

Posadas, 23 de Noviembre de 2012

A la Sra. Presidente de la Comisión Bicameral para la reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación

Honorable Cámara de Senadores de la Nación

Dra. Conti Diana Beatriz

S/D

REFERENTE A INCORPORACIÓN DE REFORMA SOBRE PUEBLOS INDIGENAS-PERSONALIDAD JURIDICA Y PROPIEDAD COMUNITARIA

(art. 148 y Libro IV- Título V)

Admitamos la importancia y necesidad de la reforma, actualización y unificación del Código Civil y Comercial, nos presentamos en esta audiencia para expresar nuestra disconformidad y preocupación en la forma y en lo que se pretende regular en este proyecto en cuanto a los derechos indígenas.

Debido al limitado tiempo trataremos de sintetizar los aspectos esenciales en que se fundamenta nuestra posición.

Falta de consulta a los Pueblos Indígenas:

Al no haber consulta y participación de los propios pueblos indígenas como lo establece la constitución nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos, este proyecto es formalmente defectuoso por omisión, lo que lo hace nulo. En estas condiciones no puede seguir siendo tratado por el poder legislativo, pues se estará convalidando un proceso irregular, inconstitucional y contrario a los derechos humanos de estos Pueblos, comprometiendo la responsabilidad internacional del Estado.

Debido a ello se han hecho distintas presentaciones ante esta comisión denunciando este grave defecto y solicitando se inicie un proceso de consulta a los pueblos indígenas mediante procedimientos adecuados en forma previa, libre, informada y de buena fe conforme a los principios democráticos y al derecho de participación reconocidos en la Constitución nacional (art. 75 inc 17) y desarrollados en los Arts. 6, 7, 15 del Convenio 169 de la OIT y art 19 y ctes. de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas . Pero hasta el momento esta comisión no se ha expedido al respecto ni ha dicho desde cuando se iniciara el proceso de consulta.

A los fines del mecanismo de consulta deben servir de precedentes ineludibles los fallos del sistema interamericano que indican los pasos y los parámetros que se deben seguir para la aplicación del mismo.

En ese sentido la consulta debe ser en los lugares donde se encuentran las comunidades conforme el principio de intermediación, garantizando la presencia de sus representantes. Allí es donde se debe constituir la comisión bicameral presentando el proyecto de reforma y explicando de qué se trata esta iniciativa y que alcances tiene.

Por lo que debo dejar en claro que no es consulta esta instancia de la bicameral a la que llegamos solamente algunos, tampoco es consulta haber abordado el proyecto con algunos dirigentes indígenas cuya legitimación viene del estado; tampoco lo es si las comunidades no están enteradas de este proyecto o si se enteran por la radio, la televisión o el diario.

Al ser un proyecto inconsulto es un proyecto invalido por más que estemos ante un supuesto en que la regulación sea perfecta, sin embargo está muy lejos de la perfección.

Los Derechos indígenas en el proyecto del Código Civil:

Desde luego que introduciéndonos en los artículos de este proyecto que pretenden regular los derechos indígenas (art. 148,1887, 2028, 2028 al 2036 y ctes.), todos y cada uno de ellos son reprochables desde que no fueron consultados. Pero además adolecen defectos sustanciales que se refieren ya al contenido del articulado que se alejan totalmente del reconocimiento de derechos que hasta el momento los pueblos indígenas han sabido recuperar y robustecer con la reforma constitucional de 1994, los tratados internacionales de derechos humanos con igual jerarquía, el Convenio 169 de la OIT, la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas y las sentencias de la Corte Interamericana que han significado un gran avance para estos derechos especiales en el ámbito internacional de derechos humanos.

Además advertimos lo impropio que resulta la inclusión de los derechos indígenas, que corresponden al derecho constitucional en el código civil que regula relaciones propias del derecho privado occidental muy distantes de la cosmovisión indígena.

Así se intenta colocar a los derechos indígenas en una ubicación que no corresponde: empequeñeciéndolos, desnaturalizándolos, aniquilándolos en total violación al principio de progresividad en materia de derechos humanos, como veremos a continuación:

a) Al menoscabar el derecho de la Personalidad Jurídica de las Comunidades, tantas vueltas para estar en el mismo lugar que la ley 23.302, al ser incluidas como personas jurídicas de derecho privado. Lo que tendrá varias consecuencias: por un lado igualarlas a cualquier asociación o sociedad: como una comisión barrial, un club de futbol o un consorcio (un franco retroceso a lo que dispone la ley 23.302, que ha sido superada con la última reforma constitucional), cuando no es lo mismo por su configuración histórica y política. Pero además porque se les impone un modo de organizarse distinto al propio de las comunidades, afectando el derecho a su libre determinación y a su autonomía. Lo que significará que deberán cumplir un sinnúmero de trámites para que el Estado les reconozca desde ese momento como personas jurídicas de derecho privado y además una mayor injerencia del Estado en la organización interna de las comunidades. En total contradicción con lo que dispone la Constitución nacional en el art. 75 inc. 17 al reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas y la personería jurídica de las comunidades el reconocimiento del Estado debe ser a título declarativo y no constitutivo. Por la misma razón al ser los pueblos indígenas preexistentes a nuestro estado nacional, al igual que las provincias o que la iglesia católica e incluso anteriores, el carácter de la personería jurídica debe ser de derecho público pues en ese ámbito se deben dar las relaciones de los pueblos con el Estado.

b) Se desnaturaliza y disminuye la amplitud de la propiedad comunitaria indígena al incluirla, en la enumeración de los derechos reales, es decir reduciéndola a un derecho patrimonial, de contenido meramente económico. Excluyendo de su contenido: la especial relación cultural, espiritual e identitaria que tienen los Pueblos Indígenas con su territorio, por lo que el derecho de propiedad indígena de ningún modo se agota en lo patrimonial o económico, es mucho más amplio y distinto a la propiedad privada.

Para los Pueblos Originarios no es que la tierra les pertenezca sino que ellos pertenecen a la tierra, es una concepción totalmente distinta a la propiedad privada. En ese sentido el modo de ejercer la posesión será también diferente al modo occidental de ejercerlo y en muchos casos “es casi imperceptible”. Este proyecto no hace distinción alguna

aplicando iguales normas en ambos casos, limitando en consecuencia el reconocimiento de los derechos posesorios de las Comunidades.

Además al definir a la propiedad comunitaria indígena como aquel derecho real que recae sobre un inmueble rural, la sigue reduciendo desconociendo el derecho de propiedad a las Comunidades urbanas y periurbanas, dejando afuera a las localizadas en estos sectores porque han sido forzadas a migrar a las ciudades, cuando dicha discriminación no realiza la constitución nacional. Jamás se refiere a Pueblos sino a Comunidades Indígenas, otra contradicción constitucional. Al encerrarlo en un derecho que recae sobre un inmueble no reconoce el derecho a la propiedad indígena sobre cosas muebles o bienes inmateriales. Cuando se habla de tierras y no de territorios no se lo hace conforme al espíritu de la Constitución Nacional, al Convenio 169 de la OIT, ni a la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

En distintos artículos viene a introducir varios condicionamientos al reconocimiento y al ejercicio de este derecho que sigue degradándolo: al aumentar la sujeción o dependencia del estado, cuando dispone el proyecto que el titular de este derecho podría ser únicamente la comunidad registrada con personería jurídica, o al referirse que en todos los casos para ser oponibles a terceros será necesaria su inscripción registral; al desconocer los elementos integrantes de la cosmovisión indígenas expresando que la propiedad comunitaria únicamente está destinada a la preservación de la identidad cultural y el hábitat de las comunidades, introduciéndolos de este modo como limitaciones a este derecho ; restringe la movilidad de las comunidades al disponer que los miembros de la comunidad indígenas están facultados para ejercer sus derechos pero deben habitar en el territorio, usarlo y gozarlo para su propia satisfacción de necesidades sin transferir la explotación a terceros. Desconociendo, intencionalmente, la movilidad tradicional y en muchos casos religiosa de los Pueblos, dispone que se pierde la propiedad del territorio al trasladarse de el hacia otro lado. Pretende que con la extinción de la comunidad se extinga el derecho de propiedad indígena, otra injerencia estatal: pues si la comunidad desaparece el inmueble quedaría sin dueño y pasaría a formar parte del dominio privado del estado. Muchas comunidades indígenas no siempre habitan en el mismo lugar y el modo de ocupación es a veces intermitente pero conforme a su modo tradicional de ocupación. Además: que sucedería con las comunidades que han sido desalojadas, despojadas de su territorio? O las que para cuidar los trasmutan de un lugar a otro.

Respecto a los modos de constitución de la propiedad comunitaria en varios incisos, hay total contradicción con el artículo constitucional: que habla del “reconocimiento la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan¹”, fundamento constitucional por el que el título de la propiedad indígena debe ser declarativo y no constitutivo. Por lo que son inconstitucionales.

Si bien el proyecto dice que uno de los modos de constitución es “por reconocimiento del Estado nacional o de los Estados provinciales de la posesión inmemorial comunitaria”, modifica la terminología de la constitución, del Convenio 169 de la OIT y de la jurisprudencia internacional: que se refiere a la ocupación tradicional, refiriéndose a las ocupadas según su modo de vida tradicional. Así la posesión inmemorial comunitaria limita este derecho únicamente a las comunidades que cumplen el requisito de: posesión inmemorial que no se encuentra definida.

Al referirse a las características de la propiedad indígena, dice que es perpetua y exclusiva, que son características propias del derecho real de dominio y no de la propiedad indígena. En la propiedad indígena hay espacios comunes y modos de uso comunitarios, por lo tanto no siempre hay exclusividad.

Nuestra Constitución Nacional más que enumerar caracteres, que por otra parte son distintos de los que enumera el proyecto, promueve seguridades, garantías de protección, a los territorios indígenas para evitar que por las picardía, las desventajas al acceso al sistema político, o la escasa o nula representación, puedan ser despojadas de ella.

No se hace referencia a “que las tierras deban ser aptas y suficientes”, por lo que pueden ser insuficientes en calidad y cantidad y por lo tanto todo nos parece llevar hacia un futuro minifundista donde incluso se podría constituir por cualquiera de los modos que se puede constituir una propiedad privada, vaciándola de su contenido especial y distintivo. Se intenta de este modo **legalizar la desterritorialización de los pueblos indígenas**, arrinconándolos, desalojándolos de sus tierras en pos de “otros intereses”.

En ningún artículo se refiere a la protección constitucional inalienabilidad así, este Proyecto no inhibe la transferencia. Dice que “puede ser gravada con derechos reales de disfrute siempre que no la vacíen de contenido...” cuando el art. 75 inc 17 dispone que

no podrá ser susceptible de gravámenes. A través de esta norma se podrán imponer ciertas limitaciones o restricciones a la propiedad indígena como una servidumbre, siendo esto inconstitucional.

c) Representación legal de las comunidades: El proyecto dice: “La comunidad debe decidir su forma interna de convivencia y organización social...el sistema normativo interno debe sujetarse a los principio 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 de asuntos indígenas”. Posibilita la inmiscusión del estado en asuntos internos de la comunidad. Dejarían de tener valor las personerías jurídicas provinciales, en muchos casos la única obtenida y las que le dan sustento a sus derechos sobre las tierras. Volvemos al principio: los derechos a la propiedad y posesión comunitaria los tendrían únicamente las comunidades con personería jurídica reconocida por el organismo nacional, generando inseguridad jurídica hacia este sujeto jurídico que son los pueblos indígenas que necesitan justamente fortaleza política en los logros mínimos obtenidos.

d) Al referirse al aprovechamiento de los recursos naturales y a la consulta dice: “El aprovechamiento de los recursos naturales por parte del Estado o de los particulares con incidencia en los hábitats indígenas está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas”. Repite la ambigüedad y la contradicción de otros artículos, no queda claro si se refiere a los recursos que están en propiedad indígena o que estando fuera de ella incidan en la misma. Si se refiere al primer supuesto estaría en franca contradicción con la última parte del art. 2033 que impide la transferencia de su explotación a terceros.

Únicamente hace referencia al aprovechamiento por parte del Estado o de particulares y no dice nada, en relación a la participación en el aprovechamiento por parte de las Comunidades o Pueblos Indígenas, sin hacer referencia al derecho de reparación en caso de que haya daño.

Defectuosamente refiere como que el proceso de consulta lo puede realizar tanto el Estado como un particular, cuando conforme al Convenio 169 de la OIT, la Declaración de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas y en conformidad con ellos la Corte Interamericana de Justicia, éste debe ser realizado por el Estado. Se queda en la información y consulta y no avanza con el consentimiento libre previo e informado

conforme Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En el último artículo este Proyecto, se refiere a que en todo lo que no sea incompatible, se aplican subsidiariamente las disposiciones referidas al derecho real de dominio. Volviéndonos a las normas que regulan el derecho real por excelencia: el dominio, es decir que al asimilar, equiparar, aniquilan la propiedad indígena.

Este proyecto no fue consultado a los Pueblos Indígenas, de allí todos sus defectos al no respetar el derecho a su libre determinación, afectando sus derechos territoriales, su identidad. Al incorporar los derechos indígenas en el Código Civil se ha reducido, limitado, disminuido su contenido en contradicción a lo establecido en la Constitución Nacional, los instrumentos internacionales de derechos humanos, el Convenio 169 de la OIT y de llegar a consolidarse a través de su sanción significará un importante retroceso para los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas. Es más, es un proyecto que en cuanto a los derechos indígenas se refiere no avanza en nada, no mantiene el reconocimiento de los derechos alcanzados, los disminuye y pretende legalizar situaciones de hecho ilegítimas. Imponiendo nuevamente un régimen de tutelaje jurídico donde el Estado como único productor del derecho asimila o integra a la diversidad que es la que se tiene que adaptar, obligada, a sus leyes.

Exigimos a esta Comisión, se cumpla con las normas vigentes en nuestro país, queremos se consulte a los pueblos indígenas, garantizando un diálogo intercultural, en el interior del país y de nuestra provincia en donde se encuentran residiendo la mayoría de las comunidades indígenas y que el estado garantice, asegure dichas convocatorias, los mismos tienen el derecho a participar en la toma de decisiones que los afectan dado que nos encontramos en un país pluriétnico y multicultural como lo establece nuestra Constitución Nacional y se deben terminar los tutelajes.

De no ser así y dados los derechos en juego, no nos quedará otro camino que iniciar las acciones judiciales en resguardo de la Constitución y de los Pueblos Indígenas.

Stella Marys Martínez

Abogada del Equipo Misiones de Pastoral Aborigen