

San Miguel de Tucumán, 7 de setiembre de 2012

Como Directora Ejecutiva de ANDHES, Abogados y Abogadas del Noroeste Argentino en Derechos Humanos y Estudios Sociales, vengo a acercarles un punto de vista más sobre lo que este proyecto implica para los derechos de los pueblos indígenas.

En primer lugar, cabe aclarar que LA PROPIEDAD COMUNITARIA DE LOS TERRITORIOS INDÍGENAS ES UN DERECHO OPERATIVO Y EXIGIBLE. La Constitución de la Nación Argentina dispone, en su Artículo 75 inciso 17, ***“Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos... Garantizar la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan... y Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten...***

Es decir que más allá de su incorporación en el Código Civil o no, 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 como el Convenio No.169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y ha ratificado la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, instrumentos que consagran y reconocen los derechos de los pueblos indígenas a nivel internacional y que rigen en nuestro derecho interno.

Como organización que acompaña, asesora, representa y defiende legalmente a diferentes Comunidades Indígenas de la provincia hace muchos años, no estamos ajenos ni desconocemos las controversias que se plantean en la práctica cotidiana, producto de interpretaciones que pretenden desconocer estos derechos. Alarma, sin embargo, escuchar que la incorporación de la propiedad comunitaria indígena en el código civil **es una condición para su ubicación en un plano de obligatoriedad**, máxime cuando esas palabras provienen del organismo del Estado encargado de velar por los derechos de los Pueblos Indígenas del País.

En segundo lugar, es conveniente recordar que RESULTA URGENTE LA NECESIDAD DE RECONOCIMIENTO DE LA TITULARIDAD DE LA PROPIEDAD DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS.

La doctrina de la Corte Interamericana, señala que en resguardo de la garantía de Protección Judicial¹ 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, seguimos remarcando, como lo hacemos hace tiempo, la urgente necesidad en nuestro país, de generar herramientas adecuadas que permitan avanzar en el reconocimiento de la propiedad de los territorios indígenas una vez finalizado el relevamiento conforme la Ley 26.160 y su prórroga. 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.

Entendemos que los derechos de los pueblos indígenas, más allá de su inobjetable carácter operativo, si 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 históricamente legislada por el Código Civil. 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 el territorio, 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 de contenido patrimonial.

¹ Art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

PERO ¿ESTAMOS ANTE LA PRESENCIA DE UN NUEVO CÓDIGO CIVIL?

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

Es importante el “nuevo enfoque” que el proyecto en discusión viene a imprimir al Código Civil a través de diferentes innovaciones. Valoramos particularmente los avances en la constitucionalización del derecho privado y la incorporación — adecuada— de algunos derechos humanos en su articulado. Sin embargo consideramos que este buen propósito, podría llevarse a la práctica, en lo referido a derechos de los pueblos indígenas, al menos de dos formas:

Una de estas formas sería produciendo una real y profunda modificación del Código Civil, tornándolo respetuoso de la diversidad cultural y permitiendo la incorporación de derechos que tienen una naturaleza particular y han tenido un desarrollo alejado de las relaciones que regula el derecho privado -como es el caso de los derechos de los pueblos indígenas.

La contracara a esta alternativa sería que, aún partiendo de la misma buena voluntad inicial, forzar la incorporación de este tipo de derechos a estructuras rígidas, históricamente construidas y sostenidas como nuestro código civil, implique la **desnaturalización** y **restricción** de derechos de los pueblos indígenas, sosteniendo en definitiva un paradigma asimilacionista.

Desde el entendimiento de que podríamos encontrarnos en un momento histórico y visagra para codificar lo que nuestra realidad como país reclama, pero también partiendo de la clara conciencia de que se encuentran en juego reivindicaciones que se traducen en pérdidas de vidas humanas, y esto en Tucumán lo conocemos muy bien, entendemos que **ES CONVENIENTE AVANZAR EN UNA LEY NACIONAL QUE REGULE LA TITULACIÓN DE LA PROPIEDAD COMUNITARIA DEL TERRITORIO INDÍGENA Y NO EN SU INCLUSIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL TAL COMO EL PROYECTO PROPONE.**

Entre 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 consulta previa a las comunidades indígenas del país. La Comisión técnica que lo

trabajó estuvo integrada por tres respetables y calificados juristas², y la “amplia participación” con la que contó, tal como lo explicó el Dr Lorenzetti, se limitó a la consulta con el mundo académico, con “hombres y mujeres del derecho”.

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

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 o restringirlos. Entre ellos podríamos señalar:

En general hay un uso de conceptos inadecuados, a través del que se advierte un desconocimiento de la materia en el uso de conceptos y un claro esfuerzo por “acercarlo” a los términos propios de un articulado civil, lo que en la práctica judicial resulta peligroso.

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. Ello no sólo limitando el alcance de derechos constitucionales, sino también agregando requisitos que no manda 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 proyecto, en tanto en adelante todo el articulado quedaría sujeto a esta condición.

² 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°)

La 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 también pone en riesgo el derecho a reservas de frecuencias de radio y televisión que las comunidades poseen, en tanto entidades de derecho público no estatal, según establece la Ley 26.522 (“Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual”). Todo ello esto negando la realidad jurídica previa de los pueblos y desconociendo el carácter declarativo de las inscripciones.

En el mismo sentido, es inconstitucional que el Código Civil establezca “Modos de Constitución de la Propiedad Comunitaria” (art.2031) dadas las consecuencias jurídicas del reconocimiento de la preexistencia al Estado.

También se advierte, **la negación del reconocimiento del Estado a formas de organización que lo preceden, tal y como ellas existen.**

El artículo 2028 no sólo emplea un inadecuado lenguaje normativo al hablar de “inmueble”, sino que lo limita al ámbito rural, dejando afuera a comunidades que han debido migrar forzosamente y constituirse en zonas no rurales, sin por ello haber perdido sus derechos. Por otro lado, este artículo -dirigido a 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.

La redacción del artículo 2030. (**Representación legal de la comunidad indígena**) en términos imperativos como “debe decidir”, “debe designar” y “debe sujetarse” no se corresponde con la Constitución Nacional, 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. Pero además **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 deben ajustarse al bloque de constitucionalidad, esto es evitar solicitar formalidades y ritualismos que menoscaben los derechos de los Pueblos.

Finalmente, otra muestra de que el proyecto no contiene la amplitud necesaria como para hablar de la transformación hacia un código civil multicultural, la redacción del artículo 2035 (**Aprovechamiento de los recursos naturales. Consulta**) 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 en ninguna parte.

Miembros de la Comisión Bicameral, solicitamos a ud retiren los artículos que pretenden codificar la propiedad comunitaria indígena de esta reforma, evitando planteos de inconstitucionalidad y evitando llevar al estado a incurrir en responsabilidad internacional, e impulsen una Ley Nacional que regule la titulación de la propiedad comunitaria del territorio indígena.

Nada más, Muchas Gracias.