

Buenos Aires, 22 de agosto de 2012

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

Sr. Marcelo Jorge FUENTES

S / D:

De nuestra consideración:

Nos dirigimos a usted en representación del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) con el objeto de transmitirle nuestro interés en participar del debate en relación con la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación.

Sin lugar a dudas, se trata de una iniciativa de enorme trascendencia y responsabilidad institucional pues, aún con las sucesivas reformas realizadas, el Código Civil vigente en Argentina data de 1871 y, en consecuencia, adolece de una profunda inadecuación de muchos institutos jurídicos a las características y necesidades de nuestro tiempo.

No obstante, creemos que el proyecto de ley de reforma enviado por el Poder Ejecutivo (expediente 57/12) propone una serie de modificaciones sobre las que, como organización que vela por la protección de los derechos humanos y el fortalecimiento del sistema democrático de gobierno, debemos llamar la atención.

1. INTERÉS DEL CELS EN LA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

El CELS es una organización no gubernamental que desde 1979 se dedica a la promoción y protección de los derechos humanos, el fortalecimiento del sistema democrático y el Estado de derecho en Argentina. Para llevar adelante esa tarea desarrolla sus actividades especialmente desde el punto de vista técnico-legal.

Es un objetivo central de nuestra organización promover e impulsar la utilización de los tribunales locales para un pleno ejercicio de los derechos fundamentales a través de la aplicación de los estándares internacionales de derechos humanos. Asimismo, el CELS promueve reformas legislativas para mejorar el funcionamiento de la justicia tanto a nivel nacional como provincial.

Consideramos que la reciente presentación del proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la

Nación representa una oportunidad inmejorable para colocar la legislación interna en sintonía con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino. Por ello es importante que las modificaciones que se agreguen sean compatibles con el derecho internacional de los derechos humanos.

Y en este sentido, entendemos que resulta fundamental la incorporación de la óptica desde el derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito civilista, al tiempo que incorporar en su regulación una visión plural, diversa y de mayor equidad entre las personas.

Por lo tanto, queremos acercar a esta Comisión argumentos para introducir regulaciones pendientes en temas tales como: 1) derechos de las personas con discapacidad psicosocial, 2) derecho a la vivienda y a la tierra, 3) derecho humano al agua, 4) libertad de expresión, 5) daños sufridos por las personas privadas de libertad, 6) imprescriptibilidad de las acciones derivadas por crímenes de lesa humanidad, 7) relaciones parentales, 8) autonomía de la mujer, ejercicio de la patria potestad y la existencia de la persona humana y 9) derechos de las comunidades indígenas.

2. INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS AL DERECHO INTERNO.

En primer lugar, cabe señalar que en los últimos años se ha avanzado en el respeto de los derechos humanos y en el proceso de democratización de la sociedad, el Estado y el derecho argentino. La incorporación de los principales tratados de derechos humanos al régimen constitucional amplió el reconocimiento de derechos fundamentales en el sistema legal. En este proceso fue clave la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que asignó a los tratados carácter operativo, permitiendo que los derechos que consagran fueran directamente exigibles ante los tribunales, aún en ausencia de leyes que los reglamentaran.

Ha sido esencial también que el discurso de los derechos fuera acompañado por la práctica de acudir con mayor frecuencia a los tribunales como espacios de promoción de cambios sociales y por el incremento de diversos reclamos judiciales individuales y colectivos como formas de litigio de interés público. El aumento del reclamo judicial de derechos se ha dado en el marco de un proceso de incorporación y aplicación concreta del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

Si bien este proceso afectó principalmente al derecho público, se ha dado una expansión gradual a nuevos campos jurídicos, tales como el derecho laboral, civil, procesal y administrativo, entre muchos otros. En la actualidad el derecho internacional de los derechos humanos constituye un recurso esencial e invaluable para el fortalecimiento de la protección judicial de las garantías y libertades. La progresiva aplicación del derecho internacional por parte de los tribunales locales se ha concretado con la incorporación cada vez más sistemática de la letra de los tratados y de las decisiones de los órganos internacionales encargados de aplicarlos. Esto ha demostrado una renovación en el alcance y modo de hacer justicia en nuestro país y ha contribuido a afianzar el Estado de derecho y a colocar a Argentina

en un plano de constitucionalidad y reconocimiento internacional de suma trascendencia.¹

Numerosos son los casos que dan cuenta del avance progresivo del DIDH en el ámbito local en diferentes expresiones. A modo de ejemplo:

➤ En lo que respecta a los avances sobre libertad de expresión, en el caso Kimel² la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) analizó la legislación penal y civil en relación a los delitos contra el honor y le ordenó al Estado argentino adecuar sus normativas a los estándares internacionales que rigen en esa materia. En respuesta al pronunciamiento de la Corte IDH, el Poder Ejecutivo envió un proyecto de ley al Congreso Nacional para modificar el Código Penal y desincriminar las expresiones vinculadas a asuntos de interés público. De esta forma, en noviembre de 2009 fue sancionada y promulgada la ley 26.551 que modificó, entre otros, los artículos 109 y 110 del Código Penal. Pese a este importante avance, queda aún pendiente adecuar la normativa en materia de daños civiles.

➤ En el ámbito laboral podemos destacar que en los últimos años la justicia desarrolló jurisprudencia diversa en materia de protección de trabajadores despedidos por empleadores como consecuencia del ejercicio de actividades sindicales. En esos casos los jueces han basado sus decisiones en el DIDH y en normas antidiscriminatorias.³ En una línea similar, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ha señalado que el Congreso Nacional, al establecer reglamentaciones legales en el ámbito de protección de los trabajadores dañados por un infortunio laboral, debe evitar la fijación

¹ A modo de ejemplo, es pacífica la jurisprudencia de la Corte Suprema en cuanto a la obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana al sostener que "...el ámbito de decisión de los tribunales argentinos ha quedado considerablemente limitado" en tanto las sentencias de la Corte "resulta[n] de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1 CADH), por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional" (CSJN, "Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa", sentencia del 23 de diciembre de 2004, considerando 6. Ver en el mismo sentido, CSJN, "Recurso de hecho deducido por el Estado Nacional en la causa Felicetti, Roberto y otros s/ revisión - causa nº 2813", del 21 de diciembre de 2000; CSJN, "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros", sentencia de fecha 24 de agosto de 2004. Por su parte, el art. 68 de la CADH establece: "1. Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. 2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado").

