

Mandato del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas

REFERENCE: AL Indigenous (2001-8)
ARG 3/2012

14 de diciembre de 2012

Excelencia,

Tengo el honor de dirigirme a Usted en mi calidad de Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas de conformidad con la resolución 15/14 del Consejo de Derechos Humanos.

En este contexto, quisiera señalar a la atención urgente del Gobierno de Su Excelencia la información que he recibido en relación con los **posibles efectos del proceso de reforma del código civil y comercial sobre los derechos de los pueblos indígenas**.

Según la información recibida:

En junio de 2012, el poder ejecutivo presentó ante el Senado de la Nación un anteproyecto de reforma de código civil y comercial. Esta reforma tiene como objeto unificar y actualizar los conceptos de derecho privado contenidos en los actuales códigos en materia civil y comercial de Argentina, lo que incluye temas de propiedad privada y colectiva, entre otros asuntos. El anteproyecto se encuentra actualmente bajo análisis de una comisión bicameral que ha realizado audiencias públicas en varias partes del país.

No obstante el hecho de que la reforma del código civil y comercial es ampliamente reconocida como un proceso necesario, las disposiciones del anteproyecto relativas a los derechos de los pueblos indígenas, en particular respecto a la regulación de la propiedad comunitaria indígena, han generado serias preocupaciones entre los pueblos y organizaciones indígenas de Argentina. Se ha alegado que tales disposiciones llegarían a menoscabar los derechos reconocidos a favor de los pueblos indígenas en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales ratificados o aprobados por la Argentina, principalmente el Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales. Asimismo, se ha alegado que estas disposiciones del anteproyecto deberían haber sido consultadas con los pueblos indígenas.

Según la información recibida, representantes de pueblos indígenas han expresado sus preocupaciones y observaciones durante las audiencias de la comisión bicameral encargada de analizar el anteproyecto. Sin embargo, no se ha informado sobre la forma en que sus observaciones hayan sido incorporadas en el proceso de evaluación y posible revisión del anteproyecto.

Principales puntos de preocupación con respecto al anteproyecto

La información recibida indica que las principales preocupaciones relacionadas con el contenido del anteproyecto de reforma del código civil y comercial giran en torno a los criterios utilizados para el reconocimiento de la propiedad comunitaria indígena, la caracterización y alcance de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y recursos naturales tradicionales, y posibles limitaciones en el reconocimiento de las formas propias de organización y representación de los pueblos indígenas.

Los criterios para el reconocimiento de la propiedad comunitaria indígena

Se ha alegado que, bajo el anteproyecto, la propiedad comunitaria indígena sería reconocida solamente en los casos de las comunidades indígenas que hayan obtenido el previo reconocimiento de su personería jurídica o hayan obtenido un título de propiedad por parte del Estado. Asimismo, se ha señalado que el anteproyecto define a las comunidades indígenas como agrupaciones de carácter privado. Conforme al artículo 18 del anteproyecto, “Las comunidades indígenas con personería jurídica reconocida tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de sus tierras”. El artículo 148 define a las comunidades indígenas como personas jurídicas privadas, categoría en la que también se encuentran las asociaciones civiles, las fundaciones y cooperativas. El artículo 2029 afirma, por su parte, que el titular del derecho de propiedad comunitaria indígena es “la comunidad indígena registrada como persona jurídica”. Asimismo, según el artículo 2031 del anteproyecto, la propiedad comunitaria indígena puede ser constituida: “a) por reconocimiento del Estado nacional o de los Estados provinciales de las tierras que tradicionalmente ocupan; b) por usucapión; c) por actos entre vivos y tradición; d) por disposición de última voluntad”.

Lo anterior ha generado la preocupación de que las comunidades indígenas que no hayan logrado obtener el reconocimiento de su personería jurídica o que no hayan obtenido un título de propiedad por parte del Estado no pudieran proteger legalmente sus tierras tradicionales. Asimismo, se ha alegado que la caracterización de las comunidades indígenas como personas jurídicas privadas bajo el artículo 148 tendría el efecto de desconocer las propias formas de organización social, cultural y política de los pueblos indígenas, y el vínculo especial con sus tierras tradicionales.

Según las alegaciones, estas disposiciones del anteproyecto, contravendrían el reconocimiento de la posesión y uso tradicional de la tierra amparado en instrumentos internacionales como el Convenio 169 y la Constitución Nacional. Se ha señalado que la Constitución en su artículo 75.17 reconoce la “preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos” y “la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan”. Por tanto, se ha alegado que no debería exigirse a los pueblos indígenas que obtengan personería jurídica o la previa titulación de sus tierras por parte del Estado, ya que el reconocimiento de sus derechos sobre su propiedad comunitaria debería fundamentarse en su preexistencia como grupos humanos con sus propias formas de organización y relación tradicional con sus tierras y recursos naturales.

Caracterización y alcance del derecho a la propiedad comunitaria indígena

En relación con las características de la propiedad comunitaria indígena, ésta se define en el artículo 2028 del anteproyecto como un “derecho real que recae sobre un inmueble rural destinado a la preservación de la identidad cultural y el hábitat de las comunidades indígenas”. Se ha alegado que este artículo del anteproyecto pudiera resultar en una limitación en cuanto a los tipos de propiedad indígena que serían reconocidos por el Estado. Según lo alegado, la caracterización de la propiedad comunitaria indígena como un “inmueble” pudiera desvirtuar el concepto de territorio amparado en la Constitución y el Convenio 169 de la OIT, los cuales reconocen la totalidad del espacio o hábitat utilizado por los pueblos indígenas para sus actividades tradicionales y para el desarrollo de sus culturas y formas de vida.

