

LA PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL UNA PERSPECTIVA DESDE LA MIRADA DE ELINOR OSTROM

Por Ramón Trejo

Recibido: 31.08.2015

Aceptado: 07.03.2015

RESUMEN

El Código Civil y Comercial recientemente sancionado incorporó a la propiedad comunitaria indígena en su articulado, en consonancia con lo preceptuado por la Constitución Nacional. Esta incorporación ha provocado una auténtica crisis jurídica en cuanto a la teoría occidental referida al derecho de propiedad. Al utilizar la teoría de Elinor Ostrom, el análisis realizado de este instituto arroja una variante superadora de antiguas dicotomías históricas y nos arroja a un desafío interpretativo.

PALABRAS CLAVE

Constitución nacional - propiedad comunitaria indígena – Código Civil y Comercial – tragedia comunal
– dominio – posesión – derecho a la propiedad

THE INDIGENOUS COMMUNITY PROPERTY IN THE CIVIL AND COMMERCIAL CODE A PERSPECTIVE FROM THE THEORY OF ELINOR OSTROM

By Ramón Trejo

ABSTRACT

The recently enacted Civil and Commercial Code joined the indigenous community property in its provisions, consistent with what is mandated by the Constitution. This incorporation has caused a real crisis in legal terms referring to the western theory of property rights. By using the theory of Elinor Ostrom, the analysis of this institute yields a variant overcomes ancient historical dichotomies and throws us an interpretive challenge.

KEYWORDS

Constitution - indigenous community property - Civil and Commercial Code - communal tragedy - domain - possession - property right.

LA PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL UNA PERSPECTIVA DESDE LA MIRADA DE ELINOR OSTROM

Por Ramón Trejo*

I- Introducción

Con la reinauguración de la democracia a nuestro país en el año 1983, comenzó una tibia primavera para la comprensión de la problemática referida a los pueblos originarios, que tuvo como correlato una corriente normativa totalmente distinta a la acaecida con un siglo de anterioridad, cuya máxima expresión fue la reforma constitucional de 1994, confirmada ahora mediante la reforma al Código Civil y Comercial (CCyC). Este entendimiento, puso en discusión el discurso hegemónico que rigió durante todo el transcurso de la consolidación del Estado Nacional respecto a dicha problemática, que inclusive llegó a modificar las razones por las cuales se conmemora anualmente el día 12 de octubre como feriado nacional, descartando la idea que Cristóbal Colón haya “descubierto” América ya que, en realidad, el continente había sido “descubierto” por las personas que allí se encontraban, comenzando España con la invasión a naciones independientes.

Normativamente, esta revolución legalista comenzó con la sanción de la ley 23.302¹ sobre Política Indígena y apoyo a las comunidades aborígenes, la formación del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI), ejecutor en forma conjunta con el Consejo de Participación Indígena de las políticas en la materia, un órgano colegiado de 83 representantes, entre titulares y suplentes integrados por cada pueblo originario y por representantes de las provincias, elegidos por las comunidades indígenas. También se creó una Dirección de Pueblos Originarios y Recursos Naturales presidida por un dirigente del pueblo mapuche y un Fondo Especial para la Asistencia de las Comunidades Indígenas, destinado a consolidar la posesión tradicional de las tierras que ocupan comunidades originarias, junto a los programas de regularización dominial (tierra de propiedad plena de la comunidad o del individuo) de tierras fiscales provinciales y nacionales y la gestión de compra de otras tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano.

La reforma constitucional de 1994 incorporó al artículo 75 de la Constitución Nacional (CN), donde se enuncian las competencias del Congreso Nacional, el inciso 17, cuyo texto expresa *“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*

* Abogado y Magister en Derecho y Economía por la Universidad de Buenos Aires. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional de La Matanza y Docente en las Facultades de Derecho y de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

¹ Adla, XLV-D, pág 3647 y sgs. B.O 12/06/85.

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.”²

Además eliminó el inciso 15 del anterior artículo 67 en lo que disponía “*proveer a la seguridad de las fronteras; conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo.*”.

En dicha reforma, se incorporó dentro del mismo artículo 75, el inciso 22, donde se le otorgó jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos y se zanjó la discusión referida a los demás tratados internacionales, dotándolos de una jerarquía superior a las leyes, que si bien no atañe directamente al tema indígena, significó un paso muy importante en la medida que posteriormente, en el año 2000, se ratificó el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales elaborado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que comenzó a regir en el año 2001.³ Dicho convenio esbozó una mirada diametralmente diferente -y en muchos casos antagónica- sobre las cuestiones de fondo en cuanto al tratamiento de la problemática indígena, especialmente aquella referidas a cuestiones terminológicas que parecían inocuas, pero escondían una lógica de pensamiento colonial.⁴

Específicamente respecto de las tierras, abordó el tema no desde la perspectiva clásica del derecho liberal, sino como un corolario de la defensa de la identidad cultural de los pueblos involucrados (ALTERINI, CORNA y VAZQUEZ, 2005). Allí, y en lo que constituye el eje central de este trabajo, se concentra como sujeto titular de la propiedad a los “pueblos interesados”⁵, un colectivo social y no un derecho individual.⁶

A finales de 2006 el Congreso promulgó la ley de Emergencia sobre Posesión y Propiedad de las Tierras Comunitarias Indígenas N°26.160⁷, que generó grandes expectativas sobre el reconocimiento de las tierras de los pueblos originarios, puesto que suspendió la ejecución de sentencias y actos de desalojo por un

² Estrictamente, el reconocimiento de los derechos a los pueblos originarios, debería de haberse incluido en la primera parte de la Constitución, en la medida que consagra derechos, con lo cual, haberlo hecho en la parte orgánica le otorga otro *status*, a tenor de lo preceptuado en el inciso 22 del mismo artículo, al expresar que los tratados internacionales que suscriba la Argentina, no pueden derogar parte primera de la Constitución.

³ Si bien el Convenio fue ratificado mediante la ley 24.071 publicada en el Boletín Oficial el 24/04/92, no se realizó el depósito de la instrumentación hasta ocho años después. En sus contenidos aparece claramente retratado un fondo ideológico que se sale del cauce, revela un debate interno inocultable, sus cláusulas son el resultado de un acuerdo por habilitar derechos de una manera gradual, con imperceptibles cerrojos y prevenciones como la idea de “pueblo”, la de “territorio-hábitat”, la de “consulta”, la buena fe, la educación bilingüe y la lengua promovida.

