

## Recolonizando la diferencia: la “propiedad indígena” en el proyecto de unificación de códigos de fondo de derecho privado

Miguel Ángel Benedetti \*

Pretendo aquí presentar y problematizar las que considero las principales coordenadas en que se inscribe la regulación de la denominada “*propiedad comunitaria indígena*” o “*propiedad indígena*” que incluye el ambicioso proyecto de unificación de los más que centenarios códigos de fondo argentinos, civil y comercial. Para ese mapeo, partiré de una perspectiva constitucionalista contemporánea de los derechos colectivos y diferenciados de los pueblos indígenas. La misma, inevitablemente pluri e intercultural, asume los avances habidos en el derecho internacional de los derechos humanos, signados -como se sabe- por el reconocimiento de la libre determinación de dichos pueblos, del cual una de sus principales y distintivas proyecciones son, precisamente, los derechos sobre sus tierras, territorios y recursos.<sup>1</sup>

### 1. Problemáticas coordinadas preliminares

En lo que aquí interesa, el puerto de partida –y de llegada- que inspira al mencionado proyecto está anclado en las profundas aguas del canon occidental de los derechos patrimoniales liberal-individualista: los derechos reales. Desde allí, este proyecto de

---

\* *Profesor de Derecho Constitucional en Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP).*

<sup>1</sup> Dichos derechos -el alfa y omega de las ancestrales luchas e identitarias demandas indígenas- se reconocen en la “Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos e los Pueblos Indígenas” (en adelante: UNDRIP, por su sigla en inglés), que la Argentina votara en 2007: en su Preámbulo afirma “el derecho de todos los pueblos a ser diferentes” y las “injusticias históricas” sufridas por los pueblos indígenas por “la colonización y enajenación de sus tierras, territorios y recursos” (párrs.2º y 6º), para declarar en su articulado, *inter alia*: sus derechos “a la libre determinación” (art.3) y “a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma” (art.25).

unificación civil y comercial siglo xxi, también pretende –a su manera- unificar las disímiles categorías derechos reales-“*propiedad indígena*”.<sup>2</sup>

En efecto, el proyectado “*Libro IV. De los derechos reales*”, empieza por incluirla como un inciso más de la nueva y extendida retahíla de quince derechos reales, que los civilistas suelen llamar *numerus clausus* (art.1887.c); como uno más de los ahora ocho “*derechos reales sobre cosa propia*” (art.1888), y en un preciso y sugestivo orden de prelación: nada menos que a continuación del primordial dominio -cuyas cláusulas se dicen aplicar “*subsidiariamente*” para esta especie- y del condominio, e inmediatamente antes de la propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios (i.e. clubes de campo y barrios cerrados), tiempo compartido, cementerio privado y propiedad superficiaria. Uno de los catorce títulos destinados a los derechos reales -el “*Título V. De la propiedad comunitaria indígena*” (arts. 2028/2036)- fija sus característica para reducirla a ciertos “*inmuebles rurales*” como se verá, dejando afuera y postergando las más sentidas reivindicaciones territoriales indígenas.<sup>3</sup>

En términos cartográficos, esta breve regulación de nueve artículos de corrido enclavados entre los derechos reales con más un puñado de otras aisladas referencias, en medio de un extenso y sistemático cuerpo normativo de derecho privado de 2671 artículos, pareciera una pequeña isla perdida en –y asediada por- un inmenso océano occidental. Con estos sencillos preliminares, se empieza a advertir que el diseño proyectado no parece tomar “debidamente en consideración” las distintivas cosmovisiones de los propios pueblos indígenas según dispone el convenio específico<sup>4</sup> y

---

<sup>2</sup> Según explican sus proyectistas intelectuales, se conceptualiza a la “*propiedad indígena*” como un “*nuevo derecho real, con características propias*”, las cuales -según estiman- “*surgen de la Constitución*” (*Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial*, de la Comisión de tres juristas designada por el P.E.N. al efecto, disponible en sitio web: <http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf>, p.202, consultado en junio 2012). Es sintomático que el centenar de profesores de derecho a quienes se agradece en su “Anexo”, todos sean civilistas y/o comercialistas, ni un constitucionalista o especialista en derechos humanos, ningún indígena elegido por sus pueblos. Empero, otros civilistas –que en cuanto tales también ven a la “*propiedad indígena*” como derecho real autónomo- por sus propias razones, no aceptan incluirla en el Código Civil ni en un proyecto de unificación.

