

San Miguel de Tucumán, 4 de setiembre de 2012

**Al Sr. Presidente de la Comisión Bicameral
para la reforma, actualización y unificación de los
Códigos Civil y Comercial de la Nación
Honorable Cámara de Senadores de la Nación
Sr. Marcelo Jorge Fuentes
S _____ / _____ D**

En mi carácter de Directora Ejecutiva de **ANDHES** (Abogados y Abogadas del Noroeste Argentino en Derechos Humanos y Estudios Sociales) me dirijo a Ud. con el propósito de acercar nuestras observaciones con relación al Proyecto de Reforma del Código Civil, particularmente en lo referido al Título V que procura la incorporación de la Propiedad Comunitaria Indígena. Brevemente, haremos referencia también a artículos que se encuentran por fuera del Libro V, como el art 18 y 148 en tanto remiten específicamente a derechos de los pueblos indígenas.

Por medio de la presente solicito a ud. tenga a bien inscribirme como expositora en representación de ANDHES (Abogados y Abogadas del Noroeste Argentino en Derechos Humanos y Estudios Sociales) para las audiencia a desarrollarse en la Honorable Legislatura de Tucumán, durante los días 6 y 7 del corriente mes y año.

Sin otro particular, aprovecho para saludarlo con distinguida consideración



Josefina Doz Costa
Directora Ejecutiva
ANDHES

LA PROPIEDAD COMUNITARIA DE LOS TERRITORIOS INDÍGENAS ES UN DERECHO OPERATIVO, ES DECIR, EXIGIBLE

La Constitución de la Nación Argentina dispone, en su Artículo 75 inciso 17, ***Corresponde al Congreso “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 comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”.***

Esto implica que, más allá de su incorporación en el Código Civil o no, los derechos de los pueblos indígenas, incluido el derecho de propiedad comunitaria sobre los territorios que ancestralmente ocupan, son derechos de fuente constitucional, operativos —es decir exigibles—, y no meras proclamas.

Además el Estado argentino ha ratificado, y consagrado con jerarquía constitucional, los principales instrumentos internacionales de derechos humanos de la ONU y de la OEA. Específicamente mencionamos el Convenio Nro. 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los que consagran y reconocen ampliamente los derechos de los pueblos indígenas a nivel internacional y rigen internamente en nuestro derecho, en las “condiciones de su vigencia”.

Como organización que acompaña, asesora, representa y defiende a diferentes Comunidades Indígenas de la provincia hace años, no estamos ajenos ni desconocemos las controversias que se plantean en la práctica cotidiana, producto de interpretaciones que pretenden desconocer sus derechos. En este sentido, resultan preocupantes algunas posiciones que señalan la incorporación de la propiedad comunitaria indígena en el código civil como condición para su ubicación en un plano de cumplimiento efectivo, máxime cuando provienen del organismo del Estado encargado de velar por los derechos de los Pueblos Indígenas del País.

NECESIDAD DE DELIMITACIÓN, DEMARCACIÓN Y TITULACIÓN DE LA PROPIEDAD DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

La doctrina de la Corte Interamericana, señala que para resguardar la garantía de Protección Judicial (Art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) los Estados deben **adoptar en el derecho interno las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de las comunidades indígenas**. En ese sentido, y como aproximación a la cuestión en debate, consideramos importante remarcar la necesidad, en nuestro país, de generar herramientas adecuadas que permitan avanzar en la regularización de la situación dominial de los territorios indígenas una vez finalizado el relevamiento que la Ley Nro. 26.160 y su prórroga ordenan. No perdemos de vista que la mencionada ley no posee disposiciones respecto de la titulación y entrega de las tierras a las comunidades, y que hasta el momento, en nuestro país no se han sancionado procedimientos de titulación adecuados y uniformes que permitan reconocer a los pueblos y comunidades como los dueños de sus propios territorios.

En este sentido, entendemos que los derechos de los pueblos indígenas, más allá de su carácter operativo, requieren de reglamentación y de la implementación de políticas y programas que los doten de aplicación. Esto exige la incorporación de mecanismos adecuados que respeten su identidad cultural, en la cual el territorio y los derechos territoriales tienen un lugar de centralidad.

La noción de propiedad y posesión de las tierras y territorios de las comunidades indígenas tiene una significación colectiva, es decir, no de pertenencia al individuo, sino al grupo, por lo que no se corresponde con la propiedad individual actualmente legislada por el Código Civil vigente. La relación existente entre las Comunidades Indígenas con sus territorios no se reduce a una mera relación patrimonial, de posesión y producción, sino que dicha interacción es además de material y espiritual, básica para la preservación del legado cultural y la cosmovisión de estos Pueblos. Es decir, cuando se afecta la propiedad territorial, se afecta el derecho a la identidad cultural y a la subsistencia de los Pueblos como tales, y por tanto su libre desarrollo. De este modo, no parece correcto técnicamente legislar un derecho de estas características, dentro de un régimen como el de los derechos reales civiles o comerciales, que tiene contenido exclusivamente patrimonial, considerando a los bienes como propiedad siempre y cuando los mismos tengan un valor pecuniario.

¿UN NUEVO CÓDIGO CIVIL?

Es en este punto donde consideramos reside la verdadera complejidad de la discusión que nos convoca y por ello consideramos fundamental hacer ciertas precisiones.

Resulta muy importante, acertado y necesario el “nuevo enfoque” o la “modernización” que el proyecto en discusión viene a imprimir al Código Civil a través de diferentes innovaciones. En esa línea valoramos, particularmente, la incorporación —adecuada— de algunos derechos humanos en su articulado. Sin embargo consideramos oportuno señalar que esta buena intención puede en la práctica darse, al menos, de dos formas:

Una de estas formas, sería produciendo una real y profunda modificación del contenido, alcances y estructura del Código Civil, que permita la incorporación de derechos que tienen una naturaleza y han tenido un desarrollo muy alejado del de los derechos legislados por el derecho privado, como es el caso de los derechos de los pueblos indígenas, sin por ello desnaturalizarlos.

La otra forma sería que, aún partiendo de la misma buena voluntad inicial, la incorporación de este tipo de derechos a estructuras rígidas, históricamente construidas y sostenidas, como nuestro código civil, sin una verdadera profunda reestructuración, implique una desnaturalización, restricción y limitación de derechos, en este caso en particular de los derechos de los pueblos indígenas.

Desde el entendimiento de que podríamos encontrarnos en un momento histórico y visagra para las transformaciones que nuestra realidad como país reclama, y partiendo de la clara noción de que se encuentran en juego luchas que se traducen en pérdidas de vidas humanas, entendemos que sería conveniente avanzar en una Ley Nacional que regule la propiedad comunitaria del territorio indígena y no en su inclusión en el Código Civil.

Ente los elementos que nos llevan a inclinarnos en este sentido, consideramos altamente ilustrativo de la inmadurez de nuestro Estado para generar un efectivo proceso como el que implicaría la real y profunda transformación hacia un Código Civil multicultural, la ausencia de consulta con la que este proyecto fue desarrollado.

Ausencia de consulta. La discusión, diseño y presentación del proyecto se realizó sin ningún tipo de consulta previa a las comunidades indígenas del país. La Comisión que trabajó el proyecto fue integrada por el Sr Juez de la CSJN doctor Ricardo Luis Lorenzetti, la Sra Jueza de la CSJN doctora Elena Highton de Nolasco y por la Sra Prof doctora Aída Kemelmajer de Carlucci (Decreto PEN 191/2011, Art.3°).

Ello no puede interpretarse simplemente como una limitación de un Estado que se dice respetuoso de los derechos de los pueblos indígenas, sino que el procedimiento es violatorio artículo 75 incisos 17 y 22 de la Constitución Nacional, el Convenio 169 de la

OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en la cual se establece claramente que **los Pueblos Indígenas tienen derecho y el Estado la obligación, de consultar a los pueblos interesados** (en este caso los de todo el país), 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**. Cabe mencionar que esta “omisión” por parte del Estado puede generar planteos de inconstitucionalidad de la reforma del código civil.

Pero existen muchos otros elementos que indican que el proyecto no asume la amplitud necesaria como para incorporar derechos de los pueblos indígenas sin desnaturalizarlos, limitarlos o restringirlos, entre ellos podríamos mencionar:

La utilización inadecuada de conceptos. El proyecto hace uso de diferentes conceptos que no parecen adecuados, la referencia al concepto universalmente aceptado de “territorio” que comprende no sólo el aspecto material sino también espiritual del vínculo no es homogénea en el articulado, mientras se advierte un esfuerzo por “acercarlo” a términos propios de un articulado civil, lo que en la práctica judicial se torna un elemento peligroso. Tal el caso del concepto “inmueble” (art 2028). Por otro lado, adjetivaciones sobre el territorio como “inmemorial” (art 2031) que parece referir a un tiempo que no se encuentra determinado, mientras el término adecuado debiera ser “tradicional”, en tanto el mismo refiere a las formas de vivir y estar en el territorio.

La restricción de derechos constitucionalmente reconocidos. El artículo 18 estipula que los derechos a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que se establece en el código, sólo serán aplicables a las comunidades indígenas que tengan personería jurídica reconocida. En ese sentido está no sólo limitando el alcance de derechos constitucionalmente reconocidos, sino también agregando requisitos que nada tienen que ver con el reconocimiento constitucional, en el cual el derecho al territorio está vinculado a la preexistencia de los pueblos y no a su inscripción. Este resulta un elemento clave del articulado, en tanto en adelante todo el articulado quedaría sujeto a esta condición.

Disminución del estatus jurídico de las comunidades indígenas. El artículo 148 disminuye el estatus jurídico de las comunidades indígenas a asociaciones privadas, que no sólo deben ser reglamentadas por el Estado y son pasibles de intervención, sino que pone en riesgo el derecho a reservas de frecuencias radio y televisión sólo disponibles para entidades de derecho público no estatal, según establece la Ley 26.522 (“Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual”).

La Constitución Nacional establece el reconocimiento de las comunidades como consecuencia de reconocer el carácter de preexistentes al Estado Nacional de los

pueblos indígenas, por lo tanto con este artículo está negando la realidad jurídica previa y desconociendo el carácter declarativo de las inscripciones. Esta incorporación no es acorde a los principios constitucionales que surgen del artículo 75 inciso 17, e implica un retroceso inadmisibles al paradigma del Convenio 107 de la OIT ya superado internacionalmente.

Regresión en el reconocimiento y respeto del Estado a formas de organización que lo preceden, tal y como ellas existen, y deciden sus formas internas de organización.

ARTÍCULO 2028.- **Concepto.** No sólo resulta inadecuado hablar de “inmueble”, como ya mencionamos anteriormente al referirnos al uso de los conceptos, sino también es inadecuado limitarlo al ámbito rural, dejando afuera a comunidades que han debido migrar forzosamente y constituirse en zonas no rurales, pero que no por ello han perdido sus derechos. Por otro lado, este artículo -cuyo destino debe ser aclarar el concepto- además de restringirlo y confundirlo, se inmiscuye con la libre determinación de los pueblos disponiendo a qué debería estar “destinado” el territorio.

ARTÍCULO 2030.- **Representación legal de la comunidad indígena.**

La redacción en términos imperativos de este artículo, con expresiones tales como “debe decidir”, “debe designar” y “debe sujetarse” no se corresponde con la CN, en la cual se plasma el reconocimiento y respeto del Estado a formas de organización que lo preceden, tal y como ellas existen, y tal como ellas deciden sus formas internas de organización. La sujeción del sistema normativo interno de las comunidades a *“la regulación sobre personas jurídicas y las disposiciones que establecen los organismos especializados de la administración nacional en asuntos indígenas”* implica una excesiva injerencia de la administración en cuestiones indígenas. La registración y/o formalidades requeridas por el Estado a las Comunidades para ser reconocidas como tales deben ajustarse al convenio 169 OIT y el fallo de la CIDH *Awas Tigni c/ Nicaragua* entre otros; esto significa que no puede solicitarse formalidades y ritualismos que menoscaben los derechos de los Pueblos.

Finalmente, preocupa muy especialmente la redacción del artículo 2035, titulado **“Aprovechamiento de los recursos naturales. Consulta”** Este artículo pareciera tener como propósito fundamental el dejar aclarado cómo será el aprovechamiento de los recursos naturales de las comunidades indígenas por parte del Estado o de particulares; mucho más que el señalar que los recursos naturales conforman la integralidad de los territorios indígenas, lo cual no queda indicado. Por otro lado, la mención a la consulta, sin aclarar ningún tipo de carácter vinculante de la misma, resulta insuficiente.