

LA PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA ANTE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Palabras clave: Propiedad comunitaria indígena - Reforma constitucional - Derechos territoriales.

Key words: Indigenous community property - Constitutional reform - Territorial rights.

Resumen: La reforma constitucional de 1994 introdujo un cambio sustancial en el reconocimiento de la propiedad comunitaria indígena (PCI) en el derecho argentino, al establecer el reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas y su derecho a la posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan. A partir de este nuevo marco, se consolidó un corpus normativo – Ley 23.302, Convenio OIT 169, Ley 26.160– que buscó garantizar estos derechos, aunque con importantes desafíos interpretativos. El principal conflicto jurídico reside en la ambigüedad de la expresión “tierras que tradicionalmente ocupan” y en la falta de una ley especial que defina la naturaleza jurídica de la PCI, ausente del régimen de derechos reales del Código Civil y Comercial. Este artículo examina las implicancias constitucionales, legislativas y jurisprudenciales de la PCI, subrayando la necesidad de una definición normativa clara que permita articular derechos indígenas y seguridad jurídica territorial.

Alberto B. Bianchi

Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires

E-mail: ab@bgcv.com.ar

The indigenous community property under the National Constitution

Abstract: The 1994 constitutional reform introduced a substantial change in the recognition of Indigenous Community Property (PCI) in Argentine law, by establishing the recognition of the ethnic and cultural pre-existence of Indigenous peoples and their right to the possession and ownership of the lands they have traditionally occupied. From this new framework, a body of legislation was consolidated –Law 23.302, ILO Convention 169, Law 26.160– aimed at guaranteeing these rights, albeit with significant interpretative challenges. The main legal conflict lies in the ambiguity of the expression “lands they have traditionally occupied” and in the absence of a special law defining the legal nature of PCI, which is not included in the system of real rights under the Civil and Commercial Code. This article examines the constitutional, legislative and jurisprudential implications of PCI, highlighting the need for a clear normative definition that allows for the articulation of Indigenous rights and territorial legal certainty.

■ AGRADECIMIENTO Y ACLARACIONES

Comienzo este trabajo agradeciendo haber sido invitado generosamente a participar en este número dedicado a los pueblos indígenas de la Argentina. Es un honor para mí colaborar con esta contribución a una temática muy rica desde los más variados puntos de vista.

Deseo, asimismo, rendirle un modesto, pero sentido homenaje, a la memoria del Profesor Mario Califano, un querido amigo y uno de los primeros antropólogos

argentinos que se ocupó específicamente de temas jurídicos de las sociedades indígenas del país, entre otros trabajos, en ‘Paradigmas ético-jurídicos del ciclo de las teofanías vengadoras de los matakó’ en Califano, Mario (coordinador), ‘Mito, guerra y venganza entre los wichí’. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999).

Demás está decir que no soy antropólogo, sino abogado, de modo tal que mi aproximación a este tema se limitará, exclusivamente, a los aspectos jurídicos de una de las muchas cuestiones y aristas que

plantean las comunidades indígenas. Me refiero a la llamada “propiedad comunitaria”, adelantando desde ya –como nota esencialmente distintiva– que, a diferencia de la propiedad que regulan la Constitución y el Código Civil y Comercial (CCyC) que es, esencialmente, individual, la propiedad de las comunidades indígenas sobre sus tierras es “comunitaria”. Ello significa que su titular, no es un individuo en forma particular, sino el conjunto de tales, como integrantes de un sujeto colectivo (la “comunidad”), al que se reconoce como persona jurídica.

Una segunda aclaración que debo hacer, no menos importante, es de carácter terminológico. Tal como ha hecho notar Estela B. Sacristán (2016), la noción de “indígena” o “aborigen” no es clara, ni unívoca, destacando que se han dado hasta 67 definiciones diferentes de estos conceptos. La primera denominación es empleada por la Constitución Nacional y el CCyC. La segunda aparece también en el CCyC (artículo 63) que permite la inscripción de nombres aborígenes o derivados de voces aborígenes autóctonas y latinoamericanas. También se los denomina, más eufemísticamente, “pueblos originarios”, en tanto se trata de individuos pertenecientes a etnias que habitaban –o habrían habitado– en el territorio argentino antes de la colonización española. En síntesis, y dado que el lenguaje es esencialmente convencional, al referirme en este trabajo a la propiedad comunitaria indígena, lo haré en relación con la propiedad que, en forma colectiva, ejercen aquellas comunidades legalmente reconocidas como tales.