⁴ Basta decir que se estableció el cambio de la palabra “poblaciones” por el concepto de “pueblos”, con toda la significancia política que tiene este último.

⁵ Conf. Art. 14, Convenio 169 OIT.

⁶ En la cultura indígena, vale la pena aclarar, la relación de cada sujeto con la tierra ancestral es fuente de vida y parte esencial de su identidad, por eso la tierra es propiedad comunitaria.

⁷ B.O. 1/12/2006. Además se debe señalar que el decreto reglamentario N° 1122/2007 expresa en su artículo 1° que “la emergencia declarada por la Ley N° 26.160 alcanza a las Comunidades Indígenas registradas en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas (Re.Na.C.I.) u organismo provincial competente, así como a aquellas preexistentes.- Se entenderá por “aquellas preexistentes” a las comunidades pertenecientes a un pueblo indígena preexistente haya o no registrado su personería jurídica en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas (Re.Na.C.I.) u organismo provincial competente.”.

lapso de tiempo de cuatro años para realizar una titulación de las tierras indígenas que antes hubiesen sido inscritas como particulares.

El quiebre trascendental y pasaje de la vía administrativa a la legislación civil, se dio con la reforma del CCyC, en cuyo artículo 18 dispone que *"las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional."*

El CCyC profundiza legalmente el mandato constitucional al incorporar al artículo 18 dentro del Título "Derechos y Bienes" y no dentro del Libro IV destinado a los Derechos Reales, otorgándole una categoría especial (VAZQUEZ, 2012).⁸ Además, en ley 26.994 de promulgación, se dispuso como norma transitoria primera que *"los derechos de los pueblos indígenas, en particular la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficiente para el desarrollo humano, serán objeto de una ley especial"*.⁹ En definitiva, estamos ante una revolución normativa, no de carácter innovador, sino revisionista.

El CCyC rompe de cierta manera con el centralismo que tiene a la CN por vértice, del cual se desprende un orden jerárquico por ella inaugurado y donde un derecho civil codificado era la completitud del sistema jurídico, al expresar en su art. 1º que *"los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho"*, reconociendo como fuente jurídica el derecho consuetudinario que existe fácticamente y que ha subsistido marginado por el derecho civil tradicional, en la medida que los usos y costumbres del código civil ahora derogado no se referían en absoluto a los pueblos originarios, para el cual estos eran inexistentes.

Ahora bien, la inclusión del inciso 17 en el artículo 75 en la CN significa no sólo un reconocimiento legal a un grupo que ha sido en la historia primero subyugado, luego combatido y finalmente, en la actualidad, degradado de los beneficios de la comunidad organizada como son los pueblos originarios, sino que, además, introduce un concepto de organización de la propiedad ajeno por completo al esquema liberal que plantea la CN. Pero además, proyecta un gran interrogante al modelo hobbesiano que siguió James Madison en la Constitución norteamericana y que fue adoptado en nuestras latitudes por los constituyentes locales, los que pensaron que la estructura esencial de la vida humana ha sido siempre idéntica. Para lograr esta reducción monista, claro está, negaron la categoría de *civitas* a los pueblos originarios y al construir la historia local, se

⁸ Agradezco a la autora citada los conceptos brindados sobre la importancia de la ubicación particular del tema dentro del Código. En el artículo citado, expresaba que *"recordemos que, como lo ha señalado la Corte IDH, la noción de propiedad y posesión de las tierras de las comunidades indígenas, al tener una significación colectiva, es decir, no de pertenencia al individuo, sino al grupo, no se corresponde con la propiedad individual, que es justamente la que legislan los códigos civiles"* (VAZQUEZ, 2012:949).

⁹ Ley 26.994, Art. 9º, B.O. 8/10/14.

redirecciona desde la llegada de Cristóbal Colón como una continuidad con la historia europea, como si fueran ambas el mismo horizonte histórico.

Así, el reconocimiento de la propiedad comunitaria indígena tiene una significancia especial, en la medida que implica una visión cultural completamente diferente del modelo constitucional que rigió durante 150 años en nuestro país, y conlleva la construcción de una respuesta que se aleja de la justificación del Estado de derecho para sostener la perdurabilidad de un recurso común. Hasta 1994, la Constitución de 1853 había elaborado un esquema de fuerte protección a la propiedad privada mediante la inclusión del artículo 17, protegiéndola de la confiscación y garantizándola con el procedimiento expropiatorio, sin contemplar esta forma de propiedad.

Este artículo tratará de marcar el marco disruptivo que tiene el reconocimiento hecho por el art. 18 CCyC, el cual ha pretendido deliberadamente dejar de tomar como modelo histórico el centralismo nacional de cuño europeo y norteamericano, en el cual a los pueblos que no habían contribuido a su formación se le negaban su positiva existencia histórica y quedaban descalificados como “bárbaros” o “salvajes”.¹⁰ Para tal cometido, citaremos el trabajo de Elinor Ostrom, cuyas investigaciones sobre recursos abiertos de uso común, bien pueden aplicarse al modelo de propiedad comunitaria recientemente reconocido en nuestro ordenamiento, y ofrecer una visión superadora, de frente a la legislación especial que se encuentra prevista realizar.

En la primera parte, presentaremos los postulados iniciales de Elinor Ostrom, junto al esquema de propiedad privada tradicional en el marco del nuevo CCyC. En la segunda parte, incluimos las notas relevantes del modelo de propiedad comunitaria indígena, resaltando el modo en el cual se incorporó al texto legal. Los capítulos tercero y cuarto, son interrogantes y pautas que surgen del análisis de este modelo de propiedad junto a las disposiciones para la propiedad tradicional del CCyC. Finalmente se ofrece una pequeña conclusión, al sólo efecto de dejar instalado el debate.

II. El esquema tradicional de propiedad individual y el pensamiento de Elinor Ostrom.

El por qué de la elección de Elinor Ostrom como paradigma para ser aplicado a la propiedad comunitaria consagrada al artículo 18 CCyC, tiene que ver con que esta propiedad no puede ser administrada sino por miembros del propio grupo para que se respete acabadamente lo que el concepto de “propiedad comunitaria indígena” encierra.

