

LA PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA*

LILIANA ABREUT DE BEGHER**

Resumen: El reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas y su tratamiento en la legislación argentina ha sufrido, a principios del siglo XX, un cambio rotundo. El presente trabajo se propondrá analizar dicho cambio, retomando la normativa del siglo XIX y comparándola con la actual.

Al tocarse el tema desde una visión histórica, la autora realiza un recorrido por las distintas etapas de la historia argentina, cuyos cambios en mentalidad se encuentran plasmados en el derecho constitucional. Se analizarán, entonces, las Constituciones del siglo XIX, destacándose su modelo jurídico monocultural, para llegar, luego, a la Constitución de 1994, que implicará un cambio en dicho modelo, un pasaje a uno pluricultural.

Por otro lado, se discutirá si el derecho de la propiedad indígena, puede ser colocado dentro de la órbita del derecho privado, y se analizarán las características propias y distintivas de este nuevo derecho real.

Palabras clave: propiedad indígena – pluralidad cultural – derecho comunitario.

Abstract: The recognition of aboriginal rights and its legal treatment in Argentina went through a big change in the early 20th century. This article explains this change and compares the regulation in the 19th century with its regulation nowadays.

From a historical perspective, the author analyzes the different periods of Argentinian history, its changes in mentality and their effects in constitutional law. Describing the written constitutions of the 19th century, emphasis is given to the monocultural model, which changed with the Constitution of 1994 into a multicultural model.

* Abogada (UBA) y Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales (UMSA). Profesora Adjunta de Elementos de Derechos Reales (Facultad de Derecho - UBA). Juez de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Docente-investigadora y autora de numerosas publicaciones en el área de su especialidad.

** Este artículo fue escrito hace más de dos años, en 2010. La Comisión Redactora del Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial, integrado por los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci, ha presentado su obra en abril de 2012. Entre las modificaciones más importantes que podemos mencionar, se encuentra el reconocimiento de la comunidad indígena como un sujeto de derecho privado y la regulación como un nuevo derecho real a la propiedad comunitaria indígena, bajo los parámetros jurídicos que veníamos proponiendo, y que se desarrollan en el presente trabajo. Tal circunstancia hace que resulte innecesario actualizar el presente, debido a que mantiene absoluta vigencia. Solamente he procedido a incorporar la redacción del articulado propuesto para ilustrar al lector sobre este instituto legal.

Furthermore, it is questioned if the treatment of the aboriginal property corresponds to private law, and the distinct characteristics of this new “*rights in rem*” will be analyzed.

Key words: aboriginal property – cultural pluralism – community rights.

I- EL AFIANZAMIENTO DEL RECONOCIMIENTO DE LA PROPIEDAD INDÍGENA.

Nos encuentra el bicentenario de nuestro primer gobierno patrio transitando un camino de verdadero respeto de la diversidad cultural y, con ella, sus costumbres y especial modo de relacionarse con sus tierras que tienen los pobladores ancestrales de nuestro país.

A partir de la reforma constitucional de 1994, el reconocimiento de la propiedad comunitaria indígena de los pobladores originarios de nuestro territorio se fue afianzando, en cierto modo, motorizado por las decisiones judiciales nacionales y provinciales que fueron marcando el rumbo correcto sobre el derecho a la posesión y propiedad de las comunidades indígenas de acuerdo a la manda contenida en el art. 75 inc. 17 de nuestra Constitución Nacional.¹

A ello coadyuvaron las sentencias de la CIDH y los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,² que establecieron las líneas de interpretación de los Tratados internacionales, en nuestro caso, con rango constitucional

1. Ver ABREUT DE BEGHER, Liliana, tesis doctoral “Propiedad indígena: ¿Un nuevo derecho real?”, aprobada en noviembre de 2007, UMSA, Buenos Aires, Argentina. Tutora de tesis, Dra. Highton de Nolasco, Elena. Copia inédita en la Biblioteca de esa Facultad, donde se desarrolla en la extensa tesis el derecho real de propiedad indígena, con sus antecedentes históricos, filosóficos y jurídicos, con estudio de doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como de tribunales supranacionales; además de la delineación completa de sus caracteres, modos de constitución y extinción, y sus restricciones a la disposición jurídica. Un compendio de próxima aparición está en HIGHTON-BUERES, *Código Civil Argentino. Análisis doctrinario y jurisprudencial*. Hammurabi, Buenos Aires, 2010, en comentario Ley 26.160, sobre “Comunidades indígenas”, con desarrollo del derecho real de propiedad indígena. Y también misma autora, *Propiedad indígena*, con la colaboración de AGUILAR, KOZAK, KINGSTON, QUIROGA Y ZIMMERMAN, La Ley-UBA, Buenos Aires, 2010.

2. Ver informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe anual de 1984 contra Nicaragua sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaragüense de origen Miskito; Caso 7964, Res 26/84; Informe Anual N° 1984/85 contra Brasil, Caso 7615, Res. 12/85 sobre los Yanomami; Informe N°90/91, Caso 11.713 “Comunidades Indígenas Enxet-Lamenxay y Kayleyphapopyet Riachito”, Paraguay, 29/09/1999; Informe N°11/03, Petición 0326/01 “Comunidad Indígena Xakmok Kásek del Pueblo Enxet, Paraguay; y los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c/ Nicaragua”. Sentencia de 31 de agosto de 2001, Corte I.D.H., Serie C (N° 79) (2001) y Caso “Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay” sentencia de 17 de junio de 2005 Corte I.D.H., Serie C N° 125 (2005) (*Fondo, Reparaciones y Costas*).

(conf. art. 75 inc. 22 CN; Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, Adla, XLIV-B, 1250), los cuales estamos obligados a respetarlos y cumplirlos.³

En líneas generales podemos sintetizar el pensamiento del Alto Tribunal Internacional, orientado puntualmente a fijar la obligación de los Estados Nacionales a ejecutar las prácticas legislativas y/o administrativas y/o judiciales para el cumplimiento de la delimitación, marcación y titulación de tierras ancestrales a favor de las comunidades aborígenes, tal como marca el Convenio internacional.

Muchos países americanos se encuentran inmersos en estas cuestiones,⁴ y algunos han desarrollado todo un sistema jurídico-procesal para encauzar y dar

3. Otros tratados internacionales con rango constitucional con normativa referida al tema: Declaración Universal de los Derechos del Hombre: art. 1; art. 7; art. 17. Adoptada por la Res.217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10/12/1948; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: arts. 26 y 27. Adoptada por la Res. 2200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y aprobada por la República Argentina según Ley 23.313, publicada en el B.O. el 13/5/1986, conjuntamente con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: art. 3; art. 5 inc. 2. Adoptada por la Res. 2200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 19/12/1966, y aprobadas por la República Argentina según Ley 23.313.

4. Ver a modo de ejemplo entre las distintas Constituciones Nacionales Americanas: **Colombia** reconoce la existencia política de “*territorios indígenas*” (art. 286 CN), y que los “*resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable*” (art. 329). Los territorios tienen representación ante el Congreso por medio de sus representantes, conformados según sus usos y costumbres de sus comunidades (art. 330). **Ecuador** reconoce como derecho colectivo a los pueblos indígenas el de la propiedad, y establece el derecho a conservarlas, y declara la imprescriptibilidad de las tierras comunitarias, que serán “*inalienables, inembargables e indivisibles*”, manteniendo la posesión ancestral de las mismas y se fija como meta la adjudicación gratuita para mantenerla (art. 84). **Guatemala** reconoce los diferentes grupos étnicos, entre los cuales figuran los grupos indígenas (art. 66), y establece la protección de sus tierras y cooperativas agrícolas indígenas: “*Las tierras de las cooperativas, comunidades indígenas o cualesquiera otras formas de tenencia comunal o colectivas de propiedad agraria, así como el patrimonio familiar y vivienda popular, gozarán de la protección especial del Estado*” (art. 67); proveyendo el Estado tierras estatales para las comunidades que las necesiten para su desarrollo (art. 68). **Méjico** define a las comunidades indígenas integrantes de un pueblo indígena “*aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentada en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres*”, dentro de un marco de autonomía que asegure la unidad nacional (art. 2, del Título Primero, Capítulo I) y de respeto a la integridad de las tierras de los grupos indígenas, como la personalidad jurídica de los núcleos de poblaciones ejidales y comunales (art. 27). **Nicaragua** reconoce la naturaleza multiétnica del pueblo de Nicaragua (art. 8); y las formas comunales de propiedad de las tierras de las Comunidades de la Costa Atlántica, como el goce, uso y disfrute de las aguas y bosques de sus tierras comunales (arts. 89 y 180). **Paraguay** reconoce a los pueblos indígenas, y las define como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo (art. 62), y recepta el derecho a la propiedad comunitaria de la tierra “*en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida. El estado les proveerá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni ser arrendadas; asimismo están exentas de tributo*” (art. 64). **Perú** fija

soluciones a los litigios que se presentan ante los reclamos de los pobladores originarios integrados en comunidades indígenas.

Por ello, a modo de colaboración, resulta de interés analizar desde una visión histórica la relación de hecho de los pobladores con sus tierras comunitarias, para comprender entonces la dimensión y alcance que tiene la propiedad indígena como relación de derecho, que se aleja de la propiedad individual, napoleónica, para tener un contenido diferente, al ser comunitaria, con perfiles propios.

II- UNA VISIÓN HISTÓRICA.

Desde la época de la colonización española hasta fines del siglo XVIII y comienzos del XIX, la relación del Estado con los aborígenes fue una relación que pasó por varias fases, desde una paternalista hasta la de choque frontal, apreciándose una relación asimétrica entre los indios y el “hombre civilizado” o europeo.⁵

Los pobladores originarios de nuestro país fueron muchas veces apartados de la “civilización”, o sea, sacados de sus territorios ancestrales, y otras, confinados a pequeñas porciones de tierra, ya sea en reducciones o misiones, o tan solo, fuera del “mundo occidental”; mientras que a su vez, los “asimilados” –en términos presentes transculturizados–, fueron casi exterminados en las guerras por la independencia.

en orden a las comunidades campesinas y las “nativas” el respeto a su identidad cultural, que tienen existencia legal y son personas jurídicas, autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, y agrega que “*La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo el caso de abandono previsto en el art. anterior...*” (art. 89).

5. HALE, Charles señaló que “(...) Después de la conquista militar del “desierto” (es decir, la frontera india) en 1879, los indios argentinos quedaron regionalmente aislados en el sur y en el noroeste, y los intelectuales y dirigentes de la era positivista apenas le prestaron atención (...)”, en *Ideas políticas y sociales en América Latina, 1870-1930*, cit. por MASES, Enrique, Hugo, en *Estado y cuestión indígena* Buenos Aires, Prometeo Libros, 2002, p. 11, nota 1. OLIVEROS, Marta Norma, “La construcción jurídica del régimen tutelar del indio”, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, 18, Buenos Aires, 1967, quien dijo que la Corona de Castilla había definido al indio como un ser libre pero incapaz relativo de hecho, y lo había encuadrado en la categoría jurídica de los “miserables”. Ese régimen fue derogado a principios de la época patria y reemplazado por el del derecho común de la población. Así se dejó un régimen especial, y se lo sometió al mismo tratamiento jurídico que el resto de la población libre, o “blanca” o de “raíces europeas”. El sistema basado en la desigualdad jurídica del indio, se lo reemplazó entonces por otro que no atendía las diferencias culturales que separaban a ambas poblaciones. Ver obra clásica de DE LAS CASAS, Bartolomé, “Brevisima Relación de la Destrucción de las Indias” en *10 Obras Completas*, Ramón Hernández y Lorenzo Galmes Ed., 1992. También estudiosos modernos TRAVIESO, Juan A., “Los derechos humanos de los pueblos indígenas; Condición jurídica de los indios”, en *Revista Jurídica Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1996-III-1031.

En un análisis retrospectivo, observamos que distintos documentos de principios del siglo XIX proclamaron la igualdad del indio con el blanco;⁷ sin embargo, ello no acontecía en la vida real. Inclusive durante el periodo de la organización nacional se hacía una distinción especial entre los indios sometidos, amparados en el precepto constitucional que declara la igualdad de derechos de todos los hombres, y los rebeldes, que no estaban sujetos a las leyes de la Nación.⁸

Las Constituciones argentinas reflejaron también el pensamiento jurídico y el sentir de su época.

7. El Decreto de la Junta Provisional del 1 de setiembre de 1811 estableció la extinción del tributo que los indios pagaban antes a la Corona de España, y luego a la Provincias Unidas, disponiéndose la impresión de ejemplares suficientes en idioma castellano y quechua. Justificaba entre sus argumentos que *“Nada se ha mirado con más horror desde los primeros momentos de la instalación del actual gobierno como el estado miserable y abatido de la desgraciada raza de los indios. Estos nuestros hermanos, que son ciertamente los hijos primogénitos de la América, eran los que más excluidos se lloraban de todos lo bienes, y ventajas que tan liberalmente había franqueado a su suelo patrio la misma naturaleza; y hechos víctimas desgraciadas de la ambición, no solo han estado sepultados en la esclavitud más ignominiosa, sino que desde ella misma debían saciar con su sudor la codicia, y el lujo de sus opresores. Tan humillante suerte no podía dexar de interesar la sensibilidad de un gobierno, empeñado en cimentar la verdadera felicidad general de la patria... Penetrados de estos principios los individuos todos del gobierno, y deseosos de adoptar las medias capaces de reintegrarlos en sus primitivos derechos, les declararon desde luego la igualdad que le correspondía con los demás clases del estado; se incorporaron sus cuerpos a los de los españoles americanos, que se hallaban levantados en esta capital para sostenerlos; se mandó que se le hiciese lo mismo en todas las provincias reunidas al sistema, y que se les considerase tan capaces de optar todos los grados, ocupaciones, y puestos, que han hecho el patrimonio de los españoles, como cualquiera otro de sus habitantes; y que se promoviese por todos los caminos su ilustración, su comercio, su libertad; para destruir y aniquilar en la mayor parte de ellos las tristes ideas... Faltaba sin embargo el último golpe a la pesada cadena que arrastraban en la extinción del tributo. Él se pagaba a la Corona de España, como un signo de la conquista, y debiendo olvidarse día tan aciago...la Junta ha resuelto: Lo 1º Que desde hoy en adelante para siempre queda extinguido el tributo, que pagaban los indios a la Corona de España, en todo el distrito de las provincias unidas al actual gobierno del Río de la Plata, y que en adelante se le reuniesen, y confederasen baxo los sagrados principios de la inauguración”*. La Asamblea General Constituyente del año XIII lo ratificó el 12 de marzo de 1813, y declaró a semejanza del decreto de las Cortes de Cádiz del 9 de noviembre de 1812, que *“derogada la mita, las encomiendas, el yanaconazgo y el servicio personal de los indios bajo todo respecto y sin exceptuar aun el que prestan a las iglesias y sus párrocos o ministro, siendo la voluntad de esta soberana corporación el que del mismo modo se les haya y tenga a los mencionados indios de todas las Provincias Unidas por hombres perfectamente libres, y en igualdad de derechos a todos los demás ciudadanos que las pueblan”*.

8. Un ejemplo del caso durante los primeros años del Gobierno Patrio, lo vemos en el reglamento dictado por Manuel Belgrano para el gobierno de los pueblos de Misiones donde declaraba a los indios libres e iguales, los habilitaba para todos los empleos, y los liberaba del tributo y de todo impuesto por diez años. Conf. RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, t. I, Buenos Aires, 1937, p. 24; LEVENE, Ricardo, *Historia del Derecho Argentino*, IV, Buenos Aires, IV, Buenos Aires, 1948, pp. 96-7.

En la Constitución de 1819 se estableció que “*siendo los indios iguales en dignidad y en derechos a los demás ciudadanos, gozarán de las mismas preeminencias y seran regidos por las mismas leyes. Queda extinguida toda tasa o servicio personal bajo cualquier pretexto o denominación que sea. El cuerpo legislativo promoverá eficazmente el bien de los naturales por medio de leyes que mejoren su condición hasta ponerlos al nivel de las demás clases del estado*” (art. 128).⁹ No obstante, a pesar de considerársele capaz al indígena, lo cierto es que era discriminado por su cultura distinta a la de raíces europeas.

La Constitución de 1826 fue más allá que su predecesora, al disponer que los derechos de la ciudadanía quedaban suspendidos “por no saber leer ni escribir”, lo cual en los hechos abarcaba a la mayoría de los indígenas, quienes no podían cumplir con ese mandato constitucional por no entender, ni escribir, en la lengua castellana.

