



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CUYO
SECRETARÍA DE CIENCIA, TÉCNICA Y POSGRADO

PROYECTOS BIENALES
2005 - 2007

DIRECTOR: Susana T. Ramella

Denominación del Proyecto

**PODER, PROPIEDAD Y PROPIEDADES EN
ARGENTINA**

Código: F184

Equipo:

*PUJOL DE ZIZZIAS, Irene Patricia; BUSTOS, Jorgelina; OCAÑA, Viviana;
DARACT, Victoria; SALINAS, Pablo Gabriel; MILLAN, Margarita;
ÁLVAREZ, Luciana; LEVATINO, Belén; ORTIZ, Gustavo, COCHA, Norma;
SAVARONI, Gabriela; MEDALLA ARAYA, Adolfo R.; MOLINA, César
Alberto*

<i>SUSANA T. RAMELLA</i>	10
INTRODUCCIÓN	10
LA HISTORIA DE LA PROPIEDAD	16
<i>MARÍA VICTORIA DARACT</i>	17
I. LA PROPIEDAD EN EL ANTIGUO RÉGIMEN	17
I.A. Introducción	17
I.B. Doctrinas que sustentan las formas de propiedad	18
I.B.1). La pluralidad de la propiedad en el medioevo	18
I.B.2). La propiedad en la modernidad.....	19
I.C. Formas de propiedad en el antiguo régimen	21
I.C.1). La propiedad en España	21
I.C.2). El conflicto entre los municipios y los señoríos.....	23
I.C.3). Los modos de cesión de la tierra	24
I.C.4). El mayorazgo.....	24
I.D. La propiedad en el derecho indiano	25
I.D.1). 1 La propiedad en el Río de la Plata	27
I.E. La visión de los historiadores del derecho	30
I.E.1). Paolo Grossi	30
I.E.2). RicardoLevene.	31
I.E.3). La perspectiva de Levaggi	32
I.E.4). Mariliz Urquijo	33
I.F. Conclusiones	34
I.G. Bibliografía	35
EL MARCO JURÍDICO:	36
<i>MARGARITA MILLÁN</i>	37
II. EL PODER JUDICIAL AFÍN A LAS POLÍTICAS DE GOBIERNO (1920-1960).	37

II.A. INTRODUCCIÓN.....	37
II.B. MARCO TEÓRICO	37
I.A.1). Marco conceptual	38
I.A.2). Los comienzos de siglo y la propiedad en la Argentina.....	39
II.C. PODER DE POLICÍA. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL. CONTEXTO HISTÓRICO.....	40
I.A.3). C) La Corte suprema de justicia de la Nación.....	45
II.D. CONCLUSIONES.....	60
II.E. BIBLIOGRAFÍA.....	62
IRENE PUJOL.....	64
III. DOMINIO EN EL CODIGO CIVIL	64
I.A. Introducción:	64
I.B. Acerca de los conceptos dominio y propiedad:	65
I.A.1). Concepto de dominio en el código civil:	65
I.A.2). Diferencia entre propiedad y dominio:.....	68
I.C. Dominio eminente del estado, dominio internacional y dominio público.....	72
I.D. Caracteres del dominio:	74
I.E. Carácter absoluto, y ejercicio abusivo:	81
I.F. La función social de la propiedad:.....	86
I.G. Conclusiones:	88
I.H. Bibliografía:	90
IRENE PUJOL.....	90
IV. ANÁLISIS DE LOS FALLOS MÁS TRASCENDENTES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN SOBRE EL ALCANCE DEL DERECHO DE PROPIEDAD DESDE 1989	90
I.A. Introducción:	90
I.B. Desarrollo:.....	91

I.A.1).	Fallos:	91
I.A.2).	Apreciaciones sobre emergencia económica y poder de policía:	103
I.C.	Conclusión:	105
I.D.	Bibliografía:	105
	<i>GABRIELA SABARONI</i>	107
V.	EL DERECHO DE PROPIEDAD Y LAS LETRAS HIPOTECARIAS	107
I.A.	Introducción	107
I.A.1).	El derecho de propiedad y las letras hipotecarias ¿Qué y por qué?	107
	<i>Nociones preliminares</i>	109
	<i>Un instrumento novedoso</i>	110
I.B.	Letras hipotecarias: un concepto relacionado al poder, la propiedad y las propiedades	111
I.C.	Conclusión	123
I.D.	Bibliografía	124
	<i>PABLO SALINAS</i>	126
VI.	LA PROPIEDAD Y EL PODER Ó PODER Y PROPIEDAD. VIOLENCIA Y PROPIEDAD: DEL PODER HACIA EL CIUDADANO	126
I.A.	Marco general	126
I.B.	Sistema económico	127
I.C.	El poder	127
I.D.	La deuda externa	129
I.E.	El estado autoritario	130
I.F.	Caso “Cerruti – Gomez”	130
I.G.	La relación del Poder con la Propiedad en la causa Cerruti, Gomez	138
I.H.	Grupo Operativo	138
I.I.	Conrado Gomez	140
I.J.	Cerro Largo S.A.	140

I.K.	“WILL – RI S.A.”	140
I.L.	Las otras empresas de Massera:.....	141
I.M.	Conclusión	143
I.N.	Bibliografía:	144
LA PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA		146
<i>LUCIANA ÁLVAREZ</i>		147
VII. CONTINUIDADES Y RESISTENCIAS EN LOS PROCESOS DE TRANSFORMACION DEL STATUS JURIDICO DEL INDIGENA EN ARGENTINA.		147
I.A.	Los caminos de la igualdad y la diferencia.	147
I.B.	La pretendida igualdad del indígena.....	148
I.C.	Del derecho a la igualdad al derecho a la diferencia.....	155
I.D.	Conclusiones	163
I.E.	Bibliografía	164
<i>MARGARITA MILLÁN</i>		167
VIII. PROPIEDAD COMUNITARIA DE LA TIERRA-COMUNIDADES ABORIGENES		167
I.A.	INTRODUCCIÓN	167
I.B.	Análisis del tratamiento de la cuestión indígena en diversos países de América 168	
I.A.1).	Derecho Argentino	168
I.A.2).	Caso Mapuche (Chile).....	175
I.A.3).	Nicaragua.....	184
I.A.4).	Paraguay	190
I.A.5).	Organizaciones de defensa.....	193
I.C.	Conclusión	194
I.D.	Bibliografía	196

<i>NORMA COCHA</i>	198
IX. “LA PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA COMO RESGUARDO DE SOBERANÍA TERRITORIAL ARGENTINA”	198
<i>IX.A. INTRODUCCIÓN</i>	200
<i>IX.B. ASPECTOS CONCEPTUALES</i>	201
I.A.1). La Soberanía	201
I.A.2). Soberanía Territorial	204
I.A.3). C. TERRITORIO	206
<i>IX.C. CONSTRUCCIÓN IDEOLÓGICA DE LA PROPIEDAD</i>	208
I.A.1). Propiedad privada	208
I.A.2). Función social de la propiedad	210
I.A.3). Propiedad Colectiva:	211
I.A.4). La propiedad comunitaria indígena	212
<i>IX.D. ANTECEDENTES HISTÓRICOS: LA RELACIÓN ENTRE EL ESTADO Y LOS PUEBLOS INDÍGENAS</i>	214
I.A.1). Antecedentes Indianos : Época Colonial	214
I.A.2). Antecedentes Patrios	223
<i>IX.E. EL RESGUARDO DE LA SOBERANÍA POR LOS PUEBLOS INDÍGENAS</i>	242
I.A.1). La consumación del despojo territorial	242
I.A.2). La problemática de la propiedad comunitaria mapuche	245
I.A.3). Igualdad, nacionalidad y multiculturalismo:	249
I.A.4). Los peligros a la soberanía territorial argentina en la Patagonia:	250
I.A.5). Soberanía y comunidades indígenas	254
<i>IX.F. CONSIDERACIONES FINALES</i>	257
<i>IX.G. COMPLEMENTOS</i>	259
I.A.1). Tratados con pueblos indígenas en la época colonial	259
I.A.2). Legislación en materia de propiedad comunitaria	276
I.A.3). CONSTITUCIÓN NACIONAL REFORMA DE 1994	278
I.A.4). LEY NACIONAL N° 23.302 "Sobre política indígena y apoyo a comunidades aborígenes"	279
I.A.5). ANTEPROYECTO DE LEY "Emergencia de la propiedad comunitaria indígena"	280
I.A.6). JURISPRUDENCIA: Fallos sobre propiedad comunitaria indígena que sientan precedente	280

<i>IX.H. CITAS BIBLIOGRÁFICAS</i>	287
<i>IX.I. ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO Y DOCUMENTAL</i>	296
X. EL DERECHO A LA DIFERENCIA EN LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA DE 1994. HACIA UN NUEVO PARADIGMA ANTROPOLÓGICO	298
<i>Susana T. Ramella</i>	298
<i>X.A. INTRODUCCIÓN</i>	298
<i>X.B. LA PERSONA EN LOS DISTINTOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS</i> .	299
I.A.1). Del caput a la persona en Roma.....	299
I.A.2). La persona en el pluralismo jurídico medieval.....	299
I.A.3). De la persona al individuo homogeneizado en el liberalismo.....	301
I.A.4). Vuelta a la persona desigual para igualarla ante la ley.....	303
I.A.5). La concepción holística de los indígenas respecto de los seres humanos.	303
<i>X.C. HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE UN NUEVO PARADIGMA JURÍDICO ANTROPOLÓGICO</i>	305
I.A.1). Argentina ante los derechos indígenas en el Derecho Internacional. Del dualismo al monismo jurídico.	305
<i>X.D. CONSTITUCIÓN DE 1994: ENTRE EL IGUALITARISMO Y EL PARTICULARISMO DEL DERECHO</i>	308
I.A.1). Reconocer la preexistencia étnica.	309
I.A.2). Pueblos indígenas	311
I.A.3). Propiedad comunitaria versus propiedad individual	312
<i>X.E. CONSIDERACIONES FINALES</i>	316
<i>X.F. BIBLIOGRAFÍA CITADA</i>	318
EL PODER Y LA PROPIEDAD	322
<i>JORGELINA BUSTOS ARLÍN</i>	323
XI. LA PROPIEDAD SUI GENERIS DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y EL PODER DE LA INFORMACIÓN	323
<i>XI.A. LAS TEORÍAS DE LA COMUNICACIÓN FRENTE AL PODER Y LA PROPIEDAD</i>	323

<i>XI.B. LA PROPIEDAD SUI GÉNERIS DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN</i>	325
<i>XI.C. LA PROPIEDAD MATERIAL</i>	327
<i>XI.D. ALGUNAS REFERENCIAS SOBRE ARGENTINA</i>	328
<i>XI.E. MAPA DE MEDIOS DE LOS PRINCIPALES GRUPOS DE MEDIÁTICOS EN LA ARGENTINA</i>	331
<i>XI.F. BIBLIOGRAFÍA</i>	359
<i>CARLOS GUSTAVO ORTIZ</i>	361
XII. LA POSESIÓN DE LA VIVIENDA COMO DERECHO INALIENABLE	361
<i>XII.A. INTRODUCCIÓN:</i>	361
<i>XII.B. PRIMERA PARTE. EL DERECHO A LA PROPIEDAD DE LA VIVIENDA</i>	362
I.A.1). Asentamientos poblacionales irregulares	362
I.A.2). Procesos de expropiación en la ciudad	365
I.A.3). Asentamientos irregulares en Mendoza	369
I.A.4). Diagnóstico social de algunos asentamientos de Mendoza	370
<i>XII.C. PROCESOS VINCULADOS AL CRECIMIENTO Y EXPANSIÓN DE LOS ASENTAMIENTOS MENCIONADOS</i>	373
<i>XII.D. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS SOCIALES Y JURÍDICOS DEL DERECHO A LA PROPIEDAD</i>	373
<i>XII.E. CONSIDERACIONES FINALES:</i>	376
<i>XII.F. BIBLIOGRAFÍA:</i>	379
XIII. EL PODER DEL ESTADO POR EL SUELO Y EL PODER DE “ALGUNOS PROPIETARIOS” EN EL USO DEL SUELO. UN ANÁLISIS POLÍTICO- INSTITUCIONAL DEL DESORDENAMIENTO TERRITORIAL DE MENDOZA.	382
<i>María Belén Levatino</i>	382
<i>XIII.A. INTRODUCCIÓN</i>	382

