

## **Adecuación normativa de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos originarios: deuda pendiente del Congreso Nacional.**

SILVIA MÓNICA FARIÑA<sup>1</sup>

### **Resumen**

La memoria, conduce de manera obligatoria, a referenciar el reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos originarios dado por la Constitución Nacional ( art. 75 incisos 17, 19, 22 y 23 ), lo que generó un cambio de paradigma: ésta coexiste y se integra a la cultura oficial hegemónica

Con idas y vueltas, avances especialmente en la perspectiva internacional y algunos pasos a nivel nacional, hoy se nos plantea un retroceso de la mano del nuevo Código Civil y Comercial, con desconocimiento de derechos sustantivos y también como sujeto político y como sujetos colectivos con derechos diferenciados.

No hay diferenciaciones entre la propiedad civil y la indígena, que reconozca la especial relación con la tierra. Además el reconocimiento estatal, no se plantea como declarativo, sino constitutivo, lo que claramente viola la CN, Convenio 169 de la OIT y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en punto a que la posesión indígena implica propiedad, haya reconocimiento explícito estatal o no. Por su parte, asimila las comunidades a asociaciones civiles, desconociéndose la preexistencia que declara la CN. Reconociendo derechos, solo a las comunidades con personería jurídica.

Adecuar normativamente los preceptos constitucionales y de tratados internacionales de derechos humanos, por parte del Congreso Nacional, continúa pendiente.

---

<sup>1</sup> Abogado. Justicia Federal [moni\\_farina@hotmail.com](mailto:moni_farina@hotmail.com)

## **Adecuación normativa de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos originarios: deuda pendiente del Congreso Nacional.**

### **I- Introducción**

El reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos originarios impuesto por la Constitución Nacional ( art. 75 incisos 17, 19, 22 y 23 ), generó un cambio de paradigma, a partir de la reforma introducida en el año 1994: ésta coexiste y se integra a la cultura oficial hegemónica

Con idas y vueltas, avances- especialmente en la perspectiva internacional- y algunos pasos a nivel nacional, hoy se nos plantea un retroceso de la mano del nuevo Código Civil y Comercial, con desconocimiento de derechos sustantivos y también como sujeto político y como sujetos colectivos con derechos diferenciados.

Adecurar normativamente los preceptos constitucionales y de tratados internacionales de derechos humanos, por parte del Congreso Nacional, continúa pendiente.

Para poder hacer efectivo el desarrollo del multiculturalismo es preciso que la igualdad, entendida como no discriminación, se concrete en normas específicas que regulen el marco de ejercicio de los derechos humanos.

Es necesario para hacer cesar el estado de incertidumbre que genera la falta de reglamentación de este reconocimiento nacional e internacional, a partir de la impronta introducida por la reforma constitucional. Se necesita la clara compatibilización de estos derechos con todo el vasto universo de derechos generales; para que ello ocurra de manera acertiva es preciso tomar en consideración las particularidades de estos sujetos de derecho, por un lado y por el otro, que todas las normas constitucionales deben ser entendidas teniendo en cuenta el gran postulado del preámbulo que es el bienestar general.

Para verificar su cumplimiento, es importantísimo recordar diversas directivas contenidas en el convenio de la OIT 169 (Convenio sobre pueblos indígenas y tribales)<sup>2</sup>, en punto a contenidos esenciales que no pueden dejarse de lado, sin generar responsabilidad estatal.

El art. 2.1 refiere que : “...Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad. ...”

Por su parte, el art.3.1, refiere que “ Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos....”

El nuevo código civil legisla sobre dos temas: la propiedad de las tierras y la personalidad de las comunidades indígenas, y en ambos es posible afirmar que los contenidos citados no han sido respetados.

---

<sup>2</sup> Cabe asimismo apuntar que este convenio ha sido aprobado por nuestro estado a través de la ley 24701, obligándose de este modo a reconocer los derechos en él contenidos.

