

Dictamen de la Comisión por los Derechos Indígenas del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal sobre la incorporación de la propiedad comunitaria indígena en el Código Civil

El pasado 8 de junio el Poder Ejecutivo Nacional envió al Senado el Proyecto de Reforma de Código Civil y Comercial, que ingresó con el número de expediente 57/12. Esta iniciativa, reconoce como antecedente el Decreto 191/2011 de la Presidenta de la Nación que creó una comisión con la misión de elaborar un proyecto de reformas al Código Civil en el plazo de 365 días. En la actualidad, en el marco del trámite legislativo, se encuentra aprobada la creación de la Comisión Bicameral que deberá, en un plazo de 90 días, emitir un dictamen. Sin lugar a dudas, se trata de una iniciativa de enorme trascendencia y responsabilidad institucional pues, aún con las sucesivas reformas realizadas, el Código Civil vigente en Argentina data de 1871 y, en consecuencia, adolece de una profunda inadecuación de muchos institutos jurídicos a las características y necesidades de nuestro tiempo.

Este proyecto de reforma, propone incorporar la propiedad comunitaria indígena al texto del Código Civil, bajo la forma de un nuevo derecho real (arts. 2028 a 2036 del anteproyecto) y la personería jurídica de las comunidades indígenas como personas de derecho privado (art.148 inc.h).

Son múltiples y variadas las razones que desaconsejan la incorporación del derecho a la propiedad comunitaria indígena en el Código Civil.

En primer lugar, en las últimas décadas se produjo una transformación importante en la relación de los Estados con los pueblos indígenas, pasando de una visión asimilacionista e integracionista de la cultura indígena a una pluralista de respeto de la identidad cultural. Al igual que la mayoría de los países de América Latina, el nuevo paradigma de protección de la diversidad cultural quedó definitivamente plasmado en el Estado argentino, con la última reforma constitucional de 1994, en el art. 75 inc. 17. Esta incorporación, al reconocer el “respeto de la identidad cultural” de los pueblos indígenas y su “preexistencia étnica y cultural” y, como derivación, un conjunto de derechos específicos, pone en crisis la idea de un Estado unificado en cuanto a identidades, religión, lengua y cultura y con un sistema legal único y homogeneizador, basado en derechos individuales y en el que la propiedad privada viene ocupando un lugar privilegiado por excelencia.

Los derechos de los pueblos indígenas, entre los que se encuentran el derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras tradicionales, el derecho a la personería jurídica y a la consulta participación, más allá de su carácter operativo, sin duda requieren de reglamentación y de la implementación de políticas y programas que los doten de aplicación sociológica. Pero se trata de derechos nuevos, que tienen una naturaleza única, se desarrollan en el marco del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho constitucional y parten de una cosmovisión que nada tiene que ver con la tradición y regulación de las relaciones propias de occidente que hallaron un espacio central para desarrollarse en los códigos civiles romanistas.

Los derechos humanos de los pueblos indígenas exigen la incorporación de mecanismos legales adecuados que reflejen y respeten su identidad cultural, en los que el territorio y los derechos territoriales adquieren un lugar de trascendencia. Desde este punto de vista, *“[...] reducir al Código Civil, toda la cuestión, en una desesperada imposición prescriptiva de una verdad jurídica única que dista mucho de la concepción pluricultural [...] es pretender que una cultura representa lo natural y las demás lo anómalo y justificar la imposición en el primitivismo de los demás. Se rechaza aquello que contradice el sistema o los valores a los que responde. Cuando esto ocurre, la norma deja de ser un instrumento regulador de realidades sociales para*

convertirse en un instrumento de represión del más fuerte [...] Es un continuun en la violencia histórica de las luchas por las tierras en América [...]”¹.

Desde el ámbito internacional, los órganos de protección de los derechos humanos vienen pronunciándose sobre la especificidad de estos derechos e interpretando los tratados de derechos humanos que hoy gozan de jerarquía constitucional en Argentina (art.75 inc.22 de la Constitución Nacional) a partir de la integración armónica de éstos con las disposiciones de los instrumentos internacionales específicos de derecho indígena, como el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

En esta tarea, 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 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 simbólicos².

