

DOS MINUTOS DE DOCTRINA

29 de agosto de 2017

### **LOS ARAUCANOS, OTRA VEZ...**

*Se han puesto nuevamente en discusión los derechos de las comunidades indígenas en la Argentina. La justicia ya aclaró la cuestión. Pero ahora hay algo más...*

En octubre de 2016, nuestro comentario “Los Boroganos, la tribu Rondeau y el Código Civil” hizo referencia a una sentencia bonaerense relativa a una disputa sobre tierras. La decisión también aclaró algunos aspectos acerca del derecho a la tierra de los *pueblos indígenas argentinos* (como los llama la Constitución).

El tema se ha vuelto candente a raíz de la aparición de grupos que se autodenominan “ancestrales” y que reclaman que se reconozca su preexistencia no ya como pobladores, sino como *una nación distinta de la argentina*.

Vayamos por partes. El artículo 75 de la Constitución dice que “el Congreso debe [...] *reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos*”.

En consecuencia, continúa diciendo, debe “garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personarí 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...”

Como dijimos, en 2016, en un pleito sobre la propiedad de ciertas tierras de una tribu indígena, los tribunales de la Provincia de Buenos Aires tuvieron la ocasión de aplicar esas disposiciones constitucionales<sup>1</sup>.

Ante la situación que se ha planteado a raíz de las reivindicaciones indígenas quizás convenga repasar qué dijeron los jueces.

En ese caso se discutía la propiedad de tierras que habían sido donadas por el gobierno argentino a los “mapuches, araucanos o boroganos” —los propios indígenas se preocuparon de aclarar que esa era una misma y única etnia— en la primera mitad del siglo XIX. Los jueces dictaminaron que, por más que vivieran en esas tierras, ni los nativos ni sus bienes *habían sido colocados por fuera del Código Civil*.

En consecuencia, la sucesiva disminución de la superficie de esas tierras (por ventas, usucapión o sucesiones) *no constituyó un despojo a lo largo de los años mediante maniobras ilícitas*. “Si así hubiese

<sup>1</sup> In re “Montes c. Tribu de Rondeau”, CApelCC, I, Mercedes (2016); *elDial.com* AA992A.

ocurrido, tendrían que haberse promovido los juicios de nulidad pertinentes” aclararon los jueces. “La defensa de la posesión debió hacerse por los mecanismos previstos por el Código, además de ser susceptible de nulidad todo acto jurídico relativo a la cesión de esas tierras en los casos de darse los supuestos de vicios de la voluntad o de lesión”. En otras palabras, si alguien se aprovechó de los indígenas, éstos tuvieron siempre la ley a su disposición.

Los jueces también dejaron sentado que la Constitución es muy clara cuando se refiere a cuáles son las tierras a las que tienen derecho los indígenas: “la palabra ‘ocupan’ es clave para interpretar la cláusula [de la Constitución]”. Ese verbo “está en tiempo presente. Es decir, claramente quiso el constituyente que quedara claro que se reconocía la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan *al momento que la Constitución fue reformada en 1994*”. (Esta vez dejaremos pasar el pleonismo “claramente quiso que quedara claro...”).

“El tiempo presente indica a las claras que *de ninguna manera ha sido la intención establecer una suerte de reivindicación de propiedades indígenas [...] contra todo poseedor presente y más allá del tiempo transcurrido*”.

“En ninguno de los proyectos de reforma constitucional (y menos en el texto de la cláusula en consideración) se sostuvo que se perseguía *una restitución de tierras a esos pueblos, más allá de los siglos o décadas que hubieran pasado*”.

Los jueces continuaron diciendo que “la restitución amplia y general a los pueblos originarios de todas las tierras que poseían antes de la colonización española (remontándonos al siglo XVI) o aun

después (durante el siglo XIX) obviamente no es un tema menor. Por de pronto merecería un debate acerca de si habría que indemnizar a sus actuales propietarios, con todo lo que ello implica en cuanto a los recursos públicos para hacerle frente y sus implicancias económicas, sociales y políticas. *Baste señalar que donde hoy se asienta la ciudad de Buenos Aires vivían los querandíes en la época de Pedro de Mendoza o de Juan de Garay.*”

Los jueces también analizaron el adverbio “tradicionalmente”. “Esa palabra, dijeron, hace referencia a una ocupación desde tiempos ‘inmemoriales’, la que tratándose de pueblos indígenas u originarios remonta a tiempos anteriores a la colonización española. Aquí sí puede hablarse de ‘reivindicación’, pero no en el sentido jurídico sino político y cultural, lo que se traduce en reconocimiento de derechos que [la Constitución] enumera con gran amplitud. Comienza con el reconocimiento ‘de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas *argentinos*’..., que es declarativo y no constitutivo. Es decir, la norma constitucional no crea, obviamente, los pueblos originarios ya que son preexistentes. Tampoco nacen con su reconocimiento de su personería jurídica...”

