Por último, el Código Civil y Comercial con sagra, en su art. 18, la “posesión y propiedad comunitaria” a favor de las comunidades indígenas.

## PRÁCTICA JURISPRUDENCIAL

Puede centrarse la mirada en cierta jurisprudencia que brinda detalles acerca del instituto al que se dedican estas líneas, especialmente de cara a la emergencia declarada, hasta fines del 2017, en materia de propiedad comunitaria indígena. Soslayando, por amplia y comúnmente conocidos, los casos en los que se halla involucrado el estudio de impacto ambiental, pueden citarse los detallados a continuación.

Por un lado, se ha hecho hincapié en el carácter de “territorio ancestral” en La Primavera, un caso en el que se rechazó la petición de que se suspendieran obras de drenaje y desagüe en la laguna que es territorio ancestral de la comunidad<sup>20</sup>; y en Eben, en el cual otorgándose rango constitucional a la protección, se dejó sin efecto el rechazo *in limine* de una acción de amparo iniciada por una comunidad indígena ante una ley que desafectaba tierras, por lo que se iban a vender, por licitación, territorios ancestralmente de aquella<sup>21</sup>.

Por otro lado, debe traerse a colación, también, una sentencia de la Cámara Nacional en lo Comercial. Se trata de un caso en el que se suspendió el remate de un inmueble de propiedad del codemandado con base en que dicho terreno constituye un espacio comunitario de la Comunidad Sawa Corazón Huarpe del Pueblo Huarpe<sup>22</sup>. Apeló

19. B.O. 21-10-2013.

20. C. 528. XLVII. I01, Comunidad Indígena Toba La Primavera - Navogon c. Formosa, Provincia de y otros s/medida cautelar, del 7-4-2015.

21. C. 2124. XLI. RHE, Comunidad Indígena EbenEzer c. Provincia de Salta - Ministerio de Empleo y la Producción y otro s/amparo, del 30-9-2008.

22. CNCom., sala B, mayo 13-2015. - Maccarone, Luciano Hernán y otros c. Grupo Olivo Argentino S.A. y otros s/ejecutivo, en ED, 265-261.

la ejecutante. En lo principal, se alegaba inaplicabilidad de la ley 26.160 (ley de emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país, cuya personería jurídica haya sido inscripta) por no haberse acreditado la “ocupación”. El agravio fue rechazado pues: (i) el informe del INAI había opinado que el inmueble se encontraba reconocido como “de propiedad de la Comunidad Sawa”; (ii) la Comunidad se encontraba respaldada por la ley 26.160 (con lo que debía suspenderse el desalojo). Además, (iii) se reiteró el rango constitucional de la “propiedad comunitaria indígena”. En el fallo se enfatizaron, además, las limitaciones temporales (la prórroga de ley hasta el 21-11-2017), con lo que se debía suspender la subasta mientras rigiera la prórroga de la ley de emergencia; más importante aún, se instó a encontrar el mecanismo conciliatorio que preservara los derechos de las partes. El dictamen de la Fiscalía General de Cámara destaca, en particular, que: (i) pese al tiempo transcurrido, aún no hay normas que expresamente resuelvan el tema de la titulación de las tierras comunitarias, en especial cuando ellas se encuentran en manos privadas; (ii) los bienes en cuestión se hallan fuera del comercio; (iii) se tendría que analizar la compra por el Estado para que el Estado las entregue a la comunidad, o alguna otra alternativa (como podría ser la entrega de otras tierras a cambio). En suma, en el caso, en los hechos, prevalece la propiedad comunitaria indígena hasta que deje de prorrogarse la ley. Con ello, entiendo que se anula un derecho de propiedad “individual” por razones de emergencia en materia de propiedad comunitaria indígena. Ello hace propicio recordar el clásico fallo Ángel Russo c. Delle Donne, del 15-5-1959, sobre suspensión de desalojos y sus gravosas consecuencias económicas en tanto extendidas en el tiempo, y las consecuencias que se derivan de toda declaración legislativa de emergencia, en la cual el legislador mira hacia el pasado, y establece una emergencia para un futuro (en el caso, hasta fines del 2017) que es gobernado no por la certeza sino por la probabilidad.

