



Buenos Aires, 21 de agosto de 2012

Al Sr. Presidente de la Comisión Bicameral para la reforma, actualización
y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación
Honorable Cámara de Senadores de la Nación
Sr. Marcelo Jorge Fuentes

S/D:

Nos dirigimos a usted con el objeto de poner a su disposición de la Comisión que usted preside la posición de los organismos de derechos humanos y organizaciones sociales abajo firmantes en relación con la incorporación de los derechos indígenas en el Código Civil en los términos proyectados.

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 integrada por los Dres. Lorenzetti, Helena Highton y Aida Kemelmajer, 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.

No obstante, el 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 anteproyecto¹) y la personería jurídica de las comunidades indígenas como personas de derecho privado (art.148 inc.h²). También aparece una primera referencia a los derechos de las comunidades indígenas bajo el título *Derechos y Bienes* (art.18)³.

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

I. El derecho a la posesión y propiedad comunitaria indígena tiene una naturaleza específica distinta a las relaciones reguladas en el Código Civil. Su inclusión allí lesiona el nuevo paradigma de protección de la diversidad cultural

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, 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

¹ “ARTÍCULO 1887.- Enumeración. Son derechos reales en este Código: a) el dominio; b) el condominio; c) la propiedad comunitaria indígena; d) la propiedad horizontal; e) los conjuntos inmobiliarios; f) el tiempo compartido; g) el cementerio privado; h) la superficie; i) el usufructo j) el uso k) la habitación; l) la servidumbre; m) la hipoteca; n) la anticresis; ñ) la prenda”.

² “ARTÍCULO 148.- Personas jurídicas privadas. Son personas jurídicas privadas: a) las sociedades; b) las asociaciones civiles; c) las simples asociaciones; d) las fundaciones; e) las mutuales; f) las cooperativas; g) el consorcio de propiedad horizontal h) las comunidades indígenas”; i) toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento.

³ En el proyecto, los derechos indígenas aparecen regulados del siguiente modo: “ARTÍCULO 18.- Derechos de las comunidades indígenas. 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, de este Código. También tienen derecho a participar en la gestión referida a sus recursos naturales”. como derechos de incidencia colectiva”.

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, mas 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 [...]”*⁴.

Desde el ámbito internacional, los órganos de protección de los derechos humanos vienen pronunciándose sobre la especificidad de estos derechos e interpretan 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 y sobre su forma especial de relacionarse con la tierra, que no es

⁴ GARCÍA HIERRO, P. (2001), cit., p. 623

necesariamente de explotación económica y que incluye aspectos materiales pero también inmateriales, espirituales, sociales y simbólicos⁵. 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 aquélla 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 Civil[...]*”⁶.

Desde este marco, 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*

⁵ Ver en este sentido Corte IDH, “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni”, op. cit., 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).

⁶ 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.

*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 [...]*⁷. 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 [...]*”⁸.

En el mismo orden de ideas, el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro recalcó: “[...] *El reconocimiento a la preexistencia de pueblos indígenas a partir de 1994 implica reconocer que 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)⁹.

⁷ 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).

⁸ *Ibidem*, inserción solicitada por la señora convencional Figueroa, p. 4086.

⁹ Pronunciamientos similares pueden hallarse en Cám. Civ. y Com. Jujuy, “Comunidad Aborigen de Quera y Agua Caliente -Pueblo Cochinoca vs. Provincia de Jujuy”, sentencia del 14 de Septiembre de 2001, 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”, sentencia del 23 de Agosto de 2011, 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*) [...]”¹⁰.

II. Los derechos de los pueblos indígenas regulan relaciones de derecho público

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 utilidad¹¹ 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 indígena se refiere a una relación jurídica entre el Estado y los particulares¹² (en este caso los pueblos y comunidades indígenas) y no a una relación que tenga por objeto exclusivo al individuo, la facultad de servirse de una cosa o que establezca relaciones de igualdad entre sujetos privados.

La pretensión del proyecto de reforma de incluir la propiedad comunitaria indígena como un derecho real evidencia con claridad las dificultades de forzar la inclusión de

Juzg. de 1° Instancia Nro. 2 en lo Civ., Com., Especial de Procesos Ejecutivos, Laboral y de Minería de la II Circunscripción Judicial Cutral C6, “Petrolera Piedra del Águila SA c/ Curruhuinca Victorino y otros s/ acción de amparo”, sentencia del 26 de Febrero de 2011, cons. II).