<i>XIII.B. VINCULACIONES ENTRE ORDENAMIENTO TERRITORIAL (OT) PODER Y PROPIEDAD.....</i>	383
<i>XIII.C. MANIFESTACIONES DEL DESORDENAMIENTO TERRITORIAL EN MENDOZA.....</i>	388
<i>XIII.D. ANÁLISIS POLÍTICO-INSTITUCIONAL DE LAS CAUSAS DEL DESORDENAMIENTO TERRITORIAL EN MENDOZA.....</i>	390
<i>XIII.E. IV PODER, ILEGALIDAD Y VULNERABILIDAD ESTATAL EN EL PEDEMONTE MENDOCINO.....</i>	397
<i>XIII.F. CONSIDERACIONES FINALES.....</i>	401
<i>XIII.G. BIBLIOGRAFÍA.....</i>	402
<i>VIVIANA E. OCAÑA.....</i>	405
XIV. TEMA: LAS FORMAS MODERNAS DE CONTROL SOCIAL: LA PROPIEDAD PRIVADA Y LA PENA COMO EXPRESIONES DEL PODER.	405
<i>XIV.A. CONCEPTOS TEÓRICOS:.....</i>	405
<i>XIV.B. DERECHO MODERNO Y PODER:.....</i>	409
<i>XIV.C. EL SISTEMA PENAL Y EL EJERCICIO DE PODER:.....</i>	411
<i>XIV.D. ANTECEDENTES DE LA PRISIÓN O CÁRCEL:.....</i>	413
SOPORTE TÉCNICO Y LA FORMACIÓN DE RECURSOS HUMANOS:.....	416
SELECCIÓN BIBLIOGRÁFICA, DOCUMENTAL Y EPISTOLAR.....	416
<i>Adolfo R. Medalla Araya.....</i>	417
FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN 1948-1955 .	425
<i>Alberto César Molina.....</i>	427

Susana T. Ramella

INTRODUCCIÓN

“...un príncipe debe saber (...) si tiene que proceder contra la familia de alguno de ellos, (...) que se abstenga de las pertenencias de los demás, porque los hombres olvidan antes la muerte de su padre que la pérdida de su patrimonio. Además razones para arrebatarse los bienes ajenos nunca faltan, y quien empieza a vivir robando siempre encuentra un pretexto para apoderarse de lo que pertenece a otros...”

Nicolás Maquiavelo, El Príncipe.

El epígrafe, de por sí, da una idea de lo antiguo del tema de la propiedad y el poder. En realidad, atraviesa la historia de la humanidad desde muchos siglos antes de los consejos que daba Maquiavelo al Príncipe Médicis de Florencia. Los términos se bifurcan en un sinnúmero de interpretaciones, formas y estilos en que se vinculan un vocablo con el otro. Nunca sus expresiones son pacíficas, simples, unívocas, siempre son complejas, con distintas acepciones, alcances, interpretaciones, enlazada de una y otra forma al poder o poderes habidos en ese largo proceso.

Por ello se consideró importante analizar el poder y la propiedad con un equipo interdisciplinario. De esa forma, cada uno de los miembros del equipo, pudo estudiar desde su perspectiva disciplinaria el problema de dicha relación y las múltiples formas que adquiere la propiedad como también las diferentes formas de coerción ejercida por los poderes: sean los formales de gobierno y los reales, entendiendo por ello los factores reales de poder y su vinculación con normativas, con la posesión de bienes muebles e inmuebles, virtuales, etc.

Por esa razón, la metodología es pluridisciplinaria (historia del derecho, derecho, ciencia política, sociología, psicología social, comunicación social) pero con afinidades epistemológicas, como dijimos en otro proyecto dado el objeto de estudio que se proponía el presente.

El tema se inspiró en el fenómeno evidenciado en los últimos 10 años, como dijimos al presentar el proyecto. Los sucesos acaecidos en esos años cuestionaban lo que parecía ser, según el imaginario colectivo, la propiedad privada, la absolutez del dominio, (Art. 17 C.N.). Ejemplos de ese cuestionamiento pueden observarse en: a) por un lado, la reforma constitucional de 1994 que mantuvo el art. 17, pero introdujo la propiedad comunitaria de los indígenas (Art. 75, inc. 17), lo cual produjo y produce confusiones en la doctrina jurídica y en la jurisprudencia. Por otra parte, las violaciones a ambas categorías de propiedad, la individual y la comunitaria que se fueron produciendo, tanto desde el poder formal, como de actores sociales de gran poder adquisitivo, o actores sociales marginados, excluidos del derecho de propiedad.

Tras la idea de comprender este fenómeno el tema se estructuró atendiendo a los diferentes enfoques disciplinarios:

La historia de la propiedad:

El análisis del proceso histórico realizado con una metodología hermenéutica de las normativas como el estudio historiográfico en sus distintas interpretaciones, fue insumo básico para proporcionar los antecedentes y especificaciones de la diversidad y complejidad de los tipos de propiedad habidos en el tiempo y observar las pervivencias de algunos de ellos en el presente.

Victoria Daract realizó con ese fin el análisis del dominio, las propiedades, las mercedes reales, y las transformaciones sufridas en el largo período que abarca el derecho indiano y patrio. Señalando las vinculaciones con el poder y la ausencia de análisis de los historiadores del derecho referidos a la propiedad del suelo y subsuelo, es decir, la minería, sustento del poderío hispánico en América.

Susana T. Ramella. Por mi parte desarrollé el tema de la propiedad en función social en la Constitución Nacional de 1949. El objetivo fue averiguar desde la historia constitucional, específicamente del constitucionalismo social, la mentalidad, como dice Grossi de la propiedad, y cómo se plantea dentro de la modernidad, la ideología en la cual se inscribió la propuesta de incorporar la función social de la propiedad en la Constitución. El análisis se hizo utilizando la “doble hermenéutica”, diría Giddens (Schuster 2002:31) porque se ponderaron las diferentes interpretaciones, en sus posiciones dicotómicas o mejor dicho disímiles, que despertó la figura de la función social de la propiedad. Atendiendo a la concepción antropológica que inspiraba a los defensores como a los que objetaron dicha incorporación en la Constitución.

Subtitulamos el trabajo como “la mentalidad del Antiguo Régimen, representada en el constitucionalismo social de la época”. Interesó adherir a la palabra mentalidad, introduciéndola en el ideologismo de la modernidad, para tratar el tema de la propiedad en función social, porque concebimos que esta figura está asentada en valores que, más allá de los múltiples cambios, denominaciones, y diferentes ordenamientos jurídicos, siempre estuvo subyacente desde los más remotos tiempos. Concluyendo que si bien existe una inflexión importante en el orden constitucional, respecto de la propiedad privada, como imbricada en la idea de personalidad del individuo, para dar paso a la reconstrucción del sujeto colectivo, a la revalorización de la producción económico-social, por sobre el interés individual, al convivir esta mentalidad con la ideología apropiativa del liberalismo, no le permite modificar en profundidad los códigos ni la legislación.

En esta versión digitalizada se omite su publicación por cuanto ha sido seleccionado para su publicación, con reserva de exclusividad, por la Revista de Historia del Derecho, N° 35 del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho de Buenos Aires, año 2007. La cual puede ser consultada en el sitio web <http://www.inhide.com.ar/Publicaciones.htm>.

El marco jurídico:

Margarita Millán desarrolla el concepto dinámico de la propiedad a través de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación durante los años 1920-1960. Entendiendo que la misma no suministra elementos suficientes para configurar alcances precisos del derecho de propiedad, dada las disímiles interpretaciones en los casos que analiza, incluso referidos a una misma ley. Igualmente considera la ambigüedad en los fallos referidos a las variadas formas

de propiedad, entre otras, la propiedad intelectual y las patentes, remitiéndose siempre a que dicho derecho está sujeto a las reglamentaciones.

Señala la relación entre el poder político y la Corte y la sujeción de la misma a ese poder, producto de las alteraciones institucionales habidas en Argentina en el período que analiza, evidenciado en los cambios de la composición de los magistrados de la CSJN, por golpes de estado, por juicio político, por destituciones. Concluyendo que la reiteración de crisis institucionales le quitó a la Corte la independencia exigida en el orden constitucional.

Irene Pujol, dentro de este enfoque produjo dos trabajos, en ambos desmenuza la significación de la propiedad y el dominio en la Constitución y en el Código Civil, pero más específicamente en el referido al dominio en el C.C., como la idea del abuso del derecho, de la función social, el dominio exclusivo, perpetuo, el carácter absoluto y el ejercicio abusivo, haciendo una interpretación integradora del mismo que la lleva a concluir: “si el derecho de dominio no se ha ejercido en función social, puede haberse debido en gran parte a que ha faltado voluntad administrativa para hacer cumplir la función social que tanto se proclama. Ciertamente deben haber existido grupos de poder, especialmente terratenientes con fuertes intereses, que han influido para que esto no sucediera”.

En el segundo trabajo ahonda en la relación poder – propiedad, a través del análisis de las interpretaciones jurisprudenciales en los fallos de la CSJN., como de la doctrina desde 1989 en adelante. Concluyendo que: “el derecho de propiedad se encuentra fuertemente afectado en virtud del poder de policía de emergencia, el control de razonabilidad que ejerce la Corte Suprema. El verdadero poder lo tienen en estos casos los Bancos, (...) que afectan el derecho de Propiedad de los particulares. Los bancos son acreedores del Estado incumplidor y por lo tanto el Estado asume la deuda del Banco con los particulares pagándoles menos de lo que corresponde. En definitiva los ahorristas que confiaron en el país se convierten en los que han financiado las deudas del Estado.”

Gabriela Sabaroni, incorporada tardíamente al equipo unió su propuesta de beca referida a letras hipotecarias, con el objeto de estudio del proyecto. Se especializó en el estudio de la Ley 24.441 sobre letras hipotecarias (2002), vinculando los objetivos de la ley producto de la emergencia pública, supuestamente en procura de la justicia social con los factores de poder, demostrando las presiones provenientes de los grandes deudores hipotecarios que, en definitiva, fueron los beneficiarios de la implementación de esa ley y no el bien común, ni la justicia social.

Pablo Salinas desde los derechos humanos, analiza cómo el poder de la Dictadura Militar se inmiscuyó en la propiedad de los ciudadanos. El análisis se centra en un caso paradigmático ocurrido con propiedades de la provincia de Mendoza, el caso “Cerruti – Gomez” y los terrenos del llamado Will – Ri en Chacras de Coria Mendoza.

La propiedad comunitaria indígena:

Fue estudiada desde distintas ópticas pero señalando el impacto que produjo la propiedad comunitaria indígenas establecida en el art. 75, inc. 17 de la C.N. de 1994.

Luciana Alvarez, despliega el proceso de construcción del status jurídico del indígena en el discurso jurídico argentino, rastreando los momentos de ruptura, cambio y

resistencia del discurso jurídico en torno de la consagración de la igualdad y de la diferencia. Se ocupa del *Protector de naturales* institución que pervivió del Derecho Indiano. Asimismo, analiza la vigencia y tendencia, en la actualidad, a la consolidación de institutos jurídicos propios del constitucionalismo clásico o social, tales como la legislación civil común y las políticas sociales indigenistas, como resistencia a la confirmación plena de los derechos consagrados a las comunidades indígenas en la Constitución Nacional Argentina de 1994 y, por ende, al nuevo paradigma jurídico político, nuevo sedimento jurídico incorporado a la constitución de raíces liberales, en su trabajo “Continuidades y resistencias en los procesos de transformación del status jurídico del indígena en argentina.” En especial, desentraña el debate actual y la tendencia a resistir las transformaciones jurídicas respecto de la propiedad privada y la propiedad indígena comunitaria, que colisionan entre sí.

Margarita Millán, continuando con otro trabajo inserto en otro proyecto, aborda el tema de la propiedad comunitaria de los indígenas ubicados en el Departamento de Lavalle, Mendoza y los conflictos suscitados desde que se produjo el reconocimiento constitucional.

Norma Cocha, en el trabajo titulado “Propiedad comunitaria indígena como resguardo de soberanía territorial argentina”, (que fue su tesina de grado), lo aborda desde la cosmovisión del indígena, distingue la propiedad comunitaria de la colectiva propiciada por el marxismo, considerando que ambas responden a diferentes concepciones antropológicas y por ende, no son asimilables entre sí.

Reconoce el dominio eminente del Estado sobre el territorio pero, apuntando que esa eminencia se ve limitada por la propiedad comunitaria indígena y por los entes transnacionales que ponen en peligro la soberanía territorial del Estado.

Susana T. Ramella, por nuestra parte nos interesó analizar el distanciamiento de la cosmovisión homogeneizadora de los S.XIX y XX, amparada en el axioma de la igualdad abstracta, de la construcción de un nuevo axioma: el de la alteridad y las diferencias. En este sentido, el trabajo estudia el tema de la diversidad en el caso de los indígenas argentinos, con un análisis hermenéutico de la Constitución Nacional, los debates doctrinarios y la jurisprudencia, con especial referencia a las sentencias y fallos de la CSJN respecto de la propiedad privada y/o comunitaria. Observando las diferentes concepciones antropológicas que conviven en el orden jurídico, jusnaturalismo de raíz cristiana y el racionalismo, darwinismo social, con esta nueva visión antropológica que responde a un nuevo principio epistemológico que pretende ordenar el caos de las diversidades.

El poder y la propiedad:

Si bien, en todos los trabajos elaborados por el equipo está presente esta relación, titulamos a este conjunto de trabajos en esta forma por cuanto desde la comunicación social, la sociología, la ciencia política, y la psicología social, hacen más hincapié en el tema del poder que de la propiedad, sin estar ausente esta. Como pasamos a reseñar brevemente las distintas perspectivas que muestran una variedad de situaciones y poderes formales o reales en su acercamiento a la propiedad y el dominio de bienes materiales e inmateriales.

Jorgelina Bustos aborda el análisis de los medios de comunicación desplegando las teorías comunicacionales (empirista, funcionalista, estructuralista), para explicar la complejidad de la problemática del poder en ellos, dada la diversidad de tipos y niveles de poder en el mundo de los medios de comunicación, caracterizados por ser un espacio pluridimensional, como dice, por cuanto involucran: “la propiedad material, el manejo y uso de lo simbólico en el ámbito discursivo, y del mundo de las representaciones (individuales y sociales) e

imaginarios en los contextos sociohistóricos de referencia. Sin excluir, el reconocimiento de los difícilmente explicables -y menos aún demostrables- procesos de interpretación de los sujetos”. Por todo ello entiende que se desvanece el concepto de propiedad del Código Civil en la heterogeneidad de propiedades. Hace un interesante análisis a través de gráficos para demostrar cómo el *capital intelectual* de los medios está sostenido por los grupos económicos más importantes de Argentina. Considerando, además, otros fenómenos de fuerte impacto cognitivo, tales como, la verdad pública, el sistema de creencias, la ciudadanía. Y cómo mediante los modos de funcionamiento de estos medios, considera que “son capaces de tejer poder, imagen y reconocimiento sobre la base de la peculiar propiedad mediática”

Gustavo Ortiz, como sociólogo, combina en su metodología de análisis las estrategias cuantitativas, con el análisis, procesamiento e interpretación de datos secundarios; y cualitativas, con técnicas como entrevistas en profundidad con actores sociales clave. De ese modo, estudia los asentamientos inestables conformados por grupos poblacionales urbanos, excluidos del sistema geográfica, social y culturalmente, que se asientan en terrenos, por lo general, desocupados, por sus propietarios o por el Estado mismo, desde las políticas sociales.

La primera parte se refiere a un análisis centrado en los condicionamientos sociológicos, históricos y jurídicos referidos al problema de la incorporación de determinados sectores sociales al régimen de la propiedad privada. La segunda parte, contempla la implementación de políticas sociales referidas a la vivienda como derecho natural. Considera distintas vertientes en el abordaje de estas realidades teniendo en cuenta perspectivas liberales, monetaristas y keynesianas como una forma de aproximación a la complejidad del fenómeno. Considerando que los asentamientos humanos se vinculan a condiciones de segregación y la manifestación de calidades de vida diferenciales en el escenario de la inequidad social. En fin su trabajo nos remite a los “sin propiedad” al menos como se entiende en el ordenamiento jurídico, por ineficiencia del Estado como prestador de los servicios colectivos; y por la carencia de políticas concretas eficaces en el tema de vivienda, como factor que puede ocasionar la ocupación ilegal produciéndose una contradicción entre la legalidad social que asegura su acceso y la ilegalidad, al no otorgarse mecanismos adecuados para su concreción efectiva.

Belen Levatino, se detiene en el análisis del poder y las formas que adquiere en la dominación de voluntades. Une la complejidad del estudio del poder con el ordenamiento territorial, utilizando el método de casos, expone diferentes políticas sobre el uso del suelo en Mendoza. Ubica su análisis en la idea de que tanto el sector público y Organizaciones de la Sociedad Civil, como los agentes productivos privados son agentes de la red de poder que estructuran el territorio. Considera que “existe una marcada asimetría de poder entre el sector público y el de *algunos propietarios* en el uso del suelo. Esto constituye un obstáculo al cual nuestro país, y particularmente nuestra provincia, deben enfrentar si desean transformar el crecimiento económico en desarrollo sustentable, de otra forma, la expoliación irracional de los recursos naturales para satisfacer las necesidades de las generaciones presentes afectarán las posibilidades de satisfacción de las generaciones futuras”.

Viviana Ocaña, desde la perspectiva de la psicología social, relaciona el concepto de poder con el control social, definiendo a éste como las formas que tiene una sociedad o grupo humano para normalizar o naturalizar comportamientos. Es decir, formas de regularizar las conductas humanas en lo colectivo. Entiende que el orden jurídico se establece como la base del Estado, para dar los fundamentos necesarios para ejercer sus funciones, especialmente la relacionada al disciplinamiento social y el poder punitivo, o castigo a quien desobedece. “Sutil,

autoritario, intimidatorio, violento y brutal, latente o manifiesto, -dice- el control social se convirtió en la preocupación mayor del poder por cuanto esta construcción está asechada por quienes lo padecen.” La democracia fue un intento de frenar formas despóticas de poder señalando la importancia de respetar derechos cuya negación debe estar fundamentada en ley. El ordenamiento coercitivo que utiliza la fuerza, mientras no se esclarezca el grado de prohibición que esta fuerza tiene, es un elemento disgregador, de dudosa capacidad para pacificar. Lo cierto es que el Estado de Derecho no es sinónimo de Estado de Paz.

Soporte técnico y la formación de recursos humanos:

Al equipo del proyecto se incorporaron alumnos en distintos niveles de formación. Tengo la satisfacción de decir que he observado en todos ellos el crecimiento en sus habilidades y aptitudes para la investigación y de esta forma se está cumpliendo uno de los objetivos básicos de los incentivos de la investigación cuál es la formación de recursos humanos. Algunos de ellos, como Norma Cocha, hizo su tesina de grado, como se expresa ut supra, dentro del ámbito del tema que se investiga. Gabriela Sabatini que si bien su tema no fue dentro de los seminarios exigidos para la obtención del título, sí se incorpora por la temática y obtenido una beca en consecuencia. De los que aún revisten la calidad de alumnos debo mencionar especialmente por la colaboración que han brindado y brindan al proyecto a Alberto Molina y Adolfo Medalla Araya.

Alberto Molina rastreó más de 1000 fallos referidos a la propiedad, expropiación o dominio, sin contar dictámenes y sentencias, en más de 10 tomos de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Otorgando un aporte substancial a todos los miembros del proyecto que pudimos abreviar en ellos para nuestros trabajos. Haciendo a su vez un comentario muy atinado de los mismos que se adjunta a estas probanzas.

Adolfo Medalla Araya, se abocó a la necesidad de proveer insumos a las distintas líneas de investigación del presente proyecto, seleccionó la bibliografía, documentos y cartas existentes en el Archivo Pablo A. Ramella, y referidas a la temática objeto de estudio. En un trabajo lento y engorroso digitalizó los documentos del archivo, todavía no publicado, buscando todo lo referente a propiedad habiendo trabajado ya sobre el Acuífero del Iberá y los problemas que acarrea la cuestión de la propiedad en esa zona. Aportando también al proyecto interesantes reflexiones sobre las fuentes encontradas y sobretodo, es la mano derecha del equipo en todo el soporte informático. Sobre el cual se adjunta un CD con la parte de la digitalización que interesa y el informe que presentó.

LA HISTORIA DE LA PROPIEDAD

María Victoria DARACT

I. LA PROPIEDAD EN EL ANTIGUO RÉGIMEN

I.A. Introducción

La propiedad a lo largo de la historia, ha estado vinculada al poder en sus distintas formas; poder político, poder religioso y poder de mercado. Pero la propiedad ha sido entendida de distintas maneras según la concepción antropológica y social que prevaleció en cada época. Porque pensar la propiedad supone partir implícitamente o no, de una cosmovisión del hombre y la sociedad.

La concepción de la propiedad ha estado sometida a diversas filiaciones ideológicas a lo largo de la historia. En el antiguo régimen se dieron formas diferentes de propiedad y existió la propiedad comunitaria, y otros tipos vinculada a los municipios, a los señoríos etc. Con el surgimiento del liberalismo, se pensó la propiedad con carácter individual y sin limitaciones. El racionalismo normativo pensó que la creación de normas era una competencia exclusiva del estado y también tuvo la fe en poder modificar la realidad sin tener en cuenta las costumbres.

El tema de la propiedad nos sugiere múltiples interrogantes: ¿Hay y hubo una sola concepción de propiedad? ¿La propiedad privada absoluta ha servido para la convivencia social? ¿Existieron otras formas de propiedad que fueron útiles, y que sin embargo no fueron consideradas o registradas por los historiadores del derecho? ¿En qué medida la propiedad conforma una mentalidad como sostiene Paolo Grossi? ¿Está hoy, en crisis el concepto burgués de la propiedad? ¿Por qué? ¿Por qué en la mayor parte de lo historiado de la propiedad, no se tuvo en cuenta usos y prácticas sociales que no estaban dadas por la ley escrita? ¿Hubo y hay formas de derecho no emanadas del Estado, y que sin embargo sirvieron para solucionar conflictos o crear pautas de convivencia social? Entendemos que Locke tuvo razón en su contexto histórico, en la medida que buscaba limitar el poder del rey y de la Iglesia, pero sin embargo sus afirmaciones hoy, no serían las más apropiadas, por que el contexto histórico es diferente. ¿A partir de una situación distinta, no cabría pensar en otro concepto de propiedad que se adecue a las nuevas necesidades? ¿Por qué seguir entendiendo a la propiedad hoy bajo la lupa lockeana, si por el contrario probablemente, hoy, lo que habría que hacer es limitar el poder del mercado? ¿Serviría volver a la noción de la función social de la propiedad?

Un análisis histórico que sea capaz de advertir la riqueza y la complejidad de la vida social, y sin anacronismos ni omisiones, nos podrá dar algunas claves para entender por qué se pensó la propiedad de distintas maneras, según el tiempo y el lugar. Analizaremos cómo se concibió a la propiedad según la mirada de diferentes historiadores, teniendo en cuenta el período indiano, en el cual se puede advertir la sobre vivencia de prácticas propias del medioevo español; y del mismo modo, en el derecho patrio, se puede observar la continuidad de características propias del derecho indiano.

