

PONENCIA: EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y SUS IMPLICANCIAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS.

En el mes de marzo del presente año la Presidenta de la Nación ha presentado ante el Congreso de la Nación una iniciativa de modificación del Código Civil argentino. En aquel anteproyecto se establecen algunos artículos destinados a reglamentar cuestiones relativas a los pueblos indígenas y sus derechos constitucionalmente reconocidos. Seguidamente se exponen algunas consideraciones al respecto.

Ausencia de consulta.

La primera situación que aparece es la ausencia total de consulta a los pueblos indígenas a través de sus instituciones representativas, sobre la reglamentación de aspectos que afectan de manera directa los intereses del conjunto de los Pueblos Indígenas en el país. No surge ninguna participación indígena en la elaboración del articulado, ni siquiera ha sido parte el Consejo de Participación Indígena (CPI) organismo de participación que (pese a tener muchas deficiencias) es el establecido en la legislación interna como representación en el INAI para intervenir en la política indígena y representar al conjunto de las comunidades del país.

Condiciones en el goce de derechos reconocidos.

En segundo término, y ya entrando al articulado, nos encontramos con una limitación genérica de derechos claramente inconstitucional. El artículo 18 estipula que los derechos a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que se establece en el código, sólo serán aplicables a las comunidades indígenas que tengan personería jurídica reconocida. Se desconoce, de este modo, el carácter declarativo de la inscripción de las personerías de las comunidades previendo que el origen de aquellos derechos esté vinculado a la inscripción y no a la preexistencia como surge del artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional. Este artículo de la carta magna en ningún momento condiciona el goce de los derechos que reconoce a la inscripción en un registro estatal. De hecho, el reconocimiento de la personería jurídica de las comunidades está previsto en la

Constitución como un deber estatal y no como una obligación de las comunidades. Y ese deber estatal surge de reconocer la preexistencia de los pueblos indígenas respecto del estado argentino. Poner en cabeza de las comunidades la necesidad de inscribir sus comunidades como condición para el ejercicio de estos derechos es crear una traba más que dejará, en definitiva, en manos de funcionarios públicos de baja jerarquía el “otorgar” la posibilidad de ejercer derechos constitucionales.

Personas jurídicas de derecho privado.

En tercer lugar surge del artículo 148 el establecimiento de la *calidad de persona jurídica de derecho privado a las Comunidades Indígenas*. Esto significa que se sitúa a las Comunidades Indígenas al mismo nivel que las asociaciones civiles, que las fundaciones, que las sociedades comerciales, etc, pese a que la Constitución Nacional establece su reconocimiento como consecuencia de reconocer el carácter de preexistentes al Estado Nacional. De este modo se niega la realidad jurídica previa que tienen las comunidades indígenas y se tiende a desconocer el carácter declarativo de las resoluciones de inscripción, ya que al introducir a aquellas dentro de la categoría de personas de derecho privado se las equipara a las otras personas jurídicas que constituye el Estado. En conclusión es violatorio de los principios constitucionales que surgen del artículo 75 inciso 17. El nuevo paradigma jurídico vigente que dejó atrás el modelo impuesto por el Convenio 107 de la OIT y la legislación consecuente con él,, implicó que se dejara a un lado el modelo de las personerías de derecho privado para las comunidades indígenas. Esto es así porque el eje del respeto por la diversidad y el reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural supone que las relaciones entre el Estado y los Pueblos Indígenas se encuentran regidas por el derecho público. Retroceder al modelo anterior es además de ilógico, inconstitucional.

Propiedad Comunitaria Indígena.

Pero lo central del proyecto es la regulación del tema más sentido por los Pueblos Indígenas en el país: el derecho a las tierras, territorios y recursos naturales. Resulta inadecuado a todas luces reglamentar la propiedad comunitaria indígena mediante la incorporación de un título especial en el Código Civil, toda vez que la posesión y

propiedad indígena no sólo son diferentes a la posesión y propiedad civil, sino muchas veces, hasta incompatibles. En el proyecto se prevé a la propiedad comunitaria indígena dentro del Libro IV De Los Derechos Reales específicamente como inciso c) de la enumeración del artículo 1887 que estipula taxativamente los derechos reales. A través de los Títulos I y II este derecho se encuentra regido por algunas cláusulas de tipo general que involucran a todos los derechos reales, entre ellos el derecho de dominio, el de condominio, el de propiedad horizontal, y el de tiempos compartidos. 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), definiendo a la misma como relación de poder sobre una cosa (arts. 1908 y 1909). Asimismo dispone, como es de esperar en el criterio privatista, que los actos posesorios se traducen en actos materiales sobre la cosa de que se trate (art. 1928). Esto significa que no establece ninguna concepción diferenciada respecto de la posesión indígena ni tiene en cuenta la relación especial que tienen los Pueblos Indígenas con sus tierras.

Título especial.

Además de la regulación general, en tanto derecho real, se establece un título (Título V) específico donde se disponen las cláusulas particulares que se aplican sólo a la propiedad comunitaria indígena.

Objeto: 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 y que en procesos de recuperación de la identidad se han constituido como Comunidades. Por último obliga a que el inmueble tenga como *destino la preservación cultural y el hábitat comunitario*, no como una forma de reconocer esos conceptos como integrantes de espacios indígenas, sino utilizándolos como limitante del derecho, inmiscuyéndose en la autonomía indígena.

Titular: habla de *comunidades indígenas con personería jurídica inscripta (artículo 2029)*. Ata el ejercicio del derecho a las tierras al cumplimiento de un acto estatal que es facultad

(aunque no esté previsto así legalmente en los hechos funciona como arbitrario) de la administración pública y que la realidad en todo el país viene mostrando las dificultades para lograr ese reconocimiento. Por un lado hay legislaciones locales con requisitos inviables para cumplimentar por comunidades indígenas, o porque las provincias no quieren reconocer las personerías nacionales inscritas en el RENACI. De la interpretación concordante de los artículos que integran el Título V surge que el ejercicio del derecho es de carácter colectivo pero no está establecido de manera expresa. Las acciones individuales de los miembros de la comunidad no perjudican el derecho comunitario.

Formas de constitución: 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*. Este es un requisito que no surge ni de las cláusulas constitucionales, ni de los tratados internacionales que imponen las obligaciones estatales en materia de derechos de los pueblos indígenas. El derecho reconocido tanto a nivel internacional como a nivel interno, se refiere a la *posesión tradicional* y no *inmemorial*. La alusión a la palabra tradicional se refiere a los modos de ejercer la posesión (de modo tradicional) y no al tiempo de su ejercicio. Además de no corresponderse a lo normado a nivel constitucional e internacional, lo cierto es que cuando lo que se está regulando es el reconocimiento de las tierras de pueblos que en su gran mayoría han sufrido despojos, corrimientos, desplazamientos y hasta genocidios, establecer como requisito la inmemorialidad de la posesión es, en definitiva, una forma de negar el derecho. Pero inclusive, si se pasara por alto esta cuestión, lo que surge del texto es tan vago 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*. Según el texto son cuatro las formas de constitución previstas entre las que figura también la tradición (inciso c) artículo 2031) para lo que se exige actos materiales que signifiquen el poder de hecho sobre la cosa (art. 1924). Además se estipula que puede constituirse por actos de última voluntad (inciso d) artículo 2031) y por usucapión (inciso b) artículo 2031).

Caracteres: Según el artículo 2032 la propiedad comunitaria indígena es *exclusiva* y *perpetua*, caracteres que en general se reconocen al clásico derecho real de dominio. Sin embargo, trasladar mecánicamente esos rasgos distintivos a este derecho colectivo y diferenciado, carece de toda lógica y no se corresponde con la realidad cotidiana de muchas comunidades indígenas. La exclusividad no es, de por sí, una característica esencial de este derecho, porque se registran áreas compartidas que en la práctica se utilizan para el pastoreo, la caza, la pesca o la recolección de frutos, entre más de una comunidad. También se establece que podrá gravarse la propiedad con derechos reales de disfrute y no así con derechos reales de garantía. Se prevé la *inembargabilidad* y la *inejecución por deudas* (art. 2034), pero no la imprescriptibilidad.

