



# ANÁLISIS DE LA APERTURA AL PLURALISMO JURÍDICO EN LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD COMUNITARIA DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS CONFORME LA C.N. 1994 Y SU IMPACTO EN EL DERECHO PRIVADO POSITIVO

MARÍA FLORENCIA CULASSO  
HÉCTOR OMAR AVILA  
*UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO*

## INTRODUCCION

**E**l presente trabajo reconoce como causa la investigación que hemos llevado a cabo como integrantes del Proyecto de Investigación “Puntos de Conflicto del Derecho Civil Patrimonial interno derivados del contacto con otros modelos jurídicos. Posibilidad de armonización o apertura al plurijuridismo”, el que se ha desarrollado dentro del marco de actividades que realiza el Centro de Investigaciones de Derecho Civil de la Facultad de Derecho, U.N.R.

En base a ella, tomamos como punto de partida de nuestro análisis el fenómeno del plurijuridismo, considerando que el mismo se manifiesta en el mundo jurídico a partir de lo que la doctrina<sup>1</sup> ha denominado polisistemia simultánea

---

<sup>1</sup> NICOLAU, Noemí L. “Las fuentes de las normas y la conflictividad del plurijuridismo desde la perspectiva del Derecho Civil actual”, en Libro de Homenaje al Dr. Benjamín Piñón, Facultad de Derecho, U.N.L. 2004, pág. 208. “... polisistemia es el encuentro de siste-

---

nea y pluralismo jurídico.

Estas manifestaciones en su despliegue normológico impactan al ordenamiento normativo vigente, originan un fuerte cuestionamiento y, ponen en crisis principios, métodos y, en última instancia la concepción misma acerca del origen y contenido del concepto de derecho.

Decimos que impacta en los principios y métodos del ordenamiento normativo vigente, dado que el fenómeno en cualquiera de sus manifestaciones pone en tela de juicio el monopolio estatal del derecho, entendido éste como único, posible y legítimo productor del mismo<sup>2</sup>.

Con ello queremos significar que, la apertura al plurijuridismo implica admitir, como punto de partida, la coexistencia de sistemas jurídicos en un mismo tiempo y espacio originados por diversas fuentes productoras, para luego establecer entre estas distintas fuentes relaciones de integración-coordinación, operación jurídica que la doctrina denomina “diálogo de las fuentes”.

El impacto se advierte, en un aspecto, si se compara la solución del mismo con la que daría a idéntico fenómeno la concepción tradicional del ordenamiento normativo, basado a partir de una estructura piramidal, en una lógica jurídica abstracta y deductiva; en la que el derecho como tal, sólo se origina a partir del monopolio estatal, el que por medio de sus potestades otorga al mismo obligatoriedad y sanción<sup>3</sup>.

---

mas jurídicos en un mismo lugar y en un mismo tiempo, y, pluralismo jurídico es la existencia simultánea de sistemas jurídicos diferentes que se aplican a situaciones idénticas en el seno de un mismo orden jurídico y también la coexistencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos distintos que establecen, o no, relaciones de derecho entre ellos...”.

<sup>2</sup> PASCAL PUIG. “Hierarchie des normes: du système au principe”. “... el fracaso del sistema jerárquico (concepción jerarquizada del orden jurídico), no impide en absoluto a la jerarquía de las normas, de ser cada vez más solicitada,..., La jerarquía de normas desde ahora cambia de naturaleza o más propiamente revela su verdadera naturaleza,..., constituye más modestamente un simple modo entre otros de resolución de conflictos normativos. De sistema se ha transformado en principio. Su eventual puesta en escena aparece más como un esguince al ordenamiento jurídico pero procede únicamente de la preferencia acordada puntualmente por otros principios. El fracaso del sistema jerárquico invita a interrogarse sobre el desarrollo del “principio jerárquico”...”.

<sup>3</sup> NICOLAU, Noemí L. “Las fuentes de las normas y la conflictividad del plurijuridismo desde la perspectiva del Derecho Civil actual”. Op. Cit. Págs. 207, 211. En idéntico sentido, Ciuro Caldani, Miguel Ángel, “Lecciones de Teoría General del Derecho”, en Investigación y Docencia N° 32, Año 1999, págs. 38,40.

En otro de sus aspectos y, tal como referimos en párrafos anteriores, el impacto que origina la apertura al plurijuridismo se presenta en relación con la concepción acerca del origen y contenido del concepto de Derecho.

Desde este aspecto, entendemos que la apertura al fenómeno nos acerca a otras fuentes, entre las que podemos mencionar: la costumbre y la jurisprudencia. En ellas advertimos que, la noción de norma jurídica se vincula necesariamente con la vida, pues debe estar conforme con la realidad social, describiéndola e integrándola, al tiempo que debe desplegar en su funcionamiento los valores que la sustentan, los que permitirán realizar su juicio crítico al momento de su interpretación y/o aplicación<sup>4</sup>.

Dentro de los parámetros expuestos, entendemos que la apertura al plurijuridismo nos lleva a construir el concepto de derecho, incluyendo en su contenido la norma (conforme el alcance expresado), las causas por las cuales ésta aparece y se desenvuelve como tal y, su valoración; esta movilidad nos permite una mayor exactitud y adecuación al medio social<sup>5</sup>.

Por último y en relación con este aspecto, consideramos beneficioso remarcar que, conforme a nuestra opinión, estas soluciones de coexistencia y diálogo encuentran sustento y puntos de contacto dentro de la Filosofía del Derecho Privado con lo que han sostenido, por un lado, la Escuela Histórica y por otro, la Escuela de la Libre Investigación Científica. La primera otorgó a

---

<sup>4</sup> CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Lecciones de Teoría General del Derecho”, Op. Cit. Págs. 42, y, Nicolau, Noemí N. “El Derecho Contractual frente al Plurijuridismo, la Integración y la Globalización”, en “El Derecho Privado ante la Internacionalidad, la Integración y la Globalización”, Editorial La Ley, Año 2005 pág. 434, en relación a dichas fuentes de producción del Derecho, expresa: “... todos los que participan en la formación de las diversas fuentes del derecho están involucrados en el problema. No sólo debe ser una preocupación de los legisladores, llamados a establecer las conexiones adecuadas entre sistemas existentes simultáneamente. También deben trabajar con cuidado las relaciones de hecho que plantea la coexistencia de un sistema consuetudinario junto a un sistema legal los jueces, hacedores de la jurisprudencia, los juristas que elaboran la doctrina y los abogados, que contribuyen con su práctica diaria a la formación de la fuente consuetudinaria...”.

<sup>5</sup> Consideramos que en idéntico sentido se pronuncia, Jayme Erick, “La sociedad multicultural y el derecho privado. La experiencia Alemana”, en Centro de Estudios e Investigación de Derecho Comparado y Extranjero. Año 1999, cuando expresa: “... el Derecho mismo está atravesando un profundo cambio, consistente en la proliferación de normas legales “narrativas”, que establecen principios o estándares derivados de entidades no gubernamentales o de prácticas que adquieren creciente importancia; en oposición a las tradicionales normas coercitivas. Por lo tanto, el Juez debe considerar todas estas diversas fuentes del Derecho...”.

la costumbre, importancia y rol como fuente autónoma y última del Derecho y sostuvo que “los derechos no existen de ningún modo para realizar la idea de voluntad jurídica abstracta; sirven para garantizar los intereses de la vida, ayudar a sus necesidades y realizar sus fines”<sup>6</sup>.

En tanto que la segunda incluyó al dato real histórico como componente de la norma y, a la costumbre y a las autoridades tradicionales como fuentes del derecho; disponiendo que frente a un amplio campo de problemas “el juez tiene que elegir entre varias soluciones posibles”<sup>7</sup>.

De este modo, dentro del marco planteado por el objeto de estudio del Proyecto de Investigación que integramos, hemos advertido en nuestro análisis puntos de conflicto generados a partir de la regulación que el derecho civil patrimonial otorga al derecho real de propiedad con el sistema jurídico que regula al derecho de propiedad comunitaria de los pueblos originarios a la tierra que tradicional o ancestralmente ocuparon.

En el desarrollo de los puntos subsiguientes centramos nuestro análisis con el fin de confirmar o no la posibilidad de apertura, coexistencia y diálogo de fuentes, en el fenómeno descrito en el párrafo precedente, pues lo consideramos como una forma o manifestación de pluralismo jurídico, en la que se advierte la coexistencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos distintos que establecen entre ellos relaciones de hecho<sup>8</sup>.

En base a ello, advertimos que desde el punto de vista normológico, el reconocimiento de la coexistencia de regímenes que actualmente puede afirmar-

---

<sup>6</sup> CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Lecciones de Filosofía del Derecho Privado (Historia)”. Ed. Fundación para las Investigaciones Jurídicas. Año 2003. págs. 98, 101.

<sup>7</sup> CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Lecciones de Filosofía del Derecho Privado (Historia)”. Op. Cit. Pág. 115.

