

La propiedad comunitaria indígena. Algunos aspectos histórico-jurídicos.

por

Juan Bautista Fos Medina

1. Antecedentes normativos recientes. Reforma constitucional de 1994.

La legislación de Indias fue sumamente protectora de los indígenas por más que en muchos casos, como es humano, el derecho escrito no detuviera los excesos de españoles inhumanos. Pero ciertamente que la ley, por su carácter ejemplar, pedagógico y coactivo fue de gran utilidad a ese efecto. En este sentido se ha visto en la historia de la América Española la ejecución de altísimas autoridades debido a la violación al mandato regio de proteger a los nativos.

La cuestión indígena estuvo siempre presente en la legislación aplicable a nuestro suelo desde los tiempos del Descubrimiento y fundamentalmente a partir del Testamento de Isabel la Católica, cuyas disposiciones de última voluntad encabezan la Recopilación de las Leyes de Indias de 1680 y donde la reina de Castilla mandaba cumplir el encargo pontificio.¹

La preocupación de la Corona española por los indios se plasmó en un libro entero de la Recopilación de las leyes de Indias de 1680, concretamente el número sexto, con instituciones e instancias creadas especialmente para defender y civilizar al indígena. Esta voluntad real se trasladó a la vida cotidiana a través de figuras como el Protector de naturales, los doctrineros, los buenos encomenderos obligados a instruir y enseñar la fe católica a los

¹ Como es sabido, la recopilación de las Leyes de Indias recogen desde sus primeras páginas el Testamento de la católica reina de Castilla, donde entre sus disposiciones de última voluntad pedía encarecidamente a sus sucesores dar un buen trato a los indios y convertirlos al catolicismo porque, desde que tomó conocimiento del Descubrimiento, dio por bien hecho todo tipo de gastos por más que en el Nuevo Mundo no hubiera más peñascos y arena si había almas por salvar.

indígenas encomendados y los administradores de justicia, cuyos más altos tribunales se reservaron para juzgar, a veces muy severamente, las causas de indios.

El viejo artículo 67 inciso 15 de la Constitución de 1853, eliminado por la reforma constitucional argentina de 1994, recogía precisamente esos antecedentes del Derecho Indiano cuando prescribía promover la conversión de los indios al catolicismo.

Se advierte pues, que la cuestión indígena, su protección y condición jurídica es una vieja cuestión, pero que aparece con rasgos novedosos a partir de la reforma constitucional de 1994.

En este sentido, con esta última reforma se alteró el régimen jurídico y la política indígena mediante la introducción de un derecho nuevo entre las atribuciones del Congreso de la Nación, en el actual artículo 75 inciso 17, el cual quedó redactado de la siguiente manera:

“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 comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, trasmisible 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”.*²

Más allá del error metodológico de incluir un nuevo derecho en la parte orgánica de la Constitución donde se tratan las atribuciones de las autoridades de la Nación, fenómeno que ha sido calificado por el constitucionalista Néstor Pedro Sagües de “contrabando normativo”, estaba prohibido por la Ley de convocatoria N° 24.309

² *Constitución de la Nación Argentina*. Sancionada por el Soberano Congreso General Constituyente el 1 de mayo de 1853, reformada y concordada por la Convención Nacional el 25 de setiembre de 1860; con las reformas sancionadas por las convenciones nacionales de 1866, 1898, 1957 y 1994. Reseña de documentos históricos. Tratados internacionales. Legislación complementaria. Prólogo del Dr. Dardo Pérez Guilhou. 23ª. Edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1999. Pág. 66.

en el artículo 7 “introducir modificación alguna a las declaraciones, derechos y garantías contenidos en el capítulo único de la primera parte de la Constitución Nacional”.³

Sin perjuicio del defecto legal aludido, es preciso reconocer que el novel artículo 75, inciso 17 tenía como antecedentes más inmediatos, descontando alguna normativa nacional dispersa, una legislación internacional que nuestro país receptó. En primer término el Convenio 50 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1936 “Sobre reglamentación de ciertos sistemas particulares de reclutamiento de los trabajadores indígenas”, ratificado por la República Argentina mediante la ley 13.560 del 9 de Septiembre de 1949 (aunque no refiere al régimen de la tierra). Luego el Convenio 107 de la OIT sobre “Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas, Tribuales y Semitribuales en los países independientes”, suscripto en Ginebra en 1957 y ratificado por la Argentina mediante la Ley 14.932 del 29 de diciembre de 1959.

Según señalan destacados civilistas, este Convenio tuvo vigencia hasta la entrada en vigor de un convenio modificatorio, el Convenio 169 de la OIT, que comienza a tener vigencia en nuestro país el 3 de Julio de 2001, o sea, con posterioridad a la enmienda constitucional de 1994.⁴ Existe una gran similitud en el texto del artículo constitucional referido y el artículo 14 del Convenio 169.

La cuestión de la soberanía legislativa es un tema pendiente a analizar para determinar hasta qué punto nuestro país se ha visto sustraído a las normativas dictadas por los organismos internacionales.

Finalmente, con anterioridad a la Reforma de 1994 encontramos la ley 23.302 sobre “Política Indígena y apoyo a las comunidades aborígenes”, publicada el 12 de Noviembre de 1985, que se basó en un proyecto del entonces Senador Nacional Fernando De la Rúa, que fue “*la primera regulación orgánica en el país de la problemática aborigen y reflejó nítidamente la influencia de la*

³ Díaz Araujo, Enrique. *Propiedad indígena. Glosas críticas*. 1ª. Ed. La Plata. Editorial UCALP. Universidad Católica de La Plata. 2009. Colección “Al quite”. Pág. 20.

⁴ Alterni, Jorge Horacio; Corna, Pablo María; Vázquez Gabriela Alejandra. *Propiedad indígena*. Editorial de la Universidad Católica Argentina. EDUCA. Buenos Aires, Julio de 2005. Pág. 72.

