

DERECHOS INDÍGENAS Y PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL UNIFICADO

Dr. Antonio Dell'Elce

Director de Tierras y Registro Nacional de Comunidades Indígenas

INAI

INTRODUCCION

El 1º de Marzo de 2012 en el marco de la inauguración del 130º Período de Sesiones Ordinarias del Congreso Nacional, ante la Asamblea Legislativa la Presidenta de la Nación Dra. Cristina Fernández de Kirchner informó los logros de la gestión, pero también anunció medidas trascendentales, como asegurar el abastecimiento de combustibles para los argentinos, la reforma de la Carta Orgánica del Banco Central para que se desenvuelva en el marco de las políticas establecidas por el Gobierno nacional y otros, pero sin duda el anuncio de mayor trascendencia fue anticipar el envío al Congreso de la Nación del proyecto de un Nuevo Código Civil y Comercial Unificado. Y en ese marco hizo énfasis en la importancia de la incorporación de la propiedad comunitaria indígena como un derecho exclusivo de las comunidades de los Pueblos Originarios.

A partir de allí, surgieron inmediatamente cuestionamientos irresistibles:

¿Constituye esta incorporación en el Código una desjerarquización del derecho consagrado constitucionalmente?

¿Realmente será útil a las Comunidades de los Pueblos Indígenas esta determinación política?

¿Qué consecuencias políticas y jurídicas acarrearía esta inclusión?

Luego, y desde los más diversos ámbitos, surgieron voces y posturas discordantes y otras que adhieren a esta decisión política. Organizaciones indígenas territoriales, Representantes del Consejo de Participación Indígena, Asociaciones de abogados, organizaciones no gubernamentales, jornadas notariales, organizaciones indigenistas, iglesias de distintos credos, institutos, colegios de profesionales, etc. se expresaron democrática y controversialmente sobre esta histórica incorporación en un código de fondo.

A decir verdad, este Bicentenario de las luchas por la independencia nos encuentra mejor entreverados con nuestra historia que el Primer Centenario que festejó inescrupulosamente la invisibilización de la realidad indígena junto a la Infanta de Borbón instaurando la reducción de un país entero a ser el “granero del mundo”, y la conversión de nuestra joven nación en un mero satélite del Imperio Británico.

La celebración de este Bicentenario que comenzó con la presencia indígena en la Casa de Gobierno, nos encuentra debatiendo políticas con los pueblos originarios, quienes dejan de ser

paulatinamente, meros espectadores, para convertirse en actores fundamentales para la disputa en primer término, de aproximadamente DOCE (12) millones de hectáreas de tierras en la Argentina.

Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Venezuela y Argentina incluyeron en sus Constituciones Nacionales normas referidas a la protección de su cultura, y a su derecho a la propiedad comunitaria o colectiva.

Sin duda, la reforma de la Constitución del año 1994, al reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, así como el derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan, significó un avance importante a nivel declarativo de los derechos.

Pero es justo preguntarnos: ¿Por qué a pesar del marco excepcional de derecho indígena, en algunas oportunidades no se pueden ejercer efectivamente?

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

A más de 18 años de la sanción de la reforma constitucional que incorpora los derechos indígenas, sólo a partir del año 2003, se comenzaron a sancionar leyes que tienden a efectivizar lo establecido por el Art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional:

- a) La instrumentación 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 se construye un diálogo intercultural para la implementación de políticas públicas.
- b) La sanción de la Ley Nº 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 misma fue prorrogada mediante Ley Nº 26.554 hasta el 23 de noviembre de 2013.
- c) 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 Nº 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.

Asimismo en el plano educativo se reconoce el derecho a la educación intercultural bilingüe en la nueva Ley Nacional de Educación Nº 26.206 y la sanción de la nueva Ley de Medios y Servicios Audiovisuales Nº 26.522 que reconoce el derecho a la comunicación con identidad indígena y se otorga participación indígena en el organismo de aplicación de ésta Ley.

La iniciativa de integrar determinados preceptos relacionados con la propiedad comunitaria y el derecho a la consulta y participación en el proyecto de Código Civil y Comercial Unificado, no se

trata de una idea descontextualizada del Poder Ejecutivo Nacional ni de una propuesta innovadora y aislada de juristas convocados a tal efecto, sino como una consecuencia coherente y necesaria con un camino transitado por el Gobierno nacional de instrumentación efectiva de derechos.

Esta propuesta legislativa es el correlato de las políticas públicas indígenas desarrolladas por este Gobierno nacional. El Relevamiento Territorial que se lleva adelante en el marco de la Ley Nº 26.160 / 26.554 necesita naturalmente la incorporación de la propiedad comunitaria indígena en el nuevo Código Civil y Comercial unificado.

Los problemas vinculados a la propiedad indígena no obedecen a una única causa, pero entre los distintos factores que impiden el desarrollo progresivo es probablemente la falta de inclusión de este derecho en el Código Civil, en tanto código de fondo.

La jurisprudencia intentó llenar el vacío legal en la materia, pero se trata de una labor dispersa e inorgánica y a veces contradictoria y disvaliosa para las comunidades.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en casos en donde se discutía el reconocimiento de la propiedad indígena sólo trató cuestiones procesales tales como la competencia o la procedencia de la vía intentada, y la doctrina especializada se redujo al análisis de aspectos sustanciales y sólo incidentalmente trató lo atinente a procedimientos de que deben seguirse para obtener el reconocimiento efectivo o la defensa de los derechos de los pueblos indígenas.

II. Necesidad de la incorporación de la Propiedad Comunitaria Indígena en el Código Civil y Comercial Unificado

a) Supremacía del Código Civil sobre las legislaciones provinciales

El Código Civil confiere unidad y coherencia, evita confusión, facilita el conocimiento, favorece la conformación de un espíritu nacional pero la nota fundamental es la supremacía que ejerce frente a las legislaciones provinciales.

Una cuestión no menos importante, es la **complejidad interjurisdiccional** del sistema federal argentino: los derechos indígenas deben ser implementados en un contexto, en primera instancia, contradictorio entre la voluntad de la Nación con fundamentos en el Art.75, inc 17 de la Constitución Nacional de 1994 y la defensa que efectúan las provincias de su autonomía, basadas en lo que dispone la misma constitución Nacional de 1994, en su Art 124, que **“corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales.”**

Lo señalado, implica un necesario y muchas veces prolongado proceso de acuerdos con las provincias, para establecer y delimitar las facultades concurrentes.

Atento lo expuesto y teniendo en cuenta que la Tierra es uno de los principales recursos naturales del dominio originario de las provincias, toda política pública indígena referida a las tierras que ocupan tradicionalmente las comunidades, debe ser necesariamente consensuada con los Estados provinciales en el marco del federalismo concertado y la contradicción que a prima facie surgen de los art.75 inc. 17 y 124 de la Constitución Nacional.

b) Proyecto de Código Civil con un nuevo enfoque.

Las consecuencias jurídicas y políticas de la incorporación de determinados derechos indígenas en el proyecto de reforma del Código Civil, no pueden ser dimensionadas si no se comprende que estamos en presencia del impulso de un Nuevo Código, diametralmente diferente al concebido por Dalmacio Vélez Sarfield, bajo la presidencia de Domingo Faustino Sarmiento y sancionado a libro cerrado en el año 1869, y comenzando a regir en 1871.

Se trata de un Nuevo Código Civil, con un nuevo enfoque y que modifica profundamente el vigente. Pondera la costumbre, asume la interculturalidad, consagra derechos de incidencia colectivos, integra derechos humanos, versa sobre derecho privado pero también sobre elementos del derecho público, incorpora una gran regulación que se dedica a los niños, aplicando la Convención de los Derechos del Niño, protección de los ancianos, regula la capacidad de las personas con enfermedades mentales, se incorporan los derechos personalísimos que hacen a la defensa de la persona, el derecho a la privacidad o la anulación de contratos riesgosos, agiliza los trámites de divorcio, tenencia de hijos y distribución de bienes, etc. y también incorpora los elementos centrales que reconoce la Constitución Nacional a las comunidades indígenas.

c) Ubicación de los derechos indígenas en la Constitución Nacional

A pesar de que el inciso 17 del Art. 75 de la Constitución reformada de 1994, incorpora nuevos derechos y garantías a los pueblos indígenas, hecho que hubiera merecido que su contenido fuera ubicado en la Primera Parte de la Constitución, el reconocimiento de ellas ha quedado inserto dentro de la enumeración de las facultades del Congreso Nacional.

La objetable metodología tiene su causa en los términos de la Ley Nº 24.309 sobre "Constitución Nacional. Declaración de la necesidad de su reforma" sancionada y promulgada el 29 de diciembre de 1993 y publicada el 31 de diciembre de 1993. El artículo 7º de la citada ley de necesidad de reforma dispuso: "La Convención Constituyente no podrá introducir modificación alguna a las declaraciones, derechos y garantías contenidos en el capítulo único de la primera parte de la Constitución Nacional"

En conclusión, la ubicación de las disposiciones relativas a los derechos de los pueblos y comunidades indígenas implica una desacertada técnica legislativa que nació de la ley de convocatoria y el nuevo precepto, situado entre las competencias del Congreso, importa una suerte de "contrabando normativo" del constituyente como es sostenido por varios doctrinarios.

Esta situación genera la necesidad de evitar interpretaciones erróneas y la incorporación en el Código Civil, en tanto código de fondo, ubica a los derechos consagrados constitucionalmente en un plano indiscutiblemente operativo.

Una vez sancionada la reforma constitucional de 1994, se discute hasta la actualidad la estirpe operativa o programática de la normativa del Art. 75 inciso 17 de la Ley Fundamental.

La postura que abona su operatividad determina que la misma debe darse por aplicable aún a falta de un desarrollo legislativo y que su ubicación dentro del capítulo “Atribuciones del Congreso” no le quita ese efecto inmediato a la garantía y que no es necesario acudir a ninguna otra preceptiva. Asimismo la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO (OIT) dio por sentada su naturaleza operativa en la Observación Individual emitida en el año 1999.

La jurisprudencia hasta la actualidad ha seguido criterios encontrados y antitéticos en desmedro de una instrumentación homogénea de los derechos indígenas.

d) Experiencias en la ejecución de políticas públicas.

Pero aún más importante es evaluar su aplicación, desde la experiencia en la ejecución de políticas públicas implementadas por este Gobierno Nacional, comprometido en la efectivización del reconocimiento de derechos.

En este sentido, se adelanta que en la actualidad se presenta la necesidad imperiosa de una legislación que oriente la instrumentación de la propiedad indígena en Argentina.

Las comunidades indígenas en el país, se encuentran reclamando el reconocimiento efectivo de aproximadamente DOCE (12) MILLONES de Hectáreas a lo largo y a lo ancho del territorio nacional. No obstante algunas comunidades no son interpretadas como tales en la jurisprudencia desarrolladas en las provincias y son tratados con persistencia como usurpadores de carácter individual, negando sistemáticamente sus derechos colectivos.

Los operadores de la justicia dispersos en el territorio nacional, y que conforman aproximadamente Juzgados Civiles y Comerciales y penales, como así también Juzgados de Paz, intervienen en la resolución de los conflictos que atraviesan las Comunidades de una forma dispar.

Si bien algunas sentencias se pronunciaron implícitamente sobre la operatividad, también es cierto que sentencias como la emitida en autos Comunidades del Pueblo Kolla de Finca Santiago Iruya s/ Finca Santiago S.A. y Provincia de Salta s/interdicto de obra nueva, en el Juzgado Federal de Salta, o la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de la Tercera Circunscripción de Misiones en autos Comunidad Aborígen Teko Ima y otro c/ Empresa Moconá S.A. s/ recurso de apelación, han afirmado el carácter **meramente programático** del artículo constitucional.

La cuestión de la propiedad indígena no obedece a una única causa, pero uno de los factores determinantes que impiden el desarrollo progresivo de su instrumentación es la falta de una legislación adecuada, sobre todo en lo referente a los aspectos procesales vinculados con el reconocimiento y defensa de la propiedad indígena.

e) Descontextualización del derecho positivo indígena.

A casi dos décadas de la sanción de la Constitución Nacional y desde la experiencia de las

políticas públicas, es evidente que existe un “vacío legal” en la materia. Se visualiza una labor dispersa e inorgánica que no ha contribuido demasiado a remediar las demandas y por el contrario se produce un estado de confusión que sobrevuela en la cuestión. Este desconcierto es aumentado por la sanción de fallos y recomendaciones internacionales en la materia, que no hacen anclaje en el derecho positivo argentino y niegan la perspectiva nacional e histórica.

Preponderantemente desde la década de los noventa, se impulsaron normativas relacionadas con el reconocimiento de nuevos derechos ampliando lo establecido y con una fuerte relación con la integración forzada de los derechos indígenas de carácter colectivo al plexo normativo de los derechos humanos.

Estas iniciativas fueron vistas con simpatía y acompañadas desde los organismos de crédito internacional (Banco Mundial, Banco Interamericano de Desarrollo, etc.) que en sus políticas asistencialistas pero que encubrían mayor endeudamiento de los países, exigían incorporar programas dirigidos a pueblos indígenas (“componentes”) o (“salvaguardas”) como condicionamiento para el otorgamiento de los mismos.

La sanción de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), trajo aparejada la actitud de un sector minoritario de organizaciones indígenas y Organizaciones No Gubernamentales de considerarla ejecutoria y parte integrante del derecho positivo argentino.

Esta postura errónea contrasta con la verdadera naturaleza de las “Declaraciones” que no son estrictamente obligatorias ni exigibles para los países suscriptores. El único tratado vinculante y que obtuvo ratificación del Congreso de la Nación y posteriormente fue depositado ante la OIT es el Convenio N° 169 de la OIT. Una Declaración no podría ser objeto de ratificación por parte del Congreso para convertirse automáticamente en ley obligatoria.

Como se ha mencionado, desde el año 2003 a la fecha se han suscitado una serie de hechos políticos y jurídicos como así también la implementación de políticas públicas indígenas, que fueron antecedentes directos de la incorporación de la propiedad comunitaria indígena en el anteproyecto de Ley de Unificación del Código Civil y Comercial.

En este orden de ideas, es necesario reafirmar que el sistema jurídico federal del derecho de los pueblos indígenas, se integra con las siguientes normas:

- a) el artículo 75 inc. 17 de la Constitución Nacional;
- b) el Convenio N° 169 de la ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes aprobado por Ley Nacional N° 24.071;
- c) Leyes nacionales específicas; d) Constituciones Provinciales, y e) Leyes provinciales específicas.

La Constitución Nacional establece 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.

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.

Hasta el presente las sentencias judiciales dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en casos donde se presentaban controversias sobre el reconocimiento de la propiedad indígena o defensa de su posesión tradicional, han tratado cuestiones procesales tales como la competencia o la procedencia de la vía judicial intentada por las comunidades.

Por otra parte, la doctrina especializada junto a Organizaciones No Gubernamentales (ODHI, ANDES, GAJAT, AADI, CELS, etc.) se concentraron en el análisis de los aspectos sustanciales de la propiedad indígena y sólo ocasionalmente e incidentalmente han abordado lo referido a los procedimientos que deben seguirse para obtener el reconocimiento o defensa de los derechos de las comunidades indígenas en relación a las tierras que tradicionalmente ocupan.

No se trata de restar valor a la labor de los autores u operadores jurídicos que han acompañado a las comunidades desde la sanción de la reforma constitucional acaecida en 1994, tanto en el campo de la capacitación como en la defensa judicial concreta. Sin duda han generado una dogmática de los nuevos derechos. No obstante desde la gestión de políticas públicas indígenas es necesario advertir que en el afán de reafirmar lo sustancial del derecho se ha descuidado el no menos importante aspecto procesal u operativo de la propiedad indígena.

Es necesario admitir que en nuestro país no existe un procedimiento especial para el reconocimiento de la propiedad indígena, a lo que se suma que en nuestra jurisprudencia existen pronunciamientos erráticos y disvaliosos que indican que no están claros cuáles son los procedimientos adecuados que deben utilizarse hasta tanto el Congreso de la Nación o las Legislaturas provinciales sancionen la legislación correspondiente. A todas luces se advierte que la legislación actual resulta insuficiente y existen razones por las cuales es imperiosa la sanción de una nueva legislación que cubra los aspectos tanto sustanciales como procesales para la instrumentación de la propiedad indígena.

Que si bien se declama en ámbitos académicos y en defensas judiciales que la cláusula constitucional es directamente operativo, es muy recomendable que se fijen reglas inequívocas para la instrumentación de la titularidad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas.

f) 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.

De allí la necesidad de incorporar los preceptos indígenas en el nuevo Código Civil y Comercial Unificado, porque se trata de una legislación de fondo, obligatoria para las provincias y la administración de justicia, la cual a partir de su sanción no podrán desconocer los alcances de la propiedad comunitaria indígena. Evidentemente, estamos en presencia de una oportunidad histórica que lejos de desjerarquizar derechos, los ubica en un plano de cumplimiento efectivo. Asimismo, es necesario advertir que un Código no regula la integralidad de la propiedad comunitaria. No es posible creer erróneamente que todo queda resuelto por la aplicación del Código, sino que es el antecedente necesario que proyecta la necesidad de sancionar una Ley Especial.

El 27 de marzo de 2012, la Comisión creada mediante Decreto del PEN N° 191/11 entregó a la Sra. Presidenta de la Nación un anteproyecto del Código Civil y Comercial Unificado que, con las modificaciones efectuadas por el Poder Ejecutivo Nacional ingresó al Parlamento el 8 de junio de 2012.

Son altamente valorables las definiciones que efectúa la Comisión de Reformas en los Fundamentos que acompañan al Proyecto. Se resalta la aspiración de un Código de la igualdad, que plasme una “verdadera ética de los vulnerables”, se predica la necesidad de un código “basado en un paradigma no discriminatorio” y una búsqueda de un “código para una sociedad multicultural” asignando a la democracia un contenido de auténtico pluralismo.

No se comparte la posición de algunos autores que doctrinariamente postulan que la regulación de la propiedad indígena a nivel Código Civil constituiría una desjerarquización improcedente del derecho de las Comunidades reconocido por la Constitución Nacional, considerando innecesario e inconveniente su inclusión en el citado Código.

Debe tenerse en cuenta que el propio Convenio 169 de la OIT encomienda a los Estados adoptar las medidas necesarias para poner en práctica las obligaciones allí asumidas.

No se trata de negar que en ocasiones la reglamentación legislativa ha restringido lo que los tribunales habían reconocido por amplitud, pero debe considerarse que, dada la complejidad y novedad de las cuestiones involucradas, la especial vulnerabilidad de los pueblos indígenas y la posibilidad de que las oscilaciones jurisprudenciales en cuestiones procesales puedan llevar a una frustración del derecho de fondo. Una reglamentación legislativa seguramente contribuye a dar seguridad jurídica y encaminar un desarrollo jurisprudencial.

Por otra parte, tampoco se considera que un derecho se *desjerarquice* al ser regulado legislativamente, y en todo caso si eso fuera cierto habría que derogar toda la legislación, pues no hay ley que no derive de la Constitución, en tanto la potestad legislativa no puede extenderse más allá de lo que esta dispone. ¿Acaso los libros II, III y IV del Código Civil no son la reglamentación del art. 17 CN? ¿La Ley de Contrato de Trabajo no es la reglamentación del primer párrafo del art.

14bis? ¿El CPPN no es la reglamentación del art. 18 CN? De la misma forma, tampoco obsta a la conveniencia de regular legislativamente lo atinente a la propiedad indígena la objeción fundada en que su inclusión en el Código Civil podría llegar a causar dificultades interpretativas.

Si bien no cabe presumir el desconocimiento del Derecho por parte de los operadores jurídicos, nada obstaría a que se incorporaran disposiciones específicas sobre la interpretación de lo atinente a la propiedad indígena, incluso remitiendo legislativamente al Convenio N° 169.

La incorporación en cuestión resultaría positiva, en tanto acercaría a los magistrados un derecho que a veces es percibido como muy lejano y así ayudaría a ver mejor como propias e internalizar las regulaciones sobre la propiedad indígena, y evitar recurrir a institutos análogos vigentes que no se compadecen con la naturaleza jurídica de la propiedad indígena.

En consecuencia, si bien es declamada la operatividad del Artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional, de la experiencia de las propias comunidades que atraviesan controversias judiciales, el mismo **resulta insuficiente** para la instrumentación de sus derechos. Queda claro que a los fines prácticos esta inclusión en el Código Civil junto a legislación concordante que habrá que impulsar, brinda una herramienta adecuada a las comunidades para efectivizar los derechos constitucionalmente reconocidos.

III Análisis del articulado proyectado

- **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.

Asimismo, se descarta la titularidad individual indígena, que en muchas ocasiones fue la herramienta de la atomización de las comunidades y la apropiación de sus tierras.

- **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”**.

Es de destacar que el proyecto de reforma del Código Civil caracteriza al derecho de las comunidades indígenas como un derecho colectivo, estableciéndose a su vez en el artículo 14°, el resguardo del derecho de incidencia colectiva sobre el derecho individual.

En este sentido el Proyecto, rompe el sentido liberal individualista que impregna actualmente el Código Civil, y da un salto cualitativo aceptando la noción de lo colectivo, que como sujeto una vez que comprueba la vulnerabilidad de un derecho puede recurrir a un Juez para que disponga la cesación del acto u omisión lesiva.

Los derechos de incidencia colectiva corresponden a sectores como “colectividad estructurada” pero que inciden en cada uno de sus integrantes. La creciente puja de derechos vinculados a lo colectivo no pueden ser explicados con la lógica jurídica individualista del siglo XIX en el marco de un Estado liberal de derecho. Por ello el Código recepta el carácter colectivo de las Comunidades Indígenas y reafirma el derecho a la participación en la gestión de sus recursos naturales.

- **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 (...)”**.

Cabe mencionar que en la actualidad la falta de esta inclusión en el Código Civil generó en los marcos normativos provinciales una adecuación forzada de las comunidades indígenas a las asociaciones civiles. Es por ello que en el país aproximadamente el 50 % de comunidades indígenas con personería jurídica inscripta, debieron asimilarse a la figura de asociación civil u otras similares, en los distintos organismos provinciales competentes.

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, diferenciándolas de este modo de otras figuras jurídicas privadas.

A diferencia de la persona pública no estatal (obras sociales sindicales, colegios profesionales, partidos políticos) que nace a partir de una Ley especial, mediante la cual el Estado delega parte de sus funciones y fiscaliza de manera especial, las personas jurídicas privadas pueden ejercer en este código derechos Colectivos, Constitucionales y Humanos. La personería de las Comunidades Indígenas, si bien son privadas, tienen autonomía interna en el marco de lo dispuesto en el Art. 2030.

- **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.

La lectura de los fallos dictados desde la reforma constitucional muestran que se coloca a la propiedad indígena dentro de la órbita del derecho privado al disponer los jueces el reconocimiento de esta propiedad en cabeza de la comunidad y ordenar su inscripción registral. No existe en la actualidad una categoría autónoma para este derecho y es encasillado inadecuadamente dentro del derecho real de dominio (art. 2506 del Código Civil) con graves restricciones a la disposición jurídica, que en realidad provoca una desnaturalización de la misma.

La definición de la propiedad comunitaria como un derecho real, se encuentra establecida en el artículo 2028 e introduce el concepto de "hábitat" (En el ecosistema, **hábitat** es el ambiente que ocupa una población biológica.) Es el espacio que reúne las condiciones adecuadas para que la especie pueda residir y reproducirse, perpetuando su presencia. Un hábitat queda así descripto por los rasgos que lo definen ecológicamente, distinguiéndolo de otros hábitats en los que las mismas especies no podrían encontrar acomodo. Asimismo, es llamativa que en la República Bolivariana de Venezuela existe la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas. El término hábitat en la Argentina es utilizado y se encuentra asociado a organizaciones internacionales ambientalistas.

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.”

Esta afirmación es congruente con lo establecido en la Constitución Nacional que consagra a la Comunidad Indígena como sujeto de derecho de la propiedad comunitaria, y se colige que no se encuentra prevista la propiedad indígena individual, sino únicamente la comunitaria. Estamos en presencia de una propiedad colectiva diferenciada de la propiedad individual o napoleónica del actual C.C. Al ser su titular la Comunidad, de ello se deriva que no es un condominio y que, por lo tanto no existen cotitulares del derecho. Por consiguiente la muerte de algunos componentes no provoca la extinción del derecho real de propiedad indígena.

A la propiedad indígena no se le pueden aplicar las reglas del condominio de tipo romano, porque se violentaría las características especiales de este tipo de propiedad. No hay partes ideales en cabeza de los indígenas, y no podrían aplicarse las reglas de la administración y división de condominio, y menos las del derecho sucesorio, pues es una única propiedad en cabeza de la comunidad de acuerdo a los usos y costumbres indígenas, destinada a existir más allá de la vida de cada uno de sus integrantes. Los acreedores de los integrantes de la comunidad no podrían embargar su hipotética cuota parte y provocar la venta forzosa de su parte indivisa (art. 2677 C.C.) 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.

Genera la necesidad en el ámbito de las administraciones provinciales de adecuar su legislación tendiente a receptar la particularidad indígena de su organización interna y vida social específica.

Para representar a la comunidad se exige estar legitimado de acuerdo a los estatutos internos de cada comunidad y facilita la constitución de interlocutores que asumen su representatividad en los intereses que les afecten.

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. (...)”

El proyecto determina que es exclusiva en el sentido de que la comunidad indígena es la única que ejerce la titularidad de este derecho y ostenta un carácter excluyente.

Es perpetua porque tiene la virtud de perdurar indefinidamente, y por no tener limitación temporal.

Y es indivisible e imprescriptible por parte de un tercero, en consonancia con la disposición constitucional que prevé que ninguna de ellas será enajenable, transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos.

Al ser una propiedad intransmisible y su único titular la comunidad registrada, no forma parte del acervo sucesorio de los individuos. Al quedar sustraído este instituto a las normas de derecho sucesorio, la extinción de ésta (vgr. la muerte de todos sus integrantes) provoca que el bien se revierta al Estado Nacional o Provincial como consecuencia del dominio inminente.

Es un derecho esencialmente intransmisible (a pesar de ser un derecho real) y ello lo diferencia del dominio y el condominio que por el contrario hacen a su esencia la transmisibilidad, siendo nulas las cláusulas de enajenabilidad, y como consecuencia de su intransmisibilidad es imprescriptible para un tercero.

En igual sentido, de constituirse por donación, queda ajena a las cláusulas de revocación de las donaciones que la puedan perjudicar.

Una vez constituida la donación a la comunidad donataria, no es susceptible de que se le inicien acciones a los fines de que se revoque la donación que le otorgó la propiedad de ese territorio.

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 (...)*”**

El proyecto no sólo prescribe la inembargabilidad del bien, sino también su inejecutabilidad, ello es derivado de la intransmisibilidad del inmueble.

Desde tal perspectiva, lógico es prohibir la constitución de derechos reales de garantía, porque llevarían a la extinción del derecho para la comunidad mediante la transmisión a un tercero como consecuencia de la ejecución judicial.

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.

