



Comentarios sobre la regulación de la Propiedad Comunitaria Indígena en el Proyecto de Código Civil y Comercial

Silvina Ramírez

En estas notas, se presentan una serie de dudas, interrogantes y observaciones que surgen de la lectura del articulado que contempla la propiedad comunitaria indígena en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación presentado por el Poder Ejecutivo al Congreso.

Estos comentarios están inspirados tanto en el reconocimiento explícito que realiza nuestra Constitución sobre la propiedad comunitaria indígena en el art. 75 inc. 17, en el reconocimiento que llevan adelante otros instrumentos jurídicos internacionales receptados con jerarquía constitucional, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (o Pacto de San José de Costa Rica), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial, en las condiciones de su vigencia.

Por otra parte, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas regulan especialmente todo lo atinente a los derechos territoriales de los Pueblos indígenas. Es así que cualquier otro tipo de regulación interna debe acatarlo dispuesto por dichos instrumentos, dado que son derecho vigente hoy en Argentina. Es importante evitar caer en contradicciones o equívocos que, en definitiva, terminen socavando o limitando los derechos internacionales de los derechos humanos y los derechos constitucionales.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a través de informes de la Comisión y fundamentalmente a través de las sentencias de la Corte, avanzó notablemente en la conceptualización de la posesión y propiedad de las tierras y territorios de las comunidades indígenas. Se debe necesariamente tener presente estos avances en cualquier legislación que pretenda desarrollar el material normativo existente, e incorporar los estándares internacionales de derechos humanos contenidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Estas consideraciones, además, parten de dos presupuestos –de diferente nivel- que quiero enfatizar a la hora de reflexionar sobre la mejor forma, la más adecuada y consistente, de desarrollar normativamente estos derechos:

- En primer lugar, alertar sobre lo inadecuado que puede resultar la incorporación de la propiedad comunitaria indígena en un Código Civil que está inspirado en relaciones propias del derecho privado de occidente, que nada tiene que ver con la cosmovisión indígena sobre las tierras y territorios. Esta discusión es central, porque existen posiciones divergentes que oscilan entre posturas principistas o pragmáticas. En otras palabras, la disyuntiva es ser fieles a un conjunto de principios que indican que los derechos territoriales indígenas están suficientemente regulados en el material jurídico internacional y en la Constitución Nacional, y que en todo caso para clarificar algunos aspectos debe elaborarse una ley especial a tal efecto; o adoptar un criterio pragmático que tiene presente la relevancia que adquiere para los operadores judiciales el Código Civil como herramienta privilegiada en sus decisiones, por lo cual la propiedad comunitaria indígena debe estar contemplada en su articulado. No obstante, cualquiera sea la postura que se adopte, la propiedad comunitaria a que hacen referencia tanto la Constitución Nacional (artículo 75 inciso 17) como el Convenio 169 de la OIT (artículo 14 inciso 1) no es la misma propiedad que está regulada en el Código Civil, que responde a otro origen y por lo tanto tiene diferentes formas de ejercicio.
- En segundo lugar, el carácter de persona jurídica –pública o privada- de sus comunidades. Llama la atención que el proyecto incluye a las comunidades indígenas junto a las asociaciones civiles, sociedades comerciales, entre otras, cuando de acuerdo a la interpretación del artículo 75 inc. 17 de la Constitución las comunidades indígenas, en concordancia con los instrumentos jurídicos internacionales, reviste la calidad de persona jurídica de carácter público no estatal, precisamente por consideraciones históricas y políticas. El reconocimiento de su carácter de preexistente al Estado nacional y a los Estados nacionales, la apreciación de que la persona jurídica -en el caso de las comunidades indígenas- es declarativa y no constitutiva, perfilan también la relación entre el Estado y los Pueblos indígenas, relación que debe considerarse regida por principios del derecho público. Considerar que las comunidades indígenas revisten para el Estado la forma de personas jurídicas de carácter privado tiene efectos negativos, no sólo porque las coloca en un plano de igualdad con asociaciones, sociedades, etc. (algo totalmente equivocado), sino porque tergiversa y confunde las interpretaciones que surgen de todo el material normativo existente referido a los derechos de los Pueblos indígenas, que deben ser leídos a la luz del principio de libre determinación.

Con estos puntos de partida, el proyecto de Código Civil sometido a discusión en el Parlamento adolece de una comprensión adecuada del alcance de estos derechos, y los

regula desde una mirada privatista, claramente insuficiente para receptar derechos y conceptos que ya han sido debatidos, interpretados, y que presentan una complejidad que no debe ser dejada de lado. A continuación, se destacan algunos aspectos problemáticos del proyecto, que son abarcativos de la totalidad de la regulación de la propiedad comunitaria indígena en el Proyecto de Código Civil que se analiza¹:

