

PONENCIA a la Comisión Bicameral sobre el Proyecto de Reforma de Código Civil y Comercial, (expediente 57/12). Libro IV.

Por Fernando Kosovsky – Coord. Grupo de Apoyo Jurídico por el Acceso a la Tierra – Patagonia

1. PRESENTACION

Hace casi 10 años que el GAJAT nace para hacer efectivo el acceso a la tierra y territorios campesino e indígena. En los últimos años, en Río Negro y Chubut se ordenaron 4 desalojos administrativos y judiciales, varios de ellos ejecutados a pesar de estar vigente la ley de emergencia 26.160. (Pedraza-Melivilo, Loncón, José Manuel Pichún, Mariano Epulef, Prafil, Lleiful, Santa Rosa Leleque, Las Huaytekas por solo mencionar algunos).

La situación real de los Pueblos y Comunidades así como las consecuencias que sufrirían de aprobarse las normas referidas a los indígenas ya ha sido muy bien expuesta por otros colegas¹. Abordaré dos aspectos del Proyecto: la exclusión política de los pueblos indígenas y el derecho del acceso a la tierra.

2. EXCLUSIÓN POLÍTICA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Es indudable que la reforma constitucional de 1994 y la ratificación del Convenio 169 de la OIT vigente junto con la Declaración de la ONU sobre Derechos de Pueblos Indígenas determinan que las normas del Proyecto referidas a los pueblos indígenas sean manifiestamente inconstitucionales, en lo formal y en lo sustancial.

¹ Informe presentado por la Dra. Silvana Ramírez ante esta Comisión Bicameral en su carácter de Presidente de la Asociación de Abogadas/os de Derecho Indígena al cual adhiero por su tratamiento abarcativo de las cuestiones de ubicación equivocada en el derecho privado, incorrección de la regulación de la transmisión de derechos, y por la Dra. María Lorena Gutiérrez Villar –Directora del GAJAT- por las inconsistencias con el derecho internacional y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el enfoque de la Dra. María Micaela Gómiz - Secretaria Ejecutiva del Observatorio de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas- especialmente por las gravísimas consecuencias prácticas que la aprobación de este proyecto tendría para los Pueblos indígenas en su aplicación por las jurisdicciones provinciales de Neuquén, siendo exactamente lo mismo en el caso de la Provincia de Río Negro. Comparto asimismo la crítica al Proyecto formulada por la Dra. María Gabriela Vázquez, presentada en las Jornadas sobre este Proyecto el Colegio de Abogados de la Capital Federal en el mes de mayo de 2012, publicado por revista La Ley del 12 de julio 2012 (págs. 1 y siguientes).

En lo formal, ha negado y desconocido al sujeto del art. 75. Inc. 17 de la Carta Magna: a los “Pueblos”. El art. 6 del Convenio 169 de la OIT obliga al estado a consultar a los Pueblos. No tienen valor jurídico las consultas a las comunidades sino a los PUEBLOS. En tal sentido, se pronunció recientemente de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS en el caso “*PUEBLO INDÍGENA KICHWA DE SARAYAKU VS. ECUADOR*” SENTENCIA DE 27 DE JUNIO DE 2012, declaró por unanimidad responsable al estado por la violación de los derechos a la consulta, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural, en los términos del artículo 21 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma, en perjuicio del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku.

Por ello, además de ser la regulación propuesta en los arts. 148 inc.h, 2028 a 2036 sustancialmente inadecuada es esencialmente deslegitimante la forma como proceso político. El trato antidemocrático, de negación, de desconocimiento del estado argentino hacia los Pueblos Indígenas argentinos está en las antípodas del discurso de los Derechos Humanos.

Paradójicamente, la Argentina regula los derechos indígenas sin los indígenas: proyectó –sin reuniones con organizaciones, movimientos, etc- una la regulación de sus derechos sin un proceso de consulta y participación previa, libre e informado violando abiertamente el derecho interno y supranacional vigente².

Es grave este incumplimiento que enerva la responsabilidad internacional del estado, en momentos en que el país realiza enormes esfuerzos para lograr credibilidad en foros como Mercosur, Unasur o las Naciones Unidas, pues exige ser reconocido como sujeto preexistente de derecho de ocupación en el Atlántico sur para sostener sus legítimos reclamos territoriales en Las Islas Malvinas, mientras que desconoce el Derecho internacional a los propios Pueblos, socavando así su credibilidad y fuerza de su reclamo en este accionar ambivalente.

