

ANTEPROYECTO DE REFORMA, ACTUALIZACIÓN Y UNIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN ARGENTINA

“El Desafío de Construir un Estado de Derecho Inclusivo”

INTRODUCCION

Mediante el presente trabajo, se realiza un análisis de la concordancia entre la reforma pretendida del Código Civil de la Nación, y lo estipulado en nuestra Constitución Nacional acerca del reconocimiento de los Derechos de los Pueblos Originarios Argentinos.

En este sentido consideramos que asistimos a una oportunidad única y auténtica de adaptar una norma que resulta desactualizada en numerosos aspectos, a los cambios y avances ocurridos en el seno de nuestra sociedad desde su sanción hasta el día de hoy.

Debemos comenzar expresando que nuestro Código Civil actual, que data del año 1.869, no hace referencia alguna acerca del reconocimiento de Derechos a los pueblos aborígenes originarios. Ello no debe sorprendernos si consideramos que su contenido se adapta a la concepción constitucional imperante en la época de su sanción.

En efecto, nuestra Ley Fundamental se refiere a la cuestión en el antiguo Artículo 65, Inc. 15, que imponía al Congreso el deber de ... *“conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo”*...

A La derogación de esta clausula, que celebramos, puesto que promueve una discriminación innegable, y al decir de Angelica Gelli... *“violatoria del Artículo 16 de la Constitución nacional, pues sobre ningún otro grupo étnico se extiende el mandato de promover la modificación de sus creencias”*¹, sobrevino la incorporación del actual Artículo 75 Inc. 17, que establece como Atribución del Congreso la de:

¹ Angelica Gelli – Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada – Tomo II. Pág. 190

“17. 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 comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”.

Mediante la inclusión de esta norma en nuestra Constitución, se produce una reivindicación histórica y justa de la concepción existente acerca de los derechos de los pueblos originarios.

Sin embargo, esta modificación en la visión de nuestra ley fundamental, no ha sido operativizada adecuadamente mediante la legislación de derecho interno correspondiente.

Asimismo, y para completar éste análisis, se ha trabajado sobre el Marco Legal preexistente, constituido por:

- a) El Convenio 169 (OIT), ratificado por Ley Nacional N°24.071.
- b) Ley nacional N°23.302
- c) Ley Nacional 26.160 - Ley De Emergencia En Materia De Posesión Y Propiedad De Las Tierras.
- d) Ley Nacional 24.544 – De Constitución Para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe
- e) Ley Nacional 24.874 – Adopta el “Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo”
- f) La jurisprudencia de la Corte Interamericana De Derechos Humanos, y la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

DESARROLLO

El Artículo 75, inc. 17 de nuestra Constitución Nacional, asienta la protección de los derechos de los pueblos indígenas en tres ejes fundamentales, a saber:

1. El reconocimiento de su condición de “Pueblos Preexistentes”, étnica y culturalmente.
2. El reconocimiento de la personería jurídica de sus comunidades.
3. Reconocimiento de una serie de Derechos de Incidencia Colectiva, entre los cuales se encuentra la “Propiedad Comunitaria Indígena”.

En cuanto a su carácter de pueblos preexistentes, se ha afirmado que la reforma pretendida desconoce esta condición, al exigir a sus titulares, para el reconocimiento de ella, la inscripción y registración como persona jurídica de derecho privado.

En primer término consideramos que la inclusión de los pueblos originarios dentro de la categoría de persona jurídica de derecho privado resulta inadecuada e incompatible con la personalidad jurídica de raigambre constitucional que les ha sido otorgada por el Inciso 17 del Artículo 75.

La dimensión histórica y cultural con que ha sido reconocida su personalidad a nivel constitucional, requiere que la misma sea incorporada dentro de las Personas de Derecho Público, y no de Derecho Privado, como actualmente figuran en el Proyecto de Reforma de nuestro Código Civil.

La posibilidad de recibir el trato de Personas de Derecho Público, ubica a los pueblos aborígenes locales en un plano de mayor libertad y autodeterminación para organizarse de acuerdo a sus costumbres, creencias y tradiciones, favoreciendo de este modo el respeto por la diversidad cultural, objetivo perseguido con la inclusión de ésta reforma.