*Convención de la OIT N° 107”.*⁵ Como se ha afirmado, “probablemente esta ley se enrole más en la tesis de la asimilación del indígena que caracterizara al Convenio 107, que en la consagración de la diversidad cultural a la que tiende el Convenio 169”.⁶

Con posterioridad a la “nueva” Constitución de 1994, se produjo una reforma de la ley 23.302 por la ley 25.799 referida a los Planes de Vivienda que introdujo el artículo 23 bis en la ley de De la Rúa y promueve la conservación de la cultura e inserción socioeconómica de comunidades aborígenes, su desarrollo cultural y el fomento de la autogestión comunitaria. Con este artículo “se fortalece el criterio de respeto a la identidad indígena y de la preservación de su cultura”.⁷

El Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, fue adoptado el 27 de Junio de 1989 por la Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo N° 76, realizada en Ginebra, que entró en vigencia a nivel internacional el 5 de Septiembre de 1991, el cual rige en la República Argentina desde el 3 de Julio de 2001 y, según algunos autores, con jerarquía superior a las leyes (artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional), porque consideran que los Convenios celebrados en el marco de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) tienen naturaleza de tratados internacionales.⁸

El espíritu del Convenio N° 169 de la OIT, que integra el derecho positivo argentino, claramente está orientado a la perdurabilidad de los pueblos indígenas y ha ido más allá que el Convenio anterior, el documento N° 107 emanado del mismo organismo, que ya señalaba con anterioridad que “el marco legal

⁵ *Ibidem*, pág. 82. El artículo 1° de la ley 23.302 enuncia entre sus objetivos lo siguiente: “Declarase de interés nacional la atención y apoyo a los aborígenes y a las comunidades indígenas existentes en el país, y su defensa y desarrollo para su plena participación en el proceso socioeconómico y cultural de la Nación, respetando sus propios valores y modalidades. A ese fin, se implementarán planes que permitan su acceso a la propiedad de la tierra y el fomento de su producción agropecuaria, forestal, minera, industrial o artesanal en cualquiera de sus especializaciones, la preservación de sus pautas culturales en los planes de enseñanza y la protección de la salud de sus integrantes”.

⁶ *Ibidem*, pág. 84.

⁷ *Ibidem*, págs. 94/5.

⁸ *Ibidem*, pág. 96.

*no brinda a las comunidades nativas la seguridad efectiva y la estabilidad jurídica de sus tierras”.*⁹

El Convenio 169 ha producido un giro en la política aborígen ya que, en lugar de incentivar la integración de las comunidades indígenas a la Nación Argentina, como alienta el Convenio 107, aquél propicia la pluralidad cultural y la permanencia de las sociedades indígenas; y esto último no sólo surge de dicho Convenio sino también en el texto vigente de la Constitución en su artículo 75 inciso 17, donde se declara el reconocimiento de dichas comunidades como pueblos originarios y preexistentes y su diversidad cultural y, a través de ella a la procuración de la prevención de la discriminación.

Esta nueva posición exige un cambio cultural y un trato diferente y preferencial del Estado Argentino hacia estos “pueblos”, postergando los derechos de los restantes ciudadanos. Como comentario cabe apuntarse que nuestra Constitución no declara cual sea el idioma nacional como si lo declaran las constituciones de otros países hispanoamericanos.

Además, mediante el Convenio 169 y el texto del art. 75, inc. 17 se ha sustituido los términos comunidades o poblaciones por el término pueblos, siendo precisamente la utilización de la palabra “pueblos” la que puede connotar el concepto de soberanía y abrigar la posibilidad que exista un pueblo dentro de otro o, dicho de otra forma, una nación dentro de otra, lo que podría constituir el camino hacia una eventual secesión.

Veamos el texto del Preámbulo del Convenio 169 que dice así: *“las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven (...) En muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes,*

⁹ Alterni, Jorge Horacio; Corna, Pablo María; Vázquez Gabriela Alejandra. *Propiedad indígena*. Editorial de la Universidad Católica Argentina. EDUCA. Buenos Aires, Julio de 2005.

valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión”.¹⁰

Según Enrique Díaz Araujo, el actual reclamo indígena consiste en la entrega de quince millones de hectáreas, superficie que representa la mitad de la provincia de Buenos Aires.¹¹

Resulta interesante destacar cómo los grandes países desarrollados y anglosajones (EE.UU., Canadá, Australia, etc. con población indígena) no han ratificado los Convenios de la OIT números 107 y 169 así como tampoco países europeos (salvo Bélgica el 107 y Dinamarca, Noruega y los Países Bajos el 169, que ignoramos qué vinculación pueden guardar con pueblos aborígenes).

Con la situación descripta estamos lejos de aquél mandato constitucional que recaía entre las atribuciones y deberes del

¹⁰ Según señala Rafael Bielsa el concepto de pueblo es un concepto político mientras que el concepto de población es administrativo y geográfico. Por eso, como afirma Arturo Bronstein, la sustitución del término poblaciones por pueblos importa y “*es mucho más que un cambio de lenguaje ... Para los grupos indígenas el término poblaciones posee connotaciones peyorativas, o cuando menos restrictivas pues expresa la idea de un conglomerado de personas que no comparten una identidad precisa y se encuentran en un estado transitorio de subdesarrollo con respecto a una sociedad dominante. En contraste el término pueblo tendería a respetar mejor la idea de que existen sociedades organizadas con cultura e identidad propias, destinadas a perdurar, en lugar de simples agrupaciones de personas que comparten algunas características raciales o culturales*”. Sostiene también lo siguiente: “*el término pueblos plantea muy serias dificultades cuando se lo refiere al Derecho Internacional, pues se lo asocia con el derecho de libre determinación, en virtud del cual pueden establecer libremente su condición política y proveer a su desarrollo económico, social y cultural, como lo declara el Pacto Internacional de Derechos Civiles, Políticos, Sociales y Culturales 1966, de la ONU (...)* La ONU ha sido clara en el sentido de que el derecho de libre determinación no puede ser invocado contra estados soberanos e independientes que se comportan conforme a normas de las Naciones Unidas, y no puede servir de pretexto para la secesión ni para poner en peligro la integridad territorial de los estados”. Subraya el mismo autor que la ONU ha considerado que “*las minorías a que se refieren diversos instrumentos internacionales sobre derechos humanos no son consideradas como pueblos y no tienen el derecho de libre determinación. Sin embargo los movimientos indígenas insisten en autodeterminarse pueblos, y consideran que no son minorías en el sentido que le reconocen aquellos instrumentos internacionales ... En realidad la noción de pueblo carece de una definición con alcances jurídicos, por lo que puede aplicarse tanto a una entidad social (un grupo humano que comparte identidades étnicas, sociales y espirituales) como política*”. Alterini, Corna y Vázquez aclaran que para “*dejar fuera de las disputas que podría arrastrar en la interpretación del vocablo ‘pueblos’, por carecer de sentido unívoco, el Art. 1° del Convenio 169, en su apartado 3)* reza: ‘*La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional*’. Conforme Alterini, Jorge Horacio; Corna, Pablo María; Vázquez Gabriela Alejandra. *Propiedad indígena*. Editorial de la Universidad Católica Argentina. EDUCA. Buenos Aires, Julio de 2005. Páginas 98/101.

