

Formosa, 22 de Agosto de 2012

**Al Presidente de la Comisión Bicameral para la
Reforma, Actualización y Unificación de los
Códigos Civil y Comercial de la Nación**

Actualmente existe un proyecto de reforma y actualización, que a su vez unifica los códigos Civil y Comercial, con estado parlamentario. Si bien, es de advertirse la necesidad de esta reforma, pues nuestro Código Civil, fue sancionado mediante ley N° 340, en 1869. Aunque desde ese entonces han habido reformas o modificaciones parciales, muchas de sus instituciones han quedado desactualizadas y a su vez han surgido nuevos hechos y actos de incidencia jurídica que merecen ser regulados.

Es así, que mediante el decreto presidencial N° 191 del 23 de febrero de 2011 se creó la *“Comisión para la elaboración del Proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación”*.

El anteproyecto elaborado fue presentado al Poder Ejecutivo, el que lo ingresó en el mes de junio al Senado para ahora ser considerado por la comisión bicameral que Ud. preside. Este grupo de trabajo tiene 90 días desde su conformación para emitir el dictamen del proyecto que, entre otras cuestiones, realiza cambios en lo referente a matrimonio, divorcio, adopción, reproducción humana asistida, sociedades, y la propiedad de los pueblos originarios.

Y es particularmente: la propiedad de los pueblos originarios y otras normas relacionadas que afectan a los derechos indígenas como el de la personería jurídica o la consulta, los que nos inquietan en forma especial.

El Equipo Nacional de Pastoral Aborígen que desde varias décadas viene acompañando en la defensa y reclamos de reivindicación de sus

derechos a los diferentes pueblos indígenas de todo el país, por la presente **MANIFESTA SU PREOCUPACIÓN POR ESTE PROCESO DE REFORMA, ACTUALIZACIÓN Y UNIFICACIÓN DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y COMERCIAL**, que al intentar incorporar la regulación de los derechos indígenas, no respeta los derechos de consulta y participación de los Pueblos Originarios, tal como lo prevé nuestro bloque de constitucionalidad conformado por nuestra Constitución Nacional y numerosos tratados internacionales de derechos humanos con igual jerarquía constitucional (Art.75 Inc. 17 y 22); por el Convenio 169 de OIT (Art. 6 y cctes); la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Art. 19) y a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que han significado un gran avance para estos derechos especiales¹ en el ámbito internacional de los derechos humanos.

En consecuencia el 29 de Julio del corriente año hemos emitido un comunicado difundiendo nuestra posición:

...”Manteniendo firme nuestras convicciones y observando que este acto de gobierno va a afectar los Derechos de los Pueblos Originarios, el mismo debió previamente someterse a un proceso de consulta que no se efectivizó, hecho éste que primariamente lo invalida.

Que si bien hemos observado que el proyecto de ley ha visibilizado la existencia de las Comunidades Originarias y sus derechos, al no ser consultadas, al mismo tiempo atenta contra la identidad, espiritualidad, cosmovisión y la libre determinación de los Pueblos Originarios cuyos derechos no pueden ser reglamentados por el Código Civil.

Los Derechos Indígenas pertenecen a la rama del derecho público, y como tal, deben ser respetados: los Pueblos Originarios son sujetos de Derechos, su propiedad comunitaria no puede ser enmarcada como un derecho

¹ Quiroga Lavié, Miguel Angel Benedetti y María de las Nieves Cenicacelaya. Derecho Constitucional Argentino Tomo I , editores Rubinzal – Culzoni – 24 de Abril de 2001. Pág. 323 a 343. El tratamiento diferencial a través de estos derechos especiales se justifica por sus fuertes vínculos culturales forjados a través de los tiempos anteriores a la formación de nuestra Constitución histórica y por el prolongado y continuo desprecio que los despojó de sus vidas, tierras y costumbres hasta colocarlos en las deplorables condiciones actuales.

patrimonial; por ello es que expresamos nuestra disconformidad con la incorporación de estos derechos en el proyecto de ley mencionado.

Solicitamos que se cumplan con las disposiciones establecidas en la Constitución Nacional y Tratados Internacionales, claramente no respetados en este acto de gobierno, y se haga efectivo los normado por nuestra constitución que establece que vivimos en un país pluriétnico y multicultural²”.

