

DERECHOS INDÍGENAS EN LA ARGENTINA
Reflexiones sobre conceptos y lineamientos generales contenidos en el art. 75
inciso 17 de la Constitución Nacional

Ricardo Altabe, José Braunstein, Jorge A. Gonzalez ()*

Había ya en la conciencia del invasor una región inexistente, la tierra de nadie, aislada aún en este mundo aislado que comenzaba a poblar sin advertirlo. A esa región se confinó al indio y a lo indígena, entonces y después. Una vez el indio allí se lo consideró muerto, inexistente también. Lo grave estaba en que esa región del indio expulsado, era la tumba del hombre de América [...]

Ezequiel Martínez Estrada, *Radiografía de la Pampa*

RESUMEN

A partir de la sanción de la última reforma constitucional se plantea una nueva relación entre el Estado argentino y los pueblos indígenas que viven en el país. El texto normativo incluye no sólo términos y categorías jurídicas, sino también una serie de conceptos tomados de las ciencias antropológicas que pueden resultar oscuros para el no especialista. Entre otras el texto constitucional menciona las nociones de "preexistencia étnica y cultural", "pueblos indígenas argentinos", "etnicidad e identidad étnica y cultural", "comunidad", "posesión y propiedad comunitarias de la tierra que tradicionalmente ocupan", "personería jurídica de las comunidades indígenas", "participación en la gestión de los recursos naturales", "desarrollo humano", etc., que requieren esclarecimiento. El trabajo, realizado desde la perspectiva interdisciplinaria del encuentro entre lo antropológico y lo jurídico, consiste en una revisión sistemática de los conceptos mencionados con el fin de facilitar su interpretación.

* Jorge Abel González y Ricardo Altabe son abogados asesores del Equipo Nacional de Pastoral Aborígen (ENDEPA) de la Comisión Episcopal respectiva de la Iglesia Católica. José Braunstein es antropólogo, Doctor en Filosofía, e investigador del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET).

ABSTRACT

The sanction of the last constitutional reform raises a new relationship between the Argentine state and the indigenous groups living in the country. The text includes not only judicial terms and categories but a series of concepts taken from anthropological sciences which may result confusing to the non-specialist.

Among them, the constitutional text mentions notions of "ethnic and cultural pre-existence", "Argentine indigenous groups", "ethnicity and cultural and ethnic identity", "community", "posesion and communal property of land traditionally occupied", "legal status of the indigenous community", "participation in natural resources", "human development", etc. which need to be clarified.

The paper consists of a systematic review of the above mentioned concepts, aiming at explaining its interpretation. It takes into account an interdisciplinary perspective, that of the encounter between anthropology and judicial issues.

INTRODUCCION

En las últimas décadas se produjo un proceso de modificación de la normativa referida a los *derechos de los pueblos* indígenas que es trascendente en varios aspectos. En primer lugar, puede destacarse la legítima irrupción de conceptos innovadores de algunas nociones clásicas del derecho que cuestionan las políticas legislativas tradicionales. En particular es relevante la *génesis* inversa en la estructuración del orden jurídico específico que ha generado esta legislación: de modo que, en los hechos, ha surgido primero una ley provincial, después de un tiempo la ley nacional además de otras leyes locales, y, finalmente, se han incorporado los conceptos contenidos en dichas normas a las leyes fundamentales, provinciales¹ y federal. A partir de ese hecho surge el desafío de crear una normativa nueva y adecuar la existente respetando la forma en que se originaron estos *nuevos derechos*, es decir, una normativa que dé participación en su origen, contenido y vigencia a los interesados directos.

El proceso legislativo de reconocimiento de los Derechos Indígenas tuvo su origen en las provincias que sancionaron una serie de leyes específicas. Entre éstas la pionera "Ley 426 integral del aborigen" de la provincia de Formosa; seguida luego por la Ley 6373 de Salta; la 3258 del Chaco; la 2435 de Misiones, luego derogada y reemplazada por la 2727; la 2287 de Río Negro; la 3657 de Chubut y, recientemente, la 11078 de Santa Fe². En el ámbito nacional se sancionó en 1985 la ley 23.302 sobre *política indígena y apoyo a las comunidades*, y posteriormente en 1992 se aprobó mediante ley 24.071 el *Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*. Este amplio abanico legislativo adquiere su punto culminante con la sanción del art. 75 inciso 17 de la Nueva Constitución Nacional, que otorga rango constitucional a los Derechos ya reconocidos y a su vez avanza en el reconocimiento de otros, obligando de esta manera a la adecuación de los textos legales

existentes y a la sanción de otros nuevos. Asimismo, el nuevo artículo —al establecer la concurrencia de facultades— pone orden en las atribuciones del estado nacional y las provincias respecto de esta materia; ya que, hasta la aprobación del mismo, un gran sector de la doctrina planteaba la inconstitucionalidad de las leyes provinciales, afirmando que en la Constitución³ las provincias habían delegado sus facultades en esta materia en el estado nacional⁴.

Sin lugar a dudas los Derechos de los pueblos indígenas podrían haber sido incorporados a la parte dogmática de la Nueva Constitución. Sin embargo esto no se realizó porque la ley declaratoria de la necesidad de la reforma sólo habilitó la modificación del art. 67 inc. 15⁵, donde existía una referencia previa a los aborígenes y que se hallaba incluido entre los que sancionaban las atribuciones del poder legislativo. No obstante ello, muchos indicios señalan que —a pesar de esa limitación— la voluntad de la Convención Constituyente fue la de establecer derechos operativos en esta materia. Prueba de ello es, por ejemplo, que el tema fue tratado por la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías, la que, en el informe que acompaña a su despacho, solicita a la Comisión Redactora la incorporación del mismo como nuevo artículo del capítulo segundo de la primera parte de la Constitución⁶. También los debates realizados en la Comisión Redactora son gráficos al respecto. Sin embargo, a pesar de su ubicación en la Carta Magna, el inciso 17 del artículo 75 informa, desde su nueva redacción, a la totalidad del ordenamiento jurídico, el que deberá ser interpretado en adelante a la luz de la nueva norma.

art 75. Corresponde al Congreso:

17. 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, 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.

Creemos importante resaltar entonces que en la Constitución reformada se establecen nuevas pautas de relación entre el Estado argentino y los Pueblos indígenas, relación que deberá desarrollarse en un marco de diálogo intercultural basado en el respeto a la identidad de estos Pueblos. Esto implica el reconocimiento definitivo del pluralismo étnico como posibilidad de los individuos de identificarse a sí mismos y actuar como miembros de Pueblos distintos aunque insertos en la Comunidad nacional, identificación que deberá ser asumida y respetada no sólo por el Estado sino también por el conjunto de la sociedad, con consecuencias jurídicas válidas *erga*

omnes. El respeto a la identidad de los Pueblos indígenas debe traducirse en normas que interpreten y reconozcan las particulares formas indígenas de entender el mundo en que habitamos y las expectativas que genera en esos pueblos la pertenencia al conjunto para, de esta manera, establecer un marco de previsibilidad de las acciones positivas del estado y de las acciones de conflicto⁷. Resulta por ello imprescindible una clarificación nocional y semántica del texto constitucional en el que confluyen conceptos de índole antropológico y jurídico para que el conjunto del cuerpo social y la futura acción legislativa, que derivará necesariamente de esta nueva norma, den satisfacción a los requerimientos de los pueblos indígenas a partir de su propia visión y expectativa. Como una contribución a dicha tarea, este escrito se propone exponer la problemática implícita en las palabras resaltadas en el citado párrafo de la Constitución Nacional.

ACLARACIONES CONCEPTUALES

Preexistencia

El reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural sugiere reflexiones del legislador que lo conducen a reconocer la existencia de instituciones aborígenes previas al nacimiento del Estado Nacional⁸.

Al margen del evidente hecho histórico de que los pueblos indígenas vivían en lo que constituye el actual territorio argentino desde varios miles de años antes de la llegada de los españoles⁹, los antecedentes de la historia institucional nos muestran claramente un trato con los indígenas a los que se les reconoce *status* jurídico propio como el de quien tiene capacidad para relacionarse en un pie de igualdad y con pretendida eficacia jurídica.

En efecto, el carácter nacional de los diferentes conjuntos étnicos indígenas fue reconocido desde un principio por el Derecho Indiano, lo que se hace evidente en los diversos tratados celebrados entre representantes de la Corona española y los indígenas durante la época colonial¹⁰. La justificación jurídica de la conquista por el dominico renacentista de Salamanca Francisco de Vitoria reconoce, partiendo del *derecho natural*, que “*los indios antes de la llegada de los españoles eran legítimos señores de sus cosas pública y privadamente*” y sólo halla razón a la ocupación de América en la propagación de la fe católica¹¹.