3. CIRCUNSTANCIAS DE LA CONSULTA

Los integrantes de los Pueblos viven en condiciones de postergación, pobreza o indigencia, en zonas geográficamente aisladas, con climas rigurosos, poco accesibles, sin comunicación ni medios más que los radiales y, en general, distantes de zonas donde

² Criterio sustentado por todos los citados, y por el Dr. Darío Rodríguez Duch en su ponencia ante esta Comisión.

acceder al conocimiento. Son un sector social que por esa realidad han sido internacionalmente considerados en situación de “vulnerabilidad” (Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia) producto de la situación histórica de colonización, genocidios, de la dominación occidental, europeizante, blanca y monocultural. En tales circunstancias, este proceso de audiencias no alcanza siquiera como proceso informativo, partiendo de la base de que muchas personas no hablan el idioma o carecen de alfabetización o alfabetización funcional.

A estas “circunstancias” se refiere el Convenio 169 de la OIT cuando exige a los estados la consulta previa libre e informada considerando la situación real en que viven los indígenas.

4. RECOMENDACIONES DESOIDAS

Resulta especialmente preocupante la debilidad que exhibe el estado argentino al desoír el reciente llamamiento Comisión Interamericana de Derechos Humanos³ (10-8-2012) a velar por el respeto y garantía de los derechos de los Pueblos Indígenas, prescribiendo la obligatoriedad de realizar la consulta previa, libre e informada con respecto a las decisiones que puedan afectarlos, así como por haberse ignorado las recomendaciones que ha formulado el Relator de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Dr. James Anaya, realizado en función de su visita al país entre el 27 de noviembre al 7 de diciembre de 2011⁴, se consigna un pormenorizado análisis de la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en Argentina, con una específica recomendación de realizar la reforma para armonizar con lo previsto con la Constitución CON PARTICIPACION de los Pueblos debiendo interpretarse conforme los derechos de los PUEBLOS reconocidos⁵. Específicamente recomendó:

“El Estado debe elaborar un mecanismo o procedimiento de consulta, de acuerdo a los estándares internacionales, para aumentar la participación de los

³ <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/103.asp>

⁴ A/HRC/21/XX/Add. Y – del 12 de julio de 2012. Informe del Relator Especial sobre Derechos de los Pueblos Indígenas – James Anaya Publicado en http://derechosindigenas.org.ar/index.php/centrodocumentacion/doc_view/134-informe-del-relator-especial-sobre-la-situacion-de-los-pueblos-indigenas-en-argentina?tmpl=component&format=raw

⁵ A/HRC/21/XX/Add. Y Parr. 82

pueblos indígenas en las decisiones que les afectan⁹, lo que podría ser desarrollado con el apoyo del sistema de las Naciones Unidas en Argentina”. (parr. 85)

“Respecto de los territorios, noción absolutamente omitida en el Proyecto, el Relator expresó que los procesos de demarcación y reconocimiento estatal establecidos para tales fines deben ser llevados a cabo en consulta con los pueblos” (parr. 90)

Del mismo modo la Oficina Regional para América del Sur del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH)⁶ expresó los estándares internacionales

Partiendo de esta premisa se comprende el desatino de haber regulado la personería jurídica y derechos a las tierras -sin mencionar siquiera la noción de territorio- para indígenas SIN LOS INDIGENAS, siguiendo la lógica del derecho privado.

En materia Indígena se reconoce como el sujeto de derecho a los Pueblos (Art. 1 de la Declaración) “preexistencia” al estado, con capacidad jurídica de establecer relaciones públicas –con estados nacionales, provinciales y municipales-. La mejor prueba de ello son los tratados internacionales firmados con Pueblos Indígenas antes, durante y después de las Campañas Militares que destruyeron social, económica y culturalmente a estos Pueblos por las sucesivas políticas de sometimiento –eliminación/asimilación/integración-.

El Proyecto invierte la lógica del constituyente, pues éste utilizó la categoría genérica de “comunidades”, para enunciar un derecho de los Pueblos de los que las agrupaciones indígenas son parte. En efecto, desde el Derecho Político, el Proyecto involucre, excluye a los Pueblos Indígenas al desconocerles su lugar como sujeto de derecho, excluyéndolos como protagonistas de la Democracia. Además de violar el derecho vigente, ¿a qué jurista se le podría ocurrir regular derecho de un sector sin convocarlo previamente para conocer su realidad, sus problemáticas, su opinión?

⁶ <http://acnudh.org/2012/09/reconocimiento-de-los-derechos-de-los-pueblos-indigenas-y-estandares-internacionales/>

La falta de consulta previa a la elaboración del proyecto, además de ser antijurídica e inconstitucional ignora los valores que el estado asumió: niega la identidad de los Pueblos, su idioma distintivo, su arte –su cultura propia y preexistente al estado-, su organización política, económica, social reduciéndolos a simples entidades privadas bajo el mote de “comunidades”.