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ QUINTANA, ADRIANO, E. *Derecho publico y derecho privado*, bibliojurídicaunam, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1855/26.pdf>

¹² 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.

instituciones que son 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)”¹³. 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”¹⁴. 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 personas¹⁵. Por las mismas razones, se encuentra fuera del comercio, es inenajenable, inembargable, imprescriptible e inalienable. Estos atributos la asemejan mas 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 según los bienes de dominio público son aquellos 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 cultural¹⁶.

¹³ KIPER. C. (2007), *Código Civil Comentado* (Doctrina-Jurisprudencia-Bibliografía), Derechos Reales, T.I (Artículos 2311 a 2610), Rubinzal Culzoni, p.148.

¹⁴ KIPER. C., op.cit., p.14.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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).

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 [...]”¹⁷. 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 debe ser entendido así aunque las tierras sean provinciales¹⁸.

El mismo problema de falta de adecuación conceptual y normativa aparece en relación con el carácter de “exclusividad” que se le asigna a la propiedad comunitaria en el nuevo proyecto de reforma. Esta característica, es propia del derecho real de dominio y puede resultar contraria a las formas de relacionarse con la tierra y el territorio de muchas comunidades indígenas que, a veces, desarrollan prácticas tradicionales de usos compartidos de la tierra y los recursos naturales que no son concebidos con carácter exclusivo¹⁹.

Asimismo, existen obstáculos relacionados con la ausencia de procedimientos legales y acciones y recursos legales específicos y adecuados a las pautas culturales de los pueblos indígenas, tal como le han señalado diversos órganos de derechos humanos al Estado argentino²⁰. En relación con la falta de certeza y adecuación de las acciones legales

¹⁷ QUIROGA LAVIÉ, H. Y OTROS (2001), *Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2001, Tomo I, p. 337.

¹⁸ QUIROGA LAVIÉ, H. (1996), p. 412.

¹⁹ Para visualizar este caso, por ejemplo, recientemente la CIDH ha adoptado el Informe de Fondo 02/12 en el caso de la Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat c. Estado argentino. Este caso abarca a más de 47 comunidades indígenas del Chaco-salteño que son cazadoras-recolectoras y, en distintas épocas del año, se van movilizándose por un territorio en el que realizan recorridos de recolección de algarroba, miel u otros recursos naturales, que se superponen unas con otras. Para profundizar sobre este caso se puede consultar el Informe de Admisibilidad emitido por la CIDH (www.cidh.oas.org/annualrep/2006sp/Argentina12094sp.htm). El informe sobre el fondo no se encuentra disponible a raíz de carácter reservado. También se puede consultar CARRASCO, M., ZIMERMAN, S. “Lhaka Honhat a siete años de la denuncia ante la CIDH”. Revista Asuntos Indígenas, Copenhague, Dinamarca, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA), 1/2006 (http://www.iwgia.org/publicaciones/buscar-publicaciones?publication_id=381). Sobre esta crítica vinculada con el carácter de *exclusivo* de la propiedad comunitaria indígena se expresó la abogada Micaela Gómiz, miembro del Observatorio de Derechos Humanos sobre Pueblos Indígenas (<http://odhpi.org/>) en las jornadas realizadas en el CPACF referidas.

²⁰ Ver al respecto, Comité de Derechos Humanos, 98° período de sesiones, Argentina, 26 de marzo de 2010, Comité para la Eliminación Racial, 76° período de sesiones Argentina, U.N. Doc. CERD/C/ARG/CO/19-20 (2010), p. 21, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 47° período de sesiones, Argentina, 14 de diciembre de 2011, Consejo de Derechos Humanos, 19° período de sesiones, Informe de la Relatora Especial

disponibles en el ordenamiento jurídico argentino se pronunció el Superior Tribunal de Jujuy en los siguientes términos: [...] *Si bien es posible hacer valer el derecho invocado en la demanda merced al ejercicio de la acción de prescripción adquisitiva normada en los artículos 3948, 4015 y concordantes del Código Civil, su procedencia está condicionada a la acabada demostración [...] fundamentalmente de su carácter comunitario y su origen ancestral, porque solo así se responde a la finalidad tenida en miras por el Constituyente al reconocer la posesión y propiedad comunitaria de la tierra que garantiza la Carta Magna a favor de los pueblos indígenas en su artículo 75 inciso 17 y para cuyo resguardo se la consagra como inenajenable, intransmisible e insusceptible de gravámenes y embargos[...]*²¹.