¹¹ Díaz Araujo, Enrique. *Propiedad indígena. Glosas críticas*. 1ª. Ed. La Plata. Editorial UCALP. Universidad Católica de La Plata. 2009. Colección “Al quite”. Pág. 25.

Congreso promover la conversión de los indios al catolicismo, como prescribían las leyes de Indias, en vigor en nuestro suelo, y de acuerdo al cargo pontificio realizado en la primera bula Inter Coetera del 3 de mayo de 1493, a través de la cual se donaba el Nuevo Mundo a la Corona de Castilla, y en virtud del cual los constituyentes de 1853 incorporaron en el artículo 67, inciso 15 el encargo evangelizador. Según Díaz Araujo esta donación en su cuota parte fue cedida por España a la Nación Argentina por medio del Tratado celebrado entre la Reina Isabel II y el Presidente Bartolomé Mitre en 1862.

Sostiene el autor mencionado que *“a pesar del liberalismo de muchos de los constituyentes de 1853, ellos no ignoraban que la Donación era el justo título de dominio soberano que ostentaba la Nación sobre su territorio, como así también el mantenimiento del mandato o encargo anexo a la Donación. Por eso, lo consagraron constitucionalmente, aunque poco hicieron para cumplirlo. Según el criterio del mayor historiador del Derecho Argentino, Dr. Ricardo Zorraquín Becú, esa norma era fundamental porque, caso contrario, la Donación, aunque otorgada a perpetuidad, podría ser revocada, dado el incumplimiento del cargo con que fue concedida. Es decir, se impondría el deber de regresar el territorio de la actual República Argentina a los caciques de las tribus aborígenes subsistentes, con la consiguiente desocupación de todas las tierras rurales o urbanas, y la emigración de su población no indígena. Situación que bien podría plantearse a partir de la Reforma Constitucional de 1994, que ha borrado el mandato evangelizador y lo ha reemplazado por el principio contrario, de preexistencia de los cultos paganos”*.¹²

Esta donación papal se ha dicho que ha sido cuestionada por Francisco de Vitoria y pocos autores la consideran un vínculo jurídico que no pueda vulnerarse sin producir la automática revocación de la donación de las tierras.

2. Algunos errores histórico-jurídicos en torno a la cuestión indígena.

¹² Ibídem, páginas 15 y 16.

Se han propalado desde hace unos años algunos tópicos comunes falsos utilizados por los movimientos indigenistas que constituyen las ideas eje utilizadas para legitimar las pretensiones del llamado indigenismo.

Así encontramos inexactitudes tales como que las actuales poblaciones indígenas argentinas son descendientes puras y directas de los pueblos originarios y autóctonos; que los indios eran unos inocentes pobladores de estas tierras; que eran pobladores estables y sedentarios y que casi todos gozaban de inmuebles en propiedad comunitaria y que fueron casi totalmente eliminados por el conquistador español.

Pero previamente al tratamiento sucinto de ello, resulta interesante rescatar la idea que vierte Pedro Apaolaza, presidente de CARBAP, en relación a la cuestión indígena. Sostiene que los problemas de los países vecinos y centroamericanos en torno a esa cuestión están muy lejos de los nuestros porque *“los pueblos originarios en la Argentina no constituyen, como en otros países, una parte sustancial de la población: son el 1,54% del total de los habitantes. El Estado y otras organizaciones ‘politizadas’, por tratar de ayudarlas, los discriminan. Son ciudadanos argentinos con los mismos derechos y obligaciones que todos, y como tales deben ser considerados. También se advierte, a tener en cuenta, que el marxismo internacional ha modificado el antiguo concepto de ‘lucha de clases’ por el de ‘lucha de razas’, simulando asumir la representación aborígen. Este tipo de ‘indigenismo’ intencionado, pese a su artificialidad, cuenta con muchos imitadores en América latina”*.¹³

¹³ Segovia, Gonzalo y Segovia, Juan Fernando. *La protección de los indígenas*. Págs. 317/343 en *Derecho Constitucional de la Reforma de 1994*. I. Instituto argentino de estudios constitucionales y políticos. AA.VV. Pérez Guilhou. Seisdedos. Abalos de Mosso. Buj Montero. Castorina de Tarquini. Cousserat. Cueto. Estrada. Farrando. Giunta. Gómez Sanchis. Kemelmajer de Carlucci. Livellara. Luna. Martínez. Martínez Perroni. Morales. A. Pérez Hualde. D. Pérez Hualde. G. Segovia. J. F. Segovia. Ediciones Depalma. Bs. As. Mendoza. 1995. Desde Méjico a Tierra del Fuego, excluyendo Brasil, la población autóctona era de 11.385.000 almas aproximadamente y calcula el mismo estudio en 51.478.729 los pobladores con sangre india al sur del Río Grande (sin considerar a Brasil), compuesta por 14.132.822 indios y 37.343.907 de mestizos de indios. De todas formas, se aclara que hacia 1570 la población aborígen de Iberoamérica había perdido 2.185.000 personas a causa de pestes como la viruela, la escarlatina, el tífus, el sarampión o el paludismo, las insolaciones, la escasez de comida, a veces causada por la acción depredadora de las mangas de langostas, los excesos de una vida viciosa, como la embriaguez y el uso de la coca, la mestización, las guerras y la

a. ¿Genocidio o mestizaje?

La población indígena en la Argentina al tiempo del arribo de los españoles a nuestro continente ascendía a cerca de trescientos mil aborígenes.¹⁴

Por otra parte, del registro de salida de Sevilla, por donde se embarcaban todos los españoles hacia América, indica que entre los años 1509, fecha de creación de la Casa de Contratación, y 1740 solamente se embarcaron 150.000 viajeros aproximadamente, cantidad insuficiente aún sumando el personal militar migrante escaso, para un reemplazo poblacional tan prodigioso.¹⁵

Evidentemente que estas cifras revelan la casi total mestización y la exageración de datos demográficos acerca de las sociedades precolombinas, a lo que es preciso sumar la enorme mortandad provocada por las epidemias.¹⁶

mita minera, sobre todo en los primeros años de la conquista que actuaron sobre la constitución débil del aborígen. Conforme *La tenencia de la tierra en la Argentina*. Director del proyecto, Fernando de Estrada. Director adjunto, Oscar Olivero. Investigadores Fernando de Estrada, Oscar Olivero, Diego Orainde, Matías Cano, Sebastián Genatti, Jerónimo Demuro, Diego Crespo, David D'Addario, Alberto Arpone, Federico Pellegrini, María Julia Radi. Ediciones Universidad Católica de La Plata (UCALP) – CARBAP. La Plata, Argentina. 2008. Prólogo de Pedro Apaolaza. Presidente de la Confederación de Asociaciones Rurales de Buenos Aires y La Pampa (CARBAP), página XII.

¹⁴ Petrocelli, Héctor B. *Historia Constitucional Argentina*. UNR Editora. Universidad Nacional de Rosario. 2009. Página 36.

¹⁵ AA.VV. *La tenencia de la tierra en la Argentina*. Op. cit. página 165.

¹⁶ Cayetano Bruno sostiene que las enfermedades epidémicas son consideradas como la causa esencial de las pérdidas de la población indígena. Y citándolo al Dr. Ernesto Maeder, miembro de la Academia Nacional de la Historia, al respecto se dice: “*Esta acusación desproporcionada y excluyente de otros factores ha resurgido recientemente con el nombre de genocidio americano, proclamado ahora por escritores e ideólogos cegados por su pasión indigenista. La idea misma de genocidio que se atribuye a la conquista es un anacronismo. Es voz, nacida en 1946 y adoptada desde 1948 por la ONU, surgió ante la extrema gravedad de los actos criminales dispuestos por el gobierno nazi durante la Segunda Guerra Mundial, y la necesidad de definir las conductas que deberían ser punibles internacionalmente. Ellas suponían en todos los casos actos criminales promovidos por gobiernos contra grupos humanos de orden racial, nacional, lingüístico, religioso o político, con el propósito de destruirlos total o parcialmente o de impedir su conservación o desarrollo. Esta caracterización, ciertamente, no puede ser aplicada a la conquista española, no sólo porque los usos internacionales en el siglo XVI eran distintos que en el siglo XX, sino porque la Corona española jamás pensó ni aplicó una conducta genocida. Hubo excesos y abusos de sus capitanes pero en contra de una legislación que explícitamente se proponía la protección y conservación del indio; y que procuraba, a través de sus gobernantes y magistrados, y sobre todo por medio de la Iglesia, morigerar y encauzar las acciones de la conquista. Las leyes de Burgos (1512), las Leyes Nuevas (1542) y en definitiva las leyes de Indias, constituyen el mentís más rotundo a la acusación del genocidio. Según el criterio de la mayoría de los episodios, las epidemias fueron las que causaron el mayor número de muertos en la población americana”.* (La población americana después de la Conquista en la publicación *América y España; el encuentro de dos*

Claro está que existe un indigenismo legítimo y fecundo respecto del cual, Angel Rosenblat, dice lo siguiente: “*Bienvenida la indianofilia ..., bienvenido el redescubrimiento del indio y la nueva política indianista ... Pero es indudable que cuanto más generosa sea la actitud hacia el indio, cuanto más humanitaria sea la sociedad con el indio, más pronto lo incorporará a las actividades de la vida moderna, más pronto lo desindianizará*”.¹⁷

La diversidad lingüística fue tal que existieron por lo menos treinta y dos familias lingüísticas en América del Norte (“cada una tan alejada de la otra como el español del turco” afirma el antropólogo Paul Rivet), treinta en América Central y ciento ochenta y cinco en América del Sur. La relación de los pueblos aborígenes a la llegada de los españoles era hostil y la acción civilizadora del español y su lengua sirvieron para que dichos pueblos se entendieran entre sí y salieran de su aislamiento.¹⁸

Más allá de las críticas que puedan realizarse a una obra humana, que en tanto humana, ha tenido desaciertos y abusos, la legislación durante el período hispánico fue dura con el peninsular que se excediera por su posición dominante con el aborígen.

Por otra parte, fue una realidad que el indio era dueño del “desierto” y asolaba los confines de las ciudades, depredando estancias y poblados. Y es por eso que se realizaron varias campañas al desierto antes y después de 1810; basta recordar antes de esa significativa fecha para nuestra patria, la expedición de Hernandarias y que para esa fecha la indiada llegaba a pocos kilómetros de Buenos Aires, circunstancia que no había cambiado mucho para los históricos hechos de Mayo.

Está estudiado ampliamente que los pueblos indígenas que habitaban nuestro territorio se mestizaron por completo, razón por la cual en la actualidad no habría indios puros sino descendientes de aquellos lejanos ascendientes.¹⁹

mundos, Buenos Aires, 1988, págs.. 116-129). Conf. Cayetano Bruno S.D.B., *Iglesia y Estado en Indias*. Centro de Estudios Salesiano de Buenos Aires (CESBA). Buenos Aires. 2004. Págs. 170/1.

¹⁷ *Ibidem*, página 166.

¹⁸ *Op. cit.* Página 167.

¹⁹ Torre Revello, José, *La sociedad colonial* (páginas sobre la sociedad de Buenos Aires entre los siglos XVI y XIX), Ediciones Pannedille, Buenos Aires (Argentina), 1970. Páginas 19 y sgtes. Ángel Rosenblat dice al respecto lo siguiente: “*Alguien lo ha expresado con una fórmula, que resume*

Por otra parte, también es sabido que las tribus indígenas desde Buenos Aires hacia el sur fueron sometidas por los mapuches que vinieron de Chile y que eran los aguerridos araucanos trasandinos.

Por todo ello, es muy raro que existan descendientes de aquellos pueblos originarios sino recurrimos a las poblaciones mestizas que, obviamente, tienen mezcla con el blanco.

Torre Revello señala que la fusión de razas en el Río de la Plata fue un hecho natural e inevitable ya que, desde la conquista, el blanco (españoles y extranjeros) sometió a su dominio a los naturales circunvecinos. Concretamente el número de mujeres blancas no sólo era ínfimo, sostenía, sino que no pasaba en número de dos o tres y que los tripulantes de la expedición de don Pedro de Mendoza no pasaban de más de treinta años de edad.²⁰

Los padres indígenas entregaban a sus hijas a los blancos como compañeras para el hogar y como agentes de producción y así a través de este procedimiento de parentesco utilitario de los blancos les permitió someter incondicionalmente a varias parcialidades de naturales, convirtiendo sus moradas en harem y multiplicando la prole en forma asombrosa.²¹

De hecho, en la fundación de ciudades como Santa Fe, Buenos Aires, Corrientes y Concepción del Bermejo el ochenta por ciento de los conquistadores eran mestizos. Según refiere Torre Revello, en la ciudad de Asunción había hacia 1575 unos cinco mil mestizos de los cuales más de tres mil superaban los dieciocho años. De los viejos conquistadores quedaban pocos y los hijos de la tierra eran la mayoría. Juan de Garay pidió sus esfuerzos para las expediciones a Santa Fe y Buenos Aires pero no les asignaba los cargos, como sí lo hizo con algunos criollos para algunos cargos concejiles.²²

además una actitud: en los Estados Unidos es negro el que tiene una gota de sangre negra; en la América Latina es blanco el que tiene una gota de sangre blanca". Citado por AA.VV en La tenencia de la tierra en la Argentina. Ediciones UCALP-CARBAP. 2008. Página 165.

