



Derechos Indígenas en el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado

Por Daniel Figueroa

Abogado, UBA. Especialista en Administración Pública y Desarrollo Social
jdanielfigueroa@yahoo.com.ar



Respeto (Yewentuku) o Atropello (Yerpun) ⁽¹⁾

El 11 de agosto de 1994, en Sesión Ordinaria de la CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE, el Sr. Presidente de la Convención, da la palabra a la Sra. Convencional Elba Roulet.

"Sra. ROULET.- Señor presidente, señores convencionales: considero un honor poder transmitir este consenso, esta unanimidad conseguida en la aprobación de este texto ...Se trata de la modificación al artículo 75, que dice así: "Corresponde al Congreso ..., inciso 17 ... Reconocer la preexistencia étnica y cultura de los pueblos indígenas argentinos; Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones. (Aplausos en las bancas y en las galerías.)"

Sr. PRESIDENTE.- Si no se hace uso de la palabra, se va a votar el texto constitucional propuesto. (Aplausos prolongados en las bancas y en las galerías.)"

1. Del libro "Manual y Glosario de la Cultura Mapuche Pampa o Mapudugun Rankülche" de Gastón Monart, 2005, Multimedia La Idea, con el apoyo del Programa Metropolitano de Fomento de la Cultura, las Artes y las Ciencias, Secretaria de Cultura, Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

- La votación resulta afirmativa.

- En particular es igualmente afirmativa.

Sr. PRESIDENTE.- Por unanimidad, queda aprobado el texto propuesto. (Aplausos prolongados en las bancas y en las galerías. Manifestaciones en las galerías.)⁽²⁾

El 8 de junio de 2012, el Poder Ejecutivo Nacional envió al Senado, el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial, este proyecto de reforma, propone incorporar derechos indígenas al Código de fondo. Desde el 11 de agosto de 1994, pasaron casi 18 años, nos preguntamos si para los Pueblos Indígenas, esto es vivido como un avance en el "Respeto" al encuentro de distintas culturas o como un "Atropello".

En aquella Convención Constituyente del '94, la Sra. Convencional María Cristina Figueroa⁽³⁾ decía:

"Señor presidente: Siendo la Argentina un país pluriétnico y pluricultural, deviene necesario establecer reconocimiento constitucional a la protección del aborigen.

Existe una obligación moral por parte del Estado del reconocimiento de la identidad del indígena como grupo social autónomo.

La sociedad debe respetar sus costumbres, tradiciones, creencias, artes y organización social; asimismo debe aprender a respetarlo y a comprenderlo. Si conocemos su pasado, comprenderemos mejor su presente y es probable que podamos proyectar juntos con ellos sobre su futuro".

Políticas Públicas Indigenistas Consensuadas

El Estado quita y el Estado da. Esta parece ser la relación que resume con mayor claridad lo que ha significado el Estado para los pueblos indígenas. Esta idea tiene un profundo significado no sólo en la actualidad sino también por el pasado histórico, de los pueblos indígenas. Cuando nació el Estado-nacional, la incorporación de lo indígena, estaba basada en la matriz homogeneizante del Estado. Lo indígena en el proyecto nacional, fue considerado desde un principio como atrasado o como una expresión inferior.

El Estado durante décadas participó de la idea de civilizar e integrar al indio por medio de políticas de aculturación lo que se realiza por medio de una "educación extractiva", monolingüe y monocultural que tenía como objetivo asimilar a los indígenas sometiéndolos al pleno imperio de la ley y las "buenas costumbres".

Muchos de los actuales problemas encuentran su ori-

gen en los diferentes momentos del pasado histórico y sobre todo en su relación con el Estado y la sociedad nacional. Los actuales conflictos, no difieren de ese panorama. Hay que trabajar en un consenso de reconocimiento, respeto y dialogo.

Falta de Consulta

En las últimas décadas, se produjeron avances en la relación de los Estados de América Latina, con los pueblos indígenas, pasando de esa visión asimilacionista a una mirada pluralista de respeto de la identidad cultural.

En este sentido, ya resultaba un debate consolidado, que ante medidas legislativas o administrativas, los Pueblos Indígenas, debían participar en la gestión, diseño y control de las medidas propuestas, siendo consultados en sus lenguas y a través de sus representantes, a fin de integrar su consentimiento, que debe ser libre, previo e informado.

