

LA PROPIEDAD COMUNITARIA INDIGENA DENTRO DEL MARCO DEL PLURIJURISMO

MARÍA ALEJANDRA ARAUJO
UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

1. INTRODUCCIÓN

Nos proponemos tratar el tema de la propiedad comunitaria indígena, consagrada en el artículo 75 de la Constitución Nacional, que al haber sido introducida altera la normativa originaria sobre la propiedad. Ello determina que, al convivir los dos tipos de propiedad mencionados -privada y comunitaria- deba estudiarse este supuesto dentro del fenómeno del plurijuridismo¹. Es lo que nos lleva a tratarlo en primer término. Como vamos a ver, el plurijuridismo nos confronta con una nueva realidad en relación a las fuentes productoras de normas. Los conflictos que puedan plantearse entre normas emanadas de fuentes diferentes, se tratan de resolver mediante el diálogo de ellas. Incluso dentro del marco del plurijuridismo, se acepta que tales fuentes productoras de normas puedan ser o no estatales.

¹ CIURO CALDANI, Miguel Ángel. “La comprensión del monojuridismo y plurijuridismo en una nueva era histórica”, en *La Ley*, T. 2006 C, 1246.

2. El plurijuridismo

Indagando en los orígenes del plurijuridismo, se ha afirmado que estaría dado en la sociología del derecho y en la antropología jurídica de la primera mitad del siglo XX. Este concepto que es necesario precisar, es un concepto que ha variado a través del tiempo, incluso actualmente se han formulado diferentes definiciones, variando los fenómenos a los que se refiere².

El plurijuridismo, tiene lugar cuando a un mismo supuesto de hecho le son aplicables normas que provienen de sistemas jurídicos que coexisten en un mismo territorio. Al tiempo de estudiarse las soluciones al conflicto planteado, se advierte que ya no se aplica, sin más la jerarquía de las fuentes como fuera planteada tradicionalmente, sino que otras fuentes diferentes a la ley, como la jurisprudencia, la doctrina y la costumbre, han cobrado mayor importancia que en otras épocas³. Para resolver el conflicto que plantea el plurijuridismo en la actualidad se propone que mediante el "diálogo de las fuentes se alcance su complementación, se logre delimitar campos de cohabitación o de asimilación conceptual"⁴⁻⁵.

Como se ha afirmado, el alcance del término plurijuridismo, no es único en la doctrina. Según NICOLAU con dicha expresión "se hace referencia a dos fenómenos diferentes denominados "polisistemia simultánea" y "pluralismo jurídico". Polisistemia es el encuentro de sistemas jurídicos en un mismo lugar y en un mismo tiempo, y pluralismo jurídico es la existencia simultánea de sistemas jurídicos diferentes que se

² FACCHI, Alessandra, "Los derechos en la Europa multicultural. Pluralismo normativo e inmigración", Bs. As., 2005, pág 29 y 30. "Han sido formuladas varias definiciones: genéricamente se entiende como un enfoque que estudia las situaciones en las que normas con orígenes y contenidos diferentes, incluso conflictivos, son aplicados en un mismo territorio o ámbito social. El pluralismo jurídico admite que se consideren "jurídicos" también, los ordenamientos diferentes al del Estado, contraponiéndose de tal manera a la visión, típicamente iuspositivista que limita el Derecho al ordenamiento estatal y se ocupa sólo de este último."

³ NICOLAU, Noemí L. "La fuente de las normas y la conflictividad del plurijuridismo desde la perspectiva del derecho civil actual", en el libro homenaje al Dr. Benjamín Piñón", Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 2005, pág. 207.

⁴ Idem, pág 210/1.

⁵ Puede v. GITTI, Gregorio, "Le clausule d'uso come fonti del diritto", en "Rivista Trimestrale di Diritto Civile", T. 2003-2, pág. 115.

aplican a situaciones idénticas en el seno de un mismo orden jurídico y también la coexistencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos distintos que establecen, o no, relaciones de derecho entre ellos"⁶. Es así, como entonces el fenómeno del plurijuridismo incluye dos supuestos distintos, ya sea que los sistemas jurídicos se relacionen entre sí por conexiones de derecho -Canadá, Suiza o Bélgica, o la Comunidad Europea- o por conexiones de hecho. Éste último caso se da "con los sistemas jurídicos indígenas, vigentes aunque de un modo precario, en el seno de varios países americanos, o con los sistemas nacionales y provinciales de un país federal cuando pretenden regular la misma materia"⁷.

