

***LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y
UNA CONTRAPROPUESTA AL ANTEPROYECTO
DE REFORMA DEL CODIGO CIVIL***

INDICE TEMATICO

- Introducción
- Objetivo
- Aclaraciones Indispensables para un Análisis: I) La Dualidad del Derecho en la Argentina, la Convivencia Democrática del Derecho Comunitario Indígena y el Derecho Privado. II) Aclaraciones Terminológicas
- Reflexión y Afirmación
- Argumentos
- Observaciones a los Artículos del Anteproyecto de Código Civil
- La Competencia Federal para dirimir conflictos
- Conclusiones
- Anexo: Articulado del Anteproyecto de Reforma del C.C. en sus partes pertinentes

C. A. de Buenos Aires, junio de 2012

INTRODUCCIÓN.

Ante el importante acontecimiento que significa la cristalización de la reforma del Código Civil, se hace indispensable plantear una crítica constructiva con respecto a los contenidos elaborados oportunamente por la Comisión Ad hoc, desde el punto de vista de los derechos de los Pueblos Indígenas ya consagrados por la Constitución Nacional, el Convenio 169/89 de la OIT¹; la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas², más todo lo correspondiente al Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los DDHH - OEA: Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos.

OBJETIVO

El objetivo del presente trabajo es demostrar que la temática de los Derechos de los Pueblos Indígenas en la Argentina, no corresponde que se encuentre incorporada en el cuerpo del Código Civil, sino que debe constar en una ley especial.

ACLARACIONES INDISPENSABLES

PARA UN ANÁLISIS

I) La Dualidad del Derecho en la Argentina, la Convivencia Democrática del Derecho Indígena Comunitario y el Derecho Privado.

En nuestro país existen fallas de comprensión acerca de las dos modalidades de hecho existentes, en el Derecho correspondiente a la *Propiedad Comunitaria Indígena* y la *Propiedad Privada*, que se desprende del texto constitucional. Dicha falta de comprensión radica concretamente en un cierto temor de romper con la tradición – colonial y poscolonial- que considera que los Estados no pueden contener sociedades con diversidades culturales porque su eje es la homogeneidad, el monoculturalismo y

¹ “Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes” aprobado por el Estado argentino en 1992 por ley 24.071 y ratificado ante la OIT, el 3/7/2000, entrando en vigencia a partir del 3/7/2001

² ONU - Resolución de la Asamblea General del 13/09/2007.

tan es así que se ha teorizado con cierta naturalidad acerca de que “*la diversidad de los ciudadanos es una negación de la unidad nacional... y un atentado a la soberanía...*”⁽³⁾.

Esto lleva a preguntarse ¿de qué unidad se trata? y ésta a su vez nos llevan a otros interrogantes: ¿en dónde radica el problema de que exista diversidad en la sociedad y en el derecho?, ¿es más difícil trabajar con un poco más de complejidad?, ¿será que seguimos recitando que el Derecho como la sociedad es dinámico, pero en los hechos todo es estático?

Creemos que la respuesta es la siguiente: existe temor a cambiar y no querer asumir que la sociedad cambia y por lo tanto el Derecho también debe cambiar.

En cuanto a la posibilidad de la soberanía en la diversidad, nos obliga a otra reflexión. Sabemos que soberanía es un concepto político que se define como el poder de un Estado ejercido sobre su sistema de gobierno, territorio y población. Entonces cómo se puede pensar que por el solo hecho de que un Estado albergue una diversidad de ciudadanos se atentaría contra la soberanía, si el Estado justamente porque es soberano puede ampliamente velar por los derechos de todos en diversidad.

Pareciera que no se comprende todavía -a pesar de que el mundo ha cambiado bastante- que desde el siglo XX y lo que va del XXI se ha avanzado en la humanidad hacia la comprensión de la realidad social tal como se presenta, y no como se desea que continúe, según una tradición anacrónica que muchos teóricos aún sostienen porque está acomodada a determinados intereses.

En qué hemos avanzado como humanidad?

En que:

- 1) Las ciencias sociales han perdido el temor de mirar a las sociedades en sus profundidades y darse cuenta que ellas no son lineales ni homogéneas, muy por el contrario, están compuestas por una gran cantidad de grupos humanos distintos entre sí, con gran diversidad étnica y cultural, y que ello a su vez

³Grümberg, Georg, “Multiculturalidad, o mejor interculturalidad?” Guatemala 2002 - www.latautonomy.org

implica un riquísimo bagaje que abre las puertas entumecidas por el tiempo y llena de luz, color y sonidos de idiomas diversos a las sociedades.

