

El derecho de propiedad bajo la óptica de la Ley Nacional de Asuntos Indígenas

por

Sergio Nuñez y Ruiz Díaz

Introducción

El objetivo de esta breve investigación es analizar la pervivencia del antiguo concepto de propiedad comunitaria en nuestra normativa actual, viéndose reflejada en la Ley Nacional N° 23.302/85 por la que se instituye la Comisión Nacional de asuntos indígenas.

Análisis de la norma

La Ley Nacional N° 23.302/85 por la que se crea la Comisión Nacional de asuntos indígenas, es una de las primeras de nuestro país que trata en forma integral sobre la temática de la propiedad indígena. La misma, que fuera sancionada en septiembre de 1985, consta de un breve articulado (25), dividido en nueve Capítulos, a saber: el primero (I) en el que se destacan los objetivos de la norma (Art. 1°), el segundo (II) que trata de las comunidades aborígenes (Arts. 2° a 4°), el III, de la creación del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (Arts. 5° y 6°), el IV que se dedica a la adjudicación de tierras (Arts. 7° a 13°); el V sobre los planes de educación (Arts. 14° a 17°); el VI relativo a los planes de salud (Arts. 18 a 21°), un VII Capítulo que trata de los derechos previsionales (Art. 22°), el VIII acerca de planes de vivienda (Arts. 23° y 23° bis) y por último un capítulo IX, que regula los recursos

para poder ayudar a las comunidades indígenas (Art. 24). El último de los artículos es de forma¹.

De su lectura y análisis, surgen diversos conceptos que, desde mi punto de vista tiene su antecedente y fundamento en el Derecho Indiano, ya que los mismos han sido tratados por éste. El carácter tuitivo de dicha legislación se ve reflejado en múltiples ordenanzas que no son dejadas de lado con el advenimiento del movimiento independentista nacional e hispanoamericano de principios del siglo XIX. Pese a que la corriente iluminista que exhiben los corifeos de la revolución, pretende echar por tierra el derecho anterior, y con ello un cuerpo jurídico que intentaba unir a los dos grandes grupos étnicos que forman parte de nuestro continente por siglos. Hay que esperar a la consolidación del proceso de la codificación con predicamento liberal, para que el régimen de la tierra y los derechos personales adopten los criterio de esta corriente.

Debemos destacar que el contexto en el que surge el Derecho de Indias, corresponde al de la Modernidad, signado por el llamado Derecho Común que consecuentemente trasñada a América los mismos parámetros que se aplicaban en Europa. Comenzando por la controversia acerca de si los indígenas eran o no susceptibles de ser sometidos a la esclavitud, aplicando la doctrina de Egidio Romano (S. XIII), en cuanto a que “los que no reconocen a Dios no pueden poseer justamente lo que Dios dá, es decir el Derecho de la Cristiandad”, pensamiento aplicado por los portugueses en sus conquistas de los siglos XV y XVI².

La Corona española se inclina por la doctrina de Santo Tomás de Aquino, respecto a que se debe aplicar la ley natural propia de toda la humanidad –*ius gentium*- a los considerados infieles, siendo destinada la llamada “ley de la gracia” para los cristianos. A consecuencia de ello, la Bula *Sublimis Deus* de 1537 del Papa Paulo III (y con posterioridad reafirmados los conceptos por las llamadas “Leyes Nuevas” de Carlos I en 1542), declara que “dichos

¹ Ley N° 23.302/85. actualizada por Ley N° 25799/03.

² Dougnac Rodríguez, Antonio, “*Manual de Historia del Derecho Indiano*”; Universidad Autónoma de México, 1994.

indios y todas otras gentes que a noticia de los cristianos lleguen en adelante, aunque estén fuera de la Fe de Cristo, sin embargo no lo han de ser privados o se les ha privar de su libertad y del dominio de sus cosas, antes que bien pueden libre y lícitamente usar y gozar de tal libertad y dominio y no se les debe reducir a servidumbre.”³

Con estos fundamentos la legislación de Indias reconoce en los aborígenes tanto el principio de libertad como el derecho de propiedad, instaurando un cuerpo normativo que procura hacerlos respetar en todo el continente. Sin perjuicio de reconocerles ciertas excepciones derivadas del carácter jurídico que le otorga, o sea, el tratamiento correspondiente a la figura del menor de edad o a la del miserable.

Comprobamos que en la normativa en estudio, se encuentran los mismos fines aunque expresados en otros términos, del legislador hispano. Así el artículo 1º expresa que: “Declárase de interés nacional la atención y apoyo a los aborígenes y a las comunidades indígenas existentes en el país, y su defensa y desarrollo para su plena participación en el proceso socioeconómico y cultural de la Nación, respetando sus propios valores y modalidades. A ese fin, se implementarán planes que permitan su acceso a la propiedad de la tierra y el fomento de su producción agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal en cualquiera de sus especializaciones, la preservación de sus pautas culturales en los planes de enseñanza y la protección de la salud de sus integrantes.”

Tal artículo, recuerda a la Ley 1ª del Libro VI de la Recopilación de Leyes de Indias que encarga a “los Virreyes, Presidentes y Audiencias el cuidado de mirar por ellos y dar las ordenes convenientes para que sean amparados, favorecidos y sobrellevados, por lo que deseamos que se remedien los daños que padecen y vivan sin molestia ni vejación.” Es el principio de tutela del que está teñido todo el Derecho Indiano a favor del indígena, que se complementa con todo el Título décimo del Libro VI de

³ Bula “*Sublimis Deus*”, en García Gallo, Alfonso; “*Manual de Historia del Derecho Español*”, Tomo II; Madrid, 1975.

dicho cuerpo normativo, que trata del buen tratamiento que se le debe a los aborígenes⁴.