<sup>8</sup> NICOLAU, Noemí L. “El Derecho Contractual frente al Plurijuridismo, la Integración y la Globalización”, en “El Derecho Privado ante la Internacionalidad, la Integración y la Globalización”, Editorial La Ley, Año 2005 pág. 424, nota 4: “... caracteres muy diferentes adquiere el plurijuridismo cuando los sistemas se relacionan de hecho, sin reconocimiento expreso, como ocurre en los sistemas jurídicos indígenas...”. En idéntico sentido se expresa: Kozak, Verónica. “Acerca de la tensión entre el sistema de normas del derecho positivo y las valoraciones culturales de los pueblos indígenas”, en J.A.T.III.pág. 315: “... en el ámbito de la reforma constitucional ha existido una orientación progresiva hacia la coexistencia de dos sistemas jurídicos...”.

se, fue atravesando distintas etapas de transición, en las que no se establecía diálogo alguno entre las fuentes creadoras de ellos, sino que, por el contrario imperaba una relación de dominación o absorción del derecho positivo vigente por sobre el sistema jurídico originado y basado en la costumbre.

### **1. APERTURA AL PLURALISMO JURÍDICO. EL DERECHO DE PROPIEDAD COMUNITARIA DE LOS PUEBLOS ORIGINARIOS. SUS ELEMENTOS Y EL IMPACTO QUE ESTE SISTEMA OCASIONA AL ORDENAMIENTO POSITIVO:**

Tomamos como herramienta para el estudio y comparación de ambos sistemas la estructura que nos brinda la relación jurídica, en orden al derecho subjetivo patrimonial de propiedad. En base a ella, consideramos importante analizar, a fin de corroborar la actual existencia de pluralismo jurídico, los siguientes elementos:

#### **1.1 Objeto: Tierra – inmueble**

En relación con este elemento entendemos que el reconocimiento constitucional legitimó en el plano del ordenamiento normativo positivo, un derecho de propiedad comunitario distinto al derecho de propiedad privada individual o colectiva<sup>9</sup>.

Las diferencias se advierten en torno a su contenido y caracteres; así, en el derecho de propiedad comunitaria la posesión es constitutiva del mismo ya que la totalidad de los miembros de la comunidad, en cuanto tales, tienen derecho a usar y gozar de la tierra en tanto la posean y la trabajen y son como integrantes del pueblo, dueños de la totalidad. Como consecuencia de ello se desprenden sus caracteres: inenajenables, inembargables, intransmisibles – inextinguibles (el análisis de estos caracteres continúan en el subpunto que refiere a la transmisión del derecho de propiedad comunitaria, al que remiti-

---

<sup>9</sup> HIGHTON, Elena I. “El camino hacia el nuevo derecho de los pueblos indígenas a la propiedad comunitaria en la Constitución de 1994”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 7, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 308, expresa: “... la propiedad pertenece a los componentes del grupo, como colectividad; esto es, no se asigna a los propietarios como tales, ni a la totalidad personificada. Porque no se da aquí la propiedad solitaria de una persona jurídica, ni un condominio de tipo romano entre varias personas físicas...”.

mos).

En la propiedad privada, los caracteres de este derecho real conforme la regulación del C.C. son: absoluto, perpetuo s/art. 2510 y exclusivo s/art. 2508 (precisamente porque dos personas no pueden tener cada una en el todo el dominio de una cosa)<sup>10</sup>.

Las diferencias consignadas en los párrafos precedentes, no han sido siempre advertidas por los operadores del derecho, situación que impidió por largo tiempo la posibilidad de análisis desde el punto de vista del pluralismo jurídico.

En este sentido podemos afirmar que, por un lado, la regulación que efectuaba la Ley N° 23302 en sus arts. 7 a 13 en lo referente a la adjudicación de las tierras, no era respetuosa del sistema de propiedad del pueblo indígena ya que legislaba una adquisición del dominio de forma derivada por la adjudicación de tierras que el Estado (Nacional, Provincial, Municipal) efectuaba de un bien de su dominio público a la comunidad<sup>11</sup>.

Por otro lado, la jurisprudencia tampoco reconocía la existencia de otro sistema jurídico en relación con las tierras que el pueblo indígena tradicionalmente ocupó<sup>12</sup>.

Entendemos que a partir del contenido de la regulación dispuesta por el Convenio 169 de la OIT (Ley N° 24071) comienza a darse un cambio que se

---

<sup>10</sup> KIPER, Claudio. "Código civil Comentado". Tomo I. Derechos Reales. Ed. Rubinzal Culzoni, págs. 620, 631, 634 : "... la exclusividad es de la naturaleza del mismo y concentra en una sola persona todos los derechos que pueden jurídicamente recaer sobre una cosa mueble o inmueble; ..., la transmisión es una de las formas de tornar durable la propiedad, pues el adquirente, a título singular o universal, es en definitiva un sucesor del dueño, a quién pasan todos los derechos que éste poseía sobre la cosa, ..., se advierte también que el dominio no se extingue por el no uso, a no ser que el dueño deje poseer la cosa por otro, fuera de esa eventualidad, conserva su derecho sin necesidad de realizar actividad alguna..." (en las últimas consideraciones transcriptas el autor citado hace referencia al carácter perpetuo del derecho de dominio conforme la normativa del C.C).

<sup>11</sup> Entendemos que la negación del sistema se corroboraba además porque la ley 23302 efectuaba una remisión, ante supuestos de conflicto, a las normas que regulan el condominio o cooperativismo, con total desconocimiento de los principios que sustentan y conforman la comunitaria. Ver "Fundamentos del Proyecto de ley de protección a los indígenas y apoyo a las comunidades aborígenes. Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores. Tomo II. Año 1984. pág. 1177".

<sup>12</sup> CSJN, 09.09.1929, "Guari y otros c/Provincia de Jujuy", en J.A. T. XXXI-10/38.

fue manifestando a través de la jurisprudencia y culminó con la norma constitucional.

La reglamentación que efectúa el Convenio 169 de la OIT en su segunda parte: arts. 13 al 19, nos permite discriminar entre distintas situaciones de hecho que pueden presentarse y las posibles soluciones que por derecho corresponde otorgar a ellas.

Así, se puede diferenciar si la comunidad se encuentra o no en posesión de las tierras que tradicionalmente ocupó, y, en su caso si el título correspondiente a su derecho se encuentra regularizado conforme a la legislación interna o no.

El art. 14 en sus ptos. 2 y 3 dispone que: "... los gobiernos deberán garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión,..., instituir los procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados...".

Por su parte el art. 16 en sus ptos. 1, 2 y 4 expresa: "... los pueblos no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan y excepcionalmente sólo deberán efectuarse con su consentimiento,..., cuando el retorno no sea posible deberán recibir tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente...".

La labor jurisprudencial también ha aportado lo suyo en este camino hacia el reconocimiento de la coexistencia de los sistemas.

Siguiendo la distinción que efectuamos en los párrafos anteriores, puntualizamos a continuación fallos en lo que se declara el reconocimiento a comunidades que se encontraban en posesión de sus tierras, entre ellos, mencionamos: a) el precedente de la C.Civ.Com.Lab. y de Minería, Chos Malal.18.08.2004. "Comunidad Mapuche Huayquillán c/Brescia, Celso y otro", en el que se dispuso: "... Debe admitirse la demanda promovida por una comunidad indígena con el fin de que se le reconozca la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupa, pues acreditó los requisitos exigidos por el C.C. para la procedencia de la acción –en el caso, la accionante se encontraba

en posesión del bien desde hace más de 40 años-, sin perjuicio de que el derecho reclamado esté reconocido en el art. 75 inc. 17 C.N.13. ... “; en idéntico sentido se manifestó la, b) C.Apelac.Civ.Com.de.Jujuy. Sala I. 14.09.2001. “Comunidad Aborigen de Quera y Aguas Calientes. Pueblo Cochinoca c/ Prov. Jujuy”: “... la C.N. cuando en su art. 75 inc. 17 garantiza el otorgamiento de la personería jurídica de las comunidades indígenas en cuanto pretende hacer operativo un derecho ya existente – en el caso, una comunidad aborigen demanda por usucapión- es decir, que la norma fundacional no lo establece desde entonces sino que declara su preexistencia y pretende que se haga efectivo, garantizando entre otros derechos, el de la propiedad de la tierra en forma comunitaria...”.<sup>14</sup>

En otros fallos, estando también en posesión de sus tierras la comunidad, de manera previa al reconocimiento, se presentó la necesidad de demarcar y/o regularizar los alcances y extensión de la tierra en cuestión, así, en fecha 15.06.04 la CSJN hizo lugar a un recurso de queja interpuesto por la Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat pertenecientes a la Provincia de Salta, fundándose en el dictamen del Procurador General, quién en su contenido expresó las siguientes consideraciones que entendemos de interés para nuestro análisis: “... el a-quo no tuvo en cuenta el argumento vertido por la actora, ..., reiterado al deducir la acción de amparo, según el cual, la resolución 423/99 dio curso a peticiones de personas que solicitaban fracciones en áreas que aquella había reclamado antes, al igual que, estando pendiente el recurso jerárquico que impugnaba el procedimiento de la resolución se adjudicó mediante decreto 461/99 áreas que forman parte del reclamo original, ..., análogas consideraciones merece la omisión del tribunal de valorar la ley 6469, en cuanto a que dispone que, las superficies serán adjudicadas sin divisiones y

---

<sup>13</sup> En LL.T.2005.C.pág.686, con nota del Dr. Luis Andorno, “Comunidades indígenas, posesión y propiedad de tierras por los pueblos indígenas. El art. 75 inc 17 C.N”, en donde además el autor expresa: “... En la primera parte de los Considerandos señala el Juzgador que a la comunidad actora le hubiera bastado, como lo hizo, conforme a la prueba acompañada, acreditar su calidad de pueblo indígena, y, la ocupación de las tierras por las que acciona s/art. 75 inc. 17 C.N para obtener el reconocimiento del derecho que reclama...”.