<sup>3</sup> Los autores del anteproyecto parecen admitirlo en citados “Fundamentos”: quedaría para una “*ley especial*” la “*regulación de la titularidad de las tierras*” por no ser “*propio del derecho privado*” (sic).

<sup>4</sup> El Convenio 169/89 de la OIT sobre “Pueblos indígenas y tribales” (en adelante: C.169), vigente en Argentina desde 2001, dice: “Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesado deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario” (art.8.1), de modo que -a *fortiori*, cabe esa “debidamente en consideración” al pergeñarla y adoptarla; en tal sentido, “los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con la tierras o territorios... y en particular los aspectos colectivos” (art.13.1).

la propia Constitución,<sup>5</sup> ni las grandes diferencias entre la propiedad comunal indígena y la propiedad privada individual que fija la jurisprudencia constante de la Corte IDH sobre derechos territoriales indígenas a la luz del art.21.1 CADH.<sup>6</sup>

## 2. Problemática coordinada procesual

En relación directa con lo anticipado, el mentado proyecto no viene teniendo la más mínima injerencia institucional de los pueblos indígenas. Tampoco se la anuncia al iniciarse su tratamiento parlamentario.<sup>7</sup> Sin embargo, este asunto no está sujeto a la discrecionalidad unilateral del Estado. Su sanción legislativa debe contar con la previa y esencial participación efectiva de los propios pueblos indígenas a través de sus métodos tradicionales de toma de decisión, según lo establecen los instrumentos internacionales específicos y la Constitución.<sup>8</sup> De consumarse su incumplimiento, comprometería además la responsabilidad internacional del país.

En esta materia intercultural, esas insoslayables exigencias instrumentales también son epistémicas, implican un plus a la relevancia deliberativa de la democracia en tanto sin las voces de los propios pueblos indígenas desde sus ancestrales cosmovisiones tampoco nada se puede comprender. Sin embargo, la propia regulación proyectada otorga insuficiente presencia a este crucial derecho indígena.<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> La “preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas” seguida del “respeto a su identidad”, imponen esa mirada suprema para entender la “posesión y propiedad comunitarias” (art.75,inc.17 CN).

<sup>6</sup> Según ese *corpus*: es una noción distinta y más profunda que no se agota en su aprovechamiento patrimonial, de origen consuetudinario y no estatal, con fuertes lazos colectivos y culturales según la cosmovisión indígena (“Caso Comunidad Mayagna (Sumo) de Awas Tingni vs. Nicaragua”, sentencia del 31/08/2001, párrs.149 y 151 del voto mayoritario). Para la “dimensión intertemporal” de esta “forma comunal de propiedad, mucho más amplia que la concepción civilista (jusprivatista)”, en ese caso, el voto razonado concurrente de Cançado Trindade, Pacheco Gómez y Abreu Burelli, párrs.8/15.

<sup>7</sup> No la contempla el exiguo plazo de 90 días sugerido como “trámite preliminar” por el Ejecutivo nacional en su mensaje del proyecto de ley, reiterado en su articulado como extraña cláusula transitoria.

<sup>8</sup> Con antelación a su sanción, está obligado a “consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados” y “de buena fe” (C. 169, art.6.1.a + 2), para “obtener el consentimiento previo, libre e informado” (UNDRIP, art.19), siempre a través de “sus instituciones representativas”; todo lo cual complementa la puntual manda suprema (art.75.inc.17,párr.2º,parte 2ª CN).

<sup>9</sup> El proyecto tímidamente parece referirse a este crucial aspecto de la libre determinación de pueblos indígenas en dos aislados como insuficientes pasajes, ambos para recursos naturales: una, al comienzo del código: “participar en la gestión referida” a ellos (*art.18 in fine*); la otra, ya en el mentado Título V: “previa información y consulta” para su “aprovechamiento” por no-indígenas (*art.2035*).

### 3. Problemática coordinada codificadora

Más allá de las objeciones al marco regulatorio en sí mismo, ya resulta controversial su explicitada inclusión en este proyecto de código unificador. Sin ponderar aquí las implicancias simbólicas de moverse en una codificación que históricamente fue esgrimida para consolidar la desterritorialización compulsiva de los pueblos indígenas en el país, es ostensible que ni la materia civil patrimonial -menos aún la comercial- se compadece con el hecho de que las relaciones de los pueblos indígenas frente al Estado y particulares son de derecho público, y que la “posesión y propiedad comunitarias” tiene fuertes implicancias identitarias, culturales y espirituales, y, por ello, también quedan fuera del comercio y de la prenda común de los acreedores. Al hacerse caso omiso de todo aquello, según entiendo, el grave riesgo de esta técnica codificadora es que lo peculiar y distintivo de la llamada “*propiedad indígena*” termine naufragando por la previsible extensión de las ajenas disposiciones en las cuales se inserta.

Así, la supuesta visibilidad lograda por esta forzada inclusión, se opaca con sólo pensar que las características de la “*propiedad indígena*” se vean aplanadas por aplicación -en casos concretos- de estándares patrimonialistas contenidos en los títulos generales que se proyectan en el Libro IV para todos los derechos reales, cuyo sentido es, precisamente, extenderse a todo lo que se encuentra en aquél, salvo excepción.<sup>10</sup> Lo mismo con las dos primeras y generales partes del código proyectado.<sup>11</sup> A su vez, la propia regulación que aquí interesa, reenvía en subsidio al título especial del dominio, con una controvertida salvedad: “*En todo lo que no sea incompatible*” (art.2036).<sup>12</sup> Tan problemática es esta especie de injerto en un cuerpo tan extraño que similar asedio normativo podría esperarse si -por vía de hipótesis- se pensara en otra y mejor regulación que la proyectada pero con su misma ubicación.<sup>13</sup>

### 4. Problemáticas coordinadas sustantivas

---

<sup>10</sup> En los dos primeros títulos (“*Disposiciones generales*” y “*Posesión y tenencia*”), y en el último (“*Acciones posesorias y acciones reales*”), ninguna salvedad se hace para la “*propiedad indígena*”.

<sup>11</sup> El “*Título Preliminar*” y el “*Libro I. De la parte general*”.

<sup>12</sup> Incluso no faltará quien también pretenda replicarle alguna norma del condominio en tanto ellas se dicen aplicables en subsidio “*a todo supuesto de comunión de derechos reales*” (art.1984)

<sup>13</sup> Si de pragmatismo se tratara, al menos se hubiera optado por imaginar un Libro especial para otra “*propiedad indígena*”, separado y distinto de los derechos reales, para aventar así cualquier asimilación con su normativa patrimonialista; o, mejor aún, un único artículo inicial que remita a una ley especial - que los pueblos indígenas acepten previa y libremente- con régimen diverso al proyectado.

Una mirada de conjunto de la regulación proyectada para la “*propiedad indígena*”, permite observar que -por su objeto, sujeto y estructura- predomina un oscilar pendular entre el privatismo más extremo y el estatalismo más acentuado. En forma manifiesta, se destaca un hiper-privatismo y -al mismo tiempo- un hiper-estatalismo. Por lo primero, al equiparla con los típicos derechos patrimoniales, se tiende a vaciar de contenido a la llamada “*propiedad indígena*”; por lo segundo, al someterla a severos controles verticales y externos, se inhibe todo rasgo de autonomía indígena en asuntos internos que tenga ese sustrato material/cultural; por ambas improntas, se desdibuja la estrecha relación especial que los pueblos indígenas tienen con sus tierras, territorios y recursos. Si hubiera que describir con una única palabra a semejante regulación -tan reacia a lo indígena y a los estándares constitucional/internacionales, mitad privatista-mitad estatalista- habría que elegir la de “centáurica”.<sup>14</sup> A continuación, asumiendo las dificultades de toda disección, explico tres núcleos problemáticos (dos corresponden a cada mitad del mismo “centauro”; el último, cruzado por ambas mitades).

#### **a. Hiper-privatismo patrimonialista que vacía la “propiedad indígena”:**

El “*objeto*” de este “*derecho real*”, como se dijo, “*recae sobre inmueble rural*” (art.2028). El cargo específico a que se destina esa chacra-predio-fundo-terreno rústico (“*la preservación de la identidad cultural y el hábitat de las comunidades indígenas*”) no impide que se lo vea como simple cuestión inmobiliaria campesinista. A *contrario sensu*, se excluye la “*propiedad indígena*” del ámbito urbano, periurbano y semi-rural, sobre muebles y otros bienes que carezcan de las notas definitorias de las “*cosas*”.<sup>15</sup> También se omite toda otra calificación de ese “*inmueble rural*” –por caso, “apta y suficiente” como hace la Constitución (art.75,inc.17,párr.2º)- lo que habilita a suponer que su horizonte también es minifundista. En línea con este infundado reduccionismo, se llega a disponer que se pueda “*constituir*” la “*propiedad indígena*” por las modalidades privatistas de cualquier inmueble puesto en el comercio (art.2031.b, c, d), o, también “*por reconocimiento del Estado nacional o de los Estados provinciales de las tierras que tradicionalmente ocupan*” (art.2031.a).<sup>16</sup> El corolario de este vaciamiento es el tratamiento a sus recursos naturales (ver más abajo).

---

<sup>14</sup> Adjetivo usado por el antropólogo Clifford GEERTZ para criticar a una híbrida “disciplina” (*Conocimiento local*, 1994, Paidós, Barcelona, p.197). El “centauro” fue una representación para denostar a los salvajes en la antigüedad griega, luego fue proyectada en el imaginario de conquistadores contra pueblos originarios del Nuevo Mundo (BARABAS, Alicia, “La construcción del indio como bárbaro. De la etnografía al indigenismo”, *Alteridades*, 2000, 10 [19], pp.9-20).

<sup>15</sup> Se entiende por “*cosa*” en el proyecto: “bienes susceptibles de valor económico” y “materiales” (art.16)

<sup>16</sup> La expresión subrayada del art.2031.a del proyecto, fue introducida por el Ejecutivo nacional al presentar el proyecto ante el Senado, en sustitución de la elegida por el anteproyecto que utilizaba la incorrecta terminología: “*la posesión inmemorial comunitaria*”.

En cuanto al titular de este supuesto derecho real, se evita inopinadamente cualquier referencia a los “pueblos indígenas” (categoría de la Constitución, del C.169 y de la UNDRIP), lo cual no es indiferente como se dice al final de este segmento. En su lugar, se menta a la “comunidad” adjetivada como “indígena” (art.2029) pero calificada, desde la parte general del código (art.148.h), como “persona de derecho privado” al enumerarla junto a asociaciones civiles, mutuales, fundaciones, consorcio de propiedad horizontal, etc.<sup>17</sup>

En esta avasallante línea iusprivatista, hasta se relativiza la férrea manda constitucional que coloca a la territorialidad indígena fuera del comercio. Si bien es correcto que se reconozca su imprescriptibilidad “por parte de un tercero” y su exclusión del “derecho sucesorio de los integrantes de la comunidad indígena” (art.2032) como su “inembargabilidad” e inejecutabilidad (art.2034 *in fine*), es infundada y peligrosa la distinción -que la Constitución no realiza- entre derechos reales “de garantía” y “de disfrute”, para prohibir los primeros (art.2034) y permitir los segundos con una irónica salvaguarda (“siempre que no la vacíen de contenido”: art.2033, parte 2ª). Por estos últimos, se habilitan severas restricciones al uso y goce comunitario por parte de terceros y del propio Estado (i.e. todo tipo de servidumbres). Y ni siquiera se dispone expresamente que esta “propiedad” no es enajenable (lo máximo que dice es que no se podrá “transferir la explotación a terceros”, art.2033 *in fine*).<sup>18</sup> Este círculo vicioso se cierra al aceptar que la “propiedad indígena” pueda extinguirse por “extinción de la propia comunidad” (art.2029 *in fine*). Leída esa extrema cláusula dentro del cuerpo normativo en el que se inserta, fácil es colegir que -en las múltiples causales para terminar la existencia de las personas jurídicas-<sup>19</sup> este supuesto derecho real -colocado fuera del comercio por la Constitución y calificado de “perpetuo” por el proyecto (art.2032)- terminaría en el “dominio privado del Estado” por (re)convertirse en inmueble sin dueño (art.236.a).<sup>20</sup> Semejante extremo sólo se pudo concebir porque el

---

<sup>17</sup> Al no reputarlas como personas de derecho público no-estatal, que sería más compatible con la libre determinación de los pueblos indígenas, de un plumazo se las somete al régimen común de cualquier persona privada. Y hasta podría considerarse que las “comunidades indígenas” en tanto “personas” serían “titulares” de “derechos individuales” según reza otro pasaje del cuerpo normativo en el cual se inserta (art.15), máxime cuando una solitaria cláusula habla de sus “derechos de incidencia colectiva” y sólo para “la gestión referida a sus recursos naturales” (art.18 *in fine*).

<sup>18</sup> Recuérdese que nunca fue derogada explícitamente la prohibición veinteañal de enajenación del anacrónico art.11 Ley 23.302, a pesar de ser pre-reforma constitucional de 1994 y -en este punto- incompatible con ésta. Insólito que no disponga su derogación el proyecto de ley enviado al Senado.

<sup>19</sup> El art.163 dice, *inter alia*: “decisión de sus miembros adoptada por unanimidad”(inc.a); “imposibilidad sobreviniente” de su “objeto”(inc.c), “reducción a uno del número de miembros”(inc.g).

<sup>20</sup> Para colmo, esa es la solución expresa que -desde 1985- sigue fijando el caduco art.13 Ley 23.302.

proyecto se encarga de romper el vínculo entre las comunidades y los pueblos indígenas a que pertenecen. En parecida sintonía de desprotección de los pueblos indígenas, todavía en otro pasaje del código proyectado se vuelve a incluir entre los “*bienes pertenecientes al dominio público*” a “*ruinas y yacimientos arqueológicos*” (art.235.g), nuevamente, sin dejar a salvo los derechos indígenas previstos en art.11 de la UNDRIP.

#### **b. Hiper-estatalismo reglamentarista que avasalla la autonomía indígena:**

En principio, ello se percibe en su doble énfasis registralista: se exige la inscripción constitutiva para la propiedad indígena sobre inmueble rural (art.2031 *in fine*) y para el propia comunidad en tanto persona jurídica de derecho privado (art.2029). Por lo que se viene diciendo, esta insistencia registral parece radicar más en la seguridad jurídica del mercado inmobiliario que en brindar certezas a la “*propiedad indígena*”.<sup>21</sup> De la mano de lo anterior, se somete a todas las restricciones administrativas comunes y ordinarias, tanto al “*estatuto*” del sujeto titular inscripto (art.2030 *in fine*)<sup>22</sup> como al propio “*inmueble rural*” indígena (art.1970 x reenvío del art.2036). Frente a tal énfasis reglamentarista, luce como marginal la circunstancial remisión a los “*usos y costumbres*” de la comunidad (art.2033), reforzado por la renovada y general prominencia de la ley estatal ante cualquier costumbre (art.1º *in fine*).

Es evidente que esta multiplicada ingerencia estatal en prácticamente la totalidad de las relaciones internas y externas de las comunidades indígenas, atenta contra su autonomía y autogobierno. Ello se profundiza al no disponer participación indígena alguna en tales atribuciones estatales, salvo en materia de recursos naturales (allí con todas las limitaciones que se explicitan a continuación).

