

EL DOMINIO PÚBLICO FRENTE A OTRAS INSTITUCIONES JURÍDICAS: LA PROPIEDAD COMUNITARIA

Por Vaniria Mela

El presente trabajo tiene por objeto confrontar al dominio público con una institución jurídica de reciente data y vertiginoso crecimiento, como es la propiedad comunitaria indígena, reconocida en la reforma constitucional de 1994, en diferentes instrumentos internacionales y en el art. 18 del nuevo Código Civil y Comercial.

I. Dominio público. Concepto y caracteres

De acuerdo a su comprensión usual, el dominio público es el conjunto de cosas afectadas al uso directo de la colectividad referida a una entidad administrativa de base territorial, destinadas al uso público de los administrados y que no son susceptibles por tanto de apropiación privada. A su vez, debe distinguirse entre los bienes de dominio del Estado, que son el conjunto de cosas sobre las cuales él ejerce un derecho de propiedad: tenemos por una parte los bienes *públicos*-sobre los cuales el Estado tiene un superior poder de policía y no un derecho de propiedad- y los *patrimoniales*-en donde sí ejerce un verdadero derecho de propiedad-.

La doctrina tradicional¹ ha sostenido que los bienes de dominio público tienen, en razón de su naturaleza y destino, caracteres jurídicos diferenciales. Así, se postula su condición de inalienables, imprescriptibles, inembargables e inejecutables. Por el primer carácter estas cosas están jurídicamente sustraídas del comercio ordinario del derecho privado, de lo cual se deriva la imposibilidad de ser hipotecados o embargados. La imprescriptibilidad implica la imposibilidad de adquirir un bien de esta naturaleza por prescripción, es decir por la ocupación de una cosa durante el transcurso de cierto tiempo.

Pues bien, con la reforma a nuestra carta magna nacional, estos caracteres jurídicos "definitorios" y "diferenciales" han dejado de ser predicados exclusivamente en relación a los bienes del dominio público.

II. Constitución Nacional. Dominio o propiedad comunitaria

El constituyente del año 1994 posibilitó la incorporación de una nueva categoría de dominio junto con las ya existentes de dominio privado y dominio público. Debo destacar que dicha posibilidad no es unánimemente concebida en la doctrina, ya que algunos autores califican a la cláusula 17 del art. 75 como inútil, conflictiva, etc.²

La citada disposición establece como atribución del Congreso la de "*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; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones*".

Como puede advertirse, dicho reconocimiento se encuentra plasmado en la segunda parte de la Constitución referida a las "Autoridades de la Nación" y como una atribución del Poder Legislativo. La ausencia de una localización en la parte dogmática no es intrascendente, máxime si se compara con las tendencias internacionales en la materia y con la interpretación que a dicha cláusula le han dado la doctrina y jurisprudencia recientes.³

Para Gelli,⁴ el reconocimiento de la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas argentinos con los caracteres de no enajenable, intransmisible, inembargable y no tributable modifica los principios propietarios consagrados en el código civil histórico para la propiedad privada. En palabras de Bidart Campos,⁵ con la reforma del año 1994 se estableció "*un régimen diferente a la normativa del código civil en materia de propiedad*".

En mi opinión no sólo se ha producido ese efecto, sino que la reforma creó una nueva categoría dominial que se inserta entre el dominio público y el dominio privado, compartiendo rasgos de ambas figuras jurídicas y quitando a los caracteres jurídicos del dominio público el status

¹ Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 1964, sexta edición, Capítulo V, Pág. 454 y siguientes.

² Dalmazzo, Omar Antonio, *Manual de Derecho Constitucional, Constitución de la Nación Argentina Comentada y Anotada*, Instituto Browniano, Presidencia de la Nación, Secretaría de Cultura, Bs. As. 1998, págs. 593 y 594, para este autor la cláusula "no tiene sentido" mientras que para Ekmekdjian, Miguel Ángel en su *Tratado de Derecho Constitucional, Constitución de la Nación Argentina, comentada, y anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina*", Tomo IV (arts. 42 a 86), Ed. Depalma, Bs.As., 1997, la cláusula no es operativa y sería generadora de innumerables conflictos.

³ Juzgado de Primera Instancia en lo Civil de Bariloche en autos "Sede Alfredo y Otros c/ Vila Herminia y Otros s/ Desalojo", sentencia del 13 de agosto del 2004: "(...) la posesión comunitaria de los pueblos indígenas no es la posesión individual del código civil. Por mandato operativo, categórico e inequívoco de la Constitución Nacional toda ocupación tradicional de una comunidad indígena debe juzgarse como posesión comunitaria aunque los integrantes no hayan ejercido por sí los actos posesorios típicos de la ley inferior (artículo 2384 del código civil). Es la propia constitución la que nos dice que esas comunidades han poseído y poseen jurídicamente por la sencilla razón de preexistir al estado y conservar la ocupación tradicional."

⁴ Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, La Ley, 2003, Pág. 574.

⁵ Comunidad Mapuche Vera- Dictamen del Dr. José G. Bidart Campos sobre derechos hereditarios y propiedad comunal, Instituto de Investigaciones Jurídicas Dr. Ambrosio I. Gioja, Facultad de Derecho U.B.A. s/f

de diferencial o definitorio. Como ya se expresó, la inenajenabilidad e inembargabilidad junto con la intransmisibilidad y no tributación son dispuestos por la carta magna para la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas.

III. El Convenio 169 de la O.I.T⁶

En lo que aquí interesa, el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales ha establecido en su art. 14 que: *“1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes. 2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. 3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.”*

Como puede verse en el párrafo primero, el convenio alude a las tierras que tradicionalmente ocupan (los pueblos indígenas) y el texto constitucional de 1994 tomó exactamente los mismos términos, seguido luego por el Código Civil y Comercial. Es por ello que las discusiones sobre las redacciones del convenio deben ser utilizadas también para interpretar la cláusula constitucional⁷ y la legal. Paralelamente, y en lo que hace a su fuerza vinculante, nos encontramos frente a un tratado de jerarquía suprallegal de acuerdo al art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

IV. La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Por último, la Declaración de referencia, aprobada por la Asamblea de Naciones Unidas en 2007, no es jurídicamente vinculante. Sin embargo, ella representa un instrumento dinámico en las normas internacionales, que ayuda a aplicar e interpretar la legislación referida a los derechos de los pueblos indígenas.

Uno de los puntos más importantes del texto es el referente al apego⁸ de los indígenas a la tierra. Varios artículos mencionan su derecho a poseerlas, utilizarlas y desarrollarlas y – puntualmente- sus arts. 26, 27 y 28 establecen que los Estados deben asegurar el reconocimiento y la protección jurídica de esas tierras, territorios y recursos y que no procedan a ningún traslado “sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa”.

De ese modo, la Declaración se orienta en el mismo sentido que las pautas incorporadas por nuestra Constitución, ampliando incluso la protección de los derechos de los pueblos originarios. Como dije, esta declaración sirve de pauta interpretativa y -de realizarse el trámite previsto en la Constitución Nacional en el art. 75 inc. 22 in fine- podría incluso llegar a tener jerarquía constitucional.

V. Conclusiones

De la reseña efectuada pueden extraerse las siguientes conclusiones:

a) La reforma de la Constitución Nacional del año 1994 introdujo en nuestro ordenamiento objetivo una nueva categoría dominial: la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos originarios. Esta nueva categoría se inserta entre la propiedad privada y el dominio público, compartiendo con este último alguno de sus caracteres jurídicos que ya no son definitorios ni diferenciales de él con exclusividad.

b) El convenio 169 de la OIT tiene jerarquía suprallegal y precedió al constituyente en el reconocimiento de este dominio comunitario, operando como una pauta interpretativa clave de la norma doméstica. A su turno, la declaración de la ONU -que por ahora no tiene efecto vinculante- sirve también como pauta interpretativa de esta nueva categoría dominial.

⁶Aprobado por Argentina por ley 24.071 sancionada el 4 de marzo de 1992.

⁷Conforme Juan Manuel Salgado, *Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas, (Comentado y anotado)*, Publifadecs, General Roca, 2006, Pág. 155.

⁸ En el sentido de “arraigo” o especial vinculación que los pueblos originarios mantienen con la tierra. Han dicho Quiroga Lavié, Humberto; Benedetti, Miguel Ángel y Cenicacelaya, María de las Nieves: “(...) para la cosmogonía indígena- más allá de la diversidad de culturas- la tierra no tiene un tinte patrimonialista, no se la ve como mercancía que se puede apropiarse y usar ilimitadamente; su estrecha vinculación con la tierra es elemento consustancial de la existencia misma del grupo razón por la cual se la debe entender como la base material para la continuidad de su acervo cultural (...) en suma las tierras son para ellos un vínculo histórico, material y espiritual” en la obra *Derecho Constitucional Argentino*, RubinzalCulzoni, Buenos aires, 2001 Tomo I, Pág. 334.