

¿UN CÓDIGO PARA UNA SOCIEDAD MULTICULTURAL? ALGUNAS REFLEXIONES HISTÓRICO-JURÍDICAS SOBRE EL PROCESO DE UNIFICACIÓN DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y COMERCIAL EN ARGENTINA

Por Pamela Cacciavillani

Recibido: 30.08.2015

Aceptado: 6.10.2015

RESUMEN

El objetivo del artículo es analizar, desde una perspectiva histórica jurídica algunos aspectos del proyecto de código civil y comercial de la nación argentina impulsado por el poder ejecutivo mediante el decreto 191. Especialmente, se problematiza la pertinencia del Código como herramienta técnico- jurídica para la regulación de la propiedad de los pueblos originarios.

PALABRAS CLAVE

Codificación – Descodificación – Propiedad - Pueblos Originarios.

A CODE FOR A MULTICULTURAL SOCIETY? SOME LEGAL-HISTORICAL REFLECTIONS ON THE PROCESS OF UNIFICATION OF THE CIVIL AND COMMERCIAL CODE IN ARGENTINA

By Pamela Cacciavillani

ABSTRACT

This article attempts to analyze some aspects of the project of draft civil and commercial code in Argentina from a legal-historical perspective. This initiative was promoted by the executive power of Argentina by means of Decree. Specifically this paper will discuss the capacity of "the code" to regulate the property rights of indigenous people.

KEYWORDS

Codification - Descodificación+ - Property - Indigenous People.

+ Fragmentation and dispersion of legal codes.

¿UN CÓDIGO PARA UNA SOCIEDAD MULTICULTURAL? ALGUNAS REFLEXIONES HISTÓRICO-JURÍDICAS SOBRE EL PROCESO DE UNIFICACIÓN DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y COMERCIAL EN ARGENTINA

Por Pamela Cacciavillani*

I. Introducción

En virtud del artículo 99 inc. 1 de la Constitución de la Nación Argentina, la presidenta Cristina Fernández de Kirchner dio impulso mediante el Decreto 191¹ al proceso de actualización y unificación de los códigos Civil y Comercial de la Nación. El primer paso fue la creación de la comisión encargada de la tarea. A tal efecto se designaron a los Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y la Profesora Aida Kemelmajer de Carlucci.

Si se presta atención a los considerandos del Decreto, los principales motivos que se tuvieron en cuenta para llevar a cabo este proceso fueron: la gran proliferación de la legislación especial, cuya principal consecuencia fue la modificación del ordenamiento lógico y de la estructura de principios y reglas existentes en los códigos referidos, la reforma constitucional de 1994 con la incorporación de los Tratados de Derechos Humanos, los procesos de integración de la región (MERCOSUR) y los diferentes proyectos de reformas de la legislación civil y comercial que se sucedieron.² Mediante el mensaje N° 884 el Poder Ejecutivo solicitó al Congreso de la Nación su colaboración en el proceso de unificación de los códigos y a tal fin se creó dentro de su ámbito una Comisión Bicameral. Además el procedimiento se complementó con un sistema de Audiencias Públicas,³ desarrollado a lo largo del país a los fines de receptar, una vez finalizado el proyecto, la opinión de la ciudadanía.

* Abogada por la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, Master en Historia y comparación de las instituciones políticas y jurídicas de los países de la Europa Mediterránea en la Universidad de Messina, de Milán y de Córdoba (España). Doctoranda por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Adscripta de la asignatura Historia del Derecho en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Desde noviembre de 2013 es becaria doctoral del Instituto Max Planck de Historia del Derecho Europeo en Frankfurt am Main, Alemania. e-mail: pamecacha@hotmail.com La autora agradece las observaciones y sugerencias realizadas por el evaluador anónimo.

¹ Decreto de fecha 23 de febrero del año 2011.

² Los Proyectos de modificación del Código Civil son: 1926 anteproyecto Bibiloni, proyecto de 1936, anteproyecto de 1954 redactado bajo la dirección de Joaquín Llambías, proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de la cámara de diputados de la nación 1987, unificación de la legislación civil y comercial de la comisión federal de la cámara de diputados de la nación 1993, proyecto preparado por la comisión creada por decreto N°468/92 y por último el proyecto de 1998. preparado por la comisión de creada por el Decreto N°685/95.