Adicionalmente, cabe resaltar que cuando el Código Civil se refiere a otras situaciones jurídicas que no son propias de derecho privado, como la regulación de los bienes de dominio público mencionada o la situación de la Iglesia Católica, efectúa remisiones a leyes y regulaciones específicas en la materia. Este esquema, en todo caso, sería mucho más apropiado para abarcar de algún modo el derecho indígena y dejar sentado en el Código Civil que se trata de una rama del derecho con autonomía científica que posee un régimen especial.

Finalmente, cabe subrayar que la mayoría de los países de Latinoamérica que regularon el derecho a la tierra y al territorio indígena luego de la incorporación del paradigma de protección de la diversidad cultural, lo hicieron a través de leyes especiales dotando al derecho indígena de especificidad y regulación propia²².

sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, y sobre el derecho a la no discriminación en este contexto, Raquel Rolnik, sobre su misión a Argentina, 13 a 21 de abril de 2011 y el reciente Informe del Relator Especial de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre su misión a Argentina del 27 de noviembre al 6 de diciembre de 2011, publicado en versión no editada en julio de 2012, disponible en <http://acnudh.org/2012/07/argentina-informe-del-relator-especial-de-la-onu-sobre-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas>.

²¹ STJ Jujuy, “Comunidad Aborigen Laguna de Tesorero – Pueblo Ocloya c/ Cosentini César Eduardo”, op. cit., voto del Dr. González, párr. 21.

²² A modo de ejemplo, en Nicaragua, el 13 de diciembre de 2002 la Asamblea Nacional sancionó la Ley 445 que establece el Régimen de Propiedad Comunal de los Pueblos Indígenas y Comunidades Étnicas de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica de Nicaragua y de los Ríos Bocay, Coco, Indio y Maíz, en Colombia, la Ley N° 2150, sancionada el 20 de noviembre de 2000, de Unidades Político Administrativas, que organiza el poder político del Estado, directamente habilita a las autoridades tradicionales de las comunidades indígenas para solicitar la creación, reposición o supresión de Unidades Político Administrativas (arts.10 y 16), en Venezuela la Asamblea Nacional se sancionó en el 2001 la Ley 37.118 de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas, en Honduras la Ley de Propiedad, dictada mediante el Decreto 82-2004, contiene un capítulo específico dedicado al “Proceso de Regularización de la Propiedad Inmueble para Pueblos Indígenas y Afrohondureños”, en Panamá, la Asamblea Nacional sancionó en el año 2008 la Ley 72 sobre Tierras Colectivas que establece el procedimiento para la Adjudicación Gratuita de la propiedad colectiva

III. El texto del proyecto es inconstitucional porque contradice el art.75 inc.17 de la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos

La incorporación de la regulación del derecho indígena en el Código Civil en los términos proyectados daría lugar a múltiples inconstitucionalidades tanto por acción como por omisión. A título ejemplificativo, en el texto del proyecto se reconoce a los pueblos indígenas como personas jurídicas de naturaleza privada (art.148 H), junto con las mutuales, cooperativas y el consorcio de propiedad horizontal. Ello contradice abiertamente su consagración constitucional como nuevos sujetos colectivos que preexisten al Estado argentino y desconoce que la personería jurídica de los pueblos indígenas implica un reconocimiento legal de carácter declarativo y no constitutivo de derechos²³. Además, supone

de tierras tradicionalmente ocupadas por los pueblos y comunidades indígenas que no están dentro de Comarcas.

²³ 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 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, el destacado es propio). 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 Cochinoca 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,*

la imposición de reglas y requisitos de funcionamiento que nada tienen que ver con las formas de organización social y política de las comunidades indígenas, como por ejemplo, la figura del presidente o administrador (art.158), mecanismos de toma de decisiones ajenos a las formas culturales de las comunidades y un régimen de liquidación o disolución, cuando el derecho internacional requiere a los Estados de los máximos esfuerzos para garantizar la continuidad histórica de las comunidades indígenas (art.163 y ss). También, en contra de las previsiones del art. 75 inc.17 y del art.75 inc.22, el texto del código civil supedita el derecho a la posesión y propiedad comunitaria indígena a la circunstancia de que tengan personería jurídica reconocida (art.18 del anteproyecto) e inscrita en un registro (art.2029) contrariando a la Constitución y a los tratados de derechos humanos que estipulan que las comunidades indígenas son las propietarias de las tierras que tradicionalmente ocupan²⁴ sin que para ello deban cumplir con ningún requisito y que la personería jurídica es solo un formalismo legal. Al respecto, la Corte IDH señaló: “[...] *el otorgamiento de personería jurídica sirve para hacer operativos los derechos ya existentes de las comunidades indígenas, que los vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas. Sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, y los derechos que ello apareja, como la designación de sus propios líderes y el derecho a reclamar sus tierras tradicionales, son reconocidos no a la persona jurídica que debe inscribirse para cumplir con un formalismo legal, sino a la comunidad en sí misma que la propia Constitución paraguaya reconoce como preexistente al Estado [...]*”²⁵.

Además, al regular la propiedad comunitaria indígena el texto omite incorporar los estándares internacionales de derechos humanos en la materia desarrollados por los órganos

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 [...]” (Ibídem).

²⁴ Cabe recordar, que en el caso de la comunidad Sawhoyamaxa, la Corte IDH 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” (Corte IDH, “Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C, No. 146, párr.128).

²⁵ Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C, No. 146, párr. 94, citando Corte IDH, “Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay”, op. cit., nota 1, párrs. 82 y 83.

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 argentino²⁶. Entre las omisiones mas sustanciales pueden mencionarse la omisión de incorporar dentro de la propiedad comunitaria la noción de tradicionalidad, el deber estatal de restitución de tierras tradicionales y los lineamientos internacionales para resolver los conflictos entre la propiedad privada y propiedad comunitaria indígena que le dan preminencia a esta última a raíz de que con ella se protege, como se expresó, no un valor económico sino el valor de la vida cultural. Sobre el particular, la Corte IDH expresó que limitar el derecho a la propiedad privada de un particular puede ser necesario “[...] *para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana [...]*”²⁷. Al mismo tiempo señaló: “La devolución de tierras indígenas debe poder ser entendida como una “causa de utilidad o *interés público*”²⁸.

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”²⁹.

IV. Sancionar un texto normativo sin consulta a los pueblos indígenas lesiona su

²⁶ Entre otros ver CSJN, “Girolodi, 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.

²⁷ Corte IDH, “Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay”, op. cit., párrs. 146 a 149.

²⁸ Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay”, op.cit., párr. 140.

²⁹ 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.

derecho a la consulta y participación previa e informada

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 el texto constitucional y con el derecho internacional de los derechos humanos, convertiría en nulo el texto que se apruebe.

Además del derecho a la posesión y propiedad comunal de las tierras, los pueblos indígenas tienen derecho a la consulta y participación en todos los asuntos que los afecten. Este último derecho, muy ligado al anterior, 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.

En esta línea, el derecho a la consulta y participación, que se encuentra reconocido en el art.75 inc.17 de la Constitución Nacional y en el art.6 del Convenio 169 de la OIT entre otros tratados, significa que cuando el Estado se disponga a dictar una medida que, de cualquier manera, pueda afectar material o simbólicamente la vida de los pueblos y comunidades indígenas, tiene la obligación previa de consultarlos y conseguir su consentimiento.

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 representaciones, 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, etc³⁰.

³⁰³⁰ Para profundizar sobre los criterios y lineamientos que debe seguir cualquier consulta a los pueblos indígenas se puede consultar las sentencias de la Corte IDH, “Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C, No. 172 y la reciente “Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. También el trabajo del relator sobre pueblos indígenas ANAYA, J. (2009) *Principios Internacionales Aplicables a la Consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los Pueblos Indígenas en Chile. Informe temático a Chile, Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Situación de los Derechos y Libertades Fundamentales de los Indígenas*, Abril 2009, párr. 28, disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/InformeConsultaChile.pdf>.

Sin otro particular, saludamos a Usted atentamente,



Gastón Chillier
Director ejecutivo
CELS



Silvina Ramírez
Presidenta
ADDI



Juan Manuel Salgado
Director
ODHPI



Lorena Gutierrez
Directora
Gajat