## DERECHO COMPARADO

Unas últimas notas, en torno al tema de estas líneas, hace al derecho comparado, en especial estadounidense, que es probablemente

el ordenamiento que ofrece una larga experiencia en la materia de la denominada *indigenous community property*.

El procedimiento de reconocimiento, a los fines de la aplicación de las normas específicas, se basa en que solo aquellas tribus que mantienen una relación jurídica con el gobierno de los Estados Unidos, por medio de tratados vinculantes, leyes del Congreso, órdenes ejecutivas, etc., se hallan “oficialmente reconocidas”, y en el presente sigue habiendo pedidos de reconocimiento. Solo una vez que se hallen reconocidas, podrán esas tribus entablar relaciones jurídicas con el Estado. Hoy hay más de 566 tribus reconocidas a nivel federal, incluyendo 200 *village groups* en Alaska. En el procedimiento de reconocimiento interviene el Bureau of Indian Affairs - Office of Federal Acknowledgment. El procedimiento incluye la publicación, en la web, de quiénes son los peticionantes, y se brinda ocasión para que los particulares formulen comentarios, en el marco de un procedimiento participativo en sede administrativa. Esta clase de participación, en nuestro país, bajo el decreto 1172/2003, habría tal vez evitado casos como el mencionado al final del acápite precedente.

El *aboriginal land title* o *aboriginal title* o título de tierra aborigen de los americanos nativos –que perdura aún después de que se instalan los colonizadores alcanzando soberanía y que puede crearse postsoberanía– solo puede ser extinguido en la medida en que el Congreso sea claro e inequívoco<sup>24</sup>. Si se priva a los aborígenes de tierras, se los debe indemnizar<sup>25</sup>. De las liquidaciones de las indemnizaciones se ocupa, desde 1982, la US Court of Claims, quien solo realiza la liquidación, sin decidir sobre el título. Se trata de supuesto de responsabilidad del Estado ante los nativos americanos, que es una responsabilidad legislada, sea por violación de tratados, por confiscación de tierras o por otros daños, pasados o presentes.

23. <http://www.indianaffairs.gov/WhoWeAre/AS-IA/OFA/index.htm> (último acceso: 20-2-2016).

24. *United States v. Santa Fe Pac. R. Co.*, 314 U.S. 339 (1942).

25. *United States v. Alcea Band of Tillamooks*, 329 U.S. 40 (1946), fue el primer caso de indemnización dispuesta judicialmente por un *taking* de tierras de los indios no reconocido por obligaciones específicas emergentes de un tratado. Pero, posteriormente, *Tee-Hit-Ton Indians v. United States*, 348 U.S. 272 (1955), estableció que la extinción del título aborigen no era un *taking* bajo la Quinta Enmienda.

## CONCLUSIONES

El profesor Julio R. Comadira nos enseñaba acerca de la importancia del derecho como facilitador del bien común. Ese bien común, como conjunto de condiciones, tiene que poder llegar a todos, considerados en forma indistinta, o como clase individualizada por el legislador. Más aún en el caso de las comunidades aborígenes, pues ellas, como puede leerse en el 146 de *Laudato si'*, “[n]o son una simple minoría entre otras”.

En definitiva, se torna insoslayable el respeto hacia la especial propiedad que las normas regulan.

De acuerdo a lo expuesto, ese respeto tiene que ser encarado con el debido cuidado y atención en el plano terminológico para definir a los sujetos involucrados (sección I), y para encarar la sustancia del objeto estudiado, cuya naturaleza distaría de ser la de un derecho real (sección II). La joven jurisprudencia ilustra acerca de serios planteos, de contenido patrimonial, que claman por soluciones conciliatorias o de avenimiento, que satisfagan a todas las partes (sección III). Por último, el derecho estadounidense ilustra acerca de procedimientos participativos en sede administrativa en ocasión de la solicitud de reconocimiento; ellos aparecen enderezados, es claro, a la disminución del eventual riesgo del conflicto judicial en materia de tierras de americanos aborígenes (sección IV).