³ El funcionamiento de las audiencias públicas fue establecido mediante un procedimiento administrativo regido por los principios del debido proceso, publicidad, oralidad, informalismo, participación y economía procesal. El lugar de

Este proceso culminó con la sanción y la promulgación de la ley N°26.994. A través de esta ley se aprobó el proyecto que con ciertas modificaciones comenzó a regir desde el 1 de agosto de 2015. Es importante aclarar que el texto aprobado no incluye dentro de la nómina de los derechos reales a la propiedad comunitaria indígena, razón por la cual su regulación sigue siendo una cuestión pendiente.

La intención de este artículo no es hacer un análisis de los motivos que impulsaron la reforma ni tampoco debatir sobre la oportunidad y conveniencia de los mismos, sino desde el especial observatorio de la Historia del Derecho, hacer algunas reflexiones sobre la pertinencia del Código como herramienta técnico-jurídica para la regulación de la propiedad de los Pueblos Originarios. Cuestionar la idoneidad del Código se vuelve un aspecto relevante si tenemos en cuenta que este proceso de recodificación no ha sido acompañado de una reflexión que dé cuenta de los límites que presenta el Código, ni de la experiencia codificadora en nuestro país.

Teniendo en cuenta que la reflexión histórico-jurídica no ha participado de manera directa en el proceso de reunificación de los Códigos, creemos que el diálogo entre algunas reflexiones histórico-jurídicas sobre la primera empresa codificadora, "el código de Vélez", y el proyecto de unificación de los códigos a comienzos del siglo XXI enriquecerá el futuro debate académico y político, sobre los aspectos formales y materiales que se deben tener en cuenta al regular esta propiedad.

Pondré un especial interés en la propiedad comunitaria indígena ya que su regulación en el proyecto, específicamente dentro de la órbita de los derechos reales, no responde con la imagen multicultural que se predica de este esbozo. Por el contrario la recepción de la propiedad comunitaria indígena como derecho real desnaturaliza su contenido y la somete a un régimen patrimonialista propio del sistema de propiedad continental europeo. Este tipo de recepción denota una falta de diálogo no sólo con el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional sino con los instrumentos internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Quisiera plantear algunos interrogantes como guías de esta reflexión, por ejemplo : ¿Qué entendemos por Código?, para luego tratar de desentrañar ¿Cuál fue el concepto de Código que se planteó en el proyecto? y finalmente preguntarnos si un Código es la propuesta más adecuada para la regulación de las sociedades multiculturales, especialmente para el caso de los pueblos originarios. Problematizar y cuestionar su idoneidad nos permite apartarnos de la mítica idea de Código.

Teniendo en cuenta estos interrogantes y a los fines de evaluar la pertinencia del Código como herramienta técnico jurídica a comienzos del siglo XXI tendremos en cuenta algunas de las ideas que guiaron el proceso de unificación:

celebración se determinará según "el lugar o los lugares que indique la conveniencia de los intereses públicos a tratar". Puede ser ponente todo aquel que invoque un derecho subjetivo o un interés legítimo o difuso, organizaciones no gubernamentales, así como organismos o autoridades públicas nacionales, provinciales o municipales. En relación a los resultados de la audiencia se estableció que: "En la Audiencia Pública no se votará ni se adoptará resolución alguna, pero sus conclusiones serán transmitidas a la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, en reunión ordinaria de tablas y puestas a disposición de todos los miembros de la H. Cámara de Diputados de la Nación y del Honorable Senado de la Nación". El reglamento se encuentra disponible en: <http://ccycongres.gov.ar/reglamento.html>

"(...) es un código con identidad cultural latinoamericana, destinado a integrar el bloque cultural latinoamericano; es un código de los derechos individuales pero también de los colectivos, al regular los derechos de incidencia colectiva, en consonancia con la CONSTITUCION NACIONAL. Se trata de un código para una sociedad multicultural, que brinda un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no pueden ignorarse.", (...) En el Libro Cuarto "Derechos Reales", (...) y a fin de estar a la altura de una realidad que hace hincapié en los derechos colectivos, se adiciona la propiedad comunitaria indígena (...)”⁴.

II. ¿De qué hablamos cuando hablamos de Código?

Hablar de codificación y de Código requiere de algunas aclaraciones semánticas, dado que ambos conceptos han sufrido una resignificación a lo largo de la historia jurídica. Cuando nos situamos en el campo de la Historia del Derecho podemos advertir que con la misma palabra "Código" podemos estar refiriéndonos a productos jurídicos muy distintos entre sí que solo poseen en común el hecho de ser designados con el mismo vocablo, como por ejemplo el código de Hammurabi y el código de Napoleón. Para no suscitar equívocos, a continuación ilustraremos brevemente a que nos estamos refiriendo cuando hablamos de codificación a fines del siglo XIX, para luego aproximarnos al concepto de código a comienzos del siglo XXI.