## **II- Repasando el proceso normativo hasta la reforma .**

El proceso legislativo de reconocimiento de derechos de los pueblos originarios comenzó en el ámbito de las provincias donde se sancionaron una serie de leyes específicas. La pionera fue la provincia de Formosa con la ley 426 (Integral del aborigen); seguida por la 6373 de la provincia de Salta; la 3258 de la provincia chaqueña; la 2435 de Misiones, derogada y reemplazada por la 2727; en Río Negro la 2287; en Chubut 3657 y recientemente la 11078 de Santa Fe.

En el ámbito nacional, se sanciona la 23.302, en el año 1985, sobre política indígena y apoyo a las comunidades; esta ley crea la Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (I.N.A.I), como organismo descentralizado que depende en forma directa del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación. En el año 1992 se aprueba el convenio de la OIT 169, por medio de la ley 24.071. Siendo el hito más importante el reconocimiento el que hace la reforma de la Constitución Nacional en 1994, art. 75, inc. 17, 19, 22 y 23.

Con posterioridad, y ante la denuncia sistemática de la existencia de despojos de sus tierras, se sanciona en el año 2006 la ley 26.160 y su decreto reglamentario 587/2007. Por medio de aquella el Congreso Nacional declaró la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras ocupadas tradicionalmente por comunidades indígenas, cuya personería jurídica haya sido inscrita en el Registro nacional de Comunidades Indígenas u organismo provincial competente o aquellas preexistentes, por el término de cuatro años, implica un avance en la evitación de procesos por desalojos. También ordena la INAI realizar, dentro de los tres primeros años de vigencia de la ley, un relevamiento “técnico jurídico catastral” de la situación dominial de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas; el mismo tiene como fin establecer si las tierras que habitan y a la que tiene acceso cada comunidad de que tipo es, de carácter privado, estatal o el que sea. El INAI creó el Programa Nacional de Relevamiento Territorial de Comunidades Indígenas, debiendo éste articular las acciones necesarias a los fines de : promover el reconocimiento jurídico de los derechos de las comunidades indígenas sobre los territorios y los recursos; e impedir los eventuales desalojos en los territorios de actual ocupación tradicional; requerir la participación efectiva del Consejo de Participación Indígena a través de todo el ciclo del programa y finalmente involucrar a los pueblos originarios a través del CPI a implementar, monitorear y evaluar el programa. El relevamiento no ha sido completado y la situación de emergencia sigue, fue prorrogado por la ley 26554 hasta el 26 de noviembre del año en curso.

Cabe acotar respecto de esta norma que ésta no tiende a la resolución de conflictos sobre las tierras, ni a la entrega de títulos de propiedad que la resguarden definitivamente, de hecho a pesar de su vigencia igualmente se produjeron desalojos como por ejemplo en los casos de comunidades mapuche Currumil y Pruel, en Neuquén.

Hasta aquí, y a manera de síntesis podemos afirmar que el Código Civil de Vélez Sarsfield no incluía la propiedad de los pueblos originarios como derecho; recién la reforma constitucional de 1994 y la ley 26160 implican avances en el reconocimiento jurídico de las comunidades y al derecho a la posesión de las tierras que ocupaban. El proyecto de reforma del Código Civil y Comercial del año 2012 incluyó el derecho de

acceso a la vivienda, el cuidado del medio ambiente en donde se asienta la comunidad y a peticionar por derechos de incidencia colectiva.

El proyecto del 2014, ley 26994, retrocede respecto del citado supra, toda vez que si bien legisla como un derecho de todos los argentinos el del acceso a la vivienda, excluye a los pueblos originarios, reduciendo su pertenencia a los normado por la CN y leyes específicas, aún no reglamentadas concretamente. No se incluye tampoco a los pueblos en la protección de los recursos naturales, ni a los reclamos por incidencia colectiva. Tampoco se norma en forma específica respecto a la posesión de las cosas dentro de la comunidad originaria por un lado, y por el otro tampoco frente a la legislación nacional.