"La ley obliga al Estado a consultar a los Pueblos Indígenas, cuando se legisla sobre aspectos que puedan afectar los intereses del conjunto de pueblos y culturas. En este caso, la inclusión del título V en el anteproyecto de ley, no se consultó ni siquiera al Consejo de Participación Indígena (CPI), creado en el marco del mismo INAI (Instituto Nacional de Asuntos Indígenas).⁽⁴⁾

Aún más contundente, es el dictamen de la Comisión por los Derechos Indígenas del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal: "la sanción del anteproyecto sin que las comunidades indígenas puedan ejercer su derecho a la consulta y participación en todos los asuntos que le afecten, de conformidad con la Constitución Nacional y con el derecho internacional de los derechos humanos, convertiría en nulo el texto que se apruebe por la falta de cumplimiento efectivo del mandato constitucional".⁽⁵⁾

Derechos Indígenas que incorporaría el Código Civil

La opinión de los Pueblos indígenas es mayoritaria y contundente: "el proyecto de Código Civil vulnera los derechos indígenas, desoye la legislación vigente. No hubo consulta a los pueblos indígenas. Omite la figura de "pueblo y territorios" y las reduce a "comunidad y tierra". Desconoce los derechos indígenas en zona urbana y periurbanas. Ignota los tratados de derechos humanos y la Constitución Nacional en cuanto a la necesidad del "consentimiento libre, previo e informado" (respecto a cualquier acción que pudiera afectar a los pueblos indígenas) y a la preexistencia indígena (anterior al Estado Nacional). Estas son algunas de

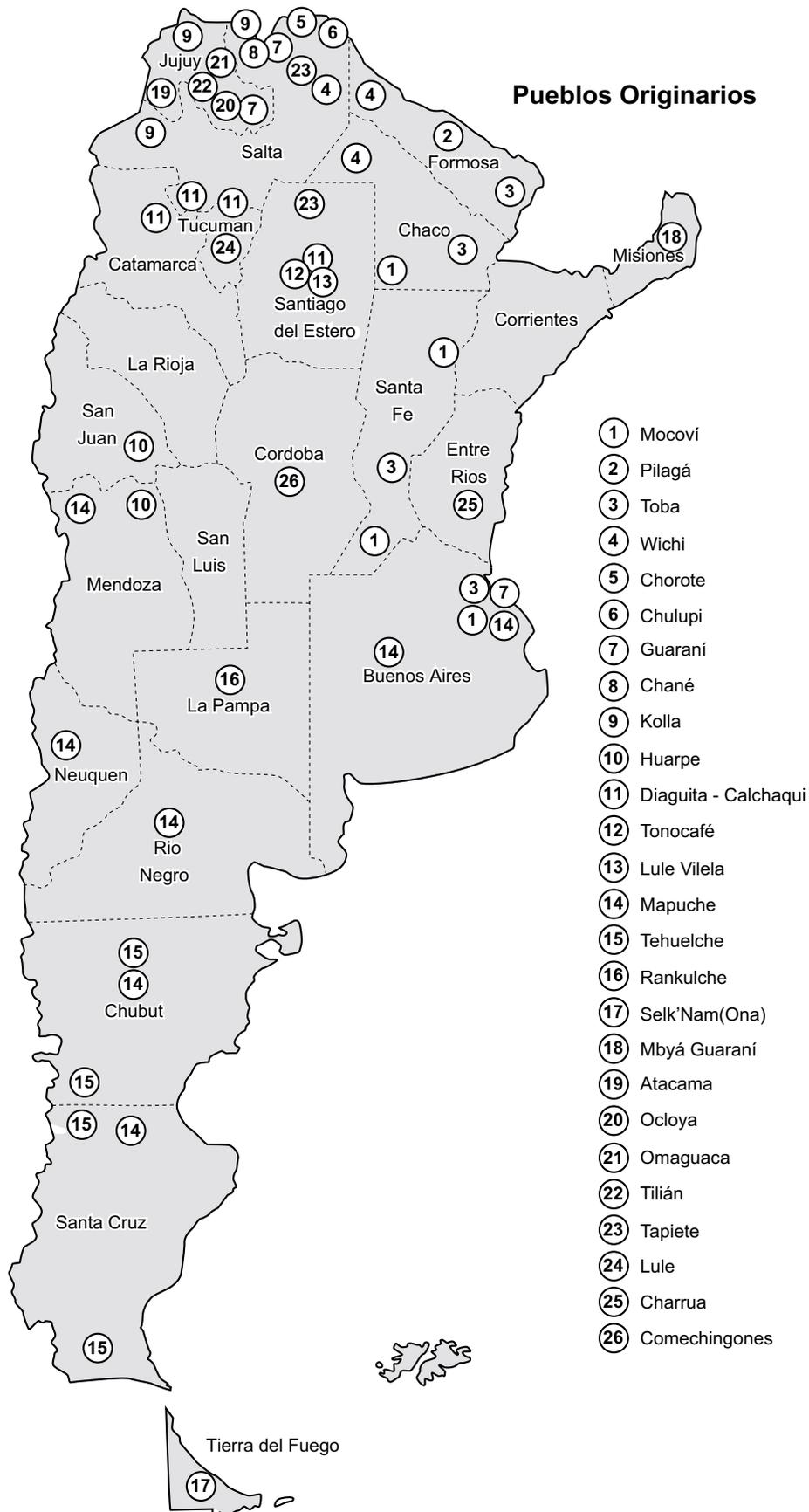
2. Convención Nacional Constituyente. 29ª Reunión-3ª Sesión Ordinaria (Continuación), 11 de agosto de 1994. Presidencia: doctor Eduardo Menem y Doctor Ramón Bautista Mestre. Orden del Día N° 10, Dictamen Comisión Nuevos Derechos y Garantías, Pág.4060 y siguientes, Inserciones pág. 4084 y siguientes.

