

Sesión Bicameral a celebrarse con motivo de la reforma del Código Civil

- Ciudad de Ushuaia -

Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del atlántico Sur

“Ya no viviremos en una tierra que no es nuestra o de la que no sabemos cuándo vamos a tener el título. A partir de hoy, podremos decir que vivimos en nuestra casa”

expresado por Rubén Maldonado, presidente de la Comunidad Selk’nam-Ona, (al momento de recibir los títulos de propiedad de la reserva natural ubicada al norte del Lago Fagnano).

Título de la Ponencia: “La Propiedad Comunitaria Indígena en el Siglo XXI”

Objetivo: El objetivo de esta ponencia es resaltar la necesidad de un tratamiento adecuado para el tema de la propiedad comunitaria indígena en el marco del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

Introducción

La República Argentina vive en la actualidad un proceso de adecuación de su entramado jurídico institucional que busca mantener vigente el espíritu progresista que caracterizó al país desde su nacimiento, a la vez que resolver ciertas situaciones que empiezan a emerger fruto del cambio de que experimentan sus habitantes en su forma de vida y la sociedad toda en su carácter.

En este marco, y con el objetivo de dar respuesta a esta situación, el 27 de Marzo pasado la presidenta Cristina Kirchner y el titular de la Corte Suprema de la Nación, Dr. Ricardo Lorenzetti, presentaron el anteproyecto de reforma del Código Civil. Esta reforma busca dar respuesta, como mencionábamos antes, a situaciones que necesitan ordenarse y recibir un encuadre legal. Podría decirse que algunas son “relativamente nuevas” (tal el caso de la identidad de los embriones congelados), otras situaciones son de antigua data (tal el caso del divorcio, con la novedad de los contratos prenupciales como un mecanismo para dividir los bienes) y otras ancestrales, arrastradas de la época del surgimiento mismo de la nación argentina. Entre estas últimas se organiza el tratamiento de la propiedad comunitaria indígena.

El Título V del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación titulado “Propiedad Comunitaria Indígena” aborda la propiedad comunitaria indígena y las personerías jurídicas, y explica en el Art. 2028 que “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”. Por esta conceptualización y por el desarrollo que hace el pre proyecto sobre la Representación Legal de la Comunidad Indígena, fue presentado como un avance en materia de derechos indígenas.

Asimismo, el mencionado pre proyecto establece los modos de constitución de la propiedad comunitaria indígena: por reconocimiento del Estado nacional o de los Estados provinciales; por usucapión; por actos entre vivos y tradición y/o por disposición de última voluntad.

Territorio, pueblos indígenas y condición urbana

Si bien el pre proyecto es considerado un gran avance en la materia, varias asociaciones y organismos de representación de los pueblos originarios¹ señalan que para llevar adelante una reforma realmente profunda, haría falta legislar también sobre el *territorio* y no solamente sobre la tierra. A esto se suma la solicitud de tomar en consideración a los *pueblos indígenas* en tanto que constituyen una instancia considerada *menor* no solamente en lo referido a la organización política propia sino también a su condición (nada menos) que de sujetos de derecho. Por esto, las voces procedentes de los pueblos Huarpes, Qom y Kollamarca señalan la urgencia de superar el concepto de *comunidades* y hablar de *pueblos*.

Por otro lado, el primer párrafo de definición de la Propiedad Comunitaria Indígena antes visto: “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” excluye a los pueblos indígenas urbanos y los equipara como sujetos de derecho privado tal como podría ser un consorcio de un country.

En este sentido, Paz Argentina Quiroga (del pueblo Huarpe), Eduardo Nieves (del Pueblo Diaguita), Félix Díaz (Qom de la comunidad Potae Napocna Navogoh) y David Sarapura (del pueblo Qollamarca de Salta), subrayaron la necesidad tomar en consideración estos aspectos y cambiar el pre Código Civil, porque consideran que con la versión actual “se violan los derechos de los pueblos indígenas. En una línea mas severa, los integrantes del Consejo Plurinacional, la agrupación Servicio Paz y Justicia (SERPAJ), la organización Madres de Plaza de Mayo - Línea Fundadora, la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH) y la Asociación de Abogados y Abogadas en Derecho Indígena (AADI) reclamaron en el Congreso Nacional que “este Código Civil será un claro retroceso para los pueblos originarios”.

El reclamo de las mencionadas organizaciones busca que los integrantes de los pueblos originarios asesoren a los redactores del próximo Código Civil en lo referente a los derechos de propiedad basándose en el “derecho a la consulta libre, previa e informada” que garantiza la

¹ Al respecto, ver el artículo publicado el Lunes 3 de Septiembre de 2012 por el diario Pagina/12 bajo el título “Un Debate Originario: la Cuestión Indígena en la Reforma del Código Civil”. Su autor, Darío Aranda, explica que “El Consejo Plurinacional Indígena –que reúne a organizaciones indígenas de once provincias–, el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Madres de Plaza de Mayo Línea Fundadora, la Asamblea Permanente de Derechos Humanos (APDH), el Servicio de Paz y Justicia (Serpaj), la Asociación de Abogados de Derecho Indígena (AADI), el Equipo Nacional de Pastoral Aborígen (Endepa) y el Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas (Odhpi), entre otras organizaciones cuestionan que el nuevo Código Civil incluya artículos referidos a los pueblos originarios”. Otra voces mas criticas, como la del Consejo Plurinacional Indígena establecen que “la propiedad comunitaria indígena no puede quedar encorsetada en un Código Civil y debe ser reglamentada en una ley especial, como lo prometió la Presidenta en el marco de los festejos del Bicentenario. Los derechos constitucionales ganados en décadas de lucha pueden quedar reducidos a un Código Civil que no mide el impacto que va a generar en nuestras vidas y culturas”. Disponible en el siguiente link: <http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-202470-2012-09-03.html>

Constitución Nacional Argentina. Y en particular del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y a la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. El primero de estos dos tratados internacionales expresa en su Artículo 14 que “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 itinerantes²”. Por su parte, la Declaración de Naciones Unidas antes mencionada especifica en el Inciso 3 de su Artículo 26 que “Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate³”.

En la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, la iniciativa del gobierno provincial bajo la administración Ríos, fue precursora en lo referente a la entrega de los títulos de la propiedad definitivos de la Reserva Aborigen “Rafaela Ishton” al pueblo Selk’nam-Ona⁴.

Respecto a la idea de propiedad de la tierra de este pueblo Selk’nam-Ona, sus integrantes entienden como propio el territorio de lo que hoy es la Isla Grande de tierra del Fuego, porque lo heredaron de un ancestro mítico de quien descienden y a cuya familia pertenecen en términos de descendencia patrilineal. Originariamente, los Selknam se organizaban en grupos de familias que variaban entre los 50 y 100 individuos, que eran propietarios de porciones de tierras vecinas entre sí. Estas familias, consanguíneas, basaban el

² Citado de la Parte II: “Tierras” del “Convenio OIT Número 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes 1989”. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/lima/publ/conv-169/convenio.shtml>

³ Citado del Inciso 3 del Artículo 26 de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Disponible en: http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_es.pdf

⁴ Al respecto, ver la nota titulada “La comunidad Selk’nam-Ona se transformó en la primera del país en recibir los títulos de propiedad de las tierras” aparecida el 22 de Junio de 2011 en el portal de noticias Shelknam Sur: “En un acto calificado como “histórico” para los pueblos originarios de la provincia y el país, la gobernadora Fabiana Ríos hizo entrega del título de propiedad definitivo de la Reserva Aborigen “Rafaela Ishton” a la comunidad Selk’nam-Ona. La Mandataria recibió a su vez el certificado que la declara “Amiga Especial” de la comunidad aborigen “por su valentía y compromiso demostrado para con los pueblos originarios”. Disponible en: http://www.shelknamsur.com/index.php?option=com_content&view=article&id=7155%3A-la-comunidad-selknam-ona-se-transformo-en-la-primera-del-pais-en-recibir-los-titulos

ejercicio de propiedad sobre sus tierras en ese principio de consanguinidad, de pertenencia al mismo pueblo y de vecindad. En otras palabras, ser Selknam implicaba ser propietario de alguna porción de tierra en la Isla Grande⁵.

Recomendaciones finales

Para finalizar, y teniendo en cuenta lo antedicho, ¿cuales serian las consideraciones a tener en cuenta para un adecuado tratamiento del tema de la propiedad comunitaria indígena en términos de progreso y de solución reparatoria? Enumeramos a continuación las sugerencias desarrolladas por Asociación de Abogados y Abogadas en Derecho Indígena (AADI) en ocasión de las consultas realizadas en el marco del pre proyecto de reforma del código civil:

- Que cualquier medida legislativa que afecte directamente a los Pueblos Indígenas debe ser consultada con los pueblos interesados mediante procedimientos apropiados y, en particular, a través de sus instituciones representativas (artículo 75 incisos 17 y 22 de la Constitución Nacional art. 6 inciso a Convenio 169 de la OIT).