²⁰ Domingo Martínez de Irala tenía a la fecha del arribo de la primera expedición al Río de la Plata tan sólo 25 años, siendo en pocos años el caudillo de los expedicionarios, el fundador del asentamiento en Nuestra Señora de la Asunción y quien habría dado el orden de levantar el poblado de unos 50 hombres todavía existente en Buenos Aires.

²¹ Sostiene Torre Revello que el clérigo Martín González se quejaba al respecto diciendo: "*paréceme que hay cristianos que tienen ochenta y cien*" indias.

²² Tal era la preponderancia que tenían los mestizos que a unas pocas décadas de la llegada de los españoles al Río de la Plata y cuando Juan de Garay había partido tan sólo hace pocos días hacia el puerto de Buenos Aires a fin de fundar la ciudad de la Trinidad, se produjo un motín de mestizos que

Halcro Ferguson concluye su libro el “*Equilibrio racial en América Latina*”²³ afirmando que “los habitantes originales de lo que ahora es América latina no eran los nobles salvajes que algunos creyeron en Europa. Los invasores españoles y portugueses, aunque portadores de la Cruz, a menudo no fueron caballeros cristianos. Los esclavos africanos, arrancados intempestivamente de su patria, no eran mejores que otros pueblos por el solo hecho de ser peor tratados. Los hombres que hicieron la revolución contra España fueron movidos por otras causas aparte de un amor abstracto a la libertad, y otro tanto ocurrió con los inmigrantes europeos posteriores. Los descendientes de todos ellos muestran hoy debilidades y flaquezas igualmente humanas.

Pero América latina es única en cuanto se trata de un continente en el que la historia moderna de cada país comenzó al mismo tiempo y donde casi todos los países respetan y honran aún a los mismos héroes nacionales originales. Los dos más grandes, San Martín y Bolívar, se encontraron en Guayaquil en 1822. No se pusieron de acuerdo pero se separaron con dignidad, y antes de despedirse Bolívar dijo: ‘Ni a nosotros ni a la generación que nos suceda será dado ver el esplendor de la República que ahora fundamos. Contemplo la América del Sur como si estuviera en la fase de crisálida. Habrá una metamorfosis en la condición física de los habitantes; y al fin habrá un nuevo pueblo, una mezcla de todas las razas que lo componen, que producirá la homogeneidad. No retrasemos el progreso del género humano con instituciones que ... son exóticas en el suelo virgen de América’.

Única entre las grandes sociedades multirraciales del mundo (y es éste un pensamiento aterrador), América latina constituye una sociedad donde no es probable que se mate a nadie solo por su color”.

De la prolífica legislación sobre el indígena, desde aquella Recopilación en cuyo voluminoso libro sexto se trata exclusivamente del trato a los indios, hasta la Constitución de la

tenían el propósito de tomar el gobierno de la villa por la fuerza. Debido a la comprensión de los móviles del alzamiento Juan de Garay otorgó una amplia amnistía.

²³ Halcro Ferguson, J. *El equilibrio racial en América latina*, Eudeba, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963.

Confederación Argentina de 1853, no hubieron cambios sustanciales en el punto de la necesidad de catolización de los indios y de su incorporación a la sociedad civil. La Argentina fue continuadora de la obra civilizadora de España y de su actitud apostólica en relación al indio.

Posteriormente, durante el período patrio, las campañas al desierto más importantes como la de Juan Manuel de Rosas y la controvertida de Julio Argentino Roca se realizaron en el marco de una política nacional de conquista del territorio y de unión nacional, ya que como dijera el presidente Avellaneda *“es la cuestión para todos, y hablamos incesantemente de ella aunque no la nombremos. Es el principio y el fin, el alfa y el omega ... Suprimir los indios y las fronteras no implica en otros términos sino poblar el desierto ... Las fronteras habrán desaparecido, cuando dejemos de ser dueños del suelo por herencia del rey de España, y lo seamos por la población que lo fecunda y por el trabajo que lo apropia”*.²⁴

Y en relación al mismo tema Mariano Fragueiro refería en Chile en el año 1852 lo siguiente: *“El exterminio de los salvajes por medio de la guerra, ni es justo ni es útil. Después de extinguirlos, ¿qué población ocuparía estas tierras? Los indígenas son hombres y debemos concederles, cuando menos, los derechos que acordamos a los africanos libres. Si es verdad que son salvajes, tienen, por eso mismo, cierta disposición peculiar para los trabajos rudos del pastoreo en la gran extensión de llanuras y bosques que poseemos... Todo cuanto hay que exigir a los indios, es el reconocimiento de las autoridades y el respeto de las poblaciones fronterizas. Sólo el tiempo y el trato pacífico los hará olvidar su barbarie y gentilismo. Uniendo a estos arbitrios (la entrega de terrenos) otros semejantes, y sobre todo la doctrina y práctica del Evangelio, sería de esperar la paz con los indígenas, la seguridad de las poblaciones cultas y que la civilización se extendiera entre ellos. Dijimos la doctrina y práctica del Evangelio, para decir que*

²⁴ Fos Medina, Juan Bautista. La frontera con el indio en Buenos Aires y su poblamiento, según Félix de Azara. Revista Cruz del Sur, vol. I, núm. 2, 1° de Mayo de 2012, ISSN: 2250-4478, página 163.

*el trabajo, que ejercita y adiestra las facultades del hombre, no debe separarse de la enseñanza moral... ”.*²⁵

b. ¿El buen salvaje?

La verdad es que los habitantes precolombinos vivían en su mayoría en un estado de esclavitud y de abyección moral. La desidia y la imprevisión fueron también una constante productos también del fatalismo, dice Petrocelli, para el cual el cristianismo resultó liberador. La mujer se encontraba en un estado de inferioridad frente al hombre. El alcoholismo era endémico en casi todos los grupos sociales nativos.