España toleró y tal vez promovió la integración (biológica y cultural) de los indígenas. Una parte considerable de la población de nuestro país es resultado de la política que impulsó la instalación de “pueblos de indios” y que desencadenó una fusión cultural y biológica en la que los elementos originales resultan indisociables. Esto se relaciona probablemente con la *noción de persona*¹² que detentaban los conquistadores y colonos europeos. En efecto, con respecto a esta categoría se puede esquematizar una isóclina cultural que divide a Europa del norte de la del sur. Los

pueblos del norte basan las cualidades humanas en la “herencia de sangre” mientras que los del sur no establecen tan firmemente esa conexión. Esto, que de por sí podría explicar el contraste entre las feroces expresiones de racismo del norte de Europa y las atemperadas del sur, también puede contribuir a la comprensión de los diferentes modelos de relación que se establecieron con los aborígenes de los más diversos puntos del mundo colonial. Allí donde prevaleció el colonialismo septentrional las relaciones entre blancos y nativos evolucionaron hacia el *gheto* y el *apartheid*¹³; donde se establecieron las colonias de los pueblos de la Europa austral, en cambio, la situación se modificó en el sentido del mestizaje y la creolización lingüística y cultural¹⁴. En las primeras el etnocidio equivale a genocidio mientras que en las últimas equivale a asimilación.

Existe en la historia institucional argentina, sobre todo en sus comienzos, el reconocimiento tanto de la identidad cultural de los Pueblos indígenas como de su carácter de integrantes constitutivos de nuestro país. Dicho reconocimiento es evidente a partir del hecho de que muchas de las proclamas revolucionarias de 1810, las actas de la Asamblea del año 1813¹⁵ y la Declaración de la Independencia del año 1816¹⁶ fueron publicadas en algunas de las lenguas indígenas que se hablaban en el territorio del antiguo Virreinato.

Incluso puede interpretarse el original mandato constitucional al Congreso presente en el antiguo artículo 67, inciso 15, que consistía en “*conservar el trato pacífico con los indios*” como un reconocimiento explícito de los antiguos tratados de paz en un plano equivalente a los “pactos preexistentes” que fundan en su Preámbulo la juridicidad misma de la Constitución¹⁷. Sin embargo este no fue el criterio prevaleciente, en especial a partir de la campaña militar de Julio A. Roca. En este sentido es particularmente aclaratorio el debate parlamentario de la Ley Nacional N° 215 de 1868 que ordenó dicha campaña. Durante el mismo se discutió acaloradamente en el Senado la validez y legalidad de los tratados —en particular de los derechos territoriales que se les reconocería a los indígenas a raíz de la proyectada expansión de la frontera. En ese marco conceptual, son del mayor interés las prevenciones de algunos senadores en lo relativo al carácter nacional de las minorías étnicas¹⁸.

En tanto la Constitución es un hecho de carácter jurídico y político, el reconocimiento explícito de la preexistencia de los pueblos indígenas, que para ser congruente debe implicar necesariamente a otros hechos del mismo carácter, se refiere sin duda a las instituciones preexistentes que corresponden a dichos pueblos. Lógicamente, por ser la Constitución un hecho jurídico-político, ese reconocimiento tiene eficacia y consecuencias jurídicas.

Pueblos indígenas argentinos

La fórmula “pueblos indígenas” que aparece en el párrafo constitucional tiene como antecedentes inmediatos la *Declaración de la necesidad de la reforma*¹⁹ y el

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) aprobado por ley del Congreso de la Nación N° 24071, sancionada y promulgada respectivamente en marzo y abril de 1992. Esta fórmula reconoce el carácter nacional de los grupos sociales indígenas por más que en el tercer inciso del artículo I de la Primera Parte de la Ley de aprobación, sobre política general, el legislador establezca una restricción a la interpretación del término “pueblos”.²⁰

A los efectos prácticos, el sujeto de las otras leyes que son antecedente del actual inciso 17 del artículo 75 de la Constitución puede resumirse en la tipificación general de la *figura de comunidad indígena* que establece la Ley Nacional²¹ como un *conjunto de familias que se reconocen como indígenas y que son descendientes de poblaciones que habitaban el territorio argentino en la época de la conquista y colonización*. La Constitución, por el contrario, parece retomar el sujeto de la normativa anterior, es decir, el de *pueblos indígenas argentinos*, que no deja de lado para la tipificación al conjunto de la cultura (usos, costumbres, instituciones, lengua, etc.) como ocurre en la Ley Nacional antes referida que se limita a legislar sobre ellos sólo en aspectos operativos.

Sin duda alguna cuando la Constitución realiza el reconocimiento descripto de los pueblos indígenas argentinos remite a “aquellos grupos étnicos que se identifican como tales por descender de la población que habitaba el territorio nacional en las épocas de la conquista, de la colonización o de la organización nacional”²². Por ello, la palabra argentinos no puede implicar un escamoteo del carácter de indígenas argentinos a los sucesores de poblaciones que habitaban más allá de las actuales fronteras dentro del territorio del Virreinato del que nuestro país se considera heredero, porque las actuales fronteras políticas surgieron en forma contingente e independiente de la voluntad de los mencionados Pueblos, los que muchas veces se encuentran localizados a ambos lados de las mismas.

En líneas generales, del conjunto de pueblos indígenas que habitó en el territorio argentino desde que se poseen documentos escritos, tan sólo han llegado hasta nuestros días algunos de Pampa y Patagonia, del Gran Chaco y de la Amazonia misionera²³. El resto sucumbió a alguna de las formas de etnocidio que fueron consecuencia de la conquista. Este es el caso de las poblaciones de las provincias de Cuyo y del Noroeste en donde los indígenas que no fueron inicialmente repartidos, encomendados y recluidos en los “pueblos de indios” –en los que se mestizaron hasta formar una “cultura criolla”²⁴– fueron reprimidos, diezmados y exterminados hasta su práctica desaparición, como ocurrió con los diaguitas y calchaqués²⁵.

Etnicidad

Lo étnico –del griego *εθνικος*– es, según el diccionario, lo perteneciente a una nación o raza –*εθνος*– o, en general, a un grupo humano unido²⁶. En realidad, el fundamento de la *conciencia étnica*, noción individual que consiste en la identidad de

un *nosotros* frente a la alteridad con *los otros*, puede hallarse en alguno o una combinación de factores como la religión, la lengua, la localidad, el parentesco, las características somáticas, etc. Sin embargo, cualquier intento de definir de un modo objetivo la *identidad étnica* fracasará desde que ésta opera simultáneamente a diferentes niveles y el énfasis en uno u otro de los factores mencionados depende de circunstancias históricas en gran medida contingentes. Aunque no existe un acuerdo completo entre los modernos desarrollos teóricos de la antropología sobre el significado de "*etnicidad*", actualmente se tiende a utilizar un concepto que implica que la *etnicidad* debe ser redefinida para cada concreto contexto histórico particular. De este modo, la noción de *etnicidad* se refiere al grado de conformidad entre los miembros de una colectividad respecto a normas compartidas, es un concepto dinámico y remite a un orden clasificatorio en el que al menos intervienen dos elementos²⁷. Para que exista *pertenencia étnica* debe existir entonces una *colectividad* y un acuerdo de sus miembros sobre lo que significa pertenecer a ella, lo que excluye una adscripción sólo individual y solicita una actitud de conocimiento intersubjetiva.

En definitiva, a través del adjetivo "étnica" y del sustantivo "identidad" se reconoce en la Constitución que el sentimiento de pertenencia –conciencia étnica– de esos pueblos existía previamente a la formación del actual Estado Nacional, de las actuales fronteras geopolíticas y del actual ordenamiento jurídico. Por otra parte, en razón de la mencionada preexistencia, se atribuye al poder legislativo la facultad de garantizar el respeto a esa identidad, lo que también implica un reconocimiento en forma expresa de la misma, con rango constitucional y dotado de eficacia jurídica.

No puede escapar a la atención del lector que el reconocimiento particular de la *etnicidad* de los indígenas se aparta levemente de la vocación igualitaria, mencionada desde el principio por la Constitución, estableciendo una suerte de *discriminación inversa*. Esto no es un hecho aislado ya que en la legislación americana encuentra sus antecedentes en el Derecho indiano²⁸. En la Argentina en particular se puede hallar una actitud semejante hacia los Pueblos indígenas en la Constitución de 1819²⁹. Este hecho paradójico de una Constitución igualitaria que ampara derechos discriminatorios se aclara considerando la justicia profunda de la restitución histórica que esos derechos implican.

Cultura

También la pertenencia de los aborígenes argentinos a diferentes culturas, manifestaciones vitales de los hombres que se configuran en su ajuste con el medio, se reconoce como *preexistente* en la Constitución. Debe notarse que la palabra *cultura* se utiliza con sentidos marcadamente diversos en la lengua coloquial de los que posee en los círculos científicos y académicos, por lo que su aplicación en el texto constitucional merece algunas consideraciones. En efecto, aunque el concepto de cultura implica una cierta elaboración teórica, no por ello el término que lo denota

puede utilizarse de modo vago e inespecífico³⁰. Estrictamente, la utilización en el texto fundamental de la palabra "cultura" involucra el reconocimiento de diferentes sistemas de comunicación, conjuntos de valores y significados que cada uno de los grupos humanos que preexistía en el territorio ha compartido, adaptado y transmitido de generación en generación hasta la actualidad. Por medio de la cultura el hombre integra el ambiente natural, el pasado histórico y las relaciones sociales, reuniendo el conjunto de las fuerzas que actúan sobre él como un medio para la adaptación y el ajuste a las complejidades del mundo en que se mueve. Puede afirmarse que la cultura es aprendida; permite al hombre adaptarse a su medio ambiente natural; es variable; y se manifiesta en conjuntos de rasgos: instituciones, normas de pensamiento y objetos materiales. Cultura es la parte del ambiente hecha por el hombre en tanto su vida transcurre en dos escenarios: el natural o "habitat" y el social.

Se considera, entonces, que en nuestro país existen, desde antes de su Constitución, diversos pueblos con tradiciones culturales diferentes entre sí y diferentes también de la tradición europea occidental que es la que históricamente ha prevalecido en la Argentina. También puede destacarse del texto constitucional que el Estado, a través de su Poder Legislativo, se compromete a garantizar el respeto por cada una de las diferentes tradiciones, lo que involucra el amparo de un conjunto amplio de normativas diferentes. En efecto, el respeto por las culturas de los pueblos indígenas implica el de las diferentes instituciones y sistemas jurídicos incluidos en ellas; aunque los mismos, por tratarse de pueblos tradicionalmente ágrafos, no consten en forma escrita. Esto es así en tanto toda cultura incluye también un sistema normativo que se concibe como un todo integrado en el que cada uno de sus elementos es, de algún modo, dependiente del resto no pudiéndose modificar uno de ellos sin alterar a los otros. El reconocimiento y respeto expreso del legislador por las culturas indígenas denota la superación de una contradicción presente en la redacción antigua del texto fundamental que, al mismo tiempo que enunciaba entre las finalidades principales de la Constitución un pluralismo indiscriminado, evidenciaba la posición etnocéntrica irreflexiva propia del pogramismo decimonónico. La Constitución en su actual redacción aparece así en este aspecto como el marco jurídico superior que intenta dar cabida a la normativa del más amplio espectro transcultural posible.

Comunidad

Las palabras "comunidad" y "comunitario" en el texto constitucional no se refieren meramente a los asentamientos físicos, sino a las unidades socio-políticas locales en las que se articulan las sociedades indígenas, y a los aspectos económicos de las mismas. Es claro que semejante imposición de una categoría institucional compleja no puede responder a cada una de las múltiples y diferentes culturas aborígenes del territorio. Sin embargo, la idea que los indígenas se articulan institucionalmente en "comunidades" aparece en un contexto en el que el legislador

demuestra estar interesado por el respeto de las culturas originales de los pueblos indígenas a los que desde siempre se ha atribuido ese carácter. En efecto, en el primero de los sentidos mencionados muchos de los Pueblos aborígenes sobrevivientes³¹ del territorio argentino respondía a un modelo social caracterizado por unidades progresivamente inclusivas entre las que las alianzas más o menos estables de *bandas*³²—que nomadizaban tradicionalmente en un territorio determinado— eran las agrupaciones políticas más extensas, concentrando en su interior el mayor número de intercambios de todo tipo y, por lo tanto, delimitando las áreas de solidaridad y conciencia histórica común. Durante aproximadamente los últimos cien años, se desarrolló un proceso de *sedentarización* forzada equivalente, desde el punto de vista de la distribución demográfica en el territorio, a una especie de *coagulación* en aldeas o barrios suburbanos que reúnen un número variable de familias y que se convirtieron en las mayores unidades socio-políticas organizadas. Por el modo contingente y crítico en que se formaron estos asentamientos, muchos de ellos pueden no ser étnicamente homogéneos o a la inversa, unidades socio-políticas originariamente locales pueden estar representadas en más de un asentamiento. Es claro que en el interior de las bandas antiguas y de las actuales familias extensas el grado de solidaridad es máximo, lo que se acomoda al tipo de unidad política que los españoles llamaban originalmente “comunidad”. Las formas en que se adquiría el liderazgo en estas sociedades, antiguamente muy dependientes de la función bélica y de representación ante los extraños, fueron variando con el tiempo y las condiciones funcionales en las que ese liderazgo se desempeñaba, pero en ninguna de ellas se desarrolló una jefatura autoritaria³³, lo que cuadra también genéricamente con la institución hispánica de la comunidad que, en este aspecto, estaba caracterizada por formas políticas colegiadas. Por fin, las economías de estos grupos, caracterizadas por circuitos de distribución solidaria de apariencia desinteresada y alejadas de las formas monetarizadas de mercado, tienen algunos puntos de contacto con las comunidades como unidades sociales que incluían también la unidad patrimonial.

Para esclarecer el uso que se hace del concepto de “comunidad” en el texto constitucional, parece necesario revisar cómo ha llegado a abarcar los diferentes sentidos que le atribuye el legislador. Este término de profunda raíz hispánica³⁴, fue utilizado reiteradamente, según Andrés Lira³⁵, por el Derecho Indiano, aunque “no se encuentra en el índice del libro noveno y último de la *Recopilación de Leyes de los Reynos de Indias* ... deb(ido) al hecho de que en los momentos en que se imprimió la *Recopilación* y se elaboró el índice, las comunidades religiosas —que tanto quehacer dieron a los virreyes, Audiencias y gobernadores, al Consejo de Indias y a otras autoridades habían tomado su lugar y habían sido reducidas a lo que hoy llamaríamos ‘un mero problema administrativo’ en el marco político de los dominios indianos. Otro tanto puede pensarse de los cabildos y comunidades o “universidades” civiles, cuya integración y actividades fueron controladas por los representantes de la Corona ya en la época de

Carlos I y, sobre todo, durante el gobierno de Felipe II (cuando) la voz *comunidad* tenía una fuerte connotación política.” Sin embargo ese uso no confundía los aspectos sociales, políticos y económicos de los indígenas puesto que en esa época “se va llegando al orden económico de los pueblos indígenas que se define, precisamente, como comunidad; pues nunca se confunde pueblo o república, como orden social y político de los indígenas, con comunidad, que es, precisamente, el orden económico de sus bienes, en general, y, en particular, de sus cajas o recursos monetarios. Mientras que tratándose de otros grupos sí hay la posible identidad entre la agrupación o ‘universidad’ con la comunidad”. Y más adelante agrega aún³⁶: “(...) al tratar de los naturales el término *comunidad* se usó en esa época con toda precisión para referirse al orden económico. Para referirse al orden social, al político y al religioso se usaron las voces pueblo, república y doctrina.” Es decir, que ya en las Leyes de Indias aparece la palabra *comunidad* aplicada a los indígenas pero con un sentido bien determinado que se refiere al orden económico de los mismos. En rigor, fue la Corona de España la que al organizar la evangelización y los medios de control político y social que los misioneros y otras autoridades iban imponiendo a los pueblos indígenas de América seleccionó la palabra *comunidad* para referirse a los aspectos económicos de las sociedades indígenas de manera de poder considerarlas unidades patrimoniales. “El príncipe Felipe recogió el impulso favorable a la organización económica comunal de los indios cuando ordenó el 18 de enero de 1552, que los indios tuvieran “bienes de comunidad” y que plantaran árboles de España y de la tierra para que se aficionaran al trabajo y evitaran la vagancia. La disposición respondió a la actividad de los misioneros, quienes veían en las economías comunales de los indios las formas más apegadas al ideal del orden cristiano³⁷.”

En resumen, el uso que se hace de la palabra “comunidad” en la Constitución Nacional recoge el sentido que le fuera impuesto en el Derecho Indiano, cuando era aplicada a las sociedades indígenas, al que agrega las otras denotaciones que caracterizaban a las antiguas comunidades españolas. De ese modo el legislador reconoce la persistencia de un orden jurídico anterior a los principios centrados en el individuo del derecho moderno. Sin embargo, sería contrario al espíritu de la reforma si el carácter tutelar de la diversidad cultural que posee ese reconocimiento invirtiera el sentido de la discriminación imponiendo a los aborígenes la obligatoriedad de una institución asociativa alógena. Tampoco el amparo de las comunidades, entendidas como unidades socio-políticas, debería escamotear el de los Pueblos o Naciones indígenas como un todo.

Tierras

Para comenzar debe destacarse que en el plano jurídico el tema de la propiedad de la tierra ha sido tradicionalmente el núcleo de la problemática indígena y ha ocupado

la reflexión jurídica desde el antiguo derecho de gentes³⁸. El Art. 75 inciso 17 menciona dos situaciones distintas que deben tenerse en cuenta con respecto a las tierras indígenas: en la primera, que se refiere al *reconocimiento de la posesión y propiedad comunitaria de la tierra que tradicionalmente ocupan*, el Estado asume una realidad fáctica a la que otorga derechos de convergadura constitucional; la segunda trata sobre la *regulación del acceso a tierras aptas y suficientes para el desarrollo humano*, lo que implica la obligación estatal de atender a las necesidades presentes y futuras de los Pueblos indígenas respecto de la tierra.

Con respecto a la *posesión* indígena de la tierra debe señalarse que la forma que adopta la misma es sensiblemente distinta a la regulada en el Código Civil³⁹. La ocupación se manifiesta de manera diferente y no siempre es evidente por el modo cultural de producción que no incluye, como ocurre en las sociedades de tecnología compleja, la práctica de transformación masiva de la naturaleza, y por el notable ajuste con el medio que estos Pueblos adquirieron a lo largo de las generaciones. En este sentido, la evidencia física de la utilización de determinados cazaderos en el Gran Chaco, por ejemplo, sólo puede advertirse en el desajuste ecológico que produce la interrupción de las quemazones —una de las técnicas cinegéticas tradicionales— marcado por los renovales de leñosas invasoras indeseables y otros efectos negativos concomitantes. A pesar de la sutileza con que aparecen los signos de la posesión, los sitios de asentamiento periódico, las aguadas, los pozos, los territorios de caza, las zonas de recolección o de pesca, los casi imperceptibles cementerios, etc. están marcados de forma indeleble en la memoria histórica de estos pueblos. Esa memoria histórica, indisociable de la geografía⁴⁰, es la principal señal de posesión tradicional que ahora posee rango constitucional. Los cazadores-recolectores, nómades⁴¹, recorrían circuitos en su territorio utilizando la naturaleza en la medida en que los recursos propios del ciclo anual y la tecnología cultural les permitían aprovecharlo. En ese sentido, puede establecerse una analogía firme en el plano funcional entre la utilización indígena del *hábitat* y el uso que realiza de su vivienda una familia urbana de tradición occidental, aunque el lapso de tiempo entre las ocupaciones sucesivas de uno u otro de los espacios internos de la *vivienda* sean considerablemente diferentes. Esas diferencias en el tiempo y modo de ocupación del espacio se explican así por las diferencias entre las funciones culturales de los diferentes modelos, y se puede afirmar que la ocupación que realizan los indígenas de su territorio no tiene nada de azaroso o esporádico si la observamos desde la óptica de la racionalidad interna de cada cultura.

Por otra parte, la noción de propiedad de la tierra tampoco es cabalmente compartida por estos pueblos y ya vimos en qué medida el adjetivo “comunitarias” aplicado a la economía indígena es pertinente a estas culturas. Hablando de la noción de *propiedad de la tierra* que poseen los wichí o maticos, dice J. Palmer 1995⁴²:

Tradicionalmente esta territorialidad no estaba acompañada por ningún concepto de propiedad que implicara derechos exclusivos de posesión y uso de la tierra. En realidad los wichí encuentran paradójica la idea de propiedad de la tierra.

Como cierta vez explicó un anciano: -¿cómo podrían los hombres pretender ser los propietarios de la tierra si sus vidas son mucho mas breves que la vida de la tierra? Mas bien los wichí invierten la relación y se ven a sí mismos como pertenecientes a la tierra más que a ésta perteneciéndoles a ellos.

De todo esto surge con evidencia renovada la necesidad de una comprensión profunda de las formas culturales aborígenes porque ciertamente esa visión y pensamiento difieren profundamente de la estructura mental de nuestro ordenamiento jurídico, de base romanista.

La constitución de la República del Brasil⁴³, con un espíritu marcadamente similar al de la reforma que comentamos, señala que son tierras tradicionalmente ocupadas por los indios las habitadas por ellos en carácter permanente, las utilizadas para sus actividades productivas, las imprescindibles para la preservación de los recursos naturales necesarios para su bienestar, y las necesarias para su reproducción física y cultural según sus usos, costumbres y tradiciones. Los Pueblos indígenas tienen con ellas un vínculo histórico, religioso y espiritual que posee relevancia para su identidad cultural y étnica. Estas tierras -hábitat y territorio- constituyen regiones con las que estos Pueblos están identificados históricamente y sin las cuales no pueden desarrollarse ni sobrevivir de acuerdo con sus patrones tradicionales.

La intención del legislador de referir al concepto de *territorio* cuando habla de "las tierras que tradicionalmente ocupan" -y no a las parcelas mínimas en donde hoy puedan hallarse hacinados- se ve robustecida y respaldada por el carácter indisoluble que otorga a esos territorios al establecer la restricción del dominio mediante la "inenajenabilidad, intransmisibilidad, inembargabilidad". Esto es así por la unión indisoluble entre la identidad étnica de los Pueblos indígenas y los territorios que ocupan tradicionalmente.

Es justamente la *propiedad comunitaria* la figura que más se aproxima a la forma de relacionarse con la tierra que tienen estos Pueblos y lo que justifica con mayor fuerza la utilización de la categoría institucional de *comunidad* para encuadrarlos jurídicamente en forma conjunta. Se trata de una institución novedosa, reconocida y aceptada por la legislación existente, pero sin que exista un criterio uniforme para su caracterización, ya que algunas leyes la asimilaban equivocadamente a formas asociativas aceptadas por el Código Civil (ley 6373 de Salta, art. 16). Esta confusión viene a ser salvada por la reforma que, a la vez que otorga rango constitucional a esta forma de propiedad, establece -interpretando la voluntad del legislador- que la misma debe ser definida respetando la identidad y atendiendo a la preexistencia étnica y cultural de los indígenas. De esto surge la evidente necesidad de adecuar los textos legales a la nueva realidad jurídica.

Personería jurídica

La comunidad indígena entendida como unidad sociopolítica es un ente con

personalidad jurídica propia, susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones. Este hecho, surgido del reconocimiento constitucional de la preexistencia de los pueblos indígenas e instrumentado de forma expresa por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución, implica que el Estado puede tan sólo reconocer esa Personalidad Jurídica y no otorgarla como en el caso de los otros cuerpos con estatutos societarios citados por el Código Civil. Este reconocimiento debe ser entendido en consonancia con el mandato constitucional de respetar la identidad de estos Pueblos, lo que significa el respeto a sus mecanismos de representación y toma de decisiones, los que ciertamente no son los de la democracia representativa.

Un reconocido sabio toba habituado a reflexionar sobre su propia cultura, decía al respecto en 1992

Hay una diferencia muy grande entre la manera de tomar decisiones entre los grupos blancos, que lo resuelven casi siempre por votación y los grupos aborígenes. La decisión se toma sobre la base del común acuerdo, siempre viene por la decisión de un grupo, así por mayoría y nunca se practica la elección. La elección es un modelo que estamos copiando ahora, es un modelo distinto a nuestra tradición. Nosotros tenemos una organización de iglesias que se ha confederado a través de 25 años. Teníamos un sólo líder que nunca se pudo tocar hasta su muerte. Y se hizo la elección después de la desaparición de ese líder. Y esto trajo muchos problemas para nosotros porque ya desviamos la orientación tradicional. Y así por tradición nunca hacíamos la elección, los que llegaban a ser designados lo eran por un consejo de grupo, nuestros problemas internos vienen por tener que cumplir los estatutos, que establecen un límite. Cada tres años hay que estar cambiando y muchas veces la gente se siente cansada por ello. No se acostumbra a los cambios. (ENDEPA, 1992, p. 13)

Las leyes provinciales y la nacional sancionan como herramienta administrativa para las “comunidades” indígenas, entendidas como unidades políticas, su configuración como Asociaciones Civiles y el otorgamiento a las mismas de personería jurídica en un todo conforme con la ley respectiva que regula el funcionamiento de las sociedades. Se establece así, por medio de este verdadero artificio, la vigencia en las sociedades indígenas de las exigencias de la ley de personas jurídicas en el sentido de establecer balances anuales, renovar autoridades en base a elecciones democráticas, etc. Resulta obvio que la aplicación a rajatabla de las normas vigentes para cualquier Asociación debe colisionar con la normativa tradicional de cada cultura particular tanto en lo relativo al establecimiento de la representatividad y al control de gestión de la misma como a los particulares procedimientos que estas acciones solicitan. De allí lo que acontece en forma frecuente con las exigencias de las direcciones de personas jurídicas provinciales que, aplicando las mismas normas que a cualquier otra Asociación, anulan asambleas de comunidades indígenas por no haber publicado los edictos o por no haber enviado a cada socio la memoria y el balance⁴⁴. ¿Cuántos aborígenes

leen en castellano?, y de ellos ¿cuántos acceden a un diario? Ciertamente hay requisitos que no resisten ni siquiera a su lectura. Pero estos hechos demuestran, más que una ignorancia supina de la realidad provincial e indígena, la profunda inadecuación de la personería de derecho común a las sociedades aborígenes y la deformación que impone el Estado por su injerencia en las instituciones nativas.

Resulta claro entonces que la personalidad jurídica de las comunidades indígenas no puede asemejarse a la de una Asociación Civil, o una Cooperativa con exigencias formales aún más flexibles. En resumen, una comunidad indígena posee personería propia que el Estado se ha comprometido constitucionalmente a reconocer, que es distinta a las figuras existentes en el Código Civil, y que se conforma según las pautas fijadas por ella misma en su organización tradicional.