Ubicados en este ámbito temporal, lo oportuno es hablar de la codificación moderna iniciada en Europa a fines del siglo XVIII. El fenómeno de la codificación y su cultura tuvieron como resultado la proliferación en Europa continental de cuerpos normativos especializados y sistemáticos. El primer Código que cumplimentó los requisitos de la cultura jurídica moderna fue el Código Civil Francés de 1804. Considerado modelo de Código se proyectó primero en Europa continental, para luego rebasar las fronteras del Imperio napoleónico y proyectarse en el continente americano.

Giovanni Tarello, al referirse a la especialización jurídica que sufrió el término Código, dentro del período moderno, brinda las características necesarias para la aplicación del término:

"un libro de reglas jurídicas organizadas según un sistema y caracterizadas por la unidad de materia, vigente para toda la extensión geográfica del área de una unidad política, dirigido a todos los súbditos o sujetos de la autoridad política estatal querido y publicado por esta autoridad, que abroga todo el derecho precedente sobre la materia por él regulada y por ello no integrable con materiales jurídicos vigentes y destinado a durar por mucho tiempo" (TARELLO 1995: 39)

Profundizando aún más y acorde con las enseñanzas de Pio Caroni (2000) debemos señalar a la escritura, la plenitud y la función unificadora como las notas relevantes de un Código en el siglo XIX. Nos detendremos brevemente en estos dos últimos aspectos. La vocación de comprender con su articulado todas las colisiones jurídicamente relevantes que pueden acaecer en el ámbito fáctico, es el argumento que utilizó el Código para legitimar su auto coronación como principal fuente del nuevo

⁴ Mensaje N°884 dirigido al Honorable Congreso de la Nación Argentina por el Poder Ejecutivo Nacional el 7 de junio del año 2012, disponible en <http://www.derecho.uba.ar>

ordenamiento jurídico. Esta pretendida función omnicompreensiva de la conflictividad y realidad social genera un interrogante: *¿Qué sucedió con aquellas instituciones que, existentes en el anterior sistema jurídico, no fueron reguladas por estos cuerpos normativos?* Este interrogante resulta fundamental para el análisis de la situación de los pueblos originarios en Argentina. En el sistema jurídico anterior al Código Civil, tanto el Derecho Indiano como el Derecho Patrio regularon las formas de propiedad de los indígenas. Por su parte la primer empresa codificadora argentina no reguló en artículo alguno esta forma de propiedad.

Es importante tener presente que ni en el título preliminar, ni en el articulado de los Códigos podremos encontrar algún dato sobre el paradero del mundo que estos Códigos negaron, especialmente cuando estos se proclamaron como el confín civilizatorio. (CLAVERO, 2000). No obstante las advertencias podremos inferir una tácita respuesta del legislador si centramos nuestra atención en ciertos enunciados que hicieron inválidas, o pretendieron hacerlo, ciertas leyes cuyas regulaciones no estuvieran contempladas en el articulado del Código, nos estamos refiriendo a las normas derogatorias. El empleo de este tipo de normas es una característica compartida por los Códigos modernos que confiaron en la performatividad thética⁵ de estos tipos de enunciados.

A este modelo e ideario codificador intentó responder Dalmacio Vélez Sarsfield, desde una posición ecléctica, con el código civil sancionado en 1869. No obstante la gran repercusión del ideario codificador y la idea del Código como epicentro del ordenamiento jurídico, estos cuerpos sistemáticos y autosuficientes comenzaron a tambalear. La crisis del Código puede explicarse, en parte, a partir de la gran proliferación normativa, como por ejemplo: los derechos sociales, los derechos de incidencia colectiva y los tratados de derechos humanos.

Comenzaremos a aproximarnos al proceso por el cual las obras codificadoras pierden su posición de centro mediante la propuesta de Natalino Irti de "*I' eta della decodificazione*": "*El periodo histórico que se abre con la segunda guerra mundial, será quizás recordado como la edad de la descodificación: de una cotidiana y penetrante conquista del territorio por parte de la ley especial*" (Irti 1979:26). Siguiendo el trabajo de Irti, la idea de una descodificación supone, como una de sus notas características, el papel corrosivo de la ley especial. Esta ley especial, a diferencia del Código, tiene como destinatarios, no al ciudadano sujeto de derecho producto de técnicas abstraccionistas, sino a una categoría especial de sujeto.

El Código sufrirá así lenta y paulatinamente una suerte de expropiación de la función de tutela. Esta expropiación tiene en relación a las fuentes del derecho, el efecto colateral de erosionar la posición central de la que gozaba el Código. Surgen así lo que el autor llama microsistemas "un pequeño mundo de

<http://passthrough.fw-notify.net/download/684527/http://www.infoleg.gov.ar/wp-content/uploads/2013/11/8842012.pdf>

⁵ Como bien explica Amedeo G. Conte cuando la enunciación de un enunciado realiza lo que el enunciado significa "*Koinzidenfall*" estamos ante el fenómeno que da origen a la teoría de la performatividad. Se pueden distinguir dos especies de performatividad, performatividad thética y performatividad athética. En el primer caso la performatividad de las enunciaciones que realizan un estado de cosas mientras que en la segunda la performatividad de las enunciaciones no realiza un estado de cosas sino un acto. Para el autor algunos ejemplos de performatividad thética son la revocación de un mandato, la absolución por parte de un juez, la promulgación, la derogación, entre otros (CONTE, 1994). Forma performativa, conferencia impartida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla el 28 de abril de 1994, Anuario de filosofía del derecho, XI, 1994, pág. 381-392.

normas de donde el intérprete puede ahora obtener principios generales y donde puede ahora descubrir una lógica autónoma" (IRTI 1979: 26).

Para ilustrar el caso argentino Ricardo Lorenzetti, ha planteado la existencia de un "big bang" legislativo que, además de la explosión del Código, ha generado la proliferación de microsistemas. En todos estos ámbitos rige una suerte de autonomía legislativa que tímidamente recibe la influencia del código (LORENZETTI, 1994).

Otro aspecto a tener en cuenta es el cambio que ha sufrido el rol del jurista y del juez, quienes empapados en la cultura jurídica del Código hoy se enfrentan a un panorama que les exige por un lado, ser especialistas de un microsistema y por el otro no perder de vista la relación que los microsistemas pueden tener con el derecho constitucional y el derecho internacional, tanto público como privado.

Desde la historia del derecho, Tomas y Valiente ha sostenido que en relación al Código más que de descodificación debemos hablar de "post-codificación". En ese sentido, el derecho no se descodifica, sino lo que sucede es una pérdida de vigencia del ideario codificador. Las ideas individualistas y liberales que forjaron estos Códigos han perdido su vigencia en la realidad social, pero los Códigos como cuerpos normativos continúan y su morfología es utilizada para la elaboración de leyes generales. Hay una continuidad morfológica, las leyes administrativas, tienen estructura de Código: divididas en capítulos, secciones, precedidas de un título preliminar (TOMÁS Y VALIENTE 1999). Esta idea del vaciamiento axiológico de los Códigos y su subsistencia como una simple técnica legislativa, nos incita a reflexionar sobre cuál es el contenido axiológico de un Código a comienzos del siglo XXI y por otra parte si la técnica legislativa codificadora es compatible con este contenido.

La crisis de los postulados y dogmas de la codificación es una realidad que no puede desconocerse y si bien ha sido abordada a través de distintas propuestas, la idea común que subyace es la erosión del Código. Algunos autores ven en esta crisis una nueva oportunidad para recuperar el antiguo papel del jurista. Libres de las ataduras del tecnicismo legalista los juristas pueden concebir al derecho más allá de los límites impuestos por la codificación.

Si consideramos la crisis del paradigma codificador como una oportunidad de cambio y de reelaboración de la función del jurista, la propuesta de una reunificación de los Códigos a comienzos del siglo XXI no puede dejar de ser problematizada. Siendo testigos de los silencios históricos del Código vale preguntarnos por qué volver a confiar en instrumentos jurídicos reduccionistas y abstraccionistas. El cuestionamiento se vuelve aún más fuerte cuando este tipo de herramientas se proponen como los instrumentos jurídicos acordes para la regulación de sociedades multiculturales. Específicamente el proyecto de unificación en Argentina fue planteado como un Código para una sociedad multicultural, el cual regula los derechos en consonancia con la Constitución Nacional. Esta última idea puesta en diálogo con los distintos tratados internacionales que regulan distintos aspectos de la vida de los pueblos originarios nos permite comenzar a advertir alguna de las inconsistencias de la propuesta.

Si bien el proyecto de Código fue objeto, en parte, de una depuración axiológica y visibilizó la existencia de los pueblos originarios en Argentina, la forma en que la propiedad de estos pueblos fue

regulada no es un reflejo de consonancia con el texto constitucional y los estándares internacionales, por el contrario significó la desjerarquización del derecho a la tierra y al territorio de los pueblos indígenas (RAMIREZ 2015).

La existencia de un diálogo con la historia del derecho a lo largo de este proceso de recodificación hubiese sido una experiencia esclarecedora. Porque a partir de sus reflexiones histórico jurídicas sobre el paradigma de la codificación, y en particular sobre la empresa codificadora de Dalmacio Vélez Sarsfield, podrían haberse aportado reflexiones que hubieran permitido problematizar y cuestionar una empresa codificadora en el siglo XXI.

III. Codificar a comienzos del siglo XXI

Conscientes ya de la crisis de los postulados de la codificación, resulta conveniente reflexionar sobre la pertinencia o no de codificar a comienzos del siglo XXI. Hemos asistido a un proceso de recodificación que planteó por un lado el vaciamiento de los postulados decimonónicos del Código y por el otro la continuidad de su morfología. Este proceso no ha sido acompañado de una reflexión que dé cuenta de los límites que presenta el Código como herramienta técnico-jurídica, ni de la experiencia codificadora en nuestro país. Esta reflexión es necesaria desde el momento que el concepto moderno de Código y sus notas características, no se corresponde con las necesidades del momento en el que la empresa de unificación y recodificación se llevó adelante.

Como se mencionó, la reflexión está dirigida a pensar si el Código es el instrumento jurídico más idóneo para dar respuestas a una sociedad compleja y multicultural como la presente en la actualidad. Si partimos de una cosmovisión decimonónica de Código, la respuesta será negativa, ya que volveríamos a caer en visiones reduccionistas y abstraccionistas que no contemplan la existencia de una sociedad conformada por sujetos que son sexual, cultural, física y económicamente distintos entre sí.

Vale entonces preguntarnos cuál es el concepto e idea de Código que subyace en el proceso de recodificación y unificación. Si nos remitimos a los mensajes oficiales, encontramos la idea de un Código no discriminatorio, de derechos individuales y a la vez de derechos colectivos regulados en consonancia con la Constitución Nacional. Si analizamos esta propuesta de Código a la luz de la realidad de los pueblos originarios, estas características se desdibujan e incluso desaparecen. Para el caso argentino el Código, tanto el de Vélez como el proyecto finalmente aprobado, por distintas razones no han sido herramientas jurídicas idóneas para lograr una regulación de la problemática indígena que satisfaga las necesidades que imponen los distintos contextos históricos en los que fueron elaborados.

Por ejemplo, el código de Vélez no contiene ninguna referencia a los "indios". Y si pensamos en el efecto, que hipotéticamente, tendría el enunciado derogatorio del art. 22⁶, la legislación de derecho

⁶ Artículo 22 del Código Civil: "Lo que no está dicho explícitamente o implícitamente en ningún artículo de este Código no puede tener fuerza de ley en derecho civil, aunque anteriormente una disposición semejante hubiera estado en vigor, sea por una ley general, sea por una ley especial".

indiano que regulaba la vida del indio no tendría más vigencia en lo que por aquel entonces se consideraba territorio argentino⁷.

A diferencia del primer Código, en un contexto completamente diverso, el proyecto remitido al congreso mediante el mensaje N° 844, no omitió sino que reguló expresamente aspectos sustanciales para los pueblos originarios, como por ejemplo su personería jurídica y su régimen de propiedad. En relación con estos puntos, es donde comienza a romperse el mito de un proyecto no discriminatorio, multicultural y consonante con la Constitución. Debe advertirse que no discriminar no consiste en regular frente a un pasado de silencios, sino justamente regular pero acorde con los lineamientos del derecho constitucional e internacional. Si no damos cuenta y no problematizamos la incorporación de la propiedad comunitaria indígena como derecho real, seguiremos reproduciendo prácticas que en realidad son discriminatorias. Aquí sería conveniente plantear el mismo interrogante que con respecto a la experiencia de Vélez, pero en el sentido inverso:

¿Qué sucede con aquellas instituciones, como la propiedad comunitaria indígena, que inexistentes en el anterior Código, fueron reguladas por este proyecto?

La respuesta a este interrogante podemos encontrarla a través de la lectura de los artículos del proyecto que regularon la propiedad comunitaria en consonancia con otras disposiciones sobre derechos reales, o bien recurriendo a algunas de las ponencias que se presentaron en las audiencias públicas⁸ que fueron celebradas en distintas ciudades del país.

Recorriendo el articulado del libro cuarto de los derechos reales⁹ la respuesta al interrogante sería: la propiedad comunitaria indígena es regulada desde un instrumento jurídico "el Código" y mediante una categoría jurídica ajena a las comunidades. Se parte del presupuesto que este tipo de vinculación entre el colectivo humano y la tierra es compatible con la categoría de derechos reales, sin percibir que el poderío, tanto económico como jurídico, que denota esta categoría no son rasgos perceptibles en las formas de relacionamiento que tienen los indígenas con el territorio que habitan.

Dentro de la definición que da el proyecto en el art. 2028 se establece que el asiento de este derecho real es un bien inmueble rural. La idea de asiento real como inmueble rural desconoce la realidad

⁷ En relación a la función abrogatoria del Código y la continuidad del derecho indiano conviene hacer algunas aclaraciones para no generar confusiones. Existe cierto consenso dentro de la historiografía jurídica hispanoamericana, sobre la significativa subsistencia de elementos propios de la cultura jurídica colonial durante, al menos, buena parte del siglo XIX. Algunas investigaciones sobre la administración de justicia en el siglo XIX, en la región de Córdoba, han puesto en evidencia el potencial explicativo de dicho enfoque, para comprobar los diversos modos de continuidad. Al mismo tiempo, los estudios localizados muestran que los tiempos de cambio no son los mismos, incluso entre los distritos de un mismo país. Considerando la importancia del "espacio local", dentro del análisis de la continuidad acaecida tras la emancipación y a lo largo de la primera mitad del siglo XIX en Argentina, Alejandro Agüero se ha preguntado ¿Hasta dónde llega aquella persistencia de la tradición jurídica localizada?. El autor sostiene que una primera respuesta a estas cuestiones pasa por el "argumento de la codificación", pero para constatarlo es necesario estudiar las prácticas desplegadas por las elites tradicionales en miras de un nuevo orden constitucional.

⁸ Durante el año 2012 se celebraron audiencias públicas en : Buenos Aires, la Plata, Neuquén, Rosario, Tucumán, Corrientes, Córdoba, Bahía Blanca, La Rioja, San Luis, La Matanza, Salta , Ushuaia, Partido de la Costa y Posadas.

⁹ Art. 2028: 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.

de miembros de comunidades que han emigrado a centros urbanos en búsqueda de una mejor calidad de vida.

Para poder gozar de este derecho es necesario contar previamente con la personería jurídica, exigencia que desconoce el carácter de persona jurídica de carácter público no estatal otorgado a los pueblos originarios por los tratados internacionales. Además este requisito perjudica a aquellas comunidades que no pueden cumplimentar el trámite, no obstante ser reconocidas como preexistentes por el texto constitucional.

En relación con el aprovechamiento de los recursos naturales se establece que el aprovechamiento por parte de terceros con incidencia en hábitats indígenas está sujeto a previa información y consulta a las comunidades. Resulta llamativo que se haga referencia a la consulta previa e indirectamente a las disposiciones del convenio 169 de la OIT¹⁰ ya que el proyecto ha desatendido este aspecto y ha regulado la propiedad comunitaria sin consulta previa de las comunidades.

A través de un diálogo entre el Código de Vélez y el proyecto presentado por el Poder Ejecutivo podemos advertir algunos de los límites que presenta el Código como herramienta técnico jurídica para la regulación de sociedades multiculturales. Una de ellas es la fuerte impronta metodológica de distinción entre derechos personales y derechos reales. Si bien existen diferencias importantes entre ambos textos esta distinción persiste y es a partir de esta clasificación que se vuelve a caer en una mirada que, en materia de derechos reales pone el acento en una relación de poder físico o señorío de la voluntad. Si tenemos en cuenta el contenido del art .1882 podemos advertir la continuidad de esta concepción: "El derecho real es el poderío jurídico, de estructural legal que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia y las demás previstas en este Código".

El proyecto de Código adolece de una comprensión inadecuada del derecho a la propiedad comunitaria indígena y lo regula desde una mirada privatista, la cual resulta claramente insuficiente para receptar derechos y conceptos que ya han sido debatidos, interpretados y que presentan una complejidad que no debe ser dejada de lado (RAMIREZ 2015). Aquí debemos advertir la incapacidad del Código para dialogar con instrumentos nacionales e internacionales que ya habían dotado de contenido a este tipo de propiedad.

Una reflexión histórico jurídica podría haber advertido sobre las incapacidades metodológicas del Código, ya que difícilmente un Código producto de una cultura jurídica europea puede regular sin desnaturalizar una idea de propiedad que se basa en una cosmovisión distinta de la privatista-patrimonialista. En relación con el contenido de la propiedad indígena la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en el fallo *Yakye Axa vs. Paraguay* de 2005 que "*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 estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende de su identidad cultural*".