I.B. Doctrinas que sustentan las formas de propiedad

I.B.1). La pluralidad de la propiedad en el medioevo

Después de la caída del Imperio Romano, la autoridad de los grandes propietarios, se convierte más de hecho que de derecho. No están claras las diferencias entre los vínculos personales y los vínculos reales. Las relaciones jurídicas son de fuerza. Tener una cosa no significa ser propietarios, y en muchos casos sobre una misma tierra se superponen varios derechos reales.

La construcción jurídica medieval se sustenta sobre las cosas. Lo jurídico no es el resultado de una elaboración a priori; ya no interesa la juricidad del acto si no la efectividad, es decir la solución de un problema en concreto. De allí emerge un pluralismo propietario basado en los hechos.

Paolo Grossi define a la propiedad en la edad media como “dominio útil”, que rompe con la concepción indivisible de la propiedad. Esto significa que más de un propietario tiene ingerencia sobre las cosas. Sobre la especificidad de cada acto jurídico, Grosi nos dice:

“...las cosas habían revelado que eran estructuras no genéricas sino específicas con órdenes específicos y diversificados que requieren diversas y particulares construcciones jurídicas, si éstas quieren ser adecuadas y no mortificantes.”¹

El surgimiento de los señoríos marca la aparición de una figura que goza casi de total autonomía, llevándolos a confundir soberanía y propiedad. En Castilla La Nueva y León, la participación de la nobleza condicionó al señorío, y éste se conformó en bases de grandes latifundios, como unidad económica que permitía el sostenimiento de todos sus pobladores.

A partir del siglo XI se produjo un proceso de concentración de la tierra debido a las donaciones de los reyes a magnates, iglesia y monasterios, con carácter gracioso o remunerativo, y condicionadas a la población y fortificación del lugar, también creció la magnitud de las tierras que mediante préstamos usurarios, o pesados gravámenes, que permitieron que se pudieran acceder a mayor cantidad de tierras.

En la Alta Edad Media, la tierra adquirió una inusitada importancia en todos los órdenes y condicionó al derecho. De la tierra derivó la condición jurídica y social de los individuos. Hubo principios jurídicos diversos según las circunstancias. Se distinguían la posesión, la adquisición de una propiedad, los derechos reales, derecho hereditario y los bienes muebles e inmuebles.

En el caso del derecho español medieval, lo que estaba unido a la tierra era considerado como un derecho inmóvil y lo que era por naturaleza mueble, se lo consideraba inmueble para fines sucesorios, y también los bienes físicamente muebles que servían económicamente a un inmueble. (Siervos de la gleba, aperos de labranza)

Desde la Alta Edad Media, los habitantes del señorío, siervos o libres debían prestar una serie de gravámenes. Entre éstos los labradores de los predios de señorío, debían pagar un censo por el disfrute de la tierra y el reconocimiento del dominio.

¹ Paolo Grossi, La propiedad y las propiedades, Madrid, Civitas S.A., 1992

En la Baja Edad Media, se produjo en las ciudades la formación de cuantiosos patrimonios familiares, a causa del renacimiento mercantil, fortalecieron los rasgos individualistas de la propiedad mueble, que impulsado por la recepción romanista perduró hasta nuestros días.

Los bienes se clasificaban en:

- a) Alodiales o libres y sujetos a vínculos de señoríos.
- b) De abolengo y parentela, recibidos de los ascendientes y colaterales que eran de propiedad familiar.
- c) Los adquiridos que eran de libre disposición

En la Baja Edad Media se practicó la renta perpetua, especialmente en los monasterios, consistente en otorgarle a una persona un bien raíz, y a cambio debía pagar un censo anual. Esta renta perpetua da lugar al denominado reservativo, por el cual el beneficiario transfería al deudor el dominio directo y útil de un inmueble.

Según ha estudiado Paolo Grossi aparecen en el campo y en la montaña del medioevo formas comunitarias de la propiedad, cuyo fin es garantizar la supervivencia del grupo humano, la que estaba estrechamente relacionada con la posibilidad de conseguir la alimentación de la colectividad. Sostiene el autor que en estos casos la propiedad no alcanza a la tierra, y además sostiene que a estos fenómenos hay que comprenderlos dentro de una mentalidad.²

I.B.2). La propiedad en la modernidad

La importancia que conservó la tierra en el período moderno, aseguró a la clasificación de inmuebles y muebles su vigencia hasta la época de la codificación.

La primera clasificación que trae el Código Civil de las cosas es:

“...muebles e inmuebles por su naturaleza o por accesión, o por su carácter representativo.”

La tierra bien inmueble por excelencia y los elementos que le sirven económicamente, tuvieron más garantías que las cosas muebles para su transmisión: presencia de testigos primero y registro después.

Pero en los siglos XVIII y XIX, las ideas liberales económicas, partiendo del principio de que la riqueza se acrecienta con la libre circulación, aplicaron el régimen de los muebles a los inmuebles para facilitar su transmisión.

La noción de derecho de propiedad privada absoluta, nace con John Locke, quien cuestionó el poder absoluto del monarca, e inicia la vasta corriente del iusnaturalismo. Locke pensó que el hombre tiene derechos que le son inherentes por el hecho de ser tal. Estos derechos son anteriores al estado y constituyen un límite a la autoridad. Por lo tanto, el estado no otorga derechos, si no que sólo los reconoce.

² Ver Paolo Grossi, La propiedad y las propiedades, Madrid, Cívitas, 1992

³ Código Civil art. 4313

El liberalismo sostiene que el hombre a través de su razón, descubre las leyes naturales; y en el orden económico el lucro justo, la ley de la oferta y la demanda, la ley de población, la ley de división internacional del trabajo, y el derecho de propiedad.

Locke inicia la concepción del hombre como propietario, de su vida y de sus acciones y las consecuencias de las mismas y afirmó:

“cada hombre tiene una propiedad en su misma persona, a ella nadie tiene derecho alguno, salvo él mismo. El trabajo de su cuerpo y la obra de sus manos podemos decir que son propiamente suyos”.⁴

Para los liberales el hombre se moviliza a raíz de un deseo de lucro, que es lo que lo conduce a su progreso individual. De este modo se establece la primacía de la actividad económica y así surgió la tendencia de tratar los fenómenos económicos como idénticos a los sociales. Esto trajo aparejada una visión reduccionista, y según Sheldon Wolin la economía invadió las ciencias:

“Si la economía era el conocimiento de la sociedad, nada salvo la humildad, impedía al economista, presuponer que las relaciones y múltiples actividades de la sociedad, en suma, la vida de ésta, podían ser sintetizadas en diversas categorías económicas. El economista podía formular un concepto como el producto anual y considerarlo un símbolo abreviado de las actividades de los miembros de la sociedad durante un año determinado”.⁵

El liberalismo concibe la sociedad como una red de actividades espontáneas, alejadas de todo principio de autoridad. En consecuencia:

*“...la antigua tarea de distribuir bienes con cierta norma de justicia, fue transferida de la esfera política y asignada al criterio impersonal del mecanismo de mercado.”*⁶

Entre los liberales se produjo un desinterés por la teoría política, y se puso el énfasis, en la creencia que la economía podía resolver todos los problemas de la convivencia social. El hombre debía a limitarse a conseguir riqueza, se establecía una relación entre riqueza y civilización:

“...un pueblo pobre nunca es refinado, ni un pueblo rico bárbaro...El establecimiento de un sistema sensato de economía pública puede compensar cualquier otra deficiencia. La riqueza es independiente de la naturaleza del gobierno”.⁷

La revolución francesa de 1789, concibió a la propiedad privada de carácter absoluta y exclusiva, combatiendo las antiguas prácticas como la comunidad de bienes, vinculaciones, inenajenabilidad, tanteo y retracto. El código napoleónico declaró que:

“El derecho de propiedad, es en si misma una institución de la naturaleza”,

Y el código civil francés reza que es:

“el derecho de disfrutar de las cosas de la manera más absoluta, en todo lo que no esté prohibido por las leyes y los reglamentos” (art.544)

Sin embargo Susana Ramella interpreta que en este artículo del código, hay solapadamente una limitación, por que las leyes constituyen una restricción; y refiriéndose a la

⁴ John Locke Segundo ensayo sobre el gobierno civil, México, F.C.E. 1941, pág 17

⁵ Sheldon Wolin, Política y perspectiva, Buenos Aires Amorrortu, 1960, pág.322

⁶ Ibidem, pág 323

⁷ J.R.Mc Culloch, citado por Wolin, op. cit. Pág 325

opinión de Valenzuela sobre la interpretación del mismo artículo en la Convención Constituyente de 1949 nos dice:

“Desde este marco se introduce en el tema de la propiedad. Su interés es demostrar que siempre, aún en los gobiernos más autocráticos, también bajo el imperio del liberalismo más puro, existieron límites al derecho individual de la propiedad. Avala este pensamiento con palabras de Napoleón, al discutirse el art. 544 del Código Francés: “el abuso de propiedad debe ser reprimido siempre que perjudique a la sociedad. Por esto se prohíbe segar los trigos verdes, y arrancar las cepas preciaadas...El derecho de abusar no llega hasta el punto de que se pueda privar a un pueblo de su subsistencia.”⁸

A pesar de las limitaciones la propiedad queda más sujeta a la voluntad de los hombres, debilitado el rol del estado, éste no puede intervenir para redistribuir la riqueza, ni tampoco limitar la concentración de la riqueza en manos de pocos.

I.C. Formas de propiedad en el antiguo régimen

I.C.1). La propiedad en España

En la España del antiguo régimen fue desarrollándose un complejo sistema propiedad y tenencia de la tierra. Hubo variadas formas de propiedad:

- a) Las tierras comunales de vecinos que tenían como finalidad el aprovechamiento comunitario de la tierra, en general eran del tipo ganadero.
- b) La que pertenecían a la corporación municipal, que servían para la obtención de rentas, estas tierras pertenecían a los cabildos y se las denominaba los propios
- c) Las tierras baldías o realengas, que la Corona podía disponer para otorgar mercedes, para dar recompensas u otras funciones.
- d) Las tierras de la iglesia, obtenidas por distintas vías, donación testamentaria, las que le otorgara la corona, o por compra. A esta tipo de tierras se les llamaba “tierras amortizadas” de la iglesia que no se podían vender, sólo aumentar pero no disminuir.
- e) Las tierras libres o de propiedad privada, llamadas burguesas, o alodiales.⁹

El señorío fue una de las piezas fundamentales de la tenencia propiedad de la tierra, y de las relaciones económico-sociales, porque desde allí se entiende quienes trabajan la tierra y quienes viven del usufructo de ese trabajo. Hubo dos tipos de señoríos:

⁸ Susana Ramella, La propiedad en función social en la Constitución de 1949, una mentalidad del Antiguo Régimen representada en el constitucionalismo social de la época” trabajo presentado en Congreso de Historia del derecho de Córdoba y forma parte de este proyecto.

⁹ MiguellAntonio Bernal. La lucha por la tierra en la crisis del antiguo régimen, Madrid, ed, Taurus, 1979

- a) El señor detenta la jurisdicción delegada del rey con derecho a percibir los derechos que le corresponden al rey.
- b) Los señoríos territoriales, donde el señor no sólo tiene la jurisdicción, si no también los derechos de propiedad sobre la tierra.

En un principio aparecen claras las diferencias entre señoríos jurisdiccionales y los territoriales, pero con el tiempo se fueron confundiendo como consecuencia de la creación de los señoríos mismos, por cesión real en un primer momento, y por compra, situación que comienza a registrarse a finales del siglo XV.

La formación de los señoríos se vinculó a la formación de vínculos y mayorazgos, esto acarreó la amortización de las tierras produciendo una inmovilización de las mismas.