Respecto de su situación jurídica, recordemos que la jurisprudencia hispana los considera bajo el status jurídico de los rústicos de la Corona de Castilla, junto con la condición de minoridad de los mismos. Según palabras de Bartolomé Clavero es un “trío de viejos estados, de status previamente acuñados, el estado de rústico, el estado de persona miserable y el estado de menor”⁵. Y al respecto Don Juan de Solórzano Pereira en su “Política Indiana” nos dice que “En nuestros indios, es forzoso que lo digamos, pues por su corta capacidad gozan del privilegio de rústicos y menores, y aún no pueden disponer en sus bienes raíces, quanto mas de sus personas y libertad, como lo diremos en el capítulo 28 de este mismo libro, “Que los Indios son y deben ser contados entre las personas que el Derecho llama miserables”⁶.

El artículo 14º establece que los planes de educación “deberán resguardar y revalorizar la identidad histórico-cultural de cada comunidad aborígen, asegurando al mismo tiempo su integración igualitaria en la sociedad nacional.”

Por su parte, la Recopilación de Indias en su II Libro, Título I, Ley 4ª, ordena “que las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía, y sus usos y costumbres observadas y guardadas después que son cristianos y que no se encuentran con nuestra Sagrada Religión, ni con las leyes de este Libro, y las que han hecho y ordenado de nuevo se guarden y ejecuten; y siendo necesario, por la presente y ordenado de nuevo se guarden y ejecuten; y siendo necesario, por la presente las aprobamos y confirmamos, con tanto que nos podamos añadir lo que fuéremos servido y nos pareciere que conviene al servicio de Dios Nuestro Señor, y al nuestro y a la conservación y policía cristiana de los naturales de aquellas

⁴ Recopilación de Leyes de Indias; Edición Facsímil, Madrid, 1973.

⁵ Bartolomé Clavero; “*Derecho Indígena y Cultura Constitucional en América*”; Siglo XXI Editores; México, 1994.

⁶ Juan de Solórzano Pereira; “*Política Indiana*”; Madrid, 1647, Libro II, Cap. 4º, p. 27.

provincias, no perjudicando a lo que tienen hecho ni a las buenas y justas costumbres y estatutos suyos.”⁷

Esta ley tienen evidente relación con el artículo 16° de la norma en estudio, que respecto de la educación y cultura, establece que “La enseñanza que se imparta en las áreas de asentamiento de las comunidades indígenas asegurarán los contenidos curriculares previstos en los planes comunes y además, en el nivel primario se adoptará una modalidad de trabajo consistente en dividir el nivel en dos ciclos: en los tres primeros años, la enseñanza se impartirá en la lengua indígena materna correspondiente y se desarrollará como materia especial el idioma nacional; en los restantes años, la enseñanza será bilingüe. Se promoverá la formación y capacitación de docentes primarios bilingües, con especial énfasis en los aspectos antropológicos, lingüísticos y didácticos, como asimismo la preparación de textos y otros materiales, a través de la creación de centros y/o cursos especiales de nivel superior, destinados a estas actividades. Los establecimientos primarios ubicados fuera de los lugares de asentamiento de las comunidades indígenas, donde existan niños aborígenes (que sólo o predominantemente se expresen en lengua indígena) podrán adoptar la modalidad de trabajo prevista en el presente artículo.”

Sin embargo, en este caso, la normativa actual trata de alcanzar una integración y respeto pleno por la cultura aborígen, no de manera genérica como indican las leyes de Indias.

Este resguardo por la lengua indígena recuerda, aunque con una finalidad diversa, a lo expresado en I, V, v, Rec. Ind. respecto de los “doctrineros” (religiosos destinados a enseñar a los aborígenes el Evangelio), “Que ningún religioso pueda tener doctrina sin saber la lengua de los naturales de ella y los que pasaren de España la aprendan con cuidado, y los Arzobispos y Obispos le tengan de que se ejecute”. En efecto, si bien hay un supuesto respeto a la cultura indígena, el fin de los mismos era evangelizar a través de la lengua

⁷ Rec. LL.II y Tau Anzoátegui, Víctor; “*La Costumbre Jurídica en la América Española- s.s.XVI- XVII – XVII*”, en *Revista del Historia del Derecho*, INHIDE, Buenos Aires, 1986.

indígena, con lo cual se configura un avasallamiento del español por sobre el aborigen.

Respecto de la costumbre aborigen, cabe destacar que la norma actual no respeta la institución del cacicazgo, que se encuentra reglada, en tanto, en el Libro VI, Título VII de la Recopilación, que admite aquélla y establece la normativa aplicable a los caciques por parte de la Corona Española. Con diversas particularidades, éstos, en sus privilegios y derechos son asimilados a los hidalgos castellanos, ya que están exentos de tributos, de ser aprehendidos por la justicia, se les reconocen sus antiguas jurisdicciones y antiguos vasallos, etc. conformando un andamiaje jurídico igual a la de la nobleza peninsular, según consta de la Partida II, Ley XXI y s.s.⁸

Nuestra norma, en cambio, en sus artículos 3° y 4° prevé el accionar de las diferentes comunidades en función de las decisiones tomadas por las mayorías del grupo, sin tener en cuenta a sus jefes “naturales” que de tiempo inmemorial rigen a dichos pueblos. El primero de los artículos expresa respecto de la inscripción de las comunidades que las mismas “serán solicitadas haciendo constar el nombre y domicilio de la comunidad, los miembros que la integran y su actividad principal, la pautas de su organización y los datos y antecedentes que puedan servir para acreditar su preexistencia o reagrupamiento y los demás elementos que requiera la autoridad de aplicación.” Dicha norma se ve reforzada por el artículo 4° al disponer que “entre los miembros de las comunidades indígenas con personería jurídica reconocida se regirán de acuerdo a las disposiciones de las leyes de cooperativas, mutualidades u otras formas de asociación contempladas en la legislación vigente”. Introduce, así, elementos extraños –los de mayoría y representación- tanto a la tradición indígena como al Derecho Indiano, una construcción ideológica que pertenece al Iluminismo del siglo XVIII. Y que resulta justificada, en tanto en la República Argentina no pueden aceptarse otras autoridades que las surgidas del orden constitucional y legal vigente, ya que el “soberano”, o

⁸ “Los Códigos Españoles”, concordados y anotados; Antonio de San Martín Editor, 2ª Edic. Madrid 1872; 6 Tomos.

sea, el pueblo, se manifiesta a través de sus representantes, por aplicación de la doctrina de la división de poderes.