Frente a la impertinencia del Código, comprender por qué se volvió a confiar en la codificación solo puede ser entendido a partir de la relevancia que adquiere para los operadores judiciales el Código Civil como herramienta privilegiada en sus decisiones (RAMIREZ 2015). Recorriendo el escenario de las audiencias públicas, es posible dar respuesta a este interrogante. A continuación se citan dos ponencias:

i. Audiencia celebrada en la ciudad de Córdoba¹¹ el día 4 de octubre de 2012:

La Comunidad Tulian mediante un representante expresó que el proyecto no se encuentra en consonancia con lo regulado en el art. 75 inc. 17 de la Constitución de la Nación y que su regulación reduce el alcance de los derechos ya consagrados. Como ejemplos de esa reducción se citó: "(...) la imposición de la figura tierra desconociendo el alcance del concepto ancestral de territorio para los pueblos originarios; (...) la ausencia de la consulta libre, previa e informada; (...) considerar la personería jurídica de las comunidades como entes de derecho privado, colocando los territorios en peligro de caer en manos de asociaciones civiles, ONGs u otros entes indigenistas que especulan con nuestra cultura, manipulan y desconocen nuestros derechos. El derecho al libre consentimiento fundamentado, previo e informado de los pueblos se ve relegado a un simple trámite de información y consulta. (...)”

ii. Audiencia pública celebrada en Buenos Aires el día 4 de septiembre de 2012:

La Sra. Ramírez puso de manifiesto las consecuencias de la incorporación de la propiedad comunitaria indígena como derecho real:

“(…), incorporarle la impronta de la propiedad privada, de nuestra tradición de Código Civil privatista, (...) ha fracasado completamente en constitucionalizar la propiedad comunitaria indígena. En realidad, este texto, (...) es inconstitucional, es ilegítimo y es inválido”.

Luego la autora interpela al Poder Legislativo manifestando que no puede desconocerse el compromiso internacional que tiene el Estado a partir de la vigencia de ciertos instrumentos internacionales, y concomitantemente brinda una alternativa frente al Código.

“(…) Ustedes refiriéndose al poder Legislativo (...) pueden extraer esos artículos del cuerpo del Código Civil, remitir a la Constitución y al Convenio 169, Declaración de Naciones Unidas y otros Instrumentos Jurídicos Internacionales, y pensar sí en un proyecto de ley que sea consultado como corresponda y que tenga mínimamente los requisitos que hoy demandan las reivindicaciones territoriales indígenas (...)”¹² A partir de la lectura de estos testimonios puede percibirse que: subsumir esta propiedad, a los principios de los derechos reales, es tan peligroso como desconocerla, ya que no se respeta una concepción de la relación hombre y territorio, basada en una cosmovisión culturalmente distinta a la impuesta por la lógica del paradigma codificador. Dotar a la propiedad indígena del ropaje jurídico de los derechos reales significa someter a esta propiedad a sus reglas y a

¹⁰ Argentina aprobó mediante la ley N 24.071 el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

¹¹ La versión completa se encuentra disponible en: <http://ccycn.congreso.gob.ar/ponencias/cordoba/>.

¹² La presentación se encuentra disponible en:

http://ccycn.congreso.gob.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/buenosaires/pdfs/009_AADI.pdf.

las reglas del título preliminar del Código. Además no se puede dejar de considerar que esta regulación no fue consultada previamente a las comunidades incumpliendo con lo normado en el convenio 169 de la OIT. Teniendo en cuenta que no se cumplió con el mecanismo de consulta previa el proyecto carece de la pretendida consonancia con la Constitución Nacional.

IV. Conclusiones

A finales del siglo XIX la plenitud, la sistematicidad y la función unificadora hicieron del Código la herramienta jurídica idónea para concretar, o por lo menos contribuir a alcanzar, el anhelo de la uniformidad normativa. A ciento cuarenta años de la entrada en vigencia del primer código civil de la república argentina, y en un contexto caracterizado por la proliferación de legislación especial e incorporación de derechos humanos al texto constitucional, el Poder Ejecutivo impulsó un proceso de actualización y unificación de los códigos civil y comercial de la nación.

En un momento histórico completamente diverso del que impulsó y vio nacer a las grandes obras codificadoras, y no obstante el proceso de descodificación - post-codificación al que se han visto sometidos los frutos de la codificación decimonónica, se volvió a ver en estos cuerpos la vía de concretar un anhelo jurídico: la regulación normativa de la sociedad. A diferencia del código de Vélez, que pretendió desde lo formal borrar las diferencias de la sociedad estamental colonial, este proyecto se presentó como el medio adecuado para regular una sociedad multicultural.