#### **c. Estatal/privatismo sobre recursos naturales indígenas:**

Ante todo, resulta dificultoso leer de consuno la promesa del comienzo del proyecto (art.18,parte 2ª) que sólo reitera la fórmula constitucional de “*participar en la gestión referida a sus recursos naturales*” con la cláusula específica (art.2035) que se ocupa de “*los recursos naturales...con incidencia en los hábitats indígenas*”. En ninguna de ellas se distingue entre recursos renovables y no-renovables, mucho menos entre los del suelo-subsuelo. Lo único contundente que destaca el art.2035 es que podrán ser motivo de “*aprovechamiento*” estatal o privado, para eso ninguna duda. En cambio, a favor de la “*comunidad indígena*” se limita a decir vagamente que se exige “*previa información*”

---

<sup>21</sup> Además de no solucionar el actual problema práctico de cuál es el registro competente para inscribir las comunidades (si el nacional a cargo del INAI o el de cada provincia) lo complica más al abrir la duda de cuál sería el organismo nacional (si el INAI o el genérico para toda persona jurídica) por la facultad de dictar regulaciones que reconoce a ambos el art.2030 *in fine*.

<sup>22</sup> Esta desmedida injerencia estatal se predica luego de disponer que es la “*comunidad indígena*” quien “*debe decidir su forma interna de convivencia y organización...*” (art.2030,parte 1ª).

y *consulta*”. Guarda silencio sobre los pasos mínimos que debe cumplir el Estado para obtener el consentimiento, previo, libre e informado indígena y sobre su alcance; nada sobre su participación “en la utilización, administración y conservación” (C.169, art.15.1) ni sobre beneficios y reparaciones por perjuicios sufridos (C.169, art.15.2).<sup>23</sup> Ante este cúmulo de graves imprecisiones y omisiones -todas ellas *in peius* de los pueblos indígenas- no resultaba hiperbólico haber anticipado que en materia de recursos naturales se termina de vaciar de contenido a esta “*propiedad indígena*”.

Trazado el controversial mapa de la proyectada “*propiedad comunitaria indígena*” a través de su gestación, ubicación y especialmente su regulación normativa, mirado a su mejor luz, se advierte allí “una densa contienda de *cartografías* legales y representaciones antagónicas”.<sup>24</sup> Es de lamentar que se vuelva a postergar la urgente necesidad de reparar el “amplio proceso de despojo y dispersión de las comunidades, cuyas consecuencias aún se hallan a la vista”.<sup>25</sup> Mientras en otros temas el propio código proyectado en este siglo xxi se presenta como una actualización del derecho privado -y así desde su inicio predica que su “*interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados*” (art.1º, parte 2ª)- lo aquí relevado parece ir en sentido inverso. Hube destacado que las maneras pensadas para regular la llamada “*propiedad indígena*” se presentan como regresivas frente a la consolidación del *corpus iuris* de protección de los derechos colectivos indígenas, tanto que parecen ancladas en un tiempo anterior, cuando aún no se les reconocía a los indígenas ni su condición de “pueblos” ni sus derechos diferenciados; en suma, otro intento de “recolonización de la diferencia” en palabras de Boaventura de Souza Santos.-<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> También ignora el previo estudio de impacto ambiental y social por un organismo imparcial e independiente (“Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam”, sentencia del 28/11/2007, párrs.129 y 148).

<sup>24</sup> TOLEDO LLANCAQUEO, Víctor. “Políticas indígenas y derechos territoriales en América Latina 1990-2004 ¿Las fronteras indígenas de la globalización?”, en Pablo Ávalos (Comp.), *Pueblos Indígenas, Estado y Democracia*. CLACSO, Buenos Aires, 2005, p.90.

<sup>25</sup> Para recuperar una expresión del voto razonado del entonces presidente de la Corte IDH, García Ramírez, en “Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, sentencia del 29/03/2006, párr.13.

<sup>26</sup> Uno de los peligros contemporáneos presentados en conferencia magistral “La democracia del futuro: desarrollo o autodeterminación”, 4/5/12, Auditorio de Facultad de Ciencias Sociales (UBA), CABA.