Análisis socio-jurídico del derecho de propiedad y sus mutaciones Actuale

Socio-Legal Analysis of Property Law and its current mutations

Análise Sócio-Jurídica do Direito de Propriedade e suas mutações atuais

DOI: https://doi.org/10.17655/rdct.2023.e0002

CC BY NC ND

Carlos Mario Clerc [1]

Universidad de Buenos Aires – BA, Argentina

https://orcid.org/0000-0001-8779-180X

[1] Doutor em Direito. Universidad de Buenos Aires- UBA | Email: clerccarlosmario@gmail.com

RESUMO:

O objetivo central deste trabalho é analisar a questão da propriedade indígena na América Latina, tomando como eixo o direito argentino, enfatizando suas implicações socioeconômicas.

PALAVRAS-CHAVE:

Propriedade. Indígena. Direito. Implicações.

ABSTRACT:

The main objective of the present work is to analyze the question of the indigenous property in Latin America, using Argentine law as the essence of the work at hand, and using the socio-economic implications.

Palabras claves

KEYWORDS:

Property. Indigenous. Law. Implications.

RESUMEN:

El presente trabajo presenta como objetivo central analizar la cuestión de la propiedad indígena en latinoamérica, tomando como eje el derecho argentino, haciendo hincapié en las implicancias socio-económicas de ella

PALABRAS CLAVE:

Propiedad. Indígena. Derecho. Implicancias.

1. Introducción

Todo análisis que aborde la cuestión del derecho propietario, tanto en la Argentina como en América Latina, según lo sostenemos en la presente exposición, no puede eludir la referencia obligada a dos fenómenos concomitantes (y, que, al mismo tiempo, se han revelado como terrenos fértiles de investigación y de reflexión jurídica), cuyo papel en la emergencia de las nuevas figuras propietarias, como lo veremos, ha sido decisivo. Son éstos: (i) la emergencia de la propiedad comunitaria de los pueblos originarios y; (ii) la revigorización de los derechos de incidencia colectiva cuyo fenómeno jurídico más relevante ha consistido en haber efectuado un pasaje de los derechos subjetivos de incidencia individual hacia una categoría de derechos de petición colectiva toda vez que los intereses de una comunidad, grupo o colectivo social se vieran afectados, cualquiera sea el agente de aquella afectación: Estado; empresas; particulares u otros.

Por ello, no es posible abordar un análisis jurídico de las nuevas formas propietarias que han emergido en la Argentina y en la región por fuera de los llamados “derechos de incidencia colectiva” desde las cuales se legitima su petición. Problemática ésta que, si bien es privativa de la región, su importancia jurídica, no obstante, se proyecta más allá del escenario donde se ha originado. Pues bien, el presente trabajo, procura analizar y desplegar algunas cuestiones jurídico-sociales de la propiedad comunitaria de los pueblos originarios abordadas desde la figura de los derechos de incidencia colectiva.

2. La propiedad comunitaria indígena

Los pueblos originarios residentes en las Américas (Región andina, Caribe, Norteamérica, Centro y Sudamérica), a partir de la década de los "90, han asistido a un considerable agravamiento de su estado de vulnerabilidad social como consecuencia de una combinación de numerosos factores, entre ellos: históricos;

socio-económicos; contextuales, y que han ejercido un impacto negativo sobre las comunidades de los pueblos originarios del continente. Citamos algunos:(i)la reestructuración del sistema de acumulación capitalista desde el modelo neoliberal, lo cual trajo aparejado un cambio en las funciones del Estado; (ii) la redefinición del papel tradicionalmente desempeñado por la clase política como instrumento de procesamiento de las conflictividades sociales, para asumir la función de mediadora entre los intereses de los grandes conglomerados económicos y la sociedad civil. En el caso de los pueblos originarios, las transformaciones descritas significaron para estas comunidades, no sólo su expulsión de los procesos económicos y políticos sino una verdadera confiscación de su identidad, tradiciones, creencias.

Ahora bien, los reclamos de carácter identitario de los pueblos indígenas, como así, el reconocimiento de sus territorios ancestrales, el respeto de sus tradiciones, el respeto a la multiculturalidad, etc., se situaban más allá del repertorio de demandas sociales tradicionales y, por lo mismo, no podían inscribirse en el modelo político-negociador convencional, incrementando por esta vía, los niveles de conflictividad e insatisfacción y erosionando los vínculos entre las comunidades indígenas y la sociedad civil. Esto mismo se aplica al sistema judicial (tanto argentino como latinoamericano), tanto a su aparato normativo como a su sistema de resolución de conflictos, el cual, desde sus comienzos históricos, se ha centrado en torno a un sujeto abstracto, adulto, hábil, masculino, de raza blanca, instruido, de clase media alta y alta y propietario. En efecto, los códigos civil y comercial, como así la mayoría de los instrumentos normativos, fueron diseñados y elaborados hacia la segunda mitad del siglo XIX y bajo una episteme jurídico-social de corte liberal en la que prevalecía la ley por sobre el derecho y la forma por sobre la sustancia. Por lo demás, la episteme liberal carecía de herramientas e instrumentos de inteligibilidad jurídica para registrar, desde el punto de vista normativo, las inocultables diferencias sociales surgidas de las posiciones de poder detentadas por los grupos sociales dominantes con relación al resto de los grupos en clara desventaja. Y, hasta los actuales procesos de recodificación, los sistemas de protección diferenciada de derechos, como es el caso de los derechos de los pueblos originarios, carecían de toda posibilidad de existencia y/o representación.

Asimismo, la supremacía del modelo segregacionista forjada durante el siglo XIX y devenido luego como patrón de interacción y tratamiento de la cuestión

indígena (a excepción de Bolivia y Ecuador), ha operado como un verdadero agente de reproducción y multiplicación de la vulnerabilidad de estas comunidades.

A continuación enumeramos una serie de factores incidentes y condicionantes, tanto los estructurales como históricos y contextuales, que durante las dos últimas décadas ha incrementado regionalmente el estado de vulnerabilidad de los pueblos originarios.

1. Exclusión de los procesos de construcción del Estado-Nación
2. Exclusión de los procesos de construcción social del territorio y de la jurisdicción del Estado
3. Primado del modelo propietario de la tierra con base en el principio de “tierra fiscal” y soberanía por oposición al concepto indígena de “propiedad colectiva”.

> Comentario: Con respecto al derecho a la propiedad territorial por parte de los pueblos originarios, la Corte IDH, estableció que “ no es suficiente con el mero reconocimiento abstracto del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas y tribales; los Estados deben adoptar medidas concretas para hacerlo efectivo materialmente. (vid. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio del 2005. Serie C N° 125, párr. 141. “ El reconocimiento meramente abstracto o jurídico de las tierras, territorios o recursos indígenas carece de prácticamente de sentido si no se ha establecido y delimitado físicamente la propiedad”.

4. Colisión entre el concepto jurídico-político de Jurisdicción territorial y el concepto indígena de tierra ancestral.
5. Tierras indígenas atravesadas y arrasadas por la lógica de la articulación territorial capitalista según racionalidades económicas desde las que se impuso el trazado de ejes viales necesarios y funcionales a aquella lógica (Hurtado, 1997).
6. Colisión entre las prácticas territoriales indígenas y el concepto económico neoliberal de ocupación y explotación/aprovechamiento de la tierra como forma de acumulación de la riqueza.
7. Segregación racial-étnica.
8. Intersección entre «raza /etnia /pobreza/ clase» dando lugar a una sumatoria de múltiples factores de vulnerabilidad potenciándose con ello situaciones de riesgo social, alimentario, habitacional, sanitario, etc.

9. Incremento de las brechas históricas entre Pueblos originarios/ Estado/ Sociedad Civil como consecuencia del patrón de “modernización” de la explotación agrícola.
10. Captura del patrón segregacionista de las dinámicas Pueblos originários/ Estado/ Sociedad Civil.
11. Minorización, devaluación, estigmatización y erradicación de la identidad étnica grupal por parte de los Estados (Giménez, 2000).
12. Expulsión / exclusión social / económica y jurídica de los pueblos originarios anclada doblemente (i) en la in-funcionalidad de éstos respecto del modelo neoliberal dominante y (ii) en la supeditación de la diversidad étnica y cultural a1 patrón civilizatorio único.
13. Escaso impacto de las políticas públicas en materia de derecho indígena.
14. Deficiente o nulo acceso a la justicia en razón de la alta selectividad del sistema judicial con particular impacto en las poblaciones indígenas.
15. Judicialización de la etnicidad y la multiculturalidad a partir de la primacía ejercida por el principio de aplicabilidad soberana y universal (no-diferenciada) de la ley en el territorio caído bajo la jurisdicción del Estado, en lugar de la discriminación positiva.

Llegados hasta este punto, estamos en condiciones de enunciar las transformaciones [epistémicas] que han operado en los subsistemas (i) normativo y (ii) procesal a fin de poder proveer, desde el derecho de base estatal, la debida protección y garantías a1 colectivo social bajo estudio. Son las siguientes:

1. Pasaje del sujeto de petición individual hacia un sujeto de petición colectiva;
2. Pasaje de un sujeto abstracto de derecho, a-temporal, a-histórico, genérico (falso universalismo) y íntegramente construido por el sistema normativo, hacia un sujeto corpóreo, históricamente determinado y construido por las coordenadas sociales en el interior de las cuales emerge como sujeto;
3. Pasaje de un sistema de protección genérico hacia un sistema de protección diferenciada y según las necesidades propias del sujeto o los sujetos a los cuales se destina. 3

> COMENTARIO : Para Gros (2000), el principio de discriminación positiva favorece la reproducción de la etinicidad y la multiculturalidad, lo cual, entre otras cosas, crea entornos propicios para la participación de los pueblos originarios en los procesos decisorios y de construcción del Estado-Nación de los que, históricamente, habían sido excluidos. Sin embargo, el modelo boliviano no es universalizable a escala regional por cuanto todo movimiento étnico o multicultural se da siempre en el interior de una correlación de fuerzas determinada, como ha sido el caso boliviano cuyos procesos de reivindicación de la etnicidad y la multiculturalidad alcanzaron una expresión constitucional plasmado en el principio de Estado-Plurinacional en oposición al carácter homogeneizante y totalizador del Estado-Nación. En este sentido, el Estado boliviano, ha logrado desplazar, o al menos, redefinir las viejas relaciones de dominación configurando nuevos espacios de construcción de lo social y una nueva gobernabilidad no atada a las racionalidades económicas. De este modo, observa Patzi (2004), el sistema comunal se opone al sistema liberal en el sentido que aquél no efectúa distingos binarios entre lo económico, lo político, lo social, sino que conforma un todo dinámico e indivisible. Esto supone la reconstrucción del Estado a partir de aquellas lógicas comunales y como una alternativa a las economías basadas en la propiedad privada y en la democracia representativa y delegativa.

En el caso de la discriminación ejercida sobre los pueblos originarios y la diversidad cultural, su manifestación, como lo veremos, afecta en este caso, el propio sustrato identitario (tierras, lengua, cultura, religión, vínculos ancestrales, etc.), como así su lugar de residencia.

Esta discriminación, históricamente, se ejerció, en primer lugar, mediante la práctica del segregacionismo, tanto espacial como discursivo (appartheid, confinamientos, asentamientos, reservas indígenas) y, en segundo término, mediante el asimilacionismo, cuyo propósito último procura, gracias al proceso de incorporación gradual de los pueblos originarios a la cultura dominante, la eliminación de sus identidades culturales.

3. Plexo normativo de la propiedad comunitaria indígena

Antes de aplicamos al análisis de propiedad comunitária indígena, corresponde presentar brevemente la estructura general del Código Civil y Comercial de la República Argentina (CCyCN). .En primer lugar, hallamos el título

preliminar que contiene las nociones básicas que permean todo el articulado. Y, en tal carácter, provee las directrices que los operadores jurídicos deberán tener en cuenta a la hora de aplicar e interpretar el presente código (Tabla 1). Son éstas:

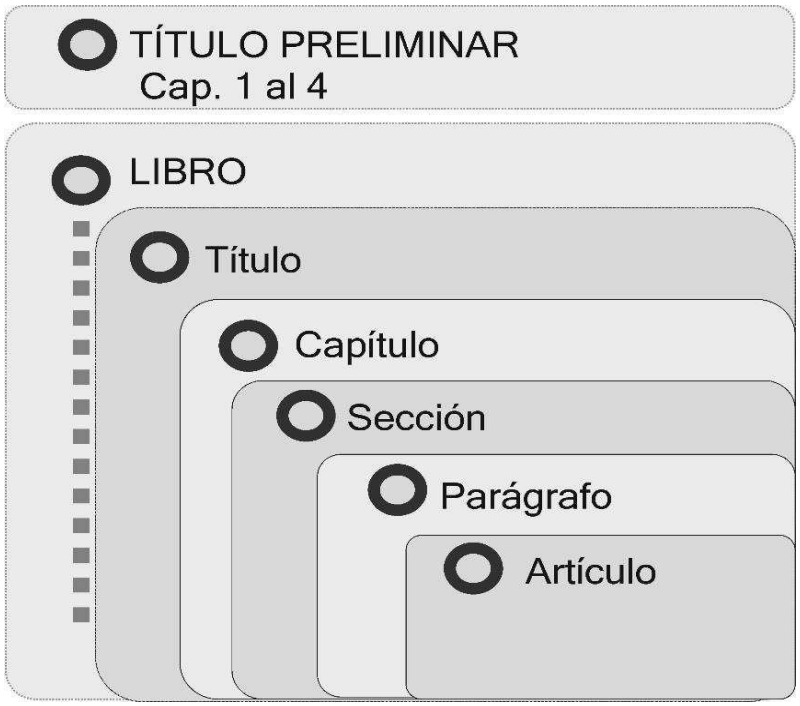
Tabla 1: Directrices

Caps	**Título Preliminar**
1	Derecho
2	Ley
3	Ejercicio de los derechos
4	Derechos y Bienes

Fuente: el propio autor

En segundo término, Dicha estructura está organizada a partir de cinco niveles sucesivos ordenados jerárquicamente según grados decrecientes de abstracción (Cifra 1), donde el «Libro» ocupa el primer nivel jerárquico (mayor abstracción), hasta el último nivel ocupado en este caso por el artículo. Por ejemplo, el Libro Cuarto: «Derechos Reales» exhibe, en este caso, el mayor nivel de abstracción, la cual será objeto de sucesivas especificaciones, tales como (i) título; (ii) capítulo; (iii) sección; (iv) parágrafo ; hasta llegar, en el último nivel, (v) el artículo propiamente dicho que contiene la norma expresa.

Cifra 1: Nuevo CCyCN



Fuente: El nuevo CCyCN (2014), contiene un total de seis libros, cada uno de ellos, a su vez, un conjunto de títulos en los que se describe

Nótese que el estatuto de «Persona jurídica» otorgado a las comunidades indígenas, según consta en el Anteproyecto del 2012 y en el Proyecto del 2013, y por cuyo conducto, se le confería a sus miembros, según lo establecido por el art. 141 del citado código4 la [...] aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación [...], ha sido suprimido en el CCyCN del 2014. Y, en su lugar, por medio del inc. “e”, se le ha otorgado dicho estatuto a las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas.

En el LIBRO CUARTO: DERECHOS REALES. TITULO I: Disposiciones generales. CAPITULO: Principios comunes, en el Art. 1887, asistimos a una supresión análoga según surge de la comparación del anteproyecto del 2012 y del Proyecto del 2013 con el CCyCN del 2014. Allí, el inc. c. de los códigos del 2012 y 2013 respectivamente y, sin perjuicio de su inaplicabilidad al colectivo social, le otorgaban a la propiedad comunitaria indígena el carácter de derecho real según la tradición del derecho romano; en el CCyCN del 2014, este reconocimiento ha sido suprimido.

Sin embargo, la supresión más masiva de los derechos del colectivo social ha sido sin duda, la erradicación del CCyCN del 2014, del Título V: *Propiedad comunitaria indígena,* lo cual, a diferencia de los recortes y restricciones que se practicaron en el plexo normativo destinado a la protección y reconocimiento jurídico del colectivo bajo estudio, en este caso, se trató de una verdadera supresión de derechos y, con ello, un regreso al statu quo ante. Dicha supresión vino a incrementar la ya proverbial vulnerabilidad de los pueblos originarios de nuestro país haciéndolos ingresar ahora en un cono de sombra jurídico, privados de visibilidad histórica, social y jurídica, sin otra posibilidad de peticionar por sus derechos que unas movilizaciones callejeras sin impacto. Pues, el Estado argentino, en un acto inadmisible de lesa humanidad y sin siquiera fundar las razones de ello, despojó a los pueblos originarios de los instrumentos y de los medios idóneos para ser oídos en un pie de igualdad, consumando un segundo crimen, esta vez, usando a la ley como arma.

Aunque resulte algo extensa la cita, la transcripción íntegra del Título V se ve justificada a los fines del presente análisis. He aquí el Título V: Propiedad comunitaria indígena, el cual fue suprimido íntegramente en el CCyCN del 2014 y sustituido por un nuevo título, aplicado ahora al régimen de la Propiedad Horizontal (Tabla 2).

Como se puede advertir, las normas que otorgaban los derechos a las comunidades indígenas, aunque discutibles e improcedentes desde el punto de vista de los anclajes cosmovisionales de aquellos pueblos, al menos aportaban una base jurídica y un punto de partida cierto desde el cual era posible construir un proceso de entendimiento entre el derecho de base estatal y el derecho de los pueblos originarios, el cual preexistía a aquel.

De toda la operación de erradicación llevada a cabo por el CCyCN del 2014, ya vigente, ha sobrevivido un exiguo artículo: el número 18, inserto en el Anexo I, TITULO PRELIMINAR, CAPITULO 4: Derechos y bienes, en el que se establece lo siguiente:

> ARTICULO 18.- Derechos de las comunidades indígenas. Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional

Tabla 2: Anteproyecto 2012 / Proyecto 2013: TÍTULO V - Propiedad comunitaria indígena

ART. 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 establecen 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 las tierras que tradicionalmente ocupan; 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 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

Sin embargo, en el citado artículo se enumeran en modo infinitivo una serie de acciones abstractas y sin sujeto expreso y obligado que, en tal carácter, venga a conferirle, por medios idóneos, su debido cumplimiento, privando a aquellas acciones de todo efecto útil pues, la norma y el procedimiento para llevarla a cabo, han sido expresamente suprimidas.

> CN. Art. 75, inc. 17.
> Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

Corresponde citar aquí a De Gatica (2012) quien ha identificado, en el plano morfológico de los documentos e instrumentos públicos, aplicable a los textos normativos, la utilización frecuente de verbos no conjugados, tales como “reconocer”, “garantizar”, sin mención a un sujeto expreso que lleve a cabo dicha acción, lo cual, agrega la socióloga, constituye un claro indicador de abstracción. El citado inciso de la Constitución Nacional introduce el concepto de “desarrollo humano”, no menos abstracto que en el contexto referido opera como una suerte de palabra clave por medio de la cual se inscribe a los pueblos originarios en el patrón civilizatorio occidental promovido como modelo único imponiendo a aquellas comunidades una cosmovisión extraña con el objeto de desarraigar los anclajes culturales, creencias, tradiciones, etc., que durante siglos preexistieron al Estado de derecho

4. Conclusiones

En virtud de todo lo expuesto, debe decirse que la situación por la que atraviesan los pueblos originarios en la Argentina exhibe un deterioro histórico y es

objeto de graves actos discriminatorios, desalojos compulsivos, expropiaciones, despojos, avasallamiento de sus derechos e inserciones sociales claramente asimilacionistas, segregacionistas y aculturizantes. Los dirigentes indígenas no son respetados en sus peticiones y, no obstante, las preocupaciones que dichas comunidades manifiestan frente a la equiparación jurídica de los derechos de los pueblos originarios al derecho dominante, presentado y arropado como si se tratara de un acto de reconocimiento y reparación, en verdad es violatorio de los derechos intrínsecos de estos pueblos y de los numerosos tratados de derecho internacional en el que se promulga un reconocimiento diferenciado de sus derechos centrados en las propias tradiciones ancestrales y no ya con arreglo al derecho occidental, cuya supeditación y tutela representa una grave amenaza a la identidad de los pueblos originarios.

Por lo expuesto, consideramos que el Código Civil y Comercial de la Nación ha quedado en deuda con el tratamiento del tema. No solo en su redacción definitiva, que se apartó del Proyecto, que aún congrandes deficiencias técnicas le adjudicaba el carácter de derecho real, sino que tampoco tuvo en su consideración lo resuelto en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en la Universidad de Buenos Aires en 2013.

CONFLICTO DE INTERESES

Ninguno declarado

REFERENCIAS

CLERC, C.M. **Derechos Reales en el Código Civil y Comercial de la Nación**. Buenos Aires: Erreius, 2019.

DE GATICA, A. **La gestión social: la constitución de un saber experto y la lucha por el monopolio de nominación**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO, 2012.

GIMÉNEZ, G**. Identidades étnicas: estado de la cuestión**. En: REINA, L. (coord.) Los retos de la etnicidad en los Estados-nación del Siglo XXI. México: CIESAS/INI/Porrúa, 2000.

HURTADO, I. et al. **Atlas de la región del Cuzco: Dinámicas del espacio en el Sur peruano**. Cuzco/Lima/París: CBC/IFEA/ORSTOM, 1997. https://doi.org/10.4000/books.ifea.7022

MAGRASSI, G.E. **Los aborígenes de la Argentina**. Ensayo socio- histórico-cultural. Buenos Aires: Galerna / Búsqueda de Ayllu, 2000.

SERRANO, A. **Los aborígenes argentinos**. Síntesis etnográfica. Buenos Aires: Ediciones Librería Paideia, 2000.

Correspondence address:

Carlos Mario Clerc

Universidad de Buenos Aires

E-mail: carlosclerc@yahoo.com.ar

Enviado para submissão:

07/01/2023

Aceito após revisão:

25/01/2023

Publicado no Fluxo Contínuo

14/03/2023

NOTA DO EDITOR:

A revista foi migrada do portal ‘https://www.direitocontexto.periodikos.com.br/’ para o portal ‘https://direitocontexto.com.br/’ em Julho/2024. Os artigos foram reformatados e republicados.

EDITOR'S NOTE:

The magazine was migrated from the ‘https://www.direitocontexto.periodikos.com.br/’ portal to the ‘https://direitocontexto.com.br/’ portal in July/2024. The articles were reformatted and republished.

NOTA DEL EDITOR:

La revista fue migrada del portal ‘https://www.direitocontexto.periodikos.com.br/’ al portal ‘https://direitocontexto.com.br/’ en julio/2024. Los artículos fueron reformateados y republicados.