A continuación iremos explicando los fundamentos de nuestra posición:

I. Proyecto invalido por falta de consulta a los Pueblos

Originarios: Hasta el momento, este proyecto de ley en lo que hace a los intereses y derechos de los pueblos indígenas ha incurrido en una grave y perjudicial omisión primaria al no haberse consultado a los Pueblos Originarios³. En estas condiciones no puede seguir siendo tratado y aprobado, pues se estará convalidando un proceso irregular, inconstitucional y contrario a los derechos humanos de estos Pueblos.

Por ello instamos SE INICIE UN PROCESO DE CONSULTA A LOS PUEBLOS INDIGENAS MEDIANTE PROCEDIMIENTOS ADECUADOS, EN FORMA PREVIA, LIBRE, INFORMADA Y DE BUENA FE conforme a los principios democráticos y conforme al derecho a la participación reconocida en la Constitución y desarrollados en los Arts. 6,7 15 del Convenio de la OIT en los lugares donde se encuentran las comunidades indígenas, conforme al principio de intermediación (como lo faculta el art. 2 del Reglamento para las Audiencia

² Código Civil: Alertan que su reforma afectará a pueblos originarios. Publicado en AICA. Lunes 30 de Julio de 2012.

³ REFLEXIONES ANTE EL PROYECTO DE REFORMA Y UNIFICACION DEL CODIGO CIVIL Y CODIGO DE COMERCIO. En la ciudad de Resistencia reunidos los días 8 y 9 de agosto miembros de comunidades y organizaciones indígenas, Instituciones que acompañan a los Pueblos Originarios, Organismos de Derecho Humanos, de la Provincias de Misiones, Chaco, Formosa, Santa Fe, Buenos Aires y Salta. Organizaciones Indígenas: Interwichi. Federación de Comunidades del Pueblo Pilagá. Consejo Indígena del Oeste. Asociación Meguesoxochi. Movimiento Moqoit – Asociación Rexat. Qom de la Leonesa. Qom de Pampa del Indio. Estudiantes Qom de Abogacía de la provincia de Chaco. Jum. Ocastafe. Acina Asociación Amigos del Aborigen. Incupo (Instituto de Cultura Popular). Redaf (Red Agroforestal). ENDEPA (Equipo Nacional de Pastoral Aborigen). APCD (Asociación para la Promoción de la Cultura y el Desarrollo) Las Lomitas. Servijupi (Servicio Jurídico de Pueblos Indígenas del Centro Oeste de Formosa). Eprasol (Equipo para la Promoción y el Acompañamiento Solidario) Ing. Juárez. Edipa Fsa. (Equipo Diocesano de Pastoral Aborigen Formosa). ASOCIANA (Salta). APDH (Bs. As.).

de la Comisión Bicameral⁴): garantizando la presencia de las comunidades y sus representantes. Esta petición conforme a derecho es posible ya que en otras iniciativas legislativas, como ha sido la Ley N° 26522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, y la Ley 26.618 de Matrimonio Igualitario, se garantizó la participación de la ciudadanía, este principio de igualdad se requiere conforme al respaldo supra – legal invocado.

Igualmente a falta de regulación interna del procedimiento de consulta la Corte Interamericana de justicia ha dicho recientemente: “...*el Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para poner plenamente en marcha y hacer efectivo, en un plazo razonable, el derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas y tribales y modificar aquellas que impidan su pleno y libre ejercicio, para lo cual debe asegurar la participación de las propias comunidades*” (Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador⁵).

Consideramos que una consulta a los pueblos originarios no puede reducirse a una mera exposición de opiniones, en una sola reunión. La consulta es un proceso de diálogo intercultural que implica dinámicas de construcción horizontal y respetuosa de los tiempos de esos pueblos.

Tiene dicho el Art.6 del Convenio 169 de la OIT: “1.: Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) 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;...c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.. 2. Las consultas llevadas

⁴ <http://ccyn.congreso.com.ar> Art. 2 del Reglamento de las Audiencias: Lugar: la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación realizará la Audiencia en el lugar o los lugares que indique la conveniencia de los intereses públicos a tratar.

⁵ Corte Interamericana de derechos Humanos. **PUEBLO INDIGENA KICHWA DE SARAYAKU Vs. ECUADOR**. Sentencia del 27 de Junio del 2012. Párrafo 301 de la sentencia. Pág. 89. “Con respecto al ordenamiento jurídico interno que reconoce el derecho a la consulta previa, libre e informada, la Corte ya ha observado que, en la evolución del corpus juris internacional, la Constitución ecuatoriana del año 2008 es una de las más avanzadas del mundo en la materia. Sin embargo, también se ha constatado que los derechos a la consulta previa no han sido suficiente y debidamente regulados mediante normativa adecuada para su implementación práctica. Por ende, bajo el artículo 2 de la Convención Americana”...

a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

En idéntico sentido el Art. 19 de la Declaración de la Naciones de las Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas dice “*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*”.

Por lo expuesto es imprescindible garantizar una participación real y efectiva de todos los pueblos conforme a los instrumentos internacionales y a la Constitución, bajo pena de ser nulo el proyecto en cuestión. De consumarse su incumplimiento, comprometería además la responsabilidad internacional del país⁶.

II. El lugar que tienen los Derechos Indígenas en el proyecto de reforma del Código Civil: En este punto haremos iremos analizando el contenido del proyecto en concordancia con la Constitución Nacional⁷ y los Tratados Internacionales que regulan el derecho indígena.

a) El artículo 18⁸ del proyecto es el primero que se refiere a los “**Derechos de las comunidades indígenas**” en el se dispone que: “Las comunidades indígenas con personería jurídica reconocida tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de sus tierras...” de esta manera se limita o disminuye el contenido de los derechos reconocidos por la constitución nacional en al Art. 75 Inc. 17,

⁶ BENEDETTI, Miguel Ángel. “Recolonizando la diferencia: la “propiedad indígena” en el proyecto de unificación de códigos de fondo de derecho privado”. Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella, publicación electrónica semestral dirigida por Roberto Gargarella. <http://www.http://www.utdt.edu>

⁷ Constitución de la Nación Argentina. Santa Fé . Paraná 1994. Marzo 1997. Pág. 31. **Artículo 75 inc . 17 de la Constitución Nacional:** “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 afectan. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.”

⁸ <http://www.nuevocodigocivil.com> 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.

que impone como deber del estado el reconocimiento de las personerías jurídicas de las comunidades, siendo esta norma operativa. La constitución reconoce como sujeto de derechos a los pueblos indígenas y en la enunciación de derechos que realiza se encuentra el deber impuesto al Estado de: “reconocer la posesión y propiedad comunitaria de la tierras que tradicionalmente ocupan”, sin la limitación que impone el proyecto.

Más adelante el mismo artículo del anteproyecto sigue limitando el contenido de los derechos indígenas al expresar: ...”según se establece en el Libro Cuarto, Título V, de este Código...”, es decir que remite a la parte del código que regula los derechos reales, donde se ubicó a la propiedad indígena y en la cual se siguen despojando de sus atributos propios, reconocidos por la constitución nacional y los tratados internacionales de Derechos Humanos.

b) **Personería jurídica**: El Art. 148⁹ Inc. h) del anteproyecto menciona a las “comunidades indígenas” como personas jurídicas de derecho privado al igual que: las sociedades, asociaciones civiles, simples asociaciones, mutuales, cooperativas y el consorcio de propiedad horizontal.

De este modo se desconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos originarios que la constitución reconoce (Norma superior). Puesto que al ser preexistente al Estado nacional al igual que las provincias o que la iglesia católica, deben ser reconocidas las comunidades originarias como personas jurídicas de derecho público. La norma constitucional es operativa¹⁰ y ya impone en cabeza del Estado nada más y nada menos que “el reconocimiento de las personerías jurídicas de sus comunidades”, es decir que de ningún modo este reconocimiento será constitutivo sino declarativo por que de lo contrario no sería un “reconocimiento”.

Así este proyecto se vuelve totalmente contradictorio a nuestra ley fundamental, que reconoce la preexistencia de los pueblos, es decir que existen desde antes que fuera

⁹ <http://www.nuevocodigocivil.com> 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.

¹⁰ Quiroga Lavié, Miguel Angel Benedetti y María de las Nieves Cenicacelaya. Derecho Constitucional Argentino Tomo I , editores Rubinzal – Culzoni – 24 de Abril de 2001. Pág. 323 a 343

conformado el Estado Argentino, disponiendo que los mismos necesiten de un acto administrativo de ese mismo estado para su reconocimiento como tales.-

Al regularse la como persona jurídica de derecho privado, significará que las comunidades deberán cumplir una serie de trámites previos como cualquier asociación o sociedad por ej, que no tiene nada que ver con el modo propio de organizarse y que dependerá de su cumplimentación su reconocimiento o no como tal “desde ese momento”. Además se aumenta la dependencia con el poder “estatal” de turno que le deba otorgar la personería jurídica que por otro lado afectará seguramente la autonomía indígena.

