

POSICIÓN DEL QULLAMARKA
COORDINADORA DE ORGANIZACIONES Y COMUNIDADES KOLLAS
AUTÓNOMAS DE LA PROVINCIA DE SALTA
EN RELACIÓN AL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y
COMERCIAL

El Qullamarka, Coordinadora de Organizaciones y Comunidades Kollas Autónomas de la Provincia de Salta, está conformado por la Unión de Comunidades Aborígenes Victoreñas (UCAV), por la Asociación de Comunidades Aborígenes de Nazareno (OCAN), por las Comunidades Indígenas de la Alta Cuenca del Río Lipeo (CIACRL), por el Consejo Indígena Kolla de Iruya (CIKDI) y por la Comunidad Indígena del Pueblo Kolla Tinkunaku (CIPKT)¹. Tiene como objetivo principal constituirse como una herramienta única de ejercicio de autodeterminación en búsqueda de la autonomía sobre sus territorios y recursos naturales, en cumplimiento del derecho indígena.

El Qullamarka es nuestra autoridad legítima, soberana y autónoma, es propuesta de vida global para los próximos 500 años de este sexto Pachacuti. Es nuestro instrumento político originario que propone y exige verdaderas políticas indígenas de, por y para las comunidades y pueblos.

En otras ocasiones ya hemos declarado que nosotros, los pueblos y comunidades de raíz quechua aymara, no estamos ajenos a la realidad que vivimos en nuestro país, en un

¹ Unión de Comunidades Aborígenes Victoreñas (UCAV): Santa Cruz, Lizoite, Mecoyita, La Huerta; Santa Victoria; Trigo Huayco, Pucara, Pucallpa, Mesón, Acoyte, El Puesto, Campo La Paz, San Felipe, Punto Vizcana, Vizcachani, Rodeo Pampa, La Soledad, Apacheta, Santa María, Chorro, Cañani, La Falda, La Ciénaga, Barrio Nuevo, San Juan de Minas, Río Grande, Pozo Bravo.

Asociación de Comunidades Aborígenes de Nazareno (OCAN): San Francisco de Tuctuca, Nazareno, Bacoya, Cuesta Azul, Molinos, San Marcos, Poscaya, Laguna, Mono Abra, Santa Cruz del Aguilar, San José del Aguilar, El Milagro, Campo La Cruz, Mono Abra, Campo Grande de Río Blanco, Río Blanquito, Kelloticar, San Isidro de Bacoya, Campo Grande de Bacoya, Paltorco.

Comunidad Indígena del Pueblo Kolla Tinkunaku (Orán): San Andrés, Río Blanquito; Los Naranjos, Angosto, Paraní, Santa Cruz, Santa María, La Junta.

Consejo Indígena Kolla de Iruya (CIKDI): Vizcarra, Campo Lujan, Abra Del Sauce y Rodeo Colorado, Valle Delgado (Matancillas, Las Trancas, Rodio), Finca el Potrero (San Juan, Chiyayoc, Las Capillas, San Isidro e Iruya); Pueblo Viejo, Colanzulí (Campo Carreras, Campo Trigal, Río Grande, Campo el Tapial y Abra Laite) Sala Esculla, Volcán Higuera, La Banda, Finca Corpus Ñioc (Rodio del Abra, Abra de Araguayoc, y Casa Grande); Tipayoc, Uchuyoc-Matancillas de San Antonio, San José; Santa Rosa y Arpero (Las Higuera, Quersillar, Oquesita y Arpero), Aguanita, Alisar del Porongal, Mesada Grande; Mesada Chica, San Pedro - Wayra Wasi.

Comunidades Indígenas de la Alta Cuenca del Río Lipeo (Los Toldos): Arazay, Lipeo y Baritú (Condado, La Misión, Abra de Toldos, San José, Faldeo).

contexto de globalización donde se habla de derechos humanos, de igualdad y equidad, de nuestros derechos a la tierra-territorio e identidad, de interculturalidad, que vemos como originarios de esta tierras, que hemos sabido guardar nuestra cosmovisión y cultura por milenios, que somos en pleno siglo XXI, marginados, ocultados, ignorados, negados, segregados y excluidos de las políticas de estado; con una justicia incapaz de resolver problemáticas indígenas e interculturales y con un Poder Legislativo desatento a las realidades de las naciones originarias. Hemos manifestado además la imperiosa necesidad de fortalecer el conocimiento y defensa de nuestros derechos, preservar nuestra identidad, nuestra cultura y cosmovisión como pueblo preexistente a través del respeto y nuestros principios de reciprocidad y complementariedad, de armonía y consenso.

Es por ello, que habiendo tomado conocimiento del tratamiento de un proyecto de reforma del Código Civil², y habiendo analizado en Asamblea en el último Qullamarkatinkunakuy realizado en la comunidad de Baritú durante los días 29 y 30 de Septiembre los artículos relacionados con derechos indígenas, creemos necesario manifestar nuestra posición al respecto a los integrantes de la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial, al resto de los legisladores, a las autoridades del Poder Ejecutivo y a la sociedad en general.

Ausencia de participación y consulta previa

La Constitución Argentina reconoce en su artículo 75 inciso 17 la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas. A su vez, y sobre la base anterior, reconoce y asegura a las comunidades indígenas el derecho a la *“participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que les afecten”*. Este derecho es reconocido y ampliamente desarrollado además en el Convenio 169 de la OIT ratificado por ley nacional N° 24.071 y por la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas e incorporado entre otras en leyes nacionales tales como la N° 26.160 de Emergencia de la Propiedad Comunitaria y la N° 26.331 de Ordenamiento Territorial de Bosques Nativos. Todas estas

² Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional de Reforma del Código Civil y Comercial Expediente N° 57/12, que reconoce como antecedente el Decreto N° 191/11 que dispuso la creación de una comisión especial para su redacción.

herramientas, constituyen un marco normativo fundamental aunque aún no haya sido plenamente internalizado por el Estado en el desarrollo de políticas públicas.