El reconocimiento de la igualdad del indio a nivel constitucional era más declarativo que efectivo, pues se lo consideraba un ser incapaz, que debía colocarse bajo el amparo de un protector.¹⁰

Finalmente, la Constitución Nacional de 1853 contenía en el artículo 67, inciso 15, una disposición muy cuestionable si la analizamos desde nuestra visión actual: “*Proveer a la seguridad de las fronteras; conservar el trato pacífico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo*”. Dominaba en ella una clara norma discriminatoria. En ese entonces, la geopolítica argentina giraba en torno de la seguridad de las fronteras, del sometimiento de los indios, ubicación de tropas, misiones, reducciones y colonias.¹¹ No había espacio para mayores

9. En realidad había un trasfondo político fundado en necesidades militares, pues se pretendía atraer a los indios a la causa revolucionaria, ver BIEDMA, José J., *Crónicas militares. Antecedentes históricos sobre la campaña contra los indios*, Buenos Aires, 1975, pp. 151-2.

10. BAYLE, Constantino, “El protector de los indios”, en *Anuario de Estudios Americanos*, II, 1945, pp. 1-180.

11. TRAVIESO, Juan A., *Los derechos humanos de los pueblos indígenas*, J.A., 1996-III-1031.

reconocimientos,¹² y en general las leyes dictadas durante ese periodo hacían una clara referencia a la asimilación del indígena.¹³

Recién a fines del Siglo XX, en razón de un profundo cambio filosófico jurídico, la atención recayó sobre ellos en tanto personas, con derechos humanos iguales al resto de los habitantes de nuestro país y, además, con el reconocimiento al derecho de propiedad comunitaria sobre sus territorios ancestrales de acuerdo a su condición de pueblos originarios del continente americano.

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) se ocupó del tema indígena, siendo reflejo de ello el Convenio N° 107 del año 1957.¹⁴ Posteriormente, dentro

12. ALBERDI, Juan B., *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, par. 45 a 60 y 138 a 144. Este autor había expresado que los indígenas eran salvajes preocupados por adorar al sol, a los árboles, a las bestias, y que quemaban hombres en sacrificio. MONTES DE OCA, Manuel A., *Lecciones de Derecho Constitucional*, I, Buenos Aires, 1917, pp. 329-30, dijo que no cabía dudar que los indios sometidos se encontraban amparados por el precepto constitucional que declara la igualdad de derechos. En cuanto a los rebeldes, su opinión era que no estaban sujetos a las leyes de la Nación, y por lo tanto, tampoco a ese precepto. El periódico *El Nacional*, en su ejemplar del 30 de noviembre de 1878, planteaba la necesidad de proceder a la disolución de las distintas comunidades indígenas, internando y distribuyendo a sus integrantes tal cual lo estaba haciendo el gobierno nacional. Señalaba “*ha sido desde tiempo inmemorial seguido por los colonizadores; y sus efectos son las poblaciones de nuestras ciudades y campos cuyos habitantes conservan aún el color trigueño de la raza de su origen. Por pequeña que sea una tribu, desde que está reunida, conserva y guarda sus tradiciones y su lengua. La escuela, los oficios, son imposibles en esa aglomeración de salvajes hostiles a la sociedad basada en el trabajo; la ración ha de continuar, como carga sobre el gobierno; ración improductiva de todo resultado*”. El matutino *La Prensa* del 3 de diciembre de 1878, sostenía que se combatía al indio no para exterminarlo sino para desalojarlo del territorio que ocupaba y desarmarle su brazo para aventar cualquier peligro. Pero una vez que el indígena caía prisionero, advertía, era necesario auxiliarlo porque carecía de los medios indispensables para poder manejarse por sí mismo en el seno de la vida civilizada.

13. Ley 215 (1867) de “Frontera contra los indios” trasladó la frontera interior sobre la ribera del río Neuquén. Se dispuso que a las tribus existentes en esa porción del territorio argentino se les concedería lo necesario para su existencia fija y pacífica, y se previó la entrega de terrenos conforme se fijaría por medio de tratados o “arreglos” con los indios.

14. **Convenio N°107 de la OIT relativo a la Protección e integración de las Poblaciones Indígenas y de otra Poblaciones Tribales y Semitribales en los Países independientes**, (1957), ratificado por Argentina el 18/1/1960 y denunciado el 3/7/2000, en virtud de la ratificación del Convenio N°169. Art. 3 “*Se deberán adoptar medidas especiales para la protección de las instituciones, las personas, los bienes y el trabajo de las poblaciones en cuestión mientras su situación social, económica y cultural les impida beneficiarse de la legislación general del país a que pertenezcan*”. Art. 4 “*Al aplicar las disposiciones del presente Convenio relativas a la integración de las poblaciones en cuestión se deberá: a- tomar debidamente en consideración los valores culturales y religiosos y las formas de control social propias de dichas poblaciones, así como la naturaleza de los problemas que se les plantean, tanto colectiva como individualmente, cuando se hallan expuestas a cambios de orden social y económico. b- tener presente el peligro que puede resultar del quebrantamiento de los valores y de las instituciones de dichas poblaciones, a menos que puedan ser reemplazados adecuadamente y con el consentimiento de los grupos interesados*”. Art. 7 “*1. Al definir los derechos y las obligaciones de las poblaciones en cuestión*

de esa organización convocada en Ginebra por el Consejo de la Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, en 1989, se revió el Convenio de la OIT N° 107 a través del Convenio N° 169, denominado “Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”, donde se adoptó el criterio de auto reconocimiento de la calidad de indígena y su pertenencia a los grupos étnicos (art. 2). Principalmente se tuvo en consideración el derecho a gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación; debiendo los Estados al aplicar la legislación nacional respetar a esos pueblos originarios, en esencia, sus costumbres o su derecho consuetudinario (arts. 3, 4, 5, 6 y 8).

III. EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LAS TIERRAS ANCESTRALES DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

1. Durante la presidencia de Nicolás Avellaneda (1874-1880), la dirigencia política era consciente que el problema del indio y de la frontera interior en el sur del territorio no podía dejarse para una resolución futura.

Según la cosmovisión de Avellaneda, la crisis económica que padecía el país era consecuencia de los límites productivos a que se había llegado, especialmente los agropecuarios, que llevaba a un desequilibrio entre producción y consumo. El programa que sostuvo Avellaneda junto a su ministro de Guerra y Marina, el Dr. Adolfo Alsina, significó un cambio importante en el tratamiento de la cuestión indígena, a la vez que se diferenciaba nítidamente de las líneas de acción seguidas por los gobiernos que le precedieron.¹⁵ El gobierno nacional le confirió a la cuestión de

se deberá tomar en consideración su derecho consuetudinario. 2. Dichas poblaciones podrán mantener sus propias costumbres e instituciones cuando estas no sean incompatibles con el ordenamiento jurídico nacional o los objetivos de los programas de integración”. Art. 11 “Se deberá reconocer el derecho de propiedad, colectivo o individual, a favor de los miembros de las poblaciones en cuestión sobre las tierras tradicionalmente ocupadas por ellas”. Art. 12 “1-No deberá trasladarse a las poblaciones en cuestión de sus territorios habituales sin su libre consentimiento, salvo por razones previstas por la legislación nacional relativas a la seguridad nacional, al desarrollo económico del país, o a la salud de dichas poblaciones. 2-Cuando en esos casos fuere necesario tal traslado a título excepcional, los interesados deberán recibir las tierras de calidad por lo menos igual a la de las que ocupaban anteriormente y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro...”. Art. 13 “a-Los modos de transmisión de los derechos de propiedad y de goce de la tierra establecidos por las costumbres de las poblaciones en cuestión deberán respetarse en el marco de la legislación nacional, en la medida en que satisfagan las necesidades de dichas poblaciones y no obstruyan su desarrollo, económico y social. 2-Se deberán adoptar medidas para impedir que personas extrañas a dichas poblaciones puedan aprovecharse de esas costumbres o de la ignorancia de las leyes por parte de sus miembros para obtener la propiedad o el uso de las tierras que les pertenezcan”.

15. La Ley N° 817 del 6 de octubre de 1876 de “Inmigración y colonización”, conocida como “Ley Avellaneda”, contemplaba la creación de misiones para el establecimiento de tribus indígenas. Según

la frontera un lugar preferencial: “*la cuestión fronteras, es la primera cuestión para todos y hablamos incesantemente de ella aunque no la nombremos*”.¹⁶

Se cambió la guerra ofensiva, a través de expediciones punitivas contra las tolderías indígenas, por la de ocupación del territorio indio. Se decidió la ocupación de las tierras existentes entre la línea de frontera y las márgenes del río Negro. El indígena dejó de ser el enemigo principal y su lugar fue ocupado por el propio desierto.

Expuso Alsina refiriéndose a la guerra que era “*contra el desierto para poblarlo y no contra el indio para exterminarlo*”.¹⁷ Esta afirmación resume el pensamiento de ese tiempo con respecto al problema del indio y las tierras en el sur de nuestro país.¹⁸

El plan contemplaba como uno de los principales objetivos la convivencia y asimilación del aborigen. Alsina estaba convencido que, en la medida en que a las tribus, que en ese momento se mantenían belicosas y totalmente refractarias a la autoridad del gobierno, se les cumpliera con lo estipulado en los tratados de paz firmados, y además, tuvieran la posibilidad de palpar los beneficios materiales que

esta ley, el Poder Ejecutivo debía procurar “*por todos los medios posibles el establecimiento en las secciones, de las tribus indígenas, creando misiones para traerlos gradualmente a la vida civilizada, auxiliándolas en la forma que crea más conveniente y estableciéndolas por familias en lotes de cien hectáreas*” (conf. art. 100). En su debate parlamentario se dijo que aún cuando no se reconociera al indio como hombre civilizado, debía reconocérsele el derecho de propiedad a la tierra en que ha nacido y habita. La Ley N° 1744 del 2 de noviembre de 1885 autorizaba gastos para el sostenimiento de indios y auxiliares. En el respectivo debate en la sede del Congreso Nacional se estableció frente a la exclusión del indígena de sus tierras, que ello importaba en definitiva un despojo, y que aquéllas le eran necesarias para su subsistencia. Ver diario *La Tribuna Nacional* del 9/7/1885 que se hace eco de los argumentos dados por el Poder Ejecutivo Nacional en su exposición de motivos referida al Proyecto de colonización y repartos de tierras a los indígenas.

16. Ver BARROS, Alvaro, *Indios, Fronteras y Seguridad Interior*, Ed. de Pedro Weimberg, Buenos Aires, Solar-Hachette, 1975.

17. Congreso Nacional, Cámara de Senadores, Diario de Sesiones, 1875, p. 817.

18. La ocupación progresiva del espacio indígena no preveía directamente una política de aniquilamiento. Sin embargo en 1863, el presidente Mitre, en un mensaje al Congreso Nacional a propósito de la política de exterminio llevada adelante contra los indígenas, decía lo siguiente: “...lanzados allá, a las vastas soledades de la Pampa, donde no se conocía la huella del cristiano fuertes divisiones, que buscando a los salvajes en su misma guarida les han hecho sentir el poder de nuestras armas, diezmándolos y llevando el terror y la muerte donde más seguro se creían (...)”, en Congreso Nacional, Diario de Sesiones, Cámara de Senadores, año 1863, p. 9. En general la legislación nacional del siglo XIX no protegió los derechos de los pueblos indígenas. Existieron leyes aisladas de colonización y repartos de tierras, pero no de efectivo reconocimiento del derecho de propiedad indígena sobre sus territorios. La idea de colonización contenía en forma tácita la premisa de “poblar el país”, no de devolver a los pueblos originarios sus tierras ancestrales.

les podía brindar la civilización, el sometimiento de estas sería inevitable y su incorporación a la vida civilizada solo cuestión de tiempo.¹⁹

El desierto aparece como el principal enemigo del desarrollo y de la marcha hacia el progreso general del país y, por lo tanto, era necesaria su ocupación, como una prioridad impostergable y una condición básica para el definitivo sometimiento indígena.^{20 21}

2. Con el transcurso de los decenios –ya entrado el siglo XX– la desaparición de las fronteras interiores en el sur del país y la ocupación efectiva del territorio dio

19. Congreso Nacional, Diario de Sesiones, Cámara de Senadores, año 1863.

20. Ver BARROS, Alvaro, *Indios, fronteras y seguridad interior*, Buenos Aires, 1875, p. 138. Avellaneda dijo “(...) No suprimiremos el indio sino suprimiendo el desierto que lo engendra. No se extirpa el fruto sino extirpando de raíz el árbol que lo produce. De lo contrario se emprende una obra que necesita recomenzarse en cada estación. Las fronteras habrán desaparecido cuando dejemos de ser dueños del suelo por herencia del rey de España, y lo seamos por la población que lo fecunda y por el trabajo que lo apropia (...). (...) Somos pocos y necesitamos ser muchos, sufrimos el mal del desierto y debemos aprender a sojuzgarlo (...)”.

21. Durante el largo periodo que abarcó desde el Descubrimiento de América (1492), hasta nuestra Organización Nacional, con la sanción de la Constitución de 1853, los vínculos que nacieron con los pueblos originarios de estas tierras, muchas veces se plasmaron en Acuerdos o Tratados, productos de las relaciones diplomáticas con las naciones indígenas libres, o sea, aquéllas no sometidas al vasallaje que se imponía con el rigor de la espada. LEVAGGI, Abelardo, *Paz en la frontera*, Buenos Aires, UMSA, 2000, p. 19, indica que “*Ante la imposibilidad práctica...de someter a las comunidades libres al Derecho general, la Corona castellana y los gobiernos argentinos, sin renunciar a su objetivo último de dominación sobre la totalidad del territorio, más posponiéndolo, recurrieron a un Derecho especial, “ad hoc”, de naturaleza sinalagmática, basado en el derecho de gentes, que se adecuó al tipo de relaciones al que estaba destinado, y que tuvo en el tratado su instrumento fundamental*”. Esos Tratados celebrados con los pueblos indígenas, sirvieron muchas veces para poner fin a un conflicto armado o militar, y otras para prevenirlo. Era una incertidumbre saber los verdaderos alcances y efectos de los tratados, al no tener el Estado un conocimiento efectivo de la cultura de las comunidades indígenas con las cuales los celebraban. En general, los documentos que corresponden al periodo nacional, forman parte de la historia militar argentina. Muchos de esos tratados fueron orales, otros escritos, y se utilizó para nombrarlos distintas palabras: tratado, capitulación, concordia, artículos, paces, pactos, arreglos, convenios, aún cuando no son exactamente sinónimos (ver Archivos del Comando General del Ejército. Dirección de Estudios Históricos: Campaña contra los indios: Frontera Sur, cajas 1 a 10. Frontera Sur, cajas 1 a 45; citado por LEVAGGI, en *Paz en la Frontera*).

por finalizada una larga etapa de enfrentamiento directo entre indios y blancos y dejó a los primeros fuera de sus “territorios originarios”.^{22 23}

22. No se utilizó el sistema de reservaciones, adoptado ante las mismas circunstancias por el gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, atento su escaso éxito y costo excesivo, sino que se optó por el método de distribución; es decir el traslado, desmembramiento y posterior reparto de las familias indígenas en diferentes destinos lejos de la frontera. Ver Mensaje del Presidente de la Nación Dr. Nicolás Avellaneda al abrir las sesiones del Congreso Nacional en mayo de 1879, en MABRAGAÑA, H, *Los Mensajes*, Comisión Nacional del Centenario, Buenos Aires, 1910, t. III, pp. 24 y 25. La Ley 3092, promulgada el 24/8/1894, autorizó al Poder Ejecutivo Nacional para conceder la propiedad de tierras al Cacique Manuel Namuncurá y a familias de su tribu, en la margen derecha del Río Negro. La Ley 3154, de fecha 30/9/1894, también autorizó al Poder Ejecutivo Nacional a entregar en propiedad a caciques indígenas y su familia, seis leguas en la Pampa Central, argumentándose que “*es un deber, por lo menos de compensación a estos dueños de la tierra, conceder un lugar para que vivan independientes con sus familias*”. En idéntico trámite la Ley 3814 del 26/9/1899, entregaba doce leguas en el Territorio de Chubut a un cacique y su tribu, las cuales no podían ser enajenadas por el término de cinco años a partir del otorgamiento de la escritura. La Ley 4167, del año 1903, sobre tierras fiscales, mantuvo el criterio de la “Ley Avellaneda”. En su art. 17 fijó que el Poder Ejecutivo fomentaría “*la reducción de las tribus indígenas, procurando su establecimiento por medio de misiones, y suministrándoles tierras y elementos de trabajo*”. Por Decreto del Poder Ejecutivo del 21/9/1916 se creó la “Comisión honoraria de reducciones de indios”.

23. Se dictaron leyes para disolver las comunidades de tierras que tenían los indios. El individualismo, de la mano de la Ilustración, que identificaba el derecho de propiedad con la propiedad individual, apuntaba a la extinción de las comunidades y a la división de la tierra entre los comuneros bajo la forma de la propiedad individual, la única que consideraban que merecía el amparo de la ley. Existieron leyes de gobiernos provinciales (ej. en Corrientes y Córdoba), que declaraban extinguidas las comunidades indígenas, y las concedían a cada familia originaria. Ver fallo CSJN 19-29, del 21/04/1877, in re “La Provincia de Jujuy c/ D. Fernando Campero; s/ reivindicación”, donde la Provincia de Jujuy inició un juicio contra Fernando Campero por la reivindicación de los territorios de Cochinoca y Casabindo, quien las poseía en calidad de heredero de un encomendero. El Alto Tribunal hizo lugar a la demanda, por entender que esas tierras eran de propiedad del Estado Provincial, aún cuando reconoció la posesión de los indios sujetos a reducciones. Dijo que la encomienda no era un derecho real, sino personal, y que frente a la desaparición de esta, los bienes quedaban automáticamente dentro del patrimonio del Estado Provincial, por herencia de la Corona española a la Nación, y de esta a las Provincias. “. Expresó que **“Por las leyes de encomiendas, la posesión de la tierra en que ellas estaban situadas pertenecía a los indios encomendados, y el dominio directo a la Corona, siendo del encomendero únicamente la administración y beneficio”** y que “*en una encomienda dada a perpetuidad, era subentendido que dicha concesión debía durar lo que durase el sistema de encomiendas, el cual como toda institución de derecho público, está sujeta a las necesidades de los tiempos y las nuevas exigencias*”. El Tribunal destacó que el nuevo régimen político que se le había dado a la República, en virtud del cual todos los hombres eran reconocidos iguales, y con los mismos derechos y deberes ante la ley, hizo cesar por consecuencia el pupilaje a que estaban sujetos por las antiguas leyes de encomiendas los indios reducidos y civilizados, y que forman parte del Pueblo de la Nación. Fundó su decisorio en el código civil sancionado en 1869, con desconocimiento del sistema jurídico no formal de los indígenas, y que los derechos sobre las tierras derivaban de la Corona de España, que luego de la Independencia pasaron al Estado Nacional, teniendo la provincia el dominio y jurisdicción sobre dichos territorios.

Al ser desplazados de sus espacios en la época de la conquista del desierto, cuando luego pretendieron recuperarlos, se enfrentaron al desconocimiento de sus derechos por ignorancia de las Instituciones Civiles propias del Derecho romano-germánico. En efecto, “nuestro ordenamiento jurídico” no respetaba “su derecho”, con especiales características, y que básicamente contrariaba sus propios intereses.²⁴ Se les aplicó a los indígenas en forma directa las leyes nacionales aún cuando desconocían la lengua española y, más aún, su idiosincrasia y las instituciones jurídicas occidentales.

Desde esa óptica, observamos que la Constitución Nacional de 1853 ofrece un modelo jurídico monocultural, con pretensiones de asimilación del indígena al modelo cultural occidental.²⁵

En la cosmovisión de los pueblos originarios siempre se dijo que la tierra no pertenecía al indio, sino que el indio pertenecía a la tierra. Existió la ocupación de ellas en forma colectiva –vgr. posesión– a favor de la comunidad, además de otras formas de relación posesoria de las cuales se sirvió conjuntamente con su grupo de pertenencia, o sea la tribu o comunidad indígena –ej. territorios de invernada y veraneada para sus rebaños; territorios de caza; servidumbres de paso; etc.–.

Recién a partir del neoconstitucionalismo se giró hacia un modelo jurídico pluricultural y esto hizo que la condición del indígena se revirtiera. A fines del siglo XX las constituciones latinoamericanas comenzaron a reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos aborígenes y es cuando comienza a brotar la necesidad de reconocer su especial derecho de propiedad sobre sus territorios ancestrales,^{26 27} proceso que culmina en nuestro país con la reforma constitucional

24. Ver Sesiones del HC de la Nación, sesión N° 24, 1885, discurso del diputado Darquier.

25. BADENI, Gregorio, *Instituciones de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ed. Ad-hoc. 1997, p. 72 y ss.

26. Conf. LEVAGGI, Abelardo, *Tratamiento legal y jurisprudencial del aborigen en el siglo XIX*, p. 258, quien dijo que la ficción de igualdad tuvo consecuencias negativas para la propiedad indígena, dado que era habitual la declaración de sus tierras como baldías, su incorporación al dominio fiscal, y su posterior entrega, en donación o arriendo a terceros, por no comprenderse la forma particular de relación que existía entre el indio y su tierra. Ver también ITURBIDE, Gabriela y ABREUT, Liliana, *Jurisprudencia de la Corte Suprema relacionada con la problemática indígena. Periodo 1863-1930*, en *La Ley on line*, donde se expresa que los continuos debates en el Congreso Nacional, y las opiniones de ese momento presentes en la prensa respecto de las iniciativas oficiales acerca del destino final de los indios sometidos, atestiguan que el pensamiento social tenía su mirada puesta en el problema indígena y en sus posibles soluciones, pero sin reconocer sus derechos sobre las tierras ancestrales, y su forma particular de posesión y propiedad.

27. La población indígena que habitaba el “desierto” en el momento de ponerse en marcha la ofensiva final del General Roca es un interrogante difícil de responder. Los diferentes autores que se refieren a esta cuestión ofrecen cifras parciales y a la vez contradictorias. El propio ministro de Guerra en su intervención en el parlamento en ocasión de defender el proyecto de traslación de la frontera ubica

de 1994, al reconocer la propiedad y posesión de sus tierras a las comunidades indígenas registradas.

El reconocimiento de la multiétnicidad y respeto de la cultura indígena contenido en la Carta Magna reformada tuvo lugar no solamente en nuestro país, sino también en el resto del continente y se evidencia en las Constituciones de los diferentes países latinoamericanos.

Se vislumbra un constitucionalismo que podríamos llamar “comunitario”, que superó el reconocimiento de los derechos individuales del siglo XVIII y XIX, como los sociales de la primera parte del siglo XX, para reconocer los derechos en cabeza de los pobladores originarios del continente americano, en tanto sus características propias hacen que deban ser respetados en su identidad cultural y social, como también en la posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan.²⁸

3. El art. 75 inc. 17 C.N. contiene una manda operativa que consagra el derecho real de propiedad indígena que la distingue de la propiedad individual reconocida en los códigos del siglo XIX. La reforma constitucional de 1994 desterró la cláusula que lesionaba los legítimos derechos de esta minoría.²⁹ La tipifica como inalienable, intransmisible, imprescriptible, no susceptible de gravámenes o embargos, indivisible y la coloca en cabeza de la “comunidad indígena”.³⁰

El actual artículo 75, inciso 17, dispone: “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

la población indígena en cerca de 20.000 personas aproximadamente. Por lo tanto, sin perjuicio de lo anterior y de acuerdo a las distintas fuentes consultadas, podemos decir que, sin contar a los naturales que se ubican en la Tierra del Fuego, entre 20.000 y 25.000 indígenas están asentados más allá de la línea de fronteras al finalizar la década del 70. De esta cantidad, de acuerdo a las informaciones oficiales y a las proporcionadas por los medios periodísticos podemos calcular que en el período de la confrontación militar, es decir entre 1878 y 1885, entre 15.000 y 18.000 de estos indígenas quedaron bajo la tutela oficial. (ver MASES, *Estado y cuestión indígena...*, cit., p.12).

28. BIDART CAMPOS, Germán J., “Los derechos de los “pueblos indígenas argentinos”, en *La Ley* 1996-B, sec. doctrina. p. 1206. Sostiene este autor que “el derecho a la identidad y el derecho a la diferencia, son dos aspectos del derecho a la igualdad, porque nada hay más desigualitario y, por ende, violatorio de la igualdad, que desconocer, no respetar o no proteger lo que, debido a cualquier diferencia razonable –también las que derivan de la sangre, de la raza y del nacimiento– configura la identidad de una o más personas, en relación con el resto de las que no comparten aquella diferencia y esa identidad”.

29. Sobre la marginalidad del indígena en el derecho argentino, ver HIGHTON, Elena en “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*, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, N° 7, 1994, p. 279.

30. Casi todas las modificaciones de las Constituciones latinoamericanas del siglo XX están inspiradas en el Convenio de la OIT N° 169 –y su antecedente el N° 107– donde en líneas generales se reconoce la preexistencia cultural, y se proclama que ninguna de las tierras ocupadas tradicionalmente por los pueblos indígenas será enajenable, transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos, reconociendo las formas comunales de la propiedad indígena.

jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”.

Por su parte el inc. 19 de dicha norma completa el nuevo panorama al indicar respecto del “Desarrollo humano” que debe:

“Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales: que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales.

Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y la circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales”.

Se dijo para justificar la reforma constitucional que la indicación del trato pacífico de los indios resultaba *“anacrónico, por cuanto no se pueden establecer distinciones raciales, ni de ninguna clase entre los habitantes del país”*.³¹

31. Anteproyecto de Reforma de la Constitución Nacional, p. 34. La Ley 24.071 (1992) que aprobó el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (N° 169) de 1989 en la 76ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (y ratificado internacionalmente por nuestro país en julio de 2000), revisa el anterior convenio de 1957 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales (N° 157), aprobado por la Ley nacional 14.932 (B. O. 29/12/1959). El Convenio N° 169 celebrado en Ginebra en el marco de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, convocada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, OIT, 1989, *Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes* consta de 44 artículos, separados en 10 Partes. En la Segunda Parte titulada “Tierras” establece no solo la obligación de los gobiernos de respetar la *“importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras y territorios, o con ambos, que ocupan u utilizan de alguna otra manera, y en particular de los aspectos colectivos de esa relación”* (conf. art. 13.1), sino que se especifica que el término **“tierras”** debe **incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera** (conf. art. 13.2). El art. 14 expresa que: **1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes. 2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de**

Fue un importante cambio conceptual el pasar de la **segregación** (pues el trato pacífico suponía un estado de guerra con la población indígena ubicada detrás de la frontera interior) y la **asimilación** (convertirlos al catolicismo e inculcarles las costumbres europeas) al verdadero **respeto de la existencia de esta minoría de argentinos**, con rasgos diferentes dignos de respeto (vgr. lengua; tierras comunitarias; etc.).

La reforma constitucional de 1994 superó la posición etnocéntrica del positivismo decimonónico al reconocer los derechos individuales de los indígenas y también los de su comunidad, como su preexistencia al Estado Nacional.^{32 33}

En el debate parlamentario del año 1994, correspondiente a la reforma constitucional, la convencional Figueroa dijo que *“las Constituciones provinciales coinciden en reconocer al aborígen su identidad étnica y cultural que resulta del hecho de constituir grupos culturales anteriores a la creación del Estado argentino. En todas ellas se reconoce a los aborígenes como grupos culturales con características y modalidades propias que deben ser respetadas y estimuladas. Asimismo se les reconoce el derecho a la tierra y el de vivir en comunidad a fin de que puedan así transmitir su cultura y conservar su memoria colectiva”*. Muchos convencionales prestaron su apoyo al proyecto, como el Diputado Varese, Alvarez, Pando, Vega de Terrones, Stephan, Cullen, Caballero Martín, Avelin de Ginester, De Sanctis, Roulet, por considerar que *“con la sanción del dictamen subsanaremos una deuda*

propiedad y posesión. 3. *Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados* (la letra en negrita me pertenece). Recordemos también que una ley posterior, la Ley 24.309 estableció la Declaración de la necesidad de la reforma en la Constitución (ver Boletín Oficial del 31-XII-1993 N° 27.798), y en su art. 3 pto. LL, instituyó la necesidad de adecuación de los textos constitucionales a fin de garantizar la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, con alusión al art. 67 inc. 15, hoy derogado.

32. ROSATTI, *Status constitucional de los pueblos indígenas*, en “La reforma de la Constitución”, autores varios, p. 200. Ver también la interesante postura de BIDART CAMPOS, Germán J, “¿Un federalismo cultural?”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2004, N° III, p. 30, donde postula *“...obviando detalles, afirmamos con fuerte convicción que el reconocimiento de los pueblos indígenas en el art. 75 inc. 17 se ofrece como la mejor expresión de una hospitalidad que la cultura común de nuestra sociedad otorga a la cultura aborígen, con cuantos contenidos esta cultura alberga. Hay que leer el inc. 17 y con la letra, y todo lo que ella sugiere más allá de lo escrito, darse cuenta de que la cultura indígena como cultura preexistente brinda espacio a una autonomía que, osadamente, nos incita a imaginar una especie de descentralización de base indigenista. ¿Por qué, entonces, no habríamos de abandonar la monocentricidad como monopolio estatal de las fuentes del derecho y, en su lugar, reconocer al derecho indígena con su propia fuente histórico-tradicional-cultural?”*

33. ALTABE, Ricardo; BRAUNSTEIN, José, y GONZÁLEZ, Jorge A. “Derechos indígenas en la Argentina. Reflexiones sobre conceptos y lineamientos generales contenidos en el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional”, en *ED* 164-1193.

histórica que tenemos con las comunidades indígenas, que constituyen una raíz del país que no debemos olvidar..."³⁴

Así, observamos que tanto nuestra Carta Magna como el resto de las modificaciones de las Constituciones latinoamericanas del siglo XX implicaron, en líneas generales, la coronación del pluralismo étnico –mencionado también como multietnicidad, pluriethnicidad, o simple respeto de la biodiversidad–.³⁵

34. Convención Nacional Constituyente de 1994, Diario de Sesiones, p. 4062 y ss. No solo es interesante el debate por la aprobación unánime de la modificación de la norma constitucional, sino también las inserciones que tuvo el mismo correspondiente a los convencionales Díaz, Figueroa, Rocha de Feldman, Lipszyc y Vallejos que ilustran desde el aspecto histórico hasta el jurídico. La importancia de la norma se vislumbraba en el seno de la Comisión N°5 de la Convención Constituyente de 1994, cuando en el Dictamen de Comisión se sugirió que la cláusula indígena remitida a la Comisión N°1 (de Redacción), se incorporara como artículo nuevo del Capítulo Segundo de la Primera Parte de la Carta Magna.

35. BIDART CAMPOS, Germán, "Los derechos de los pueblos indígenas argentino", *La Ley*, 1996-B, sec. doctrina, p. 1205, sostiene que "En definitiva, es cierto que no estamos habituados a acoger las diferencias que el pluralismo social obliga a admitir. Nos gusta la uniformidad de una legislación que no contemple idiosincrasias razonables, como son los pueblos indígenas, a los que la Constitución les reconoce preexistencia respecto de todos los demás grupos sociales posteriores. Esto es historia pura porque ¿quién habría de negar que cuando llegó la colonización española al cono sur de América ya aquí estaban asentados e instalados los pueblos indígenas que hoy bautizamos con el ulterior adjetivo de "argentinos"? Si desde entonces se hubiera hecho práctica mucho de lo que la evangelización propugnaba y defendía, todo lo que desde 1994 aparece en el art. 17 seguramente se habría cumplido desde cinco siglos antes. ¿Es demasiado tarde reconocerlo y repararlo, a tenor de las valoraciones sociales humanitarias que hoy impregnan al derecho constitucional y al derecho internacional de los derechos humanos? El refrán nos recordaría que más vale tarde que nunca. Por esos, otra vez: ¡en buena hora!". Ver mismo autor, "La descentralización política de las comunidades indígenas: ¿Qué nos aporta la ciencia política para el Derecho constitucional?", en *Revista jurídica La Ley*, del 1/6/2004, p. 1, que dice: "Así como en nuestro federalismo tenemos pluralidad de derechos administrativos y procesales locales –no son los únicos ejemplos– en la descentralización política de base nacional los diversos grupos nacionales que componen la población sin invitados por el estado –dice Dabin– a regular ellos mismos las cuestiones de orden nacional propias de cada grupo. Cuando en lugar de grupos nacionales afrontamos la diversidad de pueblos indígenas, cuya preexistencia reconoce el art. 75 inc. 17 de la Constitución, quizá podemos imaginar algo muy parecido a la descentralización política de base nacional explicada por Dabin(1). ¿Por qué no sería viable que, sobre la base de la autonomía que al margen de la estructura del poder hemos descubierto en el espacio de la sociedad civil, esa misma estructura de poder hiciera ingresar al ordenamiento jurídico estatal el derecho consuetudinario indígena de cada una de las comunidades existentes en nuestra sociedad? ¿No sería un buen buceo en el rico espíritu del inc. 17 citado, el que nos hiciera detectar qué cuestiones y materias tienen una particular fisonomía que es propia de cada grupo y que, por ende, han de derivarse a la regulación pluralista del derecho indígena? ¿Se rompería la unidad igualitaria de la ley? Para nada, porque es hora de que a la igualdad coordinemos con el derecho a la identidad y el derecho a la diferencia, y que a la democracia le asignemos un contenido de pluralismo auténtico". (1) cita de BIDART CAMPOS en la cual hace referencia a DABIN, Jean, *Doctrina General del Estado. Elementos de Filosofía Política*, traducción de GONZÁLEZ URIBE, Héctor y TORAL MORENO, Jesús, México, Jus, 1946, p. 313 y ss., especialmente a partir de pp. 332-6.