Nuevamente se coarta el contenido del derecho indígena, desconociéndose que el marco propio en que se deben desenvolver las relaciones entre el Estado y los Pueblos indígenas es de derecho público.

C) Propiedad comunitaria indígena: Y aquí llegamos al punto más álgido en el proyecto, a continuación iremos analizando artículo por artículo:

En el Libro Cuarto que se refiere a los Derechos Reales incluye en el Título V: “De la Propiedad Comunitaria Indígena”, y ya antes en el capítulo I, cuando enumera a los derechos reales el art. 1887.

Así el art. **1887¹¹** enumera cuales serán los derechos reales en el nuevo código y luego del dominio (derecho real por excelencia) y el condominio se incluye a la propiedad comunitaria indígena al igual que otros derechos reales que enumera posteriormente como los conjuntos inmobiliarios y el tiempo compartido.

De este modo se incluye a la propiedad comunitaria indígena dentro de la categoría de los derechos reales que en el campo del derecho son clasificados a su vez como derechos patrimoniales. Quedando totalmente excluido de su contenido: la especial relación cultural, espiritual e identitaria que tienen los pueblos

¹¹ <http://www.nuevocodigocivil.com> ARTÍCULO 1887.- **Enumeración.** Son derechos reales en este Código: a) el dominio; b) el condominio; **c) la propiedad comunitaria indígena;** d) la propiedad horizontal; e) los conjuntos inmobiliarios; f) el tiempo compartido; g) el cementerio privado; h) la superficie; i) el usufructo; j) el uso; k) la habitación; l) la servidumbre; m) la hipoteca; n) la anticresis; ñ) la prenda.

indígenas con su territorio¹², por lo que el derecho de propiedad indígena de ningún modo se agota en lo patrimonial o económico, es mucho más amplio. Distinguiéndose totalmente de la propiedad privada.

En este sentido es necesario aclarar que según nuestro ordenamiento jurídico el derecho real, que es un derecho económico y patrimonial, implica la relación directa de un sujeto sobre un objeto, por el cual el sujeto ejerce un poder o señorío sobre la cosa. Eso significa ser titular de un derecho real como el dominio (propiedad privada).

Mientras que desde la concepción de la propiedad indígena para los pueblos originarios no es que la tierra les pertenezca sino que ellos le pertenecen a la tierra. En ese sentido el modo de ejercer la posesión “en muchos casos casi imperceptible” será también diferente al del modo occidental de ejercerlo. Pero en este proyecto no se hace distinción alguna y se aplican las mismas normas en ambos casos, limitando en consecuencia enormemente el reconocimiento de los derechos posesorios de las comunidades.

Siguiendo con el articulado: El artículo **2028**¹³ conceptualiza a la propiedad comunitaria indígena: como un “derecho real que recae sobre un inmueble rural... “Es un concepto totalmente limitado por lo explicado anteriormente con respecto a los derechos reales y porque no reconoce el derecho de propiedad a las comunidades que viven en sectores urbanos y periurbanos. Además no se habla de tierras ni de territorios conforme a la Constitución Nacional, al convenio 169 de la OIT¹⁴, ni a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

¹² Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas: art. 25: “Los pueblos Indígenas tienen derechos 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 y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumbe para con las generaciones venideras”.

¹³ <http://www.nuevocodigocivil.com> 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.

¹⁴ <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/lima/publ/conv-169/convenio.shtml> Convenio 169 de la OIT. Art. 13- 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

Al disponer que la propiedad comunitaria únicamente “esta destinada a la preservación de la identidad cultural y el hábitat de las comunidades” se reduce su amplitud y no la considera como elementos integrantes de la cosmovisión indígena.

Igualmente al circunscribirlo como el derecho que recae sobre un inmueble no reconoce el derecho a la propiedad indígena sobre cosas muebles o bienes inmateriales.

El artículo 2029¹⁵ habla de la titularidad de la propiedad indígena y en los distintos artículos del proyecto nunca se refiere a los pueblos indígenas, sino de comunidades indígenas. Aquí se dispone que con la extinción de la comunidad se extingue el derecho de propiedad indígena y nuevamente nos encontramos ante la injerencia estatal: pues si la comunidad desaparece el inmueble quedaría sin dueño y pasaría a formar parte del dominio privado del estado.