- 2) Reconocer que los Estados están constituidos por esa diversidad de grupos sociales, y que son Estados multiculturales, lo que no es pecado ni delito a los que se deba temer.
- 3) Dentro del Estado multicultural no puede pensarse como un supuesto, que exista un acuerdo “entre fines y valores colectivos últimos entre personas de culturas diferentes; **por lo tanto, el presupuesto de cualquier acuerdo es el reconocimiento de esa diferencia.** Así, en esos casos, los derechos humanos incluyen una referencia al derecho de las comunidades culturales a las que pertenecen los individuos. **Entre los derechos que garantizan al individuo la capacidad de elección de vida,** es necesario considerar los derechos que aseguren a las diferentes comunidades culturales la **autonomía que hace posible la elección de vida de los individuos...** En síntesis, el **derecho de los pueblos no puede verse como contradictorio ni opuesto a los derechos individuales, sino como condición para el ejercicio de esos derechos”** (Villoro 1999:93-94).”(4)
- 4) Que hay una diferencia conceptual entre **multiculturalidad e interculturalidad,** y que es necesario comprender: hablamos de multiculturalidad cuando nos referimos a una sociedad, como la actual, en la que existen grupos étnicos diferentes con culturas e identidades propias conviviendo en un mismo territorio, y hablamos de interculturalidad “cuando conviven dentro de un mismo marco, ... en la que cada una de ellas respeta las diferencias de las otras y aporta lo mejor de su cultura para que de ahí surja una nueva sociedad en la que el respeto y la igualdad sean la nota predominante.”(5)

Porqué es tan difícil asumir la aplicación de la dualidad del Derecho en la Argentina?

Porque es casi monumental el antiguo mandato colonial y postcolonial que nos imprimió las ideas acerca de que un Estado debía albergar una sola nacionalidad y para ello todo debía ser lineal y homogéneo como ya dijimos, la sociedad debía tener el

⁴ Idem anterior

⁵ www.fongdcam.org/manuales/educacionintercultural.

mismo idioma, la misma religión, las mismas leyes, etc. A ese mandato se le sumó otro, tan o más pesado, el del modelo agroexportador y formativo del pensamiento social de aquella Generación de 1853 y de 1880, en que también la homogeneidad era importante para su base de pensamiento, ya que de esa manera se podía justificar la eliminación de masas humanas indígenas que eran los que rompían el esquema de Estado que se pretendía. Así las cosas, el tristemente célebre Art. 67 inc. 15 de la Constitución Nacional tuvo 141 años de vigencia (Corresponde al Congreso: “Proveer a la seguridad de las fronteras; conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo) es decir, hasta la reforma de 1994.

Sres. y Sras. miembros de los Tres Poderes del Estado

Ya es tiempo...

Hemos hablado acerca de la interpretación de la realidad, del Estado y de las ciencias sociales, y por ello decimos que ya es tiempo de que se asuma la realidad tal como es, que la ciencia jurídica es una ciencia social, como tal dinámica, y sus estudiosos deben aprender y compartir a conciencia, con honestidad, los conocimientos que mutuamente generan. Es decir que, si la interdisciplina se verbaliza a diario, es tiempo de concretarla y entender que la realidad del Estado tiene conformación multicultural y que la interculturalidad aplicada es y será siempre el oxígeno que fortalece a la sociedad toda. Sin necesidad de que explícitamente nuestro texto constitucional exprese la existencia del Estado Multicultural lo da por reconocido en el texto del inc. 17 del art. 75.

II) Aclaraciones Terminológicas

a) Qué se entiende por “Pueblo Indígena”?

El Convenio 169/89 de la OIT, en su Parte I. Política General, Artículo 1 expresa:

“1. El presente Convenio se aplica:

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, **cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.**

2. La conciencia de su **identidad indígena** o tribal deberá considerarse un **criterio fundamental** para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.”

b) Qué se entiende por “Comunidad Indígena”?

Un trabajo elaborado por el Dr. Luis María Zapiola⁶ (2004) nos dice: “... a partir de la derrota militar de los pueblos de La Pampa, Patagonia y el Chaco, lo que hoy denominamos “Comunidades”, resultan, en la mayoría de los casos, producto de campos de prisioneros, reagrupamientos humanos en áreas... de escaso o nulo valor económico, o producto de migraciones forzosas de índole económica”

c) Qué se entiende por “Tierra y Territorio”?

