

Exposición, análisis del proyecto de Reforma de Código Civil.

Expositor: Santiago Mamani, Pueblo Diaguita, provincia de Tucumán. En representación del Consejo de Participación Indígena.

Desarrollo: DOCUMENTO A DESARROLLAR DE MODO PARTICIPATIVO, A FINES INFORMATIVOS Y POSICION DEL INSTITUTO NACIONAL DE ASUNTOS INDIGENAS.

DERECHOS INDÍGENAS Y PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL UNIFICADO

I. Introducción

En los últimos dos decenios, los países latinoamericanos inscriptos en el respeto a la diversidad cultural, consagraron expresamente en sus Cartas Magnas, el derecho de los pueblos indígenas a su identidad étnica y cultural, y a su propiedad comunitaria indígena en forma diferenciada a la propiedad individual, reconocida hasta ese momento por el derecho positivo. Asimismo en nuestro país, la Constitución de la Nación Argentina vigente dispone en su Artículo 75 inciso 17:

Corresponde al Congreso “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 comunitaria 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”.

El texto constitucional transcrito fue aprobado por unanimidad por la Convención Nacional Constituyente de 1994 reunida en la provincia de Santa Fe en su 29º reunión, el 11 de agosto de 1994.

La sanción estuvo precedida por un análisis exhaustivo de la cuestión indígena, traducida en numerosos proyectos individuales y grupales, que se reflejaron en sucesivos despachos de mayoría y minoría.

A modo de ejemplo en el Expediente N° 619 la convencional constituyente Dra. Cristina Fernández de Kirchner, junto a otros convencionales, propugnó *como función del Congreso reconocer, a los pueblos indígenas “la posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan. Asimismo el Estado garantizará la entrega de tierras en extensiones aptas y suficientes para el desarrollo de diversas actividades productivas. Significa que las tierras: “cumplen, dentro de la cosmovisión aborígen (al igual que para muchos otros pueblos del pasado y del presente, para quienes solo hay una tierra), no únicamente un papel en la apropiación o producción de bienes necesarios para la subsistencia - como lo es para la cultura occidental - sino que forman parte de la integralidad de su cultura como elemento de identificación, lugar de reposo de los antepasados, sustentadora de sitios consagrados por el culto y las prácticas religiosas, dadora de vida”. Enfatiza, hacia el final, que tales reconocimientos juegan “como reparación histórica y con el fin de garantizar su participación en el desarrollo socioeconómico de la Nación de acuerdo a sus propias modalidades”.*

La iniciativa actual de incorporar y reafirmar determinados derechos indígenas en el proyecto de reforma del Código Civil, es el correlato de las políticas públicas indígenas desarrolladas por este Gobierno nacional a partir del año 2003, y que se encuentran relacionadas con:

- a) La sanción de la Ley N° 26.160 que establece la demarcación de las tierras que en forma tradicional, actual y pública ocupan las comunidades indígenas del país y que suspende los desalojos de las mismas por el plazo de la emergencia declarada. La citada norma fue prorrogada mediante Ley N° 26.554 hasta el 23 de noviembre de 2013.

- b) *La sanción de la Ley N° 26.737 s/Régimen de protección al dominio Nacional sobre la propiedad, posesión o tenencia de las tierras rurales, la cual tiende a determinar la titularidad catastral y dominial de la situación de posesión de las tierras rurales y regular respecto de las personas físicas y jurídicas extranjeras, los límites de la titularidad de posesión de tierras rurales.*
- c) La efectivización de la participación indígena a través de la constitución del CONSEJO DE PARTICIPACION INDIGENA (CPI), en el ámbito del INSTITUTO NACIONAL DE ASUNTOS INDIGENAS (INAI), que junto con las organizaciones indígenas de base territorial, Encuentro Nacional de Organizaciones Territoriales de Pueblos Originarios (ENOTPO) se construye un diálogo intercultural para la implementación de políticas públicas.
- d) La iniciativa de la Presidenta de la Nación Dra. Cristina F. de Kirchner, que en el marco de la celebración del Bicentenario, dictó el Decreto N° 700/10 que establece la constitución de una Comisión de Análisis de la Propiedad Comunitaria Indígena, la cual elaboró el anteproyecto de ley tendiente a la instrumentación de la posesión y propiedad indígena. Este anteproyecto contó con la efectiva participación indígena a través del CPI y de las Organizaciones indígenas territoriales como así también de organismos nacionales y provinciales. Los conceptos fundamentales y principios rectores fueron tenidos en cuenta e incorporados en el proyecto de reforma del Código Civil.

Propiedad Comunitaria Indígena.

La Constitución Nacional establece reconocer la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan los Pueblos Indígenas, y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano.

Congruentemente, el Convenio N° 169 de la OIT en su artículo 14.1 establece que deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre tierras que tradicionalmente ocupan.

A pesar de la constitucionalización de la propiedad indígena, lo establecido en el Convenio N° 169 de la OIT y el desarrollo de la jurisprudencia en la materia, la Argentina no cuenta aún con una ley nacional actualizada que encuadre la cuestión tendiente a su instrumentación efectiva. Lo cual trae como consecuencia un riesgo de ineficacia e insuficiencia de la garantía constitucional.

La ausencia de los derechos indígenas en el Código Civil vigente ha puesto en riesgo serio la efectividad de la garantía constitucional. Las comunidades indígenas han soportado desde el reconocimiento constitucional el peligro de interpretaciones judiciales errantes y que hacen lecturas disvaliosas de la voluntad del poder constituyente.

Evidentemente, estamos en presencia de una oportunidad histórica que lejos de desjerarquizar derechos, los ubica en un plano de cumplimiento efectivo.

- **COMUNIDADES INDIGENAS COMO SUJETOS DE DERECHOS**

El artículo 18 del proyecto de reforma versa sobre los derechos de las comunidades indígenas estableciendo en primer término que **“Las comunidades indígenas con personería jurídica reconocida tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de sus tierras según se establece en el Libro Cuarto, Título V, de este Código. (...)”** reafirmando lo establecido en el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional.

La Constitución Nacional alude a los pueblos indígenas argentinos reconociéndoles la preexistencia étnica y cultural, no obstante el sujeto de reconocimiento de la propiedad comunitaria indígena se encuentra en cabeza de la **“comunidad indígena”**. El proyecto reafirma esta concepción y determina inequívocamente la imposibilidad de que una Organización No gubernamental (ONG), Iglesias u organizaciones indigenistas puedan constituirse en titular de la propiedad comunitaria, siendo un derecho exclusivo de las comunidades.

- **DERECHO A LA CONSULTA Y PARTICIPACIÓN**
- **DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA**

El último párrafo del artículo 18° reafirma el derecho a la participación, consagrado en la Carta Magna y en el Convenio N° 169 de la OIT, estableciendo que: **“(...) También tienen derecho a participar en la gestión referida a sus recursos naturales como derechos de incidencia colectiva”**.

- **PERSONERIA JURIDICA**

El derecho de las comunidades indígenas al reconocimiento de su personería jurídica establecido en la Constitución Nacional, es puesto en relieve en el proyecto de reforma respetando la cosmovisión, usos y costumbres de cada pueblo indígena para decidir su forma interna de convivencia y organización social.

En este orden de ideas, el artículo 2030 estipula que **“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 (...)”** y el artículo 2029 ratifica a la comunidad indígena como sujeto de derecho, estableciendo acerca de la propiedad comunitaria indígena que: **“El titular de este derecho es la comunidad indígena registrada como persona jurídica (...)”**.

El proyecto incluye y ubica a las Comunidades Indígenas en el artículo 148 dentro de las “personas jurídicas privadas”. Esta inclusión pone en valor el derecho de las comunidades indígenas al reconocimiento de su personería jurídica propia, respetando sus pautas culturales.

- **POSESION Y PROPIEDAD COMUNITARA**

El proyecto de reforma del Código Civil tiene prevista la incorporación del derecho real de Propiedad Comunitaria Indígena, según versa en el artículo 1887.

Lo valioso de la incorporación radica en su inclusión en un Código de Fondo, de cumplimiento obligatorio para las provincias, evitando interpretaciones erráticas y disvaliosas.

En el Convenio N° 169 de la OIT el término hábitat es empleado en el art. 13.2 cuando establece que “La utilización del término tierras en los art. 15 y 16 (referidos a la protección de recursos naturales y traslados de comunidades exclusivamente) deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.

En el artículo 2029 establece como titular de este derecho a la comunidad indígena diferenciándolo de sus integrantes, de sus miembros, y remarcando que el mismo es un derecho colectivo, salvo que la comunidad como tal desaparezca. Expresa: **“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.”**

Estas características especiales alejan definitivamente a la propiedad indígena del derecho real de condominio y justifican su regulación autónoma.

El artículo 2030 cita que: **“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 establece 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.”**. En este artículo, como ya se dijo anteriormente, se pone en valor la cosmovisión, usos y costumbres de cada comunidad y pueblo indígena para decidir su forma interna de convivencia y organización social y lo sujeta a los principios que establece la CN y la regulación

que se establezca desde los organismos especializados de la administración nacional en asuntos indígenas.

CARACTERES DE LA PROPIEDAD COMUNITARIA

El proyecto de reforma del Código Civil, reafirma y desarrolla los caracteres de la propiedad comunitaria indígena establecidos en la CN. En el artículo 2032 quedan establecidos los caracteres: **“La propiedad indígena es exclusiva y perpetua. Es indivisible e imprescriptible por parte de un tercero. (...)”**

Agrega en el artículo 2034 que: **“La propiedad indígena no puede ser gravada con derechos reales de garantía. Es inembargable e inejecutable por deudas.”** Dejando de este modo de manifiesto el resguardo y defensa de la propiedad comunitaria indígena.

Este artículo se encuentra en plena consonancia del Art 75 inciso 17 de la CN **“(...) propiedad comunitaria 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 (...)”**

En el artículo 2033 se describen los derechos de las comunidades indígenas sobre la propiedad comunitaria, expresándolos así: **“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.”**

En relación con el contenido, pueden clasificarse en derechos reales de disfrute y de garantía; los primeros, de disfrute, son el uso y goce, la habitación y el usufructo, los segundos, de garantía, la hipoteca, la prenda y la anticresis. En el segundo, el derecho sólo sirve de garantía para el pago de una deuda contraída

por el dueño. Por eso se dice también que los primeros recaen sobre la sustancia de la cosa y los segundos sobre su valor.

En el último párrafo, es de los mas importantes del artículo abandona el concepto del Artículo 2030 donde se refería a la Representación legal de la Comunidad Indígena y habla de “miembros de la comunidad” diciendo **“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”**.

Acerca del modo de constitución de la propiedad comunitaria indígena, el proyecto establece en el artículo 2031 que: **“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.”**

En este articulo enumera algunos de los modos de constitución de la propiedad Comunitaria indígena, en principio es enunciativo ya que utiliza la frase **“puede ser constituida”**

En los fundamentos del anteproyecto se aclara *“(…) el procedimiento de regularización de la titularidad de las tierras queda encomendado a la ley especial pues se entiende que corresponde al diseño de políticas estatales particularizadas y no es propio del derecho privado”*. De allí la necesidad de retomar el funcionamiento de la Comisión de Análisis creada por el Decreto 700/10 del PEN, a los fines de readecuar el proyecto de ley de propiedad comunitaria al futuro **Código Civil y Comercial Unificado**.

La protección del titular registral surge a través del principio de legitimación registral en la medida que de la presunción relativa de exactitud que impone, se desprende que aquél no podrá ser despojado de su derecho sin su previo consentimiento o intervención.

- **COMUNIDAD INDÍGENA Y RECURSOS NATURALES**

“Las comunidades indígenas con personería jurídica reconocida tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de sus tierras (...) También tienen derecho a participar en la gestión referida a sus recursos naturales como derechos de incidencia colectiva” cita el artículo 18 del proyecto de reforma, reafirmando la cláusula constitucional respecto de *“(...) Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. (...)”*

Como se mencionó anteriormente, se consagra el derecho de las comunidades indígenas, como un derecho de incidencia colectiva, así refieren los artículos 14 y 18.

En el artículo 2035, acerca del aprovechamiento de los recursos naturales que se encuentren dentro de la propiedad comunitaria, se reafirma el derecho a la consulta y participación: **“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.”**

El artículo no sólo se limita a los recursos naturales que se encuentran dentro de las tierras de propiedad indígena, sino que se refiere a todos aquellos que tengan **“incidencia en los hábitats indígenas”**, infiriendo de este modo que no sólo alcanza a las tierras que tradicionalmente ocupan sino además a las tierras que utilizan y que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que tienen tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.

IV. CONCLUSIONES QUE SE ESPERAN SEAN EJE RECTOR DE DIFUSION, ACLARACION Y EXPLICACION DEL “NUEVO” CODIGO.

- La iniciativa de incorporar determinados derechos indígenas en el Código Civil es una consecuencia congruente y necesaria de un camino transitado por este Gobierno Nacional en la instrumentación efectiva de derechos.

- Es el correlato de las políticas públicas indígenas desarrolladas a partir del año 2003, (Ley N° 26.160, Ley N° 26.554,-Relevamiento Territorial-Creación del Consejo de Participación Indígena (RESOLUCIÓN INAI N° 624/08), Ley N° 26.737 -Régimen de Protección al dominio Nacional- y Propuesta normativa de la Comisión de Análisis de la Propiedad Comunitaria creada mediante Decreto N° 700/10 del Poder Ejecutivo Nacional)
- En las políticas públicas desarrolladas desde el 2003 al presente fueron fundamentales la participación indígena, siendo el 20 de mayo de 2010 en oportunidad de las vísperas del Bicentenario de la Nación, en un encuentro histórico en la Casa de Gobierno donde la Presidenta de la Nación recibió a los Representantes de los Pueblos Originarios de todo el país. La ejecución de la Ley 26.160 es otra muestra de participación indígena en las políticas públicas indígenas.
- La incorporación al Código Civil no desjerarquiza los derechos de raigambre constitucional, los ubica en un plano de operatividad y obligatorio para las interpretaciones jurisprudenciales y las políticas públicas provinciales.