La falta de problematización del Código como herramienta de regulación de la diversidad puede explicarse, por un lado, por la fuerte impronta que posee el Código para los operadores jurídicos formados en una cultura de Código y, por otro por la ausencia de un análisis histórico jurídico. La historia del derecho como disciplina es rica en los debates sobre los procesos de codificación desarrollados en Europa y América. Los trabajos históricos jurídicos permiten reflexionar sobre los resultados de estas obras así como sus límites¹³.

En una realidad latinoamericana caracterizada por la multiculturalidad el tema de los pueblos originarios y su regulación jurídica no puede dejar de debatirse. En Argentina la reforma constitucional de 1994 reconoció la preexistencia y derechos de las comunidades, entre ellos el derecho al territorio. En relación a este tema, el proyecto de Código en un contexto completamente distinto al primero dio tratamiento expreso a este tema a través de la incorporación de la propiedad comunitaria indígena como un derecho real. Mediante este ropaje jurídico la vinculación de los pueblos originarios con sus tierras fue desnaturalizada y reducida a una categoría patrimonialista. El contenido de esta forma de propiedad desarrollado por instrumentos internacionales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la propia Constitución Nacional no fueron receptados por el proyecto. Esta falta de diálogo muestra que el proyecto no estaba en consonancia con el texto constitucional.

¹³ Sobre codificación ver los trabajos de Pio Caroni: *Escritos sobre la Codificación y Lecciones de Historia de la Codificación*.

Los límites del Código, ya sean metodológicos como comunicacionales, podrían haber sido advertidos y cuestionados desde un análisis histórico que diera cuenta de las ideas centrales del paradigma codificador como fueron el papel central del Código como fuente del derecho y la división metodológica entre derechos reales y personales.

Si la regulación y tratamiento de esta temática no es problematizada corremos el riesgo de no percibir que al regular la propiedad comunitaria indígena como un derecho real se está desconociendo la diferencia de concepciones que existe entre la lógica privatista civil y la de las comunidades. Frente a la imagen mítica del Código no advertimos su paradoja, en otras palabras no advertimos que cuando el proyecto de código pretendía no discriminar y visibilizar a los pueblos originarios en realidad los estaba discriminando e invisibilizando.

V. Bibliografía

- AGÜERO A (2013), "Formas de continuidad del orden jurídico. Algunas reflexiones a partir de la justicia criminal de Córdoba (Argentina), primera mitad del siglo XIX ", *Nuevo Mundo Mundos Nuevos* [En línea], Debates, Puesto en línea el 23 marzo 2010, consultado el 21 junio 2013. URL : <http://nuevomundo.revues.org/59352> ; DOI : 10.4000/nuevomundo.59352.
- CARRASCO M., LOMBRAÑA A., OJEDA N., RAMIREZ S. (Coord), (2015) *II Jornadas de debate y actualización en temas de antropología jurídica*, 1ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Eudeba, 2015.
- CARONI P. (2000) *Escritos sobre la codificación*, Madrid, Dykinson, 2000.
- CARONI P. (2003) *Lecciones de Historia de la Codificación*, Madrid, Dykinson, 2003.
- CLAVERO B. (2000) *AMA QUILLA, ABYLA YALA. Constituyencia Indígena y código ladino por América Latina*, Madrid, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- CONTE AMEDEO G. (1994) "Forma performativa" conferencia impartida en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla el 28 de abril de 1994, *Anuario de filosofía del derecho*, XI, 1994, pág. 381-392.
- CORRAL TALCIANI H. (2005) "La descodificación del Derecho Civil en Chile, en El Código Civil de Chile (1855-2005)" .Trabajos expuestos en el Congreso Internacional celebrado para conmemorar su promulgación , Santiago , 3-6 de octubre de 2005, Alejandro Guzmán Brito edt, Lexis Nexis , pág. 641-651.
- FRONTERA J. (2007) "La descodificación cómo síntoma de la historicidad del derecho", en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, Año I, Número 1, Invierno 2007, pág. 224-231.
- IRTI N.(1979) *L`età della decodificazione*, Milano, Giuffré, 1979.
- LORENZETTI R (1994) "La descodificación y fractura del Derecho Civil", *Revista Jurídica Argentina La Ley*, t 1994 D, Buenos Aires, 1994.
- TARELLO G.(1995) *Cultura Jurídica y política del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- TOMÀS Y VALIENTE F. (1999) *Códigos y Constituciones*, Madrid, Alianza, 1999.