<sup>14</sup> En J.A. T.2002.III. pág. 702.



mediante título único de propiedad y donde también acuerdan unificar los lotes aludidos para someterlos a un destino común, ..., en tales condiciones estimo que la sentencia debe ser descalificada con sustento en la doctrina del Tribunal que señala que es arbitraria...”<sup>15</sup>.

Creemos conveniente remarcar que es ante este tipo de conflictos donde deben tenerse especialmente en cuenta los caracteres y principios distintivos de este sistema.

La demarcación de los límites de las tierras y la regularización de los títulos sobre las mismas adquieren actualmente, desde nuestro punto de vista, gran relevancia pues a partir de ellos es desde donde, consideramos, debe materializarse definitivamente el mandato constitucional.

Ello es así, dado que para los pueblos, a los fines de la demarcación del territorio, tiene fundamental importancia la “memoria histórica” como constitutiva de su tradición o costumbre ancestral, como así también, el hecho de que la titularidad de las tierras se otorgue al sujeto pueblo o comunidad, circunstancia ésta que permitirá la continuidad histórica mediante la permanencia de su identidad cultural<sup>16</sup>.

En oportunidad de pronunciarse mediante un dictamen solicitado a requerimiento del INAI, el Dr. Bidart Campos, en relación con este punto, manifestó: “... considero prioritario que, para su debido respeto tal como lo exige la Constitución, se sustituyan y/o supriman cuantas inscripciones se hayan efectuado bajo la máscara de estructuras asociacionales ajenas a la misma tradición y cultura indígenas, debiendo simplificarse las exigencias y formalidades que les son incompatibles...” ; confirmándose idéntica postura, desde la doctrina también se ha afirmado: “...la inexistencia de una legislación especial

---

<sup>15</sup> CSJN, 15.06.04. “Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat c/ PE de la Prov. de Salta”, en Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, T.327. Volumen 2, págs. 2312,2313.

<sup>16</sup> El reconocimiento de la memoria histórica como herramienta fundamental a los fines de la demarcación del territorio fue valorado en los siguientes precedentes jurisprudenciales: C.Ap.Civ.Com.de.Jujuy. Sala I. 14.09.2001. “Comunidad Aborigen de Quera y Aguas Calientes. Pueblo Cochinoca c/ Prov. Jujuy”; CIDH. Sentencia 17.0605. “Comunidad Indígena Yakyé Axa c/ Paraguay; CIDH, 31.08.2001. “Comunidad Mayagua (Sumo) Awás Tingni c/Nicaragua”.

para aborígenes que contemple y favorezca la situación diferenciada en que se encuentran sus tierras, en lo referente al otorgamiento de títulos de propiedad, ya sean colectivos o individuales, ha provocado reclamos permanentes de las organizaciones indígenas nacionales e internacionales, reunidas en diversos congresos y parlamentos a esos fines... “.<sup>17</sup>

Nos resta mencionar que en la órbita del poder legislativo se encuentra aprobado con fecha 24.11.04 un Anteproyecto de Ley de Procedimiento de Regularización de la propiedad comunitaria indígena cuyo contenido reglamenta los extremos que venimos consignando con las exigencias de respeto y debido cumplimiento de las prescripciones del Convenio 169 de la OIT y del art. 75 inc. 17 C.N ; y que, en oportunidad de pronunciarse sobre este tema, la CIDH expresó en fecha 31.08.2001, en el caso: “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c/Nicaragua” que: “... los pueblos indígenas gozan del derecho de propiedad comunal sobre las tierras que habitan, debiendo ser dichos territorios delimitados y demarcados por el Estado ,..., ya que la posesión de la tierra basta para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la misma obtengan un reconocimiento oficial de ella y el consiguiente registro...”.<sup>18</sup>

Por último y en relación al supuesto de hecho que nos resta analizar, consignamos a continuación un fallo de la Corte interamericana donde consideramos se sientan pautas de armonización para la coexistencia de sistemas, frente al caso de comunidades que no se encuentran en posesión de las tierras que tradicionalmente ocuparon: “... CIDH. Sentencia de fecha 17.06.05 recaída en el caso “Comunidad Indígena Yakye Axa c/ Paraguay”. “... la elección de tierras alternativas (en el caso la comunidad fue expulsada de su territorio tradicional por particulares), el pago de una justa indemnización o ambos no quedan sujetas a criterios meramente discrecionales del Estado, deben ser, conforme a una interpretación integral del Convenio N° 169 de la OIT y de la

---

<sup>17</sup> BIDART CAMPOS, Germán “Informes al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas”, en J.A.T.2005.III. pág.1445 referencia nota N° 15; otro, Kozak Verónica. “Acerca de la tensión entre el sistema de normas del derecho positivo y las valoraciones culturales de los pueblos indígenas”, en J.A.T.2005.III. pág.329. referencia nota N°44.

<sup>18</sup> (En LL.T.2003.C.pág.290).

Convención Americana, consensuadas con los pueblos interesados, conforme con sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario...”<sup>19</sup>

## 1.2 Sujeto: Pueblo originario, comunidad

En relación con el sujeto titular del derecho de propiedad comunitaria, nuevamente advertimos una diferencia sustancial con el ordenamiento positivo.

A partir del reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural del pueblo indígena en sí mismo, la comunidad de que se trate es la titular de los derechos que emergen de la relación jurídica que los vincula con la tierra que tradicional o ancestralmente ocuparon<sup>20</sup>; ello así, impacta en el sistema positivo, dado que, ante pluralidad de sujetos titulares, o bien rige entre ellos el sistema de los condóminos (cada uno titular de su parte) , o bien se constituye a partir de ellos, otro sujeto, persona jurídica de derecho público o privado (siendo de esta forma ese sujeto el único titular).

Nuevamente en el contenido de este punto haremos referencia a las distintas etapas de transición a partir de las cuales se fueron manifestando las relaciones entre estos sistemas a los fines de analizar la posible coexistencia y apertura al pluralismo jurídico.

En este punto, al igual que en el anterior, la Ley N° 23.302 nos merece idéntica consideración en relación con la inexistencia de pluralismo jurídico, dado que, a partir de su reglamentación nuevamente se establecieron relaciones de dominación y/o absorción entre las prácticas de los pueblos que conforman el ordenamiento de fuente consuetudinaria y el ordenamiento positivo.

Así, en los arts. 2, 3, y, 4, declara reconocer la personería jurídica a las comunidades radicadas en el país, estableciendo que ella será adquirida mediante

---

<sup>19</sup> (En [www.cidh.or.cr/jurisprudencia](http://www.cidh.or.cr/jurisprudencia), casos contenciosos).

<sup>20</sup> HIGHTON, Elena I. “El camino hacia el nuevo derecho de los pueblos indígenas a la propiedad comunitaria en la Constitución de 1994”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 7, Ed. Rubinzal Culzoni, pág. 306, expresa: “... una propiedad tal debe poder perpetuarse como la comunidad a que ella sirve; de donde la inalienabilidad y la indivisibilidad de la propiedad familiar, ..., en la propiedad comunitaria el centro de la tutela jurídica lo ocupa la posesión, como situación de disfrute de los bienes, frente a la propiedad como titularidad, la propiedad del patrimonio comunitario está radicada en la comunidad misma en cuanto tal, ..., en el sistema comunitario las comunidades son las dueñas reales...”.

inscripción en el registro de comunidades indígenas, y, que “se extinguirá mediante su cancelación”.

En el mismo orden de ideas, efectúa remisión expresa a las normas del código civil, ley de cooperativas, mutualidades u otras formas de asociación contempladas en la legislación vigente.

Las razones y motivos expuestos por el legislador fueron expresadas en los siguientes términos: “... al gozar de personería la comunidad o tribu, puede ser ella la adjudicataria de las tierras, ..., superándose así las formas de dominio clásico, con las consecuencias que acarrea la división del condominio y la división por la ley de herencia, ..., el proyecto establece también que la propiedad pertenece a la comunidad, ..., y, para las relaciones jurídicas, para el modo de desenvolverse y manifestarse en la necesaria interrelación jurídica, de acuerdo con el sistema de nuestras leyes, nos remitimos en forma subsidiaria al “régimen del cooperativismo”; ..., en caso de extinción de la comunidad, la propiedad de la tierra revierte a la Nación ...”<sup>21</sup>.

A partir del contenido del párrafo transcrito enunciamos a continuación varias consecuencias jurídicas que, entendemos, reconocen como causa la falta de tolerancia o respeto a la coexistencia de regímenes:

a. imposición de formas asociativas ajenas a las prácticas de las comunidades (sea desde el punto de vista formal, por ejemplo en orden a los requisitos de constitución; como así también, en relación con la constitución y funcionamiento de los órganos de gobierno y/o deliberación);

b. adjudicación del derecho de propiedad comunitaria a un sujeto titular, distinto a la comunidad o pueblo en sí ( entendemos que en este punto, lejos de resolverse los inconvenientes que podían generarse por encontrarse la titularidad bajo una o varias personas físicas - por ejemplo cacique o en el supuesto del régimen de los condóminos-; la ley dispuso la titularidad a una persona jurídica, que en el mismo orden de ideas, ante el supuesto de su extinción , ocasiona idéntico efecto al o los derechos de los que es titular; el propio párra-

---

<sup>21</sup> En “Fundamentos del Proyecto de ley de protección a los indígenas y apoyo a las comunidades aborígenes. Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores. Tomo II. Año 1984. pág. 1177”.

fo menciona: “... en caso de extinción de la comunidad, la propiedad de la tierra revierte a la Nación...”).