Esta normativa viene a reestablecer un sistema jurídico anterior, aunque tergiversado, ya que según los parámetros actuales la normativa de la Corona Española resulta mal vista en cuanto su aplicación por provenir del monarca. Y en estos días la visión del mismo es la del absolutismo, última etapa de la consolidación de dicho sistema político. Al retrotraerse la soberanía al pueblo, el gobierno argentino por medio de sus representantes, da validez a una circunstancia que a la luz de las leyes vigentes es anómala, hecho que analizaremos a posteriori.

Los capítulos VI y VI de la normativa en estudio están dedicados a la salud y seguridad social de las comunidades indígenas.

Al respecto el artículo 18° establece que: “La autoridad de aplicación coordinará con los gobiernos de provincia la realización de planes intensivos de salud para las comunidades indígenas, para la prevención y recuperación de la salud física y psíquica de sus miembros, creando unidades sanitarias móviles para la atención de las comunidades dispersas. Se promoverá la formación de personal especializado para el cumplimiento de la acción sanitaria en las zonas de radicación de las comunidades.”

El artículo 22° prevé el derecho a la jubilación ordinaria al expresar que “El Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, elaborará y elevará al Poder Ejecutivo un proyecto de ley que contemple el derecho a la jubilación ordinaria de este sector social. La reglamentación de esta ley determinará un porcentual de pensiones no contributivas que beneficiará a los componentes de las comunidades indígenas que reúnan los recaudos establecidos por la ley 13.337.”⁹

Cabe señalar que no existe, a la fecha, ninguna norma específica que trate sobre la problemática indígena respecto a las jubilaciones y pensiones, rigiéndose las mismas por la normativa general (Ley 24.241/94).

⁹ *Ibíd*em 1.

Con relación al trabajo de los aborígenes, el artículo 12° inciso a) prevé que los adjudicatarios de tierras aborígenes “están obligados a... radicarse en las tierras asignadas y trabajarlas personalmente los integrantes de la comunidad o el adjudicatario individual con la colaboración del grupo familiar.¹⁰”

Este artículo recuerda lo dispuesto en la Ley xxi, I, VI de la Recopilación de Indias, en cuanto ordena que los indios “se empleen en sus oficios, labranzas y ocupaciones... Los indios que sean oficiales, se ocupen de y entiendan en sus oficios, y los labradores en cultivar labrar la tierra y hacer sementeras, procurando que tengan bueyes con que alivien el trabajo de sus personas y mantenimientos para su propio sustento, venta y cambio con otros: y los que no se ocuparen de ninguna de las cosas susodichas, se podrán aplicar a trabajos en obras y labores de las ciudades y campos y siendo necesario sean compelidos a no estar ociosos pues tanto importa a su vida, salud y conservación...(Rec. LL. II.)”

Respecto al fomento laboral, corresponde al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, según consta de su artículo 6° “e) proponer el presupuesto para la atención de los asuntos indígenas y asesorar en todo lo relativo a fomento, promoción y desarrollo de las comunidades indígenas del país”.

Esta norma, a su turno, rememora, aunque lejanamente la última parte de la la Ley xxi, I, VI de la Recopilación, en cuanto esta prevé que el fomento del trabajo “se ha de hacer y efectuar por mano de nuestras Justicias. Y mandamos que los españoles no los puedan apremiar á ello, aunque sean indios de sus encomienda... (Rec. LL. II.)”

Actualmente, por la reforma de la Ley 25.779/03, el incorporado artículo 23° bis expresa: “Promuévese en el marco de la presente ley, la conservación de la cultura e inserción socioeconómica de comunidades aborígenes, considerando los siguientes aspectos relacionados con la generación de la infraestructura social básica y el posicionamiento económico de base primaria:

¹⁰ *Ibíd*em I.

- a) Desarrollo de nuevas destrezas aplicables a los proyectos sociales, a través de la capacitación laboral;
- b) Incorporación de mano de obra propia; y
- c) Desarrollo de la cultura y fomento de la autogestión comunitaria; y
- d) Respeto y adaptación de las técnicas y costumbres de cada comunidad¹¹.

Ninguna de estas situaciones laborales recuerda ni al yanaconazgo ni la mita, antiguas instituciones indígenas, adoptadas por los castellanos, que aludían, la primera, a aborígenes libres que eran utilizados para servicios varios, ni a los segundos quienes eran naturales obligados a prestar su mano de obra en condiciones cercanas a la esclavitud. Ambos institutos no tienen correlación alguna con la norma en estudio.

Con relación a los artículos 5° y 6°, que crean el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, cuyas funciones son las de “Actuar como organismo de aplicación de la presente ley, velando por su cumplimiento y la consecución de los objetivos... Dictar su reglamento funcional,... Llevar el Registro Nacional de Comunidades Indígenas... Elaborar e implementar planes de adjudicación y explotación de las tierras, de educación y de salud;...y asesorar en todo lo relativo a fomento, promoción y desarrollo de las comunidades indígenas del país.(Ley Nacional citada, según reforma del año 2003.)”

Este organismo podría ser considerado lejano exponente de los órganos de control y disciplinamiento indios tales como las encomiendas (en cabeza de particulares) y reducciones (a cargo de religiosos), que ejercían el poder de policía de la Corona en las remotas regiones de Indias. Concretamente los miembros del Consejo de desarrollo, cumplirían las antiguas funciones que tenían los llamados “Protectores de Naturales” (conf. LL II, VI, VI, De los Protectores de Indios) (Rec. L.L. I.I. cit.), ya que tienen activa participación en todo lo que atañe a la problemática en estudio, como un organismo tuitivo de los derechos aborígenes. No con las

¹¹ *Ibíd*em 1.

mismas funciones pero sí con el deber de proteger los intereses indígenas¹².

De la ocupación y propiedad de la tierra

Concretamente, los artículos que atañen directamente a la investigación son los que corresponden al VI capítulo y trata “DE LA ADJUDICACION DE LAS TIERRAS”, disponiendo el artículo 7º que la adjudicación en propiedad a las comunidades indígenas existentes en el país, debidamente inscriptas, de tierras aptas y suficientes para la explotación agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal, según las modalidades propias de cada comunidad. Las tierras deberán estar situadas en el lugar donde habita la comunidad o, en caso necesario en las zonas próximas más aptas para su desarrollo. 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. La autoridad de aplicación atenderá también a la entrega de títulos definitivos a quienes los tengan precarios o provisorios.^{13”}

Del análisis del mismo se infiere, tal como hemos señalado, que se da la titularidad del dominio a la comunidad indígena en primer término y en segundo al poblador individual, sin especificar quién o quienes son los titulares del dominio.

No hay duda en lo que respecta al titular individual, que podría ser cualquier poblador indígena o no que cumpla con los requisitos de la norma general; llegando a ser una sola familia, con las salvedades propias de los derechos reales y sucesorios que se vieran implicados en tal circunstancia.

Respecto de las comunidades indígenas, la norma específicamente está aludiendo a un régimen de propiedad

¹² DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio, op.cit., p... y ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo; “Los Derechos Indígenas”, en *Revista de Historia del Derecho* N° 14, INHIDE, Buenos Aires, 1986.

¹³ Ley Nacional, op. cit.

colectivo, contrario a lo dispuesto por los artículos N° 2506 y 2508 del Código Civil, que prevén, el primero, que el dominio es “el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona” y el segundo, que el mismo es exclusivo, “dos personas no pueden tener cada una el dominio de una cosa, mas pueden ser copropietarias en común de la misma por la parte que cada una pueda tener.¹⁴”

Este régimen legal crea, en nuestro ámbito jurídico, un verdadero régimen de “manos muertas”, es decir aquella de la que no se puede disponer libremente bajo ningún concepto. A tales efectos, el artículo 11° establece que: “Las tierras que se adjudiquen en virtud de lo previsto en esta ley son inembargables e inejecutables. Las excepciones a este principio y al solo efecto de garantizar los créditos con entidades oficiales serán previstas por la reglamentación de esta ley. En los títulos respectivos se hará constar la prohibición de su enajenación durante un plazo de veinte años a contar de la fecha de su otorgamiento.¹⁵”

El tipo de propiedad comunal es propio de la antigüedad y apunta a mantener una propiedad en cabeza de un grupo familiar. Nuestros aborígenes, en vez de estar sujetos a una corona como la Española (como lo era en tiempos hispanos), lo están al Estado Nacional. Según la ley en estudio, están obligados a radicarse en las tierras asignadas y trabajarlas personalmente los integrantes de la comunidad o el adjudicatario individual con la colaboración del grupo familiar, “...no vender, arrendar o transferir bajo ningún concepto o forma sus derechos sobre la unidad adjudicada, ni subdividir o anexar las parcelas sin autorización de las autoridad de aplicación. Los actos jurídicos realizados en contravención a esta norma serán reputados nulos a todos sus efectos y observar la disposiciones legales y reglamentarias y las que dicte la autoridad de aplicación relativas al uso y explotación de las unidades adjudicadas. (conf. art. 12° citado ut supra).¹⁶”

¹⁴ Código Civil de la República Argentina, Edit. La Ley, Buenos Aires, 1988.

¹⁵ Ley Nacional, op. cit.

¹⁶ Ley Nacional, op. cit.

La norma que estamos analizando, es reforzada por la reforma de la Constitución Nacional de 1994, que, en su artículo 75 inciso 17 reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, al señalar “la personería jurídica de sus comunidades y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargo. 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.¹⁷”

Dos reflexiones pueden hacerse en este estado. Una, deriva de la actividad del legislador que, con su impulso, provoca la modificación del texto constitucional. Y la otra, conectada con nuestra disciplina, es que, con las salvedades del caso, dicha obligación asemeja a los mismos a un colono medieval, cambiando el señor del que dependían antiguamente, a estar sujetos obligatoriamente a los designios de la Nación. Al respecto, puede traerse a colación lo que expresa Juan Sempere y Guarinos: “De la constitución gótica acerca de los esclavos, se formó después la de los colonos solariegos, que aunque gozaban alguna libertad civil, era muy limitada y circunscripta, tanto en la propiedad rural, como en las demás acciones y derechos sociales, más o menos, según los tiempos y costumbres locales.¹⁸”

Nuestra normativa tiene elementos de dos institutos del antiguo Derecho Castellano, los mayorazgos y las behetrías. Del primero destacamos el hecho de ser el derecho a suceder en un conjunto de bienes sujetos al perpetuo dominio de una familia con prohibición de enajenación.¹⁹”

¹⁷ Constitución de la Nación Argentina, Editorial Bregna, Buenos Aires, 1994, pág. 20.

¹⁸ Juan SEMPERE Y GUARINOS, “*Historia de los vínculos y mayorazgos*”: 1ª ed. 1805, pág. 16

¹⁹ ESCRICHE, Joaquín; “*Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*”, París, 1861, pág. 1209 y Margadants, Guillermo, “*El Mayorazgo novohispano*”; Anuario Mexicano de Historia del Derecho, México; pág. 16

El poseedor del mayorazgo “no podía vender, donar o grabar los bienes del mayorazgo, o disponer de ellos mortis causa: este conjunto de bienes y derechos no debían menguarse por actos, o por omisiones culpables, de parte del titular. ...no podían ser embargados los bienes del mismo y aunque el titular del mayorazgo cometiera graves delitos, el patrimonio del mayorazgo no podía ser confiscado (principio de inconfiscabilidad).

En relación con las “behetrías”, las mismas son comunidades sometidas a un señor (electivo) que no podía disponer libremente de la tierra bajo ningún concepto, si no lo era con el consentimiento del señor elegido entre un o dos linajes nobiliarios. En el caso en estudio, las comunidades indígenas que quisieran efectuar algún tipo de transacción inmobiliaria serían asimilables a los colonos u “hombres de behetría” de dicho instituto, siendo el “dominus” el Estado Nacional o Provincial, según la persona pública con la que se quiera acordar la transacción de la propiedad de interés y dónde esté establecida la comunidad indígena. Recordemos que nuestras provincias tienen numerosa legislación respecto de las comunidades aborígenes que viven en sus territorios. En ningún caso podrá dar algún tipo de beneficio lucrativo a la comunidad o propietario del bien, sin consentimiento expreso del Estado Nacional o provincial, por lo que termina siendo una propiedad inalienable, similar a lo expresado ut supra²⁰.

La propiedad indígena, actualmente y de acuerdo a la normativa en estudio, está exenta de gravámenes ya que su artículo 9º expresa que “La adjudicación de tierras previstas se efectuará a título gratuito. Los beneficiarios estarán exentos de pago de impuestos nacionales, y libre de gastos o tasas administrativas. El organismo de aplicación gestionará exenciones impositivas ante los gobiernos provinciales y comunales. El Poder Ejecutivo dispondrá la apertura de líneas de créditos preferenciales a los adjudicatarios para el desarrollo de sus respectivas explotaciones, destinados a la adquisición de elementos de trabajo, semillas, ganado,

²⁰ ESCRICHE, Joaquín; op. cit.; y GARCÍA DE VALDEAVELLANO, Luis; “*Curso de Historia de las Instituciones Españolas*”; Biblioteca de la Revista de Occidente; 5ª Edición, Madrid, 1977, Tomo único, pág. 343.

construcciones y mejoras, y cuanto más pueda ser útil o necesario para una mejor explotación.²¹”

También está previsto su fin productivo al disponer el artículo 10º que “las tierras adjudicadas deberán destinarse a la explotación agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal en cualquiera de sus especialidades, sin perjuicio de otras actividades simultáneas. La autoridad de aplicación asegurará la prestación de asesoramiento técnico adecuado para la explotación y para la promoción de la organización de las actividades. El asesoramiento deberá tener en cuenta las costumbres y técnicas propias de los aborígenes complementándolas con los adelantos tecnológicos y científicos.²²”

Por último y para reforzar el carácter “cuasi feudal” de la norma, el artículo 13º prevé que “En caso de extinción de la comunidad o cancelación de su inscripción, las tierras adjudicadas a ellas pasarán a la Nación o a la Provincia o al Municipio según su caso. En este supuesto la reglamentación de la presente, establecerá el orden de prioridades para su readjudicación si correspondiere. El miembro de una comunidad adjudicataria de tierras que las abandone no podrá reclamar ningún derecho sobre la propiedad; los que le correspondieran quedarán en beneficio de la misma comunidad a que pertenecía.” Es decir el derecho de propiedad subsiste mientras exista la “comunidad”, y lo llamativo es que no hay derecho de herencia alguno ni individual de ningún tipo para los miembros de la misma.

Conclusiones

De la norma en estudio se desprende un proceso inverso al vivido, en cuanto se pasa de un sistema jurídico que reconoce la existencia de la propiedad colectiva como lo es el Derecho Indiano, a otro en el que predomina la propiedad individual. En palabras de Carlos Díaz Rementería “el indígena elevado a la condición de ciudadano con idéntica capacidad jurídica que cualquier otro

²¹ Ley Nacional citada.

²² Ley Nacional citada.

individuo natural de la república iba a entrar en el juego de una dinámica que alteraría sus modos de conducta y organización, o al menos ése sería el propósito de algunos políticos formados en los criterios individualistas propios del siglo XIX.²³

El Derecho Indiano, no sólo admite la existencia de una propiedad comunal indígena, sino que en varios lugares de Hispanoamérica establece el mayorazgo, con las consecuencias jurídicas propias de cada caso. En efecto, ya que en el primero subsisten formas jurídicas y sociales previas a la ocupación española, en los segundos se determina un régimen extraño al territorio conquistado, que no afecta el sistema jurídico integral Indiano.

El régimen estipulado por nuestro Código Civil se basa en el supuesto de la existencia de un solo titular del dominio, como fuera expresado *ut supra*. No tiene ninguna relación con el condominio, ya que no hay disposición libre de bienes por parte de los titulares de la misma; siendo inalienables e inembargables. Por lo tanto, la norma Constitucional de 1994 reintroduce un elemento del antiguo Derecho como lo es el de la propiedad en comunidad. Asemejándolo a los institutos mencionados como los mayorazgos y las behetrías o, en su caso, al propio derecho indígena, con las diferencias que hemos marcado.