La situación que plantea este nuevo escenario aún no tiene un final definitivo porque todavía quedan interrogantes sobre su implementación, a pesar de que se perfila la idea que planteamos desde un principio: que la propiedad indígena es un nuevo derecho real, con características propias, diferenciado del resto de los derechos reales previsto hasta ese entonces por el sistema jurídico argentino.³⁶

La Ley Nacional 26.160 de Emergencia Indígena (2006) declara la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país, cuya personería jurídica haya sido inscripta en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas u organismo provincial competente o aquéllas preexistentes por el término de cuatro años. Ordena la suspensión de la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos, cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las tierras (arts. 1 y 2). En cuanto a la posesión indica que debe ser actual, tradicional, pública y encontrarse fehacientemente acreditada, comprometiéndose el Estado por el término de tres años a través del INAI a realizar un relevamiento técnico –jurídico– catastral de la situación dominial de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas para promover las acciones que fueren menester con el Consejo de Participación Indígena, los Institutos Aborígenes Provinciales, Universidades Nacionales, Entidades Nacionales, Provinciales y Municipales, Organizaciones Indígenas y Organizaciones no Gubernamentales. Por Ley 26.554, publicada en el B.O.: 11/12/2009, se prorroga el plazo establecido en el artículo 2º de la Ley 26.160 hasta el 23 de noviembre de 2013.

Observamos el largo camino transitado por los pueblos originarios para el reconocimiento de sus derechos, desde la época de la colonización española hasta nuestros días.³⁷ Desde el corrimiento del mapa, la ocupación de tierras fiscales del

36. ABREUT DE BEGHER, Liliana, tesis doctoral *Propiedad indígena: ¿Un nuevo derecho real?*, aprobada en noviembre de 2007, Buenos Aires, UMSA.

37. Repasemos que por vía de la reforma del art. 75 inc. 22, al sentarse como principio general que los tratados internacionales y concordatos tienen alcurmia supra-legal, se ha atribuido jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales: La Declaración Americana de los Derechos Humanos; Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles, Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, inhumanas o degradantes; y la Convención sobre los Derechos del Niño. A esta lista se han añadido con posterioridad al año 1994, la Convención Interamericana sobre la Desaparición forzada de Personas (ratificada por Ley 24.820) y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (ratificada por Ley 25.778). Estos instrumentos se encuentran conectados en forma directa o indirecta con la cuestión indígena y el reconocimiento de sus derechos, en tanto, seres diferentes y con distinta cosmovisión social y cultural.

territorio nacional, el asentamiento de colonias indígenas o la entrega de tierras fiscales para su uso colectivo y/o usufructo vitalicio, hasta la consagración de su propiedad comunitaria en el art. 75 inc. 17 de la CN, pasaron siglos.³⁸

La forma en que las comunidades indígenas se relacionan entre sí y frente a terceros será considerado en este trabajo, apuntando en particular a los aspectos colectivos de esa relación directa e inmediata con la tierra, a la luz de las nuevas disposiciones legales.³⁹

4. Cuando nos referimos a los derechos de los indígenas debemos partir del concepto de “derecho” como el orden social justo,⁴⁰ o sea, el derecho en sentido objetivo y la posibilidad que ese derecho haga nacer el derecho subjetivo.

El derecho objetivo según Gatti, mejor dicho el derecho desde el punto de vista objetivo, “*sería el ordenamiento jurídico, es decir el conjunto de normas o*

38. Ver Proyecto de ley ante la Cámara de Diputados de la Nación, Expte. N° 1.113-D-2010 presentado por la diputada Silvia Beatriz Vazquez, que define en el art. 4 a la comunidad indígena como persona jurídica de carácter público, incorporándola al art. 33 del C.C., y que consagra en el Art. 6 la “propiedad comunitaria indígena” como derecho real de origen constitucional.

39. BRONSTEIN, Arturo, “Hacia el reconocimiento de la identidad y de los derechos de los pueblos indígenas de América Latina: síntesis de una evolución y temas para la reflexión”, en *Memoria del Seminario Internacional de Justicia sobre la Administración de Justicia y Pueblos Indígenas*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999, pp. 14 y ss., cit. por ITURRASPE, Francisco, *Los derechos de los pueblos (¿o de las poblaciones?) originadas en la Constitución venezolana de 1999*, ponencia presentada al “VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional e Instituto de Investigaciones Jurídica de la Universidad Nacional Autónoma de México, DF, del 12 al 15 de febrero de 2002. Bronstein manifiesta que “*El derecho al territorio colectivo, como una entidad distinta de la tierra, dentro del cual los pueblos indígenas pueden organizar su vida conforme a sus tradiciones y valores, también forma parte de las reivindicaciones de los pueblos indígenas. Antiguamente llamados “reservas” (término que los indígenas rechazan, por su connotación de encierro), el territorio es definido por el Convenio 169 como la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera*”. Ver página web en www.indigenas.oit.or.cr/bronste.

40. RENARD, Georges, *El derecho, la justicia y la voluntad*, Buenos Aires, Ediciones Desclee, de Brouwer, versión castellana del Dr. CUNCHILLÓS MANTEROLA, Santiago, 1947, quien dijo “*El derecho positivo es una aproximación a la justicia, un orden superior*” (p. 75). “*El progreso del derecho positivo es una invasión progresiva del campo de la moral social*” (p. 85); y “*En tanto que el derecho positivo se apropia las sugerencias del derecho natural, no las adapta solamente a las condiciones concretas de un medio determinado; añade la coerción pública, es decir, la propia del régimen de Estado*” (p. 88); para BORDA, *Derecho Civil, Parte General*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, undécima edición actualizada, 1996, t. I, N° 1, p. 11: el derecho es el conjunto de normas de conducta humana establecidas por el Estado con carácter obligatorio y conforme a la justicia; para SALVAT, *Derecho Civil, Parte General*, 6ta. ed. 1940, N° 1 y 4: el derecho en sentido objetivo es el conjunto de reglas establecidas para regir las relaciones de los hombres en sociedad, en cuanto se trata de reglas cuya observancia puede ser coercitivamente impuesta a los individuos. En sentido subjetivo significa que le permite realizar determinados actos, y agrega que “*en cualquier sentido que empleamos la palabra, ella designa siempre un fenómeno social*” (p. 2).

sistema de preceptos reguladores de la conducta humana, emanados del Estado, e impuestos por este mediante su poder coactivo".⁴¹

Para Ihering, el derecho desde el punto de vista subjetivo reside en la utilidad que brinda al hombre, de ahí su conocida definición según la cual "*los derechos son intereses jurídicamente protegidos; el derecho es la seguridad del goce*".⁴² Y explica que "*dos elementos constituyen el principio del derecho; uno sustancial, que reside en el fin práctico del derecho, que produce la utilidad, las ventajas y ganancias que esto aseguran; otro formal, que se refiere a ese fin únicamente como medio, a saber: protección del derecho, acción de la justicia. Este es el fruto y aquél la envoltura ó cáscara protectora. Por sí mismo, el Estado no crea más que un estado de hecho útil o de goce (interés de hecho) que cualquiera, a su antojo, tienen el medio o puede impunemente, a cada instante, destruir o cambiar. Esta situación viene a ser no menos precaria, menos inestable, que cuando la ley viene a protegerla. La seguridad jurídica del goce es la base jurídica del derecho. Los derechos son intereses jurídicamente protegidos*".

Entonces, es dable concebir al derecho subjetivo como "*La prerrogativa reconocida a la persona por el ordenamiento jurídico para exigir un comportamiento ajeno tendiente a la satisfacción de intereses humanos*"⁴³ y, dentro de esta línea, debemos ubicar el derecho de los aborígenes sobre sus tierras ancestrales, reconocido hoy por el plexo normativo constitucional en el art. 75 inc. 17.

5. No existe un concepto claro e inequívoco del vocablo indígena. Las clasificaciones son casi siempre realizadas bajo criterios externos, impuestos y utilizados por técnicos, académicos, y autoridades, generalmente no indígenas, por lo que resulta más adecuada aquella sustentada en la autodefinición. El Consejo Mundial de Pueblos Indígenas ha reclamado ese derecho, y actualmente es considerado dentro de la categoría de los derechos humanos.⁴⁴

41. GAFFI, Edmundo, *Teoría General de los Derechos Reales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1980, p. 13.

42. IHERING, Rudolf, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. Española de PRÍNCIPE Y SATORRES, Enrique, 1904 TIV, pár., p. 364/5. Aclara que "*Utilidad, bien, valor, goce, interés, tal es la sucesión de ideas que despierta el primer elemento sometido a nuestro estudio. El derecho no aplica a esas ideas una medida exclusivamente económica, tal como el dinero o el valor pecuniario. Existen otros intereses además de la fortuna que deben garantizarse al hombre. Por encima de la fortuna se colocan bienes de naturaleza moral cuya valor es mucho más grande: la personalidad, la libertad, el honor, los lazos de familia; porque sin esos bienes las riquezas exteriores no tendrían ningún precio*".

43. SPOTA, A.G., *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, t. I, Vol. I. N° 46.

44. Ver pág. web: www.argentinaplural.com.ar, *Pueblos Indígenas Argentinos*, del 10/7/2005. Convenio 169 de la OIT, art. 3 que sostiene que: *Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos, ni discriminación. Este convenio revisa el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957 (N° 107) de la OIT.*

Sin embargo, existen distintas razones que nos llevan a la conclusión de que los términos “pueblo” o “comunidad indígena”, a la luz de la actual normativa, no justifican su utilización como sinónimos y con contenido análogo, en tanto se advierte que algunas veces el sentido que se le otorgó en cada caso fue distinto, en una gradación de género a especie. Para pueblo: asignación del “todo”, y para comunidad: como parte integrante de ese todo.

La existencia de diferentes comunidades ubicadas en zonas geográficas esparcidas, con un tronco común o pertenencia a un pueblo o nación aborigen, explica el fundamento de la distinción.

Sabemos que el concepto de **comunidad** es más acotado frente al genérico de **pueblo o nación indígena**, en tanto se entiende aquélla como unidad económica solidaria fundada en vínculos étnico-socio-culturales e, incluso, parenterales. **Pueblo indígena** es el conjunto de comunidades que pertenecen a un mismo antepasado común, mientras que **comunidad indígena** se refiere al conjunto de personas y/o familias que habitan un mismo lugar y tienen a su vez una raíz común y participan de la misma cultura,⁴⁵ y son ellas quienes pueden ser las titulares del derecho real de propiedad indígena.⁴⁶

45. HIGHTON, Elena, “El camino hacia el nuevo derecho de los pueblos indígenas a la propiedad comunitaria en la Constitución de 1994”, Buenos Aires, Rubinal Culzoni, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*. TVII. Derecho Privado en la Reforma Constitucional, 1994. Sostuvo que “*La base sobre la que descansaba la sociedad de los pueblos andinos americanos era el ayllu, núcleo agrario y territorial formado por varios grupos de familias. Y el ayllu, según la organización aymara o la incásica, no es sino la gens primitiva de las poblaciones del centro del continente sudamericano. Importa una relación familiar o de grupo, en razón del parentesco consanguíneo, unidad económica y religiosa. Los ayllus, congregándose, mezclándose, formaron comunidades territoriales y pueblos. La organización se hizo sobre la base de alianzas y la unidad ayllu comenzó a agrupar alrededor de cien familias, y había miles de ayllus en toda Sudamérica, reconocidos en diferentes lenguas, con diferentes términos, pero como una unidad, como una célula; después venía la alianza de ayllus para formar naciones, y así sucesivamente. En distintos territorios aparece la forma típica de la gens, ya que el callpulli azteca, núcleo inicial de la organización social, es semejante al ayllu en su estructura de clan y como forma comunitaria de tenencia de la tierra*” ... “*La tierra no se divide por sucesión del jefe o representante de la familia. Ella pasa a uno solo de los miembros, mientras que los otros reciben su parcela por una u otra distribución. De ahí que la gran familia se subdivide, pero la propiedad no*”.

46. Los derechos humanos son preexistentes a la ley positiva, porque la persona tiene una dimensión jurídica natural. MATHIEU, Vitorio, “Prolegómenos a un estudio de los derechos humanos desde el punto de vista de la comunidad internacional”, en DIEMER A., HERSCH, J. y otros, *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, Serbal/UNESCO; Barcelona, 1985, se sostiene que los derechos humanos exigen, como hipótesis necesaria, aceptar que el hombre es sujeto de derechos. Dentro de esta línea argumental, deben ser analizados los derechos de los indígenas en tanto derechos humanos, y como tales, su derecho a la propiedad dentro de su particular cosmovisión. Ello, sumado al proceso de globalización, e incidencia del derecho internacional sobre el interno en relación al reconocimiento de los derechos esenciales del hombre con fundamento en el art. 75 inc. 22 de la Carta Magna, en tanto se dispone el reconocimiento de la aplicación de tratados internacionales con jerarquía constitucional, completan el

Los tribunales argentinos hasta la sanción de la Ley 23.302 y la reforma constitucional de 1994, dejaban desamparados a los indígenas y sus comunidades, desconociendo su derecho a la propiedad comunitaria de sus tierras porque ese derecho no existía en nuestro ordenamiento jurídico⁴⁷. No se les reconocía efectos jurídicos

cuadro de situación actual. Es paradigma de lo expuesto el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos in re “**Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c/ Nicaragua**”. **Sentencia de 31 de agosto de 2001, Corte I.D.H., Serie C (N° 79) (2001)**, donde se hizo lugar a la presentación de la comunidad aborigen. El estado nicaragüense el 13/3/1996 había otorgado una concesión por 30 años a la empresa “Solcarsa” para el manejo y aprovechamiento forestal en un área de aproximadamente 62.000 hectáreas ubicadas en la Región Autónoma Atlántico Norte (RAAN), para realizar allí, en tierras que habían pertenecido a la Comunidad Awas Tingni, trabajos de construcción de carreteras y de explotación maderera sin el consentimiento de la Comunidad. El reclamo se centraba en que el Estado no había demarcado las tierras comunales de la Comunidad de Awas Tingni, ni de otras comunidades aborígenes y que no había tomado medidas efectivas que aseguraran los derechos de propiedad de aquella comunidad sobre las tierras. La Corte que admitió la demanda realizó una *interpretación evolutiva* de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, conforme el art. 21 de la CADH en tanto protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua (pár. 148). Dijo “*La relación con la tierra para las comunidades no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar el legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras* (pár. 149) y que “*el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debía ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata, puesto que, como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carecieran de un título real sobre la propiedad de la tierra obtuvieran el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro* (pár. 151). Dispuso que el Gobierno debía en su derecho interno adoptar las medias legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres, de aquéllas (punto resolutivo 3). Ver también otra caso más reciente, **Caso “Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay” sentencia de 17 de junio de 2005 Corte I.D.H., Serie C N° 125 (2005) (Fondo, Reparaciones y Costas)**, donde se fijó que “*el otorgamiento de personería jurídica sirve para hacer operativos los derechos ya existentes de las comunidades indígenas, que los vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas. Sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, y los derechos que ello apareja, como la designación de sus propios líderes y el derecho a reclamar sus tierras tradicionales, son reconocidos no a la persona jurídica que debe inscribirse para cumplir con el formalismo legal, sino a la comunidad en sí misma que la propia Constitución paraguaya reconoce como preexistente al Estado*”. Pues, “*La comunidad indígena, para la legislación paraguaya, ha dejado de ser una realidad fáctica para pasar a convertirse en sujeto pleno de derechos, que no se reducen al derecho de sus miembros individualmente considerados, sino se radican en la comunidad misma, dotada de singularidad propia. La personería jurídica, por su parte, es el mecanismo que les confiere el estatus necesario para gozar de ciertos derechos fundamentales, como por ejemplo la **propiedad** comunal, y exigir su protección cada vez que ellos sean vulnerados*”. (conf. párr. 82).