■ EL IMPACTO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994. LA LEGISLACIÓN ANTERIOR

No cabe duda alguna de que la propiedad comunitaria indígena (a la que me referiré de ahora en adelante por la sigla PCI), tiene –en la Constitución– un antes y un después con la reforma de 1994. En el texto originario de la Constitución de 1853, y en sus reformas hasta 1994, no existía, ni se reconocía forma alguna de PCI. La intención de los constituyentes de 1853 no fue establecer una disociación cultural y jurídica de los indígenas con el resto de la población, sino, por el contrario, que se los integrara con ella. Así lo dispuso el antiguo artículo 67, inc. 15 que le otorgaba competencia al Congreso para “proveer a la segu-

ridad de las fronteras; conservar el trato pacífico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo”. Se trataba naturalmente, de una norma propia de mediados del siglo XIX, donde la “conquista del desierto” era una prioridad del gobierno nacional como medio de afianzamiento territorial de las instituciones creadas por la reciente Constitución.

Ciento cuarenta años después, la reforma de 1994 impuso un giro copernicano en la cuestión y actualmente el artículo 75, inc. 17 dispone que el Congreso debe “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”.

Como puede verse, entre una y otra norma existe un paradigma jurídico y cultural, no solo diferente, sino opuesto. De la asimilación de los “indígenas” bajo el modelo político de la Constitución, se ha pasado a su reconocimiento como “pueblos” diferenciados del resto de los habitantes del territorio nacional, con identidad propia y garantizándoles, expresamente el derecho a “la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan”. Demás está decir que esta expresión, confusa y ambigua, ha resultado problemática pues, interpretada en su más amplio sentido,

podría dar lugar a que los “pueblos originarios” tuvieran derecho a reclamar como propio, hasta el lugar que ocupa la Plaza de Mayo en la ciudad de Buenos Aires.

Legislativamente, la reforma constitucional ya había sido anticipada en la Ley 23.302 (Ley sobre Política Indígena y apoyo a las Comunidades Aborígenes), sancionada en 1985¹. Esta ley creó un auténtico “estatuto indígena” en tanto:

- declaró “[...] de interés nacional la atención y apoyo a los aborígenes y a las comunidades indígenas existentes en el país, y su defensa y desarrollo para su plena participación en el proceso socioeconómico y cultural de la Nación, respetando sus propios valores y modalidades. A ese fin, se implementarán planes que permitan su acceso a la propiedad de la tierra y el fomento de su producción agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal en cualquiera de sus especializaciones, la preservación de sus pautas culturales en los planes de enseñanza y la protección de la salud de sus integrantes” (artículo 1º);
- reconoció la “personería jurídica a las comunidades indígenas radicadas en el país”, entendiéndose por tales 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” (artículo 2º);
- creó el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, como entidad descentralizada con participación indígena (artículo 5º);