Participación

Antes de la reforma constitucional, el Estado Nacional ya había sancionado con fuerza de ley los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT que establecen la participación amplia de los Pueblos indígenas en los asuntos que los involucran⁴⁵. En tanto la nueva norma amplía lo establecido en dicho Convenio, el derecho a participar que la Constitución Nacional reconoce a los Pueblos indígenas se trasunta no sólo en la mera consulta, sino también se refiere a la participación en la elaboración, decisión, ejecución y control de cualquier acción que realice el Estado por sí o que delegue a un particular, a desarrollarse en territorio indígena y/o zona de influencia, o que directa o indirectamente se relacione con el Pueblo afectado. Asimismo es de fundamental importancia el derecho a la percepción de frutos que tienen los indígenas por la realización de tales acciones. El ejercicio de este derecho le corresponde a la unidad sociopolítica (comunidad) directa o indirectamente afectada. Es decir, que con respecto a los recursos naturales que se encuentren en sus tierras, las comunidades tienen su manejo y el Estado Provincial, necesariamente, deberá negociar con ellas su explotación, como en el caso del petróleo, otras actividades mineras, manejo de recursos hídricos, etc.

En tanto el nuevo artículo de la Constitución establece las pautas de relación del Estado Argentino con los Pueblos indígenas, sus organizaciones propias y sus instituciones representativas, la participación de los mismos en la toma de decisiones en temas que afecten a sus intereses es una de las manifestaciones de esa nueva forma de relación. Queda para la futura legislación el establecimiento de los mecanismos para canalizar la participación indígena. Sin lugar a dudas es un gran desafío el establecimiento de tales mecanismos y confiamos en que las organizaciones indígenas establecerán para ello sus interlocutores válidos ante el Estado.

Desarrollo humano

La idea de *desarrollo humano* que sustenta la Constitución Nacional en el artículo 75 inciso 17 debe ser analizada a la luz de la identidad étnica y cultural de los Pueblos indígenas y no con los moldes del desarrollo económico dirigido únicamente a la producción y a la participación en el mercado. Con espíritu semejante se afirma en la parte de la Constitución de la República del Paraguay que trata del tema⁴⁶ que “los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra en extensión y calidad suficientes para el *desarrollo y la conservación de sus formas peculiares de vida*”⁴⁷. Es decir, que esta idea se encuentra emparentada también con la noción de *territorio*, en cuanto acceso a los recursos necesarios para la existencia del grupo y área asociada a la *identidad* de un pueblo. En el mismo sentido esta noción de *desarrollo* está indisolublemente ligada con las de conservación y mantenimiento de la diversidad biológica y cultural⁴⁸ que permiten el funcionamiento pleno de las instituciones tradicionales y la realización humana; diversidad que debe considerarse como un bien más caro a la sociedad global que el *producto bruto* de la misma. Por ello, el concepto de *desarrollo humano* debe distinguirse de aquellos en los que la palabra *desarrollo* remite en forma lineal al *eje riqueza-pobreza, ingreso per capita o calidad de vida*, categorías con grados expresables en moneda, acceso a bienes industriales o a servicios propios de nuestros parámetros culturales. *Desarrollo humano* en el marco de la Constitución Nacional reformada menta así esa inescindible realidad, territorio-existencia-identidad a que antes referimos, y remite al proceso de realización humana en el marco de una economía sostenible y autónoma que sólo los pueblos indígenas, en ejercicio de su autodeterminación, pueden definir y caracterizar.

CONCLUSIONES

Hemos caracterizado al proceso por el que se ha generado la nueva legislación como de “génesis inversa”. También hemos visto que esa legislación solicita un desarrollo consecuente de la normativa específica. La adopción por parte del Estado Nacional y las provincias de dicha normativa que debe reconocer necesariamente los derechos inherentes a los *Pueblos indígenas* debería respetar el sentido de ese proceso y ser en el futuro también producto de la presencia protagónica de esos *Pueblos* en los procesos normativos que los involucran como tales. Por otro lado, la evolución de esta rama específica del Derecho también debe mantener el sentido que le dio origen, impidiendo que las normas cristalicen en una burocracia distinta, una nueva legislación sólo simbólica, y abra las puertas a una nueva y constante participación de los interesados directos.

Con respecto a sus protagonistas, resulta claro que la normativa reciente solicita la formulación de una nómina de los Pueblos indígenas argentinos, poblaciones a quienes debe estar dirigida la legislación que anticipa la Constitución reformada. En

realidad el Estado argentino ya intentó con magros resultados el establecimiento de dicha *nómina*⁴⁹. Un nuevo intento, correctamente dirigido y orientado, deberá determinar las poblaciones a las que se refiere el legislador. La reivindicación de una *etnicidad* apócrifa por parte de gente que tiene sólo una semejanza somática con los indígenas, lo que implicaría cuando más un remanente genético, y/o el relicto onomástico que aparece, a veces, en los apellidos, no puede sino perjudicar la justa causa de los verdaderos indígenas que terminan siendo el islote marginado de la marginalidad⁵⁰. La *etnicidad* no puede ser un mero dato de la subjetividad, sino que la autoadscripción debe componerse con un reconocimiento externo de carácter intersubjetivo.

Queda claro que a partir de la sanción de la reforma constitucional el Estado Argentino reconoce en su seno la pluralidad cultural, lo que implica la aceptación de diferentes sistemas de valores, pautas y normas que deberían operar armónicamente enmarcadas por la más general que es la constitutiva del propio Estado argentino. El ajuste entre la normativa de las instituciones tradicionales y las del Derecho positivo de un país moderno parece ser uno de los grandes desafíos que plantea esta parte de la reforma. Para ello será necesario profundizar en el conocimiento de la normativa indígena para, a partir de ella, adecuar el contenido de los códigos y leyes particulares y descubrir el compromiso necesario entre unas y otros cuando las diferencias parezcan irreconciliables.

Por fin, en lo relativo a los puntos sensibles relacionados con las nociones de propiedad de la tierra, la Asamblea Constituyente ha escogido lo que podría calificarse como conceptos "pivote" que deberían permitir la coexistencia armónica entre los diferentes pueblos de una Argentina multiétnica y pluricultural. Estos elementos que formarían el algoritmo que debería posibilitar la comunicación jurídica, una especie de traducción entre los diferentes sistemas de tenencia y propiedad, son el concepto de *comunidad indígena* y la *personalidad jurídica* que la caracteriza.

En efecto, la incorporación de los derechos indígenas al ordenamiento, jurídico y, en particular, el tema de la propiedad de la tierra, trajo aparejada la irrupción en ese ordenamiento de un instituto de derechos Reales absolutamente novedoso: *la posesión y propiedad comunitaria de la tierra que tradicionalmente ocupan*. La obligación de que la adecuación normativa se traduzca en términos concretos y efectivos, impone la necesidad de definir, regular y establecer el contenido y alcance de esta figura; lo que, por todo lo que llevamos dicho, no puede hacerse sino desde la visión y pensamiento indígenas. La técnica legislativa debería encargarse de que la posesión y propiedad comunitaria de la tierra queden precisamente diferenciadas de la *posesión*, del *dominio individual*, y de la *propiedad en condominio* que reconoce el Código de Vélez Sársfield⁵¹. Una clave del análisis en éste y en todos los otros órdenes parece ser la adopción, como punto de partida, de la concepción indígena, para, adecuar de esta manera, la norma a la realidad cultural de los pueblos aborígenes, haciendo efectivo el mandato constitucional de respeto a su identidad.

Con referencia a la personería jurídica de las comunidades indígenas, considera-

mos que, si bien se hace necesario el establecimiento de algunos requisitos mínimos a fin de contar con el marco de previsibilidad a que hicimos referencia, los mismos no deberían atender contra el orden institucional interno propio de la cultura que caracteriza a dichas comunidades. Por otra parte, parece claro que, el de la personalidad jurídica de las agrupaciones indígenas, es el reconocimiento simple de un hecho preexistente de la realidad que no otorga al Estado ningún otro poder. Dicho requisito debería estar orientado a contar con un registro mínimo, pero sin que las formalidades de nuestra jurisprudencia se conviertan en vallas insalvables para un funcionamiento eficiente en el marco de la práctica autóctona.

En definitiva, la formulación de la figura asociativa de *comunidad indígena* y el reconocimiento de la *personalidad jurídica* de la misma parecen ser las herramientas idóneas seleccionadas por la Constitución para la articulación institucional que haga compatible el funcionamiento armónico de la normativa de las diferentes culturas bajo el amparo del Estado Argentino.

Todo esto implica la necesaria modificación del Código Civil a fin de adecuarlo a la norma constitucional. Ahora bien, ¿cuál es la naturaleza jurídica de este instituto novedoso?, ¿se trata de una persona de Derecho Público o de Derecho Privado?, ¿No estaremos frente a una nueva categoría de ente ideal con características únicas donde el voto de uno vale por el voto de todos?.