La participación indígena es el derecho que nos asiste como comunidades y pueblos indígenas a ser consultados de forma previa, libre e informada, a través de nuestras instituciones representativas y mecanismos apropiados, toda vez que se pretenda aprobar una medida legislativa o administrativa que nos afecte directamente. Se convierte así la participación en un instrumento esencial para las comunidades indígenas que funciona como una herramienta para proteger derechos fundamentales, preservar nuestra identidad cultural, nuestra forma de concebir el mundo y hasta nuestra propia supervivencia.

A su vez, la consulta indígena es el instrumento apropiado mediante el cual se procura preservar el ejercicio del derecho a la participación e incidir en los mecanismos de decisión públicos. Por su parte, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas introduce el concepto de consentimiento previo, libre e informado como forma y finalidad que debe acompañar todo el proceso.

Para profundizar sobre el asunto debemos señalar que para que un proceso de consulta sea válido conforme a los estándares internacionales debe ser:

- **Previo** a la creación de medidas legislativas o administrativas: realizarse con anterioridad a la adopción de la medida en cuestión.

- Realizarse **siempre** que dichas medidas sean susceptibles de afectarnos directa o indirectamente, no es una facultad discrecional de la autoridad administrativa.

- **Adecuado culturalmente**, es decir de una manera respetuosa de los mecanismos tradicionales de organización y toma de decisiones. Mediante procedimientos apropiados que atiendan los tiempos necesarios en cada caso particular, idiomas, mecanismos, formas. Para el análisis del procedimiento adecuado se debe actuar con respeto al Derecho Consuetudinario.

- Mediante **instituciones representativas**.

- Con **Buena Fe**: refiere a la ausencia de malicia, debe primar la lealtad y honestidad entre el Estado y los pueblos indígenas. El Estado deberá realizar esfuerzos para que el procedimiento se realice dentro de un contexto de confianza entre las partes, que propicie un diálogo fluido y sincero.

- Con **libertad**: la voluntad debe expresarse genuinamente, sin coerción, intimidación o manipulación.

- Presentando **información adecuada y veraz**: debemos contar con todo lo necesario para arribar a una decisión comunitaria, explicado de un modo sencillo y accesible, no solo respecto de las medidas sino de sus posibles consecuencias.

- Con **amplitud**: se debe permitir la plena expresión de las opiniones de los pueblos indígenas, garantizando la participación de todos los afectados.

- **Accesibilidad**: el Estado deberá garantizar los recursos presupuestarios y logísticos necesarios para permitir la plena participación.

Cada una de estas condiciones debe analizarse en función de una comunidad en particular y en relación a un caso concreto, ya que cada una posee diferente idiosincrasia, forma de organización y normas consuetudinarias acerca del proceso válido para la toma de decisiones comunitarias.

En relación al proceso llevado adelante para la reforma del Código Civil y Comercial denunciamos que no se ha respetado la obligación de participación y consulta previa ni se intentado siquiera alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades y pueblos indígenas. Hablamos en nombre de las comunidades integrantes del Qullamarka, pero entendemos que nuestras conclusiones pueden hacerse extensivas a otras comunidades y pueblos hermanos.

De ninguna manera puede entenderse que el proceso de audiencias públicas propiciado por la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial pueda asimilarse a la consulta indígena. Celebramos la generación de este mecanismo para facilitar la participación ciudadana, pero remarcamos que no puede equipararse a una consulta indígena por tratarse entre otros motivos de una única instancia de escucha (no diálogo), en la ciudad de Salta (a 600 km. de algunas de nuestras comunidades del Qullamarka) o en Buenos Aires, sin la provisión de medios económicos que faciliten la participación, en un recinto extraño, con obligación de inscripción días antes por Internet cuando en la mayoría de nuestras comunidades no se cuenta con ello, con la exigencia de presentar ponencias escritas cuando no es nuestra forma tradicional de expresar nuestra opinión, con límite de diez minutos por expositor, con tratamiento de los temas más diversos en una misma oportunidad, con difusión a través de mecanismos convencionales a los que no accedemos en nuestros territorios, con la obligación de estudio de un proyecto de carácter técnico, con más de 900 páginas sin traducción ni adecuación cultural. Ninguna de estas pautas tiene que ver con nuestros parámetros culturales propios para considerar que hemos participado de un proceso de consulta indígena obligatorio en

este caso por tratarse de una medida legislativa de carácter general que nos afecta directamente como pueblo originario.

Recordamos que conforme a los estándares internacionales que surgen de la interpretación armónica de la Constitución Nacional, el Convenio 169, la Declaración de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, **en caso de omisión de la consulta previa la medida de carácter legislativo aprobada será nula y que los funcionarios responsables de tal omisión son pasibles de sanciones administrativas y penales** que les correspondan por la realización o autorización dolosa de un acto nulo. **Y estamos dispuestos a llevar la cuestión a los estrados judiciales en caso de ser necesario.**

Sobre esta base, demandamos que previo a la aprobación del proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación se realice una consulta a todas las comunidades indígenas integrantes del Qullamarka de forma libre e informada, a través de nuestras instituciones representativas y mecanismos propios para alcanzar el consentimiento previo, libre e informado.