² Corte IDH, "Kimel vs. Argentina", sentencia del 2 de mayo de 2008.

³ A modo de ejemplo cabe señalar el reciente fallo de CSJN en la causa A. 1023. XLIII. "Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo", rta. el 7/12/2010, en el que el máximo tribunal ha dicho que "...el principio de igualdad y prohibición de discriminación, resulta el persistente eco de una noción que, por un lado, se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona y que, por el otro, posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno".

de limitaciones que, en definitiva, implican "alterar" los derechos reconocidos por la Constitución Nacional (art. 28). De este modo, se destaca que el proceder legislativo resultaría, además, acorde con los postulados seguidos por las jurisdicciones internacionales en materia de derechos humanos.⁴

➤ Otro tema que ilustra los avances legislativos ha sido la aprobación de la ley de matrimonio igualitario lograda en julio de 2010. Es indudable que este hecho representó un salto significativo en la ampliación del ejercicio de los derechos humanos en el país, al incorporar a personas y colectivos históricamente discriminados.

➤ En cuanto a la ley 26.657 "Derecho a la Protección de la Salud Mental" sancionada el 25 de noviembre 2010 y promulgada el 2 de diciembre del mismo año, debemos destacar que constituyó un gran paso hacia la protección de los derechos humanos de un grupo que ha sido históricamente invisibilizado. La norma, basada en los estándares establecidos por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de Naciones Unidas que Argentina ratificó en 2008, ubicó a nuestro país en un lugar destacado frente a la comunidad internacional, adquiriendo un impacto favorable para el resto de la región.

Todos los antecedentes reseñados revelan los esfuerzos realizados por el gobierno nacional, por los operadores judiciales y por el Congreso Nacional en el reconocimiento de derechos humanos. Sin embargo, también ponen de manifiesto la necesidad de continuar fortaleciendo el régimen democrático de nuestro país. Para lograr una legislación respetuosa de los tratados y estándares internacionales sobre derechos fundamentales, es preciso continuar con reformas legislativas en otros temas que no sean exclusivamente de derecho público. Y en este sentido, es una deuda del Estado argentino adecuar su legislación en materia civil y comercial de manera integral a fin de establecer la responsabilidad del Estado cuando se vean violentados derechos humanos.

Sin embargo, y aún cuando no nos extenderemos esta cuestión, vemos con preocupación que en materia de normas específicas de derecho internacional privado se introducen instrumentos que reducen la actuación del Estado aun en las relaciones jurídicas en las que el éste es parte.

Por otra parte, en relación con la ejecución de sentencias de decisiones internacionales de derechos humanos, aprovechamos esta oportunidad para resaltar la importancia de que se genere un debate en torno a una norma que regule un mecanismo de cumplimiento de decisiones internacionales. Y en este sentido, resulta oportuno recordar que numerosos estándares internacionales establecen que las decisiones internacionales deben ser acatadas de oficio por las distintas autoridades del Estado, según corresponda, resultando inadmisibles que los Estados argumenten obstáculos

⁴ CSJN "Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688. Corte Suprema de Justicia de la Nación", rta. el 21/09/2004.

legales de orden interno para no dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales.

En efecto, el seguimiento ineludible de la jurisprudencia de los órganos de protección de derechos humanos fue reconocida por la Corte Suprema, el 7 de abril de 1995 en el caso "Girolodi". En ese momento, la Corte recordó que al incorporar la Convención Americana sobre Derechos Humanos con jerarquía superior a la de las leyes, la Constitución reformada en 1994 lo hizo "en las condiciones de su vigencia". Es decir que la Convención debe aplicarse "tal como efectivamente rige en el ámbito internacional" y para ello debe considerarse "su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación". La Corte Suprema también recordó ese deber en casos litigados por el CELS, como el caso sobre las condiciones de detención en la provincia de Buenos Aires (Caso Verbitsky) y en el caso sobre la declaración de inconstitucionalidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final (caso Poblete). En diciembre de 2004, la Corte estableció la obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Bulacio c. Argentina⁵. Es irrazonable que el proyecto de reforma desconozca este pronunciamiento.

Es importante destacar que en caso de disputas interpretativas acerca de cómo debe entenderse el derecho internacional de los derechos humanos ante normas distintas del ordenamiento interno, los tratados internacionales en la materia prevén reglas interpretativas. Así, a modo de ejemplo, el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece que ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza. Se deduce entonces de allí un principio hermenéutico denominado pro homine.

En cambio, este principio hermenéutico está ausente en aquellos convenios o acuerdos de fijación de jurisdicción o arbitraje internacional para la resolución de conflictos patrimoniales e internacionales (artículos 2594, 2605 y 2606 del proyecto de Código Civil y Comercial); y no aparece una definición precisa para explicitar de qué manera o en qué situaciones esos

⁵ Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, 18/12/2003.

procesos, laudos o acuerdos internacionales pueden afectar el orden público nacional (artículo 2600 del proyecto)⁶.

Así, por ejemplo, en el caso del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), instancia en la que se tramitan numerosos casos contra Argentina, sobre todo aquellos casos vinculados a los sistemas de servicios públicos, los procesos son confidenciales, las personas y organizaciones de la sociedad civil no pueden acceder a la información sobre su estado y desarrollo ni participar en ellos de manera alguna. Las presentaciones de las partes no se dan a publicidad. A su vez, tanto las audiencias como las deliberaciones del tribunal se celebran en privado y su contenido no se publica posteriormente. La paradoja es que la decisión que adopte el tribunal impactará de una manera u otra en el efectivo ejercicio de derechos fundamentales de las personas residentes en el área de prestación de servicios.

Es relevante entonces que la regulación interna tome en cuenta la perspectiva de las personas directamente afectadas o el impacto que pueda llegar a tener una resolución de fueros internacionales sobre la vigencia de derechos humanos de toda la comunidad. Por lo tanto, en esos supuestos la prórroga de jurisdicción debe limitarse, o bien los jueces nacionales deberán evaluar las posibles consecuencias, en estos supuestos, de la ejecución de ese tipo de decisiones. En rigor, en esos supuestos no solo aparece una discusión sobre intereses meramente comerciales derivados de la inversión extranjera, sino que, por el contrario, pueden hallarse en discusión cuestiones vinculados al alcance y reconocimiento de derechos humanos, lo que exige una modulación o limitación de la prórroga de jurisdicción internacional.

En este sentido, consideramos que los cambios logrados por el actual modelo económico deben fortalecerse con reformas estructurales a fin de evitar retrocesos como el hecho de consagrar la absoluta libertad de las partes para pactar la jurisdicción en cualquier tipo de contrato. Una regulación de estas características no guarda coherencia con un proyecto que se muestra progresivo en relación con el derecho de las personas.

3. OBSERVACIONES AL PROYECTO DE LEY DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

En este apartado haremos algunas observaciones vinculadas al texto actual del proyecto de ley en relación con los temas antes enunciados,

⁶ Este artículo establece que "Orden público. Las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino.

con el fin de generar un aporte para la redacción final de la futura legislación civil y comercial nacional.

Previo a adentrarnos en los asuntos puntuales, queremos llamar la atención acerca del tipo de “fuentes del derecho” consideradas en el proyecto de ley. El texto cuestionado incluye como tales a los tratados internacionales que la República Argentina ha ratificado aunque no menciona a la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos⁷. De valorarse sólo los pactos internacionales, se estaría desconociendo la jurisprudencia asentada de la CSJN, tal como hemos destacado.

3.1. DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PSICOSOCIAL

En materia de salud mental, especialmente sobre capacidad jurídica, consentimiento informado e internaciones involuntarias, el 15 de agosto de 2012 la Mesa Federal de Salud Mental, Justicia y Derechos Humanos⁸ —que el CELS integra—, presentó una nota ante esta Comisión con observaciones al proyecto de reforma a la que suscribimos y nos remitimos por razones de brevedad.

En relación con la definición de discapacidad, el proyecto considera persona con discapacidad a quien *“padece un alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”*. Esta definición es contraria al paradigma social de la discapacidad porque ubica las causas de las desventajas que sufre la persona con discapacidad en la *“alteración funcional”* que padece, mientras que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) pone

⁷ Por ejemplo en el artículo 1 el Proyecto dispone: “Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables. La interpretación debe ser conforme con la Constitución Nacional y los tratados en los que la República Argentina sea parte. A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”. Y en su art. 2 establece: “Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

⁸ Esta mesa es un espacio de trabajo intersectorial cuyo objetivo consiste en el impulso a la formulación de políticas públicas en salud mental con perspectiva de derechos humanos. Actualmente es coordinada por la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, a través de la Dirección Nacional de Atención a Grupos en Situación de Vulnerabilidad, la Dirección Nacional de Salud Mental y Adicciones del Ministerio de Salud de la Nación y el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI). Junto con CELS forman parte la Asesoría General Tutelar del Ministerio Público Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la Defensoría General de la Nación del Ministerio Público de la Defensa, la Asociación por los Derechos en Salud Mental (ADESAM), la Asociación argentina de ayuda a la Personas que padece Esquizofrenia y su Familia (APEF), la Red de Usuarios, Familiares y Voluntarios por la Salud Mental (Red FUV). Asimismo, la Mesa Federal cuenta con el apoyo técnico de la Organización Panamericana de la Salud (OPS).

el acento en las barreras sociales que impiden a la persona con alguna deficiencia física, mental intelectual o sensorial, la participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Por otra parte, si bien el proyecto propone cambios sustanciales con relación a la **capacidad jurídica** que se aproximan al paradigma social de la discapacidad, conserva graves incompatibilidades con el mandato convencional de la CDPD. Por un lado, en consonancia con la Convención el proyecto establece la presunción de capacidad de toda persona, aun cuando se encuentra internada; incorpora el requisito de interdisciplinariedad para el tratamiento y para el proceso judicial de restricción a la capacidad jurídica; asegura el derecho de acceso a la información adecuada para su comprensión; prevé sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica; establece el derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada y garantiza la inmediatez entre el juez y el interesado; estipula el derecho a que se prioricen las alternativas terapéuticas menos restrictivas; y determina que las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y *“siempre en beneficio de la persona”* (Cfr. Proyecto de Código Civil y Comercial, art. 31, incisos a, b, c, d, e y arts. 34, 35 y 38)

Sin embargo, el proyecto conserva **lineamientos propios del régimen de incapacitación y sustitución de la voluntad** en clara violación a la Convención. El artículo 32 del proyecto reafirma un modelo legal basado en la distinción entre capacidad de derecho y capacidad de ejercicio, posibilitando limitaciones a esta última en algunos supuestos. Estas restricciones admiten supuestos de incapacitación total (con el consecuente régimen de sustitución de la voluntad de las personas con discapacidad) y la implementación de un sistema de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica queda librado a discrecionalidad judicial, en clara violación al art. 12 de la CDPD (para ello remitimos al trabajo presentado por la Mesa Federal de Salud Mental, Justicia y Derechos Humanos).

En relación con las **internaciones involuntarias**, el proyecto establece una doble remisión legal: los recaudos previstos en la legislación especial y las reglas del propio Código Civil y Comercial. En las disposiciones contenidas en este último existe precisión sobre la necesidad de un *“riesgo cierto de daño de entidad”* para que proceda una internación sin el consentimiento de la persona y establece lineamientos contenidos en la Ley Nacional de Salud Mental. Es necesario asegurar que ambos cuerpos legales no mantengan incompatibilidades entre sí. Para ello, nuevamente, resulta fundamental la participación activa del colectivo de personas que estuvieron involucradas en el debate legislativo en oportunidad de la sanción de la ley, particularmente de las personas usuarias.

Con respecto al **consentimiento informado**, el art. 59 del proyecto explicita el derecho a no ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin consentir. Sin embargo admite excepción en contrario en caso que la persona no esté en *“condiciones físicas o psíquicas para expresar su voluntad”* ni las ha expresado anticipadamente. Cuando una

previsión que debería ser excepcional está dispuesta en términos tan amplios como estos, la discrecionalidad librada a las autoridades que determinan su procedencia puede derivar en mayores restricciones de derechos que las contempladas por la propia ley. De esta forma, en la práctica la excepción se convierte en la regla general.

Por otra parte, nos preocupa que no se contemple en forma diferenciada el consentimiento informado para investigaciones médicas y para tratamientos clínicos, considerando que son prácticas con fines distintos y cuyos estándares de protección en la CDPD también son diferentes.

3.2. DERECHO A LA VIVIENDA Y A LA TIERRA

En materia de derecho a la vivienda, nos remitimos al documento presentado a través de la Red Habitar Argentina⁹ —de la cual formamos parte— sin perjuicio de destacar que este proyecto de reforma no ha contemplado principios y regulaciones adecuadas que tengan en cuenta la manera en que los sectores de escasos recursos han habitado nuestro país y que carecen de seguridad jurídica en la tenencia de sus viviendas.

A pesar de que el texto de presentación del proyecto y sus fundamentos refieren a los tratados de derechos humanos entre los que se incluye el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales —que garantiza el derecho a la vivienda¹⁰—, y la Convención Interamericana de Derechos Humanos —que reconoce la función social de la propiedad¹¹—, las instituciones jurídicas que establece el articulado no reflejan esos valores.

En este contexto, sería necesario definir qué se entiende por función social de la propiedad, así como facilitar las intervenciones estatales tendientes a garantizar el derecho a la vivienda adecuada, tales como

⁹ HABITAR ARGENTINA es un espacio conformado por organizaciones, instituciones académicas, movimientos sociales y legisladores, que están trabajando con el objetivo de generar un marco normativo que garantice el derecho a la vivienda, la tierra y al hábitat para todos los argentinos.

¹⁰ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 11.

¹¹ El art. 21 de la CADH estipula que es posible subordinar el uso y goce de los bienes de las personas al interés social y que razones de interés social también pueden justificar la expropiación de la propiedad. En aplicación de este artículo la Corte Interamericana sostuvo en el año 2008, en el caso Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador, que “el derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales. La función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional” (párr. 60).

medidas para desincentivar la especulación inmobiliaria, promover la constitución de bancos de tierra pública y, en general, aquellas tendientes al ordenamiento social del territorio. Como ejemplo de ello, se sugiere eliminar el art. 1942 del proyecto que establece la perpetuidad del dominio, regular expresamente su extinción y la recuperación estatal de inmuebles vacantes, así como también mantener vigente los artículos 21 y 22 de la ley 23.091 de locaciones urbanas.

En la misma línea, resulta preciso que el Código incorpore instrumentos que permitan la regularización de las formas de vivir (villas y asentamientos urbanos) y producir (tierras rurales para los campesinos) de los sectores más pobres y vulnerables, más allá de la tradicional usucapión (prescripción adquisitiva de 20 años). En este sentido se propone, entre otras medidas descriptas en el documento conjunto de la Red Habitar, cláusulas específicas de prescripción adquisitiva para fines de vivienda y agricultura familiar, con plazos y requisitos probatorios compatibles con la dinámica de la sociedad moderna y con el crecimiento acelerado de la informalidad urbana y rural, garantizando el derecho humano a la vivienda.

Por otro lado, las normas internacionales relativas al derecho a la vivienda y a un nivel de vida adecuado, requieren regular expresamente que la falta de reconocimiento jurídico de situaciones de posesión en asentamientos informales no debe impedir el ejercicio de muchos otros derechos como el acceso a servicios de agua, saneamiento y electricidad, entre otros. Por eso, es necesario establecer que la titularidad de derechos reales no puede ser utilizada como obstáculo para el acceso a servicios públicos básicos y a condiciones adecuadas de vivienda.

Por último, contrario a lo que sucede con la regulación de las instituciones del derecho de familia, la regulación propuesta para los derechos reales y las relaciones de propiedad no refleja una adecuación a los estándares y obligaciones internacionales en materia de derecho a la vivienda. Por eso es necesario que, tal como sucede en el anteproyecto con los artículos 706 y ss (*Tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad y oralidad*) para procesos judiciales en materia de familia, se incluyeran principios similares cuando estén en juego derechos de personas en situación de vulnerabilidad y en los que la decisión pueda afectar derechos sociales, como por ejemplo aquellos vinculados al derecho a la vivienda. Es importante que en estos procesos judiciales también pueda intervenir el Estado, participar la población afectada y puedan ser escuchados los grupos más vulnerables antes de que el juez tome una decisión, procurándose soluciones conciliatorias, conforme la Observación General N°7 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU. Esta es una oportunidad para reformular conceptos de vetusta raigambre liberal y adecuar los Códigos a los principios del constitucionalismo social.

3.3. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO HUMANO AL AGUA

Consideramos necesario, teniendo en cuenta el reconocimiento del derecho humano al agua y los múltiples conflictos que se han generado

local e internacionalmente en torno al acceso, utilización, y contaminación de las fuentes de agua, dejar expresamente asentado que su uso y goce debe ser conforme los principios y obligaciones derivados de ese derecho humano. Por lo tanto, debería incorporarse la mención al derecho humano al agua en los artículos 235, 237 y 239 del proyecto de reforma.

3.4. LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Con respecto a este punto, hemos observado que el proyecto propone diversas modificaciones.

Como aspectos positivos se puede destacar la mención del ejercicio regular del derecho a informar sobre acontecimientos de interés general como excepción de la necesidad de consentimiento para captar y reproducir voz o imagen.

Sin embargo, notamos que no se realiza modificación alguna en relación a la protección de la vida privada¹². Nos parece importante que se analice cuidadosamente si el establecimiento de una norma que permita reclamar como reparación la publicación de la sentencia en un diario o periódico debe realizarse a través de un código de fondo, cuya sanción corresponde al Congreso de la Nación, o si esto encuentra alguna tensión con lo previsto en el artículo 32 de nuestra Constitución¹³.

Otra cuestión que nos parece importante señalar es que el proyecto no incorpora la mención a los asuntos de interés público como excepción a la posibilidad de reclamar indemnización por acciones que impliquen entrometerse en “la vida privada”. La mayor falencia que adolece la reforma en relación a este punto es que no brinda protección adecuada a la función periodística, dejando abierta la posibilidad de realizar los mismos reclamos que es posible hacer actualmente y manteniendo la potestad del juez de establecer indemnizaciones que, en última instancia, tienen un efecto disuasorio.

En este sentido, nos parece pertinente mencionar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Fontevicchia y D`Amico Vs. Argentina* ha entendido que “...la importancia de que los órganos judiciales argentinos aseguren que los procedimientos internos en los cuales se debate el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, cumplan con el propósito y fin así como las demás obligaciones derivadas de la Convención Americana. De

¹² El art.1770 del proyecto propone: “Protección de la vida privada. El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación (permanece prácticamente igual al art.1071bis del Código Civil y Comercial de la Nación vigente en la actualidad).

¹³ El art. 32: “El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal.

tal modo, es preciso que en el análisis de casos como el presente tengan en cuenta el umbral diferenciado de protección al derecho a la vida privada consecuencia de la condición de funcionario público, la existencia de interés público de la información y la eventualidad que las indemnizaciones civiles no impliquen una inhibición o autocensura de quienes ejercen el derecho a la libre expresión y de la ciudadanía, lo cual restringiría ilegítimamente el debate público y limitaría el pluralismo informativo, necesario en toda sociedad democrática”¹⁴.

Por otra parte, entendemos que un problema adicional puede presentarse con relación a las acciones preventivas reguladas en el proyecto de ley y a las que especialmente refiere por ejemplo el artículo 52 (afectaciones a la dignidad), que podría interpretarse aplicable a los casos de daño por intromisión en la vida privada¹⁵. Si bien es positivo que se indique que las sentencias por acciones preventivas deben ponderar los criterios de la “menor restricción posible” y del “medio más idóneo” para la obtención de determinada finalidad, lo cierto es que el artículo en cuestión¹⁶ establece la posibilidad de reclamar la prevención del daño de acuerdo a los artículos 1711 y 1712. Entonces, esta combinación de artículos podría llegar a interpretarse como una puerta abierta a la admisión de censura previa.

Siguiendo esta línea, nos parece que cobra particular importancia lo señalado por la Corte IDH en el caso antes citado, en tanto deja en claro que debe tenerse en cuenta el umbral diferenciado de protección al derecho a la vida privada consecuencia de la condición de funcionario público, la existencia de interés público de la información y que la eventualidad de que las indemnizaciones civiles no pueden implicar una inhibición o autocensura de quienes ejercen el derecho a la libre expresión y de la ciudadanía. Ello a fin de evitar cualquier restricción ilegítima al debate público, necesario en toda sociedad democrática.

Así, es importante destacar que el Código Civil debiera contener un mandato al momento de fijar indemnizaciones que tengan como causa expresiones referidas a asuntos de interés público, se evalúe que el monto de la indemnización no sea de tal entidad que pueda afectar el libre debate

¹⁴ Sentencia del 29 de noviembre de 2011.

¹⁵ El art. 52 del proyecto dispone “Afectaciones a la dignidad. La persona humana afectada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos”.

¹⁶ El art. 1711 del proyecto establece: “Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño cuya ocurrencia se prevé.” Y en su art. 1712 propone “- Sentencia. La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisorio, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad”.

propio de una sociedad democrática por la vía del efecto atemorizante e inhibitor que podría tener la condena sobre el resto de la población, y sobre el mismo condenado, para casos futuros.

3.5. DAÑOS SUFRIDOS POR LAS PERSONAS PRIVADAS DE LIBERTAD

El proyecto de reforma en su artículo 1765 establece que la responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda. Más allá de lo acertado o no del criterio establecido para regular los daños sufridos por personas sujetas por el poder coercitivo del Estado, es indiscutible que la especial relación que une al Estado con las personas privadas de libertad no debería ser regulada del mismo modo que otro tipo de relaciones de éste con sus habitantes.

El adecuado derecho al acceso a la justicia y el correcto desempeño del Estado como garante de derechos humanos, deben necesariamente reflejarse en reglas claras que faciliten la acción de indemnización, criterios de atribución de responsabilidad y mecanismos destinados a evitar la repetición de este tipo de comportamientos.

Lo cierto es que la realidad de las cárceles y lugares de detención y las dificultades en la judicialización de las reparaciones que hoy caracteriza al sistema de daños, no parece suficientemente saldada en este proyecto. Y menos adecuado aún, pareciera el hecho de que el Código Civil deje de ser una herramienta para reclamar este tipo de daños cuando no se aclara cuál sería la alternativa administrativa dispuesta para tal fin.

Como mínimo, entendemos que la ley civil debería regular estas situaciones, sin perjuicio de una regulación, incluso mejor, que pueda hacer el derecho administrativo, si se opta claramente por separar los ámbitos.

3.6. IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LAS ACCIONES DERIVADAS POR CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD

Un punto que nos parece de singular importancia y queremos resaltar, es que el proyecto al regular la acción civil, debería atender a la especial situación de los daños irrogados en ocasión de los crímenes del terrorismo de Estado ocurridos en nuestro país.

A pesar de la jurisprudencia vigente de la Corte Suprema, diversos fallos de instancias inferiores están poniendo en cuestión los límites temporales a la posibilidad de intentar una acción por daños. Las diferencias surgen por la peculiar naturaleza del asunto, ya que la ley civil nada específica al respecto a pesar de que es evidente que debería contemplar un interés social, reconocido en materia penal para perseguir este tipo de crímenes. Por ello entonces, debería también incorporarse la mención a la existencia de un interés social imperecedero por reparar las consecuencias del accionar represivo y por remediar los efectos que todavía persisten de las injusticias más graves. En este orden de ideas, la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, con los votos de los jueces Oscar Zas y Enrique N. Arias Gibert, ha dicho que “predicar la imprescriptibilidad del

ilícito de lesa humanidad es predicar inmediatamente la imprescriptibilidad de las consecuencias del obrar ilícito (...) (y que) no existe ninguna razón para distinguir las consecuencias resarcitorias del acto respecto de las punitivas¹⁷.

Si bien la ley civil regula, como regla, intereses particulares, es innegable que es la ley marco que refleja los principios de justicia universales en nuestra comunidad y por ello la línea con lo público no es nítida ni tajante.

Por lo demás, las redes de complicidad civil detectadas, hoy de modo indubitable ya, hacen necesario repensar el esquema de prescripción para los casos de complicidad civil con el terrorismo de Estado y, además, explicitar que el régimen es aplicable incluso a los hechos acaecidos con anterioridad a esta reforma.

3.7. RELACIONES PARENTALES. UNA NUEVA RELACIÓN ENTRE LAS PERSONAS.

En relación a este punto, y como aspectos negativos, hemos advertido en primer lugar que la propuesta de reforma mantiene una histórica desigualdad entre los distintos tipos de personas establecidos en las normas. Por ejemplo, caracteriza como persona jurídica pública a la Iglesia Católica. Esto supone un privilegio que el campo democrático y progresista no debería otorgar, en tanto contradice los principios de igualdad ante la ley, libertad de culto y conciencia del Estado plasmados en nuestra Constitución y en los tratados de derechos humanos incorporados a la misma.

Por otra parte, observamos que si bien reconoce a las comunidades indígenas, no queda del todo claro el reconocimiento de aquellas otras organizaciones, como las campesinas, que también tienen una visión comunitaria del derecho a la propiedad.

Sin perjuicio de ello, se advierten avances en la superación de la visión hétero obligatoria de las relaciones de familia, al reconocer las relaciones entre personas de un mismo sexo y su correlato jurídico en la figura del matrimonio igualitario, tendencia que se acentúa en la rectificación de un modelo patriarcal en el esquema y regulación que se hace de ellas, por ejemplo, respecto de los deberes alimenticios y responsabilidades parentales. En este camino, es importante el paso que se da en la mayor democratización de las relaciones familiares, a través de la regulación que reconoce el deber de ambos cónyuges de sostener con alimentos al otro.

Otro aspecto clave es el reconocimiento del trabajo de cuidado del progenitor que cargó, carga o cargará con el cuidado de los hijos de su pareja¹⁸ cómo esto se contempla al momento de regular los alimentos en caso

¹⁷ Ver voto del juez Arias Gibert en "Ingegnieros, María Gimén c/Techint S.A Compañía Técnica Internacional s/ Accidente - Ley Especial". Puede accederse al texto completo de la resolución en: <http://www.diariojudicial.com.ar/fuerolaboral/Se-le-vino-la-noche-a-empresas-donde-hubo-desaparecidos-20120215-0002.html>.

¹⁸ En este sentido el art. 433 del proyecto establece "Pautas para la fijación de los alimentos. Durante la convivencia y la separación de hecho, para la cuantificación de los

de disolución de la unión. Del mismo modo, se avanza en la determinación de las responsabilidades parentales y existe incluso un cuidado por respetar los esquemas de funcionamiento familiares que se acuerden en el seno privado. También es clave la regulación de las relaciones convivenciales de manera de resguardar los derechos de mujeres que no gozaban del reconocimiento de la ley. Sin embargo, un tema a prestar especial atención es la forma en que se tratan los acuerdos prenupciales y el uso que puede hacerse de ellos. Por ejemplo, estableciendo la necesidad de intervenciones -tal vez una judicial que lo homologue- que tiendan a limitar la posibilidad de que en esa negociación exista una parte - la más débil o que enfrenta una situación de necesidad- que quede sin protección legal.

En relación a las responsabilidades parentales, cabe hacer notar que se revierte la visión adultocéntrica que signaba la relación entre padres e hijos, poniendo en cuestión la idea de incapacidad de los menores de edad para dar paso explícito al reconocimiento del rol de los padres que no pueden limitar derechos de sus hijos a cargo¹⁹, quienes tendrán cada vez una mayor autonomía y participación en los asuntos que los conciernen. Incluso es un avance en la noción de capacidad jurídica ya que se inunda con la idea de progresividad de la autonomía y la idea de competencia, reconociendo especialmente la importancia de la autonomía en el ejercicio de los derechos personalísimos.

En cuanto a las personas privadas de su libertad, nos parece muy importante que la ley civil establezca un principio rector para que sólo los derechos expresamente restringidos por una sentencia penal sufran alguna modificación.

