

Neuquén, 20 de Septiembre de 2012

**Al Presidente de la Comisión Bicameral para la  
Reforma, Actualización y Unificación de los  
Códigos Civil y Comercial de la Nación**

Libros del anteproyecto a los que se hace referencia:

Título Preliminar - Capítulo IV - Art. 18

LIBRO PRIMERO - Título II - Capítulo I

LIBRO CUARTO - Título V

**I. RESERVA.**

Siguiendo expresas instrucciones de mi mandante, a todo evento la Comunidad Mapuche Mellao Morales hace reserva de que la participación en la audiencia pública en modo alguno suple la Consulta previa libre e informada prevista en el Convenio N° 169 de la O.I.T., y ello así en tanto no ha mediado un intercambio para lograr consensos, se ha impuesto un reglamento con limitaciones temporales de exposición y limitación en la extensión del presente documento, ello dentro de la agenda del gobierno nacional, en tiempos y cronogramas ajenos a los que requiere la cultura de mi mandante para comprender acabadamente la dimensión de la reforma propuesta.

De allí que la Comunidad Mapuche Mellao Morales quiere dejar sentado ante esta Comisión que no se ha cumplido, ni se cumple con esta Audiencia, con los presupuestos en materia de consulta a los pueblos indígenas establecidos en el Convenio N° 169 de la O.I.T. el cual obliga al Estado argentino.

De manera tal, que la Comunidad Mapuche Mellao Morales hace reserva de impugnar ante los órganos jurisdiccionales nacionales y supranacionales correspondientes, cualquier menoscabo de los derechos constitucionales que actualmente le son reconocidos y que se pretendieran cercenar mediante la aprobación del Anteproyecto en cuestión.

## II. LA CLAVE POLÍTICA DE LA REFORMA PROPUESTA.

La conjunción de los institutos de personería jurídica de las comunidades indígenas con el régimen del derecho real de propiedad comunitaria de la tierras indígenas que se pretenden imponer sin consulta previa libre e informada permiten inferir, tal como se desarrollará en esta ponencia, que la clave política de la reforma apunta a disminuir y limitar los derechos que a los pueblos indígenas argentinos les reconoce el inciso 17 del artículo 75 de la Constitución Nacional con el claro y evidente propósito de pretender remover los obstáculos que estos derechos representan para el actual modelo extractivista de producción distribución y consumo, modelo que nada tienen que ver con la cultura, las costumbres y el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas argentinos cuya preexistencia y vigencia el Estado nacional y los estados provinciales tienen el deber de reconocer, respetar, proteger y promover.

Vemos con mucha preocupación que se pretendan consagrar derechos reales de goce sobre la propiedad indígena.

La Comunidad Mapuche Mellao Morales, con el apoyo de sus vecinos criollos, viene desde hace cuatro años reclamando social y jurídicamente que se reconozca que el principio constitucional de intangibilidad de las tierras indígenas posee una jerarquía normativa superior a la de aquellas normas que consagran las servidumbres y demás derechos reconocidos a los particulares en el Código de Minería. La consagración de derechos reales de goce sobre la propiedad comunitaria indígena viene a pretender reforzar la tesis contraria: esto es, que lo que constitucionalmente no se puede enajenar ni gravar se podría destruir mediante las voladuras de la corteza de la tierra propias de la técnica de minería metalífera a cielo abierto (tal como el estado neuquino y una empresa de capitales chinos han pretendido, y aún lo pretenden, sobre las tierras de la Comunidad Mapuche Mellao Morales en Campana Mahuida).

Afortunadamente, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén ha reconocido (en sus Resoluciones Interlocutorias Nros. 6941 y 6943 del 28 y 29 de Septiembre de 2009, respectivamente) la verosimilitud de los derechos invocados por la Comunidad, siendo ésta la primer victoria del pueblo mapuche en el Neuquén desde que los conas derrotaran a los nacionales en el combate de Pulmarí el 6 de

enero de 1883; pero esta vez pacíficamente con la fortaleza que dan las armas de la razón y del derecho alimentadas con la munición de la persistencia y sin traiciones ni dobleces de las autoridades comunitarias.

De esta forma el poderosísimo lobby de la minería metalífera a cielo abierto (al que apoya el mismo gobierno nacional que impulsa este anteproyecto), no pudo lograr imponer en Campana Mahuida el modelo extractivista de saqueo y contaminación que hubiera significado la destrucción del territorio de la Comunidad Mapuche Mellao Morales, su entorno, su newén y sus pu pillan y con ellos su cultura distintiva.