En síntesis, realizamos un análisis del nuevo artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional y establecimos algunas pautas respecto de su implementación. Sin embargo, más allá de la elaboración jurídica, está claro que cualquier medida que tomare el Estado Nacional o los Provinciales y que pudiere afectar en algún grado a los Pueblos indígenas, deberá respetar en forma total y absoluta la identidad étnica y cultural de esos pueblos. También es ese mismo el rumbo a seguir en cualquier modificación que se efectúe de las leyes vigentes o en la creación de nueva legislación.

Las Lomitas, septiembre de 1995

NOTAS

- ¹ Nos referimos, en particular, a las constituciones de Río Negro (1988), art. 42; de Formosa (1991), art. 79; del Chaco (1995), art. 37; y de Jujuy y Salta (1986), art. 50 y 15 respectivamente. Cabe destacar que, a pesar de la relativa modernidad de las dos últimas reformas mencionadas, en ellas se conserva aún la vieja redacción de algunas constituciones provinciales de la década de 1950 que utilizaban conceptos perimidos en la actualidad por su carácter "paternalista". Tal es el caso de la legislación que propugna la "protección del aborígen" o su "integración a la vida nacional".
- ² Estas leyes fueron sancionadas los siguientes años: 1984 la de Formosa, 1986 la de Salta, 1987 las dos siguientes, 1988 la de Río Negro, 1991 la de Chubut y 1993 la de Santa Fe.
- ³ Antiguo art. 67 inc. 15 de la Segunda Parte, Capítulo IV de la Constitución Nacional:

“Corresponde al Congreso ... proveer a la seguridad de las fronteras, conservar el trato pacífico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo.”

- 4 Bidart Campos, 1988 , pág. 741.
- 5 Por Ley 24309 el Congreso Nacional estableció la Declaración de la Necesidad de la reforma de la Constitución que apareció en el Boletín Oficial del 31-XII-93 N° 27798. En el art. 3 pto. LL, establece la necesidad de adecuación de los textos constitucionales a fin de garantizar la identidad étnica y cultural de los Pueblos indígenas. Por reforma al art. 67, inciso 15 de la Constitución Nacional.
- 6 Dictamen de la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías a la Comisión de Redacción del 7 de julio de 1994, p. 35. “Se solicita a la Comisión Redactora, se considere la incorporación del mismo [proyectado Artículo 67 inciso 15] como artículo nuevo del capítulo segundo de la primera parte de la Constitución Nacional, atendiendo a la naturaleza declarativa de derechos y garantías del texto propuesto y en base a las atribuciones que le concede a la Convención el artículo 15 de la ley 24.309, y a la comisión el artículo 42 del Reglamento de la Convención Nacional Constituyente”.
- 7 Importantes antecedentes para una legislación de intención neutra desde el punto de vista étnico –ya que reconocía el carácter nacional de los Pueblos indígenas a los que sólo exigía formalmente la sujeción a la Corona– que en gran medida anticipa las dificultades y particularidades de la situación actual, pueden hallarse en el Derecho Indiano generado por los reyes de España. Jiménez de Azúa, L., (pág. 958) dice al respecto: “...Al menos nominalmente se aplicaba en los territorios que España colonizó la ‘Recopilación de las leyes de los Reynos de las Indias’, que se terminó en 1680 [se había comenzado en 1525] pero hubo antes muestras copiosas de legislación colonial y otros Códigos y Recopilaciones”. Y, en el Derecho Indiano (p. 961) “...las reglas aplicables a los peninsulares, concernían principalmente a los aborígenes, con un sentido marcadamente tutelar”.
- 8 En el debate de la 21a. reunión de la Comisión de Redacción de la Asamblea Constituyente de Santa Fe (Ver pág.3 de la versión taquigráfica) se polemizó sobre si la palabra “preexistencia” implicaba a los aspectos institucionales de esos Pueblos o tan sólo era “un reconocimiento ... de tipo simbólico” de la “identidad histórica, étnica y cultural” (Sr. Quiroga Lavié). Obviamente el convencional ignoraba el contenido estricto del término “cultura” que implica necesariamente lo normativo e institucional, según se expone más adelante en el acápite relativo al término “cultura”.(Ver pág. 8).
- 9 En lo que respecta a las evidencias arqueológicas del más antiguo poblamiento en el actual territorio argentino se acepta la datación, mediante el método de radiocarbono, de 12600 años AP (antes del presente) para la Cueva de Los Toldos en la Patagonia meridional. (Lavallée 1995, pág. 69).
- 10 Entre otros pueden citarse según Miranda B. (1984) la Petición de Francisco Pérez de la Reynaga al Rey Felipe y Cédula Real de 1597; el Tratado de Paz entre los indios Tocagües y Vilos de Santa-Fé de 1662; el Tratado entre el Gobernador Urízar y los Malbaláes de 1710; el Tratado entre el Gobernador Urízar y los Lules (posiblemente del mismo año); el Acuerdo para crear Reducción de indios Pampas de 1740; el Memorial de Juan Rico, Procurador General del Paraguay al Rey de 1743; el Tratado entre Manuel Pinazo y los Aucas e Instrucciones de 1770; el Tratado entre Matorras y Paykin de 1774; las Instrucciones del Rey Carlos III al Virrey de las Provincias del Rfo de la Plata acerca de los Guaicurúes; el Tratado

entre Miguel Tupac Amaru y el Comandante José Reseguín de 1781 y el Acuerdo del Viejo Cabildo de Itatí con indios libertados de 1803.

- 11 Relección de los indios recientemente hallados, Primera Parte. Relecciones Teológicas, De indios.(1538 ó 1539).
- 12 Se debe a los sociólogos franceses, y en particular a M. Mauss (1938), la propuesta del concepto de noción de persona para comparar las diferentes figuraciones que los hombres hacen de sí mismos. Según esa escuela, es a partir del desarrollo del significado de esta palabra, en particular de su tratamiento por el dogma cristiano con posterioridad a la Reforma y especialmente en el Iluminismo, que se ha configurado la ecuación que identifica al individuo humano con la categoría del yo y a ésta con la conciencia, fórmula que se hace evidente en la proposición inicial del Discurso del método de Descartes. Como otras nociones culturales no debe interpretarse ésta como una determinación individual sino como contenidos del inconsciente colectivo que se expresan en el plano de la casuística en forma de tendencias de carácter estadístico.
- 13 Aunque *ghetto* es palabra italiana con la que se denominaba a los barrios judíos en la Edad Media, la situación de esta minoría en la península no pasó de la segregación local ni llegó a los extremos de más al norte. Hoy la palabra designa a los barrios de colectividades homogéneas segregados de cualquier sociedad dominante. *Apartheid* (palabra *afrikans*) es el nombre que se dio en Sudáfrica al régimen segregacionista que se describe en forma eufemística como de “desarrollo separado” por el que las mayorías negras estaban inhibidas de participar en la vida política de la República, debían ocupar territorios separados con autonomía relativa y, en última instancia, se desalentaba radicalmente la mezcla racial.
- 14 Un modelo semejante, pero inverso, se postula en los países del norte. Allí se contrasta el propio proceder hacia los pueblos colonizados con el que aplicaron españoles y portugueses, caracterizando el de los últimos como “esclavista” y el propio como “comercial”. La oposición resulta incongruente desde que, si la actitud comercial de los europeos septentrionales, coherente con la explicación que proponemos, parece reflejar en parte la realidad histórica, el esclavismo fue en el mundo de influencia europea hasta el siglo pasado y jurídicamente prohibido—aunque subsistente en formas alternativas y eufemísticas—para los aborígenes americanos en territorios de la corona española casi desde el comienzo de la conquista. Como sea, el fenómeno que deseamos resaltar es que las áreas de mestizaje intenso en América coinciden con los territorios de expansión española y lusitana, mientras que en los países emergentes de colonias inglesas u holandesas las poblaciones son, en general, biológica y culturalmente discretas.
- 15 El decreto de la Junta Grande de septiembre de 1811 que ordena la “extinción del tributo que pagaban los indios a la Corona de España” establece en su capítulo 2do. que “...se imprima inmediatamente el suficiente número de ejemplares en castellano y quichua...” Otro famoso decreto sancionando el citado anteriormente y derogando “la mita, las encomiendas, el yanaconazgo y el servicio personal de los Indios, baxo todo respeto y sin exepuar aún el que prestan a las Iglesias y sus Párrocos o Ministros;...” emitido por la Asamblea del año 13 en el mes de marzo con las firmas de su presidente, Tomás Valle, y su secretario, Hipólito Vieytes, establecía igualmente “que este Soberano Decreto se imprima y publique en todos los Pueblos de las mencionadas provincias, traducándose al efecto fielmente en los idiomas Guaraní, Quichua y Aymará para la común inteligencia”.