Cabe recordar que por muchos años, los órdenes administrativo, laboral, civil o del trabajo, han reflejado las consecuencias dañosas de una condena en prohibiciones de derechos distintos de la libertad ambulatoria. Es por ello que consideramos que sería muy valioso poder contar con un principio expreso, en el sentido de no restringirse ninguno de los derechos civiles en

alimentos se deben tener en consideración, entre otras, las siguientes pautas: a) el trabajo dentro del hogar, la dedicación a la crianza y educación de los hijos y sus edades; b) la edad y el estado de salud de ambos cónyuges; c) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo de quien solicita alimentos; d) la colaboración de un cónyuge en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; e) la atribución judicial o fáctica de la vivienda familiar; f) el carácter ganancial, propio o de un tercero del inmueble sede de esa vivienda. En caso de ser arrendada, si el alquiler es abonado por uno de los cónyuges u otra persona; g) si los cónyuges conviven, el tiempo de la unión matrimonial; h) si los cónyuges están separados de hecho, el tiempo de la unión matrimonial y de la separación; i) la situación patrimonial de ambos cónyuges durante la convivencia y durante la separación de hecho. El derecho alimentario cesa si desaparece la causa que lo motivó, el cónyuge alimentado inicia una unión convivencial, o incurre en alguna de las causales de indignidad”.

¹⁹ Artículo 638 y ss. del Código, en especial el artículo 639: Principios generales. Enumeración. La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios: a) el interés superior del niño; b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

virtud de una condena penal a menos que la sentencia expresamente así lo disponga sobre la base de una autorización legal y luego de satisfechas las exigencias del debido proceso. Siguiendo esta línea que proponemos, entendemos esencial que esta Comisión revise de manera cuidadosa todas las disposiciones que, de modo general y automático suponen privaciones genéricas de derechos civiles sobre la base de la condena penal.

Un ejemplo de esto, en el proyecto, es la regulación de la responsabilidad parental, que se ve modificada para los casos de condenas a más de tres años de penas privativas de libertad. Al contrario, creemos que la subsistencia de las relaciones de familia, sus derechos y obligaciones, son parte del ideal resocializador y el Estado debe apuntalar que los condenados satisfagan esas exigencias legales, en lugar de excluirlos de su régimen.

En virtud de estas consideraciones, entendemos fundamental que esta Comisión revise con atención el texto en esa dirección; y en consecuencia se procure evitar aquellas prohibiciones genéricas de derechos y detallarse en cambio, que las restricciones de derecho civil deberían obedecer a razones estrictas de esa índole y de ningún modo pueden ser entendidas como penas accesorias a la privación de la libertad²⁰.

En el caso concreto del derecho a la familia, la ley civil debería regular específicamente cómo llevar adelante sus relaciones una persona privada de libertad, en lugar de considerar que las penas relativamente más altas conllevan siempre y de modo genérico la exclusión de la persona condenada del régimen civil. El caso de la persona que delinque contra un hijo o hija puede ser un supuesto razonable de exclusión del régimen de responsabilidad parental, pero el autor de un delito cualquiera, por grave que fuera, no debería, como regla fija y automática, verse privado de su familia, ni la familia de su miembro segregado. Al contrario, el esfuerzo de la ley civil debe ser, en esos casos, regular el modo en que esa responsabilidad parental puede ser satisfecha cuando alguien enfrenta el obstáculo de la movilidad reducida y de los límites de hecho que impone el encierro. Pensar que las personas privadas de su libertad son automáticamente malos padres o que sus hijos no necesitan de ellos es un obstáculo de un modo ya superado de entender el asunto.

3.8. LA AUTONOMÍA DE LA MUJER Y LA EXISTENCIA DE LA PERSONA HUMANA

²⁰ Con críticas a la posibilidad de imponer sanciones civiles como accesorias o anexas a la pena, puede verse, por ejemplo, la inconstitucionalidad del art. 12 del Código Penal declarada por el TOF de Mar del Plata, en la causa N° 2473, por algunos de los crímenes de lesa humanidad ocurridos en Tandil, resulta el 30 de marzo de 2012. Texto completo disponible en <http://www.cij.gov.ar/nota-8894-Difunden-los-fundamentos-de-la-sentencia-que-condeno-a-cinco-acusados-por-delitos-de-lesa-humanidad-en-Tandil.html>

En relación a este tema, nos parece importante que se modifique la fórmula del artículo 19 del proyecto que establece que la persona humana empieza desde la concepción en el seno materno o desde la implantación en los casos que se trate de reproducción asistida, **sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado.**

En este sentido, entendemos que esta determinación no debiera incidir en la discusión todavía pendiente sobre despenalización y legalización del aborto, sin perjuicio de ello, la redacción propuesta es compleja. Creemos que si el objetivo era hacer expresa mención a los derechos del embrión y feto deseado a los fines hereditarios y de alimentos (objetivo que se expresa para justificar la actual redacción) se podría haber elegido otras fórmulas menos controversiales. Podrían haberse utilizado expresiones como las presentes en legislaciones como la española²¹ que determina claramente la diferencia entre el producto de la concepción y la persona nacida con vida estableciendo que “el nacimiento determina la personalidad, pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente” (con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno). Este tipo de formulaciones son más claras y beneficiosas, en tanto establecen la posibilidad de otorgar derechos desde la concepción pero sin traer aparejada una serie de discusiones que hasta hoy han servido para postergar los derechos de las mujeres gestantes.

Esta dificultad se reafirma cuando el proyecto establece plenos derechos desde la concepción o implantación, en tanto creemos que esta afirmación puede ser utilizada para oponerse al derecho a la autonomía de la mujer que podría decidir sobre el producto de la concepción. También, cuando en su artículo 51 establece la “*inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad*”. Este reconocimiento podría ser entendido como una reapertura de la discusión sobre la dignidad de la mujer o niña que enfrenta algunos de los supuestos previstos e en el artículo 86 del Código Penal, artículo que establece supuestos de aborto no punible.

Siguiendo esta línea, observamos como aspecto negativo el hecho de que se continúe legitimando la intervención de abogados del Ministerio Público Fiscal que se arrogan los derechos del feto en causas en donde las mujeres piden ejercer su derecho a interrumpir el embarazo de conformidad con las previsiones establecidas en la ley vigente.

²¹ Artículo 29 del Código Civil español establece “El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente” y el artículo 30 del mismo cuerpo legal dispone “Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”.

En definitiva, creemos que una adecuada redacción que diferencie entre el producto de la concepción y la persona humana, evitaría discusiones en este sentido.