Nuestra afirmación de que el modelo extractivista vigente se contrapone con la cultura de los pueblos indígenas no resulta axiomática ni caprichosa, sino que encuentra fundamentación, entre otros, en antiquísimos documentos. Nos dicen Curruhuinca y Roux, citando al Inca Garcilaso de la Vega: "***...En verdad, los indios no entendían esa persecución obstinada del metal. Ellos "no vendían ni compraban cosa alguna por Plata ni por Oro, ni con ello pagaban la gente de guerra ni lo gastaban en socorro de alguna necesidad que se le ofreciese y, por lo tanto, lo tenían por cosa superflua porque no era de comer; solamente lo destinaban, por su hermosura y resplandor, para ornamentos"...***" (GARCILASO DE LA VEGA -El Inca- "Comentarios de los Incas", 2v., Bs. As. 1943, citado por CURRUHUINCA-ROUX, "LAS MATANZAS DEL NEUQUÉN", Ed. Plus Ultra, Bs. As. 1993, pág. 39).

### **III. CRÍTICA AL SISTEMA DE PERSONERÍA JURÍDICA INDÍGENA PROYECTADO.**

La Comunidad Mapuche Mellao Morales no comparte el anteproyecto objeto de Audiencia en tanto pretende introducir un reconocimiento de la personería jurídica de las Comunidades indígenas que entiendo un retroceso respecto del sistema de reconocimiento vigente.

En efecto, el artículo 148, bajo el título de "**Personas jurídicas privadas**" establece que "**...Son personas jurídicas privadas:... ..h) las comunidades indígenas...**".

De esta forma, las comunidades indígenas se encontrarían alcanzadas por el Art. 150 que, bajo el título de "**Leyes aplicables**" establece que: "**...Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República Argentina, se rigen: a) por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código; b) por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo el primero en caso de divergencia; c) por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título...**".

Esto es, no estamos en presencia de un acto de reconocimiento de personería jurídica, como lo manda la Constitución Nacional, sino de un acto "constitutivo", fulminándose así ontológicamente el concepto de preexistencia propio de los pueblos indígenas. Tal fulminación del reconocimiento de la preexistencia se confirma con la expresión "**autorización estatal**" empleada en el art. 164 del anteproyecto de reforma.

Y lo más peligroso del anteproyecto para las comunidades es precisamente el precepto de dicho artículo, ya que como personas jurídicas privadas las comunidades se encuentran sujetas a las disposiciones del Art. 164 que bajo el título de "**Revocación de la autorización estatal**" establece: "**...La revocación de la autorización estatal debe fundarse en la comisión de actos graves que importen la violación de la ley, el estatuto y el reglamento. La revocación debe disponerse por resolución fundada y conforme a un procedimiento reglado que garantice el derecho de defensa de la persona jurídica. La resolución es apelable, pudiendo el juez disponer la suspensión provisional de sus efectos...**"

De allí que el funcionamiento y la existencia misma de las comunidades queda supeditada a la voluntad del Estado, al arbitrio de su interpretación del administrador de turno del

ambiguo concepto de "**...comisión de actos graves...**", fulminándose así el concepto de "preexistencia" establecido por el Constituyente de 1994 en el inciso 17 del Art. 75 de la Constitución Nacional.

El principal efecto de la revocación es el desconocimiento del derecho a la propiedad y posesión de sus tierras, ya que tal derecho sólo se reconoce a las comunidades con personería jurídica (Art. 18 del anteproyecto) como así también pierden el derecho a la gestión de sus recursos naturales.

Y no es un tema menor que se insista en esta cuestión. La casi totalidad de los integrantes de la Comisión Directiva de la Comunidad Mapuche Mellao Morales se encuentran actualmente procesados acusados de un corte de ruta, en una ruta interna e intransitada, cuando en realidad se encontraban haciendo una protesta contra la pretensión estatal de imponer en forma inconsulta una mina de cobre a cielo abierto en territorio de la Comunidad, ello en el marco de un proceso penal racista, en el cual se identificaron en los hechos investigados a mas winkas que mapuches, y sin embargo se han procesado a mas mapuches que winkas (Juzgado de Instrucción de Zapala, causa "CAMARGO CARLOS Y OTROS S/INFRACCIÓN ART. 194 C. PENAL", Expte. N° 37789/9.).

¿Podrían constituir éstos los "hechos graves" que refiere el Código proyectado para quitar la personería jurídica a la Comunidad ?. En dos oportunidades el magistrado actuante pretendió archivar la cuestión mediante una declaración de nulidad y mediante el rechazo de la solicitud de elevación a juicio, sin embargo en ambas oportunidades el Ministerio Público Fiscal -bajo evidente presión política del gobierno provincial-, insiste con las acusaciones y procesamientos a los que al día de hoy aún se encuentran sometidos los dirigentes indígenas. Es por ello que la Comunidad Mapuche Mellao Morales no confía en la letra del anteproyecto winka que abre la puerta para el desconocimiento de la personería ante cualquier disidencia que pudiera formularse contra las políticas gubernamentales. Con total sinceridad Sr. Presidente, la Comunidad Mapuche Mellao

Morales, a la luz de su interacción con el Estado, no confía en la palabra winka y no cree que vayan a respetar su identidad y personería cuando exista la posibilidad legal de desconocerla bajo cualquier arbitraria excusa que permita borrarlos de la superficie de su tierra, tal como aconteció en el "gran malón blanco" que los billetes de máxima denominación del Estado llaman "Conquista del Desierto". Desierto, donde no hay habitantes. O donde los que habían fueron invisibilizados... Este anteproyecto abre la puerta para una nueva invisibilización.