- dispuso “[...] la adjudicación en propiedad a las comunidades indígenas existentes en el país, debidamente inscriptas, de tierras aptas y suficientes para la explotación agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal, según las modalidades propias de cada comunidad. Las tierras deberán estar situadas en el lugar donde habita la comunidad o, en caso necesario en las zonas próximas más aptas para su desarrollo” (artículo 7°); norma ésta que se complementa con el artículo 23 según el cual “El Instituto Nacional de Asuntos Indígenas gestionará la habilitación de planes especiales para la construcción de viviendas rurales y urbanas para los titulares de las tierras adjudicadas por esta ley, ante organismos nacionales, e internacionales que desarrollen planes habitacionales de fomento”.
- estableció como “[...] prioritaria la intensificación de los servicios de educación y cultura en las áreas de asentamiento de las comunidades indígenas. Los planes que en la materia se implementen deberán resguardar y revalorizar la identidad histórico-cultural de cada comunidad aborígen, asegurando al mismo tiempo su integración igualitaria en la sociedad nacional” (artículo 14);
- dispuso que el gobierno nacional coordinara “[...] con los gobiernos de provincia la realización de planes intensivos de salud para las comunidades indígenas, para la prevención y recuperación de la salud física y psíquica de sus miembros, creando unidades sanitarias móviles para la atención de las comunidades dispersas”; y
- ordenó al Poder Ejecutivo que elevara al Congreso un proyecto de ley que “contemple el derecho a la jubilación ordinaria de este sector social” (artículo 22).

Esta ley se complementa con el Convenio 169 de la Organización



Figura 1. Comitivas pertenecientes a distintos pueblos indígenas en la Convención Constituyente de 1994 en la provincia de Santa Fe. Fuente: Museo Nacional del Hombre del Instituto Nacional de Antropología y Pensamiento Latinoamericano. Recuperado de: <https://www.facebook.com/share/p/1FZP4HBTcS/>

Internacional del Trabajo (OIT) de 1989, ratificado por el Congreso argentino en 1992, y en vigor desde 2000². En lo referente a la PCI, el artículo 14 de este Convenio dispone lo siguiente:

“1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados” (el resaltado es mío).

Con anterioridad al Convenio OIT 169, el Congreso, por medio de la Ley 14.932 de 1959³, había ratificado el Convenio OIT 107, relativo a la abolición del trabajo forzoso, que reconocía “el derecho de propiedad, colectivo o individual, a favor de los miembros de las poblaciones en cuestión sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas”⁴. Tal como ya dije, el grave problema interpretativo que plantea esta norma

–cuyo texto reproduce el artículo 75, inc. 15 de la Constitución– consiste en descifrar, entre otras cuestiones, qué se entiende por “*las tierras que tradicionalmente ocupan*” las comunidades indígenas. Una segunda cuestión es qué tipo de derecho constituye en nuestro régimen jurídico la PCI, ya que no está mencionada dentro de los derechos reales que, como bien sabemos, está enumerados taxativamente en el CCyC.

Luego de las normas ya citadas, fue sancionada la Ley 26.160⁵ por medio de la cual se declaró “*la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país, cuya personería jurídica haya sido inscripta en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas u organismo provincial competente o aquellas preexistentes, por el término de 4 (CUATRO) años*” (artículo 1º) y se dispuso suspender “*por el plazo de la emergencia declarada, la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos, cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las tierras contempladas en el artículo 1º*” (artículo 2º). El plazo de la emergencia fue luego prorrogado por las leyes 26.554,⁶ 26.894,⁷ 27.400,⁸ y por el Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 805/2021⁹. Finalmente, el Decreto 1083/2024¹⁰ declaró “*finalizada la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país, establecida en el artículo 1º de la Ley Nº 26.160, y la suspensión dispuesta en el artículo 2º de la mencionada ley, a partir de la entrada en vigencia del presente decreto*” (artículo 2º). Esto significa que, por espacio de 18 años (2006-2024), no pudieron ser desalojadas por sus legítimos propietarios, las tierras que habían sido ocupadas, de hecho, por las comunidades indígenas.

Por último, debe mencionarse también que el artículo 18 del CCyC, vigente desde el 01-08-2015, repite lo dicho por la Constitución y por el Convenio OIT 169. Esta norma establece “*Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional*” (el resaltado es mío). Antes de entrar en el análisis de las cuestiones interpretativas planteadas por el artículo 75, inc. 17 de la Constitución, el artículo 14 del Convenio OIT 169, y el artículo 18 CCyC, vale la pena recordar que, con mucha anterioridad a las normas citadas, el Congreso ya había sancionado algunas leyes de otorgamiento de tierras a los indígenas,¹¹ por ejemplo, las leyes 3154 de 1894¹² y 3184 de 1899¹³.

■ LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

De la reseña legislativa efectuada en el punto anterior, puede verse que hasta 1985, año en que fue sancionada la ley 23.302, no existía en nuestro país el concepto de PCI. Si bien, como dije, algunas leyes antiguas otorgaron tierras a los caciques y estaba aprobado el Convenio OIT 107 que, desde 1959, reconocía la propiedad de las comunidades indígenas, lo cierto es que todo el movimiento de reconocimiento de la PCI cobró impulso a partir de 1985 y se fortificó, más aún, con la reforma constitucional de 1994.

Sobre esta base normativa, el recorrido de la jurisprudencia de la Corte Suprema permite observar lo siguiente. Hasta la reforma constitucional de 1994, el caso más importante fue *Guari c/ Provincia de*

Jujuy,¹⁴ en el cual, frente a un reclamo de tierras la Corte Suprema afirmó, respecto de lo que, los actores denominaban “*propiedad comunitaria*,” que: “*jamás hubo ‘propiedad’ en el sentido que las leyes romanas, españolas y argentinas tuvieron siempre. [...] Así, pues, la propiedad inmueble, tal como se considera en el derecho moderno no existió; estaba desprovista de los caracteres jurídicos de este derecho: absoluto, exclusivo y perpetuo [...] [L]as comunidades de indígenas, como las que son invocadas por los actores, sólo tenían [...] una especie de dominio útil o de usufructo*”¹⁵. Agregó que: “[A] los dichos indios se les adjudicaba o reconocía sólo el dominio útil [...]. [P]agaban tributo realmente feudal al [...] Rey. [...] [E]n ese dominio del Estado, no sólo eminente sino también efectivo, público y privado, sucedió la Nación Argentina a España y, subsidiariamente, las provincias a la Nación; [...] y lo ha consagrado la jurisprudencia de esta Corte en los fallos que se registran en los tomos 113, pág. 204; 142, pág. 224 [...]”¹⁶. Como puede verse esta sentencia no reconoce la existencia de la PCI.

En la jurisprudencia posterior a la reforma constitucional de 1994 se han producido los casos que paso a mencionar, bien que en ninguno de ellos resuelve, específicamente, los conflictos interpretativos que he mencionado en relación con la PCI.

Cronológicamente, el primero de ellos es *Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/ Provincia del Neuquén*¹⁷, donde se estableció el derecho a la consulta de las comunidades indígenas. El caso se originó a raíz de que la demandada creó en tierras ocupadas por los mapuches un municipio (Villa Pehuenia), sin consultar previamente a la comunidad indígena

que habita por allí. A raíz de ello, ésta planteó la inconstitucionalidad de la creación del municipio sosteniendo que, antes de ello, debería haber sido consultada en los términos del artículo 67, inc. 17 de la Constitución (que nada dice al respecto) y del Convenio 169 de la OIT.

Levantado en alto las banderas de los mapuches, la Procuración General¹⁸, por entonces a cargo de la Dra. Gils Carbó, entendió que el reclamo era legítimo y aconsejó revocar el fallo del Tribunal Superior provincial que había rechazado la demanda. Con fuerte contenido ideológico, sostuvo que “[la] reforma [constitucional de 1994] expresa un nuevo orden de consideraciones. Deja atrás aproximaciones asimilacionistas e integracionistas hacia los pueblos indígenas y tribales y asienta, en su lugar, un nuevo paradigma de protección de la diversidad cultural. Reconoce las secuelas de una historia de dominación cultural y plantea el reto de pasar de un modelo de Estado monocultural a otro de Estado intercultural y plural. Entiende, asimismo, a los pueblos y comunidades indígenas como sujetos colectivos titulares de una protección especial y ordena la adopción de medidas concretas para que estos grupos puedan vivir y legar a las generaciones futuras su propia identidad cultural. Estas nuevas concepciones fueron destacadas durante los debates de la Convención Nacional Constituyente de 1994”¹⁹. Y, refiriéndose al Convenio 169 de la OIT, dijo que “[...] contempla dos dimensiones del derecho de participación de los pueblos indígenas. En primer lugar, los gobiernos deben “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” (inc. a) y, en segundo lugar, deben ‘establecer los medios adecuados 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 responsable de políticas y programas que le conciernan’ (inc. b)”²⁰.

Por cierto, la Procuración General no deja de advertir que el municipio de Villa Pehuenia, ya tenía, por entonces, diez años de existencia, de modo tal que invalidar por completo su existencia, en forma retroactiva, crearía un caos para todas las relaciones jurídicas y obligaciones nacidas en ese tiempo. Para evitar todo ello, el dictamen entiende que la Provincia del Neuquén debe llevar a cabo en un plazo de 60 días la consulta que omitió “a fin de que la articulación entre la creación del Municipio de Villa Pehuenia y la forma de vida indígena sea realizada a través del diálogo y de la búsqueda de acuerdos” y debe diseñar, además, “los mecanismos permanentes de participación institucional para que ellas puedan incidir en la determinación de las políticas y decisiones municipales que las involucran y, adecuar, de este modo, la legislación en la materia a la Constitución Nacional y a los tratados mencionados”²¹. Señala, por último, que “la Corte Suprema deberá establecer un mecanismo de supervisión del cumplimiento de la sentencia”²². La Corte –salvo el Dr. Rosenkrantz– coincide con todo lo dicho por la Procuración General. Tan solo difiere en lo establecido en el último párrafo del punto VIII sobre la necesidad de que sea ella quien supervise el cumplimiento del fallo, tarea que le encomienda al Tribunal

Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén, que había declarado la constitucionalidad del municipio sin consulta previa.

El caso siguiente para analizar es *Comunidad Mapuche Millalonco-Ranquehue c/ Poder Ejecutivo Nacional*²³, donde la Corte sostuvo que no puede registrarse la propiedad de comunidades indígenas sin dar intervención y obtener la conformidad de la provincia en cuyo territorio éstas se encuentran. En este caso la demandante había promovido una acción de amparo contra el Estado Nacional, para que se instrumentara a su favor el título de propiedad comunitaria sobre tierras en el Municipio de San Carlos de Bariloche, Provincia de Río Negro, conforme lo resuelto por el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI). El Juzgado Federal de Bariloche hizo lugar al amparo, el Estado nacional (Ejército Argentino) apeló la sentencia, pero la Cámara Federal de General Roca declaró que el recurso estaba interpuesto fuera de término. Contra esta decisión el Ejército Argentino y la Fiscalía interpusieron sendos recursos extraordinarios federales.

Al resolver, la Corte hizo pie en *Provincia del Neuquén c/ Estado Nacional-Instituto Nacional de Asuntos Indígenas*²⁴ y sostuvo que en el amparo se había omitido dar intervención a la Provincia de Río Negro, cuya citación resultaba necesaria para que pudiera ejercitar su derecho de defensa en juicio y se dictara una sentencia que le fuera oponible. Sostuvo que “[...] el art. 75, inc. 17, de la Constitución Nacional confiere facultades concurrentes al gobierno federal y a los estados locales en diversas cuestiones relacionadas con los derechos de los pueblos indígenas; entre ellas, la de reconocer ‘la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan’ [...]” y, por lo tanto, “[...]

la Nación no [puede] asumir la totalidad de las competencias en materia de reconocimiento de personería jurídica de comunidades indígenas [...] la concurrencia de atribuciones no [otorga] poder al gobierno federal para sustituir al provincial en los actos de legislación y administración relacionados con las personas y las cosas que caen bajo su jurisdicción territorial [...] por ese motivo, el INAI sólo podía registrar comunidades indígenas si, previamente, daba intervención al Estado local en cuyo territorio se asentaban y, además, obtenía su conformidad”²⁵.