Ostrom demostró que existen casos que permiten justificar la auto organización en la administración de recursos de uso común, cuestionando la convicción de parte de muchos analistas de políticas públicas en

¹⁰ Ortega y Gasset señala en estos casos que parecería ser que estos pueblos estuvieran condenados a ser eternamente primitivos. Desde el momento que existe un grupo que se considera adelantado y cataloga al otro como rezagado, crea una categoría donde antes no existía (ORTEGA y GASSET, 1976).

el sentido que la única manera de solucionar los problemas de los recursos de uso común –entre los que se encuentran los bienes de propiedad colectiva- es que autoridades externas al grupo impongan plenos derechos de propiedad privada o regulaciones centralizadas (OSTROM, 2011: 310).

En su obra muestra cómo en distintos casos, usuarios y propietarios de esos bienes han sabido crear instituciones que permiten el aprovechamiento sustentable, evitando así la tragedia de los comunes.

La “tragedia comunal”, en palabras de G. Hardin, se trata de la degradación del ambiente que puede esperarse cuando muchos individuos utilizan simultáneamente un recurso escaso, simbolizado por el autor con un pastizal “abierto a todos” (HARDIN, 1968). Examinada la estructura desde la perspectiva de un actor racional, cada pastor recibe un beneficio directo por sus animales que pastan allí y enfrenta un costo posterior por el deterioro de los bienes comunes cuando su ganado y el de otras personas lo hacen en exceso. Cada uno de ellos se siente impulsado a introducir más animales porque recibe el beneficio directo y carga únicamente con los costos resultantes del sobrepastoreo. La metáfora trata de justificar la necesidad de un gobierno, o más precisamente, la determinación de derechos de propiedad, para resolver, por ejemplo, el problema general de superpoblación o de auto organización.

Esta explicación ha sido reflejada en el conocido juego del dilema del prisionero, donde queda en claro la paradoja: las estrategias individuales que cada uno lleve a cabo conducen a resultados colectivamente irracionales. El juego se conceptualiza como no cooperativo, en el que todos los jugadores tienen información completa.¹¹ La paradoja según la cual las estrategias individualmente racionales conducen a resultados colectivamente irracionales parece plantear un reto a la fe fundamental en que los seres humanos racionales pueden alcanzar resultados racionales (OSTROM, 2011: 41). Esta es la distribución que aparece en un estado hobbesiano de la naturaleza. Un sistema de derechos de propiedad y de mecanismos para el cumplimiento del contrato constitucional, constituye un bien público en el sentido de Samuelson, en el cual “*el consumo de un individuo no merma el consumo de otro individuo del bien en cuestión*” (SAMUELSON, 1954). Un bien público puro se caracteriza por la existencia de indivisibilidades en su producción o conjunción de oferta, y porque, una vez que ha sido ofrecido a algunos miembros de la comunidad, resulta imposible o ineficaz excluir a otros de su consumo (MUSGRAVE, 1959). Dada la conjunción de oferta para suministrar el bien de forma eficaz se requiere una decisión de consumo cooperativa. A pesar de la superioridad obvia del resultado cooperativo, predominan las estrategias individuales, de donde aparece la necesidad del *castigo*.

¹¹ En el juego del dilema del prisionero la comunicación entre los jugadores está prohibida, es imposible, o bien carece de importancia, en tanto no se haya establecido explícitamente como parte del juego. Si la comunicación es posible, se supone que los acuerdos verbales entre los jugadores no los comprometen, a menos que a la estructura del juego se incorpore la posibilidad de acuerdos obligatorios. Información completa implica que todos los jugadores conocen toda la estructura del juego y los beneficios de cada resultado. Los jugadores conocen o desconocen las jugadas de los demás, dependiendo de si éstas son observables o no. Cada jugador tiene una estrategia dominante en el sentido de que siempre le irá mejor si elige la estrategia individual antes que cooperativa, lo cual no los lleva a un resultado óptimo.

Frente a este argumento, Ostrom expresa que los grupos bien definidos que poseen una propiedad común sin que cada uno de los integrantes posea un título individual de propiedad, enfrentan ambientes inciertos y complejos. En ellos las poblaciones han permanecido estables a lo largo de prolongados períodos, los individuos comparten sus tradiciones y cuentan con una visión colectiva de lo que para ellos es el bien de la comunidad en el futuro. Las autoridades de las comunidades cuentan con una reputación y un *status* que si bien no se asemeja a la legitimidad instaurada por el procedimiento democrático establecido en concordancia con una CN, tienen un interés en permanecer y se sienten obligados ante sus pares. Viven juntos y emprenden en común las actividades comerciales, con la esperanza que sus hijos hereden sus tierras, que las consideran propias por posesión tradicional y no por el título que emana de un Código Civil, con lo cual sus tasas de descuento son bajas. Si se hacen determinadas inversiones o si se cuida la tierra fértil de la explotación irracional, es probable que sus dueños –y sus familias-, capturen los beneficios (OSTROM, 1999: 166).

El análisis de Ostrom puede ser perfectamente aplicado a la visión de los pueblos originarios enmarcada en el CCyC: una solución a la cooperación social sin caer en la justificación hobbesiana que encontró en la creación de un Estado fuerte y poderoso la única vía para la realización de los intereses comunes y en particular, la provisión de bienes comunes en la cual ninguno de los miembros se puede apropiarse individualmente y todos contribuyen a su mantenimiento.

Sin embargo existe un argumento extra y más fuerte. Las justificaciones actuales en pos de la necesidad de un Estado central habían sido resueltas por los pueblos originarios mediante modelos de cooperación que no han sido del todo explicitados, aunque asoma uno por antonomasia: la resistencia común al moderno Estado. Por años han sufrido un tratamiento hostil de los grupos que los dominaron y su medio ambiente se tornó agresivo, con lo cual, han tenido un incentivo muy grande para mantener la cohesión como grupo. Ser confiables unos con otros es un activo social dentro de la comunidad muy valioso, el cual funciona sin coerción, mediante normas de pertenencia y comportamiento entendidas como propias y orientadas no sólo como un pretérito antecedente, sino mantenidas en el largo plazo. En este escenario, se han desarrollado vastos conjuntos de acciones que definen un comportamiento correcto, los que les permite mantener una estrecha interdependencia frente a la normativa Estatal sin conflicto excesivo.

Esas instituciones indígenas –como la propiedad comunitaria- han logrado a la postre que el conquistador reconozca en su propio sistema normativo –CN, CCyC- un “uso” o “costumbre” que había sido rechazado como fuente del derecho al momento de consolidar la Nación Argentina.