Diferentes son pues, los fundamentos que dan origen al fenómeno que estamos estudiando. Puede ser por un lado que, como se afirmara más arriba, normas de diversa fuente (por ejemplo, ley-costumbre) establezcan para el mismo supuesto soluciones contrarias, y que no se siga lo previsto legalmente. O bien, que la convivencia de diferentes culturas en un mismo territorio, reflejen en lo jurídico el fenómeno del plurijuridismo. Esto último se aplica al supuesto que estamos analizando. Es decir, que en éste caso las normas aplicables que derivan, de fuente de producción estatal se complementan y en otros casos cederían, frente a las normas de fuente de producción consuetudinaria indígena. Esto último siempre que no se alteren los principios y valores, fundamentales.

En este último sentido y en relación a la problemática aborígen en Argentina, el Dr. BIDART CAMPOS expresa que por el espíritu de la norma constitucional (inciso 17 del artículo 75) debe entenderse que la cultura indígena por ser preexistente da espacio a una autonomía, que entiende, llevaría a pensar que es necesario dejar de lado "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"⁸.

⁶ NICOLAU, ob cit., pág 208.

⁷ Idem, pág 209.

⁸ BIDART CAMPOS, Germán. "¿Un federalismo cultural?", en JA 2004-III-933.

3. La propiedad privada y la propiedad comunitaria en el ordenamiento jurídico argentino

Originariamente -como venimos repitiendo- nuestro ordenamiento jurídico consagraba en la Constitución Nacional el derecho y la tutela de la propiedad privada. En este sentido las normas del derecho de fondo tendían a regular sólo ésta clase de propiedad.

Cuando en 1994 se reforma la Carta Magna se incorpora en el artículo 75, inciso 17, el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad comunitaria⁹ de sus tierras, como consecuencia de reconocerse previamente la diversidad cultural¹⁰. Es decir, el reconocer dentro del mismo Estado diferentes grupos culturales, hizo que al tiempo de reformarse la Constitución Nacional se concediera a los pueblos indígenas el derecho¹¹ de tener la propiedad comunitaria de las tierras que ancestralmente ocupan. Así se ha reflejado en lo jurídico lo que se verifica a priori en la realidad social¹².

Podría decirse siguiendo a BIDART CAMPOS que se hace necesario construir una cultura común, que se componga de tantas culturas como existan en el Estado. "La reforma de nuestra Constitución en 1994 ha acogido "lo que venimos calificando como federalismo cultural"¹³.

⁹ En la actualidad, como variante de la propiedad privada, se reconoce la propiedad colectiva, que se diferencia de la propiedad individual y el condominio. La propiedad colectiva tiene una finalidad específica que responde a necesidades económico-sociales. Dentro de la misma pueden incluirse los casos particulares de multipropiedad y cementerios privados. Esta aclaración parece conveniente a fin de no confundir terminológicamente a la propiedad colectiva y a la comunitaria.

¹⁰ El multiculturalismo influye en la generación de algunos tipos de plurijuridismo por ejemplo en el caso de las comunidades indígenas, pero no en otros como puede ser en el sistema federal. Podría decirse entonces, que el plurijuridismo a veces responde a razones políticas y otras veces a razones culturales.

¹¹ Se ha dicho que "Los derechos culturales y los derechos colectivos no deben ser entendidos como la misma cosa, si bien a menudo se usan como sinónimos. Los derechos colectivos no siempre tienen fundamento cultural" como por ejemplo los derechos de los grupos de los consumidores", FACCHI, op. cit., pág. 17.

¹² Si bien nos parece justo que el ordenamiento jurídico incorpore derechos que se fundan en la diversidad cultural, no creemos que el respeto a la cultura diferente deba llevarnos a un relativismo moral. Los derechos fundamentales de las personas, en los cuales se basa su dignidad, no deben ser dejados de lado, por ser su existencia anterior e independiente, a las culturas.

¹³ BIDART CAMPOS, op. cit.

Asimismo, la reforma además de reconocer expresamente la identidad de los pueblos indígenas argentinos, otorga jerarquía constitucional, a ciertos tratados internacionales. Es el caso -en lo que a nuestro análisis interesa- de la Convención 169 de la OIT; o del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, dentro del cual, en su artículo 7, se expresa que: "En los Estados en los que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma". Así se concluye que tales tratados al incorporarse al sistema jurídico lo han afectado¹⁴. Entendemos que el alcance de la Reforma constitucional, habilita a que ciertas relaciones se rijan por el derecho indígena¹⁵.