En esta iniciativa tan trascendente como la reforma del Código Civil, se exhibe en forma vergonzante –pues genera vergüenza ajena, el desdén del estado hacia los Pueblos y que un funcionario escriba que la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas carece de valor vinculante cuando dos meses más tarde que la Corte Interamericana la aplica resaltando justamente el peso de actualizar 20 años de trabajo con los Pueblos Indígenas en elaborar dicho instrumento como guía de interpretación y aplicación del Convenio 169 de la OIT que por ley 24.071 tiene jerarquía constitucional.

5. POLITICA DEL INAI

Esta reducción menospreciante del derecho indígena en el discurso del titular del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas –INAI- pronunciándose a favor de este Proyecto por razones coyunturales pretende ocultar su omisión de realizar LA CONSULTA PREVIA LIBRE E INFORMADA, de buena fe, en las circunstancias y mediante el procedimiento con estándares fijados por el art. 6 del convenio 169 de la OIT y 18 y 32 de la Declaración, máxime, tratándose de derechos territoriales, caso en el que es obligatorio para el estado recabar el consentimiento.

Se exhibe así la estrategia de atomización, que es la contracara de la falta de promoción de las autonomías –organización económica, política, social, cultural- de cada uno de los Pueblos indígenas del estado argentino hacia los Pueblos.

Al sostener una política hacia las “comunidades” el estado evita la instancia de diálogo con el sujeto Pueblo, seleccionando sujetos débiles, fragmentados, cooptados, desequilibrando las relaciones y genera conflictividad intra-pueblos. Esta fragmentación que propone el estado es un factor determinante para dificultar la libre organización pues el estado se erige en homologante del sujeto, cuestión prohibida por el art. 1 del Convenio 169 de la OIT y 1 a 4 de la Declaración, pues debe respetar, promover y proteger la libre determinación de la propia identidad y no, como viene haciendo, condicionar con requisitos de elegibilidad el acceso o ejercicio libre de los derechos.

La falta de consulta, con el desconocimiento a las organizaciones autónomas y verdaderamente representativas de los pueblos mina la legitimidad de la política del estado que, en lugar de derogar la ley 23.302 que devino manifiestamente inconstitucional desde 1994, lo confirma, cuando hay consenso en la doctrina en materia de Derecho Indígena en que la registración es un derecho cuyo ejercicio es meramente declarativo. Tanto Pueblos, organizaciones o comunidades tienen personalidad y personería jurídica por el solo hecho de existir y como tal son capaces de ejercer derechos y contraer obligaciones, especialmente, ocupar tradicionalmente sus territorios, reclamar su respeto y protección al estado administrativa y judicialmente, pudiendo acreditar tal carácter, composición y organización por los medios de prueba vigentes. En todo caso, si hubiera real respeto por los derechos, el estado sería quien debería realizar el esfuerzo protectorio, convocando, invitando a informar miembros, facilitando con políticas activas en territorio y no imponerlo como una carga – condicionante de reconocimiento o acceso a otros derechos- a los indígenas cuya existencia transcurre sin necesidad incorporarse a registros del estado.

Es preocupante el abuso que se realiza de las instancias de participación: un ejemplo es que aparece con el nro. 141 la Ponencia de Virginia del Valle Cruz, titulado “Pueblo Diaguíta Calchaquí, provincia de Catamarca. En representación del Consejo de Participación Indígena”. Al publicitar esta ponencia, el 25 de agosto de 2012 recibí un correo de Virginia del Valle Cruz que dice: *“QUIERO ACLARAR QUE YO VIRGINIA CRUZ CPI DEL PUEBLO DIAGUITA DE CATAMARCA no hice ABSOLUTAMENTE ninguna ponencia en apoyo a lo que propuso el INSTITUTO NACIONAL DE ASUNTOS INDIGENAS. Aclaro esto por que se esta difundiendo de manera masiva esto, cuando muchos de nuestros hermanos Cpi en las provincias no tiene idea de como el INAI está utilizando nuestros nombre para pantallar de que la consulta se está haciendo CUANDO DE NUNGUNA MANERA ES ASI. ...LOS HERMANOS AFECTOS POR ESTE MANEJO SUCIO TOMAREMOS LAS MEDIDAS LEGALES QUE CORRESPONDA.. ESPERO SE ACLARE Y DIFUNDA ESTO MUCHAS GRACIAS VIRGINIA DEL VALLE CRUZ DIAGUITA CATAMARCA.*

Este tipo de abusos y manipulaciones de los representantes indígenas por parte del INAI fue mereció una específica recomendación del Relator Especial de que todas las políticas del organismo sean **“...con la participación de los representantes indígenas seleccionados por ellos mismos, y modificarlos en la medida que sea**

necesario para responder adecuadamente a las demandas y aspiraciones de los pueblos indígenas”⁷.