El art. 2030¹⁶ vuelve a repetir la misma característica que el artículo anterior al referirse a la representación legal de la comunidad: “La comunidad debe decidir su forma interna de convivencia y organización social...el sistema normativo interno debe sujetarse a los principio 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 de asuntos indígenas”. De este modo se posibilita la inmiscusión del estado en los asuntos internos de la comunidad. Asimismo dejarían de tener valor las personerías jurídicas provinciales que en muchos es la única que han obtenido las comunidades. Y volvemos al principio: los derechos a la propiedad y posesión comunitaria tendrían únicamente la comunidades con personería jurídica reconocida.

totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

¹⁵ <http://www.nuevocodigocivil.com> 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

¹⁶ <http://www.nuevocodigocivil.com> 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 establecen 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.

En el art. 2031¹⁷ se hace referencia a los modos de constitución de la propiedad comunitaria en varios incisos, en total contradicción con el derecho constitucional: que habla del “reconocimiento la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan¹⁸”, este es fundamento constitucional por el que el título de la propiedad indígena debe ser declarativo y no constitutivo. Por lo que los modos b) por usucapión, c) por actos entre vivos y tradición y d) por disposición de última voluntad son inconstitucionales.

Si bien el inc. a) se refiere “por reconocimiento del Estado nacional o de los Estados provinciales de la posesión inmemorial comunitaria”, aquí se vuelve a modificar la terminología que utiliza la constitución nacional “de las tierras que tradicionalmente ocupan¹⁹”, es decir que nuestra ley suprema se refiere a las tierras ocupadas de acuerdo a su modo tradicional. Así la posesión inmemorial comunitaria aparece limitando este derecho únicamente a las comunidades que cumplen este requisito.

En el último párrafo de este artículo aparece nuevamente la intromisión o dependencia estatal al referirse que en todos los casos para ser oponibles a terceros será necesaria su inscripción registral.

El art. 2032²⁰ se refiere a los **caracteres** de la propiedad indígena: comienza diciendo que es perpetua y exclusiva, cuando en realidad esos son caracteres propios del derecho real de dominio. En la propiedad indígena hay espacios comunes y modos de uso comunitarios, por lo tanto no siempre hay exclusividad.

¹⁷<http://www.nuevocodigocivil.com> 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

¹⁸ Art. 75 inc. 17

¹⁹ <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/lima/publ/conv-169/convenio.shtml> Convenio 169 de la OIT. *Artículo 14-* 1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes. 2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. 3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

²⁰ <http://www.nuevocodigocivil.com> 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.

Luego dice que es indivisible e imprescriptible, no puede formar parte del derecho sucesorio.

En ningún momento se hace referencia a “que las tierras deban ser aptas y suficientes”, por lo que le quita las cualidades fundamentales que la constitución reconoce a la propiedad comunitaria y nos lleva a concluir que los “inmuebles” sobre los que recaiga la propiedad indígena no sean suficientes en calidad ni en cantidad.

El art. 2034²¹ completa los caracteres, pero formulados como Prohibiciones: “La propiedad indígena no puede ser gravada con derechos reales de garantía. Es inembargable e inejecutable por deudas” éstos si expresados en la constitución. Aunque en ninguno de estos artículos se hayan referidos a su inenajenabilidad.

Pero en el art. 2033²² cuando se habla de las facultades dispone que “puede ser gravada con derecho reales de disfrute siempre que no la vacíen de contenido...” cuando el art. 75 inc 17 dispone que no podrá ser susceptible de gravámenes. No está demás decir que a través de esta norma se podrán imponer ciertas limitaciones o restricciones a la propiedad indígena como una servidumbre, siendo esto inconstitucional.

El mismo artículo continua diciendo: “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”. Sin embargo sabemos que muchas comunidades indígenas no siempre habitan en el mismo lugar y el modo de ocupación es a veces intermitente pero es conforme a su modo tradicional de ocupación. Además: que sucedería con las comunidades que han sido desalojadas, despojadas de su territorio?

Recursos Naturales:

²¹ <http://www.nuevocodigocivil.com> ARTÍCULO 2034.- **Prohibiciones.** La propiedad indígena no puede ser gravada con derechos reales de garantía. Es inembargable e inejecutable por deudas.

²² <http://www.nuevocodigocivil.com> 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.

El art. 2035²³ se refiere al aprovechamiento de los recursos naturales y a la consulta.”El aprovechamiento de los recursos naturales por parte del Estado o de los particulares con incidencia en los hábitats indígenas está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas”.

Por una parte al igual que en otros artículos se repite la ambigüedad y la contradicción, porque por un lado no queda claro si se refiere a los recursos que están en propiedad indígena o que estando fuera de ella incida en la misma. Y si se refiere al primer supuesto estaría en franca contradicción con la última parte del art. 2033 que impide la transferencia de su explotación a terceros.

Únicamente hace referencia al aprovechamiento por parte del Estado o de los particulares y no dice nada, en relación a la participación en el aprovechamiento por parte de las comunidades o pueblos indígenas, tampoco hace referencia al derecho de reparación en caso de que haya daño.

Además con respecto a la consulta, defectuosamente se refiere como que el proceso de consulta lo puede realizar tanto el Estado como un particular, cuando conforme al Convenio 169 de la OIT, la Declaración de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas y en conformidad con ellos la Corte Interamericana de Justicia²⁴, éste debe ser realizado por el Estado. Se queda en la información y consulta y no avanza con el consentimiento libre previo e informado conforme Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

El art. 2036²⁵, que es el último de este artículo se refiere a que en todo lo que no sea incompatible, se aplican subsidiariamente las disposiciones

²³ 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.

²⁴ Corte Interamericana de derechos Humanos. **PUEBLO INDIGENA KICHWA DE SARAYAKU Vs. ECUADOR.** Sentencia del 27 de Junio del 2012. Puntos Resolutivos. Pág 101 “3. El Estado debe consultar al Pueblo Sarayaku de forma previa, adecuada, efectiva y de plena conformidad con los estándares internacionales aplicables a la materia, en el eventual caso que se pretenda realizar alguna actividad o proyecto de extracción de recursos naturales en su territorio, o plan de inversión o desarrollo de cualquier otra índole que implique potenciales afectaciones a su territorio, en los términos de los párrafos 299 y 300 de esta Sentencia. 4. El Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para poner plenamente en marcha y hacer efectivo, en un plazo razonable, el derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas y tribales y modificar aquellas que impidan su pleno y libre ejercicio, para lo cual debe asegurar la participación de las propias comunidades, en los términos del párrafo 301 de esta Sentencia”.

²⁵ <http://www.nuevocodigocivil.com> ARTÍCULO 2036.- **Normas supletorias.** En todo lo que no sea incompatible, se aplican subsidiariamente las disposiciones referidas al derecho real de dominio.

referidas al derecho real de dominio. Es decir que nos remite a las normas que regulan el derecho real por excelencia: el dominio, es decir que al asimilar, equiparar aniquilan la propiedad indígena.

Este es un proyecto que no fue consultado a los Pueblos Indígenas, de allí todos sus defectos al no respetar el derecho a la libre determinación de los pueblos, afectando sus derechos territoriales, su identidad. Al incorporar los derechos indígenas en el código Civil se ha encorsetado, limitado, disminuido su contenido en contradicción a lo establecido en la Constitución Nacional, los tratados internacionales de derechos humanos, el Convenio 169 de la OIT y de llegar a consolidarse a través de su sanción significará un importante retroceso para los derechos humanos de los Pueblos Indígenas.

Se impondría nuevamente un régimen de tutelaje jurídico²⁶ donde el Estado como único productor del derecho asimila o integra a la diversidad que es la que se tiene que adaptar a sus leyes.

Solicitamos a esta Comisión, se cumpla con el plexo normativo vigente en nuestro país. Pedimos se consulte a los pueblos, los mismos tienen el derecho a participar en la toma de decisiones que los afecta dado que nos encontramos en un país pluriétnico y multicultural como lo establece nuestra Constitución Nacional.



Pbro. Ponciano Acosta
Coordinador Nacional ERIDEPA
Secretario Ejecutivo CEPA

²⁶ YRIGOYEN FAJARDO Raquel Z.. Instituto Internacional de Derecho y Sociedad- IIDS. Lima, enero de 2009. Pág. 1: Los derechos de decisión autónoma o libre determinación del desarrollo, participación, consulta previa e informada hacen parte de un corpus de derechos colectivos enmarcados en nuevos principio de relación entre los estados y los pueblos indígenas, los cuales rompen con la tradición tutelar anterior. Antes de este nuevo marco de derechos, los estados consideraban que los territorios donde habitaban pueblos originarios, y los pueblos mismos estaban bajo su dominio y tutela y, por ende, bajo su sola decisión. De ahí las políticas de asimilación, integración forzosa e incluso de desaparición física y cultural que caracterizaron eras pasadas...