Sin perjuicio de ello, y sin renunciar a la exigencia de la consulta previa particular, alertados por la inclusión en el proyecto de artículos relacionados con nuestros derechos colectivos como pueblos indígenas, creemos necesario desde ya sentar algunas posturas en relación a estos puntos sensibles, al solo efecto de ser presentados de forma general ante la Audiencia Pública convocada, sin otro alcance, salvo el de dar a conocer nuestra posición a los legisladores, autoridades políticas y a la sociedad en general.

Pueblos Indígenas - Derechos Indígenas – Derechos Colectivos

(Título Preliminar, Capítulo 1, 3 y 4)

En 1994, la Convención Constituyente deroga el Art. 67, inc.15 de la Constitución Nacional e incorpora en su articulado, por unanimidad y por aclamación, los derechos de los pueblos indígenas. Conforme al nuevo articulado el inc. 17 del artículo 75 dispone:

“Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan; y

regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.”

Se reconocen así con el máximo nivel jerárquico normativo derechos colectivos a las comunidades y pueblos indígenas, verdadera manifestación de pluralismo jurídico. El reconocido constitucionalista Bidart Campos afirma que la igualdad debe ser entendida en un sentido amplio, pluralista y democrático, señalando que “*hay diferencias justas que deben tenerse en cuenta para no incurrir en el trato igual a los desiguales*”³.

En este mismo sentido Falaschi, Sánchez y Szulc señalan que reconocer a las comunidades indígenas significa que “*el Estado se compromete a considerar con valor jurídico a aquellas que acrediten su pertenencia a un grupo aborígen, como colectivos sociales a los que les caben derechos específicos en tanto pueblos originarios*”⁴.

Nótese que la misma reforma constitucional reconoce por primera vez la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Esta afirmación del máximo rango jurídico implica reconocer la existencia de las comunidades indígenas y sus instituciones con carácter previo al de cualquier otra entidad del Estado en todos sus niveles, lo cual trae aparejadas consecuencias jurídicas que lógicamente cuentan con el mismo nivel y eficacia.

Los pueblos originarios como colectivo hemos sido objeto de graves violaciones a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales por la mera condición de indígenas, además de la falta de reconocimiento hasta hace poco tiempo del carácter de sujeto colectivo portador de derechos particulares. La irrupción de los pueblos indígenas como sujetos de derechos quiebra el carácter estadocéntrico con el que el derecho internacional de los derechos humanos ha venido normando quiénes son sujetos colectivos.

En el Simposio Indolatinoamericano realizado en Oaxaca (México) en 1993 un disertante indígena iluminó sobre el asunto:

³ BIDART CAMPOS, Germán. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. Tomo I*. Buenos Aires: Editorial Edar, 2000, Página 384.

⁴ FALASCHI, Carlos; SÁNCHEZ, Fernando, SÁNCHEZ y SZULC Andrea. *Políticas Indigenistas en Neuquén: Pasado y Presente* en BRIONES, Claudia editora. *Cartografías Argentina*, Buenos Aires: Antropofagia, 2005, página 203.

“¿Por qué insistimos tanto en el hecho de que somos pueblos? De la misma manera que cuando hablamos de derechos humanos individuales hemos de remontarnos a la noción de individuo, el reconocimiento de que somos pueblos es para nosotros fundamental, pues constituye el punto de partida para que se admita que tenemos derechos colectivos. Individuos es a derechos individuales como pueblos es a derechos colectivos. Desde nuestro punto de vista, los indígenas obtenemos nuestra identidad en tanto somos miembros de una familia y de una comunidad, y nunca de una manera aislada, como individuos separados. Así pues, no es que para nosotros no existan derechos individuales ni que esto se contraponga a nuestros derechos colectivos. Lo que ocurre es que nuestros derechos y obligaciones individuales derivan de los derechos y obligaciones que tenemos por ser miembros de una comunidad”⁵.

Sobre esta base creemos que el Proyecto de Código Civil y Comercial adolece de graves falencias. En primer lugar omite hablar de “**Pueblos Indígenas**” siendo esta la categoría utilizada por la Constitución Nacional en su artículo 75 inciso 17 (“reconocer la preexistencia étnica y cultural de los **pueblos indígenas argentinos**”), el Convenio 169 de la OIT (“sobre **pueblos indígenas y tribales en países independientes**”) y la Declaración de los Derechos de los **Pueblos Indígenas** de las Naciones Unidas. Creemos que esta omisión debe salvarse y hacerse expresa referencia a nuestra condición de pueblos indígenas que hemos transitado y transitamos procesos históricos particulares, que somos sujetos de derechos, los cuales ejercemos a través de nuestras organizaciones comunitarias de distintos niveles en concordancia con la normativa vigente al respecto.

En segundo lugar, consideramos que el artículo 1º que habla de las fuentes de derecho debe necesariamente hacer mención a las **costumbres indígenas** y a nuestro **derecho consuetudinario como fuentes de derecho** y el **respeto por la autonomía indígena**, también en concordancia con lo dispuesto por la Constitución Nacional, el Convenio 169 de la OIT la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas.

⁵ Citado en POLLITZER, Germán. *Marco legal para las comunidades indígenas de Argentina*. Buenos Aires: Fundación Cruzada Patagónica, 2001, páginas 20 y 21.

En tercer lugar, en el Capítulo 3° Artículo 14 que menciona el reconocimiento de los derechos individuales, de los derechos individuales que pueden ser ejercidos mediante una acción colectiva y de los derechos de incidencia colectiva, creemos necesario incorporar a los **derechos colectivos de los pueblos y comunidades indígenas** como categoría particular por los motivos antes expuestos.

En cuarto lugar, en el Capítulo 4° Artículo 18 que presenta a los derechos indígenas, consideramos la fórmula del proyecto como violatoria y restrictiva de los parámetros constitucionales al considerar que solo las comunidades indígenas con personería jurídica reconocida tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de sus tierras y a participar en la gestión referida a sus recursos naturales como derechos de incidencia colectiva. Sobre este punto volveremos más adelante, no obstante adelantamos que deben respetarse las fórmulas jurídicas prescriptas por la Constitución Nacional en su artículo 75 inciso 17 que sobre la base del reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas reconoce el **derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras tradicionalmente ocupadas** y a la **participación en la gestión referida a los recursos naturales y demás intereses**, sin hacer ningún tipo de distinción entre comunidades con personería jurídica reconocida o no. Limitar el derecho a las comunidades indígenas con personería jurídica reconocido implica una restricción de índole inconstitucional.

Derecho al Nombre

(Libro Primero, Título I Capítulo 1° Artículo 63)

El artículo 63 del proyecto señala en las reglas concernientes al prenombre la posibilidad de inscribir nombres aborígenes o derivados de voces aborígenes autóctonas o latinoamericanas.

Consideramos como Qullamarka que la identidad individual se constituye en el marco de la identidad colectiva de la cultura a la que se pertenece, estando unida esencialmente a nuestros territorios y conformada por nuestras espiritualidades, idiomas, historias, valores, prácticas y tradiciones.

En este sentido coincidimos con las recomendaciones de los Pueblos Indígenas realizadas en la *“1° Conferencia Regional Latinoamericana sobre el Derecho a la Identidad y*

*Registro Universal de Nacimiento*⁶ y entendemos que los artículos específicos en relación al nombre deben señalar que **todo proceso de identificación, registro y documentación debe respetar y reafirmar la identidad individual y colectiva de la persona** y cuando se refieran a miembros de los pueblos indígenas estos procesos deben ser diseñados o reformados en consulta, plena participación y concertación con los miembros de los mismos pueblos. Asimismo resaltar que **todo proceso de identificación, registro y documentación de miembros de pueblos indígenas debe respetar la lengua, nombres y ortografía del respectivo pueblo.**

Personerías Jurídicas Indígenas

(Libro Primero, Título II Capítulo 1º Parte General, Sección Segunda Artículos 146 al 150)

Conforme al mandato de la Constitución Nacional en su artículo 75 inc. 17 corresponde al Estado la obligación de reconocer la Personería Jurídica de las Comunidades Indígenas. Por su parte, la Constitución de la Provincia de Salta, reformada en el año 1998, reconoce en su artículo 15 la personalidad de las Comunidades de los Pueblos Indígenas y de sus organizaciones a efectos de obtener la Personería Jurídica y la legitimación para actuar en las instancias administrativas y judiciales e instituye la obligación de crear al efecto un registro especial. Ambas normativas reconocen a las Comunidades Indígenas como sujetos colectivos con capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones.

El sistema de registro oficial se constituye así como una herramienta a favor de los Pueblos Originarios a fin de facilitar el efectivo cumplimiento de sus derechos comunitarios y fortalecer su organización interna.

Durante los últimos años las Comunidades Indígenas advirtieron la importancia de contar con el instrumento legal que las acredite oficialmente como tales y solicitaron el reconocimiento de sus respectivas Personerías Jurídicas.

Con las reformas en el marco normativo, tanto el Estado Nacional (a través del Registro del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas) como el Estado de la Provincia de Salta (por medio de la Dirección de Personas Jurídicas) posibilitaron a las Comunidades obtener su

⁶ Asunción, Paraguay, 28 al 30 de Agosto.

reconocimiento legal, generando mecanismos para tal fin en ambas jurisdicciones. Esto ocasionó en la práctica una serie de inconvenientes y confusiones que precisan ser remediadas cuanto antes: Comunidades con dos títulos de personería jurídica (o más), enfrentamientos entre “personerías nacionales” y “personerías provinciales”, duplicidad de beneficios respecto de una misma comunidad (por ejemplo proyectos, subsidios, etc.), desconocimiento por parte de una comunidad de acciones encaradas en beneficio de su totalidad, posibilidad de cometer fraudes y estafas en perjuicio de terceros, etc. A ello debe sumarse, en un contexto general, que numerosas comunidades se encuentran inscriptas bajo formas asociativas civiles tales como centros vecinales o asociaciones.

Esta situación viene siendo denunciada por el Qullamarka y sus comunidades desde el 2003, remarcando permanentemente la necesidad de normalización, hasta tal punto que fue tema central de los petitorios presentados ante el Gobierno Provincial en las “1º, 2º y 3º Jornadas de Movilización y Protesta del Pueblo Kolla de la Provincia de Salta” realizadas en los meses de Abril de 2006, 2007 y 2008, respectivamente. Adicionalmente, en el año 2008 se presentó el “Informe sobre la Situación de Personerías Jurídicas en la Provincia de Salta” a los Gobiernos Nacional y Provincial y se ha participado activamente para la redacción de un convenio entre ambos en miras a alcanzar su regularización, el cual nunca entró en vigor.

Resulta forzoso, entonces, avocarse al problema de las Personerías Jurídicas Indígenas y encarar el proceso necesario para arribar a una solución definitiva.

Consideramos que una Comunidad Indígena es un sujeto colectivo, una unidad sociopolítica con una identidad especial y características singulares que las diferencian de cualquier otra forma asociativa reconocida por la normativa civil hasta el momento.