Más allá de ello, debemos advertir que la conformación u otorgamiento de personería bajo alguno de los regímenes establecidos por la legislación vigente, resulta necesaria e ineludible, a los efectos de identificar y/o

resguardar la seguridad jurídica de estos pueblos, en cuanto a la posibilidad de ejercicio de los derechos que la norma de referencia les confiere.

Si bien, los derechos reconocidos por el Artículo 75 Inc. 17 de la Constitución Nacional son derechos de incidencia colectiva, su ejercicio requiere la existencia de un sujeto de derecho determinado a la hora de exigir su cumplimiento.

Otra cuestión importante a dilucidar, en relación a la concordancia entre la reforma pretendida y la clausula constitucional en estudio (Artículo 75 Inc. 17 C.N.), se vincula con la operatividad o no de los derechos en ella reconocidos.

Ello resulta importante, puesto que una u otra postura incide en la necesidad de su reglamentación legal para poder efectivizar su ejercicio.

En este sentido, concordamos con la operatividad plena de todos los Derechos reconocidos por nuestra Ley Fundamental y los Tratados de Derechos Humanos que integran nuestro Bloque de Constitucionalidad.

Sin embargo, ello no obsta la existencia de legislación específica de corte reglamentario que promueva (volviendo de este modo a caer en lo mismo) seguridad jurídica, dando claridad a las condiciones de su ejercicio.

De otra forma, se deja librada la efectivización de tan importantes derechos, a los vaivenes de la interpretación jurisprudencial, que de acuerdo a los momentos y a las doctrinas se puede ir modificando.

Asimismo, no debemos olvidar que los Derechos reconocidos por el Estado a través de la Constitución no son absolutos. De acuerdo al Artículo 14, las facultades constitucionales se ejercen... *“conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”*. Se trata entonces, mediante la existencia de legislación reglamentaria, de otorgar seguridad jurídica, tanto al titular del derecho, como a quien tiene que convivir con este individuo, que a la vez, es sujeto o titular de derechos propios.

Resta preguntarse entonces, si el Código Civil resulta ser el ámbito normativo apropiado para realizar ésta reglamentación. Y en segundo término, si debe ser el único.

El Código Civil, es el conjunto de normas ordenadas y sistematizadas que regula el desenvolvimiento de la persona en los distintos aspectos de las

relaciones jurídicas que ella puede realizar a lo largo de su vida, excluyendo (al menos hasta ahora), aquellas de carácter comercial.

Se erige entonces, como la norma reglamentaria de los Derechos que nuestra Constitución reconoce, aunque desde luego, no la única.

Si bien es cierto que el reconocimiento constitucional que el 75 Inc.17 confiere a la Propiedad Comunitaria Indígena, la configura como un Derecho Real Autónomo, su inclusión en el Proyecto de Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación no contradice tal reconocimiento, sino que lo complementa, según los fundamentos aludidos previamente.

Asimismo, no debemos perder de vista que el Derecho Real de Propiedad Comunitaria Indígena reconocido constitucionalmente, debe ejercerse en consonancia con los restantes Derechos Reales amparados por la legislación. De ello se desprende que necesariamente deben incluirse en nuestro Código Civil, normas generales que lo compatibilicen con las restantes disposiciones jurídicas que componen el sistema legal argentino, a los fines de sostener y mantener su coherencia normativa.

Sin embargo consideramos que esta nueva forma de propiedad posee particularidades propias susceptibles de ser reguladas en una ley especial que las contemple.

De este modo, las normas generales encuadradas en la legislación civil podrán adecuarse a las particularidades propias de ésta institución. En virtud de ello, coincidimos con Germán Bidart Campos, quien afirma: *“De igual modo -y por otro lado- la posesión y propiedad comunitarias de tierras posee un contenido esencial mínimo que, en lo necesario, implica que para su efectividad no obstan las normas sobre el derecho de propiedad que resulten opuestas u omisivas, tanto en el código civil cuanto en otros ámbitos legales y aun administrativos. No obstante, queda margen de competencia para cuantas precisiones reglamentarias hagan falta”*².

En efecto, con la existencia de legislación especial se podrá concretar un encuadre jurídico apto para canalizar, no solo las particularidades culturales y

² Germán Bidart Campos – “Manual de la Constitución Reformada” Tomo III – Ap. 36 2^{do} P.

funcionales propias de la posesión y propiedad comunitaria aborigen, sino también algunas cuestiones que, según consideramos, requieren ser especificadas en la regulación propuesta por el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, pues a nuestro entender, no resultan completamente acabadas en esta instancia de legislación, como por ejemplo:

- a) Los alcances y modos de ejercicio de las facultades que confiere la Propiedad Comunitaria Indígena.
- b) La forma y el modo en que deberán efectuarse las consultas previstas en el Artículo 2034 del Proyecto de Código en estudio.
- c) Los Procedimientos en torno a los cuales los Estados Nacionales o provinciales pueden reconocer la Propiedad Comunitaria Indígena, como forma de constitución de la misma, de acuerdo al propuesto 2031 Inc. A).

Particularmente, en este último aspecto, podrían tomar relevancia las facultades legislativas de las provincias. Máxime si consideramos que el reconocimiento de los derechos de los Pueblos Originarios que realiza nuestra Constitución se encuentra legislado como una facultad concurrente entre la Nación y las provincias.

En consecuencia, podrían incluso ejercer los estados provinciales, potestades legislativas reglamentarias en cuanto al modo o procedimiento de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, pudiendo de esta forma adaptar sus legislaciones locales, a las particularidades de cada uno de los pueblos que habitan sus territorios. Sin lugar a dudas, se favorecería de este modo, y en mayor medida, el tan perseguido respeto por la diversidad cultural que desde la reforma constitucional de 1994 se intenta inyectar en todo el sistema normativo nacional.

Así también, el constitucionalista Germán Bidart Campos, quien en relación a ello afirma: ... *“las facultades para reglamentarlo son concurrentes entre el estado federal y las provincias, lo que facilita distintas regulaciones que se hacen adaptables a la idiosincrasia especial de las comunidades indígenas según el lugar donde están asentadas”*.³

³ Germán Bidart Campos – *“Manual de la Constitución Reformada” Tomo III – Ap. 37.*

También podría resultar materia de regulación provincial, lo atinente a la forma o modos en que se otorgará la “información y consulta” a la que se refiere el Artículo 2035, cuando el “aprovechamiento de los recursos naturales por parte del estado o de particulares” tenga incidencia en los hábitats indígenas.

Finalmente cabe referirse a lo establecido en el Artículo 2028, de la propuesta de reforma al Código Civil de la Nación. En esta disposición, se hace recaer la propiedad comunitaria indígena, exclusivamente sobre los inmuebles rurales, disposición que consideramos contraria al reconocimiento que el Inciso 17 del Artículo 75 de la Constitución Nacional realiza de los Derechos Aborígenes.

Dicha norma habla puntualmente de la... “posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan”... sin hacer ningún tipo de distinción sobre la calidad del inmueble.

Es por ello que proponemos se suprima de esta formulación, el término “rural”, dado que puede dar lugar a numerosos y justificados planteos de inconstitucionalidad, de acuerdo al Bloque de Constitucionalidad establecido por el Artículo 31 de nuestra Constitución Nacional.

ALGUNAS APRECIACIONES ACERCA DEL MARCO LEGAL EXISTENTE

En el marco de las correspondencias, debemos señalar que han precedido a la reforma hoy propuesta una serie de leyes nacionales y provinciales que sostenían que la Propiedad de la tierras fiscales o sin dueño registral, recae en el estado Nacional o Provincial. Por ello actualmente para la distribución se hace necesario recurrir a los institutos tales como la donación, la expropiación, la cesión, a fin de determinar al titular de dominio, con el objeto que ingrese al sistema jurídico que le otorga entre otros el carácter de oponibilidad, en consonancia con la seguridad jurídica.