47. Un análisis descriptivo de la especial relación del indígena con la tierra, lo vemos en el centenario fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Guari y otros c/Provincia de Jujuy” del año 1929, cuanto explicó que “*había una especie de comunismo de aldea en el dominio útil, diverso en sus*

a la posesión ancestral de sus tierras. A partir de 1985 y, en especial, luego de la reforma de la Ley Fundamental en 1994, se produjo un cambio categórico al reconocer características propias a la posesión y propiedad de las tierras que ocupan originariamente. En líneas generales podemos decir que se reconoció la personería jurídica de las comunidades indígenas; se aplicó el principio “*in dubio pro indígena*”; se reconoció el derecho de propiedad sobre sus tierras ancestrales y se ordenó su registración en el Registro de la Propiedad Inmueble, con las restricciones propias de este derecho, mediante su anotación marginal. Esa registración se ordenó libre de gravámenes.

Hoy en día, la jurisprudencia nacional y provincial más reciente se orienta al efectivo reconocimiento de los derechos de los indígenas y registra la plena operatividad del plexo normativo constitucional indígena.

En cuanto al reconocimiento judicial de la propiedad indígena sobre las tierras ancestrales, algunos tribunales nacionales hicieron su construcción jurídica considerando plenamente operativa la cláusula constitucional, aún cuando recurrieron en forma subsidiaria, o tal vez por analogía, a la normas del dominio del Código Civil, además de aplicar la Ley 23.302.

formas en cuanto a la planta habitada, a la marca arable, y al campo de pastoreo...delineándose, al fin, una más acentuada vinculación individual, o por lo menos familiar, en cuanto a la casa y a la porción arable”, pero “jamás hubo propiedad en el sentido que las leyes romanas, españolas y argentinas tuvieron siempre”, viendo en ello una especie de simple “usufructuaria”. Dijo el Tribunal que “el inca transportaba frecuentemente grandes núcleos de población de extremo a extremo del imperio, y que el reparto y asignación de parcelas cultivables era periódicamente renovado en su nombre, se concluye que no hubo en el antiguo Perú y sus dependencias otro propietario territorial efectivo que el inca y que las comunidades indígenas solo tenían sobre la tercera parte, una especie de dominio útil o usufructo”. Y, lapidariamente remarca que nuestro régimen civil no reconoce otra propiedad comunitaria que la que se constituye por contrato, por actos de última voluntad o por precepto legal (art. 2675 C. Civil), y que ninguna ley ha dado carácter de tal a las tierras de los aborígenes; además de ser contrario al espíritu de nuestra legislación, la indivisión forzosa y permanente que resultaría de la propiedad indígena (conf. art. 2692 y 2694, y cc con los arts. 2612, 2613 y 2614 del cuerpo legal), desechando la personería de las comunidades aborígenes, por “no ser de existencia necesaria, ni posible”.

IV. EL DERECHO REAL DE PROPIEDAD INDÍGENA.

1. Análisis desde el punto de vista del derecho constitucional y desde el punto de vista del derecho civil.

Reflexionamos que el concepto de propiedad indígena puede ser analizado desde un punto de vista constitucional y, también, por otro lado, desde un punto de vista del derecho privado y, en ambos casos, orientados a la protección de la comunidad indígena.

El derecho de propiedad está garantizado expresamente en nuestra Constitución Nacional en el art. 17 que, en la parte pertinente, dice *“La propiedad es inviolable y ningún habitante puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública debe ser calificada por ley y previamente indemnizada”*.

La inviolabilidad de la propiedad y su garantía emanada de la Constitución se constata uniformemente en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por consiguiente, de la conjunción armónica del art. 75 inc. 17 y 19, con el art. 17 de la Carta Magna, aunados a los Tratados internacionales con rango constitucional, consideramos a la propiedad indígena como una “especie de propiedad” que puede ser analizada desde un punto de vista constitucional como un derecho humano que tienen los integrantes de las comunidades indígenas a sus tierras ancestrales y que también puede serlo desde un punto de vista del derecho civil, como un derecho subjetivo en cabeza de la comunidad indígena que reconoce este derecho especial de propiedad sobre sus tierras.

2. Derecho que se encuentra dentro del ámbito del Derecho Privado.

Es toda una cuestión discernir si el derecho de propiedad sobre las tierras que ocupan y sobre las cuales se les reconocen su ocupación ancestral forman parte del dominio público del Estado o, por el contrario, deben estar dentro del dominio privado, lo cual incidirá en su encasillamiento –según la postura que se adopte– dentro de la esfera del derecho público –administrativo– o, por el contrario, del derecho privado –civil–.

El constitucionalista Humberto Quiroga Lavié postula la aplicación a la “propiedad comunitaria” del régimen del dominio público establecido por el derecho administrativo al ser *“dado en concesión de uso y usufructo a las comunidades que posean esas tierras. Si bien la Constitución habla de propiedad, al tratarse de una propiedad fuera del comercio, porque las tierras no pueden ser enajenadas ni transmitidas, se convierte en dominio público dado en concesión de uso y usufructo”*

de carácter perpetuo” y se le aplican “*las normas del derecho administrativo contenidas en el Código Civil (arts. 2339 a 2342)*”.⁴⁸

Sustenta este autor el encasillamiento de la propiedad indígena dentro del dominio público por entender que los inmuebles sobre el cual se ejerce el derecho son inenajenables e imprescriptibles y únicamente dados en “concesión o uso”. Tales circunstancias hacen que se encuentren bajo la égida del derecho administrativo y no del derecho privado.

Con todo, de la lectura de los fallos nacionales y provinciales dictados a partir de la reforma constitucional de 1994,⁴⁹ mostramos que se coloca a la propiedad

48. QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Buenos Aires, Zavalia, 3ra. edición.2000, p. 429.

49. En el fallo dictado por el Superior Tribunal de la Provincia de Río Negro, in re “CO.DE.CI. de la Provincia de Río Negro; s/Amparo” del 16/08/2005 en su parte dispositiva el Tribunal resolvió “*Ordenar la cumplimiento en el plazo de 60 días de las siguientes obligaciones constitucionales y legales:...a cargo de la Dirección de Tierras y Colonización en coordinación con el CODECI: de iniciar las siguientes tareas conforme al inc. 17 del art. 75 de la CN, las leyes nacional N° 23.302, Provinciales N° 2287 y N° 2553 y el Decreto N° 310/98: a) identificación a los actuales pobladores de la RESERVA LIPETREN; b) determinación periférica, mensura y deslindes de la superficie de la Ley N° 694 y las tierras aptas aledañas que se requieran para la ampliación en función de las necesidades de las Comunidades reconocidas que allí pueblan; c) establecer y proyectar la situación dominial y los criterios de ejecución ya sean colectivos o individuales según resulte de la amplia y adecuada información, consulta y participación de las comunidades indígenas reconocidas en el presente decisorio*”. En la sentencia dictada por el Juez a cargo del Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil, Comercial y Minería N° 5 de Bariloche, Pcia. de Río Negro el 12/8/2004 estableció que el “derecho a la propiedad comunitaria y ancestral” de las tierras que tradicionalmente ocupaban la comunidad indígena Kom Kiñe Mu de la reserva Ancalao, en el fallo “Sede, Alfredo y otros c/ Vila, Hermida y otro; s/desalojo” “... **reconocido por el constituyente es plenamente operativo... Debe respetarse no bien se detecta una comunidad que persiste en su ocupación tradicional, aunque la adecuación normativa no esté completa. De todos modos, se ha señalado que la ratificación mediante la Ley 24.701 del Convenio 169 de la OIT constituye la reglamentación actual de la cláusula constitucional**”. Indica que “*Es altamente improbable que los integrantes de la comunidad indígena hayan realizado actos posesorios típicos del código civil después de la conquista y la inmigración, por las características y secuelas de ambos fenómenos históricos...*”. “...*los demandados tienen título para poseer ya que la propia ley los legitima en tanto integrantes de la comunidad indígena*”. Con relación al título explica que no debe ser entendido en sentido instrumental o formal, como documento probatorio del dominio, sino “*como causa legítima de trasmisión o adquisición de un derecho real (venta, donación, permuta, partición, cesión, usucapión, etc.)...aquí la causa legítima*”. La sentencia del Juez a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, con competencia en Familia de la V Circunscripción Judicial de la Provincia de Neuquén, por sentencia dictada el 18/8/2004 autos “Comunidad Mapuche Huayquillan c/Brescia Celso y otro s/prescripción adquisitiva” Expte. 7250/1, sostuvo frente a la prescripción adquisitiva planteada por la Comunidad Mapuche de Huayquillan que “*La Carta Magna reconoce a los indígenas, entre otros, el derecho de propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente ocupan (art. 75 inc. 17 CN), lo cual podría entenderse como un régimen especial sin suficientes precisiones con respecto a las normas del Código Civil. En verdad se trata del texto de un inciso sin suficiente aplicación sociológica y con escasa doctrina judicial, lo que no implica que el mismo no deba ser aplicado en toda*

indígena dentro de la órbita del derecho privado al disponer los jueces en sus respectivos fallos el reconocimiento de esta propiedad comunitaria conforme el mandato constitucional y ordenar su inscripción registral en los Registros de la Propiedad Inmueble de la jurisdicción respectiva, por considerarlo un derecho absoluto, oponible *erga omnes*, con contenido patrimonial.⁵⁰

Las comunidades indígenas son las titulares del derecho real de propiedad indígena –vgr. sujetos de derecho– que se ejerce sobre inmuebles que no forman parte del dominio público –vgr. su objeto–, por lo que hace que se ubique este nuevo derecho dentro de la órbita del Derecho Privado en función de la legislación especial que lo creó, la calidad de su titular y el objeto del derecho, como el interés que este derecho busca proteger.⁵¹

su extensión por mandato del principio de supremacía constitucional consagrado por los arts. 31 del mismo instrumento y 63 de la Constitución de la Provincia del Neuquén: “Sin perjuicio de ello, la accionante también ha acreditado los requisitos exigidos por el Código Civil a efectos de que prospere la demanda promovida. En estos actuados, el accionante ha invocado que durante mucho más que el lapso legal ejecutó actos posesorios sobre el inmueble en cuestión, aptos para los fines pretendidos, ofreciendo para la acreditación de tal extremo prueba documental, informativa y testimonial (arts. 2384 y 2453 del Código Civil)”. En este decisorio se hace lugar a la demanda por prescripción adquisitiva larga (conf. art. 4.015 C.C.), disponiendo la inscripción de la titularidad del dominio de las tierras que ocupaban ancestralmente en cabeza de la comunidad actora. En la parte dispositiva el juez de la causa falló “Haciendo lugar a la demanda promovida por la Comunidad Mapuche Hayquillan, y por los fundamentos considerados en los apartados I y II del presente, **declaro adquirido el dominio por la actora respecto del inmueble denominado catastralmente ...inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble en la matrícula N°..., Loncopue. Todo ello según las medidas y linderos que constan en el plano de mensura, registrado ante la Dirección Provincial de Catastro con fecha...” [...] “Firme la presente y previo a acompañarse certificado de dominio y abonar la tasa de justicia toda vez que el accionante ha mejorado de fortuna mediante esta resolución, **procédase a la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad Inmueble y a la cancelación de la anterior inscripción registral...**”. Reconoce este fallo la propiedad indígena con características similares a la propiedad individual del código civil (art. 2.506), aún cuando se la coloca en cabeza de una comunidad aborígen registrada, y la operatividad de la cláusula constitucional, pero termina fundando el fallo en las normas del Código Civil. Ver el Dial-AA23AD.**

50. Teniendo en cuenta especialmente la Ley marco 23.302, y la Constitución Nacional luego de la reforma de 1994, los planes de regularización dominial en curso en las distintas provincias argentinas, como a nivel nacional ante el INAI; las leyes provinciales y nacionales que tuvieron por objeto la expropiación y adjudicación de bienes a las comunidades indígenas, e inclusive su adjudicación directa en el caso de tierras que formaban parte del dominio privado del Estado; como la jurisprudencia reciente de nuestros tribunales, afirmamos que el derecho de propiedad indígena únicamente puede ser ubicado dentro de la órbita del derecho privado, y no del derecho administrativo. No es óbice a este encasillamiento, que en algunos casos los inmuebles del dominio privado del Estado (art. 2342) sean desafectados, para proceder luego a su posterior donación a una comunidad indígena (conf. arts. 8, 9, 10 y 11 Ley 23.302).

51. Resulta oportuno incorporar a este trabajo la nueva regulación proyectada en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de 2012, en lo que se refiere a las comunidades indígenas y su personería jurídica.

La regulación de este derecho dentro de la órbita del Derecho Privado permite un mayor resguardo de la seguridad jurídica de los interesados. Justamente, el reconocimiento dentro de la esfera del derecho privado de la propiedad indígena –al recaer sobre cosas pertenecientes al dominio privado–, hace que las comunidades indígenas únicamente puedan ser privadas de sus tierras en virtud de una sentencia dictada por un juez, fundada en una ley que las hubiera declarado previamente de utilidad pública, y previa indemnización.⁵² Y esa fue la intención del legislador al reconocer este derecho de propiedad especial. Negarles este carácter, podría hacerlos incurrir en una discriminación inversa.^{53 54}

Artículo 18.- **Derechos de las comunidades indígenas.** Las comunidades indígenas con personería jurídica reconocida tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de sus tierras según se establece en el Libro Cuarto, Título V, de este Código. También tienen derecho a participar en la gestión referida a sus recursos naturales como derechos de incidencia colectiva.

Artículo 148.- **Personas jurídicas privadas.** Son personas jurídicas privadas:

- a) las sociedades;
- b) las asociaciones civiles;
- c) las simples asociaciones;
- d) las fundaciones;
- e) las mutuales;
- f) las cooperativas;
- g) el consorcio de propiedad horizontal;

h) las comunidades indígenas;

i) toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establezca o resulte de su finalidad y normas de funcionamiento.

52. MARIENHOFF, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 4º ed. actualizada, t. IV, p. 185, quien desarrolla el tema de la expropiación por causa de utilidad pública.

53. La Corte de Justicia de Salta trató el tema de la aplicación y respeto del derecho constitucional indígena en el caso sobre violación “C. c/ Ruiz, Fabián” del 29/9/2006. Es interesante la postura de la Ministro Garros Martínez, al sostener que el respeto a los derechos culturales indígenas no puede resultar en una violación de otros derechos humanos también con status constitucional. Si bien la temática del fallo es diferente, su extrapolación en cuanto alude al choque de culturas, es justamente el meollo de la situación.

54. El reconocimiento del derecho a las tierras ancestrales por parte de los indígenas sobre inmuebles del dominio público del Estado, ya sea en reservas, o dadas en concesión o uso, o dentro de las tierras fiscales, no impidió el permanente avasallamiento de sus derechos, e incluso anulación de ellos, desde la colonización hasta la sanción de la Ley 23.302. Bielsa, *Derecho Administrativo*, Depalma, t. III, sostiene que la concesión de “uso especial o diferencial”, son solo concesiones temporáneas del dominio público: “*Es evidente que la desafectación de la cosa respecto al uso público, o sea, la facultad de modificar su destino, es el mayor acto de disposición; pero, aparte de ello –que es materia de la autoridad legislativa–, el Poder administrador puede reglar las cosas de dominio público sometida al uso público, con el objeto de permitir o conceder sobre ella un uso especial, siempre que este no importe prácticamente una*

El hecho de que recaiga sobre el bien una grave restricción a la disposición jurídica como consecuencia de la imposibilidad de enajenación dispuesta en la Constitución Nacional⁵⁵ (conf. arts. 2336, 2337, y 2338 C. Civil), la cual entendemos como una prohibición absoluta, no hace que se encuentre fuera del comercio y no obsta al encuadre legal dentro del ámbito del derecho privado.⁵⁶

Recordemos al maestro Allende en su obra clásica *“Panorama sobre los derechos reales”* que a pesar de que indica que *“toda definición es peligrosa sin necesidad de restringir el principio al Derecho Civil. Pero sin embargo es necesario hacerlo, lo que exige a veces la ciencia y siempre la enseñanza”* abarca en su definición todos los aspectos característicos de los derechos reales que: *“El derecho real es un derecho absoluto, de contenido patrimonial, cuyas normas sustancialmente de orden público, establecen entre una persona (sujeto activo) y una cosa determinada (objeto) una relación inmediata, que previa publicidad obliga a la sociedad (sujeto pasivo) a abstenerse de realizar cualquier acto contrario el mismo (obligación negativa), naciendo para el caso de violación una acción real y que otorga a sus titulares las ventajas inherentes al ius persequendi y al ius preferendi”*.⁵⁷

Aclara que el vocablo de absoluto tiene, además del significado que se desarrolla en uno de sus capítulos relacionado con la oponibilidad del derecho, otro vinculado con el contenido de las facultades del derecho de propiedad.

Sostiene que *“De tal manera que el dominio por ser un derecho real es absoluto (oponibilidad) y como tal, atendiendo a las facultades que otorga –las máximas que se pueden tener sobre una cosa– también se dice que es absoluto”* (conf. art. 2503 C. Civil). Y señala cinco distintos sentidos del término absoluto: *“1° relacionado con la oponibilidad del derecho; 2° Relacionado con el contenido del derecho; 3° Como sinónimo de derecho personalísimo o innato; 4° Como sinónimo de*

desnaturalización del uso general de la cosa” (p. 426). Nos recuerda que el principio general que indica que *“el dominio público no es susceptible de utilización privada (concesión de uso o permiso de uso) cuando esta degrada o afecta al uso público en general”*, o sea, a *contrario sensu* es posible si con *“esta utilización...no se afecta el uso de la superficie de ese dominio”*. Preceptos claramente aplicables a la propiedad indígena, y que abona la postura que no se ubica dentro del dominio del Estado, tanto público, como privado.

55. El inc. 17 del art. 75 en la parte pertinente dispone *“...ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos”*.

56. Sobre este tópico nos explayaremos en los puntos siguientes. CIFUENTES, *Negocio Jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 160/1 nos ilustra sobre la inalienabilidad absoluta y relativa, y brinda como ejemplo de inalienabilidad absoluta, además de los bienes del dominio público del Estado, el caso del derecho real de uso y habitación (art. 1.449 C. Civil).

57. ALLENDE, Guillermo, *Panorama de los derechos reales*, Buenos Aires, La Ley, 1967, p. 19.

*derecho “incausado” dentro de la teoría del abuso del derecho y 5° Como sinónimo de leyes de orden público”.*⁵⁸

Los juristas están contestes en que el orden público juega un papel preponderante dentro de la órbita de los derechos reales pues, en materia de derechos reales, la libertad individual sufre una serie restricción, al no permitir la ley establecer otros derechos reales que los expresamente previstos. La principal consecuencia en los derechos reales radica en el “*numerus clausus*”. El art. 2.502 dispone que “*Los derechos reales solo pueden ser creados por ley*”, concretando en esta disposición legal el número cerrado, de manera que la autonomía de la voluntad no desempeña respecto a este aspecto, papel alguno.

Indica Gatti que el sistema del *numerus clausus* consiste “*en que la ley (y solo ella) organiza los derechos reales y lo hace en número limitado, fijando el contenido de cada uno de ellos y dándoles además un nombre; es decir, que lo que la ley crea es el “concepto” de cada derecho real (o sea los distintos “tipos posibles de derechos reales”;* y como es sabido, todo concepto implica abstracción. En ese sentido, “*sistema de numerus clausus*”, “*sistema de creación legal de los derechos reales*” y “*tipicidad de los derechos reales*”, son expresiones equivalentes”.⁵⁹

Sostiene ese autor que “*la presencia del orden público es dominante en los derechos reales, pero no es exclusiva. Entendemos que son exclusivamente de orden público las normas que hacen a la esencia del derecho real, que llamaremos estatutarias; encuadran aquí las disposiciones que indican cuáles son los derechos reales y los alcances de su contenido (esencia). Las normas reglamentarias atinentes a los derechos reales no son de orden público*”.⁶⁰

En la nota al art. 2.828 Vélez –tomada casi textualmente de Aubry et Rau⁶¹ tuvo ocasión de expresar su claro pensamiento al respecto al decir: “*Los actos y contratos de particulares no podrían derogar las disposiciones del artículo, porque la naturaleza de los derechos reales en general, y especialmente la del usufructo, está fijada en consideración al bien público y al de las instituciones políticas, y no depende de la voluntad de los particulares*”. No solamente la creación, sino también su modificación está prohibida por el artículo, como resulta de la segunda parte de la disposición legal precitada: “*o modificarse los que por este código se*

58. ALLENDE, Guillermo, ídem, p. 19 nota N° 6.

59. GATTI, Edmundo, *Teoría General de los Derechos Reales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1980, p. 122.

60. GATTI, Edmundo y ALTERINI, Jorge H. en *El derecho real. Elementos para una teoría general*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, p. 74.

61. AUBRY ET RAU, *Cours de droit francais d’après la methode de Zacharie*, cinquième édition, tome deuxième, París, 1897, “Des droits réels. De la propriété”, pár. 228 nota 4, en p. 666: “*La nature des droits réels en général, et spécialement celle de l’usufruit, est fixée par la loi, et ne dépend pas de la volonté des particuliers*.art. 543.Proudhon, I, 309”..

reconocen...”; aún cuando no todas las normas que legislan sobre los derechos reales son de orden público, dado que la voluntad individual puede llegar a modificar en algunos casos esos derechos reales (ej: arts. 2.862; 2.878; 2.952; 3.019; 3.247).

Mientras en el régimen de los derechos personales impera el principio de la autonomía de la voluntad, en el de los derechos reales se encuentra dominado por el principio del orden público, dejando apenas un estrecho margen para la voluntad de los particulares.⁶²

Podemos decir que la enumeración de los derechos reales contenida en el código civil es taxativa, sin perjuicio que pueden crearse por ley otros derechos además de los expresamente reconocidos en el art. 2503 del C. Civil; pues ello no conspira contra el “*numerus clausus*” de nuestro ordenamiento jurídico. Vemos como la Ley 13.512 consagró el derecho real de propiedad horizontal y la Ley de 25.509 el de superficie forestal –inclusive agregó el inc. 8 al art. 2.503⁶³ y, conforme ese entendimiento, opinamos que la propiedad indígena quedó consagrada por vía constitucional.⁶⁴

62. VALDÉS, Horacio y ORCHANSKY, Benito, *Lecciones de Derechos Reales*, Lerner, Buenos Aires, 1969, p. 21: “*La voluntad en la creación de los derechos reales*”. Dijeron “*A primera vista parece arbitrario que la legislación ponga coto a la libertad individual en lo que atañe a la creación de los derechos reales. Si la propiedad se caracteriza por el poder absoluto de disposición ¿Por qué ha de estar ceñido el propietario entre los moldes rígidos de la ley, cuando su acto de disposición haya de traducirse en la creación de derechos reales? La respuesta está en la historia*”. “*La historia de la organización social y política de los pueblos se vincula profundamente a los regímenes de la propiedad, sobre todo de la propiedad inmueble*”. A continuación desarrollan las razones históricas, especialmente lo acontecido en la Edad Media, y a partir de la Revolución Francesa. Ver su relación con la nota al art. 2828 “*la naturaleza de los derechos reales en general...está fijada en consideración al bien público y al de las instituciones políticas, y no depende de la voluntad de los particulares*”.

63. GATTI, Edmundo, *Teoría General de los derechos reales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975, p. 130. Sostiene este autor que “*Pareciera que una enumeración así ubicada, es decir, inmediatamente después de consagrado el principio del numerus clausus, no debiera dar lugar a la menor duda acerca de su carácter taxativo; sin embargo la generalidad de nuestra doctrina, hasta hace pocos años, se ha pronunciado por su carácter simplemente enunciativo y no limitativo, pero lo ha hecho aplicado un criterio equivocado para distinguir lo taxativo o limitativo de los simplemente enunciativo o ejemplificativo, ya que no es admisible negar lo primero y afirmar lo segundo, por el hecho, principalmente, de que puedan existir otros derechos reales fuera del código civil o porque el legislador puede crear nuevos derechos reales*”.

64. LAFAILLE, H. *Tratado de los derechos reales*, Cía. Argentina de Editores SRL, 1943, N° 26, p. 31, sostiene al referirse a los derechos reales, en especial a su fundamento e importancia que “*La distribución y la explotación de los bienes envuelven problemas económicos de la mayor trascendencia, trátense de muebles o de inmuebles. Acerca de estos últimos principalmente, se han trasladado al orden público y social...*”. Expresa que “*El legislador ha debido pues, desde muy temprano, vigilar estas relaciones jurídicas, a fin de encauzarlas, de crear o adaptar figuras adecuadas y de protegerlas con defensas suficientes...En mayor o menor grado, se observa en nuestros días un marcado avance del derecho constitucional sobre el civil y el privado en sus ramas...Es que tales conflictos hacen a la enteraña misma de las sociedades, a cuanto integra el concepto de orden público. Por ello, cada nación se ha*

La propiedad indígena es el poder jurídico real que tiene la comunidad indígena sobre su propiedad ancestral, que tiene carácter patrimonial y está regulado principalmente por normas de orden público y, por consiguiente, es de contenido primordialmente institucional.⁶⁵ No afecta esta noción el que no sea disponible y es inalienable, intransmisible, irrenunciable e imprescriptible.

Acorde a su marco legal, la propiedad indígena es un derecho absoluto con contenido patrimonial, las normas que lo regulan son sustancialmente de orden público, establecen entre la comunidad aborigen (sujeto activo) y sus tierras (el objeto, conf. art. 2.311 C. Civil) una relación directa e inmediata que previa publicidad obliga a la sociedad (sujeto pasivo) a abstenerse de realizar cualquier acto contrario el mismo (obligación negativa), naciendo para el caso de violación, una acción real y que otorga a sus titulares las ventajas inherentes al *ius persecuendi* y al *ius preferendi*.

Enquadramos el derecho que los indígenas tienen *sobre sus tierras* o *a sus tierras*, dentro del ámbito de los derechos reales por entender que ese fue el fin que persiguió el legislador al darle tipicidad mediante la sanción de la Ley 23.302 y luego ampliar su ámbito al consagrarlo en la norma del art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional (conf. reforma del año 1994) de acuerdo, asimismo, a la interpretación que los jueces efectuaron en los casos que debieron expedirse frente a este nuevo derecho.

La propiedad indígena fue creada por ley, es oponible *erga omnes*, tiene un carácter absoluto, su tipo legal está perfectamente delineado por la Constitución Nacional en el art. 75 inc. 17 y la Ley 23.302 y crea entre la comunidad aborigen y su objeto sobre el que recae, una relación directa e inmediata (principio de inmediatez, por el cual esta obtiene directamente un beneficio, sin que medie actuación de persona alguna). Su objeto no es el cumplimiento de una prestación (conf. art. 497 C. Civil) sino que es la cosa sobre la cual se ejerce (vgr. las tierras poseídas por los indígenas, principio de inherencia a la cosa).

reservado celosamente reglamentar los derechos reales, sobre todo en materia de inmuebles (art. 10 C. Civil)." conf. pár.28, p. 32. Arguye que en el ámbito de los derechos reales existen "*limitaciones en la libertad individual*", y que "*Es fácil observar, a partir de las primeras legislaciones, que el poder público adopta en cuanto a la propiedad y sus derivados, un actitud enteramente distinta a la que aparece en otras ramas de los derechos patrimoniales. La iniciativa privada se anula casi por completo, para ser substituida por los cánones de la ley. Este criterio inspira, con intensidad diversa, las normas positivas en la materia –y la mayor parte de los códigos no autorizan otros derechos reales, fuera de los reconocidos por el legislador. Vélez no obstante su acendrado individualismo, profesa dicho sistema, que consagra sin lugar a dudas, la primera parte del art. 2502"* (p. 33).

65. GATTI, Edmundo, ALTERINI, Jorge, *El derecho real. Elementos para una teoría general*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, p. 65. Incorpora la noción ya explicitada del derecho real, entendido como un poder jurídico real.

3. Caracteres del derecho real de propiedad indígena.

1- La reforma constitucional de 1994, al elevar al rango constitucional el reconocimiento por nuestro derecho positivo de la “propiedad indígena” (conf. art. 75 inc. 17) la hace surgir como un instituto diferente a la propiedad individual, o sea al derecho real de dominio consagrado en el art. 2.506 del Código de fondo.

La Ley 23.302 da el soporte legal inicial a este nuevo derecho, que luego tuvo consagración con la reforma de la Carta Magna, sin modificar en forma expresa disposiciones del Código sustancial.

En las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Buenos Aires, en el año 2003, en el punto VI de las Conclusiones correspondientes a la Comisión N° 4 de Derechos Reales se consignó que “*La protección consagrada para la propiedad de las comunidades indígenas argentinas, por el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional, hace innecesaria e inconveniente su inclusión en el Código Civil, ya que ello implicaría una desjerarquización no querida por el poder constituyente*”.

Sobre ese dictamen, nos obligamos a señalar que aún cuando se dijo que era inconveniente su inclusión en el Código Civil, razonamos que ello no enerva el hecho de que la propiedad indígena sea un nuevo derecho real con rasgos peculiares propios dentro del ámbito del derecho privado, en tanto fue creado por ley de acuerdo a la directiva del art. 2.502 C. Civil. Y también debemos expresar que, aún cuando es plenamente operativa la manda constitucional, sería deseable una legislación complementaria que permita en forma más orgánica su cumplimiento, dado que las leyes de emergencia que suspendieron los desalojos de las comunidades indígenas hasta el año 2013 apuntan, justamente, a ese vacío, en especial respecto a la demarcación y titulación de las tierras a favor de las comunidades indígenas registradas. La simple letra de la Carta Magna y de la Ley 23.302 –puntapié legislativo inicial al reconocimiento de este derecho–, como los Tratados Internacionales con rango constitucional, no alcanzan a delinear en forma completa su marco jurídico; por ello, debe complementarse con el resto de la legislación en lo que fuere pertinente, o sea, la teoría general de los derechos reales, cuidando de respetar su esencia jurídica.

3. Derecho real de propiedad comunitaria indígena.

3.a). Sujeto.

La Ley 23.302 en su art. 7 ordenaba la “adjudicación en propiedad” a las comunidades indígenas de tierras aptas y suficientes para su explotación económica, llámese agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal, según las modalidades

de cada comunidad. Según se interpreta de su lectura, la adjudicación puede ser: en propiedad individual ó en propiedad colectiva.⁶⁶ Esa norma perdió vigencia frente a la actual norma constitucional que solamente prevé la propiedad comunitaria aborigen, pues el inc. 17 del art. 75 indica como atribución del Congreso Nacional “*Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas... reconocer la personería jurídica de sus comunidades; y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras partas y suficientes para el desarrollo humano; ninguno de ellas será enajenable, transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos...*”, pero no hace referencia alguna a la propiedad indígena individual.

Así, el nuevo derecho real es la propiedad indígena en cabeza de una comunidad aborigen y no de una sola persona, aún cuando sea aborigen, pues razonamos que este último caso forma parte del derecho común previsto en el Código Civil al tratar el dominio, con su amparo constitucional en el art. 17, incluido dentro del derecho a una vivienda digna aplicable a todos los habitantes de nuestro país.

La tipicidad del nuevo derecho real surge de su consagración en la Constitución Nacional en el art. 75 inc. 17, fijando sus caracteres (conf. art. 2.502 C. Civil). El mismo integra el número cerrado, vgr. *numerus clausus*, fijado por el legislador en nuestro ordenamiento, a pesar de que no fue enumerado dentro de los incisos del art. 2503 del C. Civil (conf. art. 2.502 C. Civil). No es un derecho prohibido por Vélez Sársfield en el Código Civil y tampoco entra en colisión con las normas de orden público que gobiernan los derechos reales.