Los pueblos originarios cumplen claramente con el criterio de sustentabilidad señalado por Ostrom y lo más notable es la subsistencia de sus instituciones pese a que han sido combatidos militarmente primero y

culturalmente después por siglos, lo que puede marcar la evidencia de ser exitosa en términos de elección colectiva.

La propiedad comunitaria indígena se erige así en un modelo institucional sobre el cual se pueden extraer valiosas conclusiones, que nos permiten repasar –y repensar- de qué manera la administración conjunta puede resolver los problemas de tragedia comunal, el dilema del prisionero y los complejos problemas de la elección colectiva. El enfoque de Ostrom nos permite revalorizar el diálogo interdisciplinario sobre la propiedad comunitaria indígena, tanto como institución jurídica enmarcada en el CCyC, como una invención humana que puede resolver problemas prácticos, traducido en la "Ley de Ostrom", esto es, que un acuerdo sobre recursos que funcione en la práctica puede funcionar en la teoría (OSTROM, 1999:24).¹²

III- El modelo de propiedad comunitaria indígena

Ostrom remarca los principios de diseño que ella encontró en el estudio de los recursos de uso común, en el cual resalta que los límites deben estar bien definidos.

Por primera vez, la ley civil se basa en un alto grado de sensibilidad a los detalles contextuales e institucionales que pueden afectar la viabilidad y sostenibilidad de un grupo determinado, como son los pueblos originarios. De hecho, "*la congruencia entre apropiación y normas de provisión y las condiciones locales*" es uno de los principios de diseño en los recursos de uso común que Ostrom ha identificado, y puede funcionar como una buena descripción de la propiedad comunitaria (OSTROM, 1999: 92).

Utilizando los principios de Ostrom, podemos advertir que en el caso de la propiedad indígena, se encuentran en posición las tres subcategorías señaladas por la autora para demostrar cuando la administración de un recurso común es exitosa: "*congruencia con la ecología local*", "*congruencia con la cultura local*", y "*congruencia entre beneficios y costos*" (OSTROM, 2009: 25).

El éxito de este enfoque depende en cierta medida de los factores culturales, tales como la existencia de normas compartidas y buena reputación, la expectativa de repetición de las conductas, y la ausencia de divisiones marcadas entre los miembros de la comunidad que comparten el recurso. Es fácil comprender cómo la proximidad de las partes interesadas podría trabajar para aprovechar el cumplimiento de un objetivo en común, pero igualmente fácil imaginar cómo, en diferentes condiciones, la misma proximidad podría aumentar las posibilidades de la provocación y el conflicto. De ahí que la congruencia cultural también tiene relevancia para las opciones sustantivas sobre derechos, entendiendo a la propiedad indígena como un

¹² Como explica Ostrom: "*una investigación teórica implica una búsqueda de regularidades. Se trata de la abstracción de la complejidad de un entorno de campo, seguido de la postulación de variables teóricas que subyacen a las complejidades observadas*" (OSTROM 2011:311).

elemento del tipo constitutivo de la persona, del grupo social, y no el concepto de propiedad individual del artículo 17 de la CN.¹³

El contexto ecológico es igualmente importante. La internalización del cuidado de la propiedad comunitaria indígena lleva siglos de veneración por parte del grupo social indígena, y comprende un respeto por el cuidado de no afectar al medio ambiente de la misma manera que su propia existencia vital. La apropiación de los productos que surgen del trabajo de la tierra es colectivo, varían por recurso y no tienen por finalidad una producción destinada a la acumulación de riquezas materiales de otro orden, que, en palabras de Zaffaroni *"lejos de negar la dignidad humana la recupera de su camino perdido por el afán de dominación y acumulación indefinida de cosas"* (ZAFFARONI, 2012:127).

La enunciación de estos detalles referidos al cuidado de la propiedad comunal resurge en el campo del análisis de la economía del comportamiento, que tiene muchas lecciones para los bienes comunes. Por ejemplo, como Ostrom ha reconocido desde hace tiempo, las perspectivas de cambio institucional pueden ser sensibles a si un cambio es percibido como una pérdida, dada la tendencia humana a darles mayor peso que las ganancias no percibidas de igual magnitud. Los pueblos originarios, en tal sentido, entienden la elevación de mayor productividad de la tierra como una pérdida antes que como una ganancia, visión contraria a la occidental.

La posibilidad de utilizar el creciente cuerpo de conocimiento sobre la cognición humana para mejorar la gobernanza comunal no es espontánea, sino el resultado de cientos de años de aprehensión de detalles. Como señalan autores que ponen el acento en el desarrollo institucional, *"pequeños y aparentemente insignificantes detalles pueden tener un gran impacto en el comportamiento de las personas. Una buena regla general es suponer que "todo importa"* (THALER Y SUNSTEIN, 2008, 293). Dicha lección es algo que los pueblos originarios habían aprehendido a lo largo de la tradición y que conservaron pese a las nuevas ideas impuestas desde la moderna teoría del Estado nacida de las revoluciones burguesas europeas y del proceso emancipador surgido en Norteamérica. Durante siglos conservaron la relación con su medio ambiente, que no es cualquiera, sino el "suyo", del cual son parte. No existe en ese sentido la propiedad como un derecho

¹³ Señaló la Corte Interamericana que *"debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, la protección del derecho a la propiedad, uso y goce sobre éste es necesaria para garantizar su supervivencia. Es decir, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con la protección de los recursos naturales que se encuentran en el territorio. Por ello, la protección de los territorios de los pueblos indígenas y tribales también deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez permite mantener su modo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales que han usado tradicionalmente los pueblos indígenas y tribales y que son necesarios para su supervivencia física y cultural, así como el desarrollo y continuidad de su cosmovisión"*. Caso del "Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku VS. Ecuador", Sentencia del 27 de junio de 2012.

público subjetivo, enajenable o comerciable, que debe ser reconocido y respetado por el régimen político en el cual se hallan inmersos, sino que la tierra los incluye a ellos.¹⁴

Sin embargo, la propiedad comunitaria indígena no ha sido estudiada en lo que es su principal aporte: una estructura de incentivos que permite la cooperación, superadora de la dicotomía propiedad privada-colectiva. De hecho, el mismo concepto de recurso común deja una importante enseñanza. A modo de ejemplo de color, señala Rojas Via que entre los guaraníes “en materia de inmuebles, no se conocía la propiedad particular absoluta y permanente. La tierra era de quien la cultivaba y por el tiempo del cultivo, pues al dejar de explotarla perdía el titular su derecho eventual de dominio. Podía ser trabajada por otro, que por ese acto se hacía dueño de la finca. El factor dominante en la adquisición del derecho de propiedad sobre un inmueble, considerado como *res nullius*, no era, pues, la ocupación, sino el trabajo”. Señala que admitían tres clases de propiedad: la del *avaré* –quién oficiaba de sacerdote y médico-, la comunal –*tava-mbaé*-, y la del *tupa-mbaé*, que era una especie de fondo común, donde “*cada uno extraía del depósito común lo que necesitaba, sin excederse nunca*” (ROJAS VIA, 2014, 4989-99). Esta comprensión destierra el concepto de tragedia comunal como un concepto objetivo, omnipotente y del cual no se puede escapar.

IV ¿Es la propiedad comunal un derecho absoluto?

¿Qué conjunto de derechos y obligaciones surge del ejercicio de la propiedad comunal indígena? El artículo 75 inc. 17 de la CN expresa que “*se debe reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan, regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano*”. La redacción es defectuosa, en la medida que parece contradictorio exigirle a cada uno de los pueblos originarios que se “anoten” en un registro especial a los efectos de ser nombrados y obtener así su autorización estatal, siendo que son preexistentes al sistema jurídico sobre el cual se asienta la competencia que otorga, justamente, ese tipo de personería.¹⁵

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, expresamente incorporado al art. 75 inciso 22 de la CN, establece en su art. 1º que cada pueblo tiene derecho a la autodeterminación

¹⁴ En el caso “Comunidad Indígena Eben Ezer c. Provincia de Salta - Ministerio de Empleo y la Producción”, la CSJN expresó que “*La garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores*”, sentencia del 30/09/08. Fallos 331:2119.

¹⁵ La ley 23.302 establece en su art. 2º que “*a los efectos de la presente ley, reconócese personería jurídica a las comunidades indígenas radicadas en el país. Se entenderá como comunidades indígenas a los conjuntos de familias que se reconozcan como tales por el hecho de descender de poblaciones que habitaban el territorio nacional en la época de la conquista o colonización e indígenas o indios a los miembros de dicha comunidad. La personería jurídica se adquirirá mediante la inscripción en el Registro de Comunidades Indígenas y se extinguirá mediante su cancelación.*” Con respecto a las formas, se ha expedido al respecto la CSJN en “*Comunidad...*” citado.

política, razón por la cual no pueden quedar sujetos los pueblos originarios a la autorización que les confiere el derecho administrativo nacido de otro sistema jurídico, posterior a su consolidación.¹⁶

Para comprender esta idea, el "conjunto de derechos" asociado con el concepto de propiedad ha desafiado cada vez más la metáfora del "paquete", centrándose en cambio en la propiedad *in rem* y haciendo hincapié en la importancia de las fronteras y la exclusión (COMMONS, 1893). La CN expresa que "*ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos*", y surge de la propiedad comunal un futuro que debe ser atendido en cuanto a la posibilidad de ser expropiada o regulada por el Estado, tema que deberá ser resuelto por la ley especial que expresa la ley de promulgación del CCyC. En la medida que está asimilada a un concepto subjetivo, cabría preguntarse si no puede ser objeto de la calificación de dominio público, o si se encuentra afuera del concepto de dominio eminente, por tratarse de un modelo ajeno –anterior- a la autoridad administrativa. Además, la extensión del derecho se ve especialmente en conflicto al otorgar permisos de extracción de minerales, yacimientos petrolíferos, lo que comprenden también un acuerdo acerca de la explotación que se hace del propio recurso por parte de la comunidad originaria que se trate.¹⁷

Si pensamos en toda la normativa existente en los códigos de planeamiento urbanos, en los paquetes de zonificación y subdivisión del suelo aplicables en los ámbitos provinciales, en las servidumbres de paso que pesan sobre propiedades contiguas, vemos que no pueden ser aplicados, bajo esta teoría, a la propiedad comunitaria. Lo mismo sucede con la regulación del ambiente.¹⁸ Con lo cual, el art. 1970 del CCyC que establece el imperio del derecho administrativo en las limitaciones en orden al interés público y la aplicación subsidiaria del derecho civil en cuanto al derecho real de dominio, deberá ser motivo de una mención en la ley especial que regule la materia. Es decir, que el concepto de propiedad comunal involucra un sinnúmero de obligaciones que tienen que ver con una idea de utilización de un espacio que no está sujeto al concepto de propiedad como las reguladas por el derecho real del CCyC, por ejemplo, el de dominio.

Inclusive, si se quiere profundizar con las reglas de la legislación especial, se debería modificar el régimen de adquisición del dominio para la propiedad comunitaria. El hecho que se haya redactado textualmente que las comunidades originarias tengan "derecho a la posesión", no se asemeja a la posesión establecida en el artículo 1909 del CCyC, ya que el modo establecido en el articulado habla de cosas son

¹⁶ El pacto mencionado fue suscripto por Argentina el 19 de Febrero de 1968, entró en vigor el 08 de noviembre de 1986, y fue aprobado en nuestro país mediante la ley n° 23.313. Con la reforma constitucional de 1994 se le dio jerarquía constitucional al incorporarlo al citado art. 75.

¹⁷ Así lo estableció la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "*los presuntos derechos a la tierra de los miembros del pueblo Saramaka "no incluirían ningún interés sobre otros bosques o minerales más que los que la Tribu tradicionalmente posee y usa para su subsistencia (agricultura, caza, pesca, etc.) y las necesidades culturales y religiosas de sus miembros"*." Conf. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 125.

¹⁸ Pensemos por su caso en la ley del ambiente y presupuestos mínimos ambientales, N° 25.675, nos encontramos que es una norma de vigencia nacional y de orden público. En ella se establecen competencias territoriales que involucran a todos los niveles normativos.

poseídas por las personas. La posesión comunitaria, se basa en la pertenencia de las personas a la tierra, es decir, la visión inversa respecto a la occidental.¹⁹

La ley especial que regule esta propiedad, será así la encargada de definir con qué alcance y extensión puede la autoridad administrativa "regular" dicho derecho. Y la respuesta la encontramos en la elaboración de "una lista de los derechos de uso": acceso, extracción, manejo, exclusión y alienación, de carácter acumulativo y disponible sólo en combinaciones funcionalmente significativas. En dicho paquete, *"mantener algunos de estos derechos implica la posesión de otros. El ejercicio del derecho de retiro no es significativo sin el derecho de acceso; derechos de alienación dependen de tener derecho a ser trasladados"*(OSTROM Y SCHLAGER, 1992: 259). Esta visión de la propiedad, entonces, no contempla un paquete improvisado de facultades, regidas por una tradición milenaria.