Tanto la Constitución Nacional como la Provincial reconocen la Personería Jurídica de las Comunidades Indígenas, siendo éste el único caso en el que se realiza un reconocimiento con tales características a nivel constitucional. Bidart Campos señala que “*se trata de admitir la organización de las comunidades aborígenes como sujetos de derecho, pero respetando la peculiaridad asociativa que les viene dada por su índole indigenista*”⁷.

La posibilidad de contar con una Personería Jurídica en las Comunidades Indígenas representa el ser reconocido como un sujeto de derecho, como una entidad colectiva susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones como tal y no solamente como personas físicas

⁷ Bidart Campos, Germán. Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino Tomo VI, Editorial Ediar, Bs. As., 1995, Página 373.

individualmente consideradas. En el contexto singular de nuestra lucha histórica como Pueblos Originarios representa, junto con el derecho a la participación, una herramienta indispensable para hacer efectivo el cumplimiento de los derechos comunitarios⁸.

La Ley 23.302 establece que para que una Comunidad Indígena pueda ser reconocida como Persona Jurídica debe crear formas de asociación civil, mutualidades y otras formas de asociación contempladas en la legislación vigente. Sin embargo, el nuevo mandato constitucional elimina esta obligación, reconociendo la Personería Jurídica a las Comunidades Indígenas respetando su particularidad, sin necesidad de adoptar una forma extraña.

Estos principios deben ser interpretados en consonancia con el reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los Pueblos Indígenas y el respeto por nuestra identidad, lo cual echa por tierra cualquier intento de asimilar la personería jurídica indígena con formas asociativas civiles o comerciales ajenas a nuestra idiosincrasia, mecanismos de representación y toma de decisiones.

En cuanto a la naturaleza jurídica, luego del reconocimiento constitucional expreso, no caben dudas que nos encontramos ante **Personas Jurídicas de Derecho Público No Estatal**⁹. De tal manera, las Comunidades Indígenas no requieren el dictado de una norma para constituirse ni funcionar como tales. El reconocimiento estatal funciona como una declaración en virtud de la cual toma conocimiento de una situación de un hecho ya existente.

También aquí como Qullamarka encontramos serias falencias en el proyecto de Código Civil y Comercial, las cuales enunciaremos a continuación.

En primer lugar, el artículo 146 que enumera las personas jurídicas de carácter público debe **incluir a los pueblos y a las comunidades indígenas**, de conformidad con el mandato constitucional y sobre la base del reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural. En su caso, hacer la salvedad que su carácter es de **personas jurídicas de derecho público no estatal**.

⁸ Ver: - Altabe, Ricardo, Braunstein, José y González, Jorge Abel. "Derechos Indígenas en la Argentina". ENDEPA, Resistencia, 1997.

- Bidart Campos, Germán. "Los Derechos de los Pueblos Indígenas Argentinos", La Ley, T.1996-B.

- Hualpa, Eduardo Raúl. "Sin Despojos. Derecho a la Participación Mapuche - Tehuelche", ENDEPA, Resistencia, 2003.

- Quiroga Lavié, Humberto, Benedetti, Miguel Ángel y Cenicacelaya, María de las Nieves. "Derecho Constitucional Argentino". Tomo I, Editorial Rubinzal Calzón, Santa Fe, 2001.

⁹ Ver: - Carrasco, Morita. "Los Derechos de los Pueblos Indígenas en Argentina", IWGIA, Buenos Aires, 2000.

- Segovia, Gonzalo y Segovia Juan Fernando. "La Protección de los Indígenas", en Derecho Constitucional de la Reforma de 1994, Tomo I, Pérez Guilhou, Seisdedos y otros, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1995.

En consecuencia, excluirlas del artículo 148 que enumera las personas jurídicas de derecho privado por no adecuarse a su peculiaridad asociativa.

A los argumentos ya esgrimidos debemos sumar que personas jurídicas de derecho público no estatal es la definición que ha dado previamente a los pueblos originarios el propio Congreso de la Nación en la Ley N° 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual en su artículo 23. Sería un retroceso notorio y una incongruencia jurídica el cambio de calificación en una nueva ley.

En segundo lugar debería constar que en virtud del reconocimiento de preexistencia étnica y cultural realizado por la Constitución Nacional y Provincial **el reconocimiento estatal funciona como una declaración** en virtud de la cual toma conocimiento de una situación de un hecho ya existente. Por tal motivo una comunidad indígena no requiere de reconocimiento estatal a través de una resolución administrativa o ley para funcionar como tal ni para ejercer sus derechos.

En tercer lugar, el artículo 147 que trata sobre la ley aplicable de las personerías jurídicas de carácter público debe referir que, en virtud del principio de **autodeterminación** y el respeto por la integridad de los valores, prácticas e instituciones propias, las comunidades y pueblos indígenas, tienen derecho a la **autonomía** y al **autogobierno** en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas, rigiéndose para tales fines por sus pautas tradicionales y normas.

Derecho a la Tierra-Territorios

(Libro Cuarto, Título I Capítulo 1° Artículos 1887 y 1891; Título I Capítulo II Artículos 1892 y 1893, Título II Capítulo 1° Artículos 1909 y 1919; Título V Artículo 2028 a 2036)

La relación con la tierra es fundamental para la supervivencia y desarrollo de los pueblos indígenas en cuanto nos garantice el acceso, control y aprovechamiento de los recursos naturales. Se ha repetido hasta el cansancio que lejos de la concepción individualista de las sociedades occidentales, las comunidades indígenas mantenemos una relación íntima con la Madre Tierra, sosteniendo desde nuestra cosmovisión que es el hombre quien pertenece a la tierra y no a la inversa. Debe entenderse que todo el entramado social comunitario se asienta sobre esta particular cosmovisión y que la propiedad sobre la tierra no tiende a asegurar medios

de producción o acumular bienes sino a garantizar su propia existencia como comunidad con identidad diferenciada.