Anexo

Ley N° 23.302/1985 (Actualizada según Ley 25.799/03)

I - OBJETIVOS

ARTICULO 1

Declárase de interés nacional la atención y apoyo a los aborígenes y a las comunidades indígenas existentes en el país, y su

²³ DÍAZ REMENTERÍA, Carlos; “Supervivencia y disolución de la comunidad de bienes indígena”, en *Revista de Historia del Derecho R. Levene*, N° 30, Buenos Aires, 1995, pág. 25.

defensa y desarrollo para su plena participación en el proceso socioeconómico y cultural de la Nación, respetando sus propios valores y modalidades. A ese fin, se implementarán planes que permitan su acceso a la propiedad de la tierra y el fomento de su producción agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal en cualquiera de sus especializaciones, la preservación de sus pautas culturales en los planes de enseñanza y la protección de la salud de sus integrantes.

II - DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS

ARTICULO 2

A los efectos de la presente ley, reconócese personería jurídica a las comunidades indígenas radicadas en el país. Se entenderá como comunidades indígenas a los conjuntos de familias que se reconozcan como tales por el hecho de descender de poblaciones que habitaban el territorio nacional en la época de la conquista o colonización e indígenas o indios a los miembros de dicha comunidad. La personería jurídica se adquirirá mediante la inscripción en el Registro de Comunidades Indígenas y se extinguirá mediante su cancelación.

ARTICULO 3

La inscripción será solicitada haciendo constar el nombre y domicilio de la comunidad, los miembros que la integran y su actividad principal, la pautas de su organización y los datos y antecedentes que puedan servir para acreditar su preexistencia o reagrupamiento y los demás elementos que requiera la autoridad de aplicación. En base a ello, ésta otorgará o rechazará la inscripción, la que podrá cancelarse cuando desaparezcan las condiciones que la determinaron.

ARTICULO 4

Las relaciones entre los miembros de las comunidades indígenas con personería jurídica reconocida se registrarán de acuerdo a las disposiciones de las leyes de cooperativas, mutualidades u otras formas de asociación contempladas en la legislación vigente.

III – DEL INSTITUTO NACIONAL DE ASUNTOS INDIGENAS

ARTICULO 5

Créase el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas como entidad descentralizada con participación indígena, que dependerá en forma directa del Ministerio de Salud y Acción Social. El Poder Ejecutivo designará a su titular y deberá constituirse dentro de los 90 días de la

Vigencia de la presente ley. Contará con un Consejo de Coordinación y un Consejo Asesor. I -

El Consejo de Coordinación estará integrado por:

- a) Un representante del Ministerio del Interior;
- b) Un representante del Ministerio de Economía;
- c) Un representante del Ministerio de Trabajo;
- d) Un representante del Ministerio del Educación y Justicia;
- e) Representante elegidos por las comunidades aborígenes cuyo número, requisitos y procedimiento electivo, determinará la reglamentación;
- f) Un representante por cada una de las provincias que adhieran a la presente ley.

II - El Consejo Asesor estará integrado por:

- a) Un representante de la Secretaría de Acción Cooperativa;
- b) Un representante de la Secretaría de Comercio; c) Un representante del Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria;
- d) Un representante de la Secretaría de Cultos;

e) Un representante de la Comisión Nacional de Areas de Fronteras.

ARTICULO 6

Corresponde al Instituto Nacional de Asuntos Indígenas:

a) Actuar como organismo de aplicación de la presente ley, velando por su cumplimiento y la consecución de los objetivos;

b) Dictar su reglamento funcional, normas de aplicación y proponer las que correspondan a la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo;

c) Llevar el Registro Nacional de Comunidades Indígenas y disponer la inscripción de las comunidades que lo soliciten y resolver, en su caso, la cancelación de la inscripción, para todo lo cual deberá coordinar su acción con los gobiernos provinciales, y prestar el asesoramiento necesario para facilitar los trámites. Las resoluciones del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, relativas a la inscripción de las comunidades, así como a su cancelación, serán apelables ante la Cámara Federal del lugar dentro del plazo de diez (10) días;

d) Elaborar e implementar planes de adjudicación y explotación de las tierras, de educación y de salud;

e) Proponer el presupuesto para la atención de los asuntos indígenas y asesorar en todo lo relativo a fomento, promoción y desarrollo de las comunidades indígenas del país.

IV - DE LA ADJUDICACION DE LAS TIERRAS

ARTICULO 7

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

donde habita la comunidad o, en caso necesario en las zonas próximas más aptas para su desarrollo. 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. La autoridad de aplicación atenderá también a la entrega de títulos definitivos a quienes los tengan precarios o provisorios.

ARTICULO 8

La autoridad de aplicación elaborará, al efecto, planes de adjudicación y explotación de las tierras conforme a las disposiciones de la presente ley y de las leyes específicas vigentes sobre el particular, de modo de efectuar sin demora la adjudicación a los beneficiarios de tierras fiscales de propiedad de la Nación. El Poder Ejecutivo dispondrá la transferencia de las tierras afectadas a esos fines a la autoridad de aplicación para el otorgamiento de la posesión y posteriormente de los títulos respectivos. Si en el lugar de emplazamiento de la comunidad no hubiese tierras fiscales de propiedad de la Nación, aptas o disponibles, se gestionará la transferencia de tierras fiscales de propiedad provincial y comunal para los fines indicados o su adjudicación directa por el gobierno de la provincia o en su caso el municipal. Si fuese necesario, la autoridad de aplicación propondrá la expropiación de tierras de propiedad privada al Poder Ejecutivo, el que promoverá ante el Congreso Nacional las leyes necesarias.

ARTICULO 9

La adjudicación de tierras previstas se efectuará a título gratuito. Los beneficiarios estarán exentos de pago de impuestos nacionales y libre de gastos o tasas administrativas. El organismo de aplicación gestionará exenciones impositivas ante los gobiernos provinciales y comunales. El Poder Ejecutivo dispondrá la apertura de líneas de créditos preferenciales a los adjudicatarios para el

desarrollo de sus respectivas explotaciones, destinados a la adquisición de elementos de trabajo, semillas, ganado, construcciones y mejoras, y cuanto más pueda ser útil o necesario para una mejor explotación.

ARTICULO 10

Las tierras adjudicadas deberán destinarse a la explotación agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal en cualquiera de sus especialidades, sin perjuicio de otras actividades simultáneas. La autoridad de aplicación asegurará la prestación de asesoramiento técnico adecuado para la explotación y para la promoción de la organización de las actividades. El asesoramiento deberá tener en cuenta las costumbres y técnicas propias de los aborígenes complementándolas con los adelantos tecnológicos y científicos.

ARTICULO 11

Las tierras que se adjudiquen en virtud de lo previsto en esta ley son inembargables e inejecutables. Las excepciones a este principio y al solo efecto de garantizar los créditos con entidades oficiales serán previstas por la reglamentación de esta ley. En los títulos respectivos se hará constar la prohibición de su enajenación durante un plazo de veinte años a contar de la fecha de su otorgamiento.

ARTICULO 12

Los adjudicatarios están obligados a:

- a) Radicarse en las tierras asignadas y trabajarlas personalmente los integrantes de la comunidad o el adjudicatario individual con la colaboración del grupo familiar;
- b) No vender, arrendar o transferir bajo ningún concepto o forma sus derechos sobre la unidad adjudicada, ni subdividir o anexar las parcelas sin autorización de las autoridad de aplicación.

Los actos jurídicos realizados en contravención a esta norma serán reputados nulos a todos sus efectos.

c) Observar las disposiciones legales y reglamentarias y las que dicte la autoridad de aplicación relativas al uso y explotación de las unidades adjudicadas.

ARTICULO 13

En caso de extinción de la comunidad o cancelación de su inscripción, las tierras adjudicadas a ellas pasarán a la Nación o a la Provincia o al Municipio según su caso. En este supuesto la reglamentación de la presente, establecerá el orden de prioridades para su readjudicación si correspondiere. El miembro de una comunidad adjudicataria de tierras que las abandone no podrá reclamar ningún derecho sobre la propiedad; los que le correspondieran quedarán en beneficio de la misma comunidad a que pertenecía.

V - DE LOS PLANES DE EDUCACION

ARTICULO 14

Es prioritaria la intensificación de los servicios de educación y cultura en las áreas de asentamiento de las comunidades indígenas. Los planes que en la materia se implementen deberán resguardar y revalorizar la identidad histórico-cultural de cada comunidad aborigen, asegurando al mismo tiempo su integración igualitaria en la sociedad nacional.

ARTICULO 15

Acorde con las modalidades de organización social previstas en el artículo cuarto de esta ley, los planes educativos y culturales también deberán:

a) enseñar las técnicas modernas para el cultivo de la tierra y la industrialización de sus productos y promover huertas y granjas escolares o comunitarias;

- b) promover la organización de talleres-escuela para la preservación y difusión de técnicas artesanales; y
- c) enseñar la teoría y la práctica del cooperativismo.

ARTICULO 16

La enseñanza que se imparta en las áreas de asentamiento de las comunidades indígenas asegurarán los contenidos curriculares previstos en los planes comunes y además, en el nivel primario se adoptará una modalidad de trabajo consistente en dividir el nivel en dos ciclos: en los tres primeros años, la enseñanza se impartirá en la lengua indígena materna correspondiente y se desarrollará como materia especial el idioma nacional; en los restantes años, la enseñanza será bilingüe. Se promoverá la formación y capacitación de docentes primarios bilingües, con especial énfasis en los aspectos antropológicos, lingüísticos y didácticos, como asimismo la preparación de textos y otros materiales, a través de la creación de centros y/o cursos especiales de nivel superior, destinados a estas actividades. Los establecimientos primarios ubicados fuera de los lugares de asentamiento de las comunidades indígenas, donde existan niños aborígenes (que sólo o predominantemente se expresen en lengua indígena) podrán adoptar la modalidad de trabajo prevista en el presente artículo.

ARTICULO 17

A fin de concretar los planes educativos y culturales para la promoción de las comunidades indígenas se implementarán las siguientes acciones:

- a) Campañas intensivas de alfabetización y post alfabetización;
- b) Programas de compensación educacional;
- c) Creación de establecimientos de doble escolaridad con o sin albergue, con sistemas de alternancias u otras modalidades educativas, que contribuyan a evitar la deserción y a fortalecer la relación de los centros educativos con los grupos comunitarios: y

d) Otros servicios educativos y culturales sistemáticos o asistemáticos que concreten una auténtica educación permanente.

La autoridad de aplicación promoverá la ejecución de planes educativos y culturales para asegurar el cumplimiento de los objetivos de esta ley, asesorará en la materia el ministerio respectivo y a los gobiernos provinciales y los asistirá en la supervisión de los establecimientos oficiales y privados.

VI- DE LOS PLANES DE SALUD

ARTICULO 18

La autoridad de aplicación coordinará con los gobiernos de provincia la realización de planes intensivos de salud para las comunidades indígenas, para la prevención y recuperación de la salud física y psíquica de sus miembros, creando unidades sanitarias móviles para la atención de las comunidades dispersas. Se promoverá la formación de personal especializado para el cumplimiento de la acción sanitaria en las zonas de radicación de las comunidades.

ARTICULO 19

Se declarará prioritario el diagnóstico y tratamiento mediante control periódico, de enfermedades contagiosas, endémicas y pandémicas en toda el área de asentamiento de las comunidades indígenas. Dentro del plazo de sesenta días de promulgada la presente ley deberá realizarse un catastro sanitario de las diversas comunidades indígenas, arbitrándose los medios para la profilaxis de las enfermedades y la distribución en forma gratuita bajo control médico de los medicamentos necesarios.

ARTICULO 20

La autoridad de aplicación llevará a cabo planes de saneamiento ambiental, en especial para la provisión de agua potable, eliminación de instalaciones inadecuadas, fumigación y

desinfección, campañas de eliminación de roedores e insectos y lo demás que sea necesario para asegurar condiciones higiénicas en los lugares de emplazamiento de las comunidades indígenas promoviéndose a ese efecto, la educación sanitaria de sus integrantes y el acceso a una vivienda digna.

ARTICULO 21

En los planes de salud para las comunidades indígenas deberá tenerse especialmente en cuenta:

- a) la atención buco-dental;
- b) la realización de exámenes de laboratorio que complementen los exámenes clínicos;
- c) la realización de exámenes cardiovasculares, a fin de prevenir la mortalidad prematura;
- d) el cuidado especial del embarazo y parto y la atención de la madre y el niño;
- e) la creación de centros de educación alimentaria y demás medidas necesarias para asegurar a los indígenas una nutrición equilibrada y suficiente;
- f) el respeto por las pautas establecidas en las directivas de la Organización Mundial de la Salud, respecto de la medicina tradicional indígena integrando a los programas nacionales de salud a las personas que a nivel empírico realizan acciones de salud en áreas indígenas;
- g) la formación de promotores sanitarios aborígenes especializados en higiene preventiva y primeros auxilios.

Las medidas indicadas en este capítulo lo serán sin perjuicio de la aplicación de los planes sanitarios dictados por las autoridades nacionales, provinciales y municipales, con carácter general para todos los habitantes del país.

VII - DE LOS DERECHOS PREVISIONALES

ARTICULO 22

El Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, elaborará y elevará al Poder Ejecutivo un proyecto de ley que contemple el derecho a la jubilación ordinaria de este sector social. La reglamentación de esta ley determinará un porcentual de pensiones no contributivas que beneficiará a los componentes de las comunidades indígenas que reúnan los recaudos establecidos por la ley 13.337.

VIII - DE LOS PLANES DE VIVIENDA

ARTÍCULO 23

(Texto vigente según ley 25799) El Instituto Nacional de Asuntos Indígenas gestionará la habilitación de planes especiales para la construcción de viviendas rurales y urbanas para los titulares de las tierras adjudicadas por esta ley, ante organismos nacionales, e internacionales que desarrollen planes habitacionales de fomento.

ARTICULO 23

(texto original) El Instituto Nacional de Asuntos Indígenas gestionará la habilitación de planes especiales para la construcción de viviendas, para los titulares de las tierras adjudicadas por esta ley, preferentemente con materiales, técnicas utilizadas por cada comunidad, mano de obra propia, del Banco Nación, el FONAVI y de cualquier otro plan habitacional de fomento

ARTÍCULO 23 BIS

(texto incorporado según ley 25.799) Promuévese en el marco de la presente ley, la conservación de la cultura e inserción socioeconómica de comunidades aborígenes, considerando los siguientes aspectos relacionados con la generación de la infraestructura social básica y el posicionamiento económico de base primaria:

- a) Desarrollo de nuevas destrezas aplicables a los proyectos sociales, a través de la capacitación laboral;
- b) Incorporación de mano de obra propia; y
- c) Desarrollo de la cultura y fomento de la autogestión comunitaria; y
- d) Respeto y adaptación de las técnicas y costumbres de cada comunidad.

IX - DE LOS RECURSOS

ARTICULO 24

Hasta la inclusión de las partidas pertinentes en el en el presupuesto general de la Nación, el Poder Ejecutivo podrá efectuar las reestructuraciones de créditos de presupuesto general de la Administración Nacional que fueren necesarias para el adecuado cumplimiento de esta ley, a cuyo efecto podrá disponer cambios de las denominaciones de los conceptos, partidas y subpartidas existentes o crear nuevas y reestructurar, suprimir, transferir y crear servicios.

ARTICULO 25

Comuníquese al Poder Ejecutivo.

Bibliografía

Código Civil de la República Argentina, Edit. La Ley, Buenos Ares, 1988.

Los Códigos Españoles, concordados y anotados; Antonio de San Martín Editor, 2ª Edic. Madrid 1872; 6 Tomos.

Recopilación de Leyes de Indias; Edición Facsimil, Madrid 1973, II Tomos.

Clavero, Bartolomé; "Derecho Indígena y Cultura constitucional en América"; Siglo XXI Editores; México, 1994.

Díaz Rementería, Carlos; “Supervivencia y disolución de la comunidad de bienes indígena”, en *Revista de Historia del Derecho* R. Levene, N° 30, Buenos Aires, 1995.

Dougnac Rodríguez, Antonio, “Manual de Historia del Derecho Indiano”, Universidad Autónoma de México, 1994.

Escriche, Joaquín; “Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia”, París, 1861.

García Gallo, Alfonso; “Manual de Historia del Derecho Español, Tomo II; Madrid, 1975.

García de Valdeavellano, Luis; “Curso de Historia de las Instituciones Españolas”; Biblioteca de la Revista de Occidente; 5ª Edición, Madrid, 1977.

Margadants, Guillermo; “El Mayorazgo novohispano”; Anuario Mexicano de Historia del Derecho, México; 1999.

Juan Sempere y Guarinos” “Historia de los vínculos y mayorazgos”: 1ª ed. 1805.

Solórzano Pereira, Juan de; “Política Indiana”; Madrid, 1647, Libro II, Cap. 4º, par. 27.

Tau Anzoátegui, Víctor; “La Costumbre Jurídica en la América Española – s.s. XVI-XVIII – en *Revista del Historia del Derecho*, Buenos Aires, 1986.

Zorraquín Becú, Ricardo; “Los Derechos Indígenas”, en *Revista de Historia del Derecho* N° 14, Buenos Aires, 1986.