Sin perjuicio de ello, celebramos como un gran avance el reconocimiento de los derechos reproductivos de las personas y parejas, regulando la reproducción humana asistida, haciendo prevalecer la voluntad procreacional y aclarando las implicancias en términos filiatorios, sobre todo de la gestación por sustitución.

3.9. DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

En relación a este punto, nos remitimos a las consideraciones realizadas por el CELS junto con las organizaciones Grupo de Apoyo Jurídico por el Acceso a la Tierra (GAJAT), Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas (ODHPI) y Asociación de Abogados/as de Derecho Indígena (AADI) en el documento presentado ante esta Comisión en el que se aborda y se desarrolla de manera específica los derechos de los pueblos originarios.

Sin perjuicio de ello, advertimos que existe una limitación genérica de derechos que resulta inconstitucional, al establecerse en el proyecto que el derecho a la posesión, a la propiedad comunitaria de las tierras y el de participar en la gestión de los recursos naturales, sólo serán aplicables a las comunidades indígenas que tengan personería jurídica reconocida. Establecer que el origen de aquellos derechos esté vinculado a una inscripción administrativa y no a la preexistencia, implica desconocer lo establecido en el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional.

Por otra parte, el proyecto reconoce a las comunidades indígenas como personas jurídicas de derecho privado en lugar de personas de derecho público²². En este sentido, entendemos que asimilar a las comunidades Indígenas a las asociaciones civiles, a las fundaciones y sociedades comerciales, también implica olvidar que la Constitución Nacional reconoce a estas comunidades como preexistentes al Estado Nacional.

Otro punto que nos preocupa es que al elaborarse el proyecto de reforma no se debatió si resultaba adecuado o no incorporar a las comunidades indígenas en el Código Civil. En este sentido, es pertinente señalar que existe un intenso debate relacionado con la incorporación de la posesión y propiedad indígena en este cuerpo legal, por entenderse que la posesión y propiedad indígena no sólo son diferentes a la posesión y propiedad civil, sino muchas veces, hasta incompatibles. En relación a esto, hemos

²² En este sentido el art.148 de proyecto establece: "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"

notado que el proyecto al reglamentar los derechos indígenas²³ lo hace en función de criterios del derecho privado, sin tener en cuenta la relación especial que tienen esos pueblos con sus tierras²⁴. Tampoco se observa la incorporación de estándares mínimos consensuados por los órganos internacionales de derechos humanos sobre este punto y se reiteran los vicios de la visión liberal que en el siglo XIX despojó a esas comunidades de casi todos sus derechos.

En cuanto a los recursos naturales que conforman la integralidad de los territorios indígenas, podemos señalar que el proyecto no dispone ninguna cláusula. Sin embargo intenta incorporar legislativamente el derecho a la consulta²⁵ de manera defectuosa.

Por último hemos detectado un deficiente reconocimiento de la representación de la Comunidad²⁶. Se disponen las facultades de regulación de la vida interna, sin incluir como tal el concepto de autonomía y sin hacer referencia directa a la organización política interna. Por el contrario, establece límites a esa autonomía no declarada.

Y lo cierto es que la sujeción a regímenes de personería jurídica y a disposiciones emanadas de órganos de baja jerarquía, es una manera nada sutil de restringir, casi al modo de anular, el ejercicio de la autonomía que se prevé.

4. CONCLUSIONES FINALES

En virtud de las consideraciones expuestas, y tal como hemos resaltado a lo largo de este documento, entendemos que este proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación representa una oportunidad inmejorable para colocar la legislación interna en sintonía con las obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino.

²³ Conforme surge del inciso c) del artículo 1887 del proyecto establece como derecho real a la propiedad comunitaria indígena.

²⁴ Por ejemplo el proyecto identifica, erróneamente, a la propiedad comunitaria indígena como un poder jurídico que se ejerce directamente sobre la cosa en su art. 1882 y requiere, incluso que ese ejercicio sea a través de la posesión su art. 1891, definiendo a la misma como relación de poder sobre una cosa (arts. 1908 y 1909). Asimismo dispone, como es de esperar en el criterio privatista, que los actos posesorios se traducen en actos materiales sobre la cosa de que se trate en su art. 1928.

²⁵ Ver al respecto el art. 2035 del proyecto en cuanto establece "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",

²⁶ En este sentido el art. 2030 del proyecto establece "Representación legal de la comunidad indígena. La comunidad indígena debe decidir su forma interna de convivencia y organización social, económica y cultural, y designar a sus representantes legales, quienes se encuentran legitimados para representarla conforme con sus estatutos. El sistema normativo interno debe sujetarse a los principios que establece la Constitución Nacional para las comunidades y sus tierras, la regulación sobre personas jurídicas y las disposiciones que establecen los organismos especializados de la administración nacional en asuntos indígenas".

No caben dudas que hoy el derecho internacional de los derechos humanos constituye un recurso esencial e invaluable para el fortalecimiento de la protección judicial de las garantías y libertades. Y tal como hemos destacado en el presente documento, la progresiva aplicación del derecho internacional por parte de los tribunales locales y por parte del Congreso de la Nación, ha demostrado una renovación en el alcance y modo de hacer justicia en nuestro país y ha contribuido a afianzar el Estado de derecho y a colocar a Argentina en un plano de constitucionalidad y reconocimiento internacional de suma trascendencia.

En este orden de ideas, entendemos que este proyecto de reforma representa un momento único para lograr un cambio legislativo trascendental de forma coherente y respetuosa con los estándares internacionales y las obligaciones internacionales asumidas en materia de derechos humanos.

Esperamos que al momento de estudiar, analizar y revisar el cuerpo normativo propuesto, esta comisión tome en consideración las observaciones aquí desarrolladas.

Sin otro particular, quedamos a la espera de ser convocados a la audiencia pública y saludamos a usted atentamente,



Gastón Chillier
Director Ejecutivo



Horacio Verbitsky
Presidente