Es decir que existe una relación inescindible entre tierras-territorios indígenas y cultura, debiendo ésta mantenerse de modo armónico para preservar las relaciones sociales, espirituales y económicas de las comunidades indígenas. Para mayor claridad recordamos lo dicho en el Acta Resolutiva del VI Qullamarkatinkunakuy¹⁰:

“Que reivindicamos nuestro territorio ancestral indígena entendido como el espacio que comprende no solamente la suma de lo entendido como recursos sino los elementos físicos, espirituales y culturales que nos permite practicar desde tiempos milenarios nuestra cultura como Pueblo Kolla. Es un todo en el que la vida se basa en el derecho cósmico donde la integridad, la reciprocidad y la complementariedad no permiten separar o dividir las partes o componentes integrantes”.

En ocasión de tratarse el Ordenamiento Territorial de Bosques Nativos también dejamos clara nuestra posición:

“En cambio para nosotros el monte no es un valor económico, no es un ‘recurso’ a explotar, es nuestro bosque sagrado, nuestra Pachamama también, nuestra madre, donde habitan nuestras plantas deidad (plantas medicinales) que nos curan, al monte no se va por ir nomás, tiene su tiempo de ir, no se recoge una planta medicinal o un palo en cualquier tiempo, así como el monte nos cría, nosotros lo criamos también, hay como en todo y con todo en nuestra cultura una relación de profundo respeto, cariño y reciprocidad. Esta forma de relacionarnos ha hecho posible que nuestro bosque este desde siempre ‘ordenado’, o desordenado pero vivo y en constante regeneración y es lo que queremos preservar, pero esto es posible sólo si sigue nuestra cultura, nuestra forma ancestral de ver, de sentir, de estar en el mundo, si sigue viva la cultura que cría la diversidad, sin tener a quién criar y quien lo críe, el monte solito se va a ir quedando y solito se va a ir yendo. Esto es lo que intentamos que se refuerce: nuestros saberes ancestrales de crianza del monte, los

¹⁰ Realizado en el Ayllu de Río Blanquito, Comunidad Indígena del Pueblo Kolla Tinkunaku, Departamento de Orán, Provincia de Salta, 13 de Julio de 2008.

saberes ancestrales de crianza de la vida y hacia eso queremos orientar nuestros esfuerzos, nuestra política y por ende los proyectos que puedan venir.”¹¹

Con esto queremos ejemplificar cual es nuestra relación con la Pachamama - Madre Tierra. En atención a esto entendemos que no es suficiente con reconocer y respetar a los pueblos originarios el derecho a la tierra sino también al territorio entendido éste como el espacio “*en el cual los pueblos indígenas pueden organizar su vida, garantizar la permanencia de su cultura, de sus valores, de su organización y de su subsistencia*”¹², en un “*condensador simbólico de la unidad social, política y cultural del grupo*”¹³.

El Convenio 169 de la OIT recoge esta concepción prescribiendo que el territorio indígena “*abarca la totalidad del hábitat que los pueblos originarios ocupan o utilizan de alguna otra manera*”¹⁴. En el mismo sentido, y completando la definición, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas prescribe que “*los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma*”¹⁵.

La Corte Interamericana ha señalado acertadamente en el conocido caso “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra el Estado de Nicaragua” que:

“...Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su continuidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; 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 supervivencia económica. Para las comunidades

¹¹ Extracto de nota al Ministro de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Provincia de Salta. Qullamarka, 5 de noviembre de 2008.

¹² López, José L. 2005. *Derechos de los Pueblos Indígenas*. Cochabamba, Bolivia: Centro de Culturas Originarias Kawsay, página 159.

¹³ CARRASCO, Morita. Los Derechos de los Pueblos Indígenas en Argentina. Buenos Aires: IWGIA, 2000, pág. 3.

¹⁴ Artículo 13 Convenio 169.

¹⁵ Artículo 26 Inciso 2º, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

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 las generaciones futuras”¹⁶.

Del mismo modo ha fallado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 2008 al reconocer que el derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas

“debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, derechos consuetudinarios, su vestimenta, filosofía y valores”¹⁷

Señalamos además que el reconocimiento constitucional de posesión y propiedad comunitarias sobre las tierras (y territorios) tradicionalmente ocupadas por las comunidades indígenas es de naturaleza operativa, actúa sobre la realidad y es necesario instrumentar los mecanismos adecuados para formalizar su reconocimiento a título declarativo. La fundamentación del Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 700/201 clarifica el asunto:

“Que cuando el derecho emplea el verbo ‘reconocer’ alude a realidades ya existentes, no creadas, sino sólo declaradas por el sistema jurídico, el cual las pone de manifiesto y/o las registra, a fin de formalizar los efectos jurídicos que produce su existencia.

Que las propuestas de los convencionales constituyentes de 1994 que precedieron a la votación unánime de la cláusula del artículo 75 inciso 17, no dejan lugar a dudas sobre su naturaleza operativa y no meramente programática.”

Por estos motivos rechazamos el tratamiento de la posesión y propiedad comunitaria en el Código Civil, entendemos que las relaciones entre nuestras comunidades y pueblos con la

¹⁶ Sentencia del 31 de Agosto de 2001.