Doctrinariamente se conoce como derechos reales de disfrute a aquellos que derivan del derecho real de dominio, escindido de la nuda propiedad la cual confiere el *ius abutendi*, o derecho a disponer de la cosa. Es de destacar que tanto el usufructo como el uso y habitación, clasificados como aquellos derechos reales de disfrute, pueden ser considerados en sentido amplio como servidumbres

Atento a esta definición, en principio no se afectaría la propiedad comunitaria posibilitando las servidumbres por ejemplo en determinados casos, todo esto, en tanto y en cuanto no se 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.

En el último párrafo 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”**. Si bien limita a que los miembros habiten en el territorio para ejercer las facultades reconocidas en el Artículo 2033 la redacción deja abierta la posibilidad a que cualquier miembro de la comunidad que habite en el mismo los ejerza por fuera del representante legal reconocido en el Artículo 2030.

La posibilidad que la propiedad indígena sea gravada con derechos reales de disfrute (ej. Servidumbres) puede beneficiarla, pero será permitido siempre que no desdibuje los caracteres esenciales de este derecho, en otras palabras que no la vacíe de contenido (ej. Constituir un derecho real de superficie forestal o de usufructo a favor de terceros y que ello impidiera el desenvolvimiento de la comunidad en sus tierras.)

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 artículo 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.

En principio se advierte que se pretende no petrificar el statu quo, sino que se orientó a darle vida a este derecho y no ahogarlo en el pasado. No sólo se admitió su constitución por reconocimiento del Estado, sino que se puede constituir por acto entre vivos más tradición (vgr. compraventa, donación), y por disposición de última voluntad (vgr. testamento)

El artículo prevé la registración del título para darle oponibilidad a terceros, de acuerdo a los precedentes de la jurisprudencia que se orienta también no sólo a la titulación, sino también a la registración de sus títulos de propiedad.

La falta de registración de los títulos fue la madre de muchos de los conflictos entre las comunidades y el Estado y/o propietarios privados, por lo que su registración es una forma más de protección y reconocimiento de esta propiedad, ahora regulada como un derecho real codificado.

Con referencia al requisito de inscripción registral para su oponibilidad a terceros:

En líneas generales, la protección que brinda el Registro tiene dos destinatarios perfectamente definidos. Por un lado, el titular registral, esto es, aquél que tiene un derecho inscrito en el Registro (La Comunidad Indígena). Y, por otro, los terceros, es decir, aquéllos que adquieren un derecho amparados en la publicidad que brinda el Registro.

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.

El artículo 43 de la CN –incorporado en la reforma constitucional de 1994–produjo un cambio

sustancial en la estructura constitucional argentina en la medida en que reconoció el derecho a accionar judicialmente a sujetos potencialmente distintos de los afectados en forma directa por el acto u omisión que, en forma actual o inminente, lesiona, restringe, altera o amenaza, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos o garantías reconocidos por la Constitución, un tratado o la ley.

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.

CONCLUSIONES

- 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 (INAI Res.N° 152/04), 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 hasta la actualidad fueron fundamentales la participación indígena, remarcándose que el 20 de mayo de 2010 en oportunidad de celebrarse el Bicentenario de las luchas por la Independencia se produjo 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 demostración de participación indígena en las políticas públicas indígenas.
- El valor sustancial de la incorporación de los derechos indígenas en el Código Civil radica en que se trata de un Código de fondo, el cual ejerce supremacía sobre las legislaciones provinciales.
- La experiencia adquirida en la ejecución de políticas públicas, indican la necesidad de

su incorporación, teniendo en cuenta que aún proclamando la operatividad de la cláusula constitucional resulta insuficiente e ineficaz para la efectivización de los derechos.

- 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.
- La inclusión de los derechos en el Código Civil ordena la complejidad interjurisdiccional y las controversias que plantea las facultades concurrentes.
- Los derechos indígenas se incorpora en un Nuevo Código que recepta lo pluriculturalidad y no produce disminución de derechos, sino que los reafirma y desarrolla.
- Genera la necesidad ineludible de sancionar legislación concordante, referida a la instrumentación de la propiedad comunitaria indígena, derecho a la consulta y participación, adecuación de las personerías jurídicas y Leyes nacionales y provinciales.