Tierra es un concepto universal del suelo que todos pisamos. Pero que, para los Pueblos Indígenas es una parte de la Madre Tierra que posibilita a la comunidad indígena su asentamiento, y que el bienestar se logra en la totalidad del ámbito del Territorio. El Territorio⁷ “es un concepto polivalente, porque tiene 5 dimensiones: 1) espacio geográfico de autodeterminación, 2) espacio geográfico a delimitar y titularizar, 3) Hábitat: superficie, subsuelo, aguas, bosques, etc. 4) biodiversidad, donde se funda el conocimiento ancestral, 5) espacio histórico cultural base de la identidad...”

d) Qué se entiende por “Derecho de Consulta” de los Pueblos Indígenas?

El Convenio 169/89 de la OIT, reitera en sus diferentes disposiciones y desde los primeros artículos, así como también la Declaración de las Naciones Unidas sobre los

⁶ Trabajo titulado: *El Derecho Consuetudinario Indígena y la Personería Jurídica de las Comunidades*, presentado en el “Foro Nacional: Derechos de los Pueblos Indígenas en la Política Pública” – Convocado por: Ministerio de Desarrollo Social, Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI), Proyecto desarrollo de Comunidades Indígenas – Buenos Aires, Mayo 2004. Comisión de Trabajo sobre Política Indígena – Área temática: Personalidad Jurídica de Pueblo Indígena – Documento “El Derecho Consuetudinario Indígena y la Personería Jurídica de las Comunidades”.

⁷ Conf. Dr. Miguel A. Benedetti, 24/5/12, CPACF, Mesa debate: Reforma del C.C. y Propiedad Comunitaria: “Ya en 2005 Víctor Toledo Llancaqueo, mapuche de Chile informaba que el Territorio es un concepto polivalente, porque tiene 5 dimensiones...”

Derechos de los Pueblos Indígenas⁸ que los Pueblos Indígenas tienen derecho y el Estado la obligación, de “**consultar** a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, **cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente...**”⁹ - “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas **antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas** que los afecten, **a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.**”¹⁰”

e) Cuáles son las fuentes principales de donde emergen los derechos a la Posesión y Propiedad Comunitaria?

Las fuentes principales son:

- 1) Constitución Nacional, Art. 75 inciso 17.
- 2) Convenio 169/89 de la OIT “*Sobre Pueblos Indígenas y Tribales, en Países Independientes*” (Ley N° 24.071 - Aprobación Convenio - B.O. 20/04/1992).
- 3) “*Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*”
- Resolución aprobada por la Asamblea General, 13/9/2007.

REFLEXION Y AFIRMACION

Si los Derechos de los Pueblos Indígenas a la posesión y propiedad comunitaria están consagrados por la Constitución Nacional y los Instrumentos Internacionales, con **operatividad directa, entonces no solo es innecesario sino que no pueden estar regulados por el Código del Derecho Privado desjerarquizando el estatus constitucional.**

⁸ ONU - Resolución aprobada por la Asamblea General, 13/09/007

⁹ Convenio 169 OIT: Artículo 6: 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados (...)

¹⁰ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Todos sabemos que contamos en la Argentina con un **bloque de constitucionalidad** y un **derecho supralegal** –y ya lo hemos mencionado en las fuentes- por ello es notoria la contradicción o colisión que el texto del Anteproyecto tiene con dicho bloque, algo que es eminentemente preocupante y que más adelante lo detallaremos en el análisis pormenorizado de los artículos pertinentes. Ya desde el inicio del trabajo de la Comisión del Anteproyecto se cometió un importante error: ignoró el **Derecho de Consulta** a los Pueblos Indígenas, situación que debió cumplirse de acuerdo con lo dispuesto por el Convenio 169 y la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, incorporando a juristas representativos de los Pueblos Indígenas en dicha Comisión, por lo tanto este derecho ha sido conculcado y tampoco ha tenido en cuenta al elaborar el articulado el principio fundamental del **Derecho a la libre determinación sobre los territorios** por parte de los Pueblos Indígenas.

Además la Comisión expresa muy ligeramente que la mayoría de los tribunales del país considera a esta propiedad como Derecho Real, y entonces así debe resolverse, este no es un fundamento suficiente, más aún, se evocan derechos derogados como los del Convenio 107/57 cuando el Convenio 169/89 se funda en nuevos paradigmas¹¹.

Por lo hasta aquí expresado, los Derechos de los Pueblos Indígenas deben incluirse en una **ley especial** y **no** en el Código Civil.

ARGUMENTOS

La *Propiedad Comunitaria Indígena* es un derecho real autónomo, con un régimen de orden público y con una estructura establecida por la Constitución Nacional, de allí que no se pueden hacer comparaciones o identificaciones entre los derechos Reales del Código Civil y la propiedad comunitaria indígena ya que significa ignorar la inmensa diferencia que existe entre dichos contenidos, y la *Personería Jurídica de las*

¹¹ Conf. Dr. Miguel A. Benedetti – Constitucionalista - Prof. Univ. Nac. de La Plata -24/5/12 CPACF

Comunidades de los Pueblos Indígenas tampoco corresponde ser incluida en el Código del Derecho Privado porque se trata de una *persona de derecho público no estatal*¹².

Por lo expresado se debe tener en cuenta lo siguiente:

Reiteradamente en los Fundamentos del Anteproyecto de Reforma del Código, se expresa que se trata del Código del Derecho Privado, por ejemplo cuando se refiere a la necesidad de un título preliminar destaca:

I II. Título Preliminar: 1. Razones de la existencia de un Título Preliminar: “(...) Su aceptación se ha basado en una **tradición histórica** y en el **presupuesto** de que el **Código es el centro del ordenamiento jurídico referido al derecho privado** y por lo tanto, allí deben consignarse las reglas generales de todo el sistema...”, pero en distintas Jornadas de especialistas, se ha manifestado la inconveniencia de incluir en el Código Civil los derechos de las Comunidades de los Pueblos Indígenas, como por ejemplo:

a) *XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil* realizadas en Buenos Aires, 23/25 de setiembre de 2001¹³, en sus Conclusiones se planteó: “(...) VI.- La protección consagrada para la propiedad de las comunidades indígenas argentinas, por el art. 75 inciso 17 de la Constitución Nacional, hace **innecesario e inconveniente su inclusión en el Código Civil**, ya que ello implicaría una **desjerarquización** no querida por el poder constituyente.”

b) *XXX Jornada Notarial Argentina - Mendoza 2012*¹⁴ que en distintas jornadas científicas luego de diversos debates se ha concluido acerca de la inconveniencia de la regulación de la propiedad comunitaria indígena en el Código Civil, porque se está ante un derecho real autónomo, con régimen de orden público y estructura dada por la C.N. Se ha demostrado que a pesar de que exista cierto paralelismo con los derechos reales clásicos son tan evidentes las diferencias o particularidades que se está ante un instituto de rasgos propios y especiales, más aún se ha reafirmado que “**Identificar la propiedad**

¹² Dr. Luis María Zapiola, texto citado.

¹³ Comisión N° 4: Derechos Reales - Objeto de los Derechos Reales

¹⁴ Tema IV: Derechos Reales que se Reconocen a los Pueblos Originarios.

comunitaria indígena con las formas tradicionales de propiedad, importa desconocer las profundas diferencias que existen entre ellas...”.

Es sabido que la cosmovisión de los Pueblos Indígenas con respecto a la Tierra y el Territorio tienen un fundamento espiritual, porque en ella se expresan los valores tradicionales de los ancestros, hecho que tiene una significativa importancia y a partir de la tierra y el territorio se pueden sostener las formas culturales especiales de cada pueblo indígena. Se debe tener en cuenta que sin tierra y territorio se carecerá de alimentación, vivienda, vestido, medicamentos, arte y toda otra expresión cultural de la identidad de los pueblos.

En las XXX Jornadas se ha mencionado a los Dres. Alterini, Corna y Vázquez, quienes: “Sostienen (...) que la propia Corte Federal distinguió implícitamente la **distinta naturaleza de los derechos reales del Código Civil y la de la propiedad comunitaria indígena...**”, y también la opinión de Bidart Campos: “El Art. 75 inc. 17 **prevé** en forma operativa y directa, **un régimen diferente a la normativa del Código Civil en materia de propiedad** y de derecho sucesorio” (...). Se plantea así la autonomía (...) Profundizando más el análisis, no hay que dejar de advertir que con un criterio amplio la garantía constitucional alcanzaría cuatro categorías de tierras (...): 1) las que tradicionalmente son ocupadas por los pueblos originarios; 2) las que no están exclusivamente ocupadas pero tienen tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia; 3) las tierras adicionales, y 4) las tierras sustitutas por traslado (...).”

En los Fundamentos del Anteproyecto de Reforma del Código, se expresa: “Libro Cuarto. De los Derechos Reales - Título I. De las disposiciones generales.- Capítulo I. Principios comunes (...) En este libro se proyecta incluir un **derecho real nuevo, con características propias, para establecerlo como autónomo**. A estos fines se propone un derecho comunitario, de sujeto plural o colectivo, pero indeterminado en cuanto a sus componentes; y este sujeto es la comunidad indígena registrada. Se considera necesario introducir en el código este derecho real porque, de lo contrario, cuando se

adquieren las tierras, se asignan títulos de dominio que, mayormente, surgen de usucapiones. Ello ocurre pues, **pese a la Constitución, el tema se resuelve a través de derechos reales conocidos**, con estructura propia (...) Por otro lado, el procedimiento de regularización de la titularidad de las tierras queda encomendado a la ley especial pues se entiende que corresponde al diseño de políticas estatales particularizadas y no es propio del derecho privado”.

