

CONSEJO ZONAL XAWVNKO – Confederación Mapuche de Neuquen

EXPOSITOR: Rolando Cherqui

qui
Neuquén, 01 de Setiembre de 2012

**Al Sr. 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

Sr. Marcelo Jorge Fuentes

S/D:

El debate nacional que ha comenzado a darse en virtud del Proyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación que ha presentado el Poder Ejecutivo, contempla la regulación de la propiedad comunitaria indígena, la que está prevista en el Libro IV de Los Derechos Reales. Es relevante alertar sobre lo inadecuado que puede resultar la incorporación de la propiedad comunitaria en un Código Civil que está inspirado en relaciones propias del derecho privado de occidente que nadan tienen que ver con la cosmovisión indígena sobre las tierras y territorios; desde esa perspectiva queremos aportar algunas consideraciones que entendemos se deben tener en cuenta al momento de la elaboración legislativa.

Las consideraciones siguientes se refieren a los aspectos jurídicos de la propiedad comunitaria indígena tal como está reconocida en la Constitución Nacional (art.75 inc.17) y en diversos tratados de derechos humanos que comparten su jerarquía (entre otros, art.21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial conforme a la interpretación de los órganos de derechos humanos de control y aplicación).

En nuestros días, el derecho internacional de los derechos humanos a través de una jurisprudencia constante ha avanzado sustancialmente en la definición del contenido normativo del derecho a la tierra y al territorio indígena y de la posesión y la propiedad comunitaria. Estos estándares internacionales de derechos humanos deben ser tenidos en cuenta por el legislador, de manera de crear una norma sin contradicciones, que respete la jerarquía normativa y no adolezca de vicios que en el futuro puedan provocar su inaplicabilidad o inconstitucionalidad. Cualquiera sea la forma de reglamentación que se elija, ya sea la incorporación al Código Civil o la sanción de una ley especial que la regule, deben respetarse los siguientes criterios:
-Que cualquier medida legislativa que afecte directamente a los Pueblos Indígenas debe ser **consultada con los pueblos interesados** mediante procedimientos apropiados y, en particular, a través de sus instituciones representativas (artículo 75 incisos 17 y 22 de la Constitución Nacional art. 6 inciso a Convenio 169 de la OIT).

-Que para establecer una regulación de la propiedad comunitaria indígena a nivel legislativo debe respetarse la **jerarquía normativa de los artículos 31 y 75 inc.22 de la Constitución Nacional** y que esa reglamentación no puede alterar el artículo 75 inciso 17 ni los tratados que hoy integran el bloque de constitucionalidad federal (ni el Convenio 169 de la OIT que tiene jerarquía supralegal).

-Que la propiedad comunitaria indígena debe incluir los **conceptos de “tierras” y “territorios”** en los términos del artículo 13 inciso 2 del Convenio 169 de la OIT; la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y otros instrumentos internacionales de derechos humanos.

-Que el derecho a las tierras y territorios indígenas deriva directamente del reconocimiento del derecho a la libre determinación que tienen como Pueblos y que, por tanto, tiene carácter de **derecho colectivo**.

- Que el alcance del este derecho debe regirse por la **cosmovisión de cada pueblo** (Corte Interamericana de Derechos Humanos caso Awas Tingni).

-Que la elaboración del texto debe respetar la **importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras y territorios** y en especial los aspectos colectivos de esa relación (artículo 13 inciso 1 del Convenio 169 de la OIT).

-Que esa importancia está determinada porque los derechos territoriales indígenas están relacionados con el **derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado** con una cultura diferente (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Yakye Axa, Saramaka).

- Que **limitar el derecho a la propiedad privada de un particular** en pos de la protección de la propiedad comunitaria indígena puede ser necesario para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista (Corte IDH, Caso Yakye Axa).

- Que las **tierras** que deben reconocerse son aquellas tierras urbanas o rurales que sean **poseídas de manera tradicional** por las comunidades, incluso aquellas que son **utilizadas de manera estacional o intermitente no exclusivas**, pues el Estado no puede desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo (Corte IDH, Caso Xamok Kasek).

- Que las **tierras** que se entregan deben ser **idóneas y suficientes** de manera que las comunidades indígenas puedan desarrollarse conforme a su identidad cultural (Corte IDH, Caso Xamok Kasek).

- Que cuando se habla del tipo de posesión u ocupación debe respetarse el **término tradicional** utilizado por la Constitución Nacional, el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia internacional en la materia.

- Que la **posesión comunitaria** a que hacen referencia tanto la Constitución Nacional (artículo 75 inciso 17) como el Convenio 169 de la OIT (artículo 14 inciso 1) no es la misma posesión que está regulada en el Código Civil, que responde a otro origen y por tanto tiene diferentes formas de ejercicio y de prueba, de hecho la posesión indígena no requiere voluntad de sometimiento.

- Que pese a las diferencias, respecto de particulares extraños y el Estado la propiedad indígena tiene como mínimo todas las **garantías de la propiedad privada** (Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Awas Tingni) más **garantías específicas** del derecho a la propiedad comunitaria indígena (Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka).

- Que deben distinguirse las **obligaciones estatales** en la materia:

1. La de **reconocer las tierras que están siendo poseídas de manera tradicional** (artículo 14 inciso 1 Convenio 169 OIT). Esto implica que es el Estado debe delimitar, demarcar y titular a favor de la comunidad sin más procedimientos ni *modos de adquisición* que el mero reconocimiento, y por tanto, debe hacerse cargo de los posibles intereses afectados de terceros (Corte IDH, Casos Awas Tigni hasta Xamok Kasek).

2. La obligación de **instituir procedimientos adecuados** para solucionar reivindicaciones de tierras por parte de pueblos interesados pues las comunidades indígenas tienen **derecho a recuperar tierras** a las que hayan tenido tradicionalmente acceso, cuando han sido desposeídas de ellas de manera involuntaria (artículo 14 inciso 3 del Convenio 169 OIT, Corte IDH, Casos Yakye Axa y Xamok Kasek),

3. La **obligación de entregar otras tierras aptas y suficientes** para el desarrollo humano (artículo 75 inciso 17 de la CN, Corte IDH Caso Xamok Kasek).

Por último, vale hacer un comentario de otro aspecto que se intenta regular en este anteproyecto que excede a la propiedad comunitaria indígena, pero que es instrumental a ella, y es la caracterización sobre el tipo de relación entre el Estado y los Pueblos Indígenas y la consiguiente atribución del carácter de **persona jurídica pública o privada de sus comunidades**.

La Constitución Nacional establece el reconocimiento de las Comunidades Indígenas como consecuencia de reconocer el carácter *de preexistentes* de los Pueblos Indígenas respecto de los Estados provinciales y el nacional. Por ello es que la inscripción de sus personerías jurídicas tiene un carácter declarativo y no constitutivo como sí ocurre con el resto de las personas jurídicas, que el Estado las crea desde el momento de su inscripción. Todo esto significó que se dejaran atrás las personerías de derecho privado para las comunidades y se las incluyera dentro de la categoría de personas jurídicas de derecho público no estatal como el caso de la Iglesia Católica. Esto es así porque el eje del respeto por la diversidad y el reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural supone que las relaciones entre el Estado y los Pueblos Indígenas se encuentran regidas por el derecho público. Cualquier otra regulación que se quiera establecer en el nuevo código que no respete este criterio significará equiparar a las comunidades al resto de las personas jurídicas como las asociaciones civiles y las sociedades comerciales con requisitos formales inadecuados e intromisión estatal en la autonomía indígena.

Muchas Gracias.