¹⁷ CSJN, “Comunidad Indígena Eben Ezer c/ provincia de Salta – Ministerio de empleo y la producción s/ amparo” del 30 de septiembre de 2008, C.2124. XLI, p.4.

tierra excede de las normativas civiles del derecho privado, todo el marco legal y técnico está sustentado desde una cosmovisión muy distinta a la nuestra y a la cual le es muy difícil ver o vivenciar otras formas de relacionarse con la naturaleza. Creemos que **la propiedad comunitaria indígena es un derecho real autónomo**, con una lógica particular definida por la especial relación de los pueblos originarios con la tierra y **ajena a la concepción privatista propia del derecho civil**. Nos encontramos ante un instituto jurídico con rasgos propios con una estructura particular cuya fuente es la Constitución Nacional. Su régimen es de orden público con preceptos imperativos a los que deben someterse tanto las comunidades como todas las otras personas¹⁸.

Por ende, su tratamiento, de ser necesario, debería estar dado por una ley especial¹⁹ y no ser incluía en el Código Civil dentro del cual se encuentra encorsetada y sin respetar su verdadera esencia. En dicha ocasión sería oportuno sancionar la ley que verdaderamente necesitamos como pueblos indígenas en relación a este asunto y que tiene que ver con la creación de un mecanismo para la instrumentación de la propiedad comunitaria indígena, ya que la Ley N° 26.160-26.544 suspende los desalojos, ordena un relevamiento técnico-jurídico-catastral pero no titulariza los territorios a favor de las comunidades indígenas.

No obstante, haremos también aquí una crítica discriminada en función de cada artículo del Proyecto para fundar nuestra posición.

En primer lugar reiteramos que la **propiedad comunitaria tienen un carácter especial dado por la naturaleza de la relación de los pueblos indígenas con la tierra**, la cual ha sido reconocida por el convencional constituyente en el artículo 75 inciso 17, dotando de características particular ya que prescribe que no serán enajenables, transmisibles ni susceptibles de gravámenes o embargos. Por esta razón **propiedad comunitaria están fuera del comercio** y tiene un contenido que excede lo meramente económico, en contraposición a la lógica de los derechos reales del Código Civil que recaen sobre cosas que están en el comercio y como tales tienen un contenido meramente patrimonial.

¹⁸ Alterini, Jorge y otros. Propiedad Indígena. Buenos Aires: EDUCA, 2005, página 154.

Ver también en la propuesta de la Comisión de Análisis e Instrumentación de la Propiedad Comunitaria Indígena creada en virtud del Decreto Nacional 700/2010 el concepto de la propiedad comunitaria indígena, “*es un derecho real autónomo, de carácter colectivo, de fuente constitucional y cuyo régimen es de orden público. Es inembargable, insusceptible de gravámenes, inenajenable, intrasmisible e imprescriptible*”.

¹⁹ Como por ejemplo en Bolivia, Colombia, Venezuela, Nicaragua, Honduras y Panamá.

En segundo lugar, señalamos que **también la posesión comunitaria indígena tiene fuente constitucional** y como tal es diferente de la posesión regulada por el Código Civil. Consideramos que todo tratamiento de la posesión comunitaria indígena por su especificidad debe darse en conjunto con la propiedad comunitaria indígena tal como lo hace la Constitución Nacional, por estar una inescindiblemente unida a la otra.

En tercer lugar, dada la fuente constitucional de **la posesión y propiedad comunitaria indígena son oponibles a cualquier tercero**, es decir erga omnes. El sólo reconocimiento constitucional de posesión y propiedad comunitaria confiere a la comunidad indígena el derecho de persecución y el derecho de preferencia, en ambos casos oponibles a terceros sin necesidad de inscripción en registro alguno. En otras palabras, los territorios poseídos ancestralmente por pueblos y comunidades indígenas no requerirán de inscripción registral para su oponibilidad a terceros. Es otra diferencia con el dominio individual que para ser oponible debe tener publicidad suficiente a través de operaciones concertadas en instrumentos públicos e inscripción en los registros públicos. Rechazamos como Qullamarka cualquier intento de sostener la inoponibilidad de la posesión o propiedad comunitaria a terceros tal como lo sostiene el Proyecto.

En quinto lugar rechazamos la definición de propiedad comunitaria indígena dada por el Proyecto en su artículo 2028. Como dijimos más arriba consideramos que estamos ante un derecho real autónomo con fuente constitucional que se ejerce sobre las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas, **sin realizar distingos sobre la condición de ruralidad o urbanidad de los territorios** en cuestión. Maliciosamente el Proyecto restringe la posibilidad a los inmuebles rurales, excluyendo de tal derecho a las comunidades que ocupan tierras en zonas urbanas. Esta restricción es abiertamente inconstitucional y desde el Qullamarka **defendemos el derecho a la propiedad comunitaria indígena de toda comunidad sobre todos los territorios que tradicionalmente ocupan, como así también el derecho a la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano, en consonancia con el mandato constitucional.**