Tanto los convencionales constituyentes como los jueces argentinos vienen destacando que la posesión y propiedad indígena tiene una naturaleza y una forma distinta que la posesión y propiedad tal como está prevista en el Código Civil. Es más, el Convencional Díaz señaló que dichas diferencias no solo no fueron ajenas en el estudio del tema por la Convención Constituyente sino que, directamente ésta ha entendido que debe sancionarse un régimen jurídico distinto: “[...] Porque de lo que se trata precisamente, es de respetar un modo específico de relación de los pueblos indígenas con la tierra que no necesariamente queda bien contenido en el Código Civil Argentino con sus tradiciones romanistas. El Código Civil está concebido desde la idea individualista de la propiedad, desde la idea occidental, que puede ser buena, mala o regular pero que no engloba la vinculación de las comunidades indígenas con la tierra. El esfuerzo que se hizo en las comisiones -y en el que tuvimos que poner además de nuestro intelecto, nuestro corazón [...] cuando imaginábamos como funcionaría la posesión del Código Civil en este modo colectivo y vital de relación que tienen los pueblos indígenas con la tierra nos dimos cuenta que no podía funcionar porque la posesión como está pensada en el Código Civil es individual, tiene mecanismos, requisitos, efectos, que están relacionadas a la tradición romanística del Código Francés que viene con Vélez Sarsfield a nuestro Código Civil y entonces comprendimos que teníamos que tener en cuenta que había que abrir un nuevo horizonte que hiciera posible recibir jurídicamente, en el orden jurídico argentino de hoy que tiene esa otra tradición, a este modo muy particular a que hace referencia la nueva norma constitucional [...]”³. La convencional Figueroa, por su parte, resaltó: “[...] La propiedad de la tierra garantiza a los aborígenes la posibilidad de continuar preservando su acervo cultural, y al mismo tiempo asegura su integración no traumática y digna a la Nación Argentina [...]”⁴.

En el mismo orden de ideas, el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro destacó: “[...] El reconocimiento a la preexistencia de pueblos indígenas a partir de 1994 implica reconocer que

¹ GARCÍA HIERRO, P. (2001), (2001), “Territorios indígenas: tocando a las puertas del derecho”, en *Revista de Indias*, Instituto de Historia del CSIC, Consejo Superior de investigaciones científicas, Madrid, LXI, N° 223, p. 623.

² Ver en este sentido Corte IDH, “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni”, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C, N° 79., párr 149. Asimismo, 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 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 [...]” (sentencia dictada el 17 de junio de 2005, párr. 135).

³ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE DE 1994, H. Cámara de Diputados de la Nación Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente, inserción solicitada por el señor convencional Díaz, p. 4086).

⁴ *Ibidem*, inserción solicitada por la señora convencional Figueroa, p. 4086.

no sólo existe en la praxis la propiedad entendida en los términos del Código de VELEZ SARFIELD, sino la propiedad comunitaria con sus caracteres particulares, modificando los principios consagrados para la propiedad privada y estableciendo una nueva concepción jurídica que tiende a favorecer el resguardo de la tierra como factor aglutinante de las Comunidades del Pueblo originario, con remisión al art. 21 de la Convención Americana de los Derechos Humanos que también reconoce las formas peculiares de la propiedad y los recursos de los pueblos indígenas conforme a su propia naturaleza jurídica de derecho consuetudinario y prácticas tradicionales, que según la Corte Interamericana consagran ese derecho sobre sus territorios tradicionales independientemente de que cuenten o no con título formal de propiedad [...]” (STJ Río Negro, “Río Negro, CO.DE.C.I. de la Prov. De Río Negro sobre Acción de Amparo”, sentencia del 16 de Agosto de 2005, voto del Dr. Luis Lutz, cons. 1. Pronunciamientos similares pueden hallarse en Cám. Civ. y Com. Jujuy, “Comunidad Aborigen de Quera y Agua Caliente -Pueblo Cochinoca vs. Provincia de Jujuy”, op. cit., voto del Dr. Alejandro Ramos Mejía, cons. III.2, Cám. de Apelaciones en lo Civil y Comercial Resistencia, “Castelán, Carlos Santiago c/ Wanenson, Moisés s/ejecución de sentencia”, op. cit., cons. II, Juzg. de 1º Instancia Nro. 2 en lo Civ., Com., Especial de Procesos Ejecutivos, Laboral y de Minería de la II Circunscripción Judicial Cutral Cód, “Petrolera Piedra del Águila SA c/ Curruhuinca Victorino y otros s/ acción de amparo”, op. cit., cons. II).

En varios de estos fallos, se mencionaron las conclusiones de las Jornadas de Derecho Civil en las que se entendió que la posesión y propiedad de comunitaria indígena es completamente ajena al Código civil: “[...] resulta objetable, atento a la jerarquía que el poder constituyente le ha atribuido a las comunidades indígenas y a su propiedad, con un evidente propósito de reparación histórica, la pertinencia de que, desde la grada inferior del derecho privado, en un mismo rango con los derechos reales esencialmente privatísticos, con la pretensión de una mayor garantía, se intente una tipificación distinta que, en definitiva, podría conspirar contra los objetivos perseguidos” (ponencia conjunta de Jorge Alterini, Pablo Corna y Alejandra Vázquez; ver, por ejemplo, ANDORNO, L. (2002) *El objeto de los derechos reales en las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, JA 2002-I-1254*) [...]⁵.

En la doctrina argentina también Quiroga Lavié destaca que las tierras indígenas se encuentran absolutamente fuera del comercio (tanto privado como público) y que, por esa razón, no pueden ser expropiadas por el Estado ni sujetas a prescripción adquisitiva. En tal sentido, remarca que “[...] implica una profunda modificación de los tradicionales regímenes establecidos en el Código Civil [...]”⁶. En su texto *Constitución Argentina Comentada*, este autor sostiene que como la propiedad indígena está fuera del comercio, no puede ser enajenada ni transmitida y se debe aplicar entonces el régimen sobre el dominio público, establecido por el derecho administrativo y que esto deber ser entendido así aunque las tierras sean provinciales⁷.

De la diferente naturaleza de los derechos esencialmente privatísticos regulados por el Código Civil y los derechos humanos de los pueblos indígenas surge, como consecuencia, la discusión de si se trata de derechos que pertenecen al derecho público o al derecho privado. Aun cuando esta misma clasificación es de tradición romanista y en la actualidad se encuentre cuestionada su pertinencia y utilidad⁸ si nos atenemos a la clásica distinción entre estos dos ámbitos del derecho, lo cierto es que no hay duda de que el derecho a la tierra y al territorio

⁵*Ibidem*.

⁶QUIROGA LAVIÉ, H. Y OTROS (2001), *Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2001, Tomo I, p. 337.

⁷QUIROGA LAVIÉ, H. (1996), p. 412.

⁸QUINTANA, ADRIANO, E. *Derecho público y derecho privado*, bibliojuridicaunam, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1855/26.pdf>

indígena se refiere a una relación jurídica entre el Estado y los particulares⁹ (en este caso los pueblos y comunidades indígenas) y no a una relación que tenga por objeto exclusivo al individuo, su facultad de servirse de una cosa o que establezca relaciones de igualdad entre sujetos privados.

La pretensión del anteproyecto reforma de incluir la propiedad comunitaria indígena como un derecho real evidencia con claridad las dificultades de forzar la inclusión de instituciones ajenas a un cuerpo normativo integrado con una lógica propia y una coherencia interna en los que normas, efectos jurídicos y definiciones conceptuales que se interconectan entre sí, mal podrían abarcar la noción del derecho a la tierra y al territorio de los pueblos indígenas.

A modo de ejemplo, como regla general, 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). Al mismo tiempo, la posesión constituye el contenido de los derechos reales y es definida “como un poder físico, de hecho, ejercido *voluntariamente* sobre una cosa (corpus), con ánimo de dueño (animus domini)”¹⁰. De acuerdo con el régimen de los derechos reales, “las cosas deben estar en el comercio para ser susceptibles de posesión (art.2400), consecuentemente, para constituir el objeto de un derecho real”¹¹. Como se puntualizó, 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 personas¹². Por las mismas razones, se encuentra fuera del comercio, es inenajenable, inembargable, imprescriptible e inalienable. Estos atributos la asemejan más a la regulación del Código Civil sobre bienes de dominio público del Estado (art.2339) que se caracterizan por poseer tales atributos y por no ser susceptibles de otras formas de apropiación por los particulares. No obstante, el concepto de bienes de dominio público tampoco es apto para dar cuenta de la peculiaridad de la tierra y el territorio indígena porque se trata de bienes (naturales o artificiales, como los mares, ríos o caminos) destinados al uso público de todos los habitantes y no al resguardo de una forma cultural¹³.