Con posterioridad al reinado de Alfonso X, se autorizaron los primeros mayorazgos en Castilla. Pero la configuración jurídica estuvo dada por las Leyes de Toro, durante el reinado de los reyes católicos. Según Miguel Antonio Bernal, con estas leyes:

“...se asienta la base de una progresión de las mayorazgos, si no que también da pie a la arbitrariedad.”¹⁰

Vicens Vives y afirma que:

“... al hablar de los reyes católicos, uno de los tópicos más corrientes afirma que se metieron a la nobleza en el bolsillo, desde luego, en el aspecto de la autoridad no permitieron que nadie levantara cabeza. Pero en el aspecto social, mantuvieron las ventajas económicas que para la aristocracia dimanaban de la propiedad de la tierra.”¹¹

Torres López, sostiene que los señoríos de la España moderna son continuación de los medievales, y cuyos títulos abarcan no sólo el poder económico, sino la esfera judicial, administrativa y eclesiástica de las Leyes de Toro. Esto se considera una innovación, por que hasta entonces el derecho vincular quedaba reservado al rey, quien en este caso lo concedía como merced, a título individual, y se mejoraron los tercios y los quintos a favor de los hijos. Afirma Miguel Antonio Bernal que:

“se amplió la facultad de vincular y amayorazgar que fue de vital importancia para la pervivencia en los siglos XVI, XVII, y XVIII, pues siendo los señoríos bienes inalienables, transmitidos por primogenitura el sistema nobiliario español, se transformaba en una pesada carga que llevaron a la quiebra de la monarquía absoluta.”¹²

Las leyes de Toro al permitir el tercio y el quinto a favor del hijo, permitieron que los hombres con fortuna, adquirieran señoríos en los momentos en que la Corona se hallaba en emergencia económica, especialmente con Carlos V, Felipe II y Felipe IV:

“...pero los señoríos trajeron funestas consecuencias para la agricultura.”¹³

Esta situación se da porque a los señores no les preocupó en primer término la agricultura, si no más bien la concentración de tierras.

¹⁰ *Ibidem*, pág 78

¹¹ Vicens Vives J., *Historia económica de España*, 5º edición, Barcelona, 1967, pág. 268

¹² Miguel Antonio Bernal, *Op.cit*, pág 89

¹³ Miguel Antonio Bernal, *Op. cit*, pag 90

I.C.2). El conflicto entre los municipios y los señoríos.

A mediados del siglo XVIII, comenzaron los primeros cuestionamientos al régimen señorial, por parte de los municipios. Éstos tienen su voz cantante en el síndico personero del común:

“...una figura de singular relieve en la vida municipal, por último cuando quiebra el antiguo régimen queda por completo descubierto, es el pueblo institucionalmente representado por el municipio que plantea batalla al régimen señorial, los consejos municipales serán vehículos tanto de la burguesía liberal como del campesinado...”¹⁴

En este conflicto la nobleza sacará partido, al producirse diferencias entre el campesinado y la burguesía.

Si bien había impuestos señoriales en juego:

“...lo que en verdad desencadenó la ofensiva municipal contra los señoríos fue el problema de la propiedad de la tierra.”¹⁵

Cuando en 1761- 68, se decide la reducción de las tierras baldías y municipales, los síndicos personeros del común, en nombre de la comunidad local, comienzan a reclamar sus reivindicaciones. Para proceder la venta y reparto de la tierra, primero hay que delimitarlas, y los municipios reclaman las tierras que les había sido usurpadas.

Los ilustrados del siglo XVIII, ven en las tierras baldías, las comunales, la posibilidad de recaudar rentas para la corona.

El problema de la amortización de la tierra es considerado por Miguel Antonio Bernal de la siguiente manera:

“la característica del antiguo régimen, acaso la más sobresaliente, fuera el hecho de que casi la totalidad de la tierra agrícola permanecía amortizada; las tierras señoriales como consecuencia de la práctica de vínculos y mayorazgos; las tierras de la iglesia por su calidad de manos muertas e igual eran amortizados las tierras concejiles y comunales.”¹⁶

Mientras que las tierras señoriales y eclesiásticas, se cedían para su cultivo, por un complicado sistema de tenencia donde se mezclaban, prácticas feudales con contratos libres de arrendatarios, las tierras de los propios y comunales eran distribuidas entre el campesinado mediante sorteos anuales o repartos, que se realizaban periódicamente:

“Los repartos distaban de ser justos y equitativos, pero era la única forma de acceder a la tierra para los campesinos durante el antiguo régimen.”¹⁷

Durante el siglo XVII, el concepto de propiedad privada era un tópico en el mundo de los intelectuales, afirma Sisternes y Feliú que:

¹⁴ Miguel Antonio Bernal Pág 97

¹⁵ Miguel Antonio Bernal, Op. cit. Pág 102

¹⁶ Miguel Antonio Bernal ,op. cit, pág 156

¹⁷ Miguel Antonio Bernal, Op.Cit, pág 158

“... el derecho de propiedad es sagrado y su violación inicua; y así a nadie se le deberá despojar del dominio de su propia casa... el rompimiento de tierras deberían entenderse meramente en los propios y arbitrrios, en las vacantes baldías, mas no en el dominio particular.”¹⁸

I.C.3). **Los modos de cesión de la tierra**

Las formas tradicionales de cesión de tierras señoriales tienen un fundamento jurídico más consistente que el simple arrendamiento. Constituyen ejemplos que sin ser condominios en la propiedad, de parte de los señores y campesinos hay menos limitaciones restrictivas a la propiedad de la tierra. Se practicaban de dos maneras, está vinculada con condicionantes a la propiedad o la propiedad está repartida entre propietarios y campesinos:

- a) Concordia
- b) Enfiteusis

La concordia se estipulaba entre el ayuntamiento y el duque, contenía cláusulas sobre territorialidad y jurisdicción sobre el territorio. Era una forma de condominio más perfecta que la enfiteusis:

“pues no había posibilidad de “retro” ni el pago del “laudemio” en caso de venta o transmisión testamentaria.”¹⁹

La enfiteusis fue poco practicada porque vieron en ello una limitación al derecho de propiedad:

“Más bien la concedían como gracia”²⁰

La forma más común fue el arrendamiento y la Novísima Recopilación reconocía a los dueños del feudo y posesiones particulares, se podía rescindir el contrato sin que los colonos tuvieran derecho al tanteo.

También se dieron grandes arrendamientos de tierra, el propietario tenía la ventaja de hacerlo bajo sus condiciones y no se hacían cargo de cualquier mejora que hicieran los colonos. El tiempo más usual de arrendamiento fueron seis años, aunque hubo casos de arrendamientos que se mantuvieron en el tiempo. Los arrendamientos menores, eran libres, a menor costo y menor superficie

I.C.4). **El mayorazgo**

El mayorazgo es un régimen especial de la sucesión de la propiedad, cuyo fin es que ciertos bienes estén destinados a perpetuarse en una familia. Esta figura se vincula con una concepción estamental de la sociedad. Basado en un sistema de privilegios y gravámenes que distingue a cada estamento, y le permiten cumplir una función dentro de la comunidad. Y aunque el individuo permanece relacionado con su estamento, cualquiera sea su situación

¹⁸ Sisternes y Feluiù, citado por Miguel Antonio Bernal, op. cit, pág 127

¹⁹ Miguel Antonio Bernal, op. cit, pág 145

²⁰ Miguel Antonio Bernal, op. cit, pág 145

patrimonial, lo que busca la legislación es asegurar al individuo un nivel adecuado al grupo social.

Luis Antonio Muratori, sostiene que suele admitirse que la riqueza es el principal nervio que da esplendor a la nobleza, y que la inalienabilidad de los mayorazgos son el prudente medio arbitrado para evitar la disipación de los bienes reunidos por los antepasados y la condición para que no cambien de situación económica muchas antiguas familias nobiliarias.²¹

Las partidas establecen que se podía prohibir por testamento que un sucesor, enajenara un castillo, torre, casa o viña. En los siglos XIV y XV los Reyes de Castilla otorgan numerosas licencias para que determinadas personas puedan fundar mayorazgos con bienes propios.

A partir de las leyes de Toro de 1505 sólo se exige licencia real cuando el establecimiento del mayorazgo afecta a la legítimo destino de los herederos forzosos, pero no cuando se constituye sobre el quinto y mejora el tercio que son de libre disposición. Se multiplicaron así los denominados mayorazgos cortos, fundados por personas de mediano caudal que aspiran perpetuar su linaje.

En los siglos XVI y XVII el mayorazgo cobra creciente importancia. Sin embargo al mismo tiempo de este auge, aparecen las primeras críticas. Hacia el siglo XVIII, la corriente individualista rompe con la concepción estamental. Los liberales atacaron esta figura jurídica, adjudicándole ser una de las causas del atraso económico español y de las desigualdades sociales.

A comienzos del Reinado de Carlos IV el movimiento tendiente a frenar nuevas vinculaciones, alcanza un resonante triunfo con la R.C. del 14 de mayo 1789, exige licencia Real para cualquier nueva fundación, aunque se la pretendiese verificar por vía de mejora del tercio y quinto o aunque el fundador careciera de herederos forzosos. Se prohibieron los mayorazgos cortos y se dificultó el estanco de bienes raíces

I.D. La propiedad en el derecho indiano

El derecho de conquista y las bulas alejandrinas, habían otorgado a la Corona de Castilla el dominio de todas las tierras descubiertas en América, tanto en la superficie como en el subsuelo.

La experiencia en la península del reparto de las tierras abandonadas por los musulmanes, sirvió como modelo para aplicar en América. Una de las características fue dar concesiones de tierras a cambio del cumplimiento de ciertas obligaciones, como el cultivo y el arraigo de los beneficiados en las tierras otorgadas

Mariluz Urquijo define que el nuevo sentido de la propiedad es el bien de la comunidad y el fortalecimiento del estado

“La propiedad definida por las partidas, como el poder que el hombre tiene en su cosa de hacer de ella y en ella lo que quisiere”, definición de raigambre romanista que subraya el derecho del propietario, el just uteni et abutendi, aparecen disposiciones que restringen o condicionan la propiedad al cumplimiento de requisitos que se

²¹ Luis Antonio Muratori, Defectos de la jurisprudencia, 1974

*estiman conducentes al bien común, propiedad enderezada a proveer la subsistencia del propietario pero también tendiente a fortalecer al estado y a cubrir las necesidades anónimas de la población*²².

La Corona otorgó extensas cantidades de tierras a los conquistadores en primer término, a sus funcionarios después, y en general a quien considerara necesario beneficiar, incluyendo en gran medida a la Iglesia Católica

En relación a los títulos, los primeros fueron la gracia o merced real.

Los conquistadores recibieron en sus capitulaciones la función de repartir tierras de la Corona entre los primeros pobladores, con la condición de no entregar las que pertenecían a los aborígenes, ni conceder minas que pudieran existir, ni la jurisdicción sobre sus habitantes. Las tierras otorgadas no quedaban en propiedad hasta pasado cierto tiempo de 4 a 8 años y siempre que hubieran sido cultivadas.

La facultad de hacer repartimientos de tierras teóricamente la hacía el rey, pero fueron varios los funcionarios que hicieron la distribución inmediata: el virrey, las audiencias, los cabildos y los intendentes.

Una vez que la colonización estuvo más avanzada, la encargada de los repartimientos fue la audiencia con la obligación de hacerse asesorar previamente por el cabildo. Esta institución defendió los intereses de sus miembros y se denunciaron numerosos abusos, por lo que a fines del siglo XVI, se les prohibió el repartimiento de tierras fuera del ámbito urbano.

La Reforma de la Real de Ordenanza de Intendentes de 1782, otorgó la atribución de reparto de tierras a los intendentes, para que éstos tomaran las decisiones con la apelación a la Junta Superior de la Real Hacienda.

A mediados del siglo XVIII, las necesidades financieras de la Corona, determinaron que se buscara obtener dinero vendiendo las tierras. A los ocupantes de las tierras se les exigió que presentaran sus títulos, como en muchos casos se carecían de ellos, sirvió para que la Corona pudiera reincorporar importantes extensiones de tierra.

En 1754 por una Real Instrucción se realizó un examen general de títulos de propiedad, en el caso que el título ofreciera dudas los poseedores debían abonar una suma en calidad de composición. Esta figura jurídica aparece en la Recopilación de Leyes de Indias. Las Audiencias quedaron habilitadas para hacer la confirmación, y en el caso de provincias distantes se les otorgó el poder a los gobernadores, con acuerdo de dos oficiales y un asesor letrado. Posteriormente la Real Ordenanzas de Intendentes puso las confirmaciones a cargo de la Junta Superior de la Real Hacienda.

De acuerdo a la normativa, los beneficiados por las concesiones, podía ser un vasallo español, un indio o negro libre. En las peticiones era característico que se alegaran servicios prestados a la corona, tener calidad de vecino etc.

La extensión de las tierras fue variable. En 1497 la Corona estableció como criterio en las ordenanzas dadas a Colón que la repartiase a cada uno según “los que nos hubiesen servido, la condición y la calidad de la persona”. Es decir se valoraba la condición estamental y los servicios prestados. Un tercer aspecto a tener en cuenta es la vastedad de lo que se otorgaría: “lo que cada uno quisiere ponerse a trabajar” lo que luego se modificó por “lo que

²² José Mariluz Urquijo, El régimen de la tierra en el derecho indiano, Buenos Aires, Perrot, pág 17

buenamente pudieran labrar”. Es decir que las instrucciones son poco precisas y esto podía dar lugar a los abusos, como de hecho sucedió como se verá más adelante.

En relación a la propiedad indígena, hay que destacar que la legislación castellana, les reconoció el derecho de propiedad, en las tierras que ya poseían y explotaban en común. En el imperio Inca toda la tierra era propiedad del inca. Una parte las destinaba a poblaciones, en calidad de usufructo, para el mantenimiento de sus pobladores.

Verificada la conquista, el rey desplazó al Inca y asumió el señorío o dominio eminente, sin afectar el derecho de los naturales.

I.D.1). 1 La propiedad en el Río de la Plata

En el caso de la repoblación de Buenos Aires por Garay se dieron las pautas para el reparto de la tierra y una Real Licencia de 1580 se dispuso que la ciudad tuviera 250 manzanas, donde sólo 46 serían urbanas y las demás serían destinadas para huertas de uso común. Esto según la perspectiva de Levene estaría indicando una forma de propiedad con función social:

“...estos requisitos y otros como la confirmación real de las mercedes de tierras hechas por las autoridades de Indias, revelan el fundamento de la teoría jurídica que está en las leyes de Indias, inspiradas en el principio de que la propiedad privada de la tierra era considerada en los orígenes como una función social.”²³

En el Río de la Plata, las unidades que se aplicaron fueron: el solar urbano, la suerte de chacra y la suerte de estancia, de variada extensión. Pero a pesar de las disposiciones que se orientan en que “no haya exceso” o que no se podía recibir tierras si anteriormente ya se lo había hecho, no se cumple lo estipulado y se registran acumulaciones de varias mercedes en una misma persona, y se tolera que se extiendan sobre tierras realengas próximas a su pertenencia. Por ejemplo Juan de Vergara, recibe sucesivas mercedes, llegando a redondear 38 estancias, con una extensión de 100 leguas cuadradas.

Los abusos produjeron una serie de reclamos, lo que provocó que una Real Orden solicitara un informe a las autoridades locales con lo que se inició un expediente sobre el “arreglo de los campos” que transitó por varios años las oficinas del Virreinato del Río de la Plata. Entre los que se quejaron ante la Corona, se encuentran, por ejemplo, Tomás de Rocamora, de Entre Ríos, que se dirige al virrey y le dice:

“...conténgase Exmo. Sr. los desmedidos deseos de algunos pocos; redúzcanse a lo que necesiten.... Pero cercéñeseles o no se le permita que adquieran lo muy superfluo para que encuentre acomodo el pobre vecino que con el producto de la tierra que les sobra a ellos puede mantener una familia numerosa y útil al estado”²⁴

Casi al mismo tiempo, Juan José de Sagasti se opone al otorgamiento de vastas extensiones y pide que:

“...rescindir y dar por ningunas las ventas que se hayan celebrado de terrenos de mucha extensión.”²⁵

El expediente da pie para que el fiscal de la Real Audiencia de Buenos Aires se expidiera en relación a los estancieros diciendo que no le parece justo que:

²³ Ibidem pag. 95

²⁴ Citado por Mariluz Urquijo, op. cit pág 44 AGN

²⁵ Citado por Mariluz Urquijo, op. cit, pág 44 AGN

“...dilaten sus posesiones a so pretexto de colocar sus ganados que dando desatendida la causa pública que interesa en que los demás vecinos participen del beneficio en su bien ordenada distribución como lo dicta la razón política.”

Si bien los cabildos de Salta y de Corrientes consideran que debería limitarse la extensión de las mercedes, el síndico procurador general del cabildo porteño y el mismo cabildo porteño rechazan esas propuestas.

Otro aspecto que se tuvo en cuenta fue la invariabilidad de las extensiones de las mercedes, que no se aumentasen y tampoco disminuyeran, dando a la tenencia de la tierra características de un mayorazgo. En un bando de 1775, el Gobernador interino Diego de Salas prohíbe:

“...que las suertes completas de estancias puedan subdividirse en partes, ni por título de herencia, venta u otro modo alguno de enajenación. Y que cuando por razón de ser muchos los herederos de una sola suerte de estancia sea preciso repartirla entre ellos no se divida, sino que se adjudique a uno solo, con cargo de que éste subsane a los demás en dinero u otras especies la parte que les corresponde. Bien entendido que cuando así no pueda por pobreza u algún otro motivo...se ha de vender precisamente a un solo sujeto y hacerse la división de la plata.”²⁶

Este bando se expidió a moción del gremio de los hacendados, tratando de impedir las parcelas reducidas por entender que los propietarios carentes de tierras suficientes desborda su ganado sobre la tierra de los vecinos. Hay que advertir que todavía no se utilizaban los alambrados.

También hubo escritos que procuran evitar el aumento, tratando de impedir que los propietarios puedan ampliar las mercedes originales.

Las mercedes de tierras comprendían sólo a la labranza o a la cría de ganado, delimitando las zonas de las diferentes actividades, porque el ganado pisoteaba las tierras cultivadas.

La mayoría de las concesiones de mercedes, fueron acompañadas del cumplimiento de ciertos requisitos, con el objetivo de lograr el arraigo. De allí que José Ots Capdequí sostiene que la merced no es un título de dominio, sino una expectativa de dominio, que sólo se perfecciona si se cumplen las condiciones impuestas,

La principal condición es mantener la vecindad, o sea residir una cierta cantidad de años. Hacia 1501 se exigió la construcción de edificios, el cultivo de la tierra y la crianza de ganado. Una vez cumplidos los requisitos el dominio quedaba perfeccionado, y el titular podía disponer de la tierra como dueño, venderla, alquilarla, hipotecarla, etc.’

En un principio las concesiones fueron gratuitas, pero a finales del siglo XVI, las tierras se valorizaron y como la Corona necesitaba fondos, les imponía gravámenes. En Buenos Aires, a partir de 1635, se cobró la media anata a las concesiones gratuitas.

Uno de los modos de adquisición de la tierra fue la composición, es decir la legalización de la ocupación de hecho de tierras realengas practicada por un particular. Esta práctica se inicia al mismo tiempo que la situación financiera de la Corona se empeoraba. Podían acceder a dicha composición: a) Los que hubieran ocupado las tierras sin título alguno. 2) Los que no han hecho confirmar mercedes recibidas de las autoridades locales. 3) Los que se han

²⁶ Mailuz Urquijo, op. cit, pag 34

extendido más allá de lo señalado en sus respectivos títulos. 4) Los que han recibido las tierras de quienes no tenían facultades para concederlas.

Una Real Cédula de 1591, dispone que todos los poseedores de tierras presenten a los virreyes o a sus delegados los respectivos títulos o de lo contrario debía procederse a restituir la tierra al patrimonio real o a pagar una composición.

Dentro de la organización territorial en el Río de la Plata, se dispuso el aprovechamiento de tierras de uso común. En las ordenanzas de población de 1573 se establece que cada población deberá tener:

“ejido en tan competente cantidad, que aunque la población vaya en mucho crecimiento, siempre quede bastante espacio a donde la gente pueda salir a recrear, y salir los ganados sin que hagan daño.”²⁷

También las ordenanzas preveían las dehesas para los bueyes de labor, para los caballos y para el ganado de carnicería. Pero en el Río de la Plata, se observa una falta de dehesas.

Supuestamente el ejido era inalienable, pero los cabildos intentaron sacarle provecho y como dice Maruliz Urquijo;

“... especialmente en el siglo XVIII, donde se da la triple conjunción de la valorización de las tierras, de crecientes erogaciones a cargo del cabildo ocasionada por nuevas necesidades urbanísticas y del consenso general que rechaza la propiedad colectiva y exalta la individual.”

Es importante considerar que detrás de estos cambios, hay modificaciones en las teorías económicas. Hacia fines del siglo XVIII comienzan a dejarse de lado el mercantilismo para introducirse paulatinamente en la fisiocracia; es decir, la riqueza de las naciones no residía ahora en los metales preciosos, sino en la tierra. En función de esos cambios comienza a publicarse en Buenos Aires el Semanario de Agricultura, en el que entre otros escribieron Vieytes y Belgrano, argumentando a favor de la fisiocracia.

El Cabildo de Buenos Aires hacia 1724 comenzó a repartir sus tierras “por vía de depósito”, lo que no fue objetado por el gobernador, que prefería esa salida a que las tierras permanecieran baldías.

Al tratarse el problema en el Consejo de Indias, el fiscal dictaminó que:

“...ni el gobernador ni el cabildo ni otro alguno, que S.M. o el Consejo han podido según leyes de estos y aquellos reinos, que no cita por notorias, enajenar, vender, hipotecar ni gravar en manera alguna la más mínima parte de ellas”²⁸

Una real Cédula de 1760 reconoció las asignaciones precarias hechas por el ejido porteño, permitiendo cobrar cinco pesos por cada cuadra ocupada. En el caso de Montevideo, el Cabildo hizo concesiones precarias en el ejido y los agraciados transfirieron las tierras como si fueran legítimos propietarios. En el caso de Córdoba, se buscó la salida con concesiones enfiteúticas. Así el cabildo percibía un canon anual.

Referido a la venta de tierras, las normas fueron escasas, y en la compra entre particulares se siguió al derecho español. Las disposiciones establecían que los indios no podían enajenar sus tierras. Algunos funcionarios, como los presidentes, oidores o fiscales no podían tener casa por sí ni por interpósita persona, para preservarlos de contactos que los comprometieran.

²⁷ Cedula de Encinas, citado por Mariluz Urquijo, op. cit. pág 64

²⁸ Citado por Mariluz Urquijo, op. cit, pñag65

Una real cédula de 1535, establecía que quienes recibían bienes no podían venderlos a iglesias, ni monasterios ni a persona eclesiástica, intentando impedir la inmovilización de las tierras. Esto fue modificado por una real cédula de 1806, que facilitó la adquisición y administración de bienes por parte de las comunidades religiosas.

El mayorazgo tuvo poca incidencia en el Río de la Plata, no siendo así en otras regiones de América, según Mariluz Urquijo, en el territorio argentino se conocen sólo seis. La tendencia igualitaria que predominaba en el Río de la Plata, el desorden reinante sobre el régimen de tenencia de la tierra en vastas zonas, la tardía opulencia de las fortunas particulares en Buenos Aires, y también las más virulentas críticas contra las vinculaciones, incidieron, en la escasez de mayorazgos. La figura fue suprimida por la Asamblea del año XIII. En dicha convención se argumentó que el mayorazgo atentaba contra el principio de igualdad y fomentaba el orgullo y la prepotencia de unos pocos. La ley respectiva prohibió:

“no sólo sobre la generalidad de los bienes si no sobre la mejoras de tercio y quintos, como asimismo cualquiera otra especie de vinculación que no teniendo un objeto religioso o de piedad trasmita las propiedades a los sucesores sin la facultad de enajenarlas.”²⁹

La propiedad minera pertenecía a la Corona, y los Reyes Católicos dispusieron incentivar la explotación de los minerales a particulares, imponiendo que la quinta extraída en neto, se debía tributar a la corona.

Francisco Javier de Gamboa, hizo en 1761, una Recopilación de Leyes de Minas, donde se ratificó que la riqueza mineral pertenecía a la Corona, y se concedió a los particulares “por participación “. Y posteriormente Carlos III dictó una real ordenanza para adaptar la Ordenanza de Minería de Nueva España, donde no se estimuló la explotación por parte de los particulares.

I.E. La visión de los historiadores del derecho

I.E.1). Paolo Grossi

Grossi cuestiona la civilística, que desarrolló el concepto de propiedad a partir de la Ilustración y que se consolidó en el código napoleónico. Cree que para comprender la propiedad en toda su complejidad hay que partir de una mirada más abarcadora de la realidad y la consideración del momento histórico en que se la analice. De manera tal que no habla de un concepto unívoco de propiedad, sino de propiedades. Nos dice Grossi:

“...era hora de mirar a la relación entre el hombre y las cosas, no desde la altura del sujeto, antes bien, poniéndose a nivel de las cosas, y observando desde abajo aquella relación, sin preconcepciones individualistas, y con una disponibilidad total para leer las cosas sin gafas deformadoras.” Y continúa: *“Y las cosas habían revelado que eran estructuras no genéricas sino específicas con órdenes específicos y diversificados que requieren diversas y particulares construcciones jurídicas, si éstas quieren ser adecuadas y no mortificantes.”³⁰*

Grossi sostiene que a los fenómenos históricos hay que comprenderlos dentro de una mentalidad que la define como:

²⁹ El redactor de la Asamblea N° 154, Pág. 57, sesión del viernes 13 de agosto de 1813

³⁰ Paolo Grossi, *La Propiedad y las propiedades*, Madrid, Civitas S.A. 1992

“Mentalidad expresiva de cómo interactúan el sujeto y los fenómenos, mentalidad de la fuerza y el papel atribuido al uno y a los otros en la visión del todo.”³¹ Y continúa diciendo: “Si la mentalidad es aquel conjunto de valores que circulan en un área espacial y temporal, capaz por su vitalidad de separar la diáspora de los hechos y episodios aislados y de constituir el tejido conjuntivo escondido y constante de aquella área...”³²

Advierte sobre el peligro de las visiones atomizadas, de pretender entender a la propiedad como una acumulación de datos y creer que los complejos procesos en los que se da la propiedad, tengan una explicación monocausal. Se requiere analizar lo jurídico en un contexto macro, en el cual se vive, que es la vida en sociedad que abarca múltiples variables, pero al mismo tiempo reivindica lo jurídico en su especificidad:

“la propiedad de los juristas es sobre todo poder sobre la cosa, mientras que la propiedad de los economicistas es sobretodo riqueza, renta sobre la cosa”³³

Lo que pretende señalar, es que no se pueden mezclar estas dos miradas, que son de por sí distintas perspectivas de análisis. Por ejemplo el jurista no puede sacar conclusiones adecuadas partiendo sólo de las fuentes catastrales, ya que ellas sólo dan datos económicos, a veces confusos.

Grossi define la forma jurídica que se da en la Edad Media como dominio útil. La palabra dominio es propia del derecho justiniano, pero sin embargo, marcando la continuidad histórica, y la historicidad propia de la propiedad, emerge en una nueva mentalidad. Esto significa un derecho real limitado. El dominio útil, no es unívoco, si no que ofrece una amplia gama de propiedades.

I.E.2). **Ricardo Levene.**

Levene fue quien introdujo en Argentina el estudio del derecho indiano, con un perfil propio, y al mismo tiempo lo consideró como un antecedente ineludible del derecho patrio. Al respecto sostiene:

“Sobre la historia del derecho Indiano, esas conclusiones se refieren a la rareza de sus instituciones, el ideal ético y el espíritu de justicia social que las alienta, así como también, desde el punto de vista político, el haber sido formadoras de naciones libres e independientes en el nuevo mundo. Sobre la historia del derecho patrio argentino la conclusión, evidente hoy, es que se trata de un derecho con personalidad propia, resultante de la experiencia, de la lucha, el dolor de los argentinos en el curso de las sucesivas etapas que siguieron al movimiento emancipador de mayo, en cuya fuente revolucionaria nació ese nuevo derecho...”³⁴

Levene rescata la sobre vivencia en el derecho indiano de las instituciones indígenas, y sostiene que la propiedad, para los aborígenes era concebida como la posesión de objetos muebles, armas utensilios, ya que la actividad agrícola era comunitaria. Y que la propiedad del suelo era colectiva, y de ésta se desprendían otros derechos, como el derecho al riego, a los

³¹ Paolo Grossi, op. cit. pág 39

³² Paolo Grossi op. cit. Pág 58

³³ Ibidem pág 78.

²⁰ Ibidem pág 85

²¹ Ibidem pág 94

³⁴ Ricardo Levene, Manual de Historia del Derecho Argentino, cuarta edición, Buenos Aires, Depalma, 1969, pág. 8

frutos, maderas y ganados. Las tierras de pastoreo eran de uso común, pero para la actividad del cultivo, se utilizaba el reparto de la tierra. Nos dice Levene:

*“La organización administrativa anterior y el comunismo agrario subsistieron, y sobre tal base la legislación indiana, especialmente dictada a este fin, fue tejiendo una super estructura social”.*³⁵

Pero sostiene que con la irrupción del liberalismo, el derecho indiano fue paulatinamente incorporando el concepto de la propiedad individual propia del racionalismo.

I.E.3). La perspectiva de Levaggi

Abelardo Levaggi, en su obra, “Manual del Derecho Argentino”, parte del supuesto de la historicidad del derecho. En el caso de la propiedad en Indias fue evolucionando desde formas comunitarias hacia la propiedad individual. Adhiere al pensamiento de Savigny quien iniciara en Europa la Escuela Histórica del Derecho. Levaggi critica al racionalismo jurídico por no explicar la naturaleza histórica del derecho y sostiene:

*“Ya nadie puede dudar de la historicidad de él”*³⁶ y agrega, *“que el ordenamiento jurídico genuino de todo pueblo tiene un origen histórico.”*³⁷

No cree que el derecho sea sólo el fruto de la razón, y ni que sea inmutable, ya que las instituciones se van modificando con el tiempo y, a medida que la realidad social que las rodea se transforma, las normas cambian, y éstas deben adecuarse a la nueva realidad social.

Las tierras de América, en el período de dominio español fueron consideradas por la Corona como bienes propios. Levaggi considera que existía un triple interés. En primer lugar un interés político en poblar la tierra para cumplir con los fines materiales y espirituales. En segundo lugar, el interés económico en explotarla, para el sustento de los pobladores españoles; y en tercer lugar un interés fiscal, ya que podía convertirse en una fuente de riquezas para el estado español.

Referido al tema de la propiedad indígena, sostiene que se la respetó como tierras que poseían y explotaban en común. Las Ordenanzas de población de Felipe II (1573) dispusieron que la ocupación española se haría:

*“sin tomar de lo que fuere particular de los indios, y sin hacerles más daño del que fuera menester para defensa de los pobladores y que para que la población no se estorbe”.*³⁸

Pero reconoce que a pesar de la legislación, los abusos y usurpaciones fueron moneda corriente.

Otra institución que Levaggi analiza son las mercedes de tierras, como modo de distribuir tierras consideradas baldías, y nos dice:

*“se dice que en América el dominio privado se entendió como el ejercicio de una función social. La tierra se daba generalmente para ser ocupada, y la extensión de la merced guardaba relación con el destino”.*³⁹

³⁵ Ibidem pág 39

³⁶ Abelardo Levaggi, Manual del Derecho Argentino, Tomo I, Buenos Aires, ed. Depalma 1986. pág 1

³⁷ Ibidem, pág 2

³⁸ citado por Levaggi, op. cit., Tomo II pág 210

Estas prácticas son similares a las que se hacían en el Altomedievo propias del derecho castellano medieval.

Durante el siglo XVI se dio a cada poseedor una cantidad apropiada de tierras para el cumplimiento de sus fines, pero esta política comenzó a desvirtuarse, durante los dos siglos siguientes, llegando a conformar verdaderos latifundios.

También se trasladó a las Indias, la práctica española de la propiedad comunal, que pertenecía a todos los vecinos de una ciudad. Este uso comenzó a desarrollarse en el Virreinato de México y luego se propagó al Perú. En el siglo XVIII, al cambiar la concepción de la propiedad y considerarla como individual y absoluta, aquellas prácticas fueron disminuyendo, pero sin desaparecer del todo.

I.E.4). Mariliz Urquijo

En el caso de Mariluz Urquijo, sostiene que la Corona española respetó la propiedad de los indígenas y afirma:

“La referencia al señorío de las Indias atañe a la soberanía o en todo caso al dominio eminente del Estado pero este no pretende la propiedad entendida como institución del derecho privado y la prueba de ello la tenemos en que se respeta la propiedad preexistente de los indios. son facultades sobre baldíos que serán justamente objeto de las Mercedes.”³⁹ Y agrega más adelante: “La Corona reconoce la legitimidad de la propiedad anterior a la conquista.”⁴¹

El autor ofrece como prueba del respeto de los territorios indígenas, algunas disposiciones de la Corona. Por ejemplo, se leía en los Requerimientos, y el otro argumento se refiere a la orden dada a Bartolomé de las Casas que comprara las tierras a los indios. También menciona el caso de la Real Cédula de 1571, a Juan Ortiz de Zárate, por la que se le advierte que no ocupe ni tome cosas de los indios.

Cita otro ejemplo para confirmar su hipótesis, el fundador de Mendoza, Pedro del Castillo que le solicita al cacique que le ceda las tierras para el asentamiento de la ciudad, sin comprender que la posesión de tierras para el indígena tiene otra cosmovisión totalmente diferente.

Otro argumento expresado por el autor se refiere a las leyes que organizaron el régimen de la encomienda, donde se establecía que el encomendero se limitaba a disponer del servicio personal del indígena pero no de su tierra; y que además, la encomienda no se heredaba sino que pasaba al pueblo de que el indio fuese originario.

Y menciona un caso que se proyectó más allá de 1810, en la segunda mitad del siglo XIX un descendiente de los Marqueses del Valle de Tojo, pretendió las tierras de los pueblos de Cochimoto y Casabindo, alegando que sus antecesores habían sido encomenderos y La Suprema Corte sentenció en contra:

“...por las leyes de encomienda, la posesión de las tierra en que ellas estaban situadas, pertenecía a los indios encomendados.....siendo el encomendero únicamente la administración, y beneficio; que por consecuencia

³⁹ Abelardo Levaggi , op. cit. T,II pág 211

⁴⁰ Mariluz Urquijo, op. cit.pág 22

⁴¹ Mailuz Urquijo, op. cit. pág 24

no habiendo tenido el demandado como sus antecesores sino la posesión de Casabindo y Cochinota en el sentido de administración y beneficio, no ha podido de poseedor de esa encomienda, convertirse por sí mismo ni por la voluntad de sus antecesores en poseedor de la tierra para poderla prescribir, pues es un principio constante en derecho... que nadie puede cambiar por sí mismo ni por el transcurso del tiempo la causa de su posesión.”⁴²

Considera la figura del protector de naturales y menciona el ejemplo de de los indios del pueblo de Consista, en el Tucumán, que consiguieron una provisión de la Real Audiencia de Charcas de 1597, para no ser desposeídos.

Para resolver las dificultades prácticas que tenían los aborígenes para acreditar la propiedad de la tierra, señala que el Virrey del Perú, García de Mendoza, en sus instrucciones a los comisarios de tierra, no se les exige a los indios que exhiban títulos y que puedan hacerlo verbalmente.

Mariluz Urquijo sostiene que:

“Dada la vastedad del continente y la pequeñez de los núcleos colonizadores no hubo inicialmente mayores motivos de fricción por razón de la tierra, la que lejos de constituir un problema era considerada una solución para los pobres de la metrópoli...”⁴³

Pero cree que esta situación se modifica cuando la tierra adquiere valor, o cuando la colonización se produce en zonas más densamente pobladas de aborígenes, produciéndose innumerables conflictos entre indígenas y españoles. En los hechos no se respetaron las normas:

“La práctica, pues, va a limitar el reconocimiento de la propiedad indígena a aquellos lugares en donde una población sedentaria hubiera practicado un tipo de explotación económica similar al del hombre civilizado. En esta área la dificultad de un control eficaz, el desnivel entre el indígena y el español y la ignorancia del derecho por parte de aquel van a abrir camino a los abusos y a las usurpaciones.”⁴⁴

Menciona como una de las prácticas más frecuentes, fue la del indio encomendado, a quien se la hacía abandonar su asiento tradicional, entonces estas tierras eran solicitadas por los españoles. Otro modo fue la compra forzada de tierras que el indio vendía a precio vil.

Sin embargo el autor llega a una conclusión optimista sobre la eficacia de la legislación impartida en indias en este sentido y nos dice:

“No obstante todos los abusos, que indudablemente existieron, la legislación fue eficaz para preservar, si quiera parcialmente, la propiedad indígena”.

I.F. Conclusiones

En el antiguo régimen hubo muchos tipos de propiedades. Durante la conquista y colonización de América, Castilla en principio trasladó a las colonias los tipos de propiedades

⁴² Fallos de la Suprema Corte nacional con la relación de sus respectivas causas., Buenos Aires, publicación hecha por los doctores Nemesio Rijo, Tomo X pág. 38 Hacia 1920 esas mismas tierras las reclamaron los indígenas, pero la Corte no hizo lugar y quedaron en posesión de la provincia de Jujuy

⁴³ Mariluz Urquijo, El régimen de la tierra en el derecho indiano, Buenos Aires, Perrot, pág 29

⁴⁴ Mariluz urquijo, op. cit, pág 31

similares a las de la metrópoli, y la evolución hacia la imposición de la propiedad privada en forma exclusiva, fue el fruto un de lento proceso que fue sustentado por cambios ideológicos a partir del siglo XIX, que trajo el liberalismo. En este camino de innovaciones, elementos de la tradición fueron arrastrados a las realidades que se pretendía modificar y en muchos casos formas muy antiguas sobrevivieron.

Los historiadores del derecho en general coinciden en que al principio de la llegada de los españoles a América, se impuso un tipo de propiedad sustentada en la función social, es decir que estaba sometida a ciertas condiciones, que si sólo se cumplen se puede acceder al dominio. En el derecho castellano aplicado a las indias sobreviven costumbres medievales, como del caso de las formas comunitarias de la propiedad. Y en América se produjo una mixtura donde coexistieron varias formas al mismo tiempo, el castellano, el canónico y el aborigen. Hubo tierras realengas, las baldías, las comunales, las que se respetaron de los indígenas, y las de la iglesia. Es decir que no existió un concepto unívoco de propiedad, si no que fue plural. Para que llegara la imposición de la propiedad privada, se dieron luchas entre los distintos sectores.

Hubo por parte de la Corona la intención de regular la tenencia de la tierra, a través de reales ordenanzas y leyes, pero fue muy común que esas disposiciones no se cumplieran, y en especial en el Río de la Plata.

I.G. Bibliografía

EL MARCO JURÍDICO:

Margarita Millán

II. El Poder Judicial afín a las políticas de gobierno (1920-1960).

“... Sólo con una ardiente paciencia conquistaremos la espléndida ciudad que dará luz, justicia y dignidad a todos los hombres. Así la poesía no habrá cantado en vano...”

Pablo Neruda

Trabajo realizado por la abogada Margarita Millán

II.A. *Introducción*

El período de análisis abarca desde el año 1922, hasta 1960. Los fallos seleccionados son los siguientes: Ercolano (1922), Horta (1922), Avico (1934) y Cine Callao (1960).

Se hace hincapié en el momento en el se dictan los fallos estudiados, el contexto político e histórico de cada resolución. Para poder de ésta manera observar las vinculaciones o no entre el poder y los fallos de un poder que se supone independiente.

De por sí el concepto de propiedad, es multifacético, puede referirse a diversas situaciones y relaciones. Por ello considero que el estudio de lo que la CSJN ha entendido por propiedad, y el análisis de los diversos fallos en donde el tribunal analiza si ese derecho ha sido respetado o vulnerado por la llamada legislación de emergencia, dan una idea acabada de lo que se entendió por propiedad en cada uno de los momentos estudiados, pero no agotan su contenido.

II.B. *Marco teórico*

Según la Real Academia Española, propiedad es el “Derecho o facultad de poseer alguien algo y poder disponer de ello dentro de los límites legales”.

En el presente trabajo analizamos los diversos alcances dados a este vocablo por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En el derecho constitucional Argentino, la propiedad, como institución se encuentra prevista en el Art. 17 de la CN, que reza: "La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en el ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada...."

I.A.1). Marco conceptual

Respecto al concepto de derecho de propiedad previsto en la Constitución Nacional y en el Código Civil, ha sido tratado en el trabajo realizado por la abogada Irene Pujol, en el marco del presente Proyecto, al cual remitimos.

Puede decirse que el derecho de propiedad se encuentra desde siempre presente entre los seres humanos, históricamente el hombre se apropiaba de las cosas. Las manifestaciones de la propiedad han sido de la más diversa índole, dependiendo de la época, lugar e ideologías que le han dado sustento.

Sólo a modo de introducción, vemos que en el derecho Argentino, conforme lo establecido en el Código Civil, los derechos reales recaen sobre cosas materiales susceptibles de apreciación pecuniaria; en tanto que los derechos personales tienen por objeto una prestación (consistente en un dar, hacer o no hacer).

Los derechos patrimoniales son reales o personales; mientras que los derechos extrapatrimoniales, sobre todo los derechos de familia, escapan a esta clasificación. A su vez, el concepto de propiedad normado en la Constitución Nacional, tiene una amplitud mayor que el derecho de real de dominio del Código Civil; abarca derechos reales y personales. El alcance del derecho de propiedad (en el sentido constitucional), abarca tanto a **cosas** materiales susceptibles de apreciación pecuniaria, como a **bienes** inmateriales susceptibles de apreciación pecuniaria.

Ello ha llevado a la CSJN a decir que ... el concepto de propiedad garantizado por la constitución nacional, abarca "todos los intereses apreciables que el hombre pueda tener, fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad"...⁴⁵. A través de este fallo puede verse la amplitud otorgada al concepto de propiedad por el alto tribunal.

El capitalismo, entendido como orden económico individualista, que organiza técnicamente la producción por medio de la división del trabajo, caracterizada ésta en la producción creciente de mercancías y que adquiere su significado económico social con el predominio de la empresa (Phole); produjo en la concepción de propiedad, cambios conceptuales de importancia, dando lugar a una propiedad absoluta, de carácter privado; presentando como corolario grandes diferencias sociales.

Todo esto ha llevado a restringir el concepto clásico de capitalismo sin afectar la esencia del sistema, mediante institutos como la figura del abuso del derecho. También desde la construcción de la propiedad en función social. Respecto a la propiedad en función social, ver el trabajo de Susana T. Ramella, "La propiedad en función social en la Constitución de 1949. La mentalidad del Antiguo Régimen representada en el constitucionalismo social de la época".

La doctrina derivada del Marxismo, hacia referencia a una propiedad de tipo colectiva; la Doctrina social de la iglesia, protege la propiedad individual pero con función social.

Sin profundizar en las diversas corrientes ideológicas que han influido en los alcances del concepto de propiedad, podemos advertir que cada momento histórico, presenta un modelo de propiedad con matices diversos.

⁴⁵ C.S.JN., 1925, "Bordieu c. Municipalidad de la Capital"; "Fallos", 145-307.

Como sostiene Borda⁴⁶, en la República Argentina antes de la sanción de Código civil se aplicaba la legislación española vigente a la época de la Revolución de Mayo – sancionada con anterioridad a esta –; como asimismo la legislación patria. Ésta última fue sancionada por los gobiernos nacionales o provinciales, y no alteró la legislación española existente.

La codificación aparece en la Argentina, como un paradigma impuesto. Si Francia había sido capaz de llevar adelante el proyecto codificador, como no iba a ser capaz la Argentina de hacerlo. El proceso codificador en la Argentina tendió a universalizar, sin tener en cuenta las particularidades, siendo ésta una gran diferencia con el derecho indiano que se caracterizaba por ser eminentemente particularista.

Podemos observar la influencia de la legislación para cristalizar y fortalecer un determinado sistema político e ideológico con carácter universal.

La tarea codificadora fue llevada a cabo por Vélez Sarsfield, quien recurrió para ello a diversas fuentes: Derecho romano, legislación española y el derecho patrio, el código civil francés y sus comentarios, la obra de Freitas, entre otras fuentes.

La influencia del derecho romano, origen del derecho civil, fue notoria en Vélez, en aspecto de vital importancia como la posesión a través de Savigny. La formación romano – hispánica de Vélez lo llevo a tener en cuenta al redactar el código las leyes que nos había regido hasta esa fecha e inclusive las costumbres.

Con respecto a la influencia francesa, la legislación napoleónica tuvo recepción en todo el movimiento universal de codificación. La codificación implica la elaboración de un código civil único para regir toda la republica.

I.A.2). **Los comienzos de siglo y la propiedad en la Argentina**

La CSJN, ha debido manifestar en diversos casos, cual es el alcance del derecho de propiedad consagrado por nuestra constitución Nacional. Cada uno de los fallos del tribunal tratados en el presente, pareciera mostrar que **el derecho de propiedad tiene un contenido dinámico** y que dicha dinámica tiene que ver con el momento histórico, político, ideológico, y de distribución del poder entre los diversos poderes del estado.

Ya en el año 1925, en el caso “Bourdieu c. Municipalidad de la Capital” la Corte dijo que el concepto de propiedad garantizado por la constitución nacional, abarca ..."todos los intereses apreciables que el hombre pueda tener, fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad" ...⁴⁷, concepto que como se establece en las conclusiones del presente trabajo, presenta una gran amplitud.

Con una fallo de estas características, el derecho de propiedad parece no tener límites.

Como ya se dijo anteriormente, la propiedad puede recaer sobre bienes inmateriales o espirituales, tales como la honra, la libertad, la educación, la cultura, el fruto del ingenio, etc; o sobre bienes materiales.-

Se ha establecido que cuando el derecho de propiedad recae sobre bienes inmateriales nos referimos específicamente al vocablo “propiedad”, en cambio cuando dicho cúmulo de

⁴⁶ Borda, G.A. "Tratado de derecho Civil" Parte General I. Ed. Perrot.

⁴⁷ C.S.JN., 1925, "Bordieu c. Municipalidad de la Capital"; "Fallos", 145-307.

facultades recae sobre bienes materiales (muebles o inmuebles), nos referimos al derecho real de dominio.

El derecho de propiedad, y la forma en la cual es reconocido por el ordenamiento jurídico de un país, determina en gran parte las relaciones jurídico comerciales de esa sociedad.

También influye en el alcance que se le dé al vocablo “Propiedad”, el momento histórico político por el que atraviesa un determinado país y el reflejo que de ello hacen sus instituciones (en el caso de análisis, Poder Judicial de La Nación CSJN) al interpretar el derecho.

Respecto a la distinción o importancia económica de si el derecho de propiedad recae sobre bienes materiales o inmateriales, en el primer supuesto encuadran los derechos referidos a la propiedad industrial, e intelectual; en tanto que en el segundo supuesto se hace referencia a la propiedad inmobiliaria y la creciente importancia en valor de los bienes muebles en la actualidad.

II.C. Poder de Policía. Análisis jurisprudencial. Contexto histórico.

Podemos definir al ***poder de policía***, como aquel que permite limitar mediante una ley, los derechos reconocidos por la Constitución Nacional. Dicha ley puede ser Nacional, Provincial u Ordenanza municipal.

En aquellos supuestos en los cuales la mencionada limitación de los derechos individuales es a los fines de proteger exclusivamente la moralidad, seguridad y salubridad publicas, estamos frente a un ***poder de policía restringido***. En cambio si esa restricción de los derechos individuales esