

INCORPORACIÓN DE LA PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA EN EL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

Florencia Vely¹

INTRODUCCIÓN

En esta presentación efectuaré una reflexión acerca del anteproyecto de reforma del código civil, en lo atinente a la propiedad comunitaria indígena, específicamente pondré de manifiesto como esta pretendida reforma legislativa realizada de manera inconsulta a los pueblos indígenas, resulta inconstitucional porque contradice el art.75 inc.17 de la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional y supralegal.

Asimismo se explicitará el por qué el derecho a la posesión y propiedad comunitaria indígena tiene una naturaleza jurídica distinta a las relaciones reguladas en el Código Civil, por lo cual su inclusión en este cuerpo normativo vulnera los paradigmas jurídicos del respeto por la pluriculturalidad y protección de la diversidad cultural, consagrados en la constitucional nacional a partir de la reforma de 1994.

También se explorará en la legislación específica en la materia: convenio 169 OIT y Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas y jurisprudencia nacional e internacional que abordan la cuestión relativa a la propiedad comunitaria indígena. A los fines de dejar plasmada la contradicción existente entre el proyecto de reforma y dicha legislación.

¹ Abogada (UCSF) Especialista En Derecho Procesal (UNNE) Tesista Maestría en Antropología Social (UNaM)

I.-INCONSTITUCIONALIDAD DEL TEXTO DEL PROYECTO

La regulación de la propiedad comunitaria indígena en el Código Civil en los términos proyectados daría lugar a múltiples planteos de inconstitucionalidad.

Recordemos que el art 75 inc 17 consagra la **preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas** argentinos. Como así también **el derecho a la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan;** y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; disponiendo que ninguna de ellas será enajenable, transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos. Y el deber del estado de asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan.

-Vulneración del derecho de consulta

En consecuencia este proyecto de reforma es inconstitucional, en primer lugar, por que vulnera el derecho de participación y consulta de los pueblos indígenas. Este derecho se encuentra garantizado tanto en la Constitución Nacional como en el Convenio 169 OIT y en la Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos (DNUPI).

El Art. 6 del convenio 169 OIT dispone que los gobiernos **deberán consultar** a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente, y que las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de **buena fe** y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Por su parte el Art. 19 de la DUPI dispone que Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten, para obtener su consentimiento libre, previo e informado.

De manera que la sanción del anteproyecto sin que las comunidades indígenas puedan ejercer su derecho a la consulta y participación de conformidad con el texto constitucional y con las normas provenientes del derecho internacional de los derechos humanos, convertiría en nulo el texto que se apruebe.

Este derecho a la consulta y participación en todos los asuntos que los afecten, se fundamenta en la circunstancia de que no es posible que los pueblos indígenas conserven su

identidad cultural, su costumbre y cosmovisión si carecen del derecho a que se les pregunte cada vez que el Estado adopte medidas que puedan afectar el normal desenvolvimiento de su vida.

Por tal razón, para que el texto de determinada norma resulte válido es necesario que se generen los mecanismos de consulta con los pueblos indígenas, mediante procedimientos adecuados y a través de sus instituciones representativas, respetando los estándares internacionales en materia de derecho a la consulta y participación vinculados, entre otros, con la realización de procedimientos de buena fe, realizados en tiempo oportuno y que tenga como fin llegar a un acuerdo o consenso.²

-Desconoce el carácter de sujeto de derecho público no estatal

También contraria la constitución nacional por cuanto en el texto del proyecto se reconoce a los pueblos indígenas como personas jurídicas de naturaleza privada, junto con las asociaciones, fundaciones, mutuales, cooperativas, clubes, desconociendo que la personería jurídica de los pueblos indígenas implica un reconocimiento legal de carácter declarativo y no constitutivo de derechos, en virtud que la norma constitucional los reconoce como nuevos sujetos colectivos que preexisten al Estado argentino.

Y lo más grave radica en supeditar el ejercicio de un derecho fundamental para su supervivencia como pueblo organizado, como es el derecho a la tierra, al otorgamiento de la personería jurídica.

En efecto el art 18 del proyecto de reforma dispone 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...*” y el art.2029 prevee que *El titular de este derecho es la comunidad indígena registrada como persona jurídica*, contrariando a la Constitución y a los tratados internacionales de derechos humanos que estipulan que las comunidades indígenas son las propietarias de las tierras que tradicionalmente ocupan.

Asimismo este texto parece desconocer la jurisprudencia internacional en la materia, como por ejemplo en el caso de la comunidad Sawhoyamaxa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos puntualizó que: “[...] 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro” (CIDH, “Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay”)³

2 Cfr. Maria Micaela Gomiz- Juan Manuel Salgado, Convenio 169 OIT sobre pueblos indígenas, Neuquén, ODHPI, 2010.

3 Véase OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 diciembre 2009 DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES SOBRE SUS TIERRAS ANCESTRALES Y RECURSOS NATURALES. Normas y jurisprudencia del

Esto resulta mas alarmante aún si consideramos que el estado argentino, se comprometió frente a la comunidad internacional a cumplir con estas normas y a hacerlo en las condiciones de su vigencia, es decir conforme lo interpreten los organismos encargados de su aplicación, y que las sanciones por incumplimiento son muy costosas en terminos políticos y económicos.

II.- EL DERECHO A LA POSESIÓN Y PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA

En el proyecto de reforma se prevé a la propiedad comunitaria indígena dentro del Libro IV De Los Derechos Reales específicamente como inciso c) en el artículo 1887 del *numerus clausus* que estipula taxativamente los derechos reales.

Por su parte el art 2028. define a La propiedad comunitaria indígena como *el derecho real que recae sobre un inmueble rural destinado a la preservación de la identidad cultural y el hábitat de las comunidades indígenas.*

De este modo el proyecto identifica, erróneamente, a la propiedad comunitaria indígena como un poder jurídico que se ejerce directamente sobre la cosa (art. 1882) y requiere, incluso que ese ejercicio sea a través de la posesión (art. 1891), representada por el *corpus* y el *animus domini* definiendo a la misma como relación de poder sobre una cosa (arts. 1908 y 1909). Es decir no establece ninguna concepción diferenciada respecto de la posesión y propiedad indígena la que como explicaremos seguidamente no sólo son diferentes a la posesión y propiedad civil, sino muchas veces, hasta incompatibles.

Pues como sabemos los derechos reales son de contenido patrimonial y económico y su objeto son “las cosas”. De acuerdo a la definición del Código Civil, las cosas son objetos materiales susceptibles de tener un valor. Como contrapartida, los objetos inmateriales no pueden ser objeto de los derechos reales (art.2312 del C.Civil).

Por su parte la posesión es definida “como un poder físico, de hecho, ejercido voluntariamente sobre una cosa (*corpus*), con ánimo de dueño (*animus domini*), y estas cosas deben estar en el comercio para ser susceptibles de posesión (art.2400)

En cambio la tierra y el territorio no es para las comunidades indígenas una

“cosa” a la que pueda atribuírsele valor económico porque tiene un valor relacionado con la protección de la vida y la identidad cultural, tampoco entraña una relación de poder sobre la tierra sino una relación invertida en la que la tierra es la propietaria de las personas⁴

En efecto la propiedad comunitaria indígena no se caracteriza por la voluntad de sometimiento de la cosa, si no muy por el contrario por una estrecha relación de tipo espiritual y sagrada.

De ahí que cualquier regulación relativa a la propiedad comunitaria indígena debe incluir necesariamente los conceptos de territorio y hábitat en los términos del art. 13.2 convenio 169 OIT.

El Art. 13 establece que: *Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.*

2. La utilización del término «tierras» en los artículos 15 y 16 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

Asimismo debería respetarse la doctrina de la CIDH relativa al derecho de propiedad indígena, en este sentido existe una jurisprudencia constante sobre el valor del territorio para los pueblos y comunidades indígenas, que engloba una noción vinculada con la reproducción de un modo peculiar de vida y sobre su forma especial de relacionarse con la tierra, que no es necesariamente de explotación económica y que incluye aspectos materiales pero también inmateriales, espirituales, sociales y simbólicos.

Así en autos "Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tiigni c. Nicaragua" donde quedó plasmado que el derecho a la tierra, reivindicado por los indígenas, se inscribe en el derecho a la propiedad, desbordando el concepto tradicional en el que prima la relación individual, en razón de la relación de tipo espiritual y sagrada que tienen las culturas aborígenes con la tierra de sus antepasados, jurisprudencia que ha sido receptado por la CSJN en el caso comunidad Eben Ezer c/ Provincia Salta.

También en el caso de la "Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay" la Corte IDH manifestó: "[...] La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha

⁴ KIPER. C. (2007), Código Civil Comentado (Doctrina-Jurisprudencia-Bibliografía), Derechos Reales, T.I (Artículos 2311 a 2610), Rubinzal Culzoni, p.148

relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural [...]” (Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C , párr. 135).

Asimismo, para la CIDH, el Convenio 169 de la OIT es el instrumento internacional de derechos humanos específico más relevante para los derechos de los indígenas”, por lo cual es directamente pertinente para la interpretación del alcance de los derechos de los pueblos indígenas y tribales y sus miembros, en particular bajo la Declaración Americana y la CIDH ha valorado positivamente la incorporación legislativa de “un concepto amplio de tierra y territorios indígenas, incluyendo dentro de esta última categoría, no solamente los espacios ocupados físicamente, sino también aquellos que son utilizados para sus actividades culturales o de subsistencia, tales como las vías de acceso”

En esta línea, la actual Ministra de la Corte, Highton de Nolasco, manifestó: “... la propiedad comunitaria une a sus miembros no tan sólo para asegurar sus satisfacciones materiales, sino, sobre todo, para realizar el bien común, como medio de desenvolver sus personalidades, integrándolos en la escala humana y la libertad. En aquella modalidad de la propiedad colectiva, se conjugan una pluralidad de individuos que actúan como un haz de voluntades, constituyendo un grupo social autónomo y, frecuentemente, una actividad laboral inteligentemente organizada, dirigida a la consecución del bien de la comunidad. La propiedad pertenece a la comunidad misma y no a los individuos que la integran. Además, existe un nexo inderogable entre la propiedad comunitaria y el trabajo, pues se halla vinculada a un sistema social y general de autogestión. Agrega que una propiedad tal debe poder perpetuarse como la comunidad a la que sirve, por lo que debe ser inalienable, indivisible e inembargable y que, teniendo en mira la forma de su transmisión, resulta ineficaz el régimen sucesorio del Código Civil⁵

Otra cuestión a mencionar es la relativa a la forma de constitución de este derecho real. El art. 2031 dispone que la propiedad comunitaria indígena puede ser constituida:

- a) por reconocimiento del Estado nacional o de los Estados provinciales de la posesión inmemorial comunitaria;
- b) por usucapión;

5 HIGHTON, E. (1994), "El camino hacia el nuevo derecho de los Pueblos Indígenas a la propiedad comunitaria en la Constitución de 1994", en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 1994, n° 7, pág. 277 y sgtes.

- c) por actos entre vivos y tradición;
- d) por disposición de última voluntad.

En este punto debe recordarse que la obligación estatal de reconocimiento de las tierras indígenas es una obligación derivada del reconocimiento como pueblos preexistentes y por tanto no puede el derecho a las tierras y territorios estar subordinado ni a la cesión por parte del Estado, ni se puede pensar en que los pueblos indígenas serán los encargados de proveerse las formas de adquisición. En realidad, en tanto obligación estatal, es a través de la administración pública que el Estado debería asumir un proceso para la titulación de las tierras que ya actualmente están siendo ocupadas por las comunidades. Sin embargo en el articulado propuesto sólo se prevé el reconocimiento estatal (inciso a) del artículo 2031) como una forma más de constitución y no se establece el procedimiento que deberá seguirse para obtener el título comunitario. Lo que sí establece, y de allí su gravedad, es que el reconocimiento estatal operará sobre la posesión inmemorial comunitaria.⁶

Asimismo todos los documentos internacionales y la propia contitución Nacional, se refiere a la posesión tradicional y no inmemorial. Por cuanto la palabra tradicional se refiere a los modos de ejercer la posesión (de modo tradicional) y no al tiempo de su ejercicio.

El requisito de la inmemorialidad de la posesión es una forma de negar el derecho, ya que no se sabe qué se considera inmemorial, ni quién tiene la facultad de determinar la inmemorialidad, ni a partir de qué tiempo se entra dentro de ella, y como se resolverán los conflictos de inmemorialidad.

También el proyecto habla de inmueble, concepto relacionado de manera directa con el concepto de tierra. No utiliza el término constitucional de territorio que es más adecuado para describir el espacio o hábitat en que habitan y desarrollan su vida comunitaria los pueblos indígenas. Se determina este derecho únicamente sobre los inmuebles rurales (art. 2028). Se dejan afuera los espacios urbanos que en muchos casos son ocupados por grupos indígenas que han sido forzados a migrar a las ciudades.

CONCLUSIÓN

El proyecto presentado no solo no se adecúa, sino que contradice los derechos de los pueblos indígenas reconocidos en la constitución nacional y los tratados Internacionales de derechos humanos. Importando un retroceso jurídico en el reconocimiento de los derechos de estos pueblos.

⁶ Cfr. Micaela Gomiz “EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y SUS IMPLICANCIAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS” presentación en audiencias Comisión Bicameral, 4/9/12

Por cuanto al reconocerlo como personas jurídicas de derecho privado, desconoce el carácter de pueblo que ha sido reconocido por el convenio 169 OIT (art. 1.3) y la DUPI con el consecuente derecho a la libre determinación.

Tampoco habla de derecho a las tierras y territorios, y parece desconocer la importancia especial que para los pueblos indígenas tiene la relación con las tierras que responden a una cosmovisión y forma de vida diferentes. No habla de posesión u ocupación tradicional ni de los mecanismos para obtener el reconocimiento estatal, contrariando abiertamente el art. 75 inciso 17 CN, los artículos 13 y ss del Convenio 169 de la OIT, artículos 25 y 26 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, y artículo 21 del Pacto de San José de Costa Rica, como así también la jurisprudencia interpretativa.

De ahí que este proyecto de reforma, en la forma y con los alcances en que se encuentra redactado, implicaría un retroceso enorme en la conquistas que durante tantos años los pueblos indígenas lucharon por conseguir, resultando más conveniente que la propiedad indígena sea regulada por una ley especial que recepte los estándares internacionales en la materia.