

**Voces:** INDIGENA ~ COMUNIDAD INDIGENA ~ DERECHO DE PROPIEDAD ~ ORDEN PUBLICO ~ NATURALEZA JURIDICA ~ CODIGO CIVIL ~ REFORMA DEL CODIGO CIVIL ~ BIEN JURIDICO PROTEGIDO ~ DERECHOS REALES ~ INEMBARGABILIDAD DE BIENES ~ REFORMA CONSTITUCIONAL

**Título:** La propiedad comunitaria indígena en la próxima reforma del Código Civil

**Autor:** Lezcano, Juan Manuel

**Publicado en:** Sup. Act. 01/12/2011, 01/12/2011, 2

**I Introducción. — II. La propiedad comunitaria indígena frente al "numerus clausus" y el orden público. — III. El reconocimiento de la ley 23.303. — IV. Naturaleza jurídica del derecho de las comunidades indígenas sobre sus tierras. — V. La futura reforma del Código Civil. — VI. Conclusiones**

## **I. Introducción**

Sin lugar a dudas el tema del presente trabajo es hoy uno de los aspectos con más vigencia avizorando una posible reforma del Código Civil, y considerando que posiblemente es "uno de los temas de mayor pujanza durante los últimos años en el ámbito de los derechos reales y que ha sido el referente a las llamadas nuevas formas de dominio"<sup>(1)</sup>.

Debemos advertir que este tipo propiedad comunitaria -la de los pueblos originarios- se organiza en el presupuesto de la existencia en un mismo enclave urbanístico o territorial de una serie de características comunes ya no sólo desde su finalidad como grupo, sino de una forma de cosmovisión cultural, en cuanto al uso de las tierras destinadas al aprovechamiento colectivo por los integrantes de la comunidad de los pueblos originarios.

Frente a estas circunstancias debemos analizar dichas características de esta forma de dominio que tiene una íntima relación con algunos aspectos de la legislación civil de los derechos reales, especialmente el de dominio que más adelante desarrollaremos.

## **II. La propiedad comunitaria indígena frente al "numerus clausus" y al orden público**

Las preguntas que sopesan al momento de analizar el numerus clausus respecto al tema tratado serían: a) ¿por qué la creación de un nuevo derecho real y no la utilización de uno ya existente, o la combinación de derechos reales y personales, como el dominio, las servidumbres y la figura asociativa? b) ¿Cómo adaptar la tutela al derecho de propiedad comunitario de la C.N. a una futura reforma del Código Civil?

Si bien dedicaremos algunas consideraciones acerca de las ventajas y desventajas para la regulación de esta nueva forma de dominio, haciendo especial hincapié en que la forma de propiedad comunitaria indígena se instituye como derecho un derecho real autónomo a partir de la reforma constitucional de 1994. Es importante remarcar que la vía legislativa sigue siendo la única válida para la creación de nuevos derechos reales en el actual Código, hallándose vedada a los particulares la posibilidad de crear estos derechos por acuerdo de voluntades, la norma constitucional ha legislado sobre dicha materia permitiendo así la tutela a un bien jurídico específico como los son las tierras de los pueblos originario.

En segundo lugar, la existencia del orden público en nuestro sistema jurídico en lo que respecta a derechos reales tiene un efecto prohibitivo a la voluntad de los particulares, ya que a estos últimos los priva de reglar ciertos aspectos de los mismos como su estructura, contenido, ejercicio, alcance, extinción u otros aspectos ya consagrados por nuestro Código Civil.

Es por lo dicho ut supra que quizás también la llamada "Propiedad Comunitaria indígena" ha sido acogida en el texto de la Constitución Nacional con la reforma del año 1994 en el inc. 17 del art. 75 efectuándolo de forma clara al: "Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos...".

El texto constitucional creemos acentúa la preexistencia de una organización respecto a las tierras de los pueblos originarios y otorga la propiedad de la misma, tutelando la forma comunitaria de su uso y goce a las comunidades aborígenes.

Dicha norma se integra con la ley 23.302 (Adla, XLV-D, 3647) sobre política indígena y apoyo a las comunidades aborígenes, que declara de interés nacional al acceso a la propiedad de la tierra y el fomento de su producción agropecuaria de los miembros de los pueblos originarios.

Disponiendo la adjudicación en propiedad a las comunidades indígenas existentes en el país, debidamente inscriptas, de tierras aptas y suficientes para la explotación agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal, según las modalidades de cada comunidad.

Consigna que, para la adjudicación establece una preferencia para las comunidades que carezcan de tierras o

las mismas sean insuficientes pudiendo las mismas realizarse también en propiedad individual, a favor de indígenas no integrados en comunidad, prefiriéndose a quienes formen parte de grupos familiares (art. 7).

### **III. La ley 23.302**

De lo dicho hasta aquí puede afirmarse que el Estado Argentino le reconoce a los pueblos originarios la integración participativa a la vida nacional dentro de un marco de respeto de sus identidades étnicas y culturales cuya preexistencia al Estado Nacional constituye un fundamento socio-histórico-político.