La comprensión de la propiedad sobre la base de la exclusión, como señalaba Samuelson, se entiende como un acceso limitado a bienes comunes. Esa exclusión puede ayudar a transformar lo que sería un régimen de acceso abierto en un bien común. Pero una visión solamente centrada en la exclusión de la propiedad, también tiene algunas limitaciones que son especialmente relevantes en el contexto de los recursos comunes. La más obvia es que la mayor parte de la administración del derecho se produce "en el interior", donde los participantes comparten el bien común. Cualquier interferencia de la autoridad municipal, provincial o nacional, es una externalidad para la comunidad. Con lo cual, la propiedad comunitaria no significa que el derecho de propiedad clásico esté ausente. Sucede que las propiedades comunales basan su indisposición en raíces sustentadas en otra afirmación filosófica ajena a la tradición y en algún punto, necesariamente, deben coexistir. En todo caso, los detalles operativos en el mundo real de la propiedad comunitaria ofrecen un importante indicador contra el cual se puede poner a prueba el individualismo posesivo que inspiró nuestra CN, cumpliendo de esta manera con la ley de Ostrom citada.

La teoría tradicional de la propiedad del CCyC tiene un trabajo que hacer, y ver cómo se hacen las cosas bajo diferentes condiciones de trabajo nos da pistas importantes sobre cómo son los requisitos profesionales de los inmuebles comunitarios. Este nuevo enfoque, que contempla otra función de la propiedad, puede vencer el escepticismo que se plantea ante el posible reconocimiento de un paquete de derechos sin restricciones. De hecho, siempre estamos operando al menos parcialmente dentro de un bien común de algún tipo.

La propiedad comunitaria indígena, según lo experimentado en los hechos, no es del todo individual ni enteramente realizada en común, sino que representa una mezcla de tipos de propiedad "moderna". De hecho, dos de las instituciones más fundamentales de la vida moderna -el barrio y la sociedad- constituyen

¹⁹ *"Se trata de un modo diferente de convivir con las fuerzas de la naturaleza, pero que por su carácter de culto de posesión no lo hace ajeno a ellas."* Zaffaroni, (2012:112). Queda en claro que estas comunidades han poseído y poseen jurídicamente por la sencilla razón de preexistir al Estado.

claramente "*sistemas mixtos de los derechos de propiedad comunal e individual*" (OSTROM, 1999:334). Una familia puede arrogarse, una casa y el lote en que se encuentra, pero la familia también se considera un par respecto de los intereses en común con otros hogares en relación con el ambiente del barrio y los servicios de la comunidad. Ahí donde hay un intangible común, se da la tragedia, algo que evita la visión de los pueblos originarios, ya que se produce no por la propiedad común solo, sino más bien por la interfaz entre un elemento de propiedad comunal y los elementos de propiedad individual del art. 17 CN.

La propiedad comunitaria, es una forma superadora de hacer frente a la interfaz entre los derechos individuales y colectivos: mientras que en el moderno derecho son dos categorías distintas, en el derecho indígena se hallan amalgamados desde su concepción. Pensando en la propiedad de esta manera, se destaca su potencial como una institución humana para adaptarse dinámicamente a las circunstancias cambiantes. Cuando los desajustes de incentivos asociados a un régimen de propiedad mixta particular se vuelven demasiado grandes, la ley puede reaccionar moviendo la pared entre los elementos comunes y privados, algo que en la propiedad comunal ya se encuentra concebida.

Lo concreto es que el CCyC ahora enarbola los tipos de propiedad, otorgándole a la comunitaria un status especial y permite atender las dos realidades, generando diferentes escalas. Si los integrantes de los pueblos originarios son adyacentes con el resto de los títulos de propiedad emanada de las formas tipificadas en el CCyC, pueden coordinar sus esfuerzos y actuar como un solo cuerpo con respecto al recurso.

Este es el principal acierto de la reforma actual y que debería ser recogida por la ley especial: lograr acuerdos de unificación, formando un colectivo para tomar decisiones para la unidad que en su conjunto puedan ofrecer una alternativa de menor costo de transacción que la negociación sobre cada opción.²⁰

Sin embargo, el logro de unificación entre los dos tipos de propiedad puede ser extremadamente difícil, por ejemplo, si se requiere el consentimiento de todos los pueblos originarios. Llegado este caso, la ley especial debe exigir la unificación obligatoria una vez alcanzado un cierto porcentaje de propietarios para llegar a un acuerdo, aunque esta forma de computar las voluntades, una vez más, responde más al ideal de participación occidental que al de los pueblos originarios.

V- ¿Nueva o vieja legitimidad? Dos órdenes jurídicos pueden convivir.

Gradualmente, sobre los pueblos originarios se fue consolidando una noción de grupo desaventajado, que les otorgó un *status* para poder identificarse frente a los procesos mayoritarios de creación normativa y desenvolverse de manera autónoma, en el estricto sentido de la palabra. No solamente frente a las cuestiones sustantivas relativas a sus reclamos de fondo, sino también frente a los procedimientos democráticos y judiciales tendientes a un reconocimiento especial como un colectivo diferenciado.

²⁰ Ostrom cita como autor de esta respuesta a Ronald Coase, en referencia a su famoso trabajo "El problema del Costo Social, publicado en 1960 en *Journal of Law and Economics* 3:1-44.

Su reconocimiento como colectivo social marca un déficit de legitimidad de origen de nuestra CN, al haberlos marginado del pacto social básico por el cual se constituyó la Nación. No pretende cuestionar los juicios de valor de fondo que subyacen a la decisión legislativa, o de marginar los procesos legislativos hegemónicos, sino negar que esa legislación surgió de un proceso político justo y equitativo en el que se les hubiera permitido a los pueblos originarios participar. El ideal constitucional de 1853 que apela a un contrato hipotético se ve frustrado ante un reconocimiento expreso a grupos desaventajados, en el cual el enfoque de sus derechos está originariamente caracterizado por la negación y el prejuicio.

En los albores de la discusión de los procesos constitucionales europeos seguidos a las revoluciones burguesas se identificó el derecho a la propiedad como un derecho preeminente y así fue planteado por John Locke.

Ese mismo camino es el elegido por los constituyentes y legisladores actuales para equipar a los pueblos originarios. Por lo cual, el art. 18 del CCyC luce prometedor en el camino de una mayor equidad frente a las minorías raciales. La crítica aguda antiliberal que entendía a aquellos procesos políticos como tendientes a salvaguardar los intereses particulares de unos pocos propietarios se encuentra en una encrucijada: o bien abandona la pelea por combatirla, o utiliza su misma fuerza y aciertos para darle una protección especial a los que habían sido privados de su parte justa de la influencia política surgida del pacto primigenio.

El reclamo indígena fue impopular y desapegado a los procesos mayoritarios en razón que estos mismos procesos lo transformaron en una minoría excluida, denegando su derecho al autogobierno y participación política. Y si bien su participación en el agregado político nacional es significativa, han podido obtener las ventajas que le brindan la cohesión para lograr un espacio propio en la agenda política. Debe considerarse especialmente este derecho consagrado, en la medida que el constituyente primero, y el legislador después, lo han reconocido, aún cuando no formaban parte de la plataforma de los partidos políticos tradicionales, con lo cual, es el reconocimiento democrático a una problemática compleja, por parte de un grupo que, justamente, no se considera parte del juego de mayorías y minorías internas del aquel proceso democrático. Tampoco pueden ser equiparados a los denominados partidos políticos "antisistema".²¹

La preocupación que surge ahora es, propiamente, el reconocimiento legal. El art. 18 del CCyC es la mayor manifestación del derecho civil, en la medida que hasta ahora –como mencionamos- los reconocimientos se habían dado en el ámbito del derecho administrativo, nacional y provincial.

En un marco de integración propio de un proceso pluralista, los grupos más desfavorecidos por el pluralismo en el futuro serán diferentes de los excluidos en el antiguo régimen (ACKERMAN, 1985). Con lo cual su insularidad, al verse apretados por el proceso colonizador hegemónico, fue la herramienta que les

²¹ CSJN Fallos 237:386 (1957).

permitió fortalecer su identidad como grupo, consagró a la mera participación como un acto simbólico de reivindicación. Su participación política es indefinida ya que, en principio, no configuran una minoría nada despreciable -el censo 2010 contabilizó que la población total de indígenas, descendientes de pueblos indígenas u originarios ascendía 955.032²² y además hay que sumarle el hecho objetivo que muchos de ellos no se identifican como tales por temor a ser discriminados y a raíz de esto, invisibilizados (ACKERMAN, 1958).

Lo concreto es que las instituciones creadas hasta ahora mediante el procedimiento nacional aglutinador no han sido del todo exitosas, y caen en manifiestas incongruencias, como el hecho que sea el propio Estado Nacional el que elija a la representatividad indígena, es decir, en forma externa al autogobierno.

El diseño federal en esta problemática tiene sus propias ventajas y desventajas, ya que los gobiernos provinciales son los más interesados en evitar un acuerdo unificador; muchas de las propiedades son fiscales, bajo potestad del gobierno provincial de decidir a quién se las entrega. Pero además hay que sumarle el hecho que la legislación civil es derecho común y por tal, aplicable en cada provincia de acuerdo a las realidades locales. Hasta ahora, dentro del régimen administrativo la normativa se circunscribió de manera federal, administrada desde la Nación, con invitación a las Provincias.

Un ejemplo de la dificultad en la convivencia jurídica que deberá contemplar la ley especial, surgió cuando el gobierno nacional se vio obligado a aprobar la ley 26.160 de Emergencia de la Propiedad Comunitaria, que ordenaba paralizar los desalojos de comunidades indígenas por un período de 4 años y realizar un "relevamiento" (estudio jurídico-técnico y catastral) de las tierras que tradicionalmente ocupaban durante los tres primeros años de la ley, o la que obligaba a los gobiernos provinciales a poner en marcha las medidas aprobadas.²³ La constitución de Neuquén reconocía todos los derechos de los pueblos indígenas que habitan en esta provincia, incluyendo la *"personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan"* y añadiendo que *"ninguna de ellas será enajenable, ni transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos"*, para lo que la provincia *"asegurará su participación [de los pueblos indígenas] en la gestión de sus recursos naturales y demás intereses que los afecten, y promoverá acciones positivas a su favor"*.²⁴ Sin embargo en los hechos no fue tan completo su reconocimiento. Los mapuches, que predominan en dicha Provincia, aunque hayan recuperado más o menos la mitad de lo que consideran sus tierras, se encuentran en una situación de marginalidad y con

²² INDEC. Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2010. Población indígena o descendiente de pueblos indígenas u originarios en viviendas particulares por sexo, según edad en años simples y grupo quinquenal. Fuente: http://www.indec.mecon.ar/nivel4_default.asp?id_tema_1=2&id_tema_2=21&id_tema_3=99, accesado el 21.04.15.

²³ Esta solución, dejaba de entrada afuera las reivindicaciones de territorios ancestrales. El gobierno nacional, además, hizo un intento de incentivar la inscripción y reconocimiento de las comunidades indígenas en Argentina, contabilizando en todo el país 550 de las que entre 2007; para agosto de 2008 se habían inscripto legalmente sólo 230 comunidades originarias.

²⁴ Artículo 53, Constitución de la Provincia del Neuquén.

procedimientos judiciales de desalojo pendientes de ejecución. Esto se traduce en que sólo cuatro de las 54 comunidades indígenas de la provincia cuentan con una titulación legal de sus tierras quince años después de la ratificación por Argentina del Convenio 169 de la OIT. Y esta no es la única provincia que se muestra reticente. En su oportunidad, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR) vio con seria preocupación el hecho de que las provincias, y en concreto Salta, Formosa, Jujuy, Tucumán, Chaco y la mencionada Neuquén se negasen a implementar las leyes federales que incorporan a las comunidades indígenas sobre el control de los recursos naturales, y recomendó a Argentina frenar los desalojos y asegurar la propiedad comunitaria de estos pueblos.²⁵ Pero, este mismo informe cayó en un grueso error conceptual, al enunciar que en caso de ser necesario ese desalojo, estipuló una *"indemnización adecuada y reubicación en lugares dotados de servicios básicos, como agua potable, electricidad, medios de lavado y saneamiento, y servicios adecuados, entre otros escuelas, centros de atención sanitaria y transportes"*, una solución que es acorde a la visión occidental de la propiedad como un patrimonio fungible.²⁶

Sin embargo, el sentido que le ha asignado a la propiedad comunitaria indígena la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puede ser emplazada dentro de los planteos de Ostrom, al poner de resalto que la tradición común sobre una forma de propiedad que *"no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad"*. Con respecto al carácter del reconocimiento, expresó que *"Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección de tal disposición para millones de personas"*.²⁷ Con lo cual, el CCyC reconoce por la vía legal la fuente supralegal, emanada de los pronunciamientos de la Corte Interamericana, y que como tal, deberá incorporarse esta ley especial a la par de las disposiciones civiles ahora reconocidas.