Los pueblos y comunidades existen por y a partir de sus prácticas, en ellas la tierra es un elemento vital, en ella convergen, la subsistencia, la pertenencia, el desarrollo y “la identidad cultural”.

Estas circunstancias en su real dimensión y existencia exceden al mero marco de formalidad de un trámite de registración, y, desde ese punto de vista, tanto el derecho de propiedad comunitaria como el pueblo o comunidad en sí mismos, son “inextinguibles”, su memoria histórica-ancestral, sus prácticas, en definitiva, su costumbre, se genera, transmite y perdura a partir de la tierra – “territorio-habitad”- que los une, agrupa e identifica.

La apertura a una etapa de transición que culmina con el reconocimiento del y de los pueblos indígenas como sujetos de derecho con los alcances mencionados precedentemente, comienza a vislumbrarse a partir de la labor efectuada por la doctrina y la jurisprudencia.

Consideramos que uno de los aportes fundamentales fue dado desde la doctrina por el Dr. Bidart Campos, en lo que él denominó pluralismo asociativo indígena: “... cualquier agrupamiento, entidad o comunidad que se cree y organice de acuerdo con el derecho indígena en el marco de su convivencia colectiva, merecen ser reconocidos, registrados o inscriptos. Ello sea respecto de comunidades nuevas o reconstituídas, territoriales de segundo o tercer grado, rurales o urbanas, sectoriales en materia de salud, trabajo, educación, turismo, etc...<sup>22</sup>”.

En idéntico sentido el Convenio 169 OIT (Ley N° 24071) en su art. 8 dispone: “... pto.1 al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario, ..., pto. 2 dichos pueblos deberán tener derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias...”.

Y finalmente, también desde el plano doctrinario y, en ocasión ya de un comentario de la Norma Constitucional se sostuvo: “... al reconocérseles per-

---

<sup>22</sup> BIDART CAMPOS, Germán “Informes al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas”, en J.A.T.2005.III. pág.1451 referencia nota N° 38; otro,

sonería jurídica a las comunidades, el constituyente se está refiriendo a la valoración del hecho histórico de los pueblos como comunidades colectivas que tienen el derecho jurídico de convertirse en sujetos de Derecho como pueblos, como comunidades, no sólo como personas individuales...”<sup>23</sup>.

Y en este punto, tal como lo mencionamos en relación al Objeto-Tierra, la labor de la jurisprudencia como fuente que genera y ha generado la apertura al plurijuridismo también tiene suma importancia, y es por ello que a continuación destacamos dos recientes fallos, que de manera directa, confirman nuestra hipótesis de análisis y demuestran en la actualidad la existencia y coexistencia de los sistemas jurídicos de fuente diversa:

A. Uno de ellos fue dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería N° 3 (III. Circunscripción Judicial de Río Negro), Secretaría Tau Anzoátegui, Dr. Emilio Riat Juez, en fecha 12.08.04, dentro de la causa: “Sede, Alfredo y otros c/ Vila, Herminia y otro s/Desalojo”. Expte N° 14012-238-99), en ella fueron demandados por desalojo familias – Vila y Napal- pertenecientes a la comunidad indígena Kom Kiñe Mu de la reserva Ancalao radicada en un inmueble ubicado en la Sección XI de Río Negro.

En lo referente a este punto, sujeto de derecho, destacamos las palabras vertidas en sus argumentos por el juzgador: “... es irrelevante que la comunidad todavía no haya concluído el trámite administrativo para obtener la personería jurídica porque ésta no es una condición para ejercer el derecho reconocido sobre las tierras. Al contrario, el reconocimiento de la persona jurídica es otro derecho garantizado en vez de una obligación, ..., La Constitución Nacional de 1994 ha dispuesto justamente una reparación histórica dando por cierto que continuaron la posesión comunitariamente; de modo que les basta con demostrar su pertenencia a la comunidad de acuerdo con los arts. 2 y 3 de la ley 2287 y art. 1 Convenio 169/89...”.

B. El otro fallo reconoce como causa la sentencia dictada en fecha 20.05.04

---

<sup>23</sup> KOZAK, Verónica. “Acerca de la tensión entre el sistema de normas del derecho positivo y las valoraciones culturales de los pueblos indígenas”, en J.A.T.2005.III. pág.320, y, 330: “... la tierra es el piso existencial desde el cual se conectan con todos los seres vivos, el universo y las fuerzas que lo habitan, de modo que perderla significa poner en riesgo su propia identidad...”.

por Cámara Civil y Comercial Sala IV (Jujuy) dentro de los autos: “ Ordinario por prescripción adquisitiva: Comunidad Aborigen del Valle Colorado c/ Herederos de Rufino Valle y/o quienes se creen con derecho sobre el lote 239 Padrón G-450- Distrito Santa Ana- Dpto. Valle Grande. Provincia de Jujuy. Expte N° A-11187/2001.

En éste, las consideraciones de la Sala en lo referente al sujeto de derecho han sido: ”...entonces debemos asumir que nos encontramos con el hecho de que nuestro derecho positivo ha incorporado un concepto nuevo de propiedad, el de propiedad comunitaria, conforme al cual, el ejercicio de la posesión no lo hace una persona física determinada sino el grupo que forma esa comunidad (s/ arts. 2, 7, 9 y conc. Ley 23.302, Ley 24071, y, arts. 2, 3 Ley 5030 y modif. 5231), ..., la Doctrina Constitucional tradicional no se ocupó de estas categorías de derecho, sosteniendo que nuestro ordenamiento jurídico solo admitía el acceso a la justicia para los clásicos derechos subjetivos individuales y exclusivos, ..., Estos derechos de “incidencia colectiva” reconocen la dimensión supraindividual de los involucrados, en tanto pertenecientes a un grupo de personas vinculadas por intereses e intencionalidades referidas a la subsistencia como grupo o comunidad. Es por esta razón que consideramos de suma importancia lo destacado por la Ley Fundamental de “reconocer la Personaría Jurídica”, porque la defensa de esos derechos trascendentales para el grupo o comunidad, se pueden ejercer y lograr con mayor coherencia y participación colectiva por todos los miembros integrantes de la misma...”<sup>24</sup>.

Por último nos resta analizar tal como lo propusimos al comienzo de este título, el tema en el que consideramos convergen ambos elementos hasta aquí estudiados de la relación jurídica vinculados por el derecho subjetivo patrimonial de propiedad, esto es, la transmisión del derecho por acto entre vivos o mortis causa.

En este subpunto empleamos la misma forma de estudio para analizar en base a ella, por un lado, la transmisión del derecho de propiedad privada indi-

---

<sup>24</sup> Estas valoraciones han sido expresadas en sentido idéntico en: “Comunidad Aborigen de Quera y Aguas Calientes. Pueblo Cochinoca c/ Prov. Jujuy”: C.Apelac.Civ.Com.de.Jujuy. Sala I. 14.09.2001. En J.A. T.2002.III. pág. 702.

vidual o colectiva conforme la regulación del código civil; y, por el otro, la transmisión del derecho de propiedad comunitaria conforme la regulación por prácticas y reglas constitutivas del derecho de fuente consuetudinaria indígena; y, el impacto que en referencia al ordenamiento positivo, marca la existencia y coexistencia de éste.

El tema relativo a la transmisión de este derecho, puede analizarse desde nuestra óptica, comparativamente con el ordenamiento positivo a partir de dos temas o puntos centrales.

Uno de ellos se encuentra constituido por los caracteres que en uno y otro sistema tiene el derecho de propiedad.

Así, el derecho patrimonial de propiedad comunitaria, es caracterizado como inenajenable, inembargable, intransmisible, inextinguible; y, por su parte, el derecho real de propiedad, es absoluto, perpetuo y exclusivo.

Entendemos que, aún cuando la propiedad comunitaria sea inenajenable e intransmisible, continúa ostentando su carácter patrimonial<sup>25</sup>.

Es por esta razón que en el presente hacemos referencia al derecho subjetivo patrimonial de propiedad, porque consideramos que la patrimonialidad es un aspecto común a ambos derechos, aunque no ocurre lo propio en los restantes caracteres, por ello creemos que debe luego diferenciarse entre el derecho real de propiedad privada (individual o colectiva) y, el derecho de propiedad comunitaria correspondiente a los pueblos originarios.

Asimismo, consideramos que la inenajenabilidad y la intransmisibilidad guardan íntima relación con la titularidad del derecho de propiedad comunitaria en nombre de la comunidad o pueblo, y que ello obedece al sustento y concepción valorativa propia y constitutiva de la identidad cultural del pueblo indígena, que puede resumirse en la fórmula: “vivir con la naturaleza”.

De ahí que lo inenajenable e intransmisible se manifiesta como inextinguible, desde el punto de vista de la identidad cultural, perdurable desde tiempos

---

<sup>25</sup> Fundamos nuestra afirmación partiendo de la base que las categorías de patrimonialidad y las de dentro o fuera del comercio, obedecen a criterios clasificatorios distintos, los que, pueden o no coincidir en un supuesto en particular. Así, Rivera, Julio César. “Instituciones de Derecho Civil”. Parte General. Tomo II. Editorial Abeledo Perrot. Edición 1997. págs. 373, 377.