Observamos que el sujeto de la propiedad indígena, o sea su titular, únicamente puede ser la comunidad indígena registrada, por haberse dispuesto expresamente ese requisito en el plexo normativo indígena.

Si la comunidad indígena se encuentra registrada, ya sea en los términos de la Ley 23.302 o por vía administrativa en algún registro provincial o comunal, la propiedad que detenta una comunidad aborigen goza de características propias. En el supuesto de no estar registrada la comunidad puede en cualquier tiempo proceder a su registración, cumpliendo con los requisitos legales impuestos por la autoridad de aplicación, por cuanto su registración es declarativa y no constitutiva; sin embargo, es un requisito previo y necesario para el reconocimiento del derecho real de propiedad indígena. De este modo si no existe la registración de la comunidad indígena, no puede haber propiedad comunitaria.

La comunidad indígena registrada es el único titular del derecho y no existe en esa figura un condominio entre sus integrantes (conf. no hay cotitulares de este

66. De acuerdo al art. 7 se indica que “...*La adjudicación se hará prefiriendo a las comunidades que carezcan de tierras o las tengan insuficientes; podrá hacerse también en propiedad individual, a favor de indígenas no integrados en comunidad, prefiriéndose a quienes formen parte de grupos familiares...*”.

derecho en los términos del art. 2.673). Ellos no son titulares de ninguna cuota parte, dado que la totalidad del derecho recae sobre la comunidad como un todo, al ser esta una persona jurídica.

A la propiedad indígena no se le pueden aplicar las reglas del condominio de tipo romano, pues este violentaría las características especiales de este tipo de propiedad. Aún cuando entendiésemos que existen condóminos, no podría haber partes ideales en cabeza de los indígenas y no podrían aplicarse las reglas del derecho sucesorio, pues es una única propiedad en cabeza de la comunidad indígena, de acuerdo al plexo normativo constitucional indígena y, de conformidad a los usos y costumbres indígenas, destinada a existir más allá de la vida de cada uno de sus integrantes. No podrían enajenar libremente su parte indivisa (art. 2.677), los acreedores de los condóminos no podrían embargar la cuota parte de los comuneros y provocar la venta forzosa de su parte indivisa (art. 2.677); y no podrían liberarse mediante el abandono a contribuir a los gastos de conservación y reparación de la cosa común (art. 2.685). Estas características especiales alejan a la propiedad indígena del derecho real de condominio, y tipifican al nuevo derecho.

3.b) Objeto

El objeto de este derecho es un inmueble rural.

El precepto constitucional contenido en el art. 75 inc. 17 dispone que las tierras de las comunidades indígenas no serán **“susceptibles de gravámenes o embargos”** de acuerdo a lo ya dispuesto con anterioridad en la Ley 23.302, lo cual debe interpretarse como una prohibición absoluta de la constitución de derechos reales de garantía sobre la propiedad indígena, debido a que podría llevar a la ejecución forzada del inmueble y, en definitiva, a la extinción del derecho real de propiedad indígena.

Sin embargo, entendemos que la expresión “no es susceptible de gravámenes” no contiene, en principio, a los derechos reales de disfrute, por cuanto podrían ser constituidos sobre las tierras ancestrales siempre y cuando no desnaturalicen o vacíen de contenido a la propiedad indígena.

En cuanto al usufructo y la superficie forestal sobre la propiedad indígena, estos derechos reales de disfrute sobre cosa ajena podrían llevar a la imposibilidad de uso o explotación en forma total por parte de la comunidad titular de la propiedad comunitaria y ello conspiraría contra su esencia. De todas formas, no existiría inconveniente para la constitución de los derechos reales de uso, habitación y servidumbres, siempre que no implicara vaciar de contenido este derecho (vgr. que su constitución igualmente permita el ejercicio de las facultades materiales contenidas en el mismo por parte de la comunidad aborigen).

Asimismo, la prohibición de gravar la propiedad indígena tampoco impediría la existencia de relaciones jurídicas internas dentro de la comunidad, como externas con terceras personas, bajo sus propias condiciones; o sea, según sus usos y costumbres (por ej: derecho de caza, de pesca, de pastoreo; etc.), de acuerdo al amparo constitucional del art. 75 inc. 19, en cuanto se refiere a la preservación de la identidad cultural.

3.c) Modos de constitución y de extinción del derecho.

Cabe recordar respecto de los derechos reales que sus modos de adquisición son los hechos o actos jurídicos a los que la ley confiere la virtualidad de conducir a la adquisición del derecho real.⁶⁷ Los modos de adquirir un derecho real son los diferentes hechos jurídicos susceptibles de producir la adquisición o modificación de un derecho real o los actos jurídicos que tengan por fin inmediato producir este efecto, o sea, en general, hechos a los que la ley les reconoce la virtud de originar el derecho real. En algunos casos es necesaria una doble causa a fin de que se pueda arribar a la adquisición o modificación del derecho real. Es decir, además de la causa próxima, el modo, se requiere una causa remota, antecedente de la anterior, que es el título.

Se puede distinguir entre el título, o sea el hecho o el acto que produce la adquisición del derecho, y el modo, que es la razón de ser del desplazamiento de aquél.

Conforme a la teoría del título y modo para la adquisición derivada por actos entre vivos de derecho reales que se ejercen por la posesión, no basta el título, o sea el acto jurídico obligacional, sino que además es necesario el modo.

El título es el acto jurídico que tiene por fin transmitir el dominio, pero la transmisión solo queda consumada cuando se cumple con el modo que, conforme a nuestro ordenamiento, solo es posible con la tradición.⁶⁸

67. HIGHTON, Elena, *Dominio y usucapión*, Segunda parte, Buenos Aires, Hammurabi, 1983, p. 2. "Uno de los elementos de todo derecho es la causa en el sentido de causa-fuente. Todo derecho nace de un hecho, todo derecho tiene su origen en un hecho generador". GATTI, Edmundo, *Teoría General de los Derechos Reales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975, p. 251.

68. GATTI, Edmundo, *Teoría General de los Derechos Reales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975, p. 257 dice que "...la teoría del título y el modo suficiente, tiene aplicación, no solo para la adquisición del dominio, sino para la de todos los derechos reales que se ejercen por la posesión, pero, solo juega cuando el modo de adquisición o constitución del derecho real, es la tradición. La Tradición es el único modo suficiente". "Por consiguiente de los siete modos de adquisición del dominio que enumera el art. 2.524 del C.Civil, solo corresponde hablar del título y el modo, con relación al 4º, es decir, a la tradición. No, en cambio, con respecto a los modos originarios, como son la apropiación, la especificación, la accesión

Observamos que la norma constitucional, al crear el derecho de propiedad comunitaria indígena, hace que el título en estos casos se encuentre constituido por la disposición de la ley, en tanto se orienta al reconocimiento de la propiedad indígena sobre las tierras ancestrales que ocupan las comunidades indígenas registradas. Estas, que ya tenían la posesión, necesitaron de una ley para que se les reconociera su derecho real, o sea, el título en este supuesto es la ley. Dicho en otras palabras, la ley funciona como fuente mediata del nacimiento del derecho real de propiedad indígena, en razón de la posesión ancestral que detentan las comunidades indígenas.

En la clasificación de los modos de adquisición del dominio, consideramos originario, cuando se adquiere el derecho con independencia de un derecho anterior de otra persona; no hay antecesor conocido, es decir que el derecho nace para el titular libre de todas las cargas o limitaciones que pudieran haberlo afectado en algún momento.⁶⁹

Son modos originarios: la apropiación, la especificación o transformación, la accesión y la percepción de frutos. Alguna parte de la doctrina incluye en esta clase a la usucapión.

Los modos derivados se apoyan en el derecho de otra persona, pues hay un titular anterior que pierde el derecho y un titular actual que como consecuencia de la transmisión, lo recibe con todas las cargas, limitaciones y restricciones que lo afectaban. Ellos son la tradición y la sucesión *mortis causa*. Suponen la sucesión en la titularidad del derecho real: el adquirente es el sucesor y aquél sobre quien se apoya el derecho, el autor o causante.

En referencia a la enumeración efectuada por Vélez en el art. 2.524 respecto de los modos de adquirir el dominio: apropiación, especificación, accesión, tradición, percepción de frutos, sucesión en los derechos del propietario, y prescripción—considerada incompleta por no contemplar el caso del art. 2.412, los tesoros y la expropiación—⁷⁰ apreciamos que el último supuesto ha suscitado controversia para determinar su encasillamiento dentro de los modos originarios o derivados para

y la percepción de frutos, ni tampoco por lo que hace a la prescripción (adquisitiva), que algunos consideran modo originario, otros, derivados, y otros, un modo que queda fuera de la clasificación de originarios y derivados”.

69. AREAN, Beatriz en HIGHTON, Elena- BUERES, Alberto, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 1997, t. 5, p. 363 en comentario art. 2524.

70. Ver sobre el tema LAFAILLE, Héctor, *Tratado de los Derechos Reales*, Buenos Aires, Ediar, 1943, Vol. I, N° 568, p. 446; LAQUIS, Manuel Antonio, *Derechos Reales*, Buenos Aires, Depalma, 1979, Vol. II, p. 420.

adquirir el dominio. Para Robert Pothier,⁷¹ Demolombe,⁷² la adquisición del dominio por medio de la usucapción es un modo derivado; mientras que para Lafaille,⁷³ Borda,⁷⁴ Highton,⁷⁵ y Laquis⁷⁶ (para este autor, circunscripto a la prescripción larga), entre otros, es un modo originario.

Para nosotros, la adquisición de la propiedad indígena únicamente puede ser originaria y nunca derivada, pues nace en forma totalmente independiente de su antecesor, quien era un titular dominial en los términos de los arts. 2506, 2508 y cc del C. Civil. El nacimiento de la propiedad indígena es totalmente diferente al derecho real que podía existir con anterioridad a su reconocimiento y no deriva del mismo.

La posesión ancestral de los pueblos indígenas siempre es anterior al reconocimiento por nuestro derecho positivo, o sea su derecho a la posesión de sus tierras, como el derecho real que se reconozca sobre las mismas consagrado por nuestra Constitución Nacional, se encuentra apoyado en esa relación fáctica y hará que el derecho que nazca (o, más precisamente, se reconozca) sea siempre originario y nunca derivado.

Tampoco hay resquicio de duda sobre la posibilidad de adquirir este derecho por medio de la usucapción, tal como fue receptada en la jurisprudencia de diferentes tribunales argentinos y será originaria, dado que no se apoyará en el derecho de su antecesor.⁷⁷

71. POTHIER, *Tratados de la Posesión y Prescripción*, traducidos por Deó, Manuel, anotados y concordados con la legislación romana y la vigente en España, Francia, República Argentina, Guatemala, México y Uruguay por DE MOLINS, Antonio Elías, Barcelona, Librería de Juan Llordachs, 1880, t. V, artículo preliminar, p. 5 y ss.

72. HIGHTON, Elena, *Dominio y usucapción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1983, Vol.2 p. 137 cita a pie de página N° 539 con referencia a Demolombe. Ver a este autor en *Cours de Code Napoléon, Traité Des Successions*, Tome Premier, Libre Troisième “Des différentes manières dont on acquiert la propriété”, parágrafo 6, p. 9 y 10 quien indica expresamente “*Mais de ce que l'article 712 déclare seulement que la propriété s'acquiert aussi par accession ou incorporation et par prescription, el n'en faut certes pas conclure qu'il présente ces deux modes d'acquérir comme originaires; car la prescription, qui faut passer la propriété de l'un à l'autre, est évidemment un mode dérivé...*”

73. LAFAILLE, Héctor, *Tratado de los derechos reales*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1943, t. I, p. 446.

74. BORDA, G.A., *Tratado de Derecho Civil, Derechos Reales*, Buenos Aires, Perrot, 1992, 4° ed. actualizada y ampliada, t. I, p. 258. Ver desarrollo de este autor sobre este tema.

75. HIGHTON, Elena, *Dominio y usucapción*, Buenos Aires, Hammurabi, 1983, p. 138.

76. LAQUIS, *op. cit.*

77. BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil, Derechos Reales*, Buenos Aires, Perrot, 1992, 4ta. ed. actualizada y ampliada, t. I, p. 258, en cuanto indica que la adquisición del dominio es un modo originario en tanto “...el adquirente no recibe el derecho de su antecesor de tal manera que el dominio de uno y el otro están disociados. Esta consideración es válida aún en la usucapción breve, en la que exige el justo título, porque no es el justo título la causa de la adquisición del dominio sino la prueba de la buena fe”. Ver postura en contrario, respecto de la usucapción breve de Laquis, *op. cit.*, p. 431.

Como paradigma del caso vemos el fallo judicial “Comunidad Mapuche Huayquillan c/ Brescia, Celso y otro; s/prescripción adquisitiva” del Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, de la V Circunscripción de la Provincia de Neuquén” de fecha 18/8/2004, donde se reconoció el derecho a la adquisición de las tierras ancestrales que ocupaba la comunidad aborigen en función de su posesión *animus domini* por mucho más tiempo que el fijado por el código de fondo. Existió en esa decisión judicial una simbiosis entre el sistema jurídico nacional vigente y los usos y costumbres indígenas al evaluarse la especial forma de poseer de los aborígenes y su posesión ancestral, a la luz de la normativa de nuestro derecho positivo, consagrando la propiedad indígena como un derecho real bajo la operatividad de la cláusula contenida en el art. 75 inc. 17 Constitución Nacional.

El reconocimiento efectuado por el Estado Nacional, Provincial o Municipal de la propiedad indígena, fundado en el hecho de la posesión ancestral de las comunidades indígenas, es un modo de constitución originario del derecho y no requiere de tradición.

El ejercicio de este derecho por medio de la posesión no siempre se manifiesta en similares términos que los indicados en forma enunciativa en el Art. 2384 del Código Civil.⁷⁸ Los actos posesorios de la comunidad indígena pueden manifestarse en forma diferente a la cultura occidental, teniendo en cuenta que pueden existir tierras que no ocupan con exclusividad, como es el caso de los pueblos nómades y de los agricultores itinerantes (conf. art. 14 inc. 1, Convenio N° 169 OIT).⁷⁹

78. BRONSTEIN, Arturo S. “Hacia el reconocimiento de la identidad y de los derechos de los pueblos indígenas en América Latina: Síntesis de una evolución y temas para la reflexión”, publicado en la página web de la OIT, Sección Equipo Técnico Multidisciplinario “Para la cultura indígena la tierra ancestral es la fuente de vida y es parte esencial de su identidad; por esos mismo la tierra es de propiedad comunitaria, pertenece al grupo y no a un individuo, y no puede ser considerada como una mercancía ni mucho menos como un bien susceptible de apropiación privada o enajenación a terceros en las condiciones que prevén los sistemas de derecho napoleónicos. Sin duda la mayor oposición que puede existir entre la cultura jurídica europea y la indígena es la manera como una y otra abordan el tema de la tenencia de la tierra. Si en la primera la tierra pertenece a la persona en la segunda es la persona o con mayor propiedad el grupo étnico que en cierto sentido pertenecen a la tierra. De ahí que, si para la primera un conflicto en torno de la tierra se limita a la disputa por un terreno, grande o pequeño y más o menos explotable, para la segunda puede significar toda la razón de su identidad e inclusive su supervivencia. Sin embargo, el orden jurídico dimanante de las constituciones decimonónicas jamás tomó en consideración esta diferencia de concepciones, limitándose a afirmar el derecho irrestricto de propiedad individual con respecto a aquellas tierras que tenían un dueño registrado como tal, y confiando al Estado la propiedad de las tierras baldías. De ahí que la exigencia de que las tierras y el territorio ancestrales sean objeto de un trato jurídico conforme a los valores de los pueblos indígenas, y por ende diferente del que prescribe el Código Civil, figura y ha figurado desde siempre en el centro de todas las reivindicaciones de los pueblos indígenas”.

79. ALTERINI, Jorge H, COMA, Pablo M y VÁZQUEZ, Gabriela, *Propiedad Indígena*, Editorial de la Universidad Católica Argentina, 2005, p. 107 sustenta que “En el código civil Argentino no son posibles las servidumbres a favor de una persona, si esta no es titular de un fundo dominante, pues solo reconoce

Es un derecho real sobre cosa propia y que se ejerce por la posesión a través de los integrantes de la comunidad aborígen. Es un derecho real con los caracteres esenciales de exclusivo, perpetuo, y absoluto.