Vemos entonces como la problemática indígena en relación a la

¹⁴ "Las cosas suceden como en el estanque de una fuente. El agua nueva, propagando ondas se mezcla con el agua del pilón y la va cambiando. A veces, según el nivel alcanzado se derrama agua para hacer lugar a la que entra, la cual se diluye y se confunde con la que había ya. Pero aún sin derramarse, la composición, la temperatura, el grado de pureza del agua, todo, en fin, es afectado por la que se va agregando, así como una sola gota de tinta cambia el color de todo el líquido", SOLER, Sebastián, " Interpretación de la ley". Ed. Ariel, Barcelona, 1.962, pág. 113, citado en fallo del Tribunal superior de Neuquén publicado en La Ley T. 2000-E-130.

¹⁵ "Los juristas indígenas distinguen (conf. FRITES, Eulogio, "El derecho indígena consuetudinario argentino", 1.995) entre derecho indígena y derecho consuetudinario indígena. Y afirman: "el derecho indígena es el conjunto de normas propias, que regulan la conducta y el desarrollo armónico de la vida de las comunidades de los pueblos indígenas. Su esencia es el derecho consuetudinario, enriquecido con normas del derecho positivo de los Estados que se le incorporen receptando normas sobre los territorios indígenas, cosmovisión -pensamiento religioso y filosófico de los pueblos indígenas- su pluriculturalidad, sus personerías jurídicas, sus organizaciones comunitarias locales, nacionales e internacionales". En tanto: " el derecho consuetudinario es el conjunto de normas basadas en la costumbre de cada comunidad de los pueblos indígenas. Son normas morales y materiales con las que se administran las actividades comunitarias a través del tiempo. Los pueblos indígenas de la Argentina, por ejemplo lo vienen practicando desde siempre. Estas normas de tipo administrativo, civil, penal y religioso han permitido mantener la identidad cultural y sus derechos materiales y espirituales, como conservar la tierra o territorio, su cosmovisión y conciencia indígena, resistiendo la destrucción de la personalidad indígena por parte de los grupos dominantes que proceden de la colonia española y de los estados republicanos". CANET, Viviana, "Institucionalización de las prácticas de los pueblos y comunidades en la Argentina. Aportes de la doctrina"., en JA -2005-III, pág. 1445, nota 20.

propiedad de sus tierras, se inserta dentro del fenómeno del plurijuridismo como lo explicáramos en el punto anterior. De allí, que debamos concluir que en el territorio argentino, junto a la normativa sobre la propiedad privada existen a la vez normas consuetudinarias indígenas-por imperio constitucional- que regulen la propiedad comunitaria. La Constitución Nacional sólo consagra tal tipo de propiedad, pero al no reglamentar ninguna norma estatal su contenido, su regulación queda determinada por el derecho indígena. Cabe preguntarnos entonces, cuál es el lugar que ocupa este derecho dentro del ordenamiento jurídico argentino. Creemos que, por lo menos en materia de propiedad de la tierra, el derecho indígena tiene autonomía respecto de los ordenamientos jurídicos nacionales y provinciales.

4. Sujeto titular de los derechos sobre las tierras

Con anterioridad a la Reforma Constitucional, ya los legisladores se habían ocupado del tema de los pueblos indígenas, sancionando la ley 23.302. Esta ley en su artículo 2 define a las comunidades indígenas como a un conjunto de familias, que se reconozcan como tales por el hecho de descender de poblaciones que habitan el territorio nacional en la época de la conquista o colonización; e indígenas o indios a los miembros de dicha comunidad. Además, esta ley, crea al Registro de Comunidades Indígenas, estableciendo que la personería de las comunidades indígenas se adquiere por la inscripción en el Registro, así como se extingue por su cancelación. Establece en su artículo 4 que las comunidades aborígenes deben regirse, en cuanto a su organización interna, por las leyes de cooperativas, de mutualidades u otra forma de asociación contemplada en la legislación vigente. Por su parte, el decreto 155/1989 del P.E. que reglamenta esta ley, dispone en su artículo 19 que las comunidades tendrán su personería reconocida con los alcances del inciso 2 párrafo 2 del artículo 33 del Código Civil, es decir que se las reconoce expresamente como personas jurídicas de derecho privado.