Debe tenerse en cuenta también, por su importancia, el caso es *González c/ Colicheo*²⁶, en el cual se fijaron los alcances de la suspensión de los desalojos de las comunidades indígenas dispuesta por la ley 26.160. Se discutía aquí, quien era el legítimo poseedor de un campo ubicado en la provincia de Río Negro. Los hechos del caso son los siguientes. Florencio Antonio González es titular de un permiso precario otorgado en el año 1986, en base a la posesión de una fracción de campo que se remonta al año 1956. Esta propiedad se encuentra debidamente registrada y parcelada por las autoridades provinciales competentes. A pesar de ello, los demandados, pertenecientes a la comunidad mapuche *Lof Tripal-co Rañing*, invocando derechos ancestrales, ocuparon el campo por la fuerza, e impidieron el acceso de González, valiéndose de un certificado emitido por el INAI en 2015, en el que se deja constancia de que esa comunidad se encuentra listada para ser relevada por un equipo operativo que lleva a cabo el relevamiento técnico, jurídico y catastral.

Trabado el conflicto posesorio, en las instancias inferiores de Neuquén se hizo lugar al interdicto de González, pero el Tribunal Superior

de Justicia revocó esta decisión invocando la ley 26.160, que declaró la “Emergencia en Materia de Posesión y Propiedad de Comunidades Indígenas”. Ello dio lugar al recurso extraordinario federal planteado por el actor. Por medio de un fallo muy correcto, la Corte analizó el alcance de la suspensión de los desalojos de las comunidades indígenas prevista en el artículo 2° de la ley 26.160 y falló a favor del recurrente. Sostuvo, en primer lugar, que “[...] la propiedad comunitaria del artículo 75, inciso 17 de la Constitución Nacional no habilita bajo ningún concepto o condición, una interpretación que derive en una violación a la propiedad privada de terceros, protegida por los artículos 14 y 17. Ninguna norma inferior a la Constitución dispone, ni podría hacerlo, que el acceso a la propiedad por parte de los pueblos indígenas se concrete mediante vías de hecho (materiales o administrativas) a extramuros de las instituciones de la República”²⁷.

Luego, refiriéndose específicamente a la suspensión establecida en el artículo 2° de la ley 26.160, sostuvo que “[...] la letra y espíritu de la ley 26.160 son consistentes y coherentes al permitir única y exclusivamente la suspensión de la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos, cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de tierras de una comunidad aborígen si esta se encuentra reconocida y tradicionalmente ocupa ese territorio. Ello se concreta en la exigencia de la posesión ‘**actual, tradicional y pública**’ del artículo 2°, requisitos que funcionarios administrativos y jueces deben interpretar y verificar rigurosamente para evitar, por medio de procedimientos o valoraciones jurisdiccionales, una colisión frontal con los derechos de terceros protegidos por los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional. El hecho de que los demandados integren una comu-

idad que está incluida en un listado de comunidades pendientes a relevar por el INAI y que la causa por usurpación haya culminado con el sobreseimiento de los imputados no modifica esa conclusión, toda vez que: i) la inclusión en dicho listado no se realizó antes de que se concretara la desposesión que motivó este litigio, y solo indica que quedarían sujetas al relevamiento referido que al día de la fecha sigue inconcluso; ii) la eventual inexistencia del delito de usurpación por los motivos probatorios y procesales que ya se indicaron no es prueba suficiente para tener por configurada la 'posesión actual, tradicional y pública' exigida por la ley 26.160. La inexistencia de una consecuencia penal no es prueba suficiente para invocar el cumplimiento del requisito del artículo 2º, última parte de la ley 26.160 y, en definitiva, una protección constitucional privilegiada como la del artículo 75, inciso 17 de la Constitución Nacional" (el resaltado es mío)²⁸.

Menciono por último el caso *Friedrich c/ Estado Nacional-Instituto Nacional de Asuntos Indígenas*, resuelto por la Sala IV de la Cámara Nacional en lo Contencioso-administrativo Federal²⁹. Básicamente, en este caso la Cámara dispuso que cuando el INAI, de acuerdo con la Ley 26.160, lleva a cabo el relevamiento técnico, jurídico y catastral de una propiedad, y reconoce la posesión que una comunidad indígena tiene sobre ella³⁰, debe dar participación en ese procedimiento a quien ostenta algún título jurídico sobre la misma³¹. El caso ha sido comentado por Estela Sacristán (2024) analizando en extenso el derecho a la participación del interesado en el procedimiento administrativo, bajo lo dispuesto en la Ley de Procedimientos Administrativos (Ley 19.549).