En el análisis de la legislación infra constitucional, advertimos que la misma responde a las pautas establecidas en el Artículo 75 inc. 17 de la Constitución Nacional, y hacen a una preexistencia que ha tenido su vigencia

en el tiempo lo cual aparece aceptado ya que no se la ha tachado de inconstitucional. También observamos que dicha legislación no es de las derogadas en la propuesta de reforma, con lo cual podemos interpretar que se trata de legislación específica, siendo las disposiciones del código civil la norma genérica necesaria.-

Uno de los antecedentes lo ubicamos en el año 1985: la Ley Nacional N° 23.302, que declara de interés nacional el acceso a la propiedad de la tierra y el fomento de su producción agropecuaria por parte de los miembros de los pueblos originarios. Además dispone la adjudicación en propiedad a las comunidades indígenas de todas aquellas tierras que ocupan precariamente, ya sea como comunidad o en forma individual. Contempla además aquellas comunidades o familias que carezcan de tierras, las que en tal virtud podrán ser adjudicadas.

Con esta Ley el Estado Argentino ha integrado a los pueblos originarios con sus identidades étnicas y culturales, los ha reconocido en el desarrollo de sus actividades agropecuarias, industriales y artesanales, sin perjuicio de otras. En definitiva ha recreado un concepto ya establecido en la constitución de 1949, que la “tierra es para quien la Trabaja”, y además le ha dado un tinte especial pues consagra la inembargabilidad, inejecutabilidad e inajenabilidad de esa tierra adjudicada. Tampoco podrán subdividirse o anexarse a otras parcelas sin la debida autorización. Se rescata que para lograr este beneficio debe estar clara la posesión y el trabajo personal de los miembros de la comunidad indígena.-

Otro antecedente lo constituye el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales de la O.I.T. que contempla la adjudicación de la tierra para aquellas comunidades indígenas que efectivamente no ejercen la posesión, como es el caso de las comunidades nómades.-

Es decir que esta legislación nos indica de manera clara que el Estado Argentino hace frente a un revisionismo histórico, llevando su actividad reguladora en etapas pero de firmes pasos para lograr la reivindicación

merecida de las comunidades aborígenes como primeros habitantes de este suelo patrio.

En esta etapa reformadora, y como consagración de los antecedentes citados, se legisla sobre un nuevo derecho real de dominio que tiene como condición la relación directa de una cosa propia pero no registrada como tal, que es la tierra de contenido comunitario. Ahora bien, esta Cosa (art 2311C.C.) tiene algunas peculiaridades tales como que no resulta enajenable, ni transmisible, ni susceptible de gravámenes, ni de embargo. Es decir que no esta en el tráfico comercial. Esto datos distintivos lo asimilan a los privilegios que poseen algunos estados provinciales o municipales con respecto a sus bienes públicos y que surgen de las propias constituciones.-

Y como sabemos las provincias y los municipios son Personas de Derecho Público, resultando así más apropiado que estas comunidades indígenas tengan este carácter, y no personas jurídicas privadas, como lo prevé la reforma.-

Resulta más armónico con el espíritu de la legislación preexistente, que la propiedad indígena como derecho real sea contemplada en un capítulo diferente a los otros derechos reales, otorgándole el carácter de autónomo. De allí, que dicha comunidad indígena sea considerada persona jurídica pública, lo que implicaría reconocimiento de la comunidad como unidad social donde se desenvuelven la personalidades de sus miembros o integrantes tendiente a realizar el bien común.

Continuando con el análisis del marco legal existente, estimamos que la Ley Nacional 24.544 – De Constitución Para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe, y la Ley Nacional 24.874 – Adopta el “Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo” sancionadas en el año 1995 y 1997 respectivamente, aportan el reconocimiento a la diversidad cultural. Sin embargo con su aplicación e interpretación en muchos de los casos se ha comprobado que los indígenas debieron someterse a trámites administrativos y judiciales para el alcance de sus derechos.