El holocausto de seres humanos para apaciguar a los dioses fue practicado por aztecas, mayas, muiscas y quichuas, afirma Enrique Díaz Araujo; la antropofagia, vinculada a un culto religioso, fue realizada por iroqueses, aztecas, chiriguano, guaraníes. En el Perú se llegó al reparto de mujeres como recurrir a los esclavos para el transporte “a lomo de indio”. La prostitución por la cual generalmente los nobles cedían sus hijas como concubinas a los nobles. La poligamia fue costumbre entre muchos pueblos aborígenes, como entre varias parcialidades del Río de la Plata y del Paraguay; los tributos a veces se pagaban con mujeres, las cuales eran esclavizadas y de los hijos habidos con el cacique eran canibalizados por sus padres. Algunas poblaciones indígenas practicaban el bárbaro control de la natalidad matando a todos los hijos nacidos y dejando vivo al que parecía ser el último, como narra don Félix de Azara en su Historia del Paraguay y del Río de la Plata.

Como señala Díaz Araujo los huarpes y cacanos practicaban el sororato, o sea, el derecho del esposo al casarse, de unirse también con todas las hermanas menores de su mujer. Los huarpes también condenaban a muerte a las mujeres que osaban mirarlos cuando ellos se daban a interminables borracheras.

²⁵ *Ibíd.*, páginas 163/4.

Los pueblos vencidos en las constantes guerras eran muertos o esclavizados y, en ciertas tribus, como los caribes, los guaycurúes y los jíbaros, les cortaban las cabezas.

La sodomía era generalizada en algunos pueblos como los esmeraldas.

*“El incesto, la poligamia, la desnudez total, el levirato, esto es, la costumbre que obliga al hermano del que murió sin hijos a casarse con la viuda (...) fueron comunes en numerosas parcialidades”.*²⁶

Este es un breve catálogo de atrocidades que convenía recordar al abordar el presente análisis.

José María Iraburu dice que los españoles veían a los indios no tanto como malos sino como endemoniados, como lo expresaba en una crónica el soldado Cieza de León o fray Toribio de Benavente cuando decía que *“era cosa de grandísima lástima ver los hombres criados a la imagen de Dios vueltos peores que brutos animales ... no podían ser sino la acción desahorada del Demonio”*. Iraburu afirma que *“nunca se dijeron los misioneros ‘no hay nada que hacer’, al ver los males de aquel mundo. Nunca se les ve espantados del mal, sino compadecidos. Y desde el primer momento predicaron el Evangelio, absolutamente convencidos de que la gracia de Cristo iba a hacer el milagro”*.²⁷

c. ¿Pueblos originarios? Nomadismo. Araucanos.

Los pueblos precolombinos en el actual suelo argentino se los puede distinguir en sedentarios o nómades. En general, los habitantes del norte argentino eran cultivadores y por tanto permanecieron en los solares de la raza, donde tenían sus pucarás, sus viviendas y fortalezas, muchas veces salidas de la misma piedra, y contaron con un grado de cultura superior al aborigen del sur del continente.

²⁶ Díaz Araujo, Enrique. *Propiedad indígena. (Glosas críticas)*. Editorial UCALP. Colección “Al quite”. 2009. Páginas 49/51.

²⁷ Iraburu, José María. *Hechos de los Apóstoles de América*. Fundación Gratis Date. Pamplona. 3ª. Edición. Págs. 11 y 13.

En cambio, en la zona pampeana los indígenas al ser principalmente cazadores fueron nómades y la propiedad colectiva en éstos no existió, salvo para ciertos enseres personales y para la choza, toldo o vivienda. Pero en general no tuvieron noción de propiedad de la tierra, ni privada ni colectiva. Estos trashumantes realizaron cultivos esporádicos y fueron más tarde sometidos por los araucanos venidos de Chile, de manera tal, que casi no existen comunidades aborígenes preexistentes a la formación de la República Argentina.²⁸

Según se ha afirmado en un estudio de la tierra, el ascendiente araucano en las pampas fue denunciado en 1635 al Rey de España por el Gobernador de Buenos Aires, y en 1680 ciertos documentos oficiales consignaban que los malones en sus correrías utilizaban armamento de tipo europeo, que conseguían con el producido de la venta de enormes contingentes de hacienda robada de las pampas y conducida a Chile, donde los cómplices hispano-criollos de los araucanos la comercializaban clandestinamente.²⁹

d. Propiedad inmueble comunitaria

La propiedad comunitaria indígena sobre inmuebles se manifestó principalmente entre los Incas y en todo su radio de influencia, llegando ésta hasta el noroeste argentino.

Este pueblo precolombino tenía un régimen de la propiedad comunitaria que muchos lo han calificado de comunismo agrario, por el cual se repartían tierras, aguas y ganado, a través de la renombrada institución del ayllu. Como afirma Ricardo Levene

²⁸ Estrada, Fernando y AA.VV. *La tenencia de la tierra en la Argentina*, ediciones UCALP-CARBAP, La Plata 2008, página 157. Díaz Araujo, Enrique. *Propiedad indígena. Glosas críticas*. UCALP. 2009. Ediciones "Al quite". Home, Bernardino C. *Política agraria y regulación económica*. Segunda edición. 1945. Editorial Losada S.A. Buenos Aires. Alterni, Jorge Horacio; Corna, Pablo María; Vázquez Gabriela Alejandra. *Propiedad indígena*. Editorial de la Universidad Católica Argentina. EDUCA. Buenos Aires, Julio de 2005. Gonzalo Segovia y Juan Fernando Segovia. *La protección de los indígenas*. Págs. 317/343 en Derecho Constitucional de la Reforma de 1994. I. Instituto argentino de estudios constitucionales y políticos. AA.VV. Pérez Guilhou. Seisdedos. Abalos de Mosso. Buj Montero. Castorina de Tarquini. Cousserat. Cueto. Estrada. Farrando. Giunta. Gómez Sanchis. Kemelmajer de Carlucci. Livellara. Luna. Martínez. Martínez Perroni. Morales. A. Pérez Hualde. D. Pérez Hualde. G. Segovia. J. F. Segovia. Ediciones Depalma. Bs. As. Mendoza. 1995.

²⁹ AA.VV. *La tenencia de la tierra en la Argentina*. Op. cit. Página 169.