En sexto lugar y por motivos antes expuestos, rechazamos el artículo 2029 del Proyecto que señala que el titular del derecho de propiedad es la comunidad indígena registrada como persona jurídica. Como dijimos el reconocimiento de personería jurídica de las comunidades indígenas tiene carácter declarativo, a través de un instrumento oficial se reconoce un hecho anterior, la comunidad preexiste a la inscripción. Como tal **el reconocimiento y la garantía de la posesión y propiedad comunitaria indígena corresponde a todas las comunidades**

indígenas, sea que se encuentren registradas en el Registro Nacional de Personerías Jurídicas, sea que se encuentren registradas en los organismos provinciales o bien sea que aún no cuentan con reconocimiento oficial. La Ley Nacional N° 26.160 (prorrogada por Ley Nacional N° 26.554 actualmente en vigor) que en primer lugar declara la emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país y en segundo suspende por el plazo de la emergencia la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos, cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las mismas, refiere a las comunidades indígenas originarias sin ningún tipo de distingo tal como lo demanda la Constitución Nacional, prescribiendo que sus disposiciones abarcan tanto a las que tienen personería jurídica inscrita en el RENACI, como aquellas que se encuentran inscritas en algún organismo provincial, como así también a “aquellas preexistentes”²⁰, es decir aquellas que aún no cuentan con reconocimiento oficial, pero sí cumplen con todos los requisitos para ser consideradas como un sujeto diferenciado de peculiaridad asociativa de índole indígena tal como planteáramos anteriormente. **La exigencia de inscripción registral de personería jurídica indígena para gozar del derecho a la posesión y propiedad comunitaria indígena es inconstitucional.**

En séptimo lugar, rechazamos el artículo 2030 del Proyecto que propone en relación la representación legal de la comunidad indígena que la misma debe adecuarse a lo dispuesto por la Constitución Nacional, pero también a regulaciones sobre personas jurídicas y disposiciones que establecen los organismos especializados de la administración nacional en asuntos indígenas. Este artículo avanza inconstitucionalmente sobre la vida interna de las comunidades, las cuales **en virtud del principio de autodeterminación tienen derecho a la autonomía y al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y por tanto a decidir su propia forma de organización y representación sin injerencia del Estado.**

En octavo lugar, rechazamos el artículo 2031 del Proyecto que alude a los modos de constitución de la propiedad comunitaria indígena por cuanto omite la fuente principal de la posesión y propiedad comunitaria indígena, es decir la Constitución Nacional la cual hace las veces de ley declarativa de los derechos de las comunidades indígenas porque a los pueblos indígenas argentinos se les reconoce como titulares preexistentes de las tierras. **El**

²⁰ Artículo 1 Ley 26.160.

reconocimiento constitucional de la titularidad de la propiedad comunitaria se efectúa con retroactividad al inicio de la posesión ancestral²¹.

En noveno lugar, rechazamos el artículo 2032 que pretende encorsetar a la propiedad comunitaria dentro de los cánones del derecho civil señalando como caracteres que es exclusiva y perpetua. Creemos que no hay motivos para inventar nuevos caracteres legales y que **deben respetarse las fórmulas ya consagradas en la Constitución Nacional cuando luego de reconocer los derechos a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y regula la entrega de otras tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano prescribe que ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos.**

En decimo lugar, rechazamos el artículo 2033 que señala que la propiedad indígena puede ser gravada con derechos reales de disfrute siempre que no la vacíen de contenido y no impidan el desarrollo económico, social y cultural, como tampoco el goce del hábitat por parte de la comunidad conforme a sus usos y costumbres. Consideramos que este artículo desnaturaliza la esencia de la posesión y propiedad comunitaria indígena y es abiertamente inconstitucional por cuanto la Constitución Nacional expresamente dispone que **la posesión y propiedad comunitaria no son susceptibles de gravámenes.**

En undécimo lugar, rechazamos el artículo 2035 del Proyecto que señala que el aprovechamiento de los recursos naturales por parte del Estado o de particulares con incidencia en los hábitats indígenas está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas. También aquí se desnaturaliza el derecho a la participación y consulta indígena, se introduce la idea de previa información lo cual es sumamente escaso en alcance en comparación con los estándares internacionales tal como indicáramos con anterioridad y se omite la obligatoriedad del consentimiento previo, libre e informado. La Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos de los Pueblos Indígenas incorpora a nivel internacional el derecho al consentimiento previo libre e informado imponiendo al Estado la **obligación de celebrar consultas y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos,**

²¹ Alterini, Jorge y otros. Propiedad Indígena. Buenos Aires: EDUCA, 2005, página 161.

particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

Conclusiones

Por todo lo antes expresado el Qullamarka, Coordinadora de Organizaciones y Comunidades Kollas Autónomas de la Provincia de Salta, manifiesta su disconformidad con el contenido del Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial en relación al Derecho Indígena y con el modo en que se está llevando adelante el debate público por no respetar los estándares internacionales mínimos referidos a la participación, consulta y consentimiento previo libre e informado garantizado a los pueblos indígenas. En particular se objeta la falta de participación y consulta a las comunidades y organizaciones indígenas del Qullamarka. Este derecho que nos asiste a ser consultados de forma previa, libre e informada, a través de nuestras instituciones representativas y mecanismos apropiados, toda vez que se pretenda aprobar una medida legislativa que nos afecte directamente y que ha sido reconocido expresamente por la Constitución Nacional en su artículo 75 inciso 17, por el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas de la ONU, ha sido abiertamente violado. Denunciamos que cualquier modificación que se realice y que afecte derechos indígenas será pasible de ser declarada nula por falta de consulta previa en los términos mencionados.

Sin perjuicio de lo anterior y sin renunciar a la exigencia de la consulta previa particular, rechazamos en el Proyecto en estudio la omisión de reconocimiento de nuestros pueblos indígenas como sujetos de derechos colectivos, el difuso reconocimiento de nuestros derechos colectivos y normas consuetudinarias, la conceptualización de nuestras personerías jurídicas como personas jurídicas de derecho privado y el tratamiento privatista propio de las relaciones civiles dado a la posesión y propiedad comunitaria.

Qullamarka, 06 de Noviembre de 2012