---

ancestrales, preexistentes a la formación del Estado nacional.

Esto nos lleva a la consideración del otro tema o punto central que expusimos al comienzo de este análisis comparativo en relación con la transmisión de uno u otro derecho de propiedad.

Aquí la diferencia recae en la transmisión *mortis causa* y, nuevamente se conecta con lo anterior en lo relativo al sujeto y a la perdurabilidad de la memoria histórica de los pueblos.

Citamos aquí, una vez más, el aporte del dictamen que realizó el Dr Bidart Campos por requerimiento del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, quién en relación con este tema<sup>26</sup> consideró: “...

Entender referida a cuantas personas derivadas de ese tronco histórico conviven y comparten las tierras que se hallan en discusión. Digo esto porque que quede claro que no se trata de derechos sucesorios o hereditarios en el sentido del código civil sino de los derechos históricos que como pueblo indígena preexistente le corresponden a la comunidad mapuche Vera, ..., no pueden ser considerados con derecho a la propiedad privada, por cuanto el título o derecho se funda en la posesión pacífica y patriótica y el afincamiento en las tierras...”.

Por lo tanto al encontrarse la titularidad del derecho en el pueblo o comunidad y, al tener ese derecho sustento en la posesión histórica y efectiva de las tierras, en relación con la transmisión del derecho por causa de muerte, cabe nuevamente remarcar, tal como lo hicimos con los caracteres, la diferencia existente entre los regímenes ya que, la titularidad del derecho se basa aquí en la posesión histórica y no en el parentesco como lo establece el derecho común.

### **1.3 Fuente creadora. Costumbre ancestral**

---

<sup>26</sup> BIDART CAMPOS, Germán. “Informes al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas”, en J.A.T.2005.III. pág.1449 referencia nota N° 27, en oportunidad de referirse a la sucesión de Carlos Vera y la Comunidad Mapuche Vera, que habitaba el predio en cuestión, en San Martín de los Andes. Neuquen.

Tal como expusimos en los puntos anteriores y, siendo nuestro objeto de análisis el derecho indígena de fuente consuetudinaria imperante en todo el país, a continuación, haremos hincapié en el derecho indígena del norte argentino tomando como fundamentos de nuestras consideraciones el trabajo de campo efectuado en la Provincia de Jujuy, en sus reparticiones públicas, comunidades y profesionales especialistas del derecho que nos ocupa.

Queremos remarcar que gran parte de la exposición y del conocimiento que hemos adquirido y que a continuación expresaremos, reconoce como causa la dedicación y aportes dados por la Dra. Nimia Apaza, especialista en el derecho de los pueblos originarios y miembro integrante de la Comisión de Juristas Indígenas de la Provincia de Jujuy.

Cuando se le interrogó a la Dra. Apaza acerca de la existencia de pluralismo jurídico en relación con el derecho indígena, manifestó: "... el sistema oficial ha intentado e intenta a través de la palabra "reconocimiento" una absorción que "transculturaliza" al derecho aborigen consuetudinario, sin respetarlo y pidiendo adopte ciertas formalidades que no se corresponden con lo que éste es...".

En este orden de ideas la Dra. Apaza sostiene que, en relación a la vigencia de la Ley N° 23302: "... la misma quedó ciertamente desactualizada ante la reforma en 1994 de la Constitución Nacional, en ésta hubo una modificación sustancial de la ley anterior que otorgó al derecho indígena un titular institucional: los Pueblos indígenas, con una presencia publica diversa a la de otros sujetos de derecho y formas jurídicas establecidas, y un derecho de propiedad sin par como es el COMUNITARIO, por el carácter colectivo, del titular y de la percepción de sus beneficios...", "... en relación a la provincia de Jujuy, dicha ley no se aplica ya que la misma debía tener adhesión de las provincias, lo cual no sucedió en varias de ellas, entre éstas cabe mencionar a la Provincia de Jujuy, por esta razón no puede ser calificada como valiosa o disvaliosa ...".

En uno de sus aportes la Dra. Apaza nos facilitó documentación que nos sirve hoy de sustento para construir el contenido de este punto, referido a la costumbre ancestral de los pueblos del Norte Argentino.

Entre ellos consideramos de gran valor para tales fines mencionar lo ocurrido a dicha profesional del derecho en oportunidad de realizar la misma un

---

trámite de modificación de un estatuto de una comunidad.

Se trataba de la comunidad aborígen de Orosmayo-Rinconada, Jujuy, a su estatuto se le realizaron unas observaciones por parte de la secretaria de derechos humanos de la misma provincia en donde se cuestionó diversos temas de gran importancia pero de los cuales se tomaran los más significativos de esta plurijuricidad de que se habla.

En dicha oportunidad, el reparo realizado al estatuto recayó sobre el art. 5 acerca de la organización de la comunidad y la relación con sus autoridades, el mismo dispone que: “ la comunidad subsistirá mientras exista una familia que la sostenga” lo que fue cuestionado por la autoridad provincial que invocó a la tan mencionada ley 23.302 (Art.2) que dispone que: “Se entenderá como comunidades indígenas a los conjuntos de familias(...)” entendiéndose que el artículo 5 del estatuto estaría contraviniendo lo que manda la ley nacional.

Ante esto los representantes de la comunidad adujeron que no existe dicho desacuerdo porque no se tuvo en cuenta que las familias indígenas son familias extensas que específicamente dentro de la cultura kolla se llaman Ayllus. Y este desacuerdo bien puede darse porque no llega a comprenderse en esencia lo que es la comunidad, como en un principio se hacía referencia. También se puede mencionar la observación formulada al art. 8 del estatuto mencionado, en donde se cuestiona su 2º párrafo, que refiere: “Serán sancionados con trabajos para la comunidad los miembros que no cumplan las disposiciones de este estatuto...” Dicha Secretaría, considera que si se permite que esta sanción sea aplicada por la Asamblea, se violentaría la libertad individual de los miembros de la comunidad.

En base a esta objeción, la profesional actuante, nuestra entrevistada, nos comenta que: “... la misma es improcedente, dado que el artículo del estatuto cuestionado, ha sido redactado en base al derecho a la identidad de los Pueblos Indígenas consagrado en el ART. 75 inc 11 C.N; y, que el mismo encuentra fundamento inmediato en una norma específica en la cultura kolla, constituida por “AMA QHELLA”, que implica conforme a nuestra cultura: “no ser ocioso”.

Esta interpretación significa que una de las disposiciones elementales para este pueblo es el trabajo comunitario y ante su violación, por parte de un

---

miembro, es su consecuencia sancionarlo de tal forma.

Otra de las observaciones que consideramos relevantes para su comentario, es la realizada en idéntica oportunidad y bajo el contenido del mismo estatuto. En este caso la objeción recayó sobre el art. 31, donde se plasma que: “en caso de disolución de la Comunidad se dejaran los bienes a los miembros que la integrasen en ese momento”, lo que recibe como crítica que la ley 23.302 en su Art. 13 dispone que: “En caso de extinción de la comunidad o cancelación de su inscripción, las tierras adjudicadas a ella pasaran a la Nación o a la provincia y/o al Municipio según su caso...” y que con ello estaría el art. 31 claramente en contra de lo que dispone esta ley nacional.

Una vez mas entendemos que se refuta esta observación con argumentos jurídicos que corroboran lo que venimos manifestando, ya que, se debe tener en cuenta que para aprobar el Estatuto, debe respetarse el derecho de la Comunidad a su libre determinación, procediéndose a declarar en primer lugar el tema que ya fuera mencionado en este trabajo, el que consiste en la supremacía que tiene la Carta Magna sobre la ley 23.302, entendiéndose que en ese marco es en donde se encuadra el presente estatuto.

En relación con ello y tal como nos ha afirmado la Dra. Apaza, existe una “condición resolutoria” establecida por el artículo 13 de la ley 23.302, que ante el caso de una disolución de la comunidad a la cual se le adjudicaba la tierra, operaba una reversión de la donación como cualquier donante del derecho privado, es decir que la propiedad volvía al donante que la adjudicó.

Actualmente no se puede hablar de donación ya que el derecho aborígen habla de reconocimiento a las comunidades aborígenes de un derecho de pre-existencia, cual es el derecho a la posesión y la propiedad comunitaria de su territorio.

De lo anteriormente expuesto surge preguntarse: ¿qué constituye o qué da forma a lo “comunitario”?, ¿cómo se encuentra organizado, quién administra, qué función cumple esa propiedad en las familias aborígenes y en su relación interna? En fin, cómo las familias se relacionan con el cuidado, explotación, sucesión o transmisión de los derechos, entre otros aspectos de la tierra.

Con ello queremos significar que en la construcción de la identidad cultural, las prácticas y tradiciones que ancestralmente se vienen y van a seguir trans-

mitiéndose; “la tierra y el significado que a tal concepto otorgan los pueblos indígenas”; constituye el centro vital, el punto de partida y encuentro para el desarrollo integral del pueblo o comunidad de que se trate.

Primeramente podemos afirmar que la palabra TIERRA tiene un significado más especial, de mayor relevancia que la concepción que tiene de la misma el mundo occidental, pues para las comunidades aborígenes argentinas en general, es concebida como un legado divino, como principio pilar de un “NOSOTROS” que es lo que da vida o es la razón de ser de la comunidad y sus habitantes, ante la que cabe una enorme responsabilidad en cuanto a su valoración y la cultura propia que gira en torno a ella.