*“no se había hecho la división y por tanto no aparece la propiedad individual. Existía un derecho colectivo al suelo, y de este derecho fundamental se desprendían, como accesorios, los derechos al riego, a los frutos, maderas y ganados. (...) Se repartían las tierras de cultivo y las de pastoreo quedaban indivisas para el uso común. Los montes le pertenecían si estaban dentro de los límites fijados. La repartición de las tierras se hacía entre las familias del ayllu según el número de personas que la integraban. El número de familias del ayllu, ya en la época de la dominación española, podía oscilar entre 30 y 190”.*³⁰

Conviene recordar que los conquistadores españoles respetaron muchas de las instituciones indígenas en tanto no fueran contrarias a la Religión, al orden moral y a la dignidad humana. Por eso, como afirma Levene, *“no sólo subsistió la institución de los cacicazgos (...) sino que se reconocía el derecho de sangre para la sucesión, a imitación de los mayorazgos de España, pero según las formas y orden que se practicaba en estas Provincias”.*³¹

De todas formas, se ha apuntado que más allá de la benévola legislación dictada desde la metrópoli el derecho vigente en los reinos de Indias no siempre se adecuó a dichas leyes, ya que su aplicación dependió de los indios, quienes frecuentemente la amoldaron con justicia a la realidad americana con el renombrado recurso otorgado por la Corona (*“se acata pero no se cumple”*), y otras veces se sirvieron de ella como instrumento para apoyar la posición dominante y la superioridad cultural del español frente al aborígen.³²

³⁰ Levene, Ricardo. *Manual de historia del derecho argentino*. Ediciones Depalma. Buenos Aires. Cuarta edición. 1969. Pág. 38.

³¹ *Ibidem*, pág. 39.

³² Juan Agustín García, es crítico al respecto y decía: *“Es justo reconocerlo: la ley teórica era admirable por su bondad caritativa; las cédulas reales recomiendan el buen trato, la educación y conversión de los indios. Pero desgraciadamente, en todo lo que se refiere a la América española, el estudio de la ley escrita es el menos importante e ilustrativo: el derecho, bueno o malo, crece y se desarrolla a raíz del suelo, en el conflicto de pasiones e intereses, amparando a los más hábiles y fuertes (...). Por encima está la ley, una cosa puramente decorativa del armazón social, fuera del radio de influencia de las aspiraciones públicas, de las necesidades del grupo, elemento perfectamente extraño, preparado en el Consejo de Indias, uniforme para todo un continente en el que no hay dos provincias análogas. Las cédulas se repiten sin que se calme un dolor o repare una injusticia. El derecho vigente es el primitivo de la conquista, por el que las personas y bienes de los vencidos quedan a merced de los vencedores”.* Conf. *La Ciudad Indiana*, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998. Pág. 64.

e. ¿Igualdad ante la ley?

Como hemos señalado, la última y reciente reforma constitucional ha receptado la tendencia normativa internacional, plasmada en tratados y convenios que la Argentina ha suscripto y a los que ya nos hemos referido, los que han venido a agregar una novedad al tratamiento del indígena que alteró el ordenamiento jurídico en la materia generando un trato desigual en la República Argentina entre habitantes aborígenes y no aborígenes, otorgándoles sólo a los primeros los privilegios de una propiedad inalienable e inembargable capaz de perpetuarlos.

Destacados constitucionalistas, como Germán Bidart Campos, afirman que en el caso de la propiedad indígena no existe violación al principio de igualdad, consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional, donde se prevé que todos los habitantes son iguales ante la ley y que la Nación Argentina no admite fueros personales, ni prerrogativas de sangre o de nacimiento, adhiriendo a una vieja doctrina de la Corte Suprema de Justicia que acota el principio a una “igualdad entre iguales”.

Es verdad que el principio de igualdad no equivale a un raso igualitarismo porque la Corte ha interpretado bien al señalar que la igualdad de trato debe existir en igualdad de condiciones y circunstancias. Porque, como ha dicho también la Corte Suprema, si la garantía constitucional de igualdad no impide al legislador contemplar y discriminar situaciones distintas aún cuando su fundamento sea opinable, en cambio, lo prohíbe cuando importe un indebido privilegio de personas o grupo de personas o cuando merezca la tacha de irrazonabilidad.³³

³³ “La garantía constitucional no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, con tal que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o de grupo de personas, aunque su fundamento sea opinable”. CS. Barbarella S.A. 17/10/1978. También a fin de evitar la discriminación la Constitución en su artículo 43 prevé la interposición de la acción de amparo. Asimismo ha dicho la Corte Suprema que “es decisivo que para que haya denegación de la igualdad ante la ley no sólo ha de existir discriminación, sino que, además, ella deberá ser arbitraria (...) No sucede así, por supuesto, cuando el distingo se basa en la consideración de una ‘diversidad de circunstancias’ (Fallos 224:816) que fundan el distinto tratamiento legislativo’ (...) Todo depende, pues, de que concurren ‘objetivas razones’ de diferenciación que no reciban o no merezcan tacha de irrazonabilidad”. CS.

Porque si el argumento utilizado en la cuestión que tratamos es la reparación histórica para restituir a los indígenas tierras que ya no habitan y que habrían poseído en comunidad hace muchos años, la propiedad familiar traída de Occidente entonces, se encuentra en las mismas circunstancias y exige que se le brinde por tanto el mismo trato y derechos.

Resulta un poco incomprensible que en un país que, como ha dicho Joaquín V. González, en materia de igualdad de derechos civiles entre ciudadanos y extranjeros ha sido uno de los más liberales del mundo, privilegie a extranjeros (art. 20 de la Constitución Nacional que los equipara a los ciudadanos en el goce de todos los derechos civiles)³⁴ e indígenas y postergue a los demás habitantes del suelo argentino.

Entonces, debido a la aparición del nuevo instituto se abre una contradicción con uno de los principios constitucionales sostenidos en la parte dogmática de la Constitución, el principio de igualdad que se complementa, después de 1994, con el principio de no discriminación.

Esta irrazonabilidad puede aparejar además perjuicios a terceros y esto ha llevado a varios investigadores a sostener que el indigenismo artificial afirma la presunta superioridad de derechos de las comunidades indígenas a la tierra y los recursos naturales sin tomar en consideración las circunstancias cambiantes y los cambios producidos en los títulos de dominio producidos a lo largo de los siglos, cuya alteración produciría la desaparición de toda seguridad jurídica en el ámbito agrario.³⁵

Asimismo se ha señalado que *“los descendientes de aborígenes que continúan llamándose indígenas son, en el caso de nuestro país, ciudadanos argentinos con los mismos derechos que todos, y para hacerlos valer cuentan con el pleno apoyo que para sus reclamos de justicia prevé nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido, debe ser interpretado el inciso 17 del artículo 75 de la*

Videla Cuello c/Peia. de la Rioja. 27/12/1990. Fallos citados en *Tratado jurisprudencial y doctrinario*. Derecho constitucional. Parte dogmática. Tomo I. Director Daniel Alberto Sabsay. 1ª edición. 2010. La ley. Páginas 491 y 497.