La Reforma de 1.994 viene a alterar esta normativa. Debemos analizar cuál es el sujeto titular de los derechos que consagra, así como la

naturaleza jurídica de los mismos.

El artículo 75, inciso 17, de la Constitución Nacional cuando habla de dicho sujeto utiliza indistintamente los términos pueblos o comunidades indígenas, al afirmar que se reconoce la preexistencia étnica y cultural de los mismos. Declara además, el derecho a reconocerles personería jurídica.

Para BIDART CAMPOS con la expresión pueblos el constituyente quiso hacer referencia a población o comunidades grupales. Vemos que esta postura coincide con la definición dada por la ley 23.302. El hecho de tener reconocida personalidad jurídica, implica admitir su organización. Pero es necesario, siempre teniendo en consideración su cultura aborígen¹⁶. En este sentido, parecería que lo más justo sería admitir las formas asociativas conforme a la idiosincracia de los pueblos aborígenes y entonces dejar sin efecto las inscripciones que se hayan realizado de asociaciones que no reflejan la cultura indígena, no exigiéndose requisitos que no sean acordes a sus propias formas de agruparse. Dice el autor mencionado que, para respetar debidamente a las comunidades, se deben "sustituir y/o suprimir cuantas inscripciones se hayan efectuado bajo la máscara de estructuras asociacionales ajenas a la misma tradición y cultura indígenas, debiendo simplificarse las exigencias y formalidades que le son incompatibles". Por aplicación de la resolución SDS 4.811/1.996, la personería no se otorga sino que se reconoce, registrándose la comunidad con sus propias formas de organización y de gobierno¹⁷. En dicha resolución puede leerse expresamente que "a partir de la reforma de nuestra Carta Magna, las relaciones entre los miembros de una comunidad indígena inscripta en el Registro de Comunidades Indígenas, deberá a no dudarlo, regirse por aquellas pautas de orden histórico, cultural o asociativa que las mismas comunidades entienden que es la que mejor tiende a la defensa de todos aquellos intereses que los afectan.

En la misma línea de pensamiento, otro autor sostiene que las

¹⁶ BIDART CAMPOS, Germán, "Tratado de Derecho Constitucional Argentino". Ediar, Tomo VI, pág. 373.

¹⁷ CANET, op. cit., pág. 1445

comunidades aborígenes tienen sus peculiaridades, por eso razones de justicia exigen contemplar cuál es la normativa que cabe aplicarles¹⁸.

En relación al mismo tema, la doctrina discrepa acerca de si la personería que se les reconoce es de derecho público o de derecho privado. Así, se ha sostenido que cabe deducir, que como la Constitución Nacional, se refiere expresamente a las comunidades aborígenes les es reconocida su personería jurídica, ésta resulta ser de derecho público. A ello se ha contestado que por el contrario, no puede afirmarse sin más que por esas razones sea la personería de derecho público, si en realidad la Constitución Nacional no hace referencia a ese carácter¹⁹.

Consideramos que para asignar a las comunidades aborígenes argentinas, la naturaleza de persona jurídica de derecho público o de derecho privado, es necesario ver si sus características responden a las de una u otra clase de personas jurídicas.

Comencemos por recordar qué dicen los autores al respecto. Si bien reconocen que las características o requisitos que deben reunir las personas de derecho público difieren según las opiniones doctrinarias, en general admiten que deben reunir ciertas características mínimas. Así por ejemplo BORDA sostiene que dichas características son: 1- tener una finalidad que tienda al bien común. Si por bien común se entiende, una finalidad que sea en beneficio de toda la comunidad argentina, podríamos concluir que este rasgo no es propio de las comunidades que estamos analizando; 2- cierto poder de imperio. Creemos que tampoco se responde a este requisito.

¹⁸ "El reconocimiento de la personería jurídica a las comunidades aborígenes requerirá también de una ley especial que establezca los efectos jurídicos de ellas, y alguna estructura jurídica comunitaria (quizá otorgando algún tipo de facultades administrativas al cacique o consejo de ancianos, donde los haya). EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, "Tratado de Derecho Constitucional", Depalma, Buenos Aires, 1.997, Tomo IV, pág. 534.