Es así que, esta primer diferencia nos permite observar a la tierra como comunitaria, la pertenencia de todos por el todo, que como venimos diciendo, es desconocido para la sociedad oficial, en un mundo globalizado donde se la aprecia solo como una mercadería para vender, con una posesión individual demostrable solo a través de documentos o títulos de propiedad debidamente otorgados por autoridad competente.

Esto no ocurre con las tierras comunitarias en donde el valor de la tradición, de lo no escrito, hace que no sea demostrable de la manera antes mencionada, sino sólo con hechos, con una posesión ancestral a través de lo que se vienen llamando DERECHOS HISTORICOS.

Esto se amplia más aún en la opinión de la Dra. Nimia Apaza, quién nos manifestó: “... la transmisión funciona también por un acto entre vivos, así pues, una persona anciana, decide quien va a asistirlo cuando no pueda bastarse a sí mismo. Generalmente busca un pariente para que asuma dicha función que se conoce con el nombre de “Tutor” del anciano y que ante la falta de parientes, puede recaer en una persona de la comunidad que merezca igual confianza para cumplir fielmente la tarea de cuidarlo. Para ello el anciano entrega la porción de tierra que ocupa, dejándosela a la persona que se encargará de él. Como órgano de vigilancia, está la comunidad misma o bien un consejo de ancianos o de un anciano, el más respetado de la comunidad, que velará por el cumplimiento de esta tarea encomendada al Tutor bajo la sanción, que en caso de no cumplir su cometido, le sea quitada la porción de tierra que se le hubiere dado en función del cuidado al que se ha comprometido...”.

Cabe aclarar que, si bien se menciona una porción de tierra, ello no significa que exista una propiedad individual sino que solo hace referencia al lugar físico que cada persona o familia ocupa en la comunidad y que tiene a su disposición, sin intención de poseerla con finalidad privada, sino todo lo contrario, una porción que integra una sola, que es la comunidad.

Asimismo la Dra. Apaza nos manifestó: "... Otros puntos donde se ven concepciones distintas, es que, para la comunidad el hombre es considerado un "administrador" que no puede abusar de la tierra, esta administración se manifiesta por intervenciones humanas favorables al desarrollo, cultivo o cría de animales, etc...".

Tal como lo mencionamos en este punto, trabajamos en el análisis de la tradición y/o costumbre del derecho aborigen de las provincias de Jujuy, Salta y Formosa. En los párrafos siguientes, sumamos en nuestro análisis la zona comprendida entre la provincia de Jujuy y la vecina República de Bolivia, ya que, las mismas se encuentran vinculadas no sólo por su vecindad geográfica, sino también por compartir variados aspectos en ambas culturas.

Es por ello que se dice que, estas dos regiones presentan una similitud en sus respectivas comunidades aborígenes, similitud que facilitará explicar también en su presentación, nuestra exposición.

Hemos realizado una síntesis en base a los documentos que nos facilitó la Dra. Apaza, por ello entendemos que:

Las formas de solidaridad que se dan en esta región, la resolución entre lo individual y lo colectivo, los vínculos intra étnicos fuertemente contrapuestos a lo "exterior" y la apropiación del territorio tanto geográfico como simbólico, constituyen la forma "comunidad". Este término es definido como un conjunto de respuestas políticas y culturales que establecen el modo de producción y reproducción de lo social.

Esta relación comunitaria puede verse claramente en los estatutos que elaboran algunas comunidades, como forma de plasmar hasta donde sea posible su derecho consuetudinario, ya que, muchos usos y costumbres no son fáciles de volcar en un papel, pues requieren de un cierto grado de entendimiento, que de no estar consciente de esta realidad, provoca un conocimiento erróneo o precario de la consuetudo aborigen.

Subraya la Dra. Apaza, en este aspecto, que: “ ... no existe una recopilación en ningún código o cuerpo similar de normas de derecho aborígen, coincide en que no es fácil plasmar en papel ese derecho, atendiendo que la mayoría de las comunidades habla su propia lengua, y que las que hacen uso del español, lo emplean de manera zoes. Además la terminología tiene significados muy distintos en el uso común, a modo de ejemplo, se llama “cruza” a lo que se conoce desde lo oficial como “matrimonio”...”.

Señala la jurista que no se halla muy de acuerdo con algunos estatutos elaborados por las comunidades con ayuda de organismos como el I.N.A.I (Instituto Nacional de Asuntos Indígenas), ya que, ellos por las razones antes expuestas, no podrían evidenciar en esencia el derecho consuetudinario aborígen.

A continuación centraremos nuestro análisis en el contenido de tres estatutos correspondientes a diferentes pueblos, pues entendemos que a los fines de una mejor descripción del punto que nos ocupa, “fuente consuetudinaria”, son estos documentos los que con mayor certeza y precisión, pueden permitirnos un fiel y real conocimiento de la costumbres de estos pueblos.

#### A. Estatuto Comunidad de “Orosmayo”:

Nos parece interesante observarlo, ya que en su art. 2 elabora una serie de principios básicos que la comunidad debe velar por su vigencia, tales como: “...a) Las costumbres de nuestros abuelos (nuestra cultura) para lo cual trabajaremos unidos en comunidad...” a modo ejemplificativo menciona: ...Trabajar con lo que nos dejaron nuestros abuelos como ser la crianza de los animales y el trabajo de la tierra”.

En su apartado sobre los derechos de los integrantes de la comunidad, cabe resaltar estos dos puntos:”a) Hacer uso de los bienes y servicios de la Comunidad especialmente el de la posesión, uso de las tierras...d) Participar de los usos comunitarios de los recursos naturales.”

Como contrapartida a esto, mencionamos algunas obligaciones que también resaltan lo comunitario tales como: “Respetar mutuamente tanto el uso de la tierra y en la educación de la descendencia, y cuidar de ser solidarios, con responsabilidad comunitaria”.

Consideramos importante remarcar aquello que constituye el patrimonio de

esta comunidad, en especial el que se encuentra definido en su art 24: “Es el Territorio, auto-reconocido por todos los miembros y a su vez por las leyes vigentes que reconocen la preexistencia de los Pueblos y comprende todo los recursos naturales, plantas, ríos, aguadas, ciénegos y los demás recursos naturales renovables y no renovables conforme al Art. 15 del convenio 90 169. En el patrimonio se encuentran todos los edificios construidos comunitariamente.”

Merece especial mención lo que se establece para determinadas situaciones que pueden sucederse en la comunidad, tal como es el caso de que un miembro y sus descendientes hayan abandonado su tierra por mas de 10 años, o si una familia se extingue, para ello se ha reglado que sus bienes en general pasarán ser patrimonio de la Comunidad y esta decidirá en una Asamblea el destino de los mismos. Esa decisión será inapelable.

B. Estatutos Comunidades: “Finca Tumbaya” y “Coquena.Pueblo Atacama”:

La primera de estas comunidades, establece como principio que rige su desarrollo: f): “Respetar y proteger los usos y costumbres y tradiciones de la comunidad y revalorizar más la identidad cultural”.

Asimismo sirve para comprender lo comunitario, saber a quiénes se considera miembros de la comunidad, señalando a título de ejemplo personas nacidas en el lugar”, por descendencia de nuestros abuelos”, ”los que cuidan y valoran la tierra”, ”los que respetan los usos y costumbres”, “a la madre tierra”, ”los que acceden al ámbito por un vínculo de sangre, de matrimonio de cruza”.

La segunda comunidad en estudio plasma entre sus objetos este principio: “Fortalecer y desarrollar todas las acciones basadas en las costumbres tradicionales, morales e institucionales de sus núcleos de habitantes que la componen, respetando los fundamentales principios de la vida natural y su relación con la madre tierra.(...) base de toda nuestra cosmovisión.

Se trata de garantizar las cuestiones que alcanzan mayor importancia tales como el respeto y la solidaridad de los ancianos, las mujeres solas, los niños huérfanos y los discapacitados.

La posesión y propiedad ocupadas por las comunidades, como así también



el usufructo comunitario de los recursos naturales de cada zona, permiten no romper el equilibrio natural según las características de cada zona.

Proteger, promover y garantizar la organización comunitaria y revitalizar las medicinas de los pueblos aborígenes, propiciar sus técnicas, proteger nuestros médicos tradicionales como así también hacer respetar nuestras pautas culturales tales como el parto en cuclillas de las mujeres”.

Entendemos que todos estos aspectos observados permiten la mejor comprensión de la cosmovisión de una comunidad.

Por ello a esta altura de nuestra exposición, queremos destacar que, estamos hablando de “otra” determinación, otra forma de ver el mundo y vivir en él o bien puede decirse “con” él, manifestándose a través de interrelaciones complejas entre los campos de lo cultural, económico, político y jurídico (entendido como normas de derecho consuetudinario aborígen) constitutivo del sujeto que se llama “comunidad”.

En oportunidad de realizarse el trabajo de campo que nos permite hoy arribar a estas conclusiones, pudimos tomar conocimiento e información del diario “El Tribuno” de la provincia de Jujuy donde en ocasión de recordar el día del aborígen en la ciudad de Abra Pampa (Jujuy), el mismo publicó una nota que consideramos ilustrativa de la actualidad y de vital importancia sobre este tema.

En el contenido de dicha nota puede leerse las manifestaciones vertidas por los Sres. Rubén Dias (cura kolla) y un representante de los Qolla-chasquis, un joven llamado Wilfredo Subelza Mamani, donde el primero de ellos dijo: “... (...) los pueblos originarios tenemos una sabiduría diferente a la cultura occidental, vivimos con otra lógica, vivimos el acontecer del vivir bien, el vivir en armonía con Dios, la comunidad y con la pachamama (...), la sabiduría indígena es una sabiduría oral, práctica, dónde están relacionadas las dimensiones de la vida. ..”. El segundo representante afirmó que: “... (...) es necesario volver al pasado para indagar de donde venimos, es una necesidad para explicar que no descendemos de los barcos de Colon sino que pertenecemos a una raza donde los niños y los ancianos tienen el merecimiento del mismo respeto (...).”.

Como síntesis de las afirmaciones extraídas recientemente, se puede inferir

la conciencia de ser la comunidad aborigen en general preexistente a todo tipo de constitución, del Estado mismo.

Por ello entendemos que es fundamental también consignar la organización social y política que tienen las mismas, ya que, estas formas son una de las herramientas a partir de las cuales se traspasan las prácticas o usos sociales.

Así, introduciéndose en la organización de una comunidad, la centralidad de lo político es constituída dependiendo de la comunidad que se trate, de diversas maneras.

Así se encuentra una Asamblea (parlamintu) con caracteres deliberativos ejecutivos, regulada en sus prácticas anuales por un cronograma de reuniones ordinarias, que se legitiman en un amplio consenso sobre la ley consuetudinaria.

Remarcamos que esta institución se encuentra presente en comunidades argentinas, bolivianas y peruanas, y, tal como hicimos mención al comienzo de este punto, por la variedad y número de comunidades existentes, queremos enfatizar lo concerniente a las comunidades que pertenecen a Jujuy, en general una institución aborigen compuesta por personas ancianas pertenecientes a la misma comunidad, donde su experiencia, a través de los años, es símbolo de sabiduría, alrededor de la cual la comunidad encuentra su guía, su crecimiento, su reflejo en sus representantes.

En base a ello, nos merece especial mención la comunidad de Quera y Aguas Calientes (Prov. De Jujuy), donde se decide designar como representante a un “comunero” que es la autoridad máxima, quien resuelve cuestiones internas y refleja a la comunidad frente a lo “exterior”.

En este sentido la jurisprudencia ha considerado: “...manifiestan los aborígenes que, en una asamblea de la que participan todos los integrantes de la comunidad, eligen al comunero, éste los representa en sus relaciones con los órganos del Estado y las demás comunidades vecinas, en tanto que en el orden interno, sus funciones se reducen a resolver cuestiones domesticas que se pueden plantear entre sus integrantes...”.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> Idem. “Comunidad de Quera y Aguas Calientes c/ Prov. De Jujuy”. En J.A. T. 2002-

No obstante ello, el pueblo de Atacama de Catua tiene como autoridad máxima y soberana una “asamblea anual comunitaria y extraordinaria”, sus decisiones son inapelables y obligatorias para todos los miembros de la comunidad. En la misma tienen derecho a voz y voto los jefes de familia aun cuando estos sean menores de edad. Se reúnen una vez al mes.

Otras comunidades organizan sus asambleas, componiéndolas de jefes de familia que han servido a la tierra.

La ley consuetudinaria establece derechos y obligaciones, determinando ante el incumplimiento de éstas distintas sanciones.

Estas faltas pueden ser sancionadas, castigándose al infractor con mayor trabajo, o, ya como sanción más grave, con la expulsión. Cabe aclarar que en algunas comunidades, sobre todo entre las bolivianas, para algunos supuestos de extrema gravedad, es de práctica sancionar con la muerte.

Las faltas graves son juzgadas por el conjunto de la comunidad o de las comunidades si son más de una las damnificadas.

Independientemente de ello, el delito casi no existe y por tanto las faltas y sanciones no ocurren en la mayoría de las comunidades, ya que, entre sus miembros existe una convivencia pacífica<sup>28</sup>.

Vista así la Asamblea constituye, en las distintas comunidades observadas, una función bastante importante en las mismas, pues debe estar encargada de mantener el equilibrio entre los intereses familiares, hacer respetar las normas aborígenes e impartir justicia basándose en ellas. También se observa su rol de mediación en los conflictos de la comunidad con un individuo o entre distintas comunidades.

No obstante lo anterior, entre los miembros de estas comunidades se reconoce que cuando el problema suscitado sea de carácter vital para la misma, ella puede llevarse a los tribunales ordinarios del Estado nacional o provincial.

Consideramos que es allí donde se presentara un choque normativo entre lo

---

111- 702.

<sup>28</sup> Así citamos nuevamente como ejemplo la comunidad de Quera: en donde al Juzgador se manifestó que, “... no existe ni se conocen delitos civiles ni penales”. op.cit.

---

jurídico oficial y el orden jurídico aborígen.

En relación a ello nos dijo la Dra. Nimia Apaza que: "... la importancia que la concurrencia a la Justicia, debe ser excepcional ya que los conflictos que puedan suscitarse siempre deben ser resueltos dentro de la comunidad, bajo la ley consuetudinaria...".

Retomando el comentario sobre la función que cumplen las autoridades de las comunidades bajo análisis, nos resta por decir, que en relación con este tema, algunos conflictos se generan porque algún miembro de la comunidad pierde la cosmovisión que lo sustenta, en estos casos la comunidad ha llegado a decidir con fundamento en ello su expulsión.

La Dra. Apaza nos da mayor información sobre este tema puntual explicándonos: "... que hoy en día es un problema común, el caso mencionado, debido a la influencia de lo "externo" en la comunidad - refiriéndose específicamente a la Política oficial que tiende a desvirtuar la esencia de lo aborígen- ...".

En lo institucional, entendemos que es necesario remarcar la estructura de los órganos por medio de los cuales ésta delibera y forma sus reglas, su derecho.

Cabe agregar que la política de una comunidad no siempre está basada en un gobierno centralizado, en individuos o caciques, sino también se organizan en sistemas de cargos que los jefes de las unidades domésticas deben ocupar rotativamente.

Los aymara lo denominan "turnatan" como sistema distributivo de responsabilidad o turnos que se pasan entre los responsables de la comunidad.

Es un camino ascendente que comienza con tareas menores para luego ser alcalde de aynqa, mas tarde puede ser elegido por las personas de la porción de comunidad donde su padre tiene la parcela principal "alcalde de zona" entre otras formas de ascender, donde se vislumbra que es un sistema político administrativo.

Esta forma de organización tan autónoma frente a la sociedad global y el estado, se refuerza con el sistema normativo consuetudinario que en general es paralelo al sistema legal constitucional vigente, y claro ejemplo de ello es la facultad de imponer sanciones propias mediante el ejercicio del poder étnico

popular frente a determinados delitos o asuntos críticos, pues como se dijo en otra parte hay que considerar que algunas de la comunidades no conocen lo que es delito.

Lo propio también ocurre en lo que se refiere al concepto de “salud y a la medicina tradicional” Desde este punto de vista se entiende que la enfermedad es un fenómeno social, reflejo de los desequilibrios de la comunidad.

Hasta este punto, se puede mencionar que estas formas de organización no serían posibles si esta cultura no existiera como tal o a través de sus individuos con una conciencia de su pasado colectivo.

Estas actividades se dan todas interrelacionadas entre sí, con una similitud y constancia en su práctica que se generaliza para toda una comunidad o Ayllu.

El conjunto de estas prácticas y creencias conforman lo que en este punto pretendimos demostrar, “la costumbre ancestral”, perdurable en todas las actividades de un pueblo a través de su memoria histórica y su identidad cultural.

Este sistema de fuente consuetudinaria, no escrito, convive con otro sistema oficial, escrito y con procedimiento y herramientas propias.

Entendemos que la real existencia del pluralismo jurídico será dada por completo a los pueblos, en la medida en que su derecho a la jurisdicción y su defensa en la misma garanticen y respeten esa diferencia, con ello queremos significar, que lo no escrito goza de fehcencia y respaldo en la costumbre ancestral y que para conocerla y vivirla se hace preciso que en cada caso en particular, el Juez la reconozca en su inmediatez y tal cual es (este tema se retoma al momento de analizar la conclusión de nuestro trabajo, pto.3 al que remitimos).

## **2. CONCLUSIÓN**

Consideramos que a lo largo del contenido de nuestro análisis hemos confirmado en cada uno de nuestros puntos la hipótesis de trabajo inicial, corroborando de esta manera la existencia de pluralismo jurídico entre la regulación que el derecho civil patrimonial otorga al derecho real de propiedad con el sistema jurídico que regula al derecho de propiedad comunitaria de los pueblos originarios a la tierra que tradicional o ancestralmente ocuparon.

Por ello entendemos que, existe actualmente coexistencia entre ambos regímenes de fuente diversa y, que entre ellas existe diálogo y relaciones de integración que se han dado a partir de la labor Doctrinaria, Jurisprudencial, reforzándose ello aún más a partir de la vigencia del actual mandato Constitucional.

Asimismo creemos que actualmente la transición para que el camino hacia la total apertura se materialice de manera definitiva, recae en otros puntos, y entre ellos, advertimos que la labor de los operadores del Derecho debe centrarse a tales fines, en la construcción de:

A. Procedimientos judiciales que garanticen la inmediatez y el respeto a las diferencias advertidas cuando los conflictos son llevados a la instancia judicial.