Según el art. 10 de la ley mencionada, las tierras adjudicadas deben destinarse a la explotación agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal, en cualquiera de sus especialidades, sin perjuicio de otras actividades simultáneas. En tanto los arts. 11 y 12 inc. b), consagran la inembargabilidad, inejecutabilidad e inenajenabilidad de las tierras que por dicha ley resulten adjudicadas. Estableciendo que en principio no podrían subdividirse o anexarse otras parcelas sin autorización de la autoridad de aplicación. Asimismo es importante advertir que el art. 12, inc. b, no es claro en su redacción, puesto que la interpretación de los actos que se pueden hacer con autorización de la autoridad de aplicación podría llegar a hacerse extensiva a los actos de transmisión, venta y arrendamiento.

Así también la norma impone además a los adjudicatarios de las tierras la obligación de ejercer por sí mismos la posesión, ya que deben radicarse en las que les resulten asignadas y trabajarlas personalmente, ya sea, los integrantes de la comunidad o el adjudicatario individual con la colaboración del grupo familiar (art. 12, inc. a). La ley no especifica cuál sería concretamente la sanción para el supuesto de que las tierras no fueran trabajadas por sus adjudicatarios en caso de no cumplirse la misma.

El Convenio Nro. 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la O.I.T. en su art. 14.1 distingue otra modalidad no contemplada en la ley 23.302, a saber, que son las tierras que la comunidad indígena no ocupa con exclusividad pero a las cuales tradicionalmente ha tenido acceso para el desarrollo de sus actividades. Ello en referencia a los pueblos nómades que sin utilizar tierras de manera exclusiva, lo hacen, por ej., cazando o rotando los lugares de cultivo.

Dicho convenio, que tiene jerarquía superior a las leyes nacionales, las contempla de un modo particular para preservar el derecho de los indígenas a seguir utilizándolas de la manera en que ancestralmente lo hacían. Esta manera de utilización de la tierra creemos que no difiere de los derechos reales de uso, usufructo o servidumbre, reconocidos y regulados por el Código Civil argentino.

### **IV. Naturaleza jurídica del derecho de las comunidades indígenas sobre sus tierras**

Una de las modificaciones más sorprendentes y discutidas de la reforma constitucional de 1994 ha sido la contemplada en el artículo 75, inciso 17 como antes mencionamos, ya que se trata sin lugar dudas lo que podríamos llamar una reivindicación histórica [\(2\)](#)

Creemos que el constituyente reconoce un nuevo derecho real, ya que se trata de un derecho real sobre cosa propia que se ejecuta en relación directa con la tierra sobre la que recae. La tierra, objeto del derecho, es la cosa en el sentido del artículo 2311 del C.C., con un indudable contenido comunitario.

Presenta semejanzas con el derecho real de dominio pero con peculiaridades propias, ya que es perpetua, al igual que lo regulado en el artículo 2510 del C.C., siendo la propiedad atribuida a la comunidad indígena la que no se extingue por el no uso, ni puede subordinarse a plazos como el dominio revocable.

Es un derecho otorgado a las comunidades indígenas que es inalienable, propio, que les pertenece y preexiste por ser descendientes de los primeros pobladores que habitaron la República Argentina.

Pero a diferencia del derecho real de dominio que es absoluto, conservando el titular la mayor cantidad de facultades (disposición, uso y goce), la propiedad indígena no es enajenable, ni se transmite, ni es susceptible de gravámenes ni embargos.

La propiedad comunitaria aborigen tiene, pues, vedada la facultad de disposición, la prohibición de enajenar implica que la comunidad indígena, titular de la propiedad, no puede transmitirla a nadie, ni a otras comunidades ni a un miembro en particular de uno de ellas, bajo ningún título de transmisión.

Si bien el precepto constitucional contraría el principio de la enajenabilidad de la propiedad individual y el cual tiene su expresión en el artículo 2612 del Código Civil, la tierra comunitaria es indivisible por tener un único sujeto titular de la tierra, la comunidad indígena; su partición es imposible porque tal hecho desnaturizaría el sentido perenne de la propiedad. Es por ello que se descarta que la propiedad indígena sea un condominio común, por tener vedada la división.

Se aleja, pues, en este aspecto, de las peculiaridades propias de los derechos reales, cuyas cosas además de ser ciertas, determinadas, actualmente existentes, deben encontrarse en el tráfico jurídico.

El hecho que la Constitución Nacional haya establecido estas prohibiciones, tiene un aspecto positivo, que es impedir que los grupos económicos se abusen del estado de indefensión de las comunidades indígenas. Se preserva así el hábitat natural de los grupos aborígenes evitando la ejecución de las garantías y por ende el desarraigo.

## V. La futura reforma del Código Civil

Sin lugar a dudas la próxima sanción del nuevo plexo del derecho privado argentino hace necesario algunas presiones, ya que el tema no es sólo de la órbita del derecho privado, sino también del derecho constitucional.

Es por ello que si bien creemos reconocido el derecho de propiedad comunitario de los pueblos originarios en la Constitucional Nacional, sería necesario incluirlo como un derecho real autónomo con su propio articulado dentro del futuro código legislado in totum. Esto sería primero estructurando en la plataforma de los derechos reales un capítulo específico de las llamadas propiedades especiales (Propiedad comunitaria indígena, clubes de campo, etc.), donde se realice la configuración del derecho real o la modificación de su estructura.

Así también sería tangible legislar sobre su convalidación, persecución y preferencia de la dicha propiedad y demás requisitos de oponibilidad, como así también un régimen registral inmobiliario específico.

## VI. Conclusiones

Nuestras conclusiones nos llevan a sostener:

a) la existencia de un derecho real autónomo conceptualizado como una propiedad comunitaria de los pueblos originarios, puesto que no se concibe un ejercicio individual del derecho, sino colectivo, en función del conjunto. Es que la comunidad como unidad social desde la que se articula la vida y la cultura asume como resultado "...la relación del indígena con la tierra y tiene un punto de partida espiritual, pues ella corporiza sus tradiciones y valores ancestrales en los que se esfuma el distingo entre lo propio y lo ajeno; pues esa matización es incompatible con la utilización comunitaria de los dones brindados por la madre tierra. No olvidan que allí nacieron ellos, allí reposan sus antepasados, que allí nacieron sus hijos. Más que sentir que son poseedores de la tierra su concepción encierra la idea de que la tierra los posee a ellos"<sup>(3)</sup>, "... la propiedad comunitaria une a sus miembros no tan sólo para asegurar sus satisfacciones materiales, sino, sobre todo, para realizar el bien común, como medio de desenvolver sus personalidades, integrándolos en la escala humana y en la libertad"<sup>(4)</sup>.

b) en la propiedad comunitaria indígena conjugan una pluralidad de individuos que actúan como un haz de voluntades, constituyendo un autónomo grupo social, una actividad laboral inteligentemente organizada, dirigida a la consecución del bien de la comunidad.

c) la propiedad indígena respeta el principio del numerus clausus, al haber sido creada por un precepto constitucional, y en tal sentido es de orden público (art. 21 del Código Civil). Así como todo derecho real y por el principio de número cerrado consagrado en el art. 2502 CC.

d) el fundamento de la garantía constitucional es la reparación histórica a los pueblos indígenas, por los daños espirituales y materiales sufridos durante la conquista y colonización <sup>(5)</sup>.

e) la próxima sanción del nuevo Código Civil argentino hace necesario estructurar en la plataforma de los derechos reales un capítulo específico de las llamadas propiedades especiales (Propiedad comunitaria Indígena, clubes de campo, etc.), donde se realice la configuración del derecho real o la modificación de su estructura.

## Bibliografía

Alterini, Jorge H.; Corna, Pablo M. y Vázquez, Gabriela A.; "Propiedad Indígena", Ed. De la Universidad Católica Argentina, Bs. As. 2005,

Areán, Beatriz. "Curso de Derechos Reales". Editorial Hammurabi S.R.L, 6ª Edición, Buenos Aires 2003.

Reina Tartiére, G. "Las Denominadas Nuevas Formas de Dominio". El Derecho.

Highton, Elena, "El camino hacia el nuevo derecho de los pueblos indígenas a la propiedad comunitaria en la constitución de 1994", en Revista de Derecho Privado y Comunitario Nro. 7, Derecho Privado en la Reforma Constitucional, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1994

Pérez Luño, Antonio, "Ciudadanía y definiciones", en Doxa 25 (2002).

Rivas, Pedro, "Las ironías de la sociedad liberal", México, UNAM, 2004.

Sámano Rentería, Miguel Ángel, "Identidad étnica y la relación de los pueblos indígenas con el Estado mexicano", Ra Ximhai: revista científica de sociedad, cultura y desarrollo sostenible 1, No. 2 (mayo-agosto 2005).

Segovia, Gonzalo y Segovia, Juan Fernando, "La protección de los indígenas" en A.A.V.V., "Derecho constitucional de la reforma de 1994", t. I, p. 317-343, Buenos Aires, Depalma - Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, 1995.

(1) REINA TARTIÉRE, G. Las Denominadas Nuevas Formas de Dominio. El Derecho.2004. Bs.Bs

(2) ALTERINI, Jorge H.; CORNA, Pablo M. y VÁZQUEZ, Gabriela A.; Propiedad Indígena, Ed. De la Universidad Católica Argentina, Bs.As. 2005, pag. 85.

(3) ALTERINI, Jorge H.; CORNA, Pablo M. y VÁZQUEZ, Gabriela A.; Ob.Cit, pag. 155.

(4) HIGHTON, Elena, "El camino hacia el nuevo derecho de los pueblos indígenas a la propiedad

comunitaria en la constitución de 1991", en Revista de Derecho Privado y Comunitario Nro. 7, Derecho Privado en la Reforma Constitucional, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 307

(5) ALTERINI, Jorge; CORNA, Pablo; VÁZQUEZ, Gabriela, ob. cit, p.172.