

## EL DERECHO DE LAS COMUNIDADES ABORÍGENES EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Por **RODOLFO ANÍBAL PANZA**

El complejo de derechos de las comunidades preexistentes a la Nación Argentina se encuentran receptados en el máximo rango del Régimen Jurídico Nacional, incluyendo algunos cuerpos normativos del más alto nivel internacional, como la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2007. De este mosaico de rango constitucional existen dos consagraciones que deben destacarse. Una de ellas es la propia Constitución Nacional, en su versión reformada de 1994, que en su art. 75, inciso 17. impone como atribución y obligación del Congreso Nacional el de *“reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas. Garantizar el respeto a su identidad y 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 otro instituto normativo destacable es la Convención N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) denominada *“Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”* que fuera receptada específicamente en nuestro Régimen Jurídico por Ley 24.071 promulgada en Abril de 1992, la que encara una descripción muy completa en cuanto a su manejo interno, propiedad de la tierra, seguridad social, salud, educación y administración. Al ser receptada por una Ley Nacional esta Convención tiene una jerarquía superior a las leyes (o sea de rango

constitucional) atento a lo establecido en el inciso 22 del art. 75 de la Constitución Nacional.

Existe un debate en la Doctrina acerca de si estas normas son simplemente programáticas u operativas. La postura que sostiene la operatividad directa es muy valiosa por su propósito, pero vista con imparcialidad no puede disimular un voluntarismo, dado que el inciso 17 del art. 75 como el liminar art. 2 de la Convención colocan en cabeza del Poder Legislativo de cada país la obligación de regular normativamente los principios que allí se enuncian.

Como las leyes que se han dictado en este sentido han quedado a mitad de camino (caso de la Ley 23.302) podemos decir que es elogiable el propósito del Proyecto de Código Civil y Comercial de incluir en su articulado disposiciones regulatorias referidas a las comunidades aborígenes, de algunos institutos que son de su competencia; básicamente la naturaleza jurídica de las comunidades y la regulación de uno de sus derechos elementales: la propiedad comunitaria indígena.

Sin embargo la virtud de esta iniciativa no debe quedar exenta del marcado de algunos defectos e insuficiencias, que pueden empalidecerla, sobre todo en un cuerpo normativo de tanta trascendencia como será el Código Civil y Comercial. Esta misma trascendencia acarrea el imperativo inexorable de perfeccionar sus normas, para evitar el perjuicio, agregado a la permanencia, de un régimen que no sea del todo ajustado a la Constitución y a las Convenciones de ese rango.

Sin entrar todavía al análisis particular existe un primer defecto en orden a la legitimidad del intento: ***la ausencia de una consulta adecuada y suficiente a los deseos y opiniones de las comunidades, libremente expresados***. Obviamente, esta consulta no puede ser reemplazada por este sistema de ponencias en audiencias públicas con muy escaso margen de desarrollo y exposición.

El art. 4.2 del Convenio 169 establece la obligación para los países adherentes de que las regulaciones que se establezcan sobre estos derechos “***no deben ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados***”. Por su parte el art. 6.1.a) del mismo tratado internacional dispone la obligación para los gobiernos de “***consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, a cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlas directamente***”.

Sería una verdadera lástima que el Código Civil y Comercial, en este tema, tuviera un nacimiento entorpecido por estos incumplimientos, en cuanto a la auténtica legitimidad de sus normas.

Yendo a lo particular: en el Libro I “Parte General”, Título “Persona Jurídica”, Sección 2ª “Clasificación” se incluye a las comunidades indígenas en el penúltimo inciso del art. 148 como **personas jurídicas privadas**. Esta ubicación es absolutamente criticable. Colocar a las comunidades indígenas al mismo nivel que las sociedades, asociaciones civiles o fundaciones implica someterlas a la autorización estatal, al Poder de Policía del Estado e incluso a la eventualidad de la disolución o liquidación, cuando se tratan de comunidades preexistentes a nuestra propia Nación a cuyo pleno desarrollo, permanencia y respeto estamos obligados a asegurar por disposiciones de la Convención 169, como son sus arts. 6, 7 y 8. El mismo dispositivo del inciso 17 del art. 75 Constitución Nacional, cuando habla de “***garantizar el respeto a la comunidad***” y “***reconocer la personería jurídica de sus comunidades***” nos está indicando que no podemos a la personería de las comunidades a las contingencias que se enumeran en este párrafo.

Uno de los puntos de esta ponencia sostiene que las comunidades aborígenes deben ser enumeradas en el art. 146 del Proyecto, como **personas jurídicas de derecho público**, por caso, similares a la Iglesia Católica.

Uno de los puntos más valiosos del Proyecto es haber encarado, dentro del Libro IV “Derechos Reales”, Título V, la regulación de la **propiedad comunitaria indígena**, acudiendo de esta norma a una obligación incumplida y a una necesidad palpante que venía siendo reclamada por estos hermanos argentinos.

También en este caso existen algunos defectos que ensombrecen la iniciativa. El art. 2028 conceptúa a la propiedad comunitaria indígena como “*inmueble rural*” desechando de movida a los inmuebles urbanos o periurbanos. Esto puede parecer una extravagancia. Pero en Misiones tenemos un caso patético. En la localidad de Iguazú residía u ocupaba ancestralmente un predio de 600 hectáreas de tierra una comunidad *mbyá guaraní*. Este predio era rural desde que estos hermanos ocupaban estas tierras. Pero el desarrollo exponencial, especialmente por la Industria del Turismo, de la localidad de Puerto Iguazú, dejó colocada a esta tierra como periurbana o prácticamente urbana. Por imperio de las salvajes leyes del mercado el Gobierno Provincial desarraigó a este asentamiento de ese lugar (el que fue destinado a la construcción de hoteles de cinco estrellas) y confinó a la tribu a un lugar distante, sin consulta adecuada a sus integrantes. Este caso, al no ser un “*inmueble rural*” no tendría actualmente la protección regulatoria del Proyecto, a partir del concepto del art. 2028. Esta condición conceptual de “*inmueble rural*” debe ser ampliada a inmuebles periurbanos y urbanos.

El Convenio 169 menciona los supuestos de inmuebles que pueden ser objeto de propiedad comunitaria aborígen, y son: a) Tierras que tradicionalmente ocupan (art. 14, inciso 1, párrafo 1); b) Tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus

actividades tradicionales y de subsistencia (art. 14 inciso 1, párrafos 2 y 3); c) “Tierras adicionales” cuando las que dispongan no sean suficientes para garantizar su subsistencia (art. 19 inciso a.); d) “Tierras sustitutas” por traslado (art. 16 inciso 4).

El art. 2031, por vía de su inciso a) reconoce exclusivamente el primer supuesto, o sea “tierras que tradicionalmente ocupan”. Es imperioso que se agreguen los otros tres supuestos, que deben ser contemplados en este inciso a) del art. 2031. Sobre estas situaciones podría ser ampliamente explicativo con realidades palpitantes que tenemos en la Provincia de Misiones, pero el acotamiento de la exposición limita este desarrollo.

El art. 2033 contempla la posibilidad de que la propiedad comunitaria indígena pueda ser gravada con el **derecho real 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 sus usos y costumbres*”. Esta hipótesis es absolutamente criticable puesto que un derecho real de disfrute **siempre afecta el desarrollo de la comunidad** tanto en lo social, como el lo cultural, y lo que es más grave, en su medio habitual de vida. El pueblo *mbyá guaraní*, propio de estas tierras, tiene un medio de vida ambulatorio y de libertad absoluta dentro de su territorio. Acuciado por sus necesidades económicas (la mayoría de las veces fruto de la falta de asistencia estatal), puede caer en esta posibilidad de otorgar este derecho real de disfrute que los transforme en instrumentos teatrales de la industria turística y les coarte absolutamente su habitualidad de vida. La mera posibilidad ya es un peligro y ello no debe ser permitido.

Un aspecto muy valioso del Proyecto es el que, a través del inciso b) del art. 2031, permite la adquisición de la propiedad comunitaria indígena a través de la **usucapión**. Esto define un debate muy intenso que venía suscitándose en la

comunidad jurídica que estudia los derechos indígenas. No obstante, la mera enunciación no es suficiente, teniendo en cuenta que el art. 1899 del Proyecto menciona a la “prescripción adquisitiva larga” como un método de adquisición del dominio sin mayores especificaciones.

Es necesaria una descripción en este inciso que adapte esta forma de adquisición de la propiedad a la identidad y la cultura aborígen. Hace un tiempo, quien se encuentra en uso de la palabra acompañado por otros colegas, pretendimos en carácter de trabajo voluntario, promover acciones de usucapión a favor de comunidades *mbyá guaraní*, que en una gran cantidad ocupan ancestralmente tierras de las que no tienen título, y son objeto de amputaciones territoriales por parte de quienes se sirven del Sistema Jurídico Argentino para invadir sus tierras. Nos encontramos con un aspecto impresionante: la cultura *mbyá guaraní* **no contempla el elemento escritural**. Toda su conformación cultural y de vida se basa en la tradición oral, y creo que este es un elemento que caracteriza a la mayor cantidad de comunidades preexistentes en el País. Como el régimen procesal de la usucapión se basa esencialmente en la prueba escritural, posesiones ancestrales, de más de cien años, no pueden ser demostradas mediante el sistema prescriptivo tradicional. Es imperioso que este inciso admita posibilidades probatorias especiales para las comunidades, como por ejemplo la prueba antropológica de cementerios y ruinas. Así como está, es una valiosa posibilidad que se hace estéril en la realidad.

Para finalizar quiero formular algunas ideas conceptuales. La Provincia de Misiones, el Pueblo, mantiene una colosal deuda incumplida con nuestros hermanos *mbyá guaraní*. La Provincia de Misiones no podría tener ese nombre si no hubieran preexistido estos hermanos que salpican toda nuestra superficie con sus asentamientos, y por esa vía nos hermanan étnicamente con todo el territorio de la República del Paraguay y por lo menos todo el territorio del estado brasileño de Río

Grade Do Sul. Sin embargo su supervivencia ha sido desde siempre subestimada, menospreciada, en uso de un barbarismo en boga, ninguneada, coartando autoritariamente sus formas de vida, afectándoles con políticas asistenciales insuficientes, y sometiéndoles a la pobreza y el abandono, facilitándoles el ingreso de los vicios del alcoholismo y la drogadicción y, por último, con el fenómeno reciente de la desnutrición de sus niños cuando el eufemísticamente llamado “desarrollo” les ha quitado su subsistencia de caza y pesca, y son rehenes del clientelismo.

Es tremendamente doloroso para los misioneros tratar este tema en una ocasión tan excelsa como esta perspectiva de la sanción de un nuevo Código Civil y Comercial. Pero es necesario. Las realidades dolorosas deben ser contempladas por la Ley porque como sostiene el economista y sociólogo Amartya Sen, Premio Nóbel de Economía del año 1998, no existe desarrollo, ni económico ni social de un país mientras que no se produzca el desarrollo personal y humano de sus habitantes.