Idénticas situaciones pueden atravesar los ciudadanos de este suelo, pero ellos tienen una variedad de herramientas para el amparo de sus derechos, lo que no sucede con la población indígena ya que solo se advierte un organismo administrativo para hacer los reclamos como es el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) .-

Las diversas situaciones que fueron ventiladas ante los tribunales nacionales e internacionales han merecido además nuestro análisis a fin de poder visualizar la exegesis sobre la legislación.-

En ella señalamos que en los casos consultados que fueron sometidos ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por razón de competencia originaria en dos momentos históricos diferentes, la Corte no ha reflejado el espíritu constitucional que inspira nuestra Ley Fundamental luego de la Reforma de 1994⁴ .-

Por ello creemos que esta legislación que ahora el Estado aporta puede contribuir a una visión diferente de parte de este tribunal para hipotéticos casos de conflictos que lleguen a sus estrados.-

No sucede lo mismo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde advertimos un avance en sus resoluciones las que reflejan una interpretación progresiva y evolutiva sobre las comunidades indígenas. Esta Corte afirma que es tradición para las comunidades indígenas la propiedad colectiva de sus tierras y que su estrecha relación con ellas es “base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica” Destaca además que la posesión en razón de la costumbre es suficiente para que el Estado reconozca la propiedad indígena sobre las tierras y se ocupe de su registro⁵.-

Por ello resulta vital que esta reforma adecue su lenguaje normativo como reflejo de inclusión bajo el lema: “Los pueblos indígenas tienen derecho a vivir libremente en sus territorios por el solo hecho de sus existencia”.-

⁴ Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: www.csjn.gov.ar

⁵ Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. www.corteidh.or.cr

CONCLUSIÓN FINAL

La inclusión del Artículo 75 Inc. 17 por la convención de 1994 resulta ser una reivindicación histórica y justa, que al reconocer el carácter preexistente de los Pueblos Originarios Argentinos, los ha identificado como una serie de naciones, no nuevas, pero si diversas culturalmente. De este modo, se reconoce su identidad y su diversidad, sin violentar en modo alguno las disposiciones del Artículo 16 de nuestra Ley Fundamental, que reconoce el Derecho de Igualdad de Trato.

Lo antes dicho, ha ubicado a los legisladores argentinos, ante las puertas de un desafío de tamañas dimensiones: el de receptor en el orden normativo interno las disposiciones constitucionales referidas, manteniendo su cohesión y coherencia, es decir, armonizándolas con los restantes Derechos reconocidos en el orden constitucional.

La inclusión de la Propiedad Comunitaria Indígena en nuestra legislación interna, desde el Código Civil hacia abajo, sin dudas contribuirá directamente, a fortalecer la seguridad jurídica, tanto de quienes pretendan beneficiarse de ella, como de quienes deban ejercer sus derechos en concordancia y convivencia; e indirectamente a promover la diversidad cultural entre todos cuanto habitamos este querido suelo.

Sin embargo, no escapa la circunstancia de que deben realizarse algunas adecuaciones procedentes, para asegurar, con mayor certeza legal aún, el ejercicio no solo de éste derecho (Propiedad Comunitaria Indígena), sino también de los restantes enunciados en el Inciso 17 del Artículo 75.

La legislación existente, puede y deberá adaptarse al marco general de regulación que establecería el nuevo Código Civil Y Comercial de la Nación, dando paso, no solo a la inclusión de disposiciones que enriquezcan el contenido específico de tales derechos, sino también la sanción de nuevas disposiciones en los ámbitos locales (Estados Provinciales) que favorezcan la diversificación de acuerdo a las particularidades propias de cada comunidad aborígen.

Consideramos que la diversidad cultural argentina es tan rica y extensa como compleja.

Es por ello que resulta necesario compatibilizar las diferencias dirigiéndonos siempre hacia el “Norte” de reafirmar y garantizar el Estado de Derecho propio de toda organización estatal.

Pensamos que la legislación propuesta es susceptible de mejoras, pero no pone en riesgo la coherencia de de nuestro sistema jurídico si resulta ser aprobada tomando en cuenta las apreciaciones realizadas.

CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA PROVINCIA DE LA RIOJA
COMISIÓN DE LEGISLACIÓN GENERAL Y ASUNTOS MUNICIPALES

Ab. Analía Rosana Porras – Encargada de Comisión

Ab. Cecilia S. Gardella – Asesora de Comisión