- ¹⁶ El Congreso de Tucumán ordenó el 29 de Julio de 1816 la impresión de 3000 ejemplares del Acta de la Independencia; 1500 en castellano, 1000 en quichua y 500 en aymará; esto últimos en dos columnas. El guaraní fue excluido a último momento por los conocidos problemas políticos con las provincias litorales. (Martínez S. 1992, pp. 170-171).
- ¹⁷ Este "trato pacífico" no sólo se fundaba en los tratados coloniales sino también en la Convocatoria del 8 de junio, para hacer saber que no debe haber diferencias entre militares españoles y militares indios de 1810, surgida del Primer Gobierno Patrio; en la "Convención estipulada entre la Provincia de Buenos Aires y sus limítrofes los caciques de la frontera del Sud de la misma Provincia, con el fin de cortar de raíz las presentes desavenencias ocurridas entre ambos territorios, y de establecer en lo sucesivo paces firmes y estables de fraternidad y seguridad recíproca..." firmada en 1820 por el gobernador Martín Rodríguez; en el Tratado entre el Gobernador de la Provincia de Corrientes (Juan José Blanco) y los caciques Abipones de 1822; en el Art. 3º del Tratado de 1825 en el que el gobernador de Corrientes, Pedro Ferré, "reconoce a los indios la soberanía y dominio en todas las tierras del Chaco" y en varios otros. Posteriormente a la sanción de la Constitución, la práctica de los tratados fue conservada, como ocurrió en el acuerdo de 1864 con los indios del Chaco y en el Tratado con los indios ranqueles de 1870 celebrados por el gobierno nacional. (V. Levaggi 1993).
- ¹⁸ Según el senador Rojo en respuesta a la pregunta -¿Va a tratar el gobierno con los indígenas como con las naciones extranjeras? "... En Norteamérica hay tratados con las tribus y entre nosotros también los hay. Son especies de convenciones que las autoridades públicas celebran con estas corporaciones más o menos salvajes o civilizadas, pero no llegan al rango de tratados internacionales". (Slavsky 1989, pág. 17).
- ¹⁹ Ver nota 6.
- ²⁰ "La utilización del término 'pueblos' en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional". Este párrafo implica en esencia el temor de las instituciones del Estado de que el reconocimiento del carácter nacional implique automáticamente el derecho a la "autodeterminación" y responde a una visión pobre y anacrónica del valor de la diversidad cultural.
- ²¹ En particular la Ley Nacional Nº 23302 y las Leyes Provinciales antes citadas, exceptuando las de Formosa, Chaco y Salta. En estas últimas no se enuncia tipificación jurídica alguna de la comunidad indígena tal vez porque en ellas los asentamientos indígenas son proporcionalmente más numerosos y la entidad nacional de los pueblos que dichos asentamientos componen es tan evidente y tradicional como para no requerir ulteriores definiciones continuando con la tradición jurídica iniciada en tiempos coloniales.
- ²² Siguiendo la letra de la ley 23.302 y reiterada en el Convenio 169 art. 1.1.b.
- ²³ En estas regiones existen importantes conjuntos demográficos de gente agrupada localmente que se distingue del grueso de la población a partir de criterios de adscripción y culturales. Es habitual que se clasifiquen sobre parámetros lingüísticos como mapuches o araucanos los del sur del país; guaraní occidentales o chiriguano, maticos o wichí, chorotes, tobas, mocovíes y pilagás los del Gran Chaco argentino; y, por fin, guaraníes o mbyá los de Misiones. Fuera de dudas, esta clasificación no resiste un análisis sistemático ni refleja las agrupaciones reconocidas por los propios indígenas. Uno de nosotros lleva adelante desde

hace años una investigación tendiente a aclarar este problema en el Gran Chaco, cuyos resultados parciales indican que las unidades étnicas o Pueblos indígenas de esa región son mucho más numerosos, aunque de una entidad demográfica menor, de lo que considera la clasificación antes enunciada (Braunstein 1992, pág. 1-5). Aparte de los ennumerados deben existir remanentes más o menos aislados de pueblos indígenas diezmados. Tal vez onas y tehuelches de Tierra del Fuego y Patagonia, Vilelas del Chaco, etc.; pero tan sólo la investigación crítica podría verificarlo fehacientemente.

- ²⁴ Denominamos de esta manera a las formas culturales de la Argentina en las que los elementos indígenas son prácticamente indisociables de los españoles del Renacimiento. Podría debatirse si corresponde la inclusión de los portadores de estas formas culturales mixtas entre los beneficiarios de la legislación indígena ya que toda cultura, como veremos más adelante (Ver pág. 8), es dinámica; es decir, cambia permanentemente e integra elementos de las otras con las que está en contacto. Todos los Pueblos indígenas sobrevivientes de la Argentina han adoptado en un grado variable rasgos culturales que provienen de los europeos y, en este sentido, podría cuestionarse la frontera, el punto liminar entre indios y criollos. A la inversa, existen rasgos de nuestra cultura actual que fueron tomados de los pueblos indígenas sin que nosotros mismos muchas veces lo sospechemos. También es frecuente que la pertenencia se vea oscurecida por la distancia temporal que nos separa de nuestras propias fuentes culturales, ocultándose así el origen alóctono de algunos rasgos e instituciones que son tomados como indígenas. Esto puede advertirse claramente en las formaciones culturales criollas del Noroeste argentino que frecuentemente son interpretadas como netamente indígenas. Tal vez formulando el problema en forma análoga al modelo con el que la sociolingüística intenta comprender los fenómenos de contacto y mezcla entre lenguas se pueda establecer una diferencia clara entre culturas criollas e indígenas.
- ²⁵ La historia, la lengua y la cultura de estos importantes Pueblos que nos han legado riquísimos testimonios arqueológicos es, hasta el día de hoy, uno de los grandes enigmas de la prehistoria americana. Durante el S. XVI y comienzos del XVII los diaguitas y calchaquíes resistieron tenazmente a los españoles, resistencia que adquirió la forma de sucesivas revueltas sofocadas durante las llamadas "guerras calchaquíes". Los españoles adoptaron con los vencidos políticas usuales para la época que iban desde el exterminio y la destrucción de los lugares de habitación y producción hasta la erradicación étnica consistente en conducir a los núcleos resistentes a cientos de kilómetros de sus lugares de origen.
- ²⁶ Es interesante en este sentido que en varias leyes se utilice la palabra "etnia" castellanizada como aparece en el diccionario ("agrupación natural de individuos de igual idioma y cultura"). Esto indica que los legisladores no tienen en cuenta el uso académico del término sino que lo utilizan con su sentido vernacular ingenuo.
- ²⁷ Ver Alvarsson, 1990, *passim*.
- ²⁸ La discriminación inversa ya existía en las Leyes de Indias. Una ordenanza de 1593 dictada por Felipe II dice: "Ordenamos y mandamos que sean castigados con mayor rigor los españoles que injurien u ofendieren o maltrataren a indios, que si los mismos delitos se cometieran contra españoles y los declaramos por delitos públicos". (Jiménez de Azúa 1964, pág. 961).
- ²⁹ En efecto, el artículo CXXVIII dice: "Siendo los indios iguales en dignidad y en derechos a los demás ciudadanos, gozarán de las mismas preeminencias y serán regidos por las

mismas leyes. Queda extinguida toda tasa ó servicio personal baxo cualquier pretexto ó denominacion que sea. El cuerpo legislativo promoverá eficazmente el bien de los naturales por medio de leyes que mejoren su condición hasta ponerlos al nivel de las demás clases del Estado.”

³⁰ Este hecho ha conducido a confusiones de índole diversa como las que referimos en n. 51 o la creencia de que se puede reivindicar arbitrariamente una “cultura” cualquiera como si eso no implicara elementos patrimoniales objetivos a los que la antropología cultural denomina “rasgos”.

³¹ Nos referimos en particular a los indígenas chaqueños que son clasificados por la antropología cultural como “pueblos cazadores-recolectores” y excluimos explícitamente a los grupos con jefaturas de características sociales más complejas que involucraban aldeas agrícolas estables o semi-estables como los mapuches de la Patagonia y los guaraníes de Misiones. Cuando decimos “sobrevivientes” también dejamos afuera de esta caracterización a los pueblos que ya no poseen agrupaciones orgánicas, desaparecidos ya por exterminio físico ya por asimilación.

³² El término técnico “banda” (en inglés band) es el que utiliza la antropología cultural para caracterizar a los grupos locales de parentesco que no se determinan a través de nexos unilineales sino bilaterales, es decir, en los que se es tan pariente de los parientes del padre como de los de la madre y no debería connotar asociaciones con palabras emparentadas del castellano que son claramente despectivas como “bandido”. El término “tribu” es una denominación convencional que se ha usado para denotar a los grupos sociales formados por alianzas de bandas. Al respecto V. Braunstein 1982. *passim*.

³³ Ver más adelante “Personería Jurídica”.

³⁴ Respecto al término comunidad dice el diccionario de Cabanellas (1962 pág. 444) como primera acepción “Calidad de común y general”. Y continúa con las siguientes: “Lo perteneciente a varios. || Lo usado por todos. || Junta o congregación de personas que viven sujetas a ciertas reglas; como monjes y frailes en los conventos. || Asimismo, cualquiera de los establecimientos que poseen bienes en común para diferentes usos útiles al público; como los hospicios, hospitales, etc. || Común o conjunto de los vecinos de las antiguas ciudades o villas realengas en los reinos españoles y representadas por un concejo. Comunidad de bienes: La comunidad de bienes se halla establecida por fuero subsistente en la villa de Albuquerque y otras de Extremadura. Comuneros. Pueblos con comunidad de pastos.” Hablando de la “comunidad de pastos”, el mismo autor afirma: “El Cód. Civ. esp., profundamente individualista, no mira con buenos ojos esta tradicional institución española; y su desdén se revela incluso al catalogarla, sin separación ni título especial, entre las servidumbres voluntarias. Su art. 600 declara: La comunidad de pastos sólo podrá establecerse en lo sucesivo por concesión expresa de los propietarios que resulte de contrato o de última voluntad; y no a favor de una universalidad de individuos y sobre una universalidad de bienes, sino a favor de determinados individuos y sobre predios también ciertos y determinados ... Continuando en su ataque contra esta institución, el art. 602 alienta a destruirla cuando ordena que: “Si entre los vecinos de uno o más pueblos existiere comunidad de pastos, el propietario que cercare con tapia o seto una finca, lo hará libre de la comunidad.” Esto incluye el aprovechamiento de leñas y otros productos de los montes.

³⁵ Lira 1987, pág. 415.

- ³⁶ Lira 1987, pág. 421.
- ³⁷ Lira 1987, pág. 419, agrega, "La disposición a que aludimos pasó a la Recopilación de 1680 como ley 9, título 31, del libro II.
- ³⁸ "Concluamos finalmente: Que antes de la llegada de los españoles a las Indias eran los bárbaros verdaderos dueños pública y privadamente" (Vitoria, pág. 63)
- ³⁹ "2351. Habrá posesión de las cosas, cuando alguna persona, por sí o por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intención de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad".
- ⁴⁰ V. Braunstein 1993, pp. 71-72.
- ⁴¹ La palabra "nómade" se ha utilizado frecuentemente con connotaciones despectivas en la órbita de la cultura occidental –de tradición agrícola y urbana– porque el etnocentrismo inhibe consideraciones sobre la funcionalidad y racionalidad de las costumbres más contrastantes con las propias.
- ⁴² 1995, pág. 4.
- ⁴³ Art. 231. V. Lacerda, R. 1993.
- ⁴⁴ Por ejemplo, la disposición del 27 de mayo de 1992 de la Inspección General de Personas Jurídicas de la Provincia de Formosa que declara "IRREGULAR E INEFICAZ a los efectos administrativos lo resuelto por la Asamblea General Ordinaria celebrada el 01 de Mayo de 1992 por la COMISION VECINAL "BARRIO OBRERO"', con asiento en la localidad de Ingeniero Juárez, ..." porque "...a) no se elevó constancia de la publicación de la Convocatoria y Orden del Día en un diario, como lo determina la ley vigente; b) No se elevó las constancias de la remisión a los socios de la documentación que determina el artículo 26º del Estatuto Social; c) El Informe de la Comisión Revisora de Cuentas enviado, se encuentra firmado por el Titular 2º y Suplente 2º, contradictorio a lo enunciado por el artículo 15º del Estatuto, desconociéndose los motivos..." En este caso, el fundamento a) no resiste la crítica más ingenua, mientras que el b) surge de un error de interpretación del Estatuto de referencia porque la terminología especializada no sólo confunde a los aborígenes; y el c) es falaz desde que los mecanismos que critica estaban previstos en el Estatuto aprobado por la misma Dirección. Según Luis de la Cruz (1995, pág. 3), la situación en la provincia de Formosa sería la siguiente: "De una muestra de 99 comunidades o grupos comunitarios, por lo menos 86 se hallan registradas con personería jurídica en la provincia desde 1981. Del total de la muestra de asociaciones registradas, deberían haberse presentado 737 actualizaciones (una por año, por comunidad). Hemos relevado en la Inspección General de Personas Jurídicas, sólo 62 presentaciones de documentación para la actualización, de las cuales 23 fueron aprobadas por cumplir con los requisitos que la ley impone, y a la fecha del último relevamiento (siete: 4 de noviembre de 1994) sólo 11 se hallaban perfectamente actualizadas (ocho: al día de hoy, este número es caduco, y posiblemente ninguna esté debidamente actualizada).
- ⁴⁵ Ley N° 24071 sancionada el 4 de marzo de 1992.
- ⁴⁶ Capítulo V Art. 64, "de los pueblos indígenas".
- ⁴⁷ El resaltado es nuestro.
- ⁴⁸ V. Embera Wounaan 1993, pp. 44-45.
- ⁴⁹ Nos referimos en particular al Censo Indígena Nacional realizado entre 1966 y 1968. Dicho

trabajo es notoriamente defectuoso tanto en lo que hace a sus aspectos técnicos y teóricos cuanto a los datos que consigna. La poco feliz implementación de ese Censo, que estuvo a cargo del Ministerio del Interior, y la debilidad en uno u otro aspecto de los varios intentos censales que han realizado las provincias hablan a las claras de la necesidad de realizar un nuevo intento pero contando con una dirección académica segura.

- ⁵⁰ Tal el caso de la mistificación, desinformación y superchería en que incurre algún indigenista, quien, en su afán por aumentar el número de Pueblos y justificar su propia inclusión como parte interesada de la lucha indígena, no duda en citar en sus escritos ciertos nombres tomados del conjunto que aparece en las crónicas y las fuentes antropológicas. De entre ellos sólo algunos denotan conjuntos culturalmente orgánicos de gente con una historia compartida.
- ⁵¹ En efecto, los arts. 2351, 2506, 2508 y 2673 del Código Civil regulan la posesión, el dominio y el condominio partiendo del concepto de que la propiedad sólo puede ser individual. Inclusive, para definir la última de las figuras se utiliza el artificio de considerar a cada condómine como el propietario de una parte indivisa.

BIBLIOGRAFÍA

Alvarsson, Jan-Åke

1990 Ethnicity in Latin America. A Few Initial Notes. En: *Ethnicity in Latin America*. Jan-Åke Alvarsson & Hernán Horna (De.). Upsala. Centro de estudios Latinoamericanos. Uppsala Universitet.

Anónimo

s/f *Estatutos, Reglamentos y Constituciones*. Buenos Aires, Fondo Jurídico Ediciones.

Bidart Campos, Germán

1988. La legislación sobre aborígenes corresponde al congreso federal y no a las provincias. *El Derecho* 127: 741.

Braunstein, José

1982. *Algunos rasgos de la organización social de los indígenas del Gran Chaco*. Trabajos de etnología. Buenos Aires, Instituto de Antropología. FFy L. UBA.

1992. Presentación. *Hacia una nueva carta étnica del Gran Chaco* I:1-8. Las Lomitas, Centro del Hombre Antiguo Chaqueño.

1993. Territorio e historia de los Narradores Matacos. *Hacia una nueva carta étnica del Gran Chaco* V: 4-74. Las Lomitas. Centro del Hombre Antiguo Chaqueño.

Cabanellas, G.

1962. *Diccionario de derecho usual*. 4 a. Edición, T. I, Bs. As.

de la Cruz, Luis María

1995. *Situación jurídica de las comunidades indígenas de Formosa*. Langer, MS.

Embera Wounaan

1993. Hacia una concepción alternativa del desarrollo. *Jai-bia*. 44-46, Noviembre. Chocó (Colombia).

ENDEPA

1992. *Diálogo entre culturas*. Resistencia.

Jiménez de Azúa, Luis

1964. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires, Losada.

Lacerda, Rosana

1993. *Os direitos indígenas na constituição federal*. Recife.

Lavallée, Danièle

1995. *Promesse d'Amérique*. Paris.

Levaggi, Abelardo

1993. El tratado entre el gobierno argentino y los indios ranqueles del 22 de enero de 1870 y su circunstancia histórica. *Scripta Ethnologica* XV: 7-25. Buenos Aires, CAEA.

Lira, Andrés

1987. La voz comunidad en la Recopilación de 1680. En: *Recopilación de leyes de los reynos de Las Indias*. Estudios histórico-jurídicos, (Coord. de Francisco de Icaza Dufour), México, Porrúa.

Martínez Sarasola, Carlos

1992. *Nuestros paisanos los indios. Vida historia y destino de las comunidades indígenas en Argentina*. Buenos Aires.

Mauss, Marcel

1938. Une catégorie de l'esprit humain: la notion de personne, celle de 'moi'. *Journal of the Royal Anthropological Institute* LXVIII. Londres.

Miranda Borelli, José

1984. *Suplemento Antropológico* Asunción, Universidad Católica de Asunción.

Palmer, John H.

1995. Wichi toponymy. *Hacia una nueva carta étnica del Gran Chaco* VI: 3-63. Las Lomitas, Centro del Hombre Antiguo Chaqueño.

Slavsky, Leonor

1989. Indigenismo y política indigenista en la Argentina. (PIA. Leg. 0028/89). Buenos Aires, MS.

Vitoria, Fray Francisco de

Relecciones teológicas.