En segundo lugar, la incorporación de la propiedad comunitaria en el Código Civil en los términos proyectados daría lugar a múltiples inconstitucionalidades tanto por acción como por omisión. Por acción, por ejemplo, al reconocer a los pueblos indígenas como personas jurídicas de naturaleza privada (art.148 H) pues contradice abiertamente su consagración constitucional como nuevos sujetos colectivos que preexisten al Estado argentino y que implica un reconocimiento legal de carácter declarativo y no constitutivo de derechos¹⁴, o al hacer

⁹ GORDILLO (2012), *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, T.V, Primeras Obras, 1ª edición, Buenos Aires, FDA, 2012. Disponible en: www.gordillo.com/pdf_tomo5/01/01-capitulo4.pdf, p.IADA-IV-1.

¹⁰ KIPER. C. (2007), *Código Civil Comentado* (Doctrina-Jurisprudencia-Bibliografía), Derechos Reales, T.I (Artículos 2311 a 2610), Rubinzal Culzoni, p.148.

¹¹ KIPER. C., op.cit., p.14.

¹² VAZQUEZ, G. (2012), *Inconveniencia de la regulación de la propiedad indígena en el Código Civil*, ponencia presentada en las jornadas “Reforma del Código Civil y Propiedad Comunitaria Indígena” realizadas el 24 de mayo en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal.

¹³ KIPER. C., op.cit., p.91 y ss. De acuerdo con este autor el carácter de bien de dominio público, por ejemplo, provoca que no puedan ser objeto ni siquiera de servidumbres del derecho civil “porque esto significaría darle, aunque sea en forma parcial, un destino distinto y a favor de la propiedad privada, con desmedro del dominio público, que pasaría a ser imperfecto, lo cual no es legalmente concebible en nuestro sistema” (p.93).

¹⁴ En la actualidad, existen varios antecedentes jurisprudenciales que señalan las características de la personería jurídica indígena. Ya en el año 2005 en el caso de la *Comunidad Aborigen Laguna de Tesorero* del Pueblo Ocloya el Superior Tribunal de Jujuy se refirió a la necesidad de armonizar las normas del código civil sobre personería jurídica y al carácter declarativo del

depender el derecho a la propiedad comunitaria de la inscripción previa de la comunidad en un registro. Por omisión, porque no incorpora los estándares internacionales de derechos humanos en la materia desarrollados por los órganos de aplicación e interpretación de los tratados previstos en el art. 75 inc. 22 que, de acuerdo a una conteste jurisprudencia de nuestro máximo tribunal son obligatorios para el Estado argentino¹⁵.

En tercer lugar, una incorporación como la pretendida, podría lesionar el principio internacional de progresividad y no regresividad en materia de derechos humanos pues disminuiría los actuales niveles de protección del derecho a la tierra y al territorio indígena, alentando la aplicación de reglas del derecho privado. Tal como apuntó la Dra. Gabriela Vázquez “si hoy por hoy, que la propiedad comunitaria indígena no está incluida en el Código Civil, nos causa cierta perplejidad que muchos tribunales apliquen sin reparos las reglas del derecho privado y dispongan desalojos de poseedores y propietarios ancestrales, cuyos territorios han sido objeto de adquisiciones a sus espaldas con comunidades enteras emplazadas adentro, o bien tantos propietarios procesados, por la usurpación de sus propias tierras comunitarias, imaginen lo que va a ocurrir cuando de plano el tema se visualice inserto dentro del derecho privado”¹⁶.

reconocimiento constitucional de este derecho: “[...] Las disposiciones de los artículos 45 y concordantes del Código Civil no pueden ser desconectadas de todas las normas que hoy regulan los derechos de las comunidades aborígenes. Como se sabe, la reforma de 1994 elevó a rango constitucional el reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos y el de la personería jurídica de sus comunidades (artículo 75 inc. 17) [...] En ese contexto normativo, la personería jurídica que le confiere el Estado Provincial [...] tiene carácter declarativo y no constitutivo de su condición de sujeto de derecho, porque como la propia Constitución lo establece ésta y todas las comunidades reconocidas como tales, preexisten étnica y culturalmente, de modo que las disposiciones que hoy las regulan nada han creado y, antes bien, importan **“contenidos nuevos de derechos viejos, con la recíproca ampliación de las obligaciones tendientes a satisfacerlos”** (Bidart Campos, Germán “Tratado Elemental ...” Ed. Ediar tomo IB pág. 301)” (STJ Jujuy, “Comunidad Aborigen Laguna de Tesorero – Pueblo Ocloya c/ Cosentini César Eduardo” sentencia del 27 de diciembre de 2005, voto del Dr. González, párr. 14, 15 y 17). En el caso Consejo Qompi- Lqataxac Nam Qompi C/Provincia Del Chaco en la misma línea se puntualizó: “[...] la comunidad indígena entendida como unidad socio-política es un ente con personalidad jurídica propia, susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones. Este hecho, surgido del reconocimiento constitucional de la preexistencia de los pueblos indígenas e instrumentado en forma expresa por el art. 75, inc.17, de la C.N., implica que el Estado puede tan sólo reconocer esa Personalidad Jurídica y no otorgarla como en el caso de los otros cuerpos con estatutos societarios citados por el Código Civil. **Este reconocimiento debe ser entendido en consonancia con el mandato constitucional de respetar la identidad de los Pueblos, lo que significa el respeto a sus mecanismos de representación y toma de decisiones, los que ciertamente no son los de la democracia representativa [...]**” (Cám. Cont. Adm. Chaco, “Consejo QUOMPI -LQATAXAC NAM QOMPI con Provincia del Chaco”, op. cit., cons. III, apartado Personería Jurídica de pueblos y comunidades, párr. 1. El resaltado me pertenece. Una reflexión similar se realiza en Cám. Civ. y Com. Jujuy, “Comunidad Aborigen de Quera y Agua Caliente -Pueblo Cochino vs. Provincia de Jujuy”, sentencia del 14 de Septiembre de 2001, voto de la Dra. María Rosa Caballero de Aguiar, cons. III.1). Por último, se hizo hincapié en la obligación del Estado de inscribir a las comunidades en un *registro especial* mediante un *trámite sencillo* que no suponga exigencias extrañas a la forma de organización indígena, tal como lo requieren las figuras previstas en el actual código civil: “[...] Cabe tener presente que en el reconocimiento legal de las Comunidades Indígenas, el Estado debe limitarse a constatar la existencia de las mismas, inscribiéndolas en un registro especial. Es decir, el Estado debe reconocerles su personería por el sólo hecho de existir, en forma declarativa y no constitutiva, como ocurre con otras entidades y asociaciones previstas en el Código Civil. Para ello debe respetarse su cultura, su identidad, su formas de representación y de organización, ya que de no accederse a lo aquí peticionado e imponiéndoles exigencias que atenten contra el orden institucional interno propio de la cultura que caracteriza a dichas comunidades, como por ejemplo practicar balances anuales, renovar autoridades en base a elecciones democráticas, etc., implicaría imponerles obstáculos insalvables para un funcionamiento eficiente en el marco de la práctica autóctona [...]” (Ibidem).

¹⁵ Entre otros ver CSJN, “Giroldi, Horacio David y otro s/recurso de casación”, 7 de abril de 1995, cons. 11, Bramajo, Hernán Javier s/ incidente de excarcelación”, 12 de Septiembre de 1996 y “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688”, 21 de Septiembre de 2004.

¹⁶VAZQUEZ, G. (2012), *Inconveniencia de la regulación de la propiedad indígena en el Código Civil*, ponencia presentada en las jornadas “Reforma del Código Civil y Propiedad Comunitaria Indígena” realizadas el 24 de mayo en el Colegio Público de

Finalmente, cabe remarcar que la sanción del anteproyecto sin que las comunidades indígenas puedan ejercer su derecho a la consulta y participación en todos los asuntos que los afecten, de conformidad con la Constitución Nacional y con el derecho internacional de los derechos humanos, convertiría en nulo el texto que se apruebe por la falta de cumplimiento efectivo del mandato constitucional.