En conclusión, el texto no recepta los estándares mínimos que han sido reconocidos por los tratados Internacionales de derechos humanos, ni la base de reconocimiento constitucional. No habla de derecho a las tierras y territorios, ni la importancia especial que para los pueblos indígenas tiene la relación con ellas, ni de posesión u ocupación tradicional ni de mecanismos para obligar al reconocimiento estatal (art. 75 inciso 17 CN, artículos 13 y 14 del Convenio 169 de la OIT, artículos 25 y 26 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 21 del Pacto de San José de Costa Rica.) Tampoco se tienen en cuenta los casos de reivindicación por pérdida de territorios ni se regula la entrega de otras tierras aptas y suficientes para el desarrollo de las comunidades. Por último, no se basa este derecho en la libre determinación ni se establece que se regirá por la cosmovisión de cada pueblo.

Recursos Naturales

Sobre los recursos naturales que conforman la integralidad de los territorios indígenas, el proyecto no dispone nada. En cambio, solapadamente y mezclado dentro del Título V que

habla de la propiedad comunitaria indígena, se introduce un artículo (art. 2035) que, de manera defectuosa, intenta incorporar legislativamente el *derecho a la consulta*. En primer lugar, resulta inadecuada su incorporación al código civil, cualquiera fuera el libro o el título, más aún que se establezca en la parte donde se tratan los derechos reales. El *derecho a la consulta* es la obligación estatal de promover un procedimiento que sea destinado a obtener el consentimiento libre, previo e informado de los Pueblos Indígenas cuando lleve adelante medidas u actos que puedan afectar sus intereses (artículos 6 y 15 del Convenio 169 de la OIT, artículos 18 y 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.) Como obligación estatal en la relación con los pueblos indígenas carece de fundamento lógico la incorporación en el compendio normativo que rige el derecho privado. Pero, además, lo que se intenta legislar tampoco abarca todos los casos de consulta. En el texto, la referencia es sólo respecto de los casos de aprovechamiento de recursos naturales y no de cualquier medida administrativa o legislativa que afecte a los pueblos indígenas. El artículo en cuestión se encarga de regular los casos de aprovechamiento de recursos, que estando fuera de la propiedad comunitaria, *puedan incidir en los hábitats indígenas*. En relación al sujeto obligado, la referencia a la explotación estatal o privada de los recursos, deja la posibilidad de que se considere que las empresas particulares pueden ser las encargadas de cumplimentar el proceso de consulta. Este, es un punto central en el debate de la consulta, y toda referencia a la posibilidad de que las empresas privadas sean las encargadas de obtener el consentimiento, ya ha quedado atrás. Además de estar establecido claramente en los instrumentos internacionales y en la jurisprudencia interpretativa, lo cierto es que este deber estatal está directamente ligado al deber del Estado de proteger especialmente la **intangibilidad de los recursos naturales y el territorio**, en tanto elementos consustanciales al desarrollo y supervivencia de las comunidades indígenas. Por último tampoco surge del texto la forma en que debe realizarse el proceso de consulta para considerarse como tal, ni la necesidad de que sea destinado a obtener el consentimiento del pueblo afectado.

Representación legal de la Comunidad.

Sorprende la inclusión en este Título V, de un artículo que trasciende largamente la regulación sobre la propiedad comunitaria indígena, como lo es aquel artículo 2030 que incluye el derecho a la autonomía y la representación de la Comunidad. Por un lado se disponen las facultades de regulación de la vida interna, sin incluir como tal el concepto de autonomía y sin hacer referencia directa a la organización política interna. Sin embargo, establece límites a esa autonomía no declarada. Se restringe el poder de autonomarse a que se *sujete a los principios de la Constitución Nacional, a la regulación sobre personas jurídicas y a las disposiciones de los organismos especializados de la administración nacional en asuntos indígenas*. Está claro que la autonomía indígena se ejerce dentro de los Estados donde habitan las comunidades, y por ello el respeto a la Constitución es parte de esa realidad. Si embargo, la sujeción planteada respecto de los regímenes de personería jurídica y a disposiciones emanadas de órganos de baja jerarquía, es una manera no sutil, de restringir, casi al modo de anular, el ejercicio de la autonomía que se prevé. Además, tampoco están detallados cuáles son los organismos de la administración que emiten esas disposiciones. Por lo tanto se hace depender el ejercicio de un derecho constitucional a las voluntades políticas de algunos funcionarios de turno que, la práctica viene demostrando que en su mayoría carecen de los conocimientos adecuados en materia de derechos de los pueblos indígenas y que se resisten a superar esa ignorancia. Por último, en vez de hablarse de instituciones representativas, se establece que la comunidad será representada por *representantes legales* que serán elegidos por sus integrantes.