También se ha expresado la preocupación de que al referirse únicamente a espacios rurales, el anteproyecto no tomaría en cuenta las situaciones particulares enfrentadas por muchos grupos indígenas en Argentina que por diversos motivos han tenido que migrar a las ciudades, y posteriormente han tratado de constituirse en comunidades y ser reconocidos como tales. De igual manera, se ha señalado la problemática enfrentada por comunidades indígenas que se han visto rodeadas por asentamientos urbanos establecidos en sus territorios tradicionales y que por tanto, alteran el carácter rural del entorno en que se encuentran esas comunidades. Lo anterior, por tanto, pudiera resultar en un desconocimiento de los derechos colectivos que corresponderían a tales comunidades.

Posibles limitaciones en el reconocimiento de las formas de organización y representación indígenas

Según la información recibida, también se ha expresado preocupación sobre las disposiciones del anteproyecto relacionadas con el reconocimiento de las formas de organización y representación de los pueblos indígenas. El artículo 2030 establece que “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”.

Con respecto a este artículo, se ha señalado que si bien se reconocen las formas internas de organización, social, económica y cultural indígenas, no obstante debe reforzarse el derecho de los pueblos indígenas a su autonomía y libre determinación, particularmente en cuanto a sus formas de organización política interna. En ese sentido se ha alegado que la sujeción de los derechos de organización y representación a los regímenes de personería jurídica y a las disposiciones de los órganos de la administración pudiera resultar en una injerencia en las formas organizativas de los pueblos indígenas y en su autonomía.

Quisiera llamar la atención del Gobierno de su Excelencia a las normas internacionales aplicables a las cuestiones planteadas en esta comunicación. En particular, quisiera hacer referencia a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007, con el voto afirmativo de Argentina, así como al Convenio No. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, ratificado por Argentina.

Con respecto a los territorios y recursos naturales, el artículo 13 del Convenio 169 dispone que “los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios”, agregando que el término tierras incluye “el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”. Conforme al artículo 14, debe reconocerse el derecho de los pueblos indígenas “a la propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan” y a “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”.

Por su parte, la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, además de afirmar los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales tradicionales, precisa que “[l]os pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma”, art. 25. El artículo 20 reconoce el derecho de los pueblos indígenas “a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticos, económicos y sociales, a que se les asegure el disfrute de sus propios medios de subsistencia y desarrollo y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo”.

En relación a la obligación de consultar a los pueblos indígenas, el Convenio 169 precisa que éstos deben ser consultados “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”, art. 6.1.a. Tales consultas “deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”, art. 6.2. En términos similares, la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas reconoce también el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados con respecto a la adopción de medidas legislativas o administrativas que les afecten, art. 19. Con respecto a la consulta en casos de proyectos de desarrollo, el artículo 32 de la Declaración precisa que los Estados celebrarán consultas con los pueblos indígenas “por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”.

Quisiera asimismo hacer referencia a mi informe sobre la situación de los pueblos indígenas en Argentina publicado en julio de 2012, en el que había recomendado que se actualizara la normativa legal, “incluyendo el Código Civil, el Código Penal, el Código Minero y otra legislación nacional y provincial relevantes, para que no sea contradictoria con lo establecido por la Constitución Nacional, la legislación federal o los estándares internacionales en materia de pueblos indígenas. En todo caso, las leyes vigentes deben ser interpretadas y aplicadas de conformidad con los derechos de los pueblos indígenas reconocidos”. El informe también había recomendado al Gobierno que elaborara “un mecanismo o procedimiento de consulta, de acuerdo a los estándares internacionales, para aumentar la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que les afectan”. Asimismo, había observado que era “necesario avanzar con el desarrollo de mecanismos y procedimientos efectivos para la demarcación y el reconocimiento legal de los territorios sobre los cuales los pueblos indígenas tienen derechos. Los procesos establecidos para tales fines deben ser llevados a cabo en consulta con los pueblos indígenas”.

Excelencia, quisiera solicitar respetuosamente una respuesta de su Gobierno en relación con la información contenida en esta comunicación. Me interesa saber la opinión de su Gobierno en cuanto a la veracidad de esta información y cualquier otra información que su Gobierno estime relevante. En particular, quisiera obtener información con respecto a los siguientes puntos:

- 1) Si las disposiciones del anteproyecto de reforma de código civil y comercial relacionadas con los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y recursos naturales fueron consultadas con los mismos pueblos antes de su presentación al Senado.
- 2) La forma en que se tuvieron en cuenta las disposiciones de la Constitución Nacional, el Convenio 169 y otros instrumentos internacionales relevantes durante el proceso de elaboración del anteproyecto de reforma de código civil y comercial, y en particular las disposiciones que conciernen los derechos de los pueblos indígenas.
- 3) Las medidas que se hayan tomado o que se tomarán para atender y resolver las preocupaciones expresadas por los pueblos indígenas con respecto a

las disposiciones del anteproyecto de reforma de código civil y comercial relacionadas con los derechos de los pueblos indígenas, y si se tiene prevista la posibilidad de reformar tales artículos o suprimir las disposiciones relacionadas con los derechos de los pueblos indígenas.

Agradecería recibir una respuesta de su Gobierno a estas preguntas antes de 60 días. Garantizo que la respuesta de su Gobierno será debidamente tomada en cuenta en mi evaluación de la situación y reflejada en el informe que presente al Consejo de Derechos Humanos para su estudio.

Acepte, Excelencia, la expresión de mi más distinguida consideración.

James Anaya
Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas