

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO DERIVADA DEL EJERCICIO DEL PODER CONSTITUYENTE (CON MOTIVO DEL RECONOCIMIENTO DE LA PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA)²⁹¹

Ignacio M. de la Riva

²⁹¹Es oportuno señalar que una versión más extensa y completa de este trabajo se encuentra en prensa y será publicada próximamente en el marco de una obra colectiva a ser editada por el Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, bajo la dirección del Prof. Juan Carlos Cassagne y con el siguiente título: *El Derecho Administrativo y el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*.

1. Términos de la cuestión planteada

En el año 1993, el Congreso de la Nación sancionó la ley 24.309 que declaró la necesidad de introducir una reforma parcial a la Constitución Nacional. En esa ocasión, el legislador estipuló de manera precisa los artículos del texto constitucional susceptibles de ser enmendados por la Asamblea Constituyente, todos ellos pertenecientes a la parte orgánica de la Constitución²⁹². En aras afijar de manera todavía más explícitalos contornos materiales de la tarea que debería desempeñar el cuerpo constituyente, los artículos 4°, 6° y 7° de la propia ley 24.309 establecieron las siguientes pautas:

- a) la Convención Constituyente se reuniría “con el único objeto” de considerar los temas habilitados por el Congreso para su debate²⁹³;
- b) sería nula toda modificación del texto constitucional que se apartare de la competencia asignada a la Asamblea Constituyente al declararse la necesidad de la reforma por parte del legislador²⁹⁴; y
- c) quedaba vedado a la Convención Constituyente introducir modificación alguna a las Declaraciones, Derechos y Garantías contenidos en la Primera Parte de la Constitución Nacional²⁹⁵.

En cumplimiento de la tarea que le fuera encomendada, el órgano constituyente introdujo varios cambios al artículo 75 del texto constitucional que, como se sabe, enumera las atribuciones del Congreso de la Nación. Entre ellas, incorporó al citado precepto un nuevo inciso 17, en virtud del cual se encomienda al legislador nacional “reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos” y garantizarles –entre otras

²⁹²Artículo 2 de la ley 24.309.

²⁹³ Artículo 4 de la citada ley 24.309.

²⁹⁴ Artículo 6 de la ley 24.309.

²⁹⁵ Artículo 7 de la ley 24.309.

prerrogativas- “la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan”.

Más allá del amplio respaldo político con que fue recibida la cláusula añadida, desde una perspectiva estrictamente jurídica su textogeneraciertosproblemas interpretativos,entre los cuales sobresale el que plantea la necesidad de armonizartal reconocimiento de la propiedad comunitaria en favor delos pueblos originarios con el dominio sobreidénticas tierras que, en muchas ocasiones, ostentaban (y ostentan) otras personas cuyoderecho de propiedadcuenta conigualamparo constitucional²⁹⁶. Y ante los precisos límites impuestos por el legislador al órgano constituyente, es evidente que cualquier lectura de la enmienda dirigida a asumir que los cambios incorporados al artículo 75 de la Carta Magna puedan haber supuesto un cercenamiento al derecho de propiedad garantizado por su Primera Parte, debe ser descartada de plano.

2. La propiedad indígena consagrada por el constituyente de 1994

2.1. La propiedad indígena frente al clásico derecho de dominio

La reforma constitucional de 1994 incorporó al ordenamiento argentino la figura de la propiedad comunitaria indígena. Ella consiste, en palabras del propio constituyente, en el reconocimiento de “la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan” tales pueblos²⁹⁷, y en la posibilidad de que el Congreso decida entregarles, adicionalmente, “otras (tierras) aptas y suficientes para el desarrollo humano”²⁹⁸.

Qué duda hay de que semejante añadidosignificó una importante novedad para nuestro Derecho, en tantola naturaleza comunitaria de la propiedad indígena se aparta notoriamente de los moldes clásicosde los derechos reales en nuestro ordenamiento, que caracterizan al

²⁹⁶Artículo 17 de la Constitución Nacional.

²⁹⁷Artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional.

²⁹⁸Idem. nota anterior.

derecho de propiedad como una prerrogativa de carácter individual y exclusiva²⁹⁹. Por el contrario, la dimensión colectiva de que se ha revestido a la propiedad indígena se atiene, por cierto, a la cultura de los pueblos precolombinos, que mantenían con la tierra un nexo que los remitía a sus ancestros y a sus creencias espirituales³⁰⁰.

2.2. Titularidad comunitaria de la propiedad indígena

La titularidad de la propiedad indígena no recae, por tanto, sobre los integrantes de los pueblos beneficiarios, sino que comporta un derecho atribuido colectivamente a las comunidades aborígenes pertinentes³⁰¹. Su ejercicio quedará a cargo, en consecuencia, de quienes legítimamente representen a esos colectivos, lo cual explica que la propia cláusula constitucional contemple la necesidad de “reconocer la personería jurídica (en rigor, la personalidad) de sus comunidades”.

Por otra parte, no ha de pasar desapercibido que el constituyente, al identificar a los beneficiarios de la propiedad que consagra, ha hecho referencia a los pueblos indígenas *argentinos*, lo cual debe ser entendido como los grupos de aborígenes que habitaban el suelo de nuestro país al tiempo de la conquista, de la colonización y de la organización nacional³⁰². En otras palabras, no toda comunidad aborígena que habite nuestro territorio en la actualidad está habilitada a reclamar a su favor la propiedad comunitaria consagrada en el

²⁹⁹ Se ha destacado, a este respecto, el sentido extrapatrimonial y hasta religioso con que concibe el aborígena el vínculo con su tierra, claramente distinto del que inspira la propiedad de cuño romanista que ha inspirado al legislador civil argentino (CORNA, Pablo María, y FOSSACECA, Carlos Alberto; “La propiedad indígena comunitaria: un análisis crítico del articulado del Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado”, en *El Derecho*, Tomo 249, pág. 792).

³⁰⁰ ALTERINI, Jorge Horacio, CORNA, Pablo María, y VÁZQUEZ, Gabriela Alejandra; *Propiedad indígena*, Educa, Buenos Aires, 2005, págs. 14-44.

³⁰¹ Según surge de la letra misma de la disposición constitucional, los sujetos titulares de dicha propiedad son “los pueblos indígenas argentinos” (artículo 75, inciso 17, de la Constitución, ya citado)..

³⁰² ALTABE, Ricardo, BRAUNSTEIN, José, y GONZÁLEZ, Jorge A.; “Derechos indígenas en la Argentina (Reflexiones sobre conceptos y lineamientos generales contenidos en el art. 75, inciso 17 de la Constitución Nacional”, en ED, Tomo 164, año 1995, pág. 1198.

precepto constitucional comentado, sino sólo aquellas que cumplan con esa condición de preexistencia³⁰³. De otro modo, sobrevendrá el problema de tener que terciar entre distintos pueblos indígenas que hayan habitado sucesivamente las mismas tierras³⁰⁴.

2.3. Rasgos distintivos de la propiedad indígena

El texto constitucional caracteriza, ante todo, a la propiedad indígena como un derecho inalienable³⁰⁵, y añade acto seguido que se trata de una prerrogativa intransmisible, y no susceptible de gravámenes y embargos. Lo dicho basta para excluir a esta forma de

³⁰³ En contra, LUQUE, Carlos D.; “La cláusula de pueblos indígenas en la reforma constitucional de 1994: una buena norma constitucional”, en ED, Tomo 2015, pág. 413.

³⁰⁴ Un ejemplo de la situación descrita lo ofrece el caso del pueblo Tehuelche, que fue desplazado, más de tres siglos después de la conquista –hacia mediados del siglo XIX–, por invasiones de la comunidad Mapuche, originaria de la República de Chile. En tales circunstancias, reconocer el derecho de la población Mapuche sobre esas tierras implicaría automáticamente negar ese derecho a los pueblos Tehuelches, que fueron despojados por la fuerza por aquellos.

Lo cierto, pues, es que existe abundante consenso entre los historiadores acerca de que la comunidad Mapuche no constituye un pueblo originario de la República Argentina, sino una etnia de origen chileno, desde donde migró a la Argentina hacia mediados del siglo XIX, mucho después de la conquista española, e incluso después de la formación del Estado nacional argentino. Ver, entre muchos otros, CANALS FRAU, Salvador, *Las poblaciones indígenas de la Argentina*, Sudamericana, Buenos Aires, 1986, pág. 534; SEGOVIA, Gonzalo, y SEGOVIA, Juan F., “La protección de los indígenas” en AA.VV., *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, Depalma, Buenos Aires, 1995, pág. 319; NUCUZZI, Lidia R., *Identidades impuestas*, Sociedad argentina de antropología, Buenos Aires, 1998, pág. 49; CASAMIQUELA, Rodolfo, *¿Qué pueblos indígenas poblaron la Patagonia y la pampa?*, Legislatura de Río Negro, Carmen de Patagones, 2007, pág. 74; y PORCEL, Roberto, *Problema Indigenista*, Eder, Buenos Aires, 2011, pág. 17.

³⁰⁵ Con relación a las tierras en cuestión, el precepto señala que “ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos”.

La doctrina justifica esta limitación en el hecho de que la subsistencia de los pueblos indígenas está estrechamente ligada a la tierra en la que se encuentran afincados (CORNA, P.M., y FOSSACECA, C.A.; “La propiedad indígena comunitaria...”, cit., pág. 798).

propiedad comunitaria de toda posibilidad de tráfico negocial³⁰⁶. Queda vedado, así, la posibilidad de celebrar a su respecto contratos tales como la compraventa, la donación, la permuta, el fideicomiso, la hipoteca o el usufructo, entre otros³⁰⁷. Se admite, por el contrario, que puedan constituirse sobre ellas gravámenes que afecten su uso y goce, siempre dentro de límites compatibles con la naturaleza del derecho reconocido por el constituyente³⁰⁸.

Frente a tal caracterización, se torna evidente la necesidad en encontrar un punto de equilibrio que permita conciliar la propiedad indígena con la propiedad privada plasmada en la legislación civil, que desde luego no puede entenderse desplazada ni derogada por el reconocimiento de aquélla. Desde esta perspectiva, es forzoso asumir que la añeja noción de propiedad indígena (dotada de sus elementos centrales, entre ellos su carácter comunitario e inalienable) no pudo haberse concebido “en su estado puro”, sino con los inevitables matices y adaptaciones exigidos por el Derecho que le da acogida³⁰⁹, de modo de hacer posible su pacífica coexistencia con el resto del sistema jurídico argentino.

³⁰⁶Se ha hecho notar con acierto que esta configuración del derecho de propiedad indígena conspiraría contra el ejercicio de las prerrogativas que emanan del derecho a la posesión que el mismo texto constitucional confiere a las comunidades indígenas. Ver, sobre este punto, BOQUÉ, Roberto, “Las relaciones reales administrativas”, en AA.VV., *Dominio público (Naturaleza y régimen de los bienes públicos)*, coordinado por Gabriel de Reina Tartière, Heliasta, Buenos Aires, 2009, págs. 298-299.

Debe recordarse, no obstante, que el empleo del término “posesión” en la cláusula comentada no posee el rigor técnico que cabe atribuirle bajo la legislación civil (cfr. ALTABE, R., BRAUNSTEIN, J., y GONZÁLEZ, J.A., “Derechos indígenas en la Argentina...”, cit., pág. 1202).

³⁰⁷ALTERINI, J.H., CORNA, P.M., y VÁZQUEZ, G.A., *Propiedad indígena*, cit., pág. 174; y CORNA, P.M., y FOSSACECA, C.A., “La propiedad indígena comunitaria...”, cit., pág. 798.

³⁰⁸ABREUT DE BEGHER, Liliana E., *Propiedad indígena*, La Ley, Buenos Aires, pág. 19. En contra, CORNA, Pablo María, y FOSSACECA, Carlos Alberto, “La propiedad indígena comunitaria: un análisis crítico del articulado del Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado”, en ED, Tomo 249, año 2012, pág. 798.

³⁰⁹ Entre los aspectos añadidos al derecho de propiedad indígena “histórico” y que facilitan su plena inserción al Derecho argentino puede mencionarse, por ejemplo, la necesidad de su inscripción en los registros de la propiedad pertinentes, así como también la exigencia de que las comunidades indígenas que han de ejercer su titularidad tramiten y obtengan el pertinente reconocimiento de su personalidad jurídica.

En otras palabras, no es posible suponer que la cláusula constitucional que estamos analizando haya significado incorporara nuestro ordenamiento un sistema jurídico (el andino) a modo de régimen autónomo y paralelo al argentino, sino únicamente la asimilación de una modalidad de relacionamiento jurídico tomada de aquél para introducirla al nuestro. Tal decisión requiere adaptar a nuestro régimen constitucional la categoría jurídica importada, haciendo los ajustes necesarios para tornarla compatible con los restantes derechos patrimoniales (en particular los reales) que encuentran cobijo bajo este sistema.

En función de ello, la propiedad indígena no puede sino ser pensada como un auténtico derecho real de dominio³¹⁰, si bien de perfiles y alcances diferentes de aquél que se encuentra previsto en el artículo 1941 del Código Civil y Comercial de la Nación³¹¹. Así, es indudable que la propiedad indígena satisface las condiciones básicas de todo derecho real, dado que se trata de un derecho que se ejerce directamente sobre el bien inmueble sobre el

³¹⁰ Son de la misma opinión ABREUT DE BEGHER, L., “La propiedad comunitaria indígena”, cit., págs. 71 y 77-94, y de la misma autora, “El derecho real de propiedad comunitaria indígena”, en LL 2013-E, págs. 1294-1295; CORNA, P. M., y FOSSACECA, C. A., “La propiedad indígena comunitaria...”, cit., págs. 793-794; CASACCIA, Silvia, y TOLOSA, María Gabriela, “El derecho a la propiedad comunitaria indígena. Una visión jurídica y humanista”, en ROS-ONLINE (05/07/2010, núm. 39); y FISSORE, Diego, en AA.VV., *Código Civil y Comercial de la Nación (analizado, comparado y concordado)*, dirigido por Alberto J. Bueres, Tomo 1, Hammurabi, Buenos Aires, 2014, pág. 76 (comentario al artículo 18). De forma análoga, aunque con ciertos matices, María Victoria GONZÁLEZ DE PRADA entiende que la propiedad indígena es desde su dimensión patrimonial un derecho real, pero que trasciende el concepto de derecho real que nosotros manejamos (ver su trabajo “Derecho de las comunidades indígenas”, en LL 2013-E, págs. 1296-1299).

Discrepa, en cambio, con la calificación de la propiedad indígena como un derecho real SACRISTÁN, Estela B.; “Propiedad comunitaria de los pueblos originarios”, en AA.VV., *Homenaje a Julio Rodolfo Comadira*, coordinado por Pedro J.J. Coviello, El Derecho, Buenos Aires, 2016, págs. 336-340.

³¹¹No en vano, el mismo Código Civil y Comercial le ha reservado un precepto específico, el artículo 18, según el cual “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”.

cual recae y es oponible *erga omnes*³¹².

2.4. Propiedad indígena ¿originaria o derivada?

Los pueblos indígenas son considerados los “primeros” ocupantes del territorio argentino, titulares, por tanto, de una suerte de dominio eminente sobre este suelo, cuya ocupación se ha visto interrumpida por la conquista española³¹³. Desde esa perspectiva, la cláusula constitucional no habría hecho otra cosa que reconocer un derecho ancestral de los aborígenes, que preexistía mucho antes, incluso, de la organización institucional de la Argentina. Sobre esa base, se considera que se trata de un derecho originario.

Ante tal razonamiento es menester, sin embargo, llamar la atención sobre el hecho de que la cláusula incorporada a la Constitución contiene, en rigor, una manda dirigida por al legislador federal, compuesta de dos tramos. El primero de ellos le ordena garantizar, en efecto, el respeto de un estado de cosas “originario” (la “posesión y propiedad” por las comunidades indígenas de tierras tradicionalmente ocupadas por ellas³¹⁴). La segunda facultad que se atribuye al Congreso, en cambio, refiere a la eventual entrega de otras tierras aptas para el desarrollo humano de las comunidades en cuestión, entrega que -de concretarse- dará lugar a un derecho indiscutiblemente derivado.

En cualquier caso, lo que interesa destacar aquí es que la naturaleza originaria que se suele atribuir a la propiedad indígena plantea un problema evidente, resultante de la superposición que en numerosos casos se verifica entre tal propiedad comunitaria y los derechos de quienes hubieren adquirido esas mismas tierras bajo el régimen vigente hasta el momento de sancionarse la reforma constitucional. Resulta sorprendente que la enmienda haya desatendido por completo esta circunstancia, omitiendo articular algún mecanismo que

³¹² En el mismo sentido, ver ALTERINI, J.A.H., CORNA, P.M., y VÁZQUEZ, G.A.; *Propiedad indígena*, cit., pág. 155.

³¹³ ALTERINI, J.A.H., CORNA, P.M., y VÁZQUEZ, G.A., *Propiedad indígena*, cit., págs. 44-50.

³¹⁴ La doctrina considera que la alusión a la “posesión” de esas tierras contenida en la norma apunta a reforzar la idea de que la propiedad reconocida no resulta meramente declamatoria, sino que conlleva el ejercicio efectivo que sólo se torna posible a través de la posesión efectiva de esos territorios, de modo de asegurar un uso y goce concretos y reales (cfr. ALTERINI, J.A.H., CORNA, P.M., y VÁZQUEZ, G.A.; *Propiedad indígena*, cit., pág. 106).

permita lidiar con situaciones de este género, que son fuente hoy de numerosas controversias entre los pueblos originarios y los titulares del dominio civil sobre las mismas tierras.

3. Colisión entre la propiedad indígena y el derecho de propiedad civil sobre las mismas tierras

Pese a que la cláusula bajo análisis se encuentra inserta en la parte orgánica de la Constitución y está dirigida, en su literalidad, a atribuir una facultad al cuerpo legislativo, se debate en doctrina si los derechos a los que alude-entre ellos, la propiedad indígena- poseen carácter programático u operativo³¹⁵.

A poco que se analice el tema, es dable advertir que el efectivo goce del derecho de propiedad indígena que el precepto en cuestión encomienda al legislador “garantizar” requiere, inexorablemente, de la articulación de una serie de recaudos.

Ante todo, es menester identificar, en cada caso, de manera precisa quiénes resultan los titulares de tal derecho³¹⁶. Asimismo, también será necesario delimitar físicamente en cada oportunidad el objeto sobre el cual recae la propiedad indígena consagrada. Pero amén de lo anterior, en muchas ocasiones será inevitable disponer las condiciones del traspaso efectivo

³¹⁵ Al respecto, cabe recordar que se califica como programáticas a las reglas previstas en la Constitución que resultan “no autoaplicativas o no autooperativas, ya que requieren el dictado de leyes o reglas ordinarias complementarias o reglamentarias para entrar en funcionamiento (por eso Goldschmidt las llama imperfectas o incompletas)” (cfr. SAGÜES, Néstor Pedro; *Elementos de Derecho Constitucional*, Tomo I, Astrea, Buenos Aires, 2007, pág. 110). Por el contrario, se reputan operativas las normas “que por su naturaleza y formulación ofrecen aplicabilidad y funcionamiento inmediatos y directos, sin necesidad de ser reglamentadas por otra norma”, aun cuando sea claro que “la operatividad no impide esa reglamentación: solamente no la exige como imprescindible” (cfr. BIDART CAMPOS, Germán J.; *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I-A, nueva edición ampliada y actualizada a 1999-2000, Ediar, Buenos Aires, 2007, pág. 331).

³¹⁶ En este sentido, se ha destacado la necesidad de que la normativa establezca una nómina de los pueblos indígenas argentinos a quienes beneficia la disposición constitucional bajo análisis (ALTABE, R., BRAUNSTEIN, J., y GONZÁLEZ, J.A., “Derechos indígenas en la Argentina...”, cit., pág. 1206).

de las tierras en cuestión de manos de sus legítimos propietarios civiles a la órbita de los pueblos declarados sus dueños originarios.

Las circunstancias antedichas conducen forzosamente a pensar que la disposición constitucional examinada se presenta, en alguna medida, incompleta, en tanto no puede en modo alguno aplicarse de manera inmediata y directa. En tales condiciones, su carácter programático deviene, a mi juicio, indiscutible³¹⁷.

No obstante estas reflexiones, a las que se suma la explícita directiva del legislador que impedía a los constituyentes de 1994 alterar los derechos consagrados en la Primera Parte de la Constitución, la generalidad de los autores asignan a la cláusula en cuestión carácter operativo³¹⁸. A su juicio, la tarea a cargo del legislador estaría reducida a dictar las leyes dirigidas a reglamentar los alcances de los derechos conferidos a los indígenas, sin que ello signifique supeditar su goce a la previa actuación del Congreso.

³¹⁷ Son de la misma opinión EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado de derecho constitucional*, Tomo IV, Depalma, Buenos Aires, 1997, pág. 531; y SCOTTI, Edgardo O., “Los pueblos indígenas originarios en la reforma constitucional. Operatividad, facultades concurrentes, reconocimiento de la personería y régimen de la propiedad comunitaria”, en *ED Constitucional*, tomo 2008-495.

³¹⁸ Cfr. ABREUT DE BEGHER, Liliana, “La propiedad comunitaria indígena”, en *Lecciones y Ensayos*, núm. 90, 2012, págs. 67 y 85; QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, cuarta edición, Zavalía, Buenos Aires, 2007,, pág. 353; ALTERINI, J.A.H., CORNA, P.M., y VÁZQUEZ, G.A., *Propiedad indígena*, cit., págs. 167-168; CORNA, P. M., y FOSSACECA, C. A., “La propiedad indígena comunitaria...”, cit., pág. 792; LUQUE, Carlos D., “Algunas líneas sobre el derecho indígena y la reforma constitucional de 1994 (art. 75, inc. 17, CN)”, en *El Derecho Constitucional*, 2012, pág. 436; CASACCIA, S., y TOLOSA, M.G., “El derecho a la propiedad comunitaria indígena...”, cit.; y ALTABE, R., BRAUNSTEIN, J., y GONZÁLEZ, J.A., “Derechos indígenas en la Argentina...”, cit., pág. 1194.

Por su parte, Germán BIDART CAMPOS mantiene una postura más moderada, al reconocer que la cláusula tiene un núcleo normativo operativo, pero que en lo concerniente a la posesión y propiedad comunitarias de tierras posee un contenido esencial mínimo que, en lo necesario, implica que para su efectividad no obstan las normas sobre el derecho de propiedad que resulten opuestas u omisivas, en tanto deja un margen de competencia para cuantas precisiones reglamentarias hagan falta (ver su *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Tomo II-B, Ediar, Buenos Aires, 2005, pág. 70).

Ahora bien, el problema que esta tesis engendra –como de algún modo ya se ha anticipado en el apartado precedente- resulta de la superposición que, en no pocas ocasiones, resulta entre el derecho indígena y aquél que ostentan quienes hubieren adquirido las mismas tierras bajo cualquier título antes de la reforma de 1994. El comprador, el heredero o el usucapiente de las tierras en cuestión, que las hubieren incorporado legítimamente a su patrimonio en los términos y bajo las formas previstas en el Código Civil argentino, mal podían intuir que en 1994 una Asamblea Constituyente fuera a proclamar que tales dominios pertenecían, con carácter originario e inalienable, a un propietario distinto al que les vendió o transmitió tales predios.

Lo cierto, sin embargo, es que ambos derechos, el ancestralmente reconocido a los pueblos originarios y el civilmente atribuido al titular de la propiedad privada, se encuentran alcanzados por la protección que, respectivamente, les otorga el texto constitucional, ante lo cual surge inevitable la preguntar acerca de cuál de ellos ha de prevalecer.

Si nos atenemos a la clásica regla hermenéutica conforme a la cual una ley especial y posterior prevalece sobre otra general y anterior, habrá que admitir que la propiedad indígena (una modalidad especial de propiedad incorporada al sistema en 1994) habría venido a desplazar cualquier otro derecho de propiedad sustentado sobre la normativa (constitucional o legal) preexiste. Con todo, no cabe imaginar que pueda haber mediado la derogación (siquiera para esos casos singulares) de la garantía de propiedad, sino que lo que se trata es de la necesidad de armonizar ambas cláusulas constitucionales (léase, el artículo 17 y el artículo 75 inciso 17), aun cuando para ello se deba dar prevalencia aun sobre la otra por motivos axiológicos o formales³¹⁹.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, enfrentada al mismo dilema de la colisión entre el derecho de propiedad indígena y el derecho de propiedad privada, ha optado por dar prioridad al primero sobre la base de argumentos distintos a los expuestos, ya que entendió que cuando ambas propiedades entran en conflicto, la segunda debe ceder ante la

³¹⁹LAPLACETTE, Carlos José; *Tutela judicial de la supremacía constitucional (Anatomía del control constitucional difuso)*, editorial B de F, Montevideo, 2016, págs. 15-18 y 38.

primera, puesto que la propiedad indígena está relacionada con el derecho colectivo a la supervivencia y al pleno desarrollo del pueblo aborigen afectado³²⁰.

4. Responsabilidad del Estado por los daños provocados por el ejercicio del poder constituyente

Sentada, así, la pervivencia de la garantía de la propiedad amparada por la Constitución, se impone la pregunta relativa a establecer en qué se traduce dicha garantía ante al reconocimiento de la propiedad originaria indígena sobre tierras que pudieren pertenecer, simultáneamente, a un sujeto que las hubiere adquirido, antes de 1994, con arreglo a la legislación civil. La imposibilidad material de mantener en vigor ambas prerrogativas reales, esto es, la del dueño individual y la de la comunidad indígena, es evidente, por lo que no se advierte otro camino que el de reemplazar el derecho real del primero sobre la cosa por un derecho a recibir una compensación acorde a su valor objetivo.

En otras palabras, la cuestión habrá de resolverse, necesariamente, a través del remedio ideado por el propio constituyente para tales casos, lo cual implica que la efectiva entrega de las tierras a los indígenas deberá ir precedida de su expropiación por parte del Estado y, por ende, previo pago de la correspondiente indemnización a su titular dominial bajo el Derecho civil³²¹.

Es, pues, innegable que la desposesión de que será objeto este último reconoce como única causa la labor desarrollada por la Asamblea Constituyente, en atención a lo cual queda claro que el responsable de tal desapoderamiento no puede ser otro que el Estado autor de la reforma.

No deja de llamar la atención, sin embargo, que tal convencimiento sobre el indiscutible

³²⁰ Ver la sentencia de la CIDH del 17 de junio de 2005, en la causa “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, párrafos 143 a 149.

³²¹ BADENI, Gregorio; *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo III, 3ª. edición actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2010, pág. 467.

deber del Estado de hacer frente a las consecuencias lesivas para terceros de la actividad desplegada por el constituyente, no fuera advertida por la doctrina que en el pasado se ha ocupado de estudiar el tema.

En efecto, hace ya casi medio siglo Graciela REIRIZ se mostró reticente frente a la pretensión de asignar responsabilidad al Estado por el ejercicio de su labor constituyente. Su análisis partía de considerar que en países como el nuestro, donde impera una Constitución rígida, el Estado no está en condiciones de reformarla a través de la actividad del órgano legislativo, sino que se requiere de una convocatoria especial al mismo pueblo, único verdadero soberano, para que concrete la tarea reformadora a través de una asamblea constituyente que lo represente. Entendía REIRIZ que “la decisión queda, entonces, en manos del pueblo, que expresa su voluntad a través de un órgano (la Convención Constituyente), que no es órgano del Estado por cuanto se encuentra por encima de él y es su fuente de creación”. Concluía, así, la autora postulando que “el ejercicio del Poder Constituyente no puede responsabilizar al Estado, porque no es el Estado quien lo ejerce”, sino el pueblo; y “por tanto, si una reforma constitucional suprimiera derechos que el instrumento reformado había concedido, no creemos que el derecho positivo encuentre fundamento jurídico para responsabilizar al Estado y para acordar acción contra él al particular damnificado”³²².

Semejante tesis denota, a mi parecer, un claro influjo de la convicción sobre la irresponsabilidad del Estado legislador por su actuación legítima prevalenciente en tiempos pretéritos, derivada de la idea de que el cuerpo legislativo actúa como representante del soberano, esto es, del pueblo³²³. Superado hoy ese punto de vista, no parece posible seguir

³²²REIRIZ, María Graciela; *Responsabilidad del Estado*, Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1969, págs. 138-140.

³²³En este sentido, la doctrina especializada nos recuerda que “la que podría darse en llamar versión clásica del Poder Constituyente exhibió a éste como un poder sin fronteras, capaz de producir normas fundamentales sin la traba que podría importar el mandato previo de una norma positiva. Esa composición respondió a la necesidad histórica de rendir culto a la naciente voluntad popular que advino con el constitucionalismo” (cfr. MIDÓN, Mario A.R.; “Los límites del poder constituyente (A propósito del caso ‘Fayt’)”, en LL 2000-C, pág. 541).

postulando análoga irresponsabilidad por la actuación de la Asamblea Constituyente, órgano que también representa al pueblo, aun cuando ella se sitúe en una instancia previa a aquella que ocupan los Poderes constituidos, entre ellos el legislativo. En un Estado de Derecho, semejante postulado no puede tener cabida, pues resulta absolutamente descalificable desde el punto de vista axiológico³²⁴.

Por lo demás, si se admitiese la posibilidad de aniquilar los derechos constitucionales preexistentes a partir de la mera modificación del texto constitucional que les daba amparo y sin indemnización alguna a los perjudicados, se sumiría a los titulares de los derechos individuales en la más absoluta precariedad, al quedar librados en todo momento a lo que pudiera decidir el constituyente en el futuro.

Afortunadamente, los autores nacionales que se han pronunciado sobre el tema con posterioridad asumen una posición contraria a la propuesta por la autora comentada.

MARIENHOFF, por ejemplo, afirma sin remilgos que “en un país constitucionalmente organizado, la ulterior reforma de la Constitución no puede despojar –es decir, privar sin indemnización- a [una] parte de los habitantes de derechos esenciales que la Constitución originaria les atribuyó”. Y agrega: “es de suponer que toda ‘reforma’ constitucional tiene por objeto satisfacer requerimientos de interés general o de interés público, de donde se deriva la obvia necesidad de resarcir los daños que los administrados reciban en semejantes condiciones. Estos criterios básicos no pueden ser desconocidos sin agraviar elementales principios de ética-jurídica”³²⁵. Esta postura pone de relieve que los reparos que nos suscita el

Si se desea ampliar sobre los fundamentos de la tesis de la irresponsabilidad del Estado legislador, ver BIANCHI, Alberto B., *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa (Estudio sobre los efectos jurídico-patrimoniales de los actos normativos lícitos)*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1999, págs. 38-39; y FIORINI, Bartolomé A., *Derecho administrativo*, Tomo II, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1976, pág. 740.

³²⁴Para un sector de la doctrina, distinto sería el caso del ejercicio del poder constituyente originario o fundacional, ya que allí no existiría un marco jurídico preexistente que reconozca derechos que deban ser respetados (VANOSSI, Jorge Reinaldo; *Teoría constitucional*, Tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1975, pág. 306).

³²⁵MARIENHOFF, Miguel S.; *Tratado de derecho administrativo*, Tomo IV, sexta edición actualizada, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 782.

razonamiento de REIRIZ resultan aún más pertinentes, si cabe, tratándose del ejercicio del poder constituyente derivado, toda vez que en tales casos ya existe un marco constitucional que ha consagrado una serie de derechos, que no pueden ser desconocidos siquiera con ocasión de la modificación del texto de la propia Constitución.

En términos similares, BIANCHI manifiesta su disenso frente al expuesto por REIRIZ en cuanto a que la Convención Constituyente no sea un órgano del Estado, y hace notar que “también el Congreso –al igual que la convención constituyente- está integrado por los representantes del pueblo, y sin embargo la responsabilidad por los cambios en el derecho objetivo se imputa al Estado. De no ser así, habría que responsabilizar personalmente a los legisladores”³²⁶.

Finalmente, también VANOSSI admite que la reforma constitucional puede engendrar responsabilidad del Estado, pero sujeto a la existencia de una cláusula constitucional que prevea de modo expreso el consiguiente deber de resarcir a cargo del sujeto estatal³²⁷.

La cuestión que subyace, en última instancia, en el dilema planteado, reside en dilucidar si el poder constituyente configura una prerrogativa limitada o ilimitada. Sólo si se admite que la labor constitucional está sujeta ciertos límites jurídicos será posible concebir que su ejercicio puede engendrar algún tipo de responsabilidad a cargo del Estado. De lo contrario, si se lo percibe como un poder sin fronteras, no habrá margen para formular reclamo alguno por las consecuencias lesivas que ocasione³²⁸.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, está fuera de discusión que el reformador de 1994 estaba constreñido no sólo por las premisas fijadas por la ley que convocó a la Asamblea Constituyente, sino fundamentalmente por los recaudos estipulados en el marco

³²⁶BIANCHI, A.B.; *Responsabilidad del Estado por su actividad legislativa...*, cit., págs. 177-178.

³²⁷VANOSSI, Jorge Reinaldo; *Teoría constitucional*, Tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1975, págs. 304-308.

³²⁸GOANE, René M.; “La responsabilidad del Estado por el poder constituyente”, en AA.VV., *Cuestiones de Responsabilidad del Estado y del Funcionario Público (Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho)*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2008, págs. 771-772.

fundamental primigenio³²⁹, tanto en el plano sustantivo (*v. gr.*, la existencia de cláusulas pétreas) como procedimental³³⁰. El artículo 30 de la Constitución Nacional da acabada cuenta de ello³³¹.

Es innegable, entonces, que la potestad constituyente derivada configura una competencia sometida a límites impuestos por la propia Constitución³³², tal como ha tenido ocasión de declararlo la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación³³³.

5. ¿Estamos ante un caso de responsabilidad del Estado por actividad normativa lícita?

Lo expuesto hasta aquí permite afirmar que la tarea del reformador plasmada en la cláusula que motiva este trabajo es susceptible de generar el deber del Estado de resarcir los daños que pueda haber ocasionado. Ahora bien, ¿cómo correspondería calificar tal supuesto de responsabilidad? ¿Es posible encuadrarlo como un caso de responsabilidad del Estado por acto normativo lícito³³⁴?

La licitud del acto reformador parecería, a primera vista, incuestionable. El proceso que dio

³²⁹MIDÓN, M.A.R.; “Los límites del poder constituyente...”, cit., págs. 541-542; y GOANE, R.M., “La responsabilidad del Estado por el poder constituyente”, cit., pág. 774.

³³⁰BIDART CAMPOS, G.J.; *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I-A, cit., págs. 483-486.

³³¹Conforme a la cláusula referida “la Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes”, no obstante lo cual “la necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto”.

³³²LINARES QUINTANA, Segundo V., “¿Puede una reforma de la constitución ser inconstitucional?”, en *LL*, tomo 34, pág. 1153; y CUETO RÚA, Julio, “¿Es posible declarar inconstitucional una reforma constitucional? (A propósito de un trabajo de Segundo V. Linares Quintana)”, en *LL*, tomo 36, pág. 1102.

³³³Cfr. *Fallos* 316:2643; y 322: 1616.

³³⁴Concuerdan con la idea de que se verifica en el caso un supuesto de responsabilidad del Estado por su obrar lícito que debe ser indemnizado, ALTERINI, J.A.H., CORNA, P.M., y VÁZQUEZ, G.A.; en su libro *Propiedad indígena*, cit., pág. 163.

lugar a la enmienda se ajustó a lo previsto en el artículo 30 de la Carta Magna en lo que hace a la convocatoria de la Convención Constituyente por mayoría legislativa calificada, y la labor del cuerpo se atuvo a los temas y límites fijados en la ley especial sancionada al efecto³³⁵.

Tampoco se presentan dudas acerca del carácter normativo de la cláusula que incorporó el derecho de propiedad indígena al plexo constitucional. El hecho de que se trate de una norma situada en el rango más alto de la pirámide jurídica no altera esta conclusión³³⁶.

Frente a un obrar de tal naturaleza, surgirá el deber del Estado de resarcir los daños que genere en tanto concurren los presupuestos contemplados al efecto en el régimen legal aplicable³³⁷, a saber:

- a) Que tal actuación haya producido un daño cierto y actual³³⁸. En tanto se suscriba a la tesis -mayoritaria- que asigna a la cláusula examinada naturaleza operativa, no habría margen de discusión en cuanto a que la propiedad comunitaria atribuida a los pueblos indígenas sobre las tierras que ocupan habría ocasionado, *per se* (es decir, de manera cierta y actual), un desmedro en el patrimonio de los titulares del dominio civil sobre esas mismas tierras.

³³⁵Esa última consideración, relativa al respeto de los límites impuestos por el legislador a la Asamblea Constituyente, se mantiene siempre y cuando la modificación constitucional aprobada no se interprete de una manera que pueda resultar en desmedro del derecho de propiedad garantizado por el artículo 17 de la Constitución, cuya vigencia no podía ser alterada por el reformador. Volveré sobre este punto hacia el final del trabajo.

³³⁶Resulta oportuno señalar que la redacción dada al artículo 4° de la ley 26.944, que sienta los presupuestos de admisibilidad de la responsabilidad estatal por actividad legítima, no contiene ninguna limitación en cuanto al origen y rango de dicha actuación.

³³⁷Para un análisis de los recaudos enunciados por el artículo 4° de la ley 26.944, que regula el tema, recomiendo la lectura de PERRINO, Pablo E.; *La responsabilidad del Estado y los funcionarios públicos (Código Civil y Comercial. Ley 26.944 comentada)*, La Ley, Buenos Aires, 2015, págs. 124-139.

³³⁸Artículo 4, inciso a), de la ley 26.944.

- b) Que la conducta causante del daño sea materialmente imputable a un órgano estatal³³⁹. En el estado de evolución actual de la doctrina, la resistencia inicial a considerar a la Asamblea Constituyente como un órgano del Estado se encuentran superadas, de modo que las consecuencias lesivas de la actividad reformadora desplegada por aquel cuerpo resultan cabalmente imputables a la persona estatal.
- c) Que se verifique una relación causal directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño³⁴⁰. Lo cierto, pues, es que no se advierte en el caso otro factor que haya concurrido a dar origen al daño fuera de la inserción al texto constitucional por la Asamblea Constituyente de la cláusula bajo examen.
- d) Que la lesión producida pueda calificarse como un sacrificio especial padecido por los afectados³⁴¹, en tanto no pese sobre ellos un deber jurídico de soportar el daño³⁴². En las circunstancias examinadas a lo largo de este trabajo, resulta claro que la enmienda es generadora de un sacrificio especial en perjuicio de aquellas personas que previo a la enmienda habían incorporado a su patrimonio el dominio de las tierras ulteriormente declaradas de propiedad indígena.

A juicio de VANOSI, en aquellos casos en que la responsabilidad estatal deriva del ejercicio del poder constituyente, sería preciso añadir un recaudo adicional a los antedichos, referido a la necesidad de que la obligación de resarcir a cargo del Estado se encuentre expresamente prevista en una norma de gradación jerárquica idéntica o superior a aquella de la cual provienen los daños generadores de responsabilidad. En un caso como el que nos ocupa, sólo la Constitución podría crear el deber del Estado de responder por los daños provocados por

³³⁹Artículo 4, inciso b), de la ley 26.944.

³⁴⁰Artículo 4, inciso c), de la ley 26.944.

³⁴¹Artículo 4, inciso e), de la ley 26.944.

³⁴²Artículo 4, inciso d), de la ley 26.944.

su dictado o reforma³⁴³.

Es justo reconocer que una disposición explícita como la indicada por VANOSI hubiera evitado toda discusión sobre la procedencia del deber estatal de resarcir. Pero aun en su ausencia, resulta válido remitirse a la regla general consagrada en el artículo 17 de la Constitución, que no sólo declara “inviolable” la propiedad, sino que además enfatiza que “ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella”, y sienta la exigencia de la previa indemnización para los casos de expropiación. Adicionalmente, la Convención Americana de Derechos Humanos, de igual rango constitucional, establece que “ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”³⁴⁴.

En definitiva, cualquier proceder estatal que se aparte de las exigencias establecidas en las dos disposiciones constitucionales señaladas comportará un caso de confiscación, que según reza el propio texto constitucional ha sido borrada para siempre del Código Penal argentino³⁴⁵.

6. La garantía de la propiedad y el instituto expropiatorio

Según se dejó sentado al comienzo de este trabajo, las prescripciones constitucionales que

³⁴³VANOSI, J.R.; *Teoría constitucional*, Tomo I, cit., págs. 307-308. El artículo 15 de la Constitución de 1853 bien puede ser invocado como un precedente que ilustra la exigencia apuntada por el autor citado. Dicha cláusula, tras declarar que “en la Nación Argentina no hay esclavos”, añade que “los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución”. La propia norma deja a salvo, a continuación, que “una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración”.

Se trata, pues, como con todo acierto ha sido indicado, de un supuesto en el que de forma expresa se contempló la responsabilidad del Estado por el ejercicio del poder constituyente, en ese caso de carácter originario (cfr. GOANE, R.M.; “La responsabilidad del Estado por el poder constituyente”, cit., pág. 764).

³⁴⁴Cfr. el artículo 21, inciso 2), de la Convención Americana de Derechos Humanos.

³⁴⁵Cfr. el artículo 17, *in fine*, de la Constitución Nacional.

amparan al derecho propiedadno pueden entenderse alteradas por la reforma de 1994, bajo pena de nulidad de cualquier cláusula incorporada por la enmiendaa la que se pretenda dar tal alcance derogatorio.

En consecuencia,toda privación de la propiedad que encontrare su origen en la consagración de la propiedad indígena a la que alude el artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional, deberá estar precedida de la consiguiente indemnización en beneficio del propietario que haya de serdespojado de las tierras pertinentes, ya que de otro modo no podrá evitarse la tacha de inconstitucionalidad resultante de la violación de los límites impuestos a la Convención reformadora.

Existe, como se sabe, una tendencia habitual a emparentar la figura expropiatoria con el deber del Estado de resarcir las consecuencias lesivas que pudieren emanar de su actividad lícita³⁴⁶. La expropiación constituye, indudablemente, la técnicaa la que ordinariamente acude el Estado para concretar cualquier medida que requiera delsacrificio del derecho de propiedad en aras a hacer posible la satisfacción de las necesidades del bien común. El recaudo al que queda sometida la validez de la primacía que en tales casos se otorga al interés público reside, por tanto, en la compensación del detrimento pecuniario padecido por el titular del bien a ser expropiado.

Ante la presencia de ese molde clásico que gobierna la dinámica de la actuación estatal lícita lesiva de derechos individuales,es fácil comprender que frente asituaciones análogas, en las que la propiedad privada se vea postergada a causa de actos (de alcance singular o general) adoptados por las autoridades públicas por razones de interés general, se siga la huella trazada por el instituto expropiatorio, presidida por la necesidad de asegurar la debida recomposición patrimonial al eventual damnificado.

No se nos debe escapar, sin embargo, que el procedimiento expropiatorio está rodeado de una serie de garantías específicas, como es el caso de la necesidad de que el legislador

³⁴⁶SÁENZ, Juan Ignacio; “Bases del régimen de responsabilidad del Estado en la Argentina: teorías, fundamentos y presupuestos de procedencia”, en AA.VV., *Responsabilidad Extracontractual del Estado. Ley 26.944*, dirigido por Pedro Aberastury, Abeledo-Perot, Buenos Aires, 2014, pág. 104.

sancione una ley que declare de utilidad pública la cosa sujeta a expropiación, así como la exigencia de que el pago de la indemnización en favor del expropiado se concrete con carácter previo. De esto último deriva la prohibición de que el *quantum* indemnizatorio fijado por el Tribunal de Tasaciones se satisfaga mediante la entrega de títulos de la deuda pública, ya que ello supondría el diferimiento en el tiempo de la cancelación de la obligación pecuniaria en cuestión³⁴⁷.

De allí que, por mucho que se pregone un supuesto efecto expansivo del instituto expropiatorio sobre el ámbito de la responsabilidad generada por la actividad lícita del Estado, lo cierto es que los recaudos constitucionales aludidos no amparan a quien resulta afectado por toda actuación estatal legítima, ya que están referidos únicamente a la expropiación *stricto sensu*. Esta circunstancia pone en evidencia que la equiparación entre esta figura y la dinámica de la responsabilidad estatal por obrar lícito no esplenamente acertada³⁴⁸.

En consecuencia, si el reconocimiento de la primacía de la propiedad indígena sobre cualquier otro derecho de propiedad sobre las mismas tierras se pretendiese resolver a partir de la dinámica de la responsabilidad del Estado, la reforma no estaría respetando el estándar constitucional que sólo admite la privación de la propiedad en los términos y bajo los extremos estipulados en la misma Constitución para el procedimiento expropiatorio. En tales condiciones, la cláusula constitucional estudiada sería contraria al artículo 17 de la propia Ley Fundamental, lo cual la tornaría inconstitucional.

Lo dicho conduce a concluir que la disposición constitucional plasmada en el artículo 75, inciso 17, que encomienda al Congreso de la Nación la tarea de reconocer a los pueblos indígenas argentinos la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan, no puede considerarse operativa, so riesgo de contrariar la garantía de propiedad. En definitiva, existe una sola manera de sortear el reparo expuesto: admitir

³⁴⁷ Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la sentencia con fecha 5 de abril de 1995 en los autos "Servicio Nacional de Parques Nacionales c/ Franzini, Carlos y sus herederos o quien resulte propietario de Finca 'Las Pavas' s/ expropiación", publicada en *Fallos* 318:445, entre otras.

³⁴⁸ En el mismo sentido, ver PERRINO, P.E.; *La responsabilidad del Estado...*, cit., pág. 145.

que la cláusula motivo de examen requiere, indispensablemente, ser reglamentada por el legislador en orden a estipular que, cuando se verifique la presencia de un propietario anterior de las tierras asignadas en propiedad indígena, ellas deberán ser expropiadas con arreglo a lo previsto en el artículo 17 de la Constitución, para sólo entonces procederse a su entrega a los pueblos originarios a los cuales correspondan.