VI- Conclusión

En este trabajo indicamos cómo los pueblos indígenas han sido víctimas de un proceso de exclusión que tuvo lugar en toda América, difícil de medir dada su insularidad, ya que por su propia naturaleza, la propiedad comunitaria era la regla y no la excepción. Expusimos que el circuito jurídico clásico ha desatendido sus reclamos y reivindicaciones con fórmulas retóricas, negándoles una reconfiguración del sistema de justicia dentro del concepto de plurinacionalidad, en el cual se inscribe la CN y el nuevo CCyC. Esta reforma legal ha generado una crisis axiológica, porque el cambio de paradigmas no posee un diseño

²⁵ INFORME DEL COMITÉ PARA LA ELIMINACION DE LA DISCRIMINACION RACIAL (2010: 32).

²⁶ Oc. cit. Pág. 33.

²⁷ Citó para esto sus anteriores pronunciamientos en los casos de la "Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua" de la "Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, párr. 85".

fácilmente comunicable sino que requiere una reactualización conceptual de las anticuadas instituciones jurídicas.

Propusimos una amalgama filosófica entre la propiedad comunitaria indígena y el pensamiento de Elinor Ostrom, que interpela de forma directa un conjunto histórico de formas jurídicas que creíamos pétreas, nacidas bajo la égida de una discriminación inicial que el nuevo CCyC quiere corregir. Para tal fin, señalamos la simple evidencia que pese a siglos de dominación, las bases de las comunidades originarias siguen presentes, es el proceso inductivo que nos propone la autora con fines teóricos, aún cuando todo el pentagrama jurídico, por siglos, se encargó de negarlo.

Finalmente, sin pretender agotar la discusión, resaltamos el desafío que tiene por delante la legislación especial que necesita el art. 18 CCyC, frente a la novedad del reconocimiento, destacándose su correcta ubicación. Esta legislación especial, debería tener en cuenta los postulados teóricos señalados por Ostrom y vencer los retos que se imponen. En especial, observar la posibilidad de un autogobierno en la propiedad indígena, y su relación con la demás normativa que alcanza a cualquier propiedad de alcance federal, provincial o municipal.

En igual sentido, quedará por analizar la armonización de la propiedad comunal con los regímenes provinciales, y cómo compaginar el mandato constitucional con su reconocimiento efectivo. No obstante, puede afirmarse que es tan importante el hecho mismo de la reforma civil y comercial implementada, como las estrategias de los actores externos a los pueblos originarios, los cuales afectan los costos y beneficios de las decisiones que se producen dentro de la propiedad comunitaria indígena, pero eso ya es cuestión de otro documento.

VII- Bibliografía

ACKERMAN, B. 1985, "Beyond Carolene Products" en *Harvard Law Review*, nº98, 1985, p. 713-756.

ALTERINI, J.- CORNA, P.- VAZQUEZ, G. (2005), *Propiedad indígena*, Buenos Aires, Ed. UCA, 2005.

BRONSTEIN, A. (1999) "Hacia el reconocimiento de la identidad y de los derechos de los pueblos indígenas en América Latina: Síntesis de una evolución y temas para reflexión" en *Memoria II Seminario Internacional sobre Administración de Justicia y Pueblos Indígenas*, San José, Costa Rica, Primera Edición, 1999.

COMMONS, J. (1983) *The distribution of wealth*, New York, Ed. Macmillan & Co., 8º ed. 1893.

INFORME DEL COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, 76º período de sesiones, Naciones Unidas, Nueva York, 2010, Suplemento Nº18, pág. 32

HARDIN, G. (1968) "The tragedy of the commons", en *Revista Science* 13/12/68, Vol. 162 no. 3859, p. 1243-1248.

MUSGRAVE, R. (1959) *La Teoría de la Hacienda Pública: Un Estudio en Economía Pública*, Ed. Aguilar, Madrid, 1959.

- ORTEGA Y GASSET, J. *Las Atlántidas y del Imperio Romano*. Ed. El Arquero, Madrid, 1976.
- OSTROM, E. (1999) "Private and Common Property Rights" en *Encyclopedia of Law and Economics*, eds. Bouckaert b. y De Geest, G. 1999, p. 332-379.
- OSTROM, E. (2005) "Design Principles of Robust Property Rights Institutions: What Have We Learned?", en *Property Rights and Land Policies*, Dirs. Ingram, G. y Hong, Y, 2009, p. 25-46.
- OSTROM, E. (2011), *El gobierno de los bienes Comunes*, Ed. FCE, México, 2011.
- OSTROM, E. y SCHLAGER, E. (1992), "Property-Rights Regimes and Natural Resources: A Conceptual Analysis" en *Land Economics* N° 68, 1992, ed, Un. Wis., p.249-262.
- ROJAS VIA, B. "Multiculturalidad y pueblos originarios", en *Ciencias Penales desde el Sur*, Dir. Raúl Zaffaroni, Ed. INFOJUS, 2014, pág.498-99.
- SAMUELSON, P. (1954). "The Pure Theory of Public Expenditure", en *The Review of Economics and Statistics*, Vol. 36, No. 4. (Nov. 1954), pp. 387-389.
- THALER, R. y SUNSTEIN, C. (2008) *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness* Yale University Press, New Haven, 2008.
- VAZQUEZ, G. (2012) "Propiedad Comunitaria Indígena en el Proyecto" en revista *La Ley*, 2012, D, 948.
- ZAFFARONI, R. (2012) *La Pachamama y el humano*, Buenos Aires, Ed. Colihue, 2012.