■ LOS DILEMAS INTERPRETATIVOS DE LA PCI

Veamos ahora los problemas interpretativos que plantean el artículo 75, inc. 17 de la Constitución, el artículo 14.1 del Convenio OIT 169 y el artículo 18 del CCyC. De acuerdo con el artículo 75, inc. 17 de la Constitución el Congreso debe "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 resaltado es mío).

A su vez, el artículo 14.1 del Convenio OIT 169, establece que "Deberá reconocerse a los pueblos interesados **el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan**. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes" (el resaltado es mío).

Similar redacción, en relación con la PCI, tiene el artículo 18 CCyC ya transcrito anteriormente.

Tal como dije, estas normas presentan dos problemas interpretativos (a) qué se entiende por "las tierras que tradicionalmente ocupan" las comunidades indígenas y (b) qué tipo de derecho constituye en nuestro régimen jurídico la PCI, ya que no está mencionada dentro de los derechos reales que, como bien sabemos, está enumerados taxativamente en el CCyC.

En relación con lo primero, es evidente que las normas citadas son contradictorias, pues se utiliza un adverbio (tradicionalmente) que refiere al pasado y un tiempo de verbo en presente (ocupan). Frente a este dilema, la única forma racional de interpretar estas disposiciones es tomar el verbo en tiempo presente, de lo contrario, todo el territorio argentino, desde los tiempos de la conquista española, podría quedar sometido a la PCI, lo que resulta un absurdo.

Como ha sostenido Sagüés (2017, p. 352), con quien coincido, "[...] la Constitución confiere a los aborígenes la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que 'tradicionalmente ocupan', lo que implica una indicación de actualidad: no de las que ocupaban o hayan ocupado en otro momento de la historia (de adoptarse esta última variante, podrían recuperar prácticamente todo el territorio argentino, conclusión desde luego absurda por su anacronismo)". En síntesis, la PCI debe ser aplicada a las tierras que ocupaban, efectivamente, las comunidades indígenas, cuando este derecho les fue reconocido, es decir, en el momento de la sanción de la reforma constitucional de 1994, que tuvo lugar el 22 de agosto de ese año.

En relación con lo segundo, la Ley 26.944, por medio de la cual se aprobó el CCyC dispone, en la primera de las normas transitorias

contenidas en su artículo 9 “*Los derechos de los pueblos indígenas, en particular la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano, serán objeto de una ley especial*”. Esta “ley especial” no ha sido dictada todavía, de modo tal que la PCI no tiene aún una regulación específica en el derecho argentino.

■ CONCLUSIONES

Los problemas jurídicos que presenta la PCI no tienen, hasta este momento, una solución clara en el derecho argentino. En primer lugar, la Constitución, el Convenio OIT 169 y el CCyC, contienen una disposición que es contradictoria, ya que el adverbio “tradicionalmente”, no se compadece con el tiempo de verbo al cual se pretende calificar. Por ello y en aras de la seguridad jurídica de todas las propiedades públicas y privadas que podrían quedar eventualmente afectadas por estas disposiciones, lo más razonable es interpretar que las tierras que conforman la PCI deben limitarse a las que efectivamente ocupaban las comunidades indígenas cuando fue sancionada la reforma constitucional el 22 de agosto de 1994.

En segundo lugar, el Congreso no ha sancionado aún, la ley especial que regule la PCI. Será necesario entonces, esperar a que esta ley sea sancionada para poder emitir una opinión sobre la misma. Lo único claro en este aspecto, es que la relación de las comunidades indígenas con la tierra es muy diferente a la que produce el derecho de dominio que regula el CCyC. Mientras este derecho es individual y quien lo posee es el “dueño” de la tierra, en la PCI no existen propietarios individuales. Por lo demás, cada comunidad establece, según sus propias costumbres y tradiciones, cuál es su

relación con la tierra que ocupa, lo que –entiendo– genera una dificultad adicional para regular la cuestión en forma general.