La propiedad indígena es inembargable y no puede estar sujeta a gravámenes. Al disponerse la inenajenabilidad absoluta y permanente de la propiedad indígena, se encuentran derogados a los efectos de este instituto, las restricciones contenidas en el Código Civil para el resto de los derechos reales sobre cosa propia, contenidas en los arts. 2.612, 2.613, 1.364, 3.732 y 3.781. La inenajenabilidad perpetua de origen legal de la propiedad indígena, o sea, su intransmisibilidad absoluta, lleva a su imprescriptibilidad y hace que no pueda asimilarse este derecho al derecho real de dominio.

El derecho real de propiedad indígena puede ser constituido por acto entre vivos, como por disposición de última voluntad, mediante la adjudicación a título gratuito por el Estado Nacional, Provincial o Municipal dentro de la órbita de la Ley 23.302 o, conforme otras causas fuentes como en el resto de los derechos reales (vgr. donación, compraventa) e inclusive por usucapión, siempre y cuando se encuentre en cabeza de una comunidad aborígen registrada tal como lo reconoce la Constitución Nacional al consagrar “la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan” las comunidades aborígenes de la Argentina.

La adjudicación en propiedad de tierras públicas por el Estado a título gratuito equivale a una donación, que no hace que el derecho sea revocable, por ende imperfecto, por cuanto su extinción por cancelación de la inscripción de la comunidad debido a su abandono definitivo o muerte de todos sus componentes, son causales de extinción absoluta del derecho de propiedad indígena y no de mutación de su titular.

La publicidad registral es aplicable a la propiedad indígena, como medio de hacer valer frente a terceros su derecho (por aplicación del art. 2.505 del C. Civil y

como tales a las servidumbres que involucran a dos inmuebles (argumento arts. 2.973 y 2.974 Código Civil). Como Vélez Sársfield lo recuerda en la nota al art. 2.972, las servidumbres que benefician a personas, sin que deba existir un fundo dominante, fueron admitidas en la historia del derecho “por ejemplo el derecho de cazar o pescar”. Precisamente la Convención parece reconocer a favor de los pueblos nómades o de agricultores itinerantes, por lo menos, una suerte de servidumbre sin fundo dominante, sin perjuicio de que pueda llegar a admitirse un disfrute a la manera del uso o del usufructo, pero sin que le sea aplicable ningún límite temporal, ni siquiera para el usufructo, que sí puede tener como sujeto a una persona jurídica, el de 20 años previsto por el art. 2.920 del C. Civil. El límite temporal sería incompatible con la peculiar naturaleza de la propiedad indígena”. Compartimos su postura, pero no coincidimos con su conclusión en cuanto considera “La alternativa antecedente revela una de las tantas inconveniencias que resultarían de una absorción de la propiedad indígena en el derecho privado común” porque a luz de la jurisprudencia que ha interpretado el tema, por entenderse este como un nuevo derecho dentro de la esfera del derecho privado, con características propias, autónomo, diferente al dominio y al condominio.

las directivas específicas de la Ley 17.801 del Registro de la Propiedad Inmueble); tendrá efectos declarativos y no constitutivos del derecho real de propiedad indígena, pues nace extra registralmente.

Esta propiedad comunitaria no puede extinguirse por las causales normales de extinción de los demás derechos reales sobre cosa propia, pues tiene causales especiales. No pueden existir causales de extinción relativa, dado que únicamente se extingue en forma absoluta por: la muerte de todos sus integrantes, el abandono definitivo del predio por parte de todos ellos y la cancelación de inscripción de la comunidad indígena en los Registros especiales creados a tal fin, que se produce como consecuencia de la existencia de alguna de las causales ya enumeradas. El abandono o renuncia de derechos efectuada por alguno de los integrantes de la comunidad no afecta el derecho real de propiedad indígena, en tanto este se encuentra en cabeza de la comunidad indígena registrada como sujeto de derecho, diferenciado de sus integrantes.

El abandono definitivo del inmueble por parte de toda la comunidad, en el supuesto de la adjudicación a título gratuito por el Estado, hace que este pueda pedir la reversión de la propiedad. En los demás supuestos, se aplican los principios generales del derecho y la propiedad también revierte al Estado en función de la aplicación de los arts. 3.588 y 2.342 inc. 2 C. Civil.

La falta de explotación del inmueble por la comunidad no deviene en una causal de extinción del derecho de propiedad indígena. Pero, cuando el modo de constitución de este derecho fue por la adjudicación a título gratuito por el Estado, sea Nacional, Provincial o Municipal y se produce un abandono del predio en forma total y permanente por parte de la comunidad aborígen, tomado el concepto “falta de explotación” únicamente en ese sentido, o sea que no es más habitado por los indígenas, el Estado podría pedir la reversión del derecho real sobre el bien conforme a un procedimiento especial previsto en la Ley 23.302. Fuera del marco de esta ley, la reversión únicamente sería una consecuencia de la soberanía del Estado y su dominio eminente, al no haber titular que la explote, ya sea por muerte de toda la comunidad o abandono efectuado por sus integrantes.

No es posible la ejecución de la propiedad indígena al disponer art. 75 inc. 17, que es una propiedad intransmisible y no susceptible de embargos. Ergo, no es posible arribar a una ejecución forzada del inmueble.

La comunidad tiene el *ius utendi, fruendi y abutendi*, pero este último en forma restringida. Esta particularidad marca otra diferencia con el derecho real de dominio, en el cual, justamente, uno de los dogmas aplicables al mismo es que no puede impedirse más allá de cierto estricto límite temporal la libre circulación de los bienes dado que el dominio es esencialmente transmisible. Por el contrario, la propiedad indígena es esencialmente intransmisible. Y, en el supuesto de procederse a la enajenación de la propiedad indígena, tal acto jurídico sería nulo, de nulidad

absoluta por imperativo legal contenido en la Constitución Nacional. Por ello, a los efectos de este derecho, no resulta aplicable la normativa contenida en los arts. 2.612, 3.732 y 3.781 C. Civil.

Esta clara delimitación que realizamos del contenido y confines del derecho real de propiedad indígena es nuestra humilde contribución a los festejos del Bicentenario de la República Argentina, en pos de la grandeza de un país que siempre acogió en su seno a diferentes grupos humanos que quisieron vivir bajo su protección y que ahora rescata de la indiferencia a los pueblos originarios.⁸⁰

80. Es pertinente incorporar al presente trabajo el articulado propuesto por la Comisión Redactora del Anteproyecto del Código Civil integrada por Lorenzetti, Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci, presentado en abril de 2012. Sigue los lineamientos señalados en este trabajo, producto de la investigación que desarrollé cuando presenté mi tesis doctoral “La propiedad indígena”, UMSA, 2007, y conforme a las propuestas que acerqué a la Comisión.

De la propiedad comunitaria indígena

Artículo 2028.- **Concepto.** La propiedad comunitaria indígena es el derecho real que recae sobre un inmueble rural destinado a la preservación de la identidad cultural y el hábitat de las comunidades indígenas.

Artículo 2029.- **Titular.** El titular de este derecho es la comunidad indígena registrada como persona jurídica. La muerte o abandono de la propiedad por algunos o muchos de sus integrantes no provoca la extinción de este derecho real, excepto que se produzca la extinción de la propia comunidad.

Artículo 2030.- **Representación legal de la comunidad indígena.** La comunidad indígena debe decidir su forma interna de convivencia y organización social, económica y cultural, y designar a sus representantes legales, quienes se encuentran legitimados para representarla conforme con sus estatutos. El sistema normativo interno debe sujetarse a los principios que establece la Constitución Nacional para las comunidades y sus tierras, la regulación sobre personas jurídicas y las disposiciones que establecen los organismos especializados de la administración nacional en asuntos indígenas.

Artículo 2031.- **Modos de constitución.** La propiedad comunitaria indígena puede ser constituida:

- a) por reconocimiento del Estado nacional o de los Estados provinciales de la posesión inmemorial comunitaria;
- b) por usucapión;
- c) por actos entre vivos y tradición;
- d) por disposición de última voluntad.

En todos los casos, la oponibilidad a terceros requiere inscripción registral. El trámite de inscripción es gratuito.

Artículo 2032.- **Caracteres.** La propiedad indígena es exclusiva y perpetua. Es indivisible e imprescriptible por parte de un tercero. No puede formar parte del derecho sucesorio de los integrantes de la comunidad indígena y, constituida por donación, no está sujeta a causal alguna de revocación en perjuicio de la comunidad donataria.

Artículo 2033.- **Facultades.** La propiedad indígena confiere a su titular el uso, goce y disposición del bien. Puede ser gravada con derechos reales de disfrute siempre que no la vacíen de contenido y no impidan el desarrollo económico, social y cultural, como tampoco el goce del hábitat por parte de la comunidad conforme a sus usos y costumbres. Los miembros de la comunidad indígena están facultados

BIBLIOGRAFÍA

- ABREUT DE BEGHER, Liliana, tesis doctoral “Propiedad indígena: ¿Un nuevo derecho real?”, aprobada en noviembre de 2007, UMSA, Buenos Aires, Argentina, Tutora de tesis, Dra. Highton de Nolasco, Elena, Copia inédita en la Biblioteca de esa Facultad.
- ALLENDE, GUILLERMO, *Panorama de los derechos reales*, Buenos Aires, La Ley, 1967.
- ALTABE, RICARDO; BRAUNSTEIN, JOSÉ, y GONZÁLEZ, JORGE A., “Derechos indígenas en la argentina. Reflexiones sobre conceptos y lineamientos generales contenidos en el art.75 inc. 17 de la Constitución Nacional”, en ED 164-1193.
- ALTERINI, JORGE H.; COMA, PABLO M y VÁZQUEZ, GABRIELA, *Propiedad Indígena*, Buenos Aires, Editorial de la Universidad Católica Argentina, 2005.
- AUBRY, CHARLES y RAU, CHARLES, *Cours de droit francais d’après la methode de Zacharie*, quinta edición, París, 1897.
- BADENI, GREGORIO, *Instituciones de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ad-hoc, 1997.
- BARROS, ALVARO, *Indios, Fronteras y Seguridad Interior*, Ed. de Pedro Weimberg, Buenos Aires, Solar-Hachette, 1975.
- BAYLE, CONSTANTINO, “El protector de los indios”, en *Anuario de Estudios Americanos*, II, 1945.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN, “La descentralización política de las comunidades indígenas: ¿Qué nos aporta la ciencia política para el Derecho constitucional?”, en Revista jurídica *La Ley*, del 1/6/2004.
- “Los derechos de los “pueblos indígenas argentinos”, en *La Ley* 1996-B.
- “¿Un federalismo cultural?”, en *Jurisprudencia Argentina*, 2004.
- BIEDMA, JOSÉ J., *Crónicas militares. Antecedentes históricos sobre la campaña contra los indios*, Buenos Aires, 1975.

para ejercer sus derechos pero deben habitar en el territorio, usarlo y gozarlo para su propia satisfacción de necesidades sin transferir la explotación a terceros.

Artículo 2034.- **Prohibiciones.** La propiedad indígena no puede ser gravada con derechos reales de garantía. Es inembargable e inejecutable por deudas.

Artículo 2035.- **Aprovechamiento de los recursos naturales. Consulta.**

El aprovechamiento de los recursos naturales por parte del Estado o de particulares con incidencia en los hábitats indígenas está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas.

Artículo 2036.- **Normas supletorias.** En todo lo que no sea incompatible, se aplican subsidiariamente las disposiciones referidas al derecho real de dominio.

- BORDA, GUILLERMO, *Derecho Civil, Parte General*, Abeledo Perrot, undécima edición actualizada, 1996.
- *Tratado de Derecho Civil, Derechos Reales*, Buenos Aires, Perrot, 1992.
- BRONSTEIN, ARTURO, “Hacia el reconocimiento de la identidad y de los derechos de los pueblos indígenas de América Latina: síntesis de una evolución y temas para la reflexión”, en *Memoria del Seminario Internacional de Justicia sobre la Administración de Justicia y Pueblos Indígenas*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999.
- BUERES, ALBERTO J. (dir.) y HIGHTON, ELENA I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010.
- CIFUENTES, SANTIAGO, *Negocio Jurídico*, Buenos Aires, Astrea, 1986.
- DABIN, JEAN, *Doctrina General del Estado. Elementos de Filosofía Política*, traducción de González Uribe, Héctor y Toral Moreno, Jesús, México, Jus, 1946.
- DE LAS CASAS, BARTOLOMÉ, “Brevísima Relación de la Destrucción de las Indias” en *10 Obras Completas*, Ramón Hernández y Lorenzo Galmes (eds.), Madrid, Alianza, 1992.
- HIGHTON, ELENA, “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* (Santa Fé), Rubinzal-Culzoni, N° 7, 1994.
- *Dominio y usucapión*, Segunda parte, Buenos Aires, Hammurabi, 1983.
- “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*, Buenos Aires, Rubinal Culzoni.
- *Propiedad indígena*, con la colaboración de Aguilar, Kozak, Kingston, Quiroga y Zimmerman, Buenos Aires, La Ley-UBA, 2010.
- HIGHTON, ELENA y BUERES, ALBERTO, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires Hammurabi, 1997, t. 5.
- GATTI, EDMUNDO, *Teoría General de los Derechos Reales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1980.
- GATTI, EDMUNDO y ALTERINI, JORGE H. en *El derecho real. Elementos para una teoría general*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993.
- IHERING, RUDOLF, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. Española de Príncipe y Satorres, Enrique, 1904 TIV.
- ITURRASPE, FRANCISCO, *Los derechos de los pueblos (¿o de las poblaciones?) originadas en la Constitución venezolana de 1999*, ponencia presentada al “VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional e Instituto de Investigaciones Jurídica de la Universidad Nacional Autónoma de Méjico, DF, del 12 al 15 de febrero de 2002.
- ITURBIDE, GABRIELA y ABREUT, LILIANA, *Jurisprudencia de la Corte Suprema relacionada con la problemática indígena*. Periodo 1863-1930, en *La Ley on line*.

- LAFAILLE, HÉCTOR, *Tratado de los derechos reales*, Buenos Aires, Cía. Argentina de Editores SRL, 1943.
- LEVAGGI, ABELARDO, *Paz en la frontera*, Buenos Aires, UMSA, 2000.
- LEVENE, RICARDO, *Historia del Derecho Argentino*, IV, Buenos Aires, IV, Buenos Aires, 1948.
- MABRAGAÑA, H, *Los Mensajes*, Buenos Aires, Comisión Nacional del Centenario, 1910.
- MASES, ENRIQUE HUGO, en *Estado y cuestión indígena*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2002.
- MARIENHOFF, MIGUEL, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 4ta.ed. actualizada.
- MATHIEU, VITORIO, “Prolegómenos a un estudio de los derechos humanos desde el punto de vista de la comunidad internacional”, en Diemer A., Hersch, J. y otros, *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, Barcelona, Serbal/UNESCO, 1985.
- MONTES DE OCA, MANUEL A., *Lecciones de Derecho Constitucional*, I, Buenos Aires, 1917.
- OLIVEROS, MARTA NORMA, “La construcción jurídica del régimen tutelar del indio”, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, N° 18, Buenos Aires, 1967.
- POTHIER, *Tratados de la Posesión y Prescripción, traducidos por Deó, Manuel, anotados y concordados con la legislación romana y la vigente en España, Francia, República Argentina, Guatemala, México y Uruguay* por De Molins, Antonio Elías, Barcelona, Librería de Juan Llordachs, 1880.
- QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Buenos Aires, Ed. Zavallía, 3ra.edición, 2000.
- RAVIGNANI, EMILIO, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, Buenos Aires, 1937, t. I.
- Renard, Georges, *El derecho, la justicia y la voluntad*, Buenos Aires, Ediciones Desclee, de Brouwer, versión castellana del Dr. Cunchillós Manterola, Santiago, 1947.
- SPOTA, A.G., *Tratado de Derecho Civil*, Parte General.
- TRAVIESO, JUAN A., “Los derechos humanos de los pueblos indígenas”, en *JA* 1996-III-1031.
- VALDÉS, HORACIO y ORCHANSKY, BENITO, *Lecciones de Derechos Reales*, Buenos Aires, Lerner, 1969.