- Que para establecer una regulación de la propiedad comunitaria indígena a nivel legislativo debe respetarse la jerarquía normativa de los artículos 31 y 75 inc.22 de la Constitución Nacional y que esa reglamentación no puede alterar el artículo 75 inciso 17 ni los tratados que hoy integran el bloque de constitucionalidad federal (ni el Convenio 169 de la OIT que tiene jerarquía suprallegal).

- Que la propiedad comunitaria indígena debe incluir los conceptos de “tierras” y “territorios” en los términos del artículo 13 inciso 2 del Convenio 169 de la OIT; la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y otros instrumentos internacionales de derechos humanos.

- Que el derecho a las tierras y territorios indígenas deriva directamente del reconocimiento del derecho a la libre determinación que tienen como Pueblos y que, por tanto, tiene carácter de derecho colectivo.

- Que el alcance del este derecho debe regirse por la cosmovisión de cada pueblo (Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Awas Tingni).

- Que la elaboración del texto debe respetar la importancia especial que para las culturas y

⁵ “On the social organization of the Ona (Selk'nam)” In: Journal de la Société des Américanistes. Tome 54 n°1, 1965. pp. 23-29.

valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras y territorios y en especial los aspectos colectivos de esa relación (artículo 13 inciso 1 del Convenio 169 de la OIT).

- Que esa importancia está determinada porque los derechos territoriales indígenas están relacionados con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado con una cultura diferente (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Yakye Axa, Saramaka).

- Que limitar el derecho a la propiedad privada de un particular en pos de la protección de la propiedad comunitaria indígena puede ser necesario para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista (Corte IDH, Caso Yakye Axa).

- Que las tierras que deben reconocerse son aquellas tierras urbanas o rurales que sean poseídas de manera tradicional por las comunidades, incluso aquellas que son utilizadas de manera estacional o intermitente no exclusivas, pues el Estado no puede desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo (Corte IDH, Caso Xamok Kasek).

- Que las tierras que se entregan deben ser idóneas y suficientes de manera que las comunidades indígenas puedan desarrollarse conforme a su identidad cultural (Corte IDH, Caso Xamok Kasek).

- Que cuando se habla del tipo de posesión u ocupación debe respetarse el término tradicional utilizado por la Constitución Nacional, el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia internacional en la materia.

- Que la posesión comunitaria a que hacen referencia tanto la Constitución Nacional (artículo 75 inciso 17) como el Convenio 169 de la OIT (artículo 14 inciso 1) no es la misma posesión que está regulada en el Código Civil, que responde a otro origen y por tanto tiene diferentes formas de ejercicio y de prueba, de hecho la posesión indígena no requiere voluntad de sometimiento.

- Que pese a las diferencias, respecto de particulares extraños y el Estado la propiedad indígena tiene como mínimo todas las garantías de la propiedad privada (Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Awas Tingni) más garantías específicas del derecho a la propiedad comunitaria indígena (Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka).

- Que deben distinguirse las obligaciones estatales en la materia:

1. La de reconocer las tierras que están siendo poseídas de manera tradicional (artículo 14 inciso 1 Convenio 169 OIT). Esto implica que es el Estado debe delimitar, demarcar y titular a favor de la comunidad sin más procedimientos ni modos de adquisición que el mero reconocimiento, y por tanto, debe hacerse cargo de los posibles intereses afectados de terceros (Corte IDH, Casos Awás Tigni hasta Xamok Kasek).

2. La obligación de instituir procedimientos adecuados para solucionar reivindicaciones de tierras por parte de pueblos interesados pues las comunidades indígenas tienen derecho a recuperar tierras a las que hayan tenido tradicionalmente acceso, cuando han sido desposeídas de ellas de manera involuntaria (artículo 14 inciso 3 del Convenio 169 OIT, Corte IDH, Casos Yakye Axa y Xamok Kasek),

3. La obligación de entregar otras tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano (artículo 75 inciso 17 de la CN, Corte IDH Caso Xamok Kasek)⁶.

⁶ El texto completo publicado por la AsoJJJ de donde se extrajeron estas sugerencias esta disponible en: http://derechosindigenas.org.ar/index.php/centrodocumentacion/doc_view/132-comunicado-aadi-sobre-proyecto-de-modificacion-del-codigo-civil?tmpl=component&format=raw