Es decir que la reforma implica desoir las ideas que venían escuchándose en las últimas décadas, toda vez que no se plasma en forma concreta y sistemática la regulación de los citados principios, contenidos en el convenio OIT y en nuestra Carta Magna.

### **III- La reforma.**

Refiriéndose en su mayor parte a temas relacionados al derecho privado para los habitantes de la Nación, contiene regulaciones específicas a los pueblos originarios, en relación a la institucionalidad de sus comunidades y la propiedad de sus tierras, ambos son temas de vital importancia para el mantenimiento de su cultura.

Aparece la referencia de comunidades indígenas contraponiéndose a la interpretación del art. 75 inc. 17 de la Constitución en concordancia con los instrumentos internacionales que reviste la calidad de persona jurídica de carácter público.

Estos derechos de los pueblos indígenas entre los que se encuentran el derecho de posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan, el derecho a la personería jurídica así como la consulta previa libre e informada – considerado derecho básico e inicial, para poder tomar decisiones consensuadas-, todo ello, ha sido desoído, según el reconocimiento constitucional y el Convenio 169 de la OIT.

La Consulta tiene características propias teniendo en cuenta los intereses que les afecten, ante propuestas legislativas, como la presente, (ó en su caso por quienes proponen medidas administrativas ó judiciales, así como ante quienes pretenden beneficios sobre sus territorios.)

El Consejo Plurinacional solicita que los artículos referidos a los pueblos indígenas sean retirados del proyecto y se convoque a una consulta amplia, que respete los tiempos y los derechos indígenas, para sancionar una ley especial en materia de propiedad comunitaria indígena.

Nótese entonces que la falta de consulta, vicia al proyecto, toda vez que “el convenio”, con jerarquía suprallegal, es clarísimo respecto a escuchar las instituciones respresentativas. No se ha cumplido con el procedimiento de consulta, si bien se han realizado audiencias públicas, éstas no alcanzan como proceso de participación ciudadana ni reemplazan el procedimiento al que está obligado el Estado.

Implica la reforma desconocer a estos sujetos de derecho como sujetos colectivos con derechos diferenciados.

Estas observaciones críticas, difícilmente hubieran tenido lugar de haberse cumplido con la Constitución y los tratados de derechos humanos que imponen la consulta a los pueblos. Consulta, no se confunde con la mera audiencia o información, debe ser previa al proyecto y requiere el consentimiento libre e informado de los pueblos consultados.

Ello no se hizo, y ello contribuye negativamente para el reconocimiento de sus derechos.

#### **IV- El derecho de los pueblos originarios sobre sus tierras, derecho humano esencial.**

Esto es reconocido por el art. 13 del convenio de la Organización Internacional del Trabajo, en los siguientes términos: “1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. 2. La utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera. “

Así lo ha reforzado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad y supervivencia.<sup>3</sup>.

Es preciso una vez más recordar que la cosmovisión de los pueblos originarios respecto de la tierra es muy diferente de la contenida en el Código de Vélez. Aquellos necesitan un derecho que proteja esa especial relación, ese vínculo espiritual que los une al territorio que ocupan.

Tanto la Constitución Nacional como la convención de la OIT, refieren un reconocimiento de la propiedad y posesión de la tierra que ocupan ancestralmente para su desarrollo. Tomando en consideración, claro, que no se ocupen actualmente.

La tierra es fuente de riqueza y bienestar. Y su reconocimiento se relaciona con el goce de derechos humanos como la vivienda y alimentación, al trabajo y el respeto de su cultura. Respetar este derecho de acceso a la tierra también comprende los recursos naturales y de infraestructura necesarios para poder vivir y trabajar en ella. Esto fue previsto por otro instrumento de jerarquía constitucional, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y sobre el punto el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que es el órgano que vigila el cumplimiento del pacto, en su Observación General nro. 4, indicó que el acceso a la tierra para sectores desprovistos de tierra o empobrecidos de la sociedad, debería ser tomado en cuenta como objetivo de la política de Estado.

La reforma incluye en el capítulo 4 “De los derechos y bienes”, el art. 18 norma: “ *Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras*

---

<sup>3</sup> “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tinghi v. Nicaragua” del 31/8/2001; “Comunidad Moiwana v. Suriname” del 15/06/2005; “Comunidad Yakye Axa v. Paraguay”, del 17/06/2005; “Comunidad Sawhoyamaya v. Paraguay” del 29/03/2006; “Pueblo Saramaka v. Surinam”, del 28/11/2007 y “Comunidad Indígena Xakmok Kásek v. Paraguay” del 24/08/2010.

*aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional.”*

No hay diferenciaciones entre la propiedad civil y la indígena, que reconozca la especial relación con la tierra. Además el reconocimiento estatal, no se plantea como declarativo, sino constitutivo, lo que claramente viola la CN, Convenio 169 de la OIT y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en punto a que la posesión indígena implica propiedad, haya reconocimiento explícito estatal o no. Por su parte, asimila las comunidades a asociaciones civiles, desconociéndose la preexistencia que declara la CN. Reconociendo derechos, solo a las comunidades con personería jurídica.

Ahora bien, es preciso remarcar que la naturaleza jurídica del derecho real de propiedad comunitaria indígena está delimitado por las particulares características que lo rodean. Es preciso distinguir las diferencias que hay entre el este derecho real y el del dominio clásico, propio del derecho civil.

Aquel es un derecho real autónomo de fuente constitucional. No solamente es un derecho reconocido por la Carta Magna, sino que lleva el espíritu de la reivindicación histórica y que la distingue de la propiedad privada.

Cabe en este punto preguntarse si es conveniente la regulación de la propiedad comunitaria, y en caso afirmativo, si es conveniente llevarla a cabo dentro de la órbita del derecho civil.

Sin lugar a dudas la respuesta afirmativa se impone respecto del primer interrogante, toda vez que si bien la norma contenida en el art. 75 inc. 17 de la C.N. es operativa, es preciso otorgarle los causes adecuados de implementación.

Ahora bien, para responder el segundo interrogante, reitero que atento las diferencias habidas entre el derecho real constitucional de propiedad indígena y la del derecho común, resulta conveniente una regulación fuera del Código Civil.

Varias ponencias presentadas en la Comisión Bicameral, se señala la ubicación equivocada en el derecho privado ya que es indudable que la Reforma Constitucional de 1994 y la ratificación del Convenio 169 de la OIT vigente junto a la Declaración de los Pueblos Indígenas del 2007 determinan que las normas del Anteproyecto sean inconstitucionales, sobre todo en razón de que los Pueblos Indígenas no fueron consultados (Convenio 169 OIT).

La reforma planteaba incorporar en el artículo que determina los derechos reales, un nuevo inciso, equiparando a la propiedad comunitaria indígena con el clásico derecho de dominio – o propiedad individual- con la propiedad horizontal o de tiempos compartidos; siéndoles aplicables las disposiciones contenidas en los títulos I y II del Código que son generales a todos esos derechos y que no toman en cuenta la especial relación que los pueblos tienen con la tierra, y de lo que ella significa para su supervivencia y su organización, nada se incluyó, finalmente.

No se toma en cuenta de los términos usados por la CN, esto es territorios y tierras, sino que se hace referencia a bienes materiales, y ello no prevee la necesidad que tienen las comunidades al reconocimiento de sus territorios para el ejercicio de la autonomía política y cultural. No van a tener derecho al reconocimiento entonces algunas comunidades en su actual ocupación, en el caso de que estén constituidas en las ciudades o aquellas que por avance de los municipios entran en los ejidos urbanos.

## **V- Personería jurídica.**

Dentro de la sección 2ª del título II, Capítulo 1, del nuevo Código Civil y Comercial, luego de clasificar en el artículo 145 a las personas jurídicas entre públicas y privadas, el artículo 148, las enuncia : “ *Son personas jurídicas privadas: a. las sociedades; b. las asociaciones civiles; c. las simples asociaciones; d. las fundaciones; e. las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas; f. las mutuales; g. las cooperativas; h. el consorcio de propiedad horizontal; 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* ”.