¹⁹ Esa es la postura que dentro de nuestros autores sostienen Gonzalo y Juan F. Segovia, "opinan que esta frase otorga a las comunidades indígenas, personería de derecho público, porque la constitución les reconoce expresamente personería jurídica, lo que no sucede ni con los sindicatos ni con la Iglesia Católica. No estamos de acuerdo con esta opinión, ya que la mera referencia a la personería jurídica, sin aditamento alguno, no define su carácter público o privado. Esto sucede también con las asociaciones de usuarios y consumidores (art. 43, segundo párrafo), sin que ello implique reconocerles el carácter de personas de derecho público)". EKMEKDJIÁN, op. cit., pág. 534.

BELLUSCIO y ZANONNI tienen en cuenta: 1- Obligación del ente hacia el Estado de cumplir sus fines propios; 2-Control estatal de la gestión de la entidad, por disposiciones específicas que no constituyan el ejercicio del poder de policía del Estado; 3- Ejercicio de algunas potestades de imperio²⁰.

Podríamos concluir que el reconocimiento de las comunidades indígenas argentinas, implica un reconocimiento declarativo de la existencia de las mismas, en atención al grupo humano con características étnicas y culturales que lo aglutinan. Nos parece, en consecuencia que, como la organización de las comunidades se debe realizar según sus costumbres propias, se ha creado un nuevo sujeto de derecho, diferente a las personas jurídicas enumeradas en nuestro código civil.

5. Régimen de las tierras en el sistema de los pueblos indígenas

Los pueblos indígenas son esencialmente comunitarios y colectivistas. Como consideran que la vida viene de la Madre Tierra, incluso consideran que ellos mismos provienen de ella, no luchan por conquistarla con un fin egoísta. Esta es la razón por la que conforman grupos comunitarios y colectivistas²¹. Dentro de esta concepción entonces se comprende la importancia del reconocimiento de la propiedad comunitaria, ya que ésta se pone al servicio de la comunidad. Si bien hay distintas posturas acerca de a quién corresponde atribuirle la propiedad²², "puede considerarse que la propiedad del patrimonio comunitario radica en la comunidad misma en cuanto tal y no en los individuos. Las justas

²⁰ BELUSCIO, Augusto y ZANONNI, Eduardo, "Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado", Ed. Astrea, 1993, Buenos Aires, anotación al artículo 33, pág. 152.

²¹ PALOMINO FLORES, Salvador, citado en nota 36 por HIGHTON, Elena, "El camino hacia el nuevo derecho de los pueblos indígenas a la propiedad comunitaria en la Constitución de 1.994", en "Revista de Derecho Privado y Comunitario" núm 7, pág. 307/8.

²² Algunos autores sostienen que la propiedad es sólo comunitaria, mientras otros sostienen que puede ser comunitaria o familiar. Los representantes y dirigentes de los pueblos indígenas bregan por una propiedad sólo comunitaria. CANET, op. cit., págs. 1447/8.

diferencia que originan distintas necesidades entre los diversos participantes de la comunidad, de acuerdo con las responsabilidades propias de cada uno, se establecen en el plano de la dirección y participación en las utilidades, pero no del dominio. Es decir, que en el sistema comunitario las comunidades son dueñas reales..."²³.

Lo anterior puede verificarse entre los pueblos indígenas argentinos. A modo de ejemplo, puede verse que, entre los guaraníes se reconoce la "propiedad privada de los objetos muebles y la familiar de las chozas. No existe la propiedad privada territorial, de manera que el derecho de sucesión sólo comprende los muebles, únicos bienes sobre los cuales recae el derecho de los herederos. En cuanto a la choza...no se transmite por que su destino es indivisible, de modo que muerto el jefe siguen viviendo todos en común"²⁴. En el pueblo wichí (mataco-mataguayos) "la tierra es poseída en común; y cada tribu tiene asignado un territorio de caza, cuyos límites están fijados por accidentes naturales"²⁵. "Cada parcialidad tenía su territorio de caza y la propiedad era colectiva"²⁶.

En vista a esa cultura propia de los pueblos aborígenes es, como venimos diciendo, que se justifica la nueva normativa constitucional que declara la protección de sus derechos²⁷. Sin por ello olvidar que forman parte del Estado Argentino²⁸. En este sentido se ha expresado: El

²³ HIGHTON, op. cit. pág. 307/8.

²⁴ MONTARCE LASTRA, Antonio y UTEDA, Juan M., citado en nota 49 por ALTERINI, Jorge, CORNA, Pablo y VÁZQUEZ, Gabriela, "Propiedad indígena", Educa, Bs. As., 2.005, pág. 22.

²⁵ Conf. PALAVECHINO, citado en nota 57 por ALTERINI, CORNA y VÁZQUEZ, op. cit., pág. 23

²⁶ Conf. MARTÍNEZ SARASOLA, citado en nota 58 por ALTERINI, CORNA y VÁZQUEZ, op. cit., pág. 23

²⁷ Así, los derechos incorporados a la Constitución incluyen: derecho a la garantía de la identidad étnica, histórica y cultural; derecho a la transmisión de conocimiento, como educación bilingüe e intercultural; derecho a la personería jurídica de las comunidades como tales; derecho a la posesión y propiedad comunitaria de la tierra que tradicionalmente habitaban; derecho al arraigo, garantizado por la inalienabilidad e inembargabilidad del territorio; derecho a la expectativa de acceder a otras tierras aptas y suficientes; derecho a la gestión de los recursos naturales, conforme DÍAZ, Rodolfo A. (convencional) citado en nota 4 por HIGHTON, op. cit.

²⁸ En este sentido se ha expresado que "el reconocimiento de la preexistencia de los pueblos indígenas, con estatutos legales propios y diferenciados en razón de la etnia y la cultura pone en

reconocimiento de estos derechos por la Constitución Nacional, lo es a una realidad colectiva que son los pueblos indígenas. Éstos se reconocen como comunidades, con personería jurídica. "Ello en tanto la Nación Argentina es una sociedad multiétnica y pluricultural, pero única, integrada e indivisible"²⁹.

El hecho de reconocerse especiales derechos a las comunidades aborígenes argentinas, hizo pensar a algunos autores que se estaban concediendo prerrogativas de sangre. BIDART CAMPOS explica que: "Entonces si quedara la impresión que el artículo 16 prohíbe las prerrogativas de sangre y nacimiento y de que el inciso 17 las consagra a favor de los pueblos indígenas, optaríamos por esta conclusión: el artículo 16 contiene un principio general que la misma Constitución excepciona en la normativa del inciso 17, con lo que lejos de toda inconstitucionalidad (por que dentro de nuestra Constitución nunca hemos aceptado relaciones intrajerárquicas) lo que acontecería sería, sencillamente, que dos normas del mismo nivel contienen, una -el artículo 16- un principio general, y otra -el inciso 17- un principio específico de excepción"..." Esto es pluralismo. Esto es tratar de manera distinta a quienes se hallan en situaciones también distintas. Y esto es derecho a la igualdad, muy distanciado del igualitarismo, la uniformidad, la homogeneidad y la nivelación. En todo lo último habría inconstitucionalidad; no en asumir el pluralismo, la identidad y la diferencia de grupos diversos, de sus componentes individuales, y de las personas en general"³⁰.

Podríamos entonces concluir que la norma constitucional, en atención a la diversidad cultural, realiza el valor justicia, reconociendo la

cuestión la existencia y pervivencia de un único Estado Nacional. Quizás por ello y pese a la histórica injusticia que vivieron los pueblos indígenas impulsaron en la constituyente de 1994 y aceptaron de ella, el reconocimiento de su identidad consagrada en la Constitución histórica. Así pues, quiso ser una síntesis de inclusión nacional, resguardo de su propia identidad originaria, consagración de la pluralidad cultural y mantenimiento de un único Estado". GELLI, MARÍA A. Citada por CANET, op. cit., pág. 1442.

²⁹ HIGHTON, op. cit.

³⁰ BIDART CAMPOS, Germán, "Los derechos de los pueblos indígenas argentinos. En: El derecho constitucional humanitario", Ediar, Buenos Aires, 1996, pág 174

preexistencia de las comunidades aborígenes y su derecho al reconocimiento de la titularidad de las tierras ancestralmente ocupadas. Si bien con el límite de estar actualmente ocupándolas.

6. Naturaleza jurídica del derecho de las comunidades indígenas sobre sus tierras

La materia de derechos reales, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, se rige por los principios de *numerus clausus* y de tipicidad. Según el primero de ellos, la fuente de creación de los mismos es la ley, en tanto que el segundo de los principios hace a la determinación del contenido de los derechos reales³¹.

Pero es posible que -y de hecho ha sucedido- que se creen por el legislador otros derechos reales distintos a los que Vélez reguló. Por ello se afirma que "el *numerus clausus* no significa que esté cerrado el camino a la marcha evolutiva del Derecho, pues la nueva legislación puede crear nuevas formas de derechos sobre las cosas con figuras que se vayan desarrollando hasta convertirse en derechos reales independientes siempre que se respeten los límites básicos de lo que puede configurar el contenido de un derecho real"³². Es así que estén o no en la enumeración del artículo 2.503 del Código Civil, los derechos reales deben haber sido creados por la ley, su número está limitado a lo que ésta disponga.

Siguiendo este criterio podemos afirmar que **el constituyente reconoce un nuevo derecho real: la propiedad comunitaria indígena**. En este sentido, lo expresan algunos autores quienes lo clasifican como un derecho real sobre cosa propia. Por ende, su régimen es de orden público. "El artículo 75 inciso 17 prevé en forma operativa y directa un régimen diferente a la normativa del Código Civil en materia de propiedad y de

³¹ Se señala que "... La diferencia apuntada no parece tener mayor significación, al menos en nuestro derecho, por cuanto la norma del artículo 2.502 del CC comprende a ambos en sus párrafos primero (*numerus clausus*) y segundo (principio de tipicidad)", en ADROGUÉ, Manuel, "El derecho de propiedad en la actualidad", Abeledo-Perrot, 1995, documento Lexis Nexis N° 1003/000971.

³² HIGHTON, Elena y otros, citado por KOZAC, Verónica y DEL VALLE MONTOYA, María C., "El derecho de superficie forestal", en JA 2003-III-203.

derecho sucesorio"³³. Nuestra Constitución Nacional ha dado origen a este derecho, respondiendo ello al principio del *numerus clausus*, imperante en la materia, como ya lo afirmáramos. Pero la ley no determina el contenido del mismo -principio de tipicidad. Recurriendo a la respuesta que nace desde el plurijuridismo concluimos que la forma en la que se va a ejercitar este derecho, es decir la determinación del contenido de éste derecho real, dependerá del derecho consuetudinario aborígen. Es decir que, el plurijuridismo habilita a recurrir a una fuente, tradicionalmente de jerarquía inferior, como es la costumbre para integrar la norma en cuestión.

"El carácter "comunitario" de la posesión y de la propiedad de la tierra que ocupan importa: "un expreso supuesto de prohibición de la propiedad privada (...) sobre las mismas"³⁴.

7. Conclusiones

1. Con la expresión plurijuridismo entendemos la existencia simultánea de sistemas jurídicos diferentes que se aplican a situaciones idénticas en el seno de un mismo orden jurídico y también la coexistencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos distintos que establecen, o no, relaciones de derecho entre ellos.
2. Entendemos que el derecho que el constituyente reconoce a las comunidades indígenas argentinas sobre la tierra, es un derecho real sobre cosa propia.
3. El derecho real al que se hace referencia en el punto anterior, tiene como fuente a la Constitución Nacional. Respondiendo así al principio del *numerus clausus*. Pero la tipicidad del mismo no resulta de la ley, sino de la norma consuetudinaria indígena. Aquí se da uno de los supuestos de plurijuridismo, al tenerse en cuenta fuentes de producción de normas,

³³ BIDART CAMPOS, Germán, Dictamen publicado en internet www.pueblosindigenas.net, citado en nota por ALTERINI, CORNA y VÁZQUEZ, op. cit.

³⁴ GONZALO Y JUAN FERNANDO SEGOVIA. "La protección de los indígenas, Instituto Argentina de Estudios Constitucionales y Políticos. Derecho Constitucional de la Reforma de 1.994", Depalma, Mendoza, 1995.

estatal y no estatal.

4. El **sujeto titular** del derecho real no es el individuo aislado sino **la comunidad**.
5. Las comunidades aborígenes argentinas, son a nuestro entender, consideradas como sujetos de derecho privado, diferentes a los mencionados en nuestro Código Civil. Creemos que configuran entes colectivos con rasgos propios. Esto es, porque según la resolución de la SDS 4811/1996, se determina que las comunidades deben ser organizadas según sus propias pautas culturales. Aquí también vemos un supuesto de plurijuridismo, donde se integra la normativa vigente con el derecho consuetudinario aborígen.