La reciente suspensión del registro de asociaciones de consumidores de la organización no gubernamental dirigida por el exdiputado socialista Polino, por el sólo hecho de publicar precios que no se condicen con los falaces índices oficiales aumentan el temor de que por medio de este anteproyecto las personerías indígenas queden supeditadas a idéntica caprichosa arbitrariedad del poder de turno.

También para ilustrar esta desconfianza cabe recordar que el propio hermano del actual gobernador del Neuquén, el **Sr. Carlos "Nuno" Sapag**, el viernes 04 de septiembre de 2009 en una reunión convocada por la Sociedad Rural **afirmó respecto de los mapuches que "...son respaldados por miembros de las FARC y terroristas de ETA. Tienen armas y se financian con el narcotráfico..."** (y sin que, pese a los abundantes aplausos recibidos por los estancieros presentes, a la fecha haya aportado prueba alguna al respecto pese a los reclamos de la Legislatura local). ¿Puede esperarse entonces que los mapuches confíen en que el Estado no dejará de inventar todo tipo de falsas acusaciones para calificarlas de "hechos graves" que justifiquen el desconocimiento de su personería y así poder avasallar los derechos territoriales de las comunidades ?

El art. 75 -inc. 17- de la Constitución Nacional impone claramente el deber de reconocimiento de la personería jurídica de las Comunidades, lo que en modo alguno implica el derecho estatal de revocar tal reconocimiento, y mucho menos ante una tipicidad abierta dejada en las arbitrarias manos del poder de turno.

Asimismo el Art. 2030, bajo el título de Representación legal de la comunidad indígena establece que la comunidad **"...debe decidir su forma interna de convivencia y organización social, económica y cultural..."**, lo que es un eufemismo en tanto debe sujetarse a las regulaciones sobre personas jurídicas y las disposiciones que establecen los organismos especializados de la administración nacional en asuntos indígenas.

- Se desconoce así la preexistencia cultural del derecho consuetudinario indígena.

- Se viola el sistema federal al exigirse el control de la personería jurídica por organismos nacionales, siendo que muchas comunidades han sido reconocidas tan solo por los órganos provinciales en materia de personas jurídicas. ¿Debería ahora la Comunidad Mapuche Mellao Morales tramitar su inscripción ante el INAI para considerarse que existe? ¿A partir de la sanción de esta norma "desaparece" la Comunidad Mapuche Mellao Morales hasta que el Estado nacional reconozca "autorizar" a esta comunidad preexistente?

La inclusión de las comunidades en el sistema genérico de las personas jurídicas privadas desconoce también la realidad propia de las comunidades.

Así, el Art. 153 del anteproyecto dispone respecto de las personas jurídicas privadas: **"...Alcance del domicilio. Notificaciones. Se tienen por válidas y vinculantes para la persona jurídica todas las notificaciones efectuadas en la sede inscripta, aunque no hayan podido hacerse efectivas por no encontrarse allí su administración..."**.-

Tal precepto vulnera gravemente el derecho de las comunidades que viven de la trashumancia estacional entre veranadas e invernadas. En efecto, las veranadas son zonas de los altos valles cordilleros de dificultosos accesos que carecen de señales de telefonía u otros medios de comunicación, de manera tal que notificándose a cualquier poblador en la invernada (sede social) la Comunidad quedaría notificada sin que sus autoridades (desplegadas en las veranadas para ejercer sus competencias internas) tomen efectivo conocimiento de las notificaciones, quebrándose así de antemano el derecho a la defensa de las mismas a las cuales se las tendrá por notificadas sin que se garantice que la decisión objeto de la notificación ingrese con certeza en

la esfera de conocimiento de las autoridades de la Comunidad, en una flagrante vulneración del derecho a la defensa de los derechos de las Comunidades, y de las "Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas con Vulnerabilidad" aplicables a las Comunidades indígenas y a las que en el ámbito local adhirió el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén mediante Acuerdo T.S.J. N° 4612, por lo que el artículo bajo examen violenta, además, el sistema federal al inmiscuirse en competencias (derecho procesal local) que las provincias se reservaron para sí y no delegaron a la Nación.

