

## **Lof NEWEN MAPU – Zonal Mapuche Xawvuko**

**Neuquén, 04 de Setiembre de 2012**

### **DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y UNA CONTRAPROPUESTA AL ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL CODIGO CIVIL**

#### **INTRODUCCIÓN.**

Ante el importante acontecimiento que significa la cristalización de la reforma del Código Civil, se hace indispensable plantear una crítica constructiva con respecto a los contenidos elaborados oportunamente por la Comisión Ad hoc, desde el punto de vista de los derechos de los Pueblos Indígenas ya consagrados por la Constitución Nacional, el Convenio 169/89 de la OIT<sup>1</sup>; la Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas<sup>2</sup>, más todo lo correspondiente al Sistema Interamericano de Protección y Promoción de los DDHH - OEA: Comisión Interamericana de Derechos Humanos y [Corte Interamericana de Derechos Humanos](#).

#### **OBJETIVO**

El objetivo del presente trabajo es demostrar que la temática de los Derechos de los Pueblos Indígenas en la Argentina, no corresponde que se encuentre incorporada en el cuerpo del Código Civil, sino que debe constar en una ley especial.

#### **ACLARACIONES INDISPENSABLES PARA UN ANÁLISIS**

##### **I) La Dualidad del Derecho en la Argentina, la Convivencia Democrática del Derecho Indígena Comunitario y el Derecho Privado.**

1 - “Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes” aprobado por el Estado argentino en 1992 por ley 24.071 y ratificado ante la OIT, el 3/7/2000, entrando en vigencia a partir del 3/7/2001

2 - ONU - Resolución de la Asamblea General del 13/09/2007.

3 - En nuestro país existen fallas de comprensión acerca de las dos modalidades de hecho existentes, en el Derecho correspondiente a la *Propiedad Comunitaria Indígena* y la *Propiedad Privada*, que se desprende del texto constitucional. Dicha falta de comprensión radica concretamente en un cierto temor de romper con la tradición – colonial y poscolonial- que considera que los Estados no pueden contener sociedades con diversidades culturales porque su eje es la homogeneidad, el monoculturalismo y tan es así que se ha teorizado con cierta naturalidad acerca de que “*la diversidad de los ciudadanos es una negación de la unidad nacional... y un atentado a la soberanía...*”

Esto lleva a preguntarse ¿de qué unidad se trata? y ésta a su vez nos llevan a otros interrogantes: ¿en dónde radica el problema de que exista diversidad en la sociedad y en el derecho?, ¿es más difícil trabajar con un poco más de complejidad?, ¿será que seguimos recitando que el Derecho como la sociedad es dinámico, pero en los hechos todo es estático?

Creemos que la respuesta es la siguiente: existe temor a cambiar y no querer asumir que la sociedad cambia y por lo tanto el Derecho también debe cambiar. En cuanto a la posibilidad de la soberanía en la diversidad, nos obliga a otra reflexión. Sabemos que soberanía es un concepto político que se define como el poder de un Estado ejercido sobre su sistema de gobierno, territorio y población. Entonces cómo se puede pensar que por el solo hecho de que un Estado albergue una diversidad de ciudadanos se atentaría contra la soberanía, si el Estado justamente porque es soberano puede ampliamente velar por los derechos de todos en diversidad.

Pareciera que no se comprende todavía -a pesar de que el mundo ha cambiado bastante que desde el siglo XX y lo que va del XXI se ha avanzado en la humanidad hacia la comprensión de la realidad social tal como se presenta, y no como se desea que continúe, según una tradición anacrónica que muchos teóricos aún sostienen porque está acomodada a determinados intereses.

### ***En qué hemos avanzado como humanidad?***

En que:

- 1) Las ciencias sociales han perdido el temor de mirar a las sociedades en sus profundidades y darse cuenta que ellas no son lineales ni homogéneas, muy por el contrario, están compuestas por una gran cantidad de grupos humanos distintos entre sí, con gran diversidad étnica y cultural, y que ello a su vez implica un riquísimo bagaje que abre las puertas entumecidas por el tiempo y llena de luz, color y sonidos de idiomas diversos a las sociedades.
- 2) Reconocer que los Estados están constituidos por esa diversidad de grupos sociales, y que son Estados multiculturales, lo que no es pecado ni delito a los que se deba temer.
- 3) Dentro del Estado multicultural no puede pensarse como un supuesto, que exista un acuerdo “entre fines y valores colectivos últimos entre personas de culturas diferentes; **por lo tanto, el presupuesto de cualquier acuerdo es el reconocimiento de esa diferencia.** Así, en esos casos, los derechos humanos incluyen una referencia al derecho de las comunidades culturales a las que pertenecen los individuos. **Entre los derechos que garantizan al individuo la capacidad de elección de vida,** es necesario considerar los derechos que aseguren a las diferentes comunidades culturales la **autonomía que hace posible la elección de vida de los individuos...** En síntesis, **el derecho de los pueblos no puede verse como contradictorio ni opuesto a los derechos individuales, sino como condición para el ejercicio de esos derechos”** (Villoro 1999:93-94).”
- 4) Que hay una diferencia conceptual entre **multiculturalidad e interculturalidad**, y que es necesario comprender: hablamos de multiculturalidad cuando nos referimos a una sociedad, como la actual, en la que existen grupos étnicos diferentes con culturas e identidades propias conviviendo en un mismo territorio, y hablamos de interculturalidad “cuando conviven

dentro de un mismo marco, ... en la que cada una de ellas respeta las diferencias de las otras y aporta lo mejor de su cultura para que de ahí surja una nueva sociedad en la que el respeto y la igualdad sean la nota predominante.”

### ***Porqué es tan difícil asumir la aplicación de la dualidad del Derecho en la Argentina?***

Porque es casi monumental el antiguo mandato colonial y postcolonial que nos imprimió las ideas acerca de que un Estado debía albergar una sola nacionalidad y para ello todo debía ser lineal y homogéneo como ya dijimos, la sociedad debía tener el mismo idioma, la misma religión, las mismas leyes, etc. A ese mandato se le sumó otro, tan o más pesado, el del modelo agroexportador y formativo del pensamiento social de aquella Generación de 1853 y de 1880, en que también la homogeneidad era importante para su base de pensamiento, ya que de esa manera se podía justificar la eliminación de masas humanas indígenas que eran los que rompían el esquema de Estado que se pretendía. Así las cosas, el tristemente célebre Art. 67 inc. 15 de la Constitución Nacional tuvo 141 años de vigencia (Corresponde al Congreso: “Proveer a la seguridad de las fronteras; conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo) es decir, hasta la reforma de 1994.

### ***Sres. y Sras. miembros de los Tres Poderes del Estado Ya es tiempo...***

Hemos hablado acerca de la interpretación de la realidad, del Estado y de las ciencias sociales, y por ello decimos que ya es tiempo de que se asuma la realidad tal como es, que la ciencia jurídica es una ciencia social, como tal dinámica, y sus estudiosos deben aprender y compartir a conciencia, con honestidad, los conocimientos que mutuamente generan. Es decir que, si la interdisciplina se verbaliza a diario, es tiempo de concretarla y entender que la realidad del Estado tiene conformación multicultural y que la interculturalidad aplicada es y será siempre el oxígeno que fortalece a la sociedad toda. Sin necesidad de que explícitamente nuestro texto constitucional exprese la existencia del Estado Multicultural lo da por reconocido en el texto del inc. 17 del art. 75.

## **II) Aclaraciones Terminológicas**

### ***a) Qué se entiende por “Pueblo Indígena”?***

El Convenio 169/89 de la OIT, en su Parte I. Política General, Artículo 1 expresa:

“1. El presente Convenio se aplica:

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, **cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.**

2. La conciencia de su **identidad indígena** o tribal deberá considerarse un **criterio fundamental** para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.”