Arribamos a esta consideración en base al trabajo de campo que efectuamos y a los datos que encontramos en reiteradas oportunidades en el material que recolectamos.

Así, en oportunidad de entrevistar a las Dras. Viviana Elsa Figueroa y Teodora Zamudio, titular de la Cátedra “Derechos de los Pueblos Indígenas”, perteneciente al Ciclo Profesional orientado en Abogacía, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en relación a este punto nos manifestaron:

“... que en primera instancia debe buscarse siempre una solución de convivencia, que en el supuesto de no ser ello posible, entienden que al ser los pueblos indígenas uno de los sujetos que expresamente la C.N. menciona, de manera conjunta con el Estado Nacional, Provincial, Municipal y la Iglesia Católica, el conflicto pasaría a ser competencia originaria de la Corte Suprema Nacional, en donde el Estado Nacional garantizaría no sólo la existencia sino también la red jurídica que arribe a una solución, ello así, a modo de comparación con lo que ocurre en las provincias; y nos advierten estas profesionales que para ello, sería necesario, de manera previa, que cada pueblo se reconozca como tal y dicte una Ley Marco, en orden a su sistema, que regule su derecho a partir de sus prácticas, y sus normas de convivencia, entre ellos y con el resto del Estado y la sociedad civil...”.

En otra de las entrevistas realizadas, en este caso a la Dra. Nimia Apaza, ju-

rista – ya mencionada de la Provincia de Jujuy-, nos manifestó que: “... en sede judicial uno de los primeros conflictos que se suscitan recaen en el idioma,<sup>29</sup> en el mutuo entendimiento y en la falta de un procedimiento que garantice la inmediatez y la presencia de los Juzgadores en el lugar en cuestión a los fines de poder acreditar el real alcance y extensión del derecho que declaran...”.<sup>30</sup>

B. Otro punto que consideramos se encuentra en etapa de transición está relacionado con la efectiva regularización de los títulos de propiedad, regularización que, entendemos, debe abarcar a los ya otorgados a sujetos distintos a la comunidad o pueblo, como así también, a los no otorgados.

En relación con ello la jurisprudencia ha dispuesto: “... el vocablo “título” no debe entenderse en sentido documental o formal, como instrumento probatorio del dominio, sino como causa legítima de la transmisión o adquisición de un derecho real, ..., aquí, la causa legítima es la ocupación tradicional de una comunidad indígena preexistente al Estado...”. En otro fallo, en relación a sus costos se dispuso: “...Resuelve pto. 2: dicha propiedad se reconoce con las restricciones al dominio emergentes del art. 75 inc. 17C.N, las que deberán ser inscriptas en el Registro Inmobiliario, ..., la inscripción de los planos así como el título de propiedad debe hacerse gratuito...”.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> ERICK Jayme. En: “La Sociedad Multicultural y el Derecho Privado. Experiencia Alemana”, op, cit., menciona los “riesgos del lenguaje”, el multiculturalismo implica la posibilidad de que las partes intervinientes hablen distintos idiomas. En idéntico sentido, mencionamos el art. 12 Convenio 169 OIT: “... los pueblos deberán poder tener protección y poder iniciar procedimientos legales para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, interpretes u otros medios eficaces...”.

<sup>30</sup> En relación a ello advertimos que los precedentes mencionados: “Ordinario por prescripción adquisitiva: Comunidad Aborigen del Valle Colorado c/ Herederos de Rufino Valle y/o quienes se creen con derecho sobre el lote 239 Padrón G-450- Distrito Santa Ana- Dpto. Valle Grande. Provincia de Jujuy. Expte N° A-11187/2001, y, “Comunidad Aborigen de Quera y Aguas Calientes. Pueblo Cochinoca c/ Prov. Jujuy”; C.Ap.Civ.Com.de.Jujuy. Sala I. 14.09.2001; ambos de la provincia de Jujuy, representan un gran avance y modelo a seguir, por la importancia y determinación que han dado a la “inspección ocular”, como medio de gran valor y funcionalidad probatoria en este tipo de pleitos.

<sup>31</sup> Fallos: 1. Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería N° 3 (III. Circunscripción Judicial de Río Negro), Secretaría Tau Anzoátegui, Dr. Emilio Riat Juez, en fecha 12.08.04, dentro de la causa: “Sede, Alfredo y otros c/ Vila, Herminia y otros s/Desalojo”. Expte N° 14012-238-99), en ella fueron demandados por desalojo familias – Vila y Napal- pertenecientes a la comunidad indígena Kom Kiñe Mu de la reserva Ancalao

Desde otro punto de vista y para finalizar nuestra exposición remarcamos que, esta transición también se advierte y quizás con mayor intensidad desde la órbita de la labor doctrinaria, en lo referente a la determinación de la naturaleza a otorgar a este derecho y, a la ubicación que desde la teoría general pretenda otorgarse al mismo.

En este orden y en base también a los datos recopilados, las opiniones difieren entre: a) considerarlo un derecho de uso y habitación, dentro de la órbita del derecho privado, o una concesión a perpetuidad, dentro de la órbita del derecho público específicamente del derecho administrativo<sup>32</sup> y, b) entre la necesidad o no de su sistematización y/o inclusión dentro del ordenamiento positivo.

En relación con este último punto resaltamos que en las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil la Comisión N° 4 al tratar este tema arribó a la siguiente conclusión: "... la protección consagrada para la propiedad de las comunidades indígenas argentinas, por el art. 75 inc. 17 C.N., hace innecesario e inconveniente su inclusión en el C.C, ya que ello implicaría una desjerarquización no querida por el poder constituyente..."<sup>33</sup>.

Estas conclusiones fueron tomadas por la jurisprudencia en el fallo ya individualizado en este trabajo precedente: "Sede, Alfredo y otros c/ Vila, Herminia y otro s/Desalojo". Expte N° 14012-238-99, comunidad indígena Kom Kiñe Mu de la reserva Ancalao. Río Negro, con los siguientes alcances:

"... la posesión comunitaria y la propiedad comunitaria de los indígenas son categorías jurídicas nuevas que requieren, por supuesto, alguna adecuación

---

radicada en un inmueble ubicado en la Sección XI de Río Negro, y, 2. Ordinario por prescripción adquisitiva: Comunidad Aborigen del Valle Colorado c/ Herederos de Rufino Valle y/o quienes se creen con derecho sobre el lote 239 Padrón G-450- Distrito Santa Ana- Dpto. Valle Grande. Provincia de Jujuy. Expte N° A-11187/2001, respectivamente.

<sup>32</sup> Idem Expte N° 14012-238-99, en cuyo fallo se cita Cassagne Juan Carlos, "Homenaje a Marienhoff". Editorial Lexis: "... por eso se ha propuesto por ejemplo que, la propiedad comunitaria sea un dominio público reservado a la población de cada comunidad o a cierta entidad no estatal que la represente..."; la otra postura manifestada en el pto. a) fue extraída de la entrevista efectuada a las docentes mencionadas en el cuerpo del presente escrito como pertenecientes a la cátedra de "Derecho de los pueblos indígenas", Facultad de Derecho.U.B.A.

<sup>33</sup> ANDORNO, Luis o. "El objeto de los Derechos Reales". En las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en J.A.T.2002.I. Sección Doctrina. Pág. 1262.



normativa, ..., en las Jornadas Nacionales de Derecho civil se concluyó precisamente que la posesión y la propiedad indígenas son conceptos nuevos y peculiares que afectan al concepto mismo de derecho real, ..., según la comisión ponente, resulta objetable atento a la jerarquía que el poder constituyente le ha atribuido a las comunidades indígenas y a su propiedad, la pertinencia de que, desde la grada inferior del derecho privado, se intente una tipificación distinta que, en definitiva, podría conspirar contra los objetivos perseguidos, ..., de todos modos se ha señalado que la ratificación mediante Ley N° 24.071 del Convenio 169 OIT constituye la reglamentación actual de la cláusula constitucional, ..., en fin, el derecho objetivo ha cambiado y exige que el problema indígena se resuelva ante todo con las nuevas normas de derecho público dictadas a propósito y, supletoriamente, con las viejas normas del derecho privado...”.

En relación a su naturaleza nosotros sostenemos, tal como lo expresamos, que tiene un carácter patrimonial, que se diferencia del derecho real de propiedad privada por las razones y consideraciones expuestas.

Asimismo y a modo de conclusión, pretendemos dejar planteado que “lo central y distintivo” en orden al logro efectivo del pluralismo jurídico surge a partir de su fuente basada por completo en la costumbre, ya que ello genera la producción de otra forma de derecho. Por ello consideramos que, el real desafío para terminar de efectivizar este fenómeno consiste en que los operadores del derecho y sobre todo los Jueces, hagan lugar y materialicen la apertura a la coexistencia, reconociendo como fuente productora del derecho a la costumbre y, estableciendo mediante su labor, las relaciones, criterios, límites y principios que permitan el dialogo y la armonización por medio de la integración y coexistencia de los distintos sistemas jurídicos<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> NICOLAU Noemí. “Las fuentes de las normas y la conflictividad del plurijuridismo desde la perspectiva del Derecho Civil actual”. Op. Cit. Pág. 213: “... por haberse girado del monoculturalismo europeo a la multiculturalidad americana, no se ha pasado a revisar la fábrica del edificio que respondía a la primera base y no a la segunda. Por reconocer derecho indígena, ningún Estado americano ha puesto en revisión su propio sistema...”.