Por todo esto, les pido a los Sres Congressales retiren de inmediato del Proyecto todos los artículos referidos a la cuestión indígenas hasta que se convoque a todos los Pueblos a participar de una consulta libre previa e informada según los estándares para que pronuncien sobre sí y cómo regular sus derechos incluidos en la Constitución y en los tratados.

6. EL DERECHO DE ACCESO A LA TIERRA

Otro aspecto que debe señalarse sobre el Proyecto es que si bien se ha regulado la inclusión de nuevos derechos reales se han omitido normas que hagan efectiva la justicia social limitando al derecho de propiedad al uso y goce de los bienes con límites razonables. No se han hecho efectivas normas que pongan en práctica la declamada función social de la propiedad: no se acortó el plazo para la prescripción adquisitiva en ámbitos urbanos ni rurales, siendo obligaciones del estado promover el acceso a la vivienda, la alimentación, el ambiente sano, se torna exigible en un estado social de derecho que se adopten normas específicas que permitan hacer efectivo el acceso a la tierra como un derecho humano.

Otra importante cuestión de la que adolece el Proyecto es erradicar a los terratenientes del país. La LEY 26737/2011⁸ introdujo límites a la titularidad y posesión de tierras rurales, cualquiera sea su destino de uso o producción para los extranjeros. Es momento de que, las tierras que ya no podrán ser apropiadas por los extranjeros más ricos, puedan acceder todas las personas que deseen trabajarlas radicándose en ellas con sus familias y trabajándolas con capital propio y no por medio de terceros.

Para ello, deben adoptarse medidas adecuadas (art. 1 y 2 Convención Americana), como ser:

⁷ Parr. 84

⁸ Régimen de Protección al Dominio Nacional sobre la Propiedad, Posesión o Tenencia de las Tierras Rurales. Sancionada: Diciembre 22 de 2011 Promulgada: Diciembre 27 de 2011

- fijar superficies máximas de propiedad por cada persona siguiendo los parámetros de la reglamentación de la ley 26737 para todas las personas sin importar cuál sea su nacionalidad.
- Establecer un plazo máximo de desinversión
- Fijar la usucapión breve de 5 años para los casos de predios abandonados.

Esta política de inclusión permitiría universalizar las políticas públicas para el acceso a la vivienda como el reciente plan de créditos a tasas subsidiadas por el estado, generando un efecto dinamizante en la economía, en la construcción e industrias vinculadas, todo a través de la baja generalizada del valor de mercado de la tierra al limitarse fuertemente la especulación de los sectores más poderosos de la sociedad a favor de los las clases medias, de los pobres e indigentes. Dotar de función social a la propiedad e incrementando exponencialmente la capacidad de acceso a la tierra a millones de personas que hoy siquiera sueñan con ello.

Se generaría un círculo virtuoso, al facilitar a los que menos tienen el acceso a uno de factores de la producción. Ello permitiría generar nuevas comunidades autoabastecimiento, soberanía alimentaria, dignidad, acceso a la alimentación y vivienda adecuada, podrían desarrollarse la educación y la salud en escalas más pequeñas, en una redistribución demográfica que invierta la tendencia a la expulsión a hacia los centros urbanos que Argentina viene promoviendo desde hace décadas, generándose aldeas y pueblos en lugares donde existen fuentes de energía limpia y a bajo costo como las márgenes de los ríos.

Así como se ha promovido en materia de medios de comunicación la pluralidad de voces, la soberanía alimentaria, la biodiversidad precisan para poder ser realidad de pluralidad de ocupantes. Los campesinos son desplazados de las tierras, se les impide el acceso a las mismas mientras que avanzan los monocultivos. La limitación limitar la superficie máxima de tierra rural por habitante en forma nominal, ya sea a título individual o como miembro de sociedades civiles o comerciales.

Es también importante incluir la función ambiental y social además de la función de navegación contemplada hasta el momento, conservando el ancho de 35 metros de

costa para el acceso libre y gratuito para la población, sin que se reduzca a 15 metros, tal como postula el proyecto.

Deberían incluirse como normas del Código Civil los principios del Acuerdo Federal suscripto el 17-9-2003 que fijó principios rectores de la política hídrica nacional, a fin de garantizar a nivel nacional la participación de los usuarios en la planificación, gestión, mantenimiento y distribución del agua. Esta norma debería incluirse al regular las aguas pues haría efectiva la democracia participativa como principio rector en la materia.

Es todo. Muchas gracias.

Fernando Kosovsky