### ***b) Qué se entiende por “Comunidad Indígena”?***

Un trabajo elaborado por el Dr. Luis María Zapiola<sup>6</sup> (2004) nos dice: “... a partir de la derrota militar de los pueblos de La Pampa, Patagonia y el Chaco, lo que hoy denominamos “Comunidades”, resultan, en la mayoría de los casos, producto de campos de prisioneros, reagrupamientos humanos en áreas... de escaso o nulo valor económico, o producto de migraciones forzosas de índole económica”

### ***c) Qué se entiende por “Tierra y Territorio”?***

Tierra es un concepto universal del suelo que todos pisamos. Pero que, para los Pueblos Indígenas es una parte de la Madre Tierra que posibilita a la comunidad indígena su asentamiento, y que el bienestar se logra en la totalidad del ámbito del Territorio. El Territorio<sup>7</sup> “es un concepto polivalente, porque tiene 5 dimensiones: 1) espacio geográfico de autodeterminación, 2) espacio geográfico a delimitar y titularizar, 3) Hábitat: superficie, subsuelo, aguas, bosques, etc. 4) biodiversidad, donde se funda el conocimiento ancestral, 5) espacio histórico cultural base de la identidad...”

### ***d) Qué se entiende por “Derecho de Consulta” de los Pueblos Indígenas?***

El Convenio 169/89 de la OIT, reitera en sus diferentes disposiciones y desde los primeros artículos, así como también la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas<sup>8</sup> que los Pueblos Indígenas tienen derecho y el Estado la obligación, de “**consultar** a los pueblos interesados, 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...9**” - “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas **antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas** que los afecten, **a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.**”

### ***e) Cuáles son las fuentes principales de donde emergen los derechos a la Posesión y Propiedad Comunitaria?***

Las fuentes principales son:

- 1)** Constitución Nacional, Art. 75 inciso 17.
- 2)** Convenio 169/89 de la OIT “*Sobre Pueblos Indígenas y Tribales, en Países Independientes*” (Ley Nº 24.071 - Aprobación Convenio - B.O. 20/04/1992).
- 3)** “*Declaración de las Naciones Unidas Sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*” - Resolución aprobada por la Asamblea General, 13/9/2007.

### **REFLEXION Y AFIRMACION**

Si los Derechos de los Pueblos Indígenas a la posesión y propiedad comunitaria están consagrados por la Constitución Nacional y los Instrumentos Internacionales, con **operatividad directa, entonces no solo es innecesario sino que no pueden estar regulados por el Código del Derecho Privado desjerarquizando el estatus constitucional.**

Todos sabemos que contamos en la Argentina con un **bloque de constitucionalidad** y un **derecho supralegal** –y ya lo hemos mencionado en las fuentes- por ello es notoria la contradicción o colisión que el texto del Anteproyecto tiene con dicho bloque, algo que es eminentemente preocupante y que más adelante lo detallaremos en el análisis pormenorizado de los artículos pertinentes. Ya desde el inicio del trabajo de la Comisión del Anteproyecto se cometió un importante error: ignoró el **Derecho de Consulta** a los Pueblos Indígenas, situación que debió cumplirse de acuerdo con lo dispuesto por el Convenio 169 y la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, incorporando a juristas representativos de los Pueblos Indígenas en dicha Comisión, por lo tanto este derecho ha sido conculcado y tampoco ha tenido en cuenta al elaborar el articulado el principio fundamental del **Derecho a la libre determinación sobre los territorios** por parte de los Pueblos Indígenas.

Además la Comisión expresa muy ligeramente que la mayoría de los tribunales del país considera a esta propiedad como Derecho Real, y entonces así debe resolverse, este no es un fundamento suficiente, más aún, se evocan derechos derogados como los del Convenio 107/57 cuando el Convenio 169/89 se funda en nuevos paradigmas<sup>11</sup>. Por lo hasta aquí expresado, los Derechos de los Pueblos Indígenas deben incluirse en una **ley especial** y **no** en el Código Civil.

Muchas Gracias.