■ BIBLIOGRAFÍA

Sacristán, E. B. (2024). *Debido proceso en los relevamientos técnicos, jurídicos y catastrales de la ley 26160*. CIJur - Centro de Información Jurídica, Doctrina. <https://cijur.mpba.gov.ar/doctrina/15199>

Sacristán, E. B. (2016). Propiedad comunitaria de los pueblos originarios, en la obra colectiva. En P. Coviello (Ed.), *Homenaje a Julio Rodolfo Comadira* (pp. 325-343). El Derecho.

Sagüés, N. P. (2017). *Derecho constitucional. Tomo III*. Astrea.

■ NOTAS

1 Publicada en el Boletín Oficial (BO) el 12-11-1985.

2 Ley 24.071 sobre “Pueblo Indígenas y Tribales en Países Independientes” (BO 20-04-1992) que aprobó el Convenio 169 de la OIT, entrado en vigor el 03-07-2000, luego de depositado el instrumento respectivo.

3 BO 29-12-1959.

4 En este Convenio, la expresión “poblaciones en cuestión” alude a (1) las poblaciones tribales o semitribales en los países independientes, cuyas condiciones sociales y económicas correspondan a una etapa menos avanzada que la alcanzada por los otros sectores de la colectividad nacional y que estén regidas total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial y (2) a los miembros de las poblaciones

tribales o semitribales en los países independientes, consideradas indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país, o en una región geográfica a la que pertenece el país, en la época de la conquista o la colonización y que, cualquiera que sea su situación jurídica, viven más de acuerdo con las instituciones sociales, económicas y culturales de dicha época que con las instituciones de la nación a que pertenecen (artículo 1º).

5 BO 29-11-2006.

6 BO 11-12-2009. Prorrogó la emergencia hasta el 23 de noviembre de 2013.

7 BO 21-10-2013. Prorrogó la emergencia hasta el 23 de noviembre de 2017.

8 BO 23-11-2017. Prorrogó la emergencia hasta el 23 de noviembre de 2021

9 BO 18-11-2021. Prorrogó la emergencia hasta el 23 de noviembre de 2025.

10 BO 10-12-2024.

11 Quiero agradecer a Estela B. Sacristán, que ha hecho una búsqueda exhaustiva de todas estas leyes.

12 Por medio de esta ley se entregaron tres leguas de campo en la llamada “Pampa Central” a casa uno de los caciques Mariano Pichincuá y Manuel Tripalaif.

13 Esta ley entregó doce leguas de campo en Chubut al cacique Valentín Saihueque.

14 Fallos 155-302 (1929).

15 Fallos 155, en pp. 310-311.

-
- | | | |
|--|---|--|
| 16 Fallos 155, en pp. 313-314. | 23 Fallos 347-729 (2024). | que esta sentencia quedó firme pues la Corte Suprema rechazó el recurso extraordinario federal por aplicación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. |
| 17 Fallos 344-441 (2021). | 24 Fallos 341-1148 (2018). | |
| 18 Dictamen de fecha 08-09-2014. | 25 Considerando 8°. | 30 En el caso era la comunidad mapuche Lof Che Buenuleo. |
| 19 Segundo párrafo del punto V. | 26 Fallos 347-1858 (2024). | |
| 20 Quinto párrafo del punto V. | 27 Considerando 11°, primer párrafo. | 31 En el caso el demandante (Sr. Friedrich) era cesionario de un boleto de compraventa sobre el inmueble en cuestión. |
| 21 Punto VIII, párrafo quinto y sexto. | 28 Considerando 16°. | |
| 22 Último párrafo del punto VIII. | 29 CAF 14374/2020, sentencia de fecha 9/11/2021. Cabe mencionar | |