Por otra parte, el anteproyecto limita sensiblemente la esencia de la existencia comunitaria. El art. 156 del anteproyecto establece que el objeto de la persona jurídica debe ser preciso y determinado. La amplitud de la cosmovisión indígena y su dimensión de espiritualidad tornan imposible satisfacer tal imperativo. Si la constitución reconoce la preexistencia y la cultura, no puede ponerle cortapisas a dicha cultura mediante la imposición de objetivos de características occidentales (precisión y determinación) totalmente contrapuestas a la espiritualidad del mundo indígena que hace a la existencia de sus comunidades. Es por ello que se impone una seria revisión del anteproyecto en esta materia, con los tiempos propios de las comunidades, para poder alcanzar un régimen legal consensuado conforme lo exige el Convenio 169 O.I.T. que se adecúe a la letra y el espíritu del inc. 17 del art. 75 de la Constitución Nacional.

#### **IV. CRÍTICA AL SISTEMA DE PROPIEDAD COMUNITARIA DE LA TIERRA INDÍGENA PROYECTADO.**

También la Comunidad Mapuche Mellao Morales no comparte el anteproyecto en cuanto pretende regular la propiedad comunitaria indígena a contrapelo del mandato del Constituyente de 1994 y de los criterios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En efecto, el Art. 18 solo reconoce el derecho a la propiedad comunitaria de las tierras indígenas a aquellas comunidades con personería reconocidas, de manera tal que quedan excluidas de tal reconocimiento del derecho a la propiedad: las comunidades no reconocidas y las comunidades que pierden el reconocimiento por aplicación del art. 164 (Revocación de la autorización estatal).

El derecho real de propiedad indígena, reconocido en los arts. 1887 -inciso c)- y 1888 encuentra su regulación en el **Título V "De la propiedad comunitaria indígena"**. Inicia el título V el artículo 2028, que realiza una definición de la propiedad indígena desde su **dimensión cultural y económica**, pero que omite las otras dos dimensiones: los conceptos esenciales de **su vida espiritual y su integridad**.

Espiritualidad, contemplando el newén, o energía viviente de las cosas que integran la propiedad (suelo, subsuelo, aire, agua y espíritu), e integridad (su intangibilidad e imposibilidad de afectación ya que la afectación de una pequeña parte importa la afectación de un todo inter-relacionado).

En efecto, al concepto tradicional de propiedad, cabe integrárselo en su comprensión jurídica de la propiedad indígena en la interpretación dinámica dada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia del 31.08.2001 dictada en el caso "Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua" (L.L. 2003-C), al sostener que **"...la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad, y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a sus generaciones futuras."** (párr. 149).-

Como se señala en esta ponencia, el Anteproyecto bajo análisis no solo omite los elementos espirituales e integrales que hacen al concepto y esencia de la propiedad indígena, sino que el anteproyecto no garantiza ni la espiritualidad ni la integridad de dicha propiedad.

En efecto, el Art. 2029 viene a cargar nuevamente con la exigencia de la registración como persona jurídica para gozar del derecho de propiedad indígena, el cual queda entonces sujeto a la posibilidad de revocación de dicha personería por parte de la administración y sin causales taxativamente previstas.

También se visualiza el derecho de propiedad indígena no como reconocimiento, sino con carácter constitutivo. Así el Art. 2031 habla de los modos de "constitución" de la propiedad indígena. Pero quizás esta distinción pueda resultar una exquisitez jurídica cuando nos encontramos ante el precepto del art. 2031 "in fine" en cuanto establece que **"...En todos los casos, la oponibilidad a terceros requiere inscripción registral..."**.

En virtud de esta norma, la Comunidad Mapuche Mellao Morales no podría oponer su derecho de propiedad a la Corporación Minera del Neuquén Sociedad del Estado Provincial como lo viene haciendo desde 2008 reclamando su derecho territorial ante la pretensión de imponer un proyecto minero a cielo abierto en su comunidad. De esta forma, por decisión del Congreso Nacional la ancestral y preexistente Comunidad Mapuche Mellao Morales perdería automáticamente, al momento de regir esta norma, el derecho que viene ejerciendo desde 2008: el derecho de oponer su propiedad a los anteproyectos mineros de la Provincia y los capitales chinos. De allí que el precepto cuestionado deviene confiscatorio y violatorio de la garantía constitucional a todo derecho de propiedad, sea ésta winka o indígena. A la luz de este artículo, siquiera podría una Comunidad oponer la usucapión como defensa, ya que todo aquél que dispute una propiedad indígena tiene garantizado vencerla ya que sin inscripción no hay oposición del derecho de propiedad y casi ninguna Comunidad en la

Provincia, sino en el país, poseen título de propiedad comunitaria con aptitud para ser inscripto.