3. Convención Nacional María Cristina Figueroa, UCR, Salta, Garantía de la Identidad Étnica y Cultural de los Pueblos Indígenas, Inserciones página 4084 y siguientes, Diario de Sesiones, Orden del Día N° 10, Con-

vencción Nacional Constituyente 1994.

4. Dra. Caccivillani, Pamela, "Propiedad Comunal Indígena. El consentimiento libre, previo e informado (CLPI) como clave de la autodeterminación de los pueblos originarios" citando al Comunicado del Consejo Plurinacional Indígena.

5. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Dictamen de la Comisión por los Derechos Indígenas, sobre la incorporación de la propiedad comunitaria indígena en el Código Civil.



las falencias del proyecto de Código Civil que remarcaron dirigentes mapuches en las audiencias públicas que se realizaron en Neuquén. Solicitan que se supriman del proyecto los artículos referidos a los pueblos indígenas, instan a un "verdadero proceso de consulta" y reclaman una ley especial sancionada por el Congreso." ⁽⁶⁾

El INAI (Instituto Nacional de Asuntos Indígenas) manifiesta que: "El valor de la incorporación de los derechos indígenas en el Código Civil radica en que se trata de un Código de fondo, el cual ejerce supremacía sobre las legislaciones provinciales (ordena la complejidad interjurisdiccional y las controversias que plantean las facultades concurrentes)... dado que aun proclamando la operatividad de la cláusula constitucional resulta insuficiente e ineficaz para la efectivización de los derechos." ⁽⁷⁾ Por estas razones, sostiene que resulta necesario incorporar la propiedad comunitaria indígena en el Código Civil y Comercial Unificado.

Los artículos proyectados contemplan: a) las comunidades indígenas como sujetos de derecho, b) El derecho a la consulta y participación y el derecho de incidencia colectiva, c) el reconocimiento de la personería jurídica, d) la posesión y propiedad comunitaria como propiedad indígena exclusiva, perpetua, indivisible, imprescriptible, inembargable e inejecutable, e) la comunidad indígena y los recursos naturales.

Debemos decir, que en relación al derecho codificado, estamos frente a lo nuevo. Se trata de nuevos derechos, que se fueron desarrollando en el derecho internacional, particularmente en los derechos humanos y recogidos por el derecho constitucional. Los derechos indígenas en particular, parten de una cosmovisión antropológica de la relación hombre, tierra y cielo.

La regulación propia del derecho romano, no presenta disposiciones legales que contengan a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, su especificidad y que respete su identidad cultural.

En este sentido el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado incorpora la Propiedad Comunitaria Indígena como un nuevo Derecho real (Artículos 2028 a 2036) y la personería jurídica de las Comunidades Indígenas como personas de Derecho Privado (artículo 148 inciso h).

Reformas constitucionales en América Latina

Como hemos dicho, el desarrollo de estos derechos en buena medida, se debe a la influencia de la normativa internacional de derechos humanos en especial con el enfoque multicultural de los derechos colectivos. Dando lugar a la noción del Estado multiétnico y pluricultural, donde cada Estado debe cambiar la idea de un Estado cultural y social-

mente homogéneo por un nuevo modelo político que acepte una realidad social más plural y reconozca sus diversas realidades socioculturales.