Entre las referencias históricas usadas por los jueces en su sentencia, se incluyeron varios estudios científicos sobre el origen de esos pueblos —porque, recordemos, la Constitución habla de “pueblos indígenas *argentinos*”—. Uno de ellos (“serio y riguroso sobre la base del examen de los registros obrantes en todos los archivos de la provincia de Buenos Aires”) explicó que los mapuches eran *provenientes de Chile*.

Algunos pueblos originarios fueron aliados del gobierno argentino (a cargo entonces

del Brigadier General Juan Manuel de Rosas); otros, liderados por Calfucurá, “*también mapuche procedente de Chile*” diezmaron a aquellos en la matanza de Masallé (1834). Según los jueces, la Constitución “ha querido brindar reconocimiento a las comunidades de pueblos indígenas sobre las tierras que habitan desde antes de la colonización española. Los boroganos o mapuches o araucanos *no eran originarios de las pampas.*”

Por el contrario, “vinieron de Chile en la segunda o tercera década del siglo XIX (o sea, *con posterioridad a nuestro nacimiento como Nación independiente*)”.

Las citas anteriores confirman que el reconocimiento constitucional al derecho de los pueblos indígenas *sobre las tierras que ocupaban en 1994* fue establecido ese año como reconocimiento de la colaboración prestada al gobierno argentino por los indígenas argentinos en la colonización de la Patagonia iniciada hacia 1830. Ese reconocimiento *no implica* otorgarles el derecho a ocupar *otras tierras.*

Hasta acá, lo que se desprende de la sentencia comentada.

Otra cosa, en cambio, distinta, *muy distinta*, (y por lejos mucho más peligrosa) es la pretensión de que se reconozca la preexistencia y subsistencia de una nación diferente y separada de la República Argentina.

Esta supuesta *nación*, si se dieran por buenos los argumentos de los araucanos o mapuches, tampoco debería ser la única susceptible de ser reconocida, puesto que aquellos no fueron los únicos aborígenes existentes en el suelo argentino antes de la Independencia. Deberían reconocerse, entonces, para ser consistentes, una nación

diaguita, otra de los comechingones, alguna para los tupí, otra de los incas, etc. Casi con seguridad muchos de estos grupos tienen en común algo de lo que carecen los mapuches o araucanos o borocanos: ser originarios de la Argentina.

La pretensión de afectar la soberanía del Estado es ilegal y está legislada en la Argentina. La ley que toca estas cuestiones se llama Código Penal.

Éste sanciona, por ejemplo, a quien “públicamente instigare a cometer un delito determinado contra una persona o institución”, o “tomare parte en una asociación destinada a cometer delitos” o “tomare parte, cooperare, ayudare a la formación o mantenimiento de una asociación ilícita destinada a cometer delitos cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución...”.

También a quien “incitare a la violencia colectiva” o tomare parte “en agrupaciones que [...] tuvieran por objeto imponer sus ideas o combatir las ajenas por la fuerza o el temor” o quisiera “someter total o parcialmente la Nación al dominio extranjero o a menoscabar su independencia o integridad” o al que “por actos materiales hostiles diere motivo al peligro de una declaración de guerra contra la Nación, expusiera a sus habitantes a experimentar vejaciones o represalias en sus personas o en sus bienes”.

Según el Código Penal, también deben ser sancionados “quienes se alzaren en armas para cambiar la Constitución local, deponer alguno de los poderes públicos de una provincia [...] arrancarle alguna medida o concesión o impedir el libre ejercicio de sus facultades legales...”

La cuestión puede verse aun más complicada si los grupos sediciosos, más allá de la legitimidad o autenticidad de sus pretensiones, avanzan hacia el pedido de reconocimiento por parte de terceros. No debe olvidarse que el reconocimiento de un supuesto estado puede ser políticamente interesado o estar fuertemente influenciado por razones de conveniencia.

Así, por ejemplo, el gobierno sudafricano, en tiempos de la discriminación racial o

*apartheid* reconoció, no sin cierta ironía, falsos estados bantustanos como excusa para alegar la supuesta igualdad de derechos que gozaban las minorías raciales a las que simultáneamente oprimía.

La Argentina debe prestar atención prioritaria a esta cuestión, antes de que se desate un conflicto mayúsculo y de consecuencias políticas, jurídicas y hasta geográficas imprevisibles.

\* \* \*

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a [np@negri.com.ar](mailto:np@negri.com.ar).

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.  
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**