³⁴ Cuando estaba vigente el servicio militar obligatorio estaban exentos de realizarlo.

³⁵ Estrada, Fernando y AA.VV. *La tenencia de la tierra en la Argentina*, ediciones UCALP-CARBAP, La Plata 2008, página 167.

Constitución nacional, que no podría adjudicar a los pueblos indígenas privilegios contrarios al principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley". Termina señalando que la norma constitucional debe entenderse como un reconocimiento de sus derechos a conservar los elementos de sus culturas y que los integrantes de las comunidades indígenas no son ciudadanos de segunda clase.³⁶

La opinión de los constitucionalistas que hemos consultado en torno al régimen de la propiedad comunitaria indígena nos remite a algunos comentarios respecto al artículo 75 inciso 17 del actual texto constitucional.

Néstor Pedro Sagües ha dicho que se trata de un claro "*contrabando normativo*" ya que se trata de una norma propia de la parte dogmática. Miguel Ángel Ekmekdjian sostiene que es un "*catálogo de ilusiones*". Alberto Dalla Via, por su parte, afirma que se trata de la consagración de privilegios, al igual que la posición crítica de Gonzalo y Juan Fernando Segovia. Natale también tiene una posición contraria. Gregorio Badeni sostiene que la atribución del artículo mencionado es una atribución de índole administrativa del Congreso que debe ser ejercida en forma concurrente entre la Nación y las provincias y sostiene que la propiedad individual no otorgada en forma comunitaria no tiene los privilegios contenidos en la cláusula constitucional.

Por otra parte la Constitución Nacional en el artículo 75 inc. 23 prevé, entre las atribuciones del Congreso, legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad; y en el párrafo 2° refiere el dictado de un régimen de protección del niño y de la madre.

Ahora bien, dicho esto ¿Acaso no se concretaría una acción positiva a fin de garantizar la igualdad y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución y los tratados si se

³⁶ Idem. Página 167.

legislara un régimen de protección integral de la familia, como marca el artículo 14 bis, con una propiedad estable para todos los ciudadanos, donde se abrigara especialmente a niños, mujeres, madres, ancianos y discapacitados?

3. Fundamentos utilizados para la legitimar el privilegio de la propiedad indígena.

Es curioso notar cómo las características del alma indígena y de la “propiedad indígena” se aplican casi en su totalidad al alma del “hombre antiguo” y a la propiedad del “Antiguo Régimen”, es decir, al hombre con perfiles anteriores a los típicos del hombre y de la propiedad productos de la Era Moderna.

En este sentido, los defensores de la propiedad y cultura indígenas así como de los beneficios que conllevan, utilizan calificativos que son perfectamente aplicables a la propiedad familiar desaparecida con el Código Civil de Vélez Sarsfield y con la Constitución Nacional de 1853 que no le dio protección.

Algunas de esas ideas son las siguientes: vínculo histórico con su tierra; respeto a su cosmovisión; valores espirituales; tradiciones; instituciones; costumbres; arraigo (territorial); indivisibilidad (es decir, sostienen, imposibilidad de partición porque se desnaturalizaría el sentido comunitario y perdurable); inenajenabilidad; inalienable; intrasmisible; inejecutable; estabilidad; seguridad efectiva; seguridad jurídica de sus tierras; desaparición de la tierra (base de sustento económico-social y cultural); conservación y preservación de la cultura; mantener y fortalecer la propia relación material y espiritual con sus tierras (ONU); conciencia de identidad; conciencia cultural; resguardo; tierra ancestral; tierra secular de los antepasados; propiedad comunitaria; perdurabilidad de los pueblos indígenas; transmisión de su cultura y conservación de su memoria colectiva; tierra y cultura (puntos inescindibles de un todo); desarrollo de la cultura y conservación; títulos comunales y administración de sus tierras que garantizarán su sobrevivencia cultural y su desarrollo sostenible con identidad a largo plazo; la tierra es donde los indígenas

cumplen su ciclo vital y donde buscan alcanzar la plenitud humana espiritual y material (Corte Interamericana de Derechos Humanos); particular relación con la tierra en la que vivieron y murieron los antecesores (punto de partida espiritual); íntima relación con la naturaleza; armoniosa vivencia con el ecosistema; hábitat de vida comunitario. Y agregan que la tierra corporiza sus tradiciones y valores ancestrales, es el elemento de identificación, el lugar de reposo de los antepasados, es la sustentadora de sitios consagrados por el culto y las prácticas religiosas, es inembargable, intransferible, imprescriptible, no susceptible de garantizar obligaciones contractuales ni ser arrendadas y exentas de tributos.³⁷

Además se adicionan otros comentarios de los mismos autores: *“La posesión de la tierra permite la preservación de la cultura, el lenguaje, los valores, el estilo de vida y el derecho”*.³⁸ *“Las limitaciones a la libre disponibilidad de la propiedad indígena tienden a garantizar el derecho de arraigo de los pueblos e indirectamente contribuyen a la perdurabilidad de las culturas autóctonas. Una comunidad indígena sin tierra donde afincarse se atomiza, se desvanece y, lejos de perdurar, desaparece”*.³⁹ O también estos otros: *“Tierras indígenas fuera del comercio”; “interés superior al de la libre circulación de la riqueza (interés general/protección de la familia)”*. El *“régimen tuitivo va más allá de la protección de la comunidad indígena, apunta a la perdurabilidad de las culturas que éstas encarnan”*.

Ahora bien, todas estas bondades que se predicán respecto de los indígenas y su propiedad ¿No es posible aplicarlas a las naciones occidentales y concretamente al resto de la población argentina? ¿Por qué respecto de los aborígenes o mestizos, tal vez mejor llamados, se arbitra las medidas necesarias para que conserven su propiedad y su cultura y no se dispensa el mismo trato respecto de los restantes ciudadanos quienes también son herederos de una propiedad comunitaria que hunde sus raíces en la Antigüedad

³⁷ Alterni, Jorge Horacio; Corna, Pablo María; Vázquez Gabriela Alejandra. Propiedad indígena. Editorial de la Universidad Católica Argentina. EDUCA. Buenos Aires, Julio de 2005. Todos términos citados durante toda la obra mencionada.

³⁸ *Ibidem*, pág. 161.

³⁹ *Ibidem*, pág. 175.

Clásica y en la Edad Media y cuya propiedad familiar indivisa pasó a Indias con sus leyes y costumbres hasta la aplicación del Código Civil?