En América Latina se han realizado reformas constitucionales, de acuerdo, entre otras razones, al porcentaje de la población indígena en sus respectivos países.

Reformas de mayor impacto en: Nicaragua (1986), Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), Bolivia (1994), Ecuador (1998) y Venezuela (1999).

Reformas de mediano impacto en: Costa Rica (1977), Panamá (1972, revisada en 1983), México (1992) Perú (1993), Chile (ley sin reforma constitucional 1993), Argentina (1994) y Guatemala (1998).

En todas estas reformas se reconoce, con distintos alcances, la naturaleza pluricultural de sus naciones y una mayor garantía y fortalecimiento de la identidad cultural de cada pueblo indígena.

A estos reconocimientos constitucionales, se sumó la ratificación del Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.), el cual constituye, probablemente, el instrumento internacional más importante y avanzado en cuanto a reconocimiento de derechos colectivos.

Observaciones al articulado

Observaciones sobre las Comunidades Indígenas como sujetos de derechos

Al respecto dice el Consejo Plurinacional Indígena, en relación al artículo 148 h, propuesto en la reforma: "*Persona Jurídica de derecho privado: El artículo 148 del borrador establece la calidad de persona jurídica de derecho privado a las Comunidades Indígenas. Esto significa que se sitúa a las Comunidades Indígenas al mismo nivel que las asociaciones civiles, que las fundaciones, que las sociedades comerciales, etc. pese a que la Constitución Nacional establece su reconocimiento al carácter de PUEBLOS pre-existentes al Estado Nacional. De este modo se niega la realidad jurídica previa que tienen las comunidades indígenas y se tiende a desconocer el carácter declarativo de las resoluciones de inscripción, ya que al introducir a aquellas dentro de la categoría de personas de derecho privado se las equipara a las otras personas jurídicas que constituye el Estado. Nuestras normas y sistemas de justicia, nuestros criterios de convivencia o de administración de nuestra economía, educación y salud, queda reducido y controlado en una "personería jurídica de derecho privado", cuando el marco legal superior indica que debemos avanzar hacia una Personalidad Jurídica de Derecho Público no estatal. Esto*

6. Pueblo Mapuche de Neuquén, Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas, 25-9-2012, en Audiencia Pública por la reforma del Código Civil.

7. Presentación del INAI en audiencia pública por el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial unificado.

8. Cárdenas Víctor Hugo, Asesor permanente del Fondo de Desarrollo Indígena "Participación política indígena y políticas públicas para pueblos indígenas en Bolivia", 2003.

Porcentaje de población indígena en América Latina al año 2003

| País Porcentaje | Proporción del total de habitantes |
|-----------------|------------------------------------|
| Bolivia | 71,0 |
| Guatemala | 66,0 |
| Perú | 47,0 |
| Ecuador | 38,0 |
| Honduras | 15,0 |
| México | 14,0 |
| Panamá | 10,0 |
| Chile | 8,0 |
| El Salvador | 7,0 |
| Nicaragua | 5,0 |
| Colombia | 1,8 |
| Paraguay | 1,5 |
| Argentina | 1,0 (#) |
| Venezuela | 0,9 |
| Costa Rica | 0,8 |
| Brasil | 0,4 |
| Uruguay | 0,4 |

Fuente: De Ferranti, David y otros, 2003. ⁽⁸⁾

(#) Según el censo de población actualizado al año 2010, el porcentaje de población indígena en Argentina (habiéndose cambiado la metodología de la encuesta) las personas que se reconocen como indígenas son 650.000, lo que significa un porcentaje de 1,63%, las que sumadas a las personas que se reconocen como descendientes de indígenas ascienden a 955.032 personas, dando un porcentaje total de 2,38%.

último implica que el Estado y sus organismos de control no pueden intervenir nuestra vida interna y procesos organizativos, que es la práctica común hasta hoy. Las direcciones de personerías jurídicas son hoy verdaderos órganos de intervención y de control sobre nuestras vidas autónomas".

En este sentido es de señalar que cuando el Consejo Plurinacional Indígena señala que la Constitución Nacional establece su reconocimiento al carácter de Pueblos preexistentes al Estado Nacional también está señalando su oposición a la designación con la terminología Comunidad. Del mismo modo que lo define el Convenio 169 de la OIT y la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU. En este sentido la Comunidad es una organización menor que está integrada y contenida por una categoría mayor que es la de Pueblo. En este sentido el Consejo dice: *"La comunidad es la célula sobre la cual se organizan los pueblos indígenas; los pueblos indígenas están integrados por comunidades. Pero no se debe confundir el comunitarismo indígena que promueve el estado, para mantener control y dominio, con la defensa de la comunidad que hacemos los pueblos indígenas. La garantía mínima para que la vida comunitaria pueda desarrollarse y ser viable en medio de un ambiente hostil y de permanente invasión cultural, es consolidar formas de organización y nuestra institucionalidad política como Pueblos. De esa forma la comunidad no pierde su esencia. Por el contrario: se constituye en el nivel básico, la célula vital, la piedra fundamental de nuestro desarrollo como Pueblos Preexistentes"*.

En este sentido una persona pública no estatal (como los sindicatos, colegios profesionales, obras sociales, o partidos políticos), nacen a partir de una ley especial, que así lo define, mediante la cual el Estado puede delegar parte de sus funciones y se reserva su fiscalización.

Observaciones al derecho de consulta y participación y derechos de incidencia colectiva

Este reconocimiento de derechos, ya estaba incorporado en el texto Constitucional y en el Convenio 169 de la OIT (arts. 6 y 15) y en la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas (Naciones Unidas).

En el marco del nuevo texto propuesto, podría interpretarse que el derecho a la consulta, participación y derecho de incidencia colectiva, está relacionado a la gestión de sus recursos naturales.

En una relación de desconfianza, el Consejo Plurinacional Indígena interpreta, que *"los avances conseguidos en la última década, queda reducido en este anteproyecto, en un mero trámite administrativo de información y consulta"*.

Observaciones sobre la posesión y propiedad comunitaria

El Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, a través de su Comisión por los Derechos indígenas dice que la incorporación de la propiedad comunitaria daría lugar a múltiples inconstitucionalidades: *"tanto por acción, al reconocer a los pueblos indígenas como personas jurídicas*

de naturaleza privada (artículo 148 h) contradice abiertamente su consagración constitucional como nuevos sujetos colectivos que preexisten al Estado Argentino y que implica un reconocimiento legal de carácter declarativo y no constitutivo de derechos, o al hacer depender el derecho a la propiedad comunitaria de la inscripción previa de la comunidad en un registro. Por omisión porque no incorpora los estándares internacionales de derechos humanos en la materia desarrollados por los órganos de aplicación e interpretación de los tratados previstos en el Artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional".

Constitución. Código y Legislación específica.

Algunos autores pueden sostener que la regulación de la propiedad indígena en el Código Civil y Comercial Unificado, es inadecuado porque le resta jerarquía al derecho de rango constitucional de los Pueblos Indígenas.

Otros, sostienen que la incorporación de los derechos indígenas en el proyecto del nuevo Código, es reflejarlo en una legislación de fondo, que conlleva supremacía para las legislaciones provinciales y consecuentemente para la administración de justicia.

En mi opinión, el proyecto que se eleva a consideración, en los términos en que lo hace, está fuertemente cuestionado.

El legislador, debería modificar el proyecto de Código, reflejando la letra de la Constitución Nacional y de la legislación concordante e impulsar una Legislación específica como herramienta adecuada para efectivizar los Derechos Constitucionales reconocidos a los Pueblos indígenas.

Esa Legislación específica, entre otras cuestiones debería: Reflejar el consentimiento de los Pueblos; reglamentar el derecho al territorio indígena; promover la adecuación de las normas provinciales; establecer los procedimientos e instrumentación de la propiedad comunitaria indígena; regularizar las tierras ocupadas ancestralmente por las comunidades indígenas; garantizar el derecho a la consulta y participación en las iniciativas legislativas o administrativas que pudieren afectar derechos de los Pueblos, dando su consentimiento, libre, previo e informado; adecuar su personería jurídica como Pueblos de derechos colectivos; establecer que los textos normativos respeten la cosmovisión antropológica, en la relación hombre-tierra, su cultura, su organización social y su respeto por los bienes naturales; garantizar el desarrollo de la educación cultural bilingüe; cooperando el Estado en el fortalecimiento de las organizaciones indígenas, respetando la autonomía de cada entidad y facilitando medios para el intercambio de experiencias entre sus miembros. ■