1. Se define la propiedad comunitaria indígena como “*el derecho real que recae sobre un inmueble rural cuyo destino es “la preservación de la identidad cultural y el hábitat de las comunidades indígenas”...* Esta definición tiene como principal consecuencia la **imposibilidad de invocarla cuando se trate de inmuebles urbanos**. El artículo soslaya de esa manera los conflictos planteados en territorio no rural, y tampoco clarifica qué se entiende por inmueble rural, generando un vacío que genera incertidumbres sobre su interpretación.
2. Se otorga la titularidad del derecho a la **comunidad indígena registrada como persona jurídica**. Es un tema de debate y conflicto permanentes la concesión de la personería, porque o bien los requisitos que se solicitan son de imposible cumplimiento para las comunidades, o existe contradicción de criterios entre la esfera nacional y la provincial. En muchos casos las comunidades tienen personería otorgada por el Estado nacional pero denegada por la provincia o viceversa, situación que sería agravada por esta regulación.
3. Al referirse a la representación legal de las comunidades indígenas, prevé que su sistema normativo interno debe sujetarse a los principios que establece la Constitución Nacional, la regulación sobre personas jurídicas y las disposiciones que establecen los organismos especializados de la administración nacional en asuntos indígenas. Esta disposición deja abierta la puerta a restricciones inadmisibles y a **injerencias en las propias formas organizativas de las comunidades indígenas**. Por otra parte, tampoco queda muy claro cuáles son “los organismos especializados de la administración nacional”. Se puede entender que el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) quedaría comprendido en esta normativa, pero surgen preguntas tales como ¿qué otros organismos? ¿Cómo sería la forma que adoptarían estas disposiciones?
4. El proyecto también se refiere a los modos de constitución de la propiedad comunitaria indígena. Entre otros, dispone que se constituye por el reconocimiento del Estado nacional o de los Estados provinciales de la posesión **inmemorial** comunitaria. Incorpora el término “inmemorial” –cuando la Constitución habla de **ocupación tradicional**- que en lenguaje común tiene otro significado, y que puede ser interpretado como el agregado de otra condición adicional a la prevista constitucionalmente, lo que restringiría el derecho en

¹ Vale la pena remarcar que lo que se objeta no es sólo un artículo del proyecto, o la divergencia frente a un concepto vertido en el mismo. Sino que la crítica es más profunda, y se dirige a toda la concepción que prima en el proyecto y que a mi entender se aleja notablemente de las interpretaciones más básicas existentes sobre la propiedad comunitaria indígena.

cuestión (y por supuesto, sería inconstitucional). Por ello, es preciso respetar el término tradicional utilizado por la Constitución Nacional, el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia internacional en la materia.

5. Cuando se regulan las facultades, se admite que la propiedad indígena pueda ser gravada con derechos reales 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 de acuerdo a sus usos y costumbre”*. Esta posibilidad genera muchas dudas, no queda claro **quién o quiénes velarán por el cumplimiento de estas condiciones**. Si entendemos por derecho real de disfrute un derecho real, limitado del dominio (no lo puede utilizar el propietario), que a la vez es un derecho subjetivo que otorga potestades al usufructuario, ¿cómo garantizar que los límites no serán distorsionados? En la actualidad, con el avance de las explotaciones de los recursos naturales, ¿cómo velar para que se respete el territorio indígena?
6. Asimismo, **se sujeta el goce del derecho a que las comunidades indígenas habiten el territorio**, y lo usen para la satisfacción de sus propias necesidades sin transferir la explotación a terceros. En primer lugar, existe una contradicción en el mismo articulado, dado que de una interpretación posible surge la imposibilidad de conceder un derecho real de disfrute a terceros (que podrían explotarlo sin que impida el desarrollo económico, social y cultural, etc., tal como prevé la primera parte del artículo). Por otra parte, el Estado debe comprometerse a generar las condiciones para que las comunidades indígenas puedan vivir en el territorio. Al carecer de medios, muchas veces la permanencia en el lugar se hace imposible. De ese modo, y como contrapartida, es fácil imaginar un propietario con recursos económicos que puede hacer grandes inversiones, algo inimaginable para una comunidad indígena. Por otra parte, ya la Corte Interamericana contempla que deben reconocerse incluso aquellas tierras (tanto rurales como urbanas) que son **utilizadas de manera estacional o intermitente no exclusivas**, pues el Estado no puede desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo (Corte IDH, Caso Xamok Kasek).
7. La consulta a las comunidades indígenas acerca del aprovechamiento de los recursos naturales, ya sea por el Estado o por particulares, también se encuentra prevista en el proyecto. Su regulación es por demás austera, sólo habla de información y consulta y no avanza en cómo debe ser llevada a cabo. Un tema que es central y muy discutible actualmente frente a los conflictos territoriales que se están presentando. Por otra parte, **reduce la consulta al aprovechamiento de los recursos naturales**, cuando el Convenio 169 de la OIT es muy claro en su artículo 6 que deben ser consultados frente a cualquier medida administrativa o legislativa susceptibles de afectarles directamente.

En definitiva, el proyecto no tiene en cuenta las características definitorias de la propiedad comunitaria indígena, tales como que este derecho territorial es un derecho colectivo, que debe regirse por la cosmovisión de cada pueblo y que se debe respetar la importancia especial que para las culturales y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras y territorios, tal como ya ha sido señalado por la CIDH a partir de una sentencia paradigmática como es la de *Awas Tingni vs. Nicaragua* de 2001. Esa relevancia de los derechos territoriales está relacionada con el derecho colectivo a la supervivencia como Pueblos.

Cualquier legislación secundaria, incluido desde ya el Código Civil, no puede limitar o restringir los derechos constitucionales y aquellos contemplados en los instrumentos jurídicos internacionales. Este proyecto no respeta la regulación constitucional ni la prevista en los Tratados internacionales suscriptos por Argentina.

Finalmente, se estaría violando el derecho a la consulta y a la participación si los Pueblos indígenas no son llamados a expresarse en relación a este proyecto.