Justamente aquí el proyecto **muestra su contradicción**, porque si se trata, como lo expresa, *de un Derecho Real nuevo, con características propias, para establecerlo como autónomo*, para luego acotar: (...) *el procedimiento de regularización de la titularidad de las tierras queda encomendado a la ley especial* (...) nunca podrían los Derechos de los Pueblos Indígenas integrar el Código Civil, sino un cuerpo legal especial.

OBSERVACIONES A LOS ARTÍCULOS DEL ANTEPROYECTO DE CODIGO CIVIL

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 establezca o resulte de su finalidad y normas de funcionamiento.

Observaciones:

La **Personería Jurídica de las Comunidades Indígenas** reconocida por la Constitución Nacional **no es privada** y son sus **Caracteres**¹⁵:

¹⁵ Dr. Luis María Zapiola, texto citado.

- a) Que es de derecho público no estatal porque tiene su fundamento jurídico en la Constitución Nacional y en el reconocimiento de la preexistencia de los pueblos indígenas,
- b) Se establece un régimen particular de dominio con referencia a sus tierras y territorios: garantías al dominio de intransmisibilidad, inembargabilidad y la imposibilidad de imponerles gravámenes,
- c) Tiene fundamento normativo en el derecho indígena a darse su propia organización que defienda mejor sus intereses y expresada en las formas que reflejen su organización social de base conforme a la cultura de cada pueblo o comunidad. “En tal sentido el reconocimiento directo e inmediato expresado en la Constitución Nacional obliga al Estado argentino y a las provincias a respetar los modos de relacionarse y de organizarse de las comunidades y, la existencia de registros públicos debe limitarse a inscribir la comunidad, desterrando para siempre del lenguaje jurídico administrativo del Estado “otorgar personería”,
- d) Todo el régimen asociativo y tributario debe concordar con el reconocimiento constitucional, el Convenio 169/89 y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas,
- e) Es no formal, porque en principio no le corresponde estar sujeta a estatutos, actas y requisitos contables, además la inscripción registral solo tiene efecto de publicidad frente a terceros, pero si la comunidad “en el ejercicio de su autonomía decide darse un estatuto, ello resulta factible y ajustado a derecho”,
- f) Es Autónoma: “La legislación internacional reconoce la autonomía de los pueblos y comunidades indígenas en diversas normas. En particular, en el Convenio 169 la casi totalidad de su articulado dicha autonomía es legislada en aspectos tales como: las prioridades de desarrollo, la jurisdicción indígena, el respeto a sus formas asociativas, la materia de educación, etc.”

ARTÍCULO 2028.- **Concepto.** La propiedad comunitaria indígena es el **derecho real que recae sobre un inmueble rural** destinado a la **preservación** de la identidad cultural y el **hábitat** de las comunidades indígenas.

Observaciones:

I) Decir que *la propiedad comunitaria es el derecho real que recae sobre un inmueble rural*¹⁶ es prescindir de su esencia:

- 1) Porque la propiedad comunitaria indígena no recae literalmente sobre un inmueble rural que consta de una determinada cantidad de hectáreas fijas. La Propiedad Comunitaria Indígena implica: **a)** la tierra con casa-habitación de cada una de las familias o de un miembro de la comunidad y, **b)** el Territorio-hábitat de diversidad biológica, que debe ser respetado porque es el que ofrece todos los elementos de sobrevivencia identitaria, es decir, alimentación, fármacos, trabajo, arte y basamento de la cosmovisión y cosmogonía del Pueblo Indígena al que pertenece la Comunidad.
- 2) Porque hay Comunidades en el país que se han constituido fuera de la zona rural en lugares urbanos o semiurbanos ante la emergencia de migrar para sobrevivir, cuyas razones por lo general han sido la discriminación (laboral entre otras) y el **desalojo** arbitrario. Estas comunidades reconstituidas no han dejado de pertenecer a sus Pueblos Indígenas que la C.N. reconoce como preexistentes.
- 3) La denominación de *inmueble rural* no solo es un error conceptual, es una expresión que vacía de contenido todo el contexto del art. 75 inc. 17 de la C.N. apoyado en el concepto de Territorio que contiene el Convenio 169/87 y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, como parte del bloque de constitucionalidad, en este sentido hemos afirmado oportunamente que se trata de una desjerarquización de la C.N. porque es una alteración esencial del derecho reconocido por la Carta Magna.