Tal norma avasalla la inviolabilidad del derecho de propiedad, el derecho a la no confiscación de la misma, el derecho a la intangibilidad de las tierras indígenas. Asimismo el art. 2031 "in fine" resulta a todas luces discriminatorio, ya que para oponer la propiedad winka a terceros solo se exige publicidad suficiente, entendiéndose por tal la inscripción registral "o la posesión" (Art. 1893). A diferencia del winka, el indígena no puede oponer su propiedad de la tierra a terceros invocando la posesión, sino solo la inscripción registral; **desnaturalizándose así la posesión comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan conforme lo impone el Art. 75 -inc. 17- de la C.N..**

Así como en el régimen vigente "la posesión vale título", en el régimen proyectado para las comunidades indígenas se invierte el adagio y "la inscripción vale posesión" de manera tal que lo que pretende la reforma es imponer el "falta de inscripción vale a desposesión", pero a desposesión de la propiedad indígena.

Tamaña discriminación no puede ni debe ser admitida en nuestro sistema de derecho.

El art. 2032 consagra el carácter indivisible de la propiedad indígena, pero tal declaración es un eufemismo en tanto seguidamente el Art. 2033 permite gravar la propiedad indígena con derechos reales de disfrute. No es indivisible si la propiedad se desmembra con derechos de superficie como lo habilita, inconstitucionalmente, este anteproyecto.

De esta forma, violentándose la Constitución, terceros podrían constituir sobre la propiedad indígena comunitaria los siguientes derechos reales de disfrute: tiempo compartido -Art. 2093 inc. a) refiere al disfrute-, superficie, usufructo, uso, habitación y servidumbre.

Tales derechos reales resultan incompatibles con el concepto de propiedad indígena, quiebran el elemento de integralidad de la misma (Fallo CIDH "Awas Tingui" citado) y abre la puerta a las servidumbres mineras, siendo que la Comunidad Mapuche Mellao Morales entiende que los derechos de los titulares de minas de la primera categoría resultan incompatibles con el principio de intangibilidad de la propiedad indígena que deviene del art. 75 -inc. 17- de la Constitución Nacional.

El art. 2032 proyectado permite que la comunidad indígena sea titular de la tierra, pero no de su bosque; que sea titular del suelo, pero no del vuelo; que sea titular del suelo, pero no del subsuelo; que sea titular de la tierra, mientras la dejan sin bosques, sin agua, sin animales ni pasturas y sembrada de escombreras oleoductos o mineraloductos, o como las hermanas comunidades Katrypayñ y Paynemil de Loma de la Lata: contaminadas irremediablemente por metales pesados producto del venteo de gases o el derrame de hidrocarburos mientras los gobiernos nacional y provincial (al servicio de las petroleras que gobiernan el mundo y no de los pueblos que los han elegido) miran para otro lado. Muy alejada resulta esa imagen de la que diseñó el Constituyente para la propiedad comunitaria indígena.

Si el constituyente ha establecido que la propiedad indígena no puede ser enajenada ni gravada, tampoco puede ser dinamitada su superficie por proyectos mineros a cielo abierto, ni tampoco alcanzada por servidumbres mineras o de cualquier otra naturaleza. El anteproyecto, tal como ha sido planteado, se encuentra en sintonía con un modelo económico de producción primaria extractivista que repugna a elementales principios de nuestra Constitución Nacional en materia de tutela de la propiedad indígena.

La Constitución Nacional establece que la propiedad indígena no puede ser susceptible de gravámenes, sin distinguir si esos gravámenes son de derechos de disfrute o de garantía, por lo que no debe ser gravada de manera alguna, ya que donde la ley no distingue, no debemos distinguir.

El art. 2034 establece la prohibición de gravar la propiedad indígena con derechos reales de garantía, confirmando así el precepto del art. 2033 que permite gravarla con derechos de disfrute. Agrega el art. 2034 proyectado que la propiedad indígena es inembargable e inejecutable "por deudas", limitándose así la inembargabilidad e inejecutabilidad originadas por otras obligaciones (servidumbres mineras, de electroducto, oleoducto, gasoducto, derecho del propietario del subsuelo a adquirir el suelo -art. 156 del Código de Minería- etc.), **de modo tal que el anteproyecto sigue abriendo camino sobre la intangibilidad de la propiedad indígena para dejar expedito el camino a anteproyectos extractivistas de todo tipo.**

Es así como en esta línea de garantizar los derechos a la explotación minera, hidrocarburífera y forestal en la propiedad indígena, el art. 2035 habilita la explotación de recursos por parte del Estado y particulares en territorios indígenas, lo cual resulta incompatible con la naturaleza jurídica del concepto de propiedad indígena establecido por la CIDH en sus dimensiones de espiritualidad e integralidad, dimensiones no en van omitidas en la letra del anteproyecto.

En tanto el territorio indígena no puede ser enajenado, ya que el constituyente pretende su conservación, tampoco puede ser destruido, que es precisamente lo que pretende habilitar este art. 2035 a todas luces inconstitucional en tanto la norma está presuponiendo que el Estado o los particulares pueden aprovechar los recursos naturales con incidencia en los hábitats indígenas. Si bien el Convenio 169 de la OIT que entendemos fuente de este artículo, constituyó un avance de los derechos indígenas, mayor avance lo constituyó la reforma constitucional de 1994 que consagró la intangibilidad de las tierras indígenas. Este artículo 2035 se ancla en el avance que significó el Convenio 169 OIT pero no acompaña el avance superior y posterior, que significó para la protección de los derechos y garantías indígenas -un derecho en permanente evolución- la reforma constitucional de 1994.

Por último, el art. 2036 bajo el título de "**Normas supletorias**" establece que: "**...En todo lo que no sea incompatible, se aplican subsidiariamente las disposiciones referidas al derecho real de dominio...**". Así, este artículo

nos remite al art. 1970 que concluye sometiendo la propiedad indígena a las restricciones impuestas al dominio privado en el interés público, subordinando así la propiedad indígena (ahora definida como de carácter privado) a los derechos mineros (calificados de utilidad pública Cfr. art. 13 del Código de Minería) de manera tal que normas de rango legal (el Código de Minería en conjugación con el Código Civil y Comercial) concluirían abrogando el inc. 17 del art. 75 de la Constitución Nacional.

De esta forma, el art. 2036 en conjugación con el art. 1970 concluyen subordinando los derechos de propiedad indígena a los intereses de las multinacionales mineras que con apoyo del gobierno nacional actual (y de los anteriores) conjuntamente con los gobiernos provinciales saquean y contaminan la cordillera allí donde no haya resistencia civil con entidad suficiente para impedirselos.

## **V. PROPUESTAS:**

### **V.1. Personería jurídica.**

En materia de personería jurídica propugnamos por mantener el actual régimen de reconocimiento, y no constitutivo, conservando el registro especial nacional y los registros provinciales ello dentro del régimen de autoregulación, ya que solo el reconocimiento de la autonomía del derecho consuetudinario puede satisfacer el mandato de reconocer la preexistencia.

Al respecto resulta interesante consultar la "Guía Orientadora para la Interpretación del Derecho Consuetudinario de la Comunidad Mapuche "Motoco" Cárdenas" que me tocara redactar y la cual fue aprobada al concederse la Personería Jurídica mediante Resolución N° 87/04 del INAI. En idéntico sentido

Subsidiariamente, de incluirse el régimen jurídico de las comunidades indígenas dentro del sistema de un Código Civil y Comercial, la Comunidad Mapuche Mellao Morales entiende que tal régimen jurídico en modo alguno puede contener cláusulas donde la existencia de la personería

jurídica, o el pleno ejercicio de los derechos que de ella emergen, queden supeditados al arbitrio de las autoridades administrativas y deben establecerse mecanismos que aseguren la certeza de las notificaciones y el derecho a la defensa de las comunidades, en consideración a las actividades de trashumancia de las comunidades, debiendo quedar a cargo del Estado y sus organismos adoptar todas las medidas necesarias para que las notificaciones cumplan acabadamente el cometido de que el contenido a notificar ingrese efectivamente en la esfera de conocimiento de los órganos de dirección y representación de las comunidades.

## **V.2. Propiedad comunitaria de la tierra.**

Propugnamos que el régimen específico de la propiedad indígena no se incluya dentro del Código Civil y Comercial, ya que no se trata ni de derecho privado ni comercial, y sí de normas que hacen al derecho público (ver debates de la Convención Constituyente respecto del inciso 17 del art. 75 de la Constitución Nacional), y dentro de un régimen especial.

Tal derecho de propiedad debe ser un reconocimiento no constitutivo, no puede estar sujeto ni al reconocimiento de personería de su titular o al desconocimiento de la misma, ni puede ser objeto de gravámenes de ningún tipo, entendiéndose que deben excluirse los gravámenes de derechos de disfrute sobre la propiedad indígena. Asimismo, reafirmando lo expresado en sus debates por los constituyentes, debe reconocerse el carácter de interés público en conservar intangible la propiedad indígena y no subordinarla a otros derechos de utilidad pública, máxime cuando determinados modos en el ejercicio de aquellos afectan la existencia misma de la propiedad indígena.

No se trata de impedir u obstaculizar que las comunidades aprovechen conforme a su cultura los bienes que ancestralmente poseen, pero bien pueden aprovecharlos mediante derechos personales, sin necesidad de que para

habilitar el ingreso de prácticas extrañas a la cultura indígena (mineras, petroleras, sojeras, forestales o hidroeléctricas) se legisle la posibilidad de imponer a la propiedad indígena gravámenes del derecho real o desmembramientos de dicha propiedad que se encuentran vedados por la letra y el espíritu de la Constitución Nacional y cuya implementación (con la necesaria complicidad de alguna que otra autoridad originaria sin suficiente conciencia indígena -la "conquista" no pudo llevarse a cabo sin las necesarias traiciones-), arrinconarán a las comunidades a la disyuntiva de luchar o extinguirse, generando así frente a tal opción de suma cero no solo una vasta litigiosidad sino impredecibles e intermitentes conflictos con aptitud más que suficiente para poner en riesgo la paz social.

### **V.3. Idioma.**

En **el anteproyecto** elevado al Congreso nacional por la Sra. Presidente de la Nación mediante su Mensaje N° 884/2012 **se refiere a un idioma nacional único en los arts. 302, 325 y 419.** En los Fundamentos del anteproyecto, al referirse a los registros contables, se menciona que *"...f. En cuanto a la forma del llevado de los libros, se mantienen las normas de seguridad que hacen a la fe de sus registraciones. **Se imponen en forma expresa para los libros y registros, el idioma y la moneda nacional, lo que excluye otras lenguas o unidades de medida técnicas o foráneas...**"* (El destacado me pertenece).

De esta forma, implícitamente el Poder Ejecutivo Nacional entiende que todo idioma que no es "el idioma nacional único", resulta equiparable a lo foráneo, lo que ofende a la identidad cultural de los pueblos indígenas argentinos y a su preexistencia misma (Si algún idioma es foráneo en estas tierras americanas, ese es precisamente el castellano o "idioma nacional"). Tal ofensa, que entendemos involuntaria y producto de la ignorancia de la realidad de los pueblos indígenas respecto de los cuales se declama que se pretenden tutelar sus derechos, ofende a la identidad cultural de estos pueblos indígenas cuyo respeto le impone a los poderes delegados el Art. 75 -incs. 17 y 19- de la Constitución Nacional.

A modo de reparación de dicha ofensa involuntaria (pero ofensa al fin) como otras históricas a la identidad cultural de los pueblos indígenas argentinos, proponemos que el Código a aprobarse consagre como artículo 18 bis el siguiente:

**1. Los lenguajes oficiales de la República son el castellano, el aymará, el guaraní, el mapudungum, el quechua, el wichi, y demás lenguas de los pueblos indígenas argentinos. 2. Todos los lenguajes oficiales deben gozar de paridad de estima y deben ser tratados equitativamente. 3. Los registros civiles consignaran en sus registros y extenderán partidas y documentos en el idioma oficial que requiera el interesado. 4. Ninguna persona empleando alguno de los idiomas oficiales de la Nación será compelida a utilizar o comprender otro idioma oficial o no oficial, ya sea en sus relaciones laborales, en el ámbito de institutos educacionales públicos (salvo las currículas de idiomas específicos) o en circunstancias de realizar trámites u actos de cualquier tipo ante autoridades públicas, entidades financieras o empresas prestatarias o concesionarias de servicios públicos".**

Se fundamenta tal propuesta en los siguientes argumentos:

Nuestra República fue parida bilingüe. Aunque no se enseñe habitualmente, los diputados del Congreso de Tucumán suscribieron la Declaración de Independencia en idioma castellano y en idioma quechua. Lamentablemente, ese espíritu multilingüe de los independentistas de América del Sur que comprendiendo cabalmente el sentido de la autodeterminación de los pueblos se alzaban contra el dominio del colonialismo europeo del Reino de España, se fue olvidando poco a poco. Hasta tal punto que de sentirse americanos frente a la Europa colonial, se pasó a asumirse el rol de sucesores de España en la continuación del genocidio perpetrado en perjuicio de los pueblos originarios, tal como la llamada "Conquista del Desierto" que ofendiendo a los pueblos originarios aún se ilustra en el reverso de cada billete de cien pesos.

Producto de ese genocidio ha sido la supresión de las lenguas de las culturas originarias, muchas de las cuales se han perdido irremediabilmente para siempre.

Ya culminando el Siglo XX, la República comenzó a invertir esa tendencia: - En 1968 mediante la Ley N° 17.722 se aprueba la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación; - En 1985, se dictó la Ley N° 23.302 de Política Indígena y de apoyo a las comunidades aborígenes (para cuya implementación debió llegarse a la decisión de la Justicia); - En 1986 por ley N° 23.313 se aprobó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cuyo artículo 27 establece que no se negará a las minorías a emplear su propio idioma; - En 1992 se dictó la Ley N° 24.071 que aprobó el Convenio 169 de la OIT, de modo que mediante dicha Ley la República asumió la obligación de garantizar el respeto a la integridad de los pueblos originarios incluyendo medidas que aseguren el disfrute en pie de igualdad de los derechos que la legislación otorga a los demás miembros de la población (Art. 2) como así también el Estado Argentino asumió la obligación, frente a la Comunidad Internacional, de adoptar disposiciones para preservar las lenguas indígenas y promover el desarrollo y la práctica de las mismas (Art. 28.3.); - En 1993 se dictó la Ley Federal de Educación en cuyo artículo 5 -inciso q- se establecieron disposiciones relativas a la enseñanza de las lenguas aborígenes en los planes de enseñanza oficiales; - La reforma de 1994 incorporó a la Constitución Nacional el inciso 17 del Art. 75 que expresamente reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas estableciendo la garantía del respeto a su identidad cultural y el derecho a la educación bilingüe. Asimismo, el inciso 19 del mismo Art. 75 de la Constitución impone la obligación de dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural.

En cuanto al derecho comparado, advertimos que no son pocos los Estados plurilingües y sin que ello cause la disgregación que temen los defensores del idioma nacional único. El Paraguay emplea el castellano y el guaraní, Canadá el inglés y el francés, la trilingüe Suiza tiene como lenguas oficiales al francés, el alemán y el italiano, el multilingüe Reino de España admite el uso oficial del castellano y lenguas de las autonomías: gallego, catalán, euzkera, aragonés, etc., la República de Sudáfrica posee once lenguas oficiales reconocidas en el Art. 6 de su Constitución el cual constituye fuente directa de la presente propuesta.

Respecto a la experiencia en nuestro país, no puede soslayarse el daño ocasionado a los integrantes de los pueblos originarios por la mutilación del uso de la lengua impuesto mediante una u otra manera por nuestra cultura hegemónica monolingüe. Cabe así citar los testimonios orales de doña Fidelia Aiyapán quien en declaraciones a la emisora FM "Alas" de la localidad de El Bolsón, ha descripto la cruenta experiencia de como en su niñez y adolescencia sus patrones le prohibían "hablar en lengua" (usar el mapudungun) sintiéndose mutilada, traumada, despersonalizada por esta prohibición y siendo golpeada físicamente cuando era sorprendida hablando en lengua.

El abogado Eduardo Raúl Hualpa, en su obra "Sin Despojos" (Cuadernos de ENDEPA Equipo Nacional de Pastoral Aborígen, Chaco, 2003) y cuyos contenidos y referencias normativas han inspirado y servido de inevitable guía y soporte a esta propuesta, en la página 38 de la obra citada sintetiza al integracionismo asimilacionista al describir ese esquema de pensamiento: **"...Es decir, no hay que hacer diferencias, los indios son también argentinos, y toda diferencia política, económica, social y cultural debe abandonarse en pos del 'crisol de razas' que es nuestro país. Esta política, de la mano también de la aculturación religiosa -justo es decirlo- profundizó el ataque a la cultura del pueblo mapuche-tehuelche y provocó un enmascaramiento de las identidades: son las décadas en que los niños dejan de aprender la lengua mapuche, las costumbres, en algunas zonas se realizan los últimos camarucos..."**.

Resulta más que testimonial la palabra del lingüista Licenciado Antonio Díaz Fernández cuando en la Introducción a una de sus obras nos relata: **"...Teniendo en cuenta que muchas de nuestras lenguas americanas autóctonas han sido eliminadas sistemáticamente del continente, por los conquistadores peninsulares, tal como ocurriera con el idioma de una parte de mis antepasados, el cacán, que otrora dominara gran parte del actual noroeste argentino, y persuadido de la importancia de la conservación de los idiomas vernáculos del continente, hace 12 años comencé mi trabajo de documentación en pro del rescate de la variedad**

*del idioma mapuche aun conservada en la provincia del Chubut... ..Espero que esta obra contribuya a la difusión y rescate de la melodiosa lengua mapuche, casi eliminada de la provincia por el etnocidio intolerante que la consideró una lengua "inferior" e "inútil", la cual tuve el privilegio de aprender de mis maestros mapuches y la llevo en mi corazón, como una adopción en remplazo del cacán, del que se me negó el derecho a conocerlo..." (DÍAZ FERNÁNDEZ, Antonio, "Lecciones Básicas de Lengua Mapuche", Ediciones Yáchay, Esquel, 1998, pág. 8).*

En síntesis, Sr. Presidente, previa invitación dirigida a los representantes de las comunidades indígenas (incluida la aquí representada) para que participen con voz y con voto en las comisiones y recintos de ambas Cámaras en la sesiones en las que se traten estos temas del Anteproyecto, y con los tiempos propios de las culturas indígenas, es que venimos a solicitar se consideren y aprueben las propuestas presentadas en materia de personería jurídica de las comunidades indígenas, propiedad comunitaria indígena e idiomas oficiales de la Nación.

Muchas gracias.

Por **COMUNIDAD MAPUCHE MELLAO MORALES** y **Equipo Nacional de Pastoral Aborígen** (ENDEPA) -Neuquén-:

**Cristian C. E. HENDRICKSE**

Abogado (U.B.A. 1993)

CPACF T° 53 F° 355

CPAZ Mat. N° 160 T° I F° 80

Apoderado de la Comunidad Mapuche Mellao Morales  
(Cfr. Poder Escritura 209 F° 490 Reg. Notarial N° 5 de Zapala que se declara bajo juramento se encuentra vigente)

Av. Padre Mascardi s/n°  
(8349) Loncopué  
Pcia. del Neuquén  
hendrickse@yahoo.com