Cabe apuntar que este carácter es incompatible con el Convenio 169 de la OIT. Por sus normas se garantiza el mantenimiento de sus instituciones, administración de justicia, gestión educativa y salud comunitaria, obligando al estado a tener en cuenta las costumbres y el derecho consuetudinario. Ello las coloca en un lugar muy diferente que las personas jurídicas de carácter privado, y dado el reconocimiento constitucional las hace sujetos colectivos, que requieren sea respetadas su institucionalidad y su territorio.

Haciendo caso omiso a tales premisas, la reforma, las asimila a las asociaciones civiles sometiéndolas a las reglas y controles de autoridades administrativas, lo que choca definitivamente con el reconocimiento hecho por la Constitución Nacional, art. 75 inc. 17: “... Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones...”

Nuestra Constitución está reconociendo que la República se encontraba habitada y quiere reconocer esa preexistencia. A ello hay que sumarle lo que los incisos 22 y 23 pretenden en cuanto al reconocimiento del derecho internacional, y la necesidad de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, respecto de las personas vulnerables.

Otra consecuencia defectuosa es el desconocimiento del carácter declarativo de la inscripción, ya que el reconocimiento de derechos se vincula con la inscripción y no con la preexistencia acotada anteriormente.

## **VI- Conclusión:**

Hemos visto que la adecuación normativa de los principios rectores de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales de derechos humanos, ratificados por nuestro Estado, continua siendo una tarea pendiente del Congreso Nacional, tal como lo fija el art. 75 precedentemente examinados. No puede una norma de garantía inferior, en el caso el nuevo Código Civil y Comercial unificado, contradecir la Carta Magna.

Habría que haber cumplido con la consulta, y escuchar la propuesta de los pueblos originarios en punto a estas dos cuestiones planteadas, por un lado sacar a la propiedad comunitaria indígena del Libro cuarto, sobre los derechos reales, y por su parte incluirlas dentro de las personas públicas. Y concretar finalmente, una ley especial.

Tal como ha quedado redactado degrada la jerarquía de derecho público internacional y no respeta la identidad, cosmovisión y relación espiritual que estos pueblos tienen con sus territorios.

Garantizar y facilitar el acceso a la tierra para los grupos más vulnerables de la sociedad no forma parte de las prioridades en la agenda de trabajo del Estado. Las escasas respuestas que se han dado en modo alguno implican dar una respuesta integral y que resuelva en forma definitiva los conflictos provocados en la falta de seguridad de la tenencia de las tierras. La ausencia de normas implica indirectamente la posibilidad de que los despojos continúen.

La adopción de medidas para adecuar la conducta del Estado a los estándares internacionales de derechos humanos vigentes, sigue siendo una deuda. Dictar una ley especial que regule acabadamente los derechos de los pueblos originarios.

### **Bibliografía:**

- Alterini, Jorge H, Corna, Pablo M. y Vázquez, Gabriela A, “Propiedad Indígena” Ed. De la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, 2005.
- Código Civil y Comercial de la Nación – Ley 26.994
- Constitución Nacional.
- Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.
- Highton, Elena “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 Nro. 7, Derecho Privado en la Reforma Constitucional, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1994.
- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de DD.HH en: “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tinghi v. Nicaragua” del 31/8/2001; “Comunidad Moiwana v. Suriname” del 15/06/2005; “Comunidad Yakye Axa v. Paraguay”, del 17/06/2005; “Comunidad Sawhoyamaya v. Paraguay” del 29/03/2006; “Pueblo Saramaka v. Surinam”, del 28/11/2007 y “Comunidad Indígena Xakmok Kásek v. Paraguay” del 24/08/2010.
- Ley 26.160 y decreto reglamentario
- Ley 23.302
- XXII Jornadas nacionales de Derecho Civil, Córdoba año 2009.