II) Continúa diciendo el artículo: ... *destinado a la preservación de la identidad cultural*, no es muy feliz la redacción,

¹⁶ Del latín *ruralis*, de rus: campo, granja, territorio no urbano.

- 1) Porque, el concepto de *Identidad Cultural* incorporado al imaginario de la sociedad argentina y del Poder Judicial, está constituido por el idioma, la religión y sus ritos, las “artesanías” y algunas otras manifestaciones artísticas.
- 2) Porque el real destino de la Propiedad Comunitaria Indígena es el trabajo, la alimentación, la salud, la vivienda, el idioma, la educación, el arte, la preservación y todo ello dentro de la cosmovisión y cosmogonía de cada Pueblo Indígena a la que cada Comunidad pertenece.
- 3) En ese destino de preservación de la identidad cultural, el artículo agrega “y *el hábitat*” como un elemento más de preservación de la identidad. “Preservar” significa: poner a cubierto de algo o alguien, de algún daño o peligro, sinónimo de proteger, resguardar, salvaguardar, amparar, y el Territorio-hábitat de las Comunidades de los Pueblos Indígenas no solo está para eso, como ya lo hemos expuesto ut supra.

ARTÍCULO 2030.- **Representación legal de la comunidad indígena.** La comunidad indígena **debe decidir** su forma interna de convivencia y organización social, económica y cultural, y designar a sus representantes legales, quienes se encuentran legitimados para representarla **conforme con sus estatutos**. El sistema normativo interno debe sujetarse a los principios que establece la Constitución Nacional para las comunidades y sus tierras, la regulación sobre personas jurídicas y las disposiciones que establecen los organismos especializados de la administración nacional en asuntos indígenas.

Observaciones:

El artículo expresa: ... *La comunidad indígena debe decidir...*, esta es una **expresión que contradice** a la C.N. porque:

- 1) El Art. 75 inc. 17 refiere claramente: “Reconocer la preexistencia étnica y *cultural...*” quiere decir que nuestra C.N. ya tiene reconocido a los Pueblos Indígenas y a sus formas culturales que son de convivencia, organización económico-social y sus modalidades. Por lo tanto no debe decidir nada nuevo, y más aún no está obligada a conformar estatutos y otros requisitos porque ya está reconocida.

- 2) También el artículo Art. 75 inc. 17 de la C.N. dice: “...*reconocer la personería jurídica de sus comunidades*”, lo que significa que dicha personería jurídica **ya está reconocida** por el solo hecho de ser Comunidad de un Pueblo Indígena, más concretamente, la Comunidad de un Pueblo Indígena tiene el derecho de autodeterminación y autonomía por lo tanto debe ser reconocida tal como está y registrada del mismo modo.

ARTÍCULO 2032.- **Caracteres. La propiedad indígena** es exclusiva y perpetua. Es indivisible e imprescriptible por parte de un tercero. No puede formar parte del derecho sucesorio de los integrantes de la comunidad indígena y, constituida por donación, no está sujeta a causal alguna de revocación en perjuicio de la comunidad donataria.

Observaciones:

- 1) El artículo comete un grave error al decir: *La propiedad indígena es...* porque dicho así, se interpreta que la propiedad es de uno o unos indígenas y no de los miembros de la Comunidad de un Pueblo Indígena. Que sea exclusiva y perpetua como el derecho real de dominio no es el problema, el problema es que, en los hechos la perpetuidad finaliza por acción u omisión del Estado Nacional o Provincial cuando estas comunidades son desalojadas de sus tierras a la vista y paciencia de los funcionarios.

- 2) Por lo dicho en el punto anterior, este artículo omite algo fundamental que es la razón de los serios conflictos que llegan a los estrados judiciales: **los desalojos**. Por ello, uno de los caracteres troncales que no puede faltar en cualquier legislación que se refiera a las Comunidades de los Pueblos Indígenas y su propiedad comunitaria, es que no puede bajo ningún concepto ser objeto de desalojos.
- 3) En cuanto al tema de los desalojos hay que tener en cuenta la *Declaración y Programa de Acción de Viena*¹⁷, *Aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos*, Viena, el 25 de junio de 1993¹⁸ que expresa: “...*La práctica de los desalojos forzosos constituye una violación grave de los derechos humanos...* El derecho internacional en materia de derechos humanos establece normas y principios relativos a casi todos los aspectos de la existencia, tal como lo refleja la comunidad internacional en la constante reafirmación de la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos, así sean civiles, culturales, económicos, políticos o sociales.... **El desalojo forzoso no se limita a las zonas rurales** en que se construyen presas y proyectos vinculados a embalses u otras obras de infraestructura, o en que **se desposee a agricultores o pueblos indígenas de las tierras que tradicionalmente han poseído y explotado**. En las zonas urbanas también se producen cada vez más desalojos forzosos en muy gran escala...”.

ARTÍCULO 2033.- **Facultades. La propiedad indígena** confiere a su titular el uso, goce y disposición del bien. Puede 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 conforme a sus usos y costumbres. **Los miembros de la comunidad indígena están facultados para ejercer**

¹⁷ (parte I, párr. 30)

¹⁸ (A/CONF.157/24 (parte I), Cap. III).

sus derechos pero deben habitar en el territorio, usarlo y gozarlo para su propia satisfacción de necesidades sin transferir la explotación a terceros.

Observaciones:

- 1) En este artículo se vuelve a repetir el error mencionado acerca de expresar: “propiedad indígena” dejando de lado el concepto de *propiedad de la Comunidad de un Pueblo Indígena*.
- 2) También el artículo se refiere a: *...Los miembros de la comunidad indígena están facultados para ejercer sus derechos **pero deben habitar en el territorio**...* Nuevamente en este texto nos volvemos a encontrar el grave problema de las Comunidades que se vieron forzadas a migrar a zonas urbanas o semiurbanas, tal como lo expusimos en el punto **I.2)** del presente trabajo, y que es un tema que no puede dejar de considerarse en razón de que no han dejado de pertenecer a sus Pueblos Indígenas y que la C.N. reconoce como preexistentes.

ARTÍCULO 2034.- **Prohibiciones. La propiedad indígena** no puede ser gravada con derechos reales de garantía. Es inembargable e inejecutable por deudas.

Observaciones:

- 1) En este artículo se vuelve a repetir el error mencionado acerca de expresar: “propiedad indígena” dejando de lado el concepto de *propiedad de la Comunidad de un Pueblo Indígena*.
- 2) Estas prohibiciones han omitido nuevamente al fundamental tema de los desalojos, que ya hemos explicado pero creemos necesario reiterar el concepto: “...La práctica del desalojo forzoso consiste en despojar a las personas de

su casa o tierra contra su voluntad, de un modo atribuible directa o indirectamente al Estado...”¹⁹

LA COMPETENCIA FEDERAL PARA DIRIMIR CONFLICTOS

Hemos hablado de la Multiculturalidad del Estado, la Interculturalidad y la Dualidad del Derecho, por lo que no podemos dejar de destacar la situación de los Pueblos Indígenas y las Comunidades ante situaciones de conflicto que normalmente llegan a los estrados judiciales.

A este respecto consideramos que deberá reconocerse a cada comunidad indígena, “la facultad de dirimir sus propios conflictos, ya sea entre individuos o comunidades, de acuerdo a su propio sistema administrativo de justicia, concretando así el “reconocimiento” en los términos del art. 75 inc. 17 C.N., Convenio 169 de la OIT y ley 24071 (...) En el caso de que alguna de las partes se encontrara disconforme “con la resolución del caso y decide apelar corresponderá al Juez Federal con asiento territorial en el lugar donde se encuentre la comunidad que atiende el caso” (...) Esta etapa “incluye la decisión del Juez de solicitar al Defensor del Pueblo de la Nación o a las instituciones jurídicas de pueblos indígenas la mediación intercultural y de no ser esto posible –llegar a un acuerdo- dictará su fallo luego de oír a las partes”²⁰.

CONCLUSIONES

Si la primigenia jerarquía o superioridad es de la Constitución Nacional y el bloque de constitucionalidad, abogamos por una **ley especial** que aborde el conjunto de los Derechos de los Pueblos Indígenas respetando todas las premisas correspondientes.

La ley especial mencionada deberá alentar todas las posibilidades para:

¹⁹ Declaración y Programa de Acción de Viena, Aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, el 25 de junio de 1993

²⁰ Dr. Eulogio Frites (2011) *El Derecho de los Pueblos Indígenas* - Anexo I – Punto D, pág. 237

- 1) Que no exista contradicción o colisión alguna entre las normas y el bloque de constitucionalidad.
- 2) Que contenga con claridad meridiana los conceptos de Pueblo y Comunidad Indígena, Libre Determinación sobre la Tierra y Territorio, Consulta tendiente a obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos y/o comunidades.
- 3) Que los derechos a la posesión y propiedad comunitaria indígena estén considerados de acuerdo con la garantía constitucional que abarca cuatro categorías de tierras: 1) las que tradicionalmente son ocupadas por los pueblos originarios; 2) las que corresponden al Territorio, que pueden no estar ocupadas pero tienen tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia; 3) las tierras adicionales, y 4) las tierras sustitutas por traslado.
- 4) Que considere a la Personería Jurídica de los Pueblos o Comunidades Indígenas, en el marco de sus verdaderos caracteres: **a)** de derecho público no estatal, **b)** autónoma, **c)** no formal y por ello tener el derecho a darse libremente la propia organización que defienda mejor sus intereses conforme a la cultura de cada pueblo o comunidad, **d)** que el régimen asociativo y tributario concuerde con el bloque de constitucionalidad.
- 5) Que entre los **caracteres** de la Propiedad Comunitaria Indígena se considere en primer lugar la **prohibición de los desalojos**.

A N E X O

Articulado del Anteproyecto de Reforma del C.C. en sus partes pertinentes

TÍTULO PRELIMINAR

CAPÍTULO 4

De los derechos y los bienes

ARTÍCULO 14 - *Derechos individuales y de incidencia colectiva*

ARTÍCULO 15 - *Titularidad*

ARTÍCULO 16 - *Bienes y cosas*

ARTÍCULO 17 - *Derechos sobre el cuerpo humano*

ARTÍCULO 18 - *Derechos de las comunidades indígenas*

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.

TÍTULO II

De la persona jurídica

CAPÍTULO 1

Parte general

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 establezca o resulte de su finalidad y normas de funcionamiento.

LIBRO CUARTO

DE LOS DERECHOS REALES

TÍTULO V

De la propiedad comunitaria indígena

ARTÍCULO 2028 Concepto

ARTÍCULO 2029 Titular

ARTÍCULO 2030 Representación legal de la comunidad indígena

ARTÍCULO 2031 Modos de constitución

ARTÍCULO 2032 Caracteres

ARTÍCULO 2033 Facultades

ARTÍCULO 2034 Prohibiciones

ARTÍCULO 2035 Aprovechamiento de los recursos naturales. Consulta

ARTÍCULO 2036 Normas supletorias

TÍTULO V

De la propiedad comunitaria indígena

ARTÍCULO 2028.- **Concepto.** La propiedad comunitaria indígena es el **derecho real que recae sobre un inmueble rural** destinado a la preservación de la identidad cultural y el hábitat de las comunidades indígenas.

ARTÍCULO 2029.- **Titular.** El titular de este derecho es la comunidad indígena registrada como persona jurídica. La muerte o abandono de la propiedad por algunos o muchos de sus integrantes no provoca la extinción de este derecho real, excepto que se produzca la extinción de la propia comunidad.

ARTÍCULO 2030.- **Representación legal de la comunidad indígena.** La comunidad indígena debe decidir su forma interna de convivencia y organización social, económica y cultural, y designar a sus representantes legales, quienes se encuentran legitimados para representarla conforme con sus estatutos. El sistema normativo interno debe sujetarse a los principios que establece la Constitución Nacional para las comunidades y sus tierras, la regulación sobre personas jurídicas y las disposiciones que establecen los organismos especializados de la administración nacional en asuntos indígenas.

ARTÍCULO 2031.- **Modos de constitución.** La propiedad comunitaria indígena puede ser constituida:

- a) por reconocimiento del Estado nacional o de los Estados provinciales de la posesión inmemorial comunitaria;
- b) por usucapión;
- c) por actos entre vivos y tradición;
- d) por disposición de última voluntad.

En todos los casos, la oponibilidad a terceros requiere inscripción registral.

El trámite de inscripción es gratuito.

ARTÍCULO 2032.- **Caracteres.** La propiedad indígena es exclusiva y perpetua.

Es indivisible e imprescriptible por parte de un tercero.

No puede formar parte del derecho sucesorio de los integrantes de la comunidad indígena y, constituida por donación, no está sujeta a causal alguna de revocación en perjuicio de la comunidad donataria.

ARTÍCULO 2033.- **Facultades.** La propiedad indígena confiere a su titular el uso, goce y disposición del bien. Puede 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 conforme a sus usos y costumbres. Los miembros de la comunidad indígena están facultados para ejercer sus derechos pero deben habitar en el territorio, usarlo y gozarlo para su propia satisfacción de necesidades sin transferir la explotación a terceros.

ARTÍCULO 2034.- **Prohibiciones.** La propiedad indígena no puede ser gravada con derechos reales de garantía. Es inembargable e inejecutable por deudas.

ARTÍCULO 2035.- **Aprovechamiento de los recursos naturales. Consulta.**

El aprovechamiento de los recursos naturales por parte del Estado o de particulares con incidencia en los hábitats indígenas está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas.

ARTÍCULO 2036.- **Normas supletorias.** En todo lo que no sea incompatible, se aplican subsidiariamente las disposiciones referidas al derecho real de dominio.