

XXX JORNADA NOTARIAL ARGENTINA
PAUTAS DE ESTUDIO PARA EL TEMA IV
DERECHOS REALES QUE SE RECONOCEN A LOS PUEBLOS ORIGINARIOS

La tarea del pensamiento jurídico consiste en conceptualizar las normas jurídicas de tal modo que ellas sean reducidas a un orden sistemático, exponiendo así el derecho vigente en la forma más sencilla y conveniente posible.
ALF ROSS

Pauta general

La diversidad de enfoques que posibilita el análisis de la problemática jurídica de los pueblos originarios, todas interesantes y necesarias para un entendimiento cabal e interdisciplinario del tema, nos obliga como coordinación a proponer un orden sistemático riguroso que intente garantizar el estudio acabado de un área específica de dicha problemática directamente relacionada con la función notarial.

El título del tema: *Derechos reales que se reconocen a los pueblos originarios*, deja entrever una línea temática depurada. La primera precisión es terminológica. Se presenta el tema dándole un contenido semántico específico al derecho subjetivo intermedio o complejo¹ que encierra la situación jurídica que implica la relación de los pueblos originarios con la tierra: *derechos reales* no propiedad.

La CN, 75 inc. 17º, garantiza: “[a los pueblos indígenas argentinos] *reconocer (...) la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano...*”. La previsión constitucional de que a cierta comunidad de personas se le reconocen “*la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan*” y “*la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano*” incluye una afirmación sobre el derecho vigente: los hechos aludidos –la ocupación y la entrega- son *creadores* de una forma de propiedad, trayendo aparejado un complejo de consecuencias jurídicas específicas. En tanto la norma constitucional está garantizando una relación subjetiva específica: la de los

¹ Condición jurídica compleja de derechos y deberes.

pueblos originarios (sujeto) con la tierra (objeto), estas consecuencias jurídicas específicas necesariamente estarán reguladas por un conjunto de reglas: la teoría general de los derechos reales. La expresión constitucional adquiere así sentido cuando la regla es relacionada con otro conjunto de reglas que expresan las consecuencias jurídicas que se imputan a los hechos de ocupar o entregar tierras con el carácter de “propiedad”.

En este sentido, valga la aclaración de que no obstante las definiciones generales de nuestro Código Civil² y los escasos cuatro artículos que podrían estar integrando una parte general de los derechos reales³, ha sido la doctrina jurídica la que se ha ocupado de diseñar el contenido de una teoría general⁴, partiendo de la base de que el concepto de derecho real es una categoría jurídica que, independientemente del derecho positivo, encierra una noción científica enraizada con los derechos subjetivos.

Hecha la aclaración, y en esta línea, la pauta de estudio que queremos señalar desde esta coordinación –siguiendo el contenido conceptual del título del tema- es la de enfrentar el problema de la propiedad de la tierra de los pueblos originarios desde un enfoque eminentemente técnico jurídico a partir de la teoría general de los derechos reales. Dejando de lado el tratamiento interdisciplinario del tema desde sus vertientes antropológica, histórica, sociológica, política y constitucional cuando ello no sea estrictamente necesario para fundamentar o explicar una posición desde dicho enfoque *técnico jurídico real*. En

² Nota al CC, 497 y nota al epígrafe del Título IV del Libro Tercero: “*Aunque en la nota al art. 497 definimos los derechos reales, tratando ahora especialmente de ellos, diremos con Demolombe, que derecho real, es el que crea entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata, de tal manera que no se encuentran en ella sino dos elementos, la persona que es el sujeto activo del derecho, y la cosa que es el objeto...*”.

³ CC, 2502 a 2505.

⁴ Por ejemplo, Guillermo L. ALLENDE, que en su antológico panorama de los derechos reales propone una definición analítica del derecho real: (citado por todos) “*Es un derecho absoluto, de contenido patrimonial, cuyas normas sustancialmente de orden público, establecen entre una persona (sujeto activo) y una cosa (objeto) una relación inmediata, que previa publicidad obliga a la sociedad (sujeto pasivo) a abstenerse de realizar cualquier acto contrario al mismo (obligación negativa), naciendo para el caso de violación una acción real y que otorga a sus titulares las ventajas inherentes al ius persecuendi y al ius praeferendi*”; así también Edmundo GATTI y Jorge H. ALTERINI quienes luego de tratar analíticamente algunos elementos para una teoría general de los derechos reales, culminan definiendo: “*El derecho real es un poder jurídico, de una persona, sobre una cosa, reglado por la ley, en virtud del cual se puede obtener directamente de ella, todas, algunas, o alguna de sus utilidades, con exclusión de ingerencias extrañas, y que con suficiente publicidad, se adhiere y sigue a la cosa, pudiendo oponerse a cualquier interesado*”, en *El derecho real*, Elementos para una teoría general, Abeledo-Perrot, Bs. As. 1993, p. 133.

definitiva, reiterando la pauta, el acercamiento al tema que proponemos deberá concentrarse en el desarrollo de aquéllos aspectos que tiendan al esclarecimiento técnico jurídico de los problemas que este tipo de propiedad conlleva en el campo de los derechos reales.

El ámbito Nacional en el que se desarrolla la jornada propicia un enriquecimiento particular en el estudio de la problemática. Las Provincias han abordado el tema de la *propiedad indígena* en sus Constituciones y en sus leyes locales. Siguiendo la línea de la cláusula de la Constitucional Nacional, adhiriendo a la ley nacional 23.302 o introduciendo variantes, los sistemas positivos presentan peculiaridades que no deben quedar fuera del análisis: v.gr: se han establecidos sistemas de adjudicación de tierras tanto individual como comunitaria o la posibilidad de transferencia transcurrido cierto término. Revisar y comparar a nivel provincial, nacional, regional e internacional el desarrollo constitucional, legislativo, jurisprudencial y doctrinal será una asignatura casi imprescindible que conllevará el éxito científico de la reunión de estudio, aparte de las conclusiones que podrán obtenerse respecto de la constitucionalidad de los sistemas legales anteriores y posteriores a la reforma de la Constitución Nacional que se aparten de sus lineamientos⁵.

La titularidad de las tierras con este tratamiento especial es un tema que directamente concierne a la función notarial, sea ésta desarrollada en el ámbito gubernamental o privado. Nociones y conceptos técnicos claros garantizarán un notariado altamente calificado como operador jurídico individual en el tratamiento óptimo del tema, ya sea en la administración

⁵ Explica Silvina RAMÍREZ el problema que queremos mostrar: “Antes de la reforma de 1994 ya había leyes provinciales que regulaban la relación entre las provincias y los pueblos originarios. Por una parte, existen realidades específicas y diferentes en cada una de las provincias que ameritan regulaciones especiales. Por otra parte, es propio de nuestro régimen federal establecer un espacio conjunto y un marco de negociación que permita llevar adelante relaciones permanentes entre los diferentes niveles de gobierno. Ahora bien, sería deseable clarificar en este punto en qué consisten estas atribuciones concurrentes y dejar bien señalado que existen mínimos comunes a todas las provincias, que deben ser respetados por estas, y que encuentran precisamente su fuente en la Constitución Nacional. Sobre todo es preciso evitar las diferentes interpretaciones que puedan hacerse de la cláusula constitucional, que generan situaciones y disposiciones distintas en cada uno de los Estados provinciales, y que sean traducidas en normativas muchas veces incompatibles o contradictorias”. En “Matriz liberal de la constitución y protección de los derechos de los pueblos originarios”, publicado en *La Constitución en 2020, 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, AA.VV, obra coordinada por Roberto GARGARELLA, Siglo Veintiuno Editores S.A., Bs. As., 2011, p. 148.

pública o en el ámbito privado, pero más aún como institución pública intermedia llamada a intervenir y colaborar en un programa institucional general, en este caso, encaminado a conciliar la paz social en el objetivo superior instaurado por el Constituyente.

La generalidad de los operadores jurídicos estamos habituados a manipular conceptos y nociones técnicas de los derechos reales bajo una concepción eminentemente *privada* del derecho, o si se quiere, tradicional. En este particular tema, que representa una anomalía desde el punto de vista de las formas tradicionales de propiedad, ingresan al análisis nociones específicas que deberán estudiarse con detenimiento para evitar yerros conceptuales. Así por ejemplo, el concepto de *propiedad* tamizado o imbuido de la noción técnica o formal de *comunidad indígena* o *pueblos originarios* parece adquirir un significado específico que han permitido a la doctrina determinar una variante del uso técnico del término, permitiendo sostener⁶ una diferencia sustantiva con la propiedad individual del Código Civil. Nótese que la inconveniencia de la regulación de este tipo de propiedad en dicho cuerpo normativo ha tenido eco no sólo en jornadas científicas⁷, sino también, de alguna forma, en el Proyecto de Código Civil de 1998⁸.

Como se observa, el tratamiento jurídico-real de la cuestión no es sencillo sino se quiere caer, desde lo técnico, en definiciones o tratamientos tautológicos. Estudiar la *propiedad indígena* sin implicar una noción técnica clara y específica, genera desconcierto en el

⁶ ALTERINI, Jorge H., CORONA, Pablo M. y VÁZQUEZ, Gabriela A., *Propiedad indígena*, Coedición de Librería Histórica y Educa., Bs. As., 2005, pág. 165. LAFAILLE, Héctor, con comentarios de ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los Derechos Reales*, tomo III, 2ª edición actualizada y ampliada, Bs. As., 2010, La Ley y Ediar, págs. 162 y 163.

⁷ En la conclusión séptima de la Comisión de Derechos Reales de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en la Ciudad de Buenos Aires entre los días 20 y 22 de septiembre de 2001, en dicho despacho de la Comisión 4: “El objeto de los derechos reales”, se concluyó: “*La protección consagrada para la propiedad de las comunidades indígenas argentinas, por el art. 75 inciso 17 de la Constitución Nacional, hace innecesaria e inconveniente su inclusión en el Código Civil, ya que ello implicaría una desjerarquización no querida por el poder constituyente*”. En las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2009, reunidas en Córdoba, las que declararon por mayoría, a través de la Comisión ‘Derechos Reales’, que: “*La propiedad comunitaria indígena es una propiedad especial de fuente constitucional (artículo 75 inciso 17 CN) cuya naturaleza real integra una compleja relación multidimensional de pertenencia de esos pueblos con entorno físico, social y cultural*’ (Despacho A)”.

⁸ Postulando como art. 6º del texto proyectado de la ley de sanción del Código Civil: “*Las disposiciones previstas en el Código Civil no obstan al régimen especial garantizado por la Constitución Nacional para los pueblos indígenas argentinos*”.

operador jurídico. El mismo desconcierto que generaron –y en algún punto aún lo hacen– figuras reales originalmente prohibidas en el Código Civil, como la propiedad horizontal o de planos horizontales y el derecho de superficie –hoy restringido a la actividad forestal–; o los casos anómalos –así planteados por alguna doctrina– del bien de familia, los sepulcros, los derechos intelectuales y la propiedad industrial, incluyéndose en este último grupo a la llamada *propiedad indígena*.

El objetivo será el de contribuir desde nuestro espacio de estudio a conformar un régimen jurídico de dicha propiedad. Ahora bien, *propiedad* puede ser un término ambiguo en el lenguaje técnico jurídico: generalmente, se utiliza en forma indistinta los términos *propiedad* y *dominio*, o el primero con sinónimo de *derecho real* o de *derecho patrimonial*. Como bien sabemos todos, desde una perspectiva constitucional, el concepto genérico de *propiedad constitucional* implica una visión panorámica que comprende “...*todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, de su vida, y de su libertad (...) todos los bienes susceptibles de valor económico o apreciables en dinero...*”, abarcando no solo los derechos reales de la legislación civil sino también las concesiones de uso sobre bienes del dominio público⁹. Por debajo de esta noción, desde el derecho común y bajo una visión privatista de los derechos reales, la propiedad aparece como el “*derecho real por excelencia, la ‘plena in re potestas’*”¹⁰ lo que ha determinado, desde el

⁹ Cfr. BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*, tomo I, EDIAR, Bs. As., 1989, ps. 321 y ss.

¹⁰ Utilizamos las clásicas expresiones de Juan A. BIBILONI, *Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino*, tomo III, “Derechos Reales”, p. 170, en donde se aprecia claramente la relación o juego terminológico y conceptual que queremos marcar: “...*Cualquiera descripción de la noción de dominio debe tomar uno de dos aspectos: o se parte de la idea fundamental, o se toma en todos sus estados posibles. El dominio no se caracteriza por una suma de atributos, cuya total es la propiedad. No es el uso y el goce, con más el poder de disponer, de excluir, de destruir. El uso y el goce puede ser del usufructuario, o del usuario, o del que tiene derecho de habitación, y el poder de disponer o alterar, quedar limitado por la hipoteca, por ejemplo, pero el dominio no queda por eso desnaturalizado. Porque el propietario no usa y goza a la manera de un usufructuario, ni habita a usanza del que tiene un derecho especial a ello: (1) el derecho real ajeno limita, oprime, si así podemos decirlo, la propiedad, y el propietario está obligado a sufrir su ejercicio. Pero la propiedad reacciona a su plenitud orgánica, inmediatamente que el derecho real cesa de comprimirla...*” (1) *Recte dicimus fundum totum nostrum esse etiam cum usufructus alienus est, quia usufructus non dominio pars, sed servitutis sit, ut via et iter. Nec falso dici, totum meum esse, cuius non potest ulla pars dici alterius esse; Hoc et Julianus, et est verius. Paulus, L.25, 50, 16, D.*

punto de vista terminológico, una aparente sinonimia con el derecho real de dominio¹¹, no obstante que ya es convención, en el derecho moderno, que la relación que existe entre propiedad y dominio es de género y especie.

En esta básica línea de análisis podemos extraer el primer debate: si la relación de un sujeto (pueblos originarios) con una cosa (tierras) nos coloca –en esencia- en el ámbito de los derechos reales, que desde el punto de vista constitucional son *propiedad*, deberemos determinar el alcance jurídico que la Constitución ha querido darle a los términos *posesión* y *propiedad* en la formulación del CN, 75, inc. 17°. Así pues, la mención de la posesión nos puede estar indicando, sin dudas, la exigencia de un ejercicio efectivo de la forma de propiedad que garantiza, pero, lo cierto es que si bien esta especial forma de propiedad podría estar acercándose a la configuración clásica y privatista del dominio –como sostiene doctrina que será citada más adelante-, este derecho real –el clásico dominio- no es el único que se ejercita a través de la posesión, y en sentido laxo, tampoco es el único que queda comprendido en la noción constitucional de propiedad, abarcando también, como se ha mencionado, a las formas de *propiedad* del derecho administrativo.

Estas esquemáticas cavilaciones nos permiten concluir que si bien la formulación constitucional de la *propiedad indígena* enmarca un derecho subjetivo *in rem*, al ingresar en la teoría de los derechos reales las dificultades aparecen al intentar conjugarla con el régimen legal de los derechos reales: *numerus clausus*, tipicidad, la modificación de los existentes y las consecuencias de la pretendida creación de otros. O incluso, desde las

¹¹ Aquí otra muestra de nociones generales y nociones técnicas del mismo término: “La definición del derecho de propiedad ha sido objeto de extendido análisis en la doctrina, desde diversos flancos; y, por cierto, sus resultados se han ido confrontando con las que ofrecen los textos; en éstos si bien las Constituciones muy frecuentemente evaden definirlo –no obstante su invariable actitud de regularla en sus bases-, los Códigos Civiles, por el contrario, generalmente formulan definición (...) De los distintos rasgos que presentan las definiciones, aquí nos ocuparemos principalmente de la concepción técnica que puede adoptarse. En este sentido, las definiciones del dominio pueden agruparse en aquellas que lo conciben como una suma de atributos, identificables y que presentan cierto grado de autonomía (y que han sido llamadas ‘analíticas’) y las que lo conciben como un poder o señorío monolítico, único, indivisible (al menos en atributos identificables), con la característica de la elasticidad (y que han sido denominadas ‘síntéticas’), las cuales parecen constituyendo la concepción que se va imponiendo en la doctrina actual”. Daniel PEÑAILILLO ARÉVALO, “Los derechos reales en algunos códigos latinoamericanos de los siglos XX y XXI, en *Derechos Reales: Principios, elementos y tendencias*, AA.VV, coordinado por Gabriel DE REINA TARIÈRE, Editorial Heliasta, Bs. As., 2008, p. 103.

modalidades que pueden exhibir los derechos reales con caracteres especiales o institutos a la manera de ellos, especialmente, en el derecho administrativo.

Con este breve análisis queremos señalar que el eje de la problemática será el de la *naturaleza* del derecho real que implicaría la *propiedad indígena* que si bien aparece claramente enmarcada por el Constituyente como un derecho de naturaleza real, las características especiales que presentan los pueblos originarios –sujeto- como el atributo de inalienabilidad que es otorgado constitucionalmente a las tierras –su objeto- le dan a este instituto una connotación *sui generis* que lo coloca en algún punto –permitiéndonos la licencia de uso impreciso de las palabras- entre el *dominio* de los particulares y el *dominio* público del Estado (sin perder de vista que éste último, y no obstante su designación –dominio-, no es técnicamente un derecho real ni es propiedad en sentido estricto).

Así planteado el problema, no pretendemos que los estudios caigan en polémicas inconducentes marcadas por una “...*falta de sensibilidad frente problemas de tipo lingüístico*...”¹² en tanto es improbable que el uso común o técnico de determinadas palabras en un sistema teórico determinado cubran todos los tipos de fenómenos de manera homogénea¹³. Y es por ello que Genaro R. CARRIÓ advierte: “...*Las afanosas pesquisas de los juristas por ‘descubrir’ la naturaleza jurídica de tal o cual o institución o relación están de antemano y en forma irremisible destinadas al fracaso. Entre otras razones, porque lo que se busca, tal como se lo busca, no existe. Al preguntarse por la ‘naturaleza jurídica’ de una institución cualquiera los juristas persiguen este imposible: una justificación única para la solución de todos los casos que, ya en forma clara, ya en forma imprecisa, caen bajo un determinado conjunto de reglas. Es decir, aspiran a hallar un último criterio de justificación que valga tanto para los casos típicos como para los que no lo son. Por supuesto que no hay tal cosa*”¹⁴ y luego concluye: “...no es útil hablar de

¹² CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abledo-Perrot, 4º edición corregida y aumentada, Bs. As., 1994, p. 100.

¹³ Cfr. CARRIÓ, ob. cit. p. 101; siguiendo a Richard ROBINSON en su obra *Definition*, Oxford University Press, Oxford, 1954, p. 163.

¹⁴ CARRIÓ, ob. cit. ps. 101 y 102. Explica el autor que ir en pos de este tipo de justificación “...no obedece meramente a un obstinado capricho. Varios factores ayudan a explicar el fenómeno: a) El deseo de los

‘naturaleza jurídica’ de tal o cual institución porque ello, si bien contribuye a preservar la ilusión de que el orden jurídico es autosuficiente, lo hace al alto precio de proporcionar una guía inadecuada para la solución de los casos difíciles y una base poco fructífera de sistematización...”¹⁵.

Con esta suerte de advertencia metodológica, lo que proponemos es mantener un análisis jurídico esclarecedor sin envolver los desarrollos en espesas marañas de confusión terminológica, agravadas por la añadidura de ingredientes históricos, sociológicos, políticos o constitucionales *que no sean conducentes*¹⁶ para la resolución del problema jurídico desde un enfoque técnico.

En esta línea, la *naturaleza* de este derecho real en sentido genérico o subjetivo, deberá terminar de encuadrarse con aspectos necesarios pero complementarios, como el estudio de las características especiales tanto del sujeto del derecho (los pueblos originarios) como de la naturaleza de las tierras, aunadas en el concepto de la relación comunitaria de aquéllos con ésta. Es decir, el punto de partida es la formulación constitucional que reconoce a los pueblos originarios la posesión y la propiedad de las tierras que ocupan, amén de otras que deberán entregarse: la tipología de este derecho proclamado inalienable -con sus generalidades, caracteres y extensión-, es lo que debe develarse, independientemente del carácter operativo que parece tener la cláusula constitucional o la necesidad del dictado de una ley que reglamente adecuadamente el derecho, marcando sus bases orgánicas, su extensión y sus límites.

juristas de procurarse guía para resolver aquellos casos cuya solución no puede extraerse de las normas del sistema; b) El deseo –muchas veces no consciente- de conseguir el propósito expresado sin abdicar de estas dos ideas, que definen cierta forma de positivismo jurídico: 1) el orden jurídico es completo, no tiene lagunas: las soluciones de todos los casos concretos pueden ser deducidos de las normas del sistema, siempre que sepamos integrar a éstas con una adecuada captación de la naturaleza jurídica de las figuras que aquéllas diseñan; 2) no es de buena ley fundar la decisión frente al caso en las consecuencias de adoptar tal o cual solución; c) El deseo de hallar un punto de partida inconvencional para la ulterior tarea de clasificación y sistematización; d) En cierta medida, el deseo de emparentar las instituciones de aparición reciente con otras de linaje ilustre, atenuando así el choque de la novedad mediante su absorción por un mundo familiar de ideas ya elaboradas...” (el destacado en negrita y subrayado nos pertenece).- Ob. cit.

¹⁵ CARRIÓ, ob. cit. p. 102.

¹⁶ Siendo imprescindible los *que si sean conducentes* a la fundamentación de una propuesta de resolución del problema *jurídico real* desde lo técnico.

En una segunda secuencia, este problema jurídico particular –la tipología del derecho-, deberá analizarse a la luz la pirámide de reglas positivas de un sistema federal, que determina la vigencia de ordenamientos normativos constitucionales provinciales, legislaciones locales y legislación común, que han tomado rumbos en apariencia disímiles en la implementación de la *propiedad indígena* acuñada por la Constitución Nacional, receptando tal vez las distintas realidades o coyunturas políticas regionales de nuestro país. Este fenómeno, propio de un sistema federal, no implica *a priori* la existencia o el origen de problemas de constitucionalidad, y es esto último, justamente, lo que habrá que estudiarse en cada caso.

En definitiva, el eje problemático que intentamos hacer ver es el que une a la formulación constitucional de la *propiedad indígena* con una tipología del derecho desde un enfoque técnico específico –derechos reales-, sin que ello signifique estar tomando o sugiriendo una posición en la resolución del problema.

Introducción al temario sugerido

Siguiendo el método de MACKELDEY tomado por nuestro codificador en el Libro Tercero del Código Civil, la primera aproximación que puede hacerse al tema de la *naturaleza* de la *propiedad indígena* desde la teoría de los derechos reales es desde uno de los elementos de los derechos reales: las cosas, en el caso, *las tierras*. En este sentido –e independientemente del posible debate constitucional sobre el alcance de la garantía-, nos referimos a las cuatro categorías de tierras reconocidas a nivel internacional¹⁷: 1) las que tradicionalmente son ocupadas por los pueblos originarios; 2) las que no están exclusivamente ocupadas pero tienen tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia; 3) las tierras adicionales, y 4) las tierras sustitutas por traslado.

Si bien al reconocer la posesión y la propiedad de las tierras de los pueblos indígenas argentinos la Constitución parece mantener a dichas tierras en la categoría de las cosas de

¹⁷ Siguiendo la Convención de la OIT N° 169.

los particulares (CC, 2347), al conferirles los atributos especiales de inenajenables o inalienables pone en discusión si no se ha configurado una nueva categoría de cosas que pertenecerían a los indígenas en propiedad comunitaria, en tanto parece difícil introducir en el análisis la noción de cosas del Estado, ingresando a la clásica división de cosas públicas y privadas.

No obstante esta última afirmación, ninguna hipótesis de investigación puede –ni debe– ser descartada desde esta coordinación, pretendiendo, sí, un método científico depurado. Así, por ejemplo, si bien es conocido por todos que el ingreso a la clasificación de cosas públicas nos posiciona en una rama específica del derecho que puede ser constitucional o administrativa, ajena al derecho privado al que pertenece la teoría general de los derechos reales, y que la noción de dominio público del Estado no implica un derecho de propiedad al modo privatista, ya hemos revisado en estas pautas que en el concepto constitucional de propiedad quedan comprendidas las concesiones de uso sobre bienes del dominio público. En este esquema abierto de ideas y sin encerrarnos “...*en el deseo de emparentar las instituciones de aparición reciente con otras de linaje ilustre, atenuando así el choque de la novedad mediante la absorción por un mundo familiar de ideas ya elaboradas...*”¹⁸ ¿podría tratarse la *propiedad indígena* de un “derecho real” del derecho administrativo, una especie de “dominio público imperfecto”, en el sentido de que su titular, el Estado, no ejerce el “uso y goce” garantizado constitucionalmente a los pueblos originarios? Dejamos planteado el interrogante con la advertencia de que seguir lineamientos hipotéticos como el enunciado podría estar afectando el fundamento teleológico de la cláusula constitucional que reconoce la *propiedad indígena*.

La existencia de una nueva categoría de cosas la sostienen Elena I. HIGHTON y Sandra WIERZBA en el Código Civil comentado bajo la dirección de Alberto J. BUERES y la coordinación de la primera¹⁹, en donde se desarrolla la propiedad comunitaria indígena

¹⁸ CARRIÓ, ya citado.

¹⁹ *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, tomo 5º – Artículos 2311/2672 Derechos Reales, 2ª edición, Hammurabi, José Luis Depalma editor, Buenos Aires, 2004, ps. 125 y ss.

ubicándola temáticamente en el CC, 2347 –cosas del dominio privado- del Capítulo único: “De las cosas consideradas con relación a las personas”, allí se dice: “...*Hasta el momento de la reforma constitucional, el régimen de propiedad y posesión era el mismo para todos los habitantes del suelo argentino (...) no hubo más que el dominio o el condominio (...) Es decir que el indígena estuvo sometido, en el país, a las mismas reglas que los restantes habitantes. Si bien se dictaron constituciones y leyes provinciales protectoras de los aborígenes, no han podido modificar el pertinente régimen de los derechos reales incluidos en el Código Civil. Las normativas permitieron, no obstante, la facilitación al acceso de tierras por usucapión o regularización de títulos dentro del régimen del dominio público o privado del sistema civil, lo que no era fácil, dado que existían incompatibilidades debido a las modalidades transmisivas que, por razones históricas o geográficas, se apartan del Código Civil. Lo que se plantea ahora es algo diferente: un derecho investido a un sujeto colectivo o a los miembros en conjunto con relación a su asentamiento físico, pues los pueblos indígenas desvinculados de su tierra pierden su cultura. A estos territorios pueden agregarse otros que amplíen sus posibilidades; y el criterio surge de que en los pueblos indígenas no puede separarse el concepto de propiedad colectiva y el de propiedad individual. La idea individualista del Código Civil no engloba la vinculación de las comunidades con la tierra. Su modo tradicional de acceso a la posesión y a la propiedad es diferente; se les impuso el modelo romanista y europeo que les era ajeno y que les ha hecho perder la mayor parte de sus derechos. Dentro de cada comunidad, el reparto de uso y la forma de explotación se hará según la costumbre del pueblo respectivo. Se controvierte si deben o no dictarse nuevas normas específicas. Si se dictaran debería ser con la restricción de que esta posesión y propiedad será inenajenable, intrasmisible e inembargable o insusceptible de otros gravámenes, todo lo cual la hace participar de las características de los bienes del dominio público, aunque estén bajo la titularidad de las comunidades que no son el Estado, si bien de alguna manera restringida son pequeños estados dentro del Estado. En principio, es posible que no se regule todo por un régimen único, sino que cada cual siga las formas de utilización de los derechos entre los miembros. Especialmente relevante es considerar derogado el régimen de sucesión del Código Civil para las tierras indígenas. Resulta claro, de todos modos, que el texto es de*

carácter directamente operativo y no necesita de un desarrollo normativo para su efectivización”²⁰ (el destacado nos pertenece).

Si con esta primera aproximación, descartáramos –como lo hacen implícitamente las autoras citadas- la titularidad del Estado sobre las tierras (configurando un régimen especial cuyo análisis correspondería al derecho constitucional o administrativo), posicionados desde las cosas de los particulares, el paso siguiente será el de desentrañar la naturaleza o la noción que presenta el derecho real que ostentarían los pueblos originarios sobre las tierras, para lograr una sistematización de su contenido que permita determinar sus caracteres, extensión, modos de adquisición y extinción.

En este punto ingresan al análisis la incidencia del orden público en la creación de los derechos reales²¹, el *numerus clausus*, la fuente, la tipicidad y la modificación de los

²⁰ Ob. cit. ps. 140 y 141.

²¹ La fuente o modos de adquisición. Incluso antes que el territorio y la población formaran categorías político-jurídicas constituyentes del Estado política y jurídicamente organizado actual, la importancia política, económica, social y hasta filosófica que históricamente ha sido inmanente a la relación de las personas con la tierra es lo que determina que un régimen general de los derechos reales esté esencialmente impregnado por la noción jurídica del orden público. Es con este básico fundamento que en el sistema argentino los derechos reales sólo pueden ser creado por la ley (CC, 2502), aunque ello no significa que la ley sea la única fuente (causa u origen). Explican GATTI y ALTERINI: “*Es imprescindible, por lo tanto, diferenciar nítidamente los conceptos de ‘creación’ y de ‘fuentes’ de los derechos reales. La fórmula del art. 2502 implica nada más que la imposibilidad jurídica para los particulares de constituir otros derechos reales que los expresamente configurados por la ley. La fuente de los derechos reales puede ser la voluntad de las partes o la ley; más aún, la ley actúa muy excepcionalmente como causa-fuente de esos derechos: por ejemplo, en el usufructo legal (el de los padres sobre los bienes de sus hijos que estén sobre su patria potestad –arts. 287, 2816 del Cód. Civil), por el contrario, la voluntad de los particulares es la fuente fundamental que origina los derechos reales...*” Op. cit. p. 81. A partir de esta diferencia, al ser la *propiedad indígena* de cuño constitucional (CN, 75 inc. 17º), no hay dudas de que su creación es legal. En cuanto a su fuente, cabrá la distinción entre las tierras que tradicionalmente ocupan de aquellas que deberán ser entregadas. En las primeras, la fuente parece ser legal pero de una forma especial: “*...La Constitución Nacional hace las veces de ley declarativa de los derechos de las comunidades indígenas y decimos que media una simple declaración legal, sin efecto constitutivos del derecho, porque a los pueblos indígenas argentinos se los reconoce como titulares preexistentes de las tierras. Los pueblos indígenas existentes en tiempos de la conquista o colonización eran propietarios de las tierras por su condición de ocupantes inmemoriales, a la manera de primeros ocupantes...*”. ALTERINI, CORNA y VÁZQUEZ, ob. cit. ps. 161 y 162. Desde una lógica jurídica, sostener esta tesis implica descartar que la fuente del derecho sea la prescripción adquisitiva o la expropiación. Hacerlo significaría una clara contradicción: el pueblo originario no puede adquirir por usucapción lo que ya le pertenece de manera originaria (arg. CC, 2509); y tampoco podría expropiarse lo que les pertenece a los pueblos originarios para dárselos a ellos mismos. Cfr. LAFAILLE, ob. cit. p. 159 (comentarios de ALTERINI). Con relación a las tierras “aptas y suficientes para el desarrollo humano” y las “sustitutas” por traslado, parece claro que la fuente de adquisición será el acto de adjudicación que disponga la transferencia de la propiedad o la utilización temporánea de las tierras. Conforme esta línea de análisis,

derechos reales permitidos y existentes en el sistema positivo vigente, lo que nos debería permitir contestar el primer interrogante: ¿estamos frente a un derecho real autónomo?

Así lo presentan en su imprescindible investigación, ALTERINI, CORNA y VÁZQUEZ: *“Se trata de un derecho real, ante todo, porque se ejercita en relación directa con las tierras sobre las que recae. Tiene un indudable contenido patrimonial. Su régimen es de orden público. Su estructura la diseña la ley (Constitución Nacional), a través de preceptos imperativos a las que deben someterse inexorablemente, tanto las comunidades como todas las otras personas. Otorga a la comunidad titular los dos derechos esenciales en cualquier derecho real, el ‘ius persecuendi’, o derecho de persecución y el ‘ius preferendi’, o derecho de preferencia, ambos oponibles ‘erga omnes’. Es un derecho real autónomo. Presenta algunas semejanzas con el dominio y el condominio, en el caso de las tierras tradicionalmente ocupadas con exclusividad, o asignadas para el desarrollo humano en propiedad exclusiva o en las sustitutas de ambas; o parangones con derechos reales de disfrute (usufructo, servidumbre, etc.), en los restantes casos, en que no es exclusiva la ocupación originaria, la asignación posterior o la sustitución de algunas de ellas por traslado. Pese a cierto paralelismo con derechos reales clásicos, son tan acentuadas las particularidades (...) que no puede ponerse en tela de juicio que estamos en presencia de un instituto con rasgos propios. Identificar la propiedad comunitaria indígena con las formas tradicionales de propiedad, importa desconocer las profundas diferencias que existen entre ellas (...). Ya sabemos, que la relación del indígena con la tierra tiene un punto de partida espiritual, pues ella corporiza sus tradiciones y valores ancestrales, en los que se esfuma el distingo entre lo propio y lo ajeno; pues esa matización es incompatible con la utilización comunitaria de los dones brindados por la madre tierra. No olvidan que allí nacieron ellos, que allí reposan sus antepasados, que allí nacieron sus hijos. Más que sentir que son poseedores de la tierra, su concepción encierra la idea de que la tierra los posee a ellos”²².*

adquisición “originaria” será la de las “tierras que tradicionalmente ocupan”, y “derivada” la de aquéllas “aptas y suficientes para el desarrollo humano” y las sustitutas por traslado. Cfr. ALTERINI, CORNA y VÁZQUEZ, ob. cit.

²² ALTERINI, CORNA y VÁZQUEZ, ob. cit. ps. 154 y 155. En un mismo tenor comenta ALTERINI la obra de LAFAILLE ya citada, p. 158: “Partiendo de la clasificación clásica de los derechos subjetivos [in rem e in

Sostienen además dichos autores que la propia Corte Federal distinguió implícitamente la distinta naturaleza de los derechos reales del Código Civil y la de la propiedad comunitaria indígena, todavía no reconocida legalmente a la fecha del fallo²³, sumando la opinión de BIDART CAMPOS, vertida en un dictamen sobre derechos históricos de la Comunidad Mapuche, quien allí expuso que “*El Art. 75 inc. 17 prevé en forma operativa y directa un régimen diferente a la normativa del Código Civil en materia de propiedad y de derecho sucesorio*”²⁴.

Se plantea así la autonomía pero partiendo –como método- de una equiparación con las formas clásicas de los derechos reales en función del diseño o tipología que en apariencia ofrece la disposición constitucional (CN, 75 inc. 17º) al utilizar los términos “posesión” y “propiedad” con el adjetivo “comunitaria”.

En este sentido, ALTERINI, CORNA y VÁZQUEZ repasan los distintos proyectos de los convencionales constituyentes, determinando que la mayoría de ellos proponían garantizar únicamente la “propiedad” de las tierras²⁵; aisladamente un proyecto concedía el “derecho a la posesión” de la tierra²⁶; o también en soledad la propuesta de un acceso alternativo “al

personam], la propiedad comunitaria indígena se ubica dentro de la categoría de los derechos reales, porque se ejercita en relación directa con las tierras sobre las que recae (objeto); tiene contenido patrimonial, su régimen es de orden público, su estructura está diseñada por la ley (art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional) a través de preceptos imperativos a los que deben someterse inexorablemente tanto las comunidades como todas las otras personas y finalmente porque otorga a su titular (la comunidad) los derechos esenciales propios de cualquier derecho real: el *ius persecuendi* y el *ius preferendi*, ambos oponibles *erga omnes*”.

²³ CSJN autos “Guari, Lorenzo c/Provincia de Jujuy y sucesores de Fernando Campero”, 9 de septiembre de 1929, Fallos 155:302.

²⁴ Dicho dictamen, producido en su condición de Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas Dr. Ambrosio I. Gioja, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires, puede verse publicado en Internet www.pueblosindigenas.net, opción Centro de Documentación, citado por ALTERINI, CORNA y VÁZQUEZ, ob. cit. En un mismo sentido, estos últimos autores citan también: HIGHTON, Elena I., “El camino hacia el nuevo derecho de los pueblos indígenas a la propiedad comunitaria en la Constitución de 1994”, en “Derecho Privado en la reforma constitucional”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario* n° 7, p. 310: “La idea individualista del Código Civil no engloba la vinculación de las comunidades con la tierra...”; ALTABE, Ricardo, BRAUNSTEIN, José y GONZÁLEZ, Jorge A., *Derechos indígenas en la Argentina*.

²⁵ Citan los autores los Expedientes N° 50, 92, 203, 219, 244, 390, 437, 523, 538, 563, 700, 735, 814, 819, 854, 968, 990, 1093, 1147, 1267, 1295 y 1376. Ob cit. p. 152.

²⁶ Expediente N° 328. Ob. cit.

usufructo o propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan”²⁷. Bajo estos antecedentes los autores señalan: “...es evidente que los proyectos que garantizan expresamente sólo la propiedad sobre las tierras, no lo hacen con el propósito de excluir la tutela de la posesión (...) es sabido que una de las facultades inherentes al dominio es el derecho de poseer (Art. 2513 Código Civil), que contiene el de reclamar que se efectivice la posesión. Aunque la Constitución alude a la propiedad, el vocablo dominio (...), tiene mayor aproximación a la realidad, sin perjuicio de que en verdad nos encontremos en presencia de un instituto configurado a la manera de ese derecho real clásico (...) parece preferible el texto constitucional que instituye conjuntamente la propiedad y la posesión, seguramente para que no quede ninguna duda de que no basta una declaración abstracta de que las comunidades indígenas son propietarias de la tierra, sino que el derecho debe traducirse en un ejercicio efectivo a través de la posesión, que es el contenido de ese derecho real...”²⁸.

Profundizando más el análisis, no hay que dejar de advertir que con un criterio amplio la garantía constitucional alcanzaría cuatro categorías de tierras²⁹: 1) las que tradicionalmente son ocupadas por los pueblos originarios; 2) las que no están exclusivamente ocupadas pero tienen tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia; 3) las tierras adicionales, y 4) las tierras sustitutas por traslado. En función de esta categorización, variado puede ser el análisis de la naturaleza del derecho en el marco de la teoría de los derechos reales, utilizando como parangón las formas reales que implican las figuras tradicionales. En este sentido analizan ALTERINI, CORNA y VÁZQUEZ³⁰ que en la primera categoría la naturaleza del derecho se corresponde con un derecho real configurado a la manera del dominio clásico; en la segunda categoría, advierten una semejanza con una servidumbre sin fundo dominante, o en su caso, con un disfrute “a tono” con los derechos

²⁷ Expediente N° 1329. Ob. cit. p. 153.

²⁸ Ob. cit.

²⁹ Siguiendo la Convención de la OIT N° 169.

³⁰ Ob. cit. p. 153 y 154.

reales de usufructo³¹, uso o habitación; en la tercera categoría, sostienen que la entrega o asignación de tierras si bien puede serlo en propiedad, también podría serlo en un derecho real de grado menor, como símil de la superficie forestal, del usufructo, del uso, de la habitación³² o de la servidumbre; en la cuarta categoría, la naturaleza de las tierras sustituidas se refractaría en las recibidas.

Por otro lado, la ubicación sistemática que algunos autores le han dado al tema, nos advierte de la noción errática que puede tener el derecho. LAFAILLE³³, por ejemplo, incluye a la propiedad indígena en el capítulo del dominio imperfecto como un caso anómalo (junto con el bien de familia, sepulcros, derechos intelectuales y propiedad industrial y comercial), así pueden aparecer algunos interrogantes que pueden resultar útiles al análisis: ¿podría tratarse de un supuesto de dominio imperfecto distinto de los tradicionales del Código Civil (desmembrado, revocable y fiduciario); o un dominio con mayores límites; o una forma especial de condominio –comunitario- con indivisión forzosa?

El ensamble de estos contenidos de una manera metódica y libre de los vicios del lenguaje a los que ya hemos aludido, es lo que permitirá definir, tal vez, una propiedad de carácter comunitario, en donde gravitarán las características del sujeto y del objeto, repercutiendo necesariamente al análisis de la naturaleza del derecho.

El pretendido carácter comunitario de la propiedad en estudio es un tema que está directamente relacionado con la dicotomía propiedad individual y comunitaria. El objetivo deliberado del Constituyente de proteger una propiedad comunitaria –que parece haber vaciado de contenido a la ley 23.302³⁴ en lo que respecta a la propiedad individual-, si bien

³¹ Indican los autores citados que la implementación de un usufructo no ha sido ajena a algunos antecedentes normativos nacionales y provinciales, así: Decreto Ley 2.964/58, Decreto 2211/61 y la Ley de la Provincia de Río Negro n° 790 del 13 de abril de 1973.

³² Aclaran los autores que el perfil alimentario exigido por estos derechos de disfrute coincide con la intención tuitiva de las familias indígenas.

³³ LAFAILLE, ob. cit. ps. 137 y ss.

³⁴ El análisis del impacto de la reforma constitucional en el sistema de adjudicación de tierras de la ley 23.302 reformada por la ley 25.799 será imprescindible. Especial atención habrá que brindar a la forma de adjudicación de la ley que aparece sujeta a la modalidad de un cargo, lo que podría estar transformando a la propiedad así adquirida en revocable o resoluble ante el incumplimiento de aquel (arg. 23.302, 10° y decreto

no implica que una o algunas personas pertenecientes a un pueblo originario, individualmente, no puedan adquirir la propiedad de tierras conforme los derechos reales tradicionales, tampoco significaría que el derecho real así adquirido tenga los atributos de la propiedad comunitaria ni sea la forma de cumplir con el mandato constitucional.

Como se advierte, existe un campo fértil para el estudio profundizado de la *propiedad indígena* desde la teoría de los derechos reales, amén de otras asignaturas del derecho que se en su concepción tradicional no ofrecerían respuesta frente al fenómeno (v.gr.: como el derecho sucesorio).

Para finalizar. La actividad notarial implica un notariado con cualidades humanísticas y técnicas de excelencia. El estudio del tema que ha sido propuesto para esta edición de la Jornada Notarial Argentina no es más que el cumplimiento de dicha consigna, inmanente a nuestra condición de notarios y repetidamente establecida a nivel internacional:

“...Que el análisis de las diversas realidades sociales y jurídicas, en las que se ejerce la función notarial en el mundo requiere de un rol de alto contenido social que importa el desarrollo de una labor asesora integradora de conceptos tales como la información, el asesoramiento, el consentimiento informado y el consejo jurídico, particularmente necesarios en los sectores sociales más desfavorecidos. - Que la titulación inmobiliaria con intervención notarial es un instituto esencial para contribuir a superar la barrera de la pobreza porque garantiza la paz social, permite el acceso al crédito y es un factor decisivo para la incorporación de los bienes al circuito y tráfico económico. - Que la problemática vinculada al derecho de propiedad de las tierras de los pueblos originarios no debe quedar exenta del tratamiento de la titulación inmobiliaria, compatibilizando los conceptos de acceso a la propiedad privada y propiedad comunitaria con la seguridad jurídica que aporta la intervención notarial. - Que como presupuestos esenciales para la correcta titulación inmobiliaria notarial es necesaria una correcta identificación física y jurídica de los inmuebles, así como una adecuada publicidad. - Que la escritura pública constituye un instrumento que facilita la circulación internacional de los títulos de propiedad y su acceso al crédito de las instituciones financieras. - Que la constitución, mediante documento público notarial de las pequeñas estructuras productivas, tanto individuales como colectivas, ya sea contractual o asociativa, además de su bajo costo y de la certeza y seguridad jurídica que éste le confiere, posibilita al pequeño y mediano empresario un conocimiento suficiente del camino a iniciar, imprescindible para el éxito del emprendimiento, gracias al asesoramiento con profundo arraigo social y compromiso con la protección integral de la persona humana que ejerce el notario. - Que especial colaboración se debe prestar al notario que desempeña su servicio en ámbitos rurales, donde cumple más intensamente un servicio público y una función social que excede lo notarial, centrada especialmente en la misión humanística de asesoramiento y consejo que lo convierte en depositario de la confianza de los particulares y garantiza la equidad en las relaciones económicas y sociales. La comisión para el Tema Científico II del XXV Congreso Internacional de la Unión Internacional del Notariado, DECLARA: - Que el establecimiento de derechos de propiedad es un factor de paz social y un instrumento de desarrollo. Los notariados del mundo en contacto permanente con estas realidades, en los ámbitos rurales y urbanos, gozando de la confianza que la sociedad tiene actualmente depositada en ellos y con gran responsabilidad social, han analizado todas las herramientas de técnica jurídica empleadas en varios países y, en base a ello, el Congreso ha decidido: 1. Apoyar firme e

155/89, 23°); también a las prohibiciones, inembargabilidad e inejecutabilidad y libre disponibilidad de la propiedad transcurridos veinte años (23.302, 12°, b) y 11°).

incondicionalmente y acompañar en forma permanente toda la política institucional desarrollada por la Unión Internacional del Notariado en la lucha para la erradicación de la pobreza iniciada por la ONU, a partir de la aprobación de los Ocho Objetivos del Milenio (ODM), especialmente a través de los programas para la titulación inmobiliaria de los sectores más necesitados de las diversas sociedades nacionales. 2. Exhortar con firmeza a todos los notariados miembros de la Unión Internacional del Notariado a un renovado compromiso institucional de los Colegios y organizaciones notariales estatales, para una colaboración más efectiva, más eficiente y que beneficie a la mayor cantidad de personas en los distintos Estados Nacionales, en la titulación dominial a favor de los sectores de menores ingresos de cada sociedad, con títulos seguros y aptos para el tráfico jurídico inmobiliario y el acceso al crédito formal, que incluya, además, el aporte de los recursos materiales necesarios para colaborar con los Estados en este aspecto del desarrollo humano. 3. Comprometerse con determinación a promover la iniciativa por parte de los grupos de trabajo y organizaciones del notariado internacional para ofrecer a los Estados y a las organizaciones internacionales expertos notariales, para favorecer el otorgamiento de títulos de propiedad incontestables, seguros y susceptibles de su circulación nacional e internacional. 4. Promover el acceso de los títulos de propiedad al tráfico jurídico internacional. Las escrituras públicas, como consecuencia del control de legalidad que ejerce el notario por delegación de la autoridad del Estado, son títulos de legitimación suficientes para el tráfico jurídico internacional, gozando de presunción de legalidad. Si el Estado de destino exige el control de legalidad material, deberá participar también en su autorización un notario nacional del mismo a este efecto. 5. Dado que el notariado de algunos países miembros de la Unión Internacional del Notariado ha protagonizado diversas experiencias exitosas de titulación masiva de la propiedad en ámbitos rurales y urbanos a bajo coste para el Estado y los ciudadanos, la Unión Internacional del Notariado y los notariados nacionales se encuentran en condiciones de ofrecer tales experiencias y asesorar a los Estados y organizaciones internacionales que les interese su implementación. El notariado mundial reunido expresamente en Madrid para colaborar con los Estados en la lucha contra la pobreza celebra la reciente constitución por parte de la Unión Internacional del Notariado de la asociación “SEAL Symposium for Economy and Law” cuya finalidad coincide con el propósito enunciado. Madrid (España), 5 de octubre de 2007 (*XXV Congreso Internacional del Notariado. Madrid, España, 3 al 6 de octubre de 2007. Conclusiones del Tema II: La actividad notarial en los medios rurales y urbanos*).

1- La problemática que plantea la titulación masiva en el sentido de la existencia en los países latinoamericanos de asentamientos humanos irregulares, poblaciones desplazadas por conflictos armados, la reivindicación de derechos de los pueblos indígenas originarios, y en general el déficit de vivienda digna; 2- En el entendido que vivienda digna es algo más que un techo para cobijarse: significa disponer de un conjunto de elementos referidos a la seguridad jurídica de la tenencia y disponibilidad, estructura y materiales adecuados, precios razonables, armonía con el medio ambiente y demás condiciones que permitan el acceso a otros bienes sociales como el derecho a la educación, el acceso a la salud y al desarrollo personal y colectivo de la comunidad; Esta comisión redactora, propone al plenario de la XIII Jornada Notarial Iberoamericana, las siguientes CONCLUSIONES: 1- Es fundamental que los estados encaren políticas de vivienda en coordinación con los organismos públicos y privados involucrados, entre los que el notariado debe asumir un rol activo y comprometido en la instrumentación de la titulación masiva a favor de los sectores sociales más desprotegidos. 2- El notariado es la opción más adecuada para llevar a cabo la función de brindar certeza y seguridad a los derechos, ya que la ley reconoce una eficacia privilegiada al documento que autoriza y al mismo tiempo la titulación se lleva a cabo sin merma de la necesaria agilidad y eficacia que reclama el mercado y el tráfico jurídico. 3- La participación del notario, no solamente se debe remitir a la autoría de los títulos, al control de legalidad previo que efectúa, sino también a la función de asesor jurídico, por tanto puede aportar su experiencia a la comunidad, en el diseño, mejoramiento y aplicación de los programas de regularización dominial. 4- En este sentido las herramientas que aporta el notariado para la solución de la titulación masiva son: A) El propio documento notarial y el control de legalidad que ello implica. B) El protocolo como instrumento de conservación de matricidad. C) La colegiación obligatoria como medio indispensable para asegurar la calidad de la prestación. D) La participación institucional activa en la colaboración con los organismos públicos para la implementación y continuidad de programas de regularización documental de la vivienda. E) La formación jurídica del notario como profesional de derecho a cargo de una función pública dentro de un marco de objetividad imparcialidad que lo habilita para la resolución de conflictos. 5- Las experiencias fructíferas de los notariados de Iberoamérica constituyen un panel de referencias altamente positivas, como alternativas aplicables en la medida en que se respete su adecuación a las realidades nacionales. 6- A efectos de posibilitar que los objetivos, análisis, diagnósticos y propuestas concretas de solución tengan continuidad, se propone la creación dentro de la comisión de asuntos americanos de la U.I.N.L. de un comité o grupo de trabajo integrado por un representante de cada notariado latinoamericano. Dado el notable interés demostrado por el notariado español y su permanente preocupación por los países que

integran nuestra región, se estima adecuado invitar al consejo general del notariado de ese país a formar parte del órgano propuesto. 7- Por último, resumimos el sentir de esta jornada en la expresión del pueblo hermano del paraguay que nos ha recibido con tanta cordialidad: tekopora, lo que significa "estar bien", "vivir bien", "andar bien" y son los votos que formulamos para nuestros pueblos declarando el compromiso del notariado en trabajar en la búsqueda de una sociedad más justa, equitativa y democrática. (*XIII Jornada Notarial Iberoamericana. Paraguay, 26 al 28 de junio de 2008. TEMA I: Herramientas que el Notariado puede proveer para la solución de la titulación masiva*).

Temario general sugerido³⁵

a) Naturaleza del derecho desde la teoría general de los derechos reales. b) Sujeto: Pueblos originarios y comunidad. Legitimación. c) Objeto: Las tierras. d) Propiedad comunitaria: caracteres, extensión y límites (perpetuidad, exclusividad y falta de absolutez). e) Fuente y modos de adquisición. f) Relaciones: con el arrendamiento, locación y comodato; con la expropiación y la prescripción adquisitiva. g) Publicidad. h) Proyectos de ley y *lege ferenda*. i) La función notarial.

Bibliografía sugerida

La particularidad del tema y la amplitud geográfica que abarca una jornada nacional, son circunstancias que nos han llevado a elaborar una lista de material bibliográfico inicial y de fácil acceso, a partir de la que se podrá profundizar la búsqueda de obras especializadas. Además de las mencionadas, quedan incluidas implícitamente todas las obras generales de Derechos Reales.

ALTERINI, Jorge H., CORONA, Pablo M. y VÁZQUEZ, Gabriela A., *Propiedad indígena*, Coedición de Librería Histórica y Educa, Bs. As., 2005.

ANDORNO, Luís: *Comunidades indígenas. Posesión y propiedad de tierras por los pueblos indígenas. El artículo 75 inc. 17, Constitución Nacional*, La Ley 2005-C, 685.

BAZÁN, Víctor: *Los derechos de los pueblos indígenas y el rol de los jueces en la decisión de conflictos sobre propiedad comunitaria*, Suplemento Constitucional, 2009 (agosto), 1/1/2009 y La Ley 2009, E, 15.

³⁵ Como lo indica el título, el temario es general y sugerido, queriendo indicar con ello que podrían incluirse subtemas no mencionados expresamente en la enumeración pero siempre con la condición de que queden abarcados por los enunciados, respetando el límite temático general establecido en estas pautas.

BUERES, Alberto J. (dirección) y HIGHTON, Elena I. (coordinación): *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, tomo 5^a – Artículos 2311/2672 Derechos Reales, 2^a edición, Hammurabi, José Luis Depalma editor, Buenos Aires, 2004.

BULAT, Sergio: *Reserva indígena protegida. Hacia una nueva categoría de área protegida*, JA 2003-I-928.

CHIACCHIERA CASTRO, Paulina R.: *La cuestión indígena en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1994/2008)*, Suplemento Constitucional 2008 (setiembre), 01/01/2008 – La Ley 2008-E 1073.

CHRISTE, Graciela E.: *Los títulos invisibles. Algunas ideas acerca del Derecho Indígena de propiedad sobre las tierras*, La Ley 2007-F, 473.

DE REINA TARIÈRE, Gabriel (coordinador) AA.VV: *Derechos reales*, Principios, elementos y tendencias, Editorial Heliasta, Bs. As., 2008.

FLORES, Oscar: *Derechos de las comunidades aborígenes en la próxima reforma de la Constitución de Tucumán*, LLNOA2006 (abril), 225.

FOGNINI, Ariel I.: *La propiedad indígena en la Argentina. Del Ayllu a la Constitución Nacional*, LLNOA2009 (octubre), 814.

FUSTER, Gabriel A.: *Formas coparticipativas de propiedad*, Lexis N° 0003/014669.

GARGARELLA, Roberto (coordinación), AA.VV, *La Constitución en 2020, 48 propuestas para una sociedad igualitaria*, Siglo Veintiuno Editores S.A., Bs. As., 2011.

GATTI, Edmundo y ALTERINI, Jorge H.: *El derecho real. Elementos para una teoría general*, Abeledo-Perrot, Bs. As. 1993.

GOUVERT, Juan Fernando: *Panorama sobre el derecho indígena: hacia una vigencia sociológica*, La Ley Online.

GOUVERT, Juan Fernando: *Tendencias y problemáticas actuales de los pueblos originarios Argentinos*, elDial.com - DCD83

GUINDIN, Laura Soledad: *Propiedad comunitaria indígena: hacia su contenido apropiado*, elDial.com - DC11CC.

LAFAILLE, Héctor, con comentarios de ALTERINI, Jorge H., *Tratado de los Derechos Reales*, tomo III, 2^o edición actualizada y ampliada, La Ley y Ediar, Bs. As., 2010.

MOREIRA, Manuel Alberto Jesús y VELY, Florencia C.: *Pueblos originarios, derechos lingüísticos y buena fe: hacia una nueva axiología jurídica*, LLNOA, 2008 (febrero).

MOREIRA, Manuel Alberto Jesús: *La cuestión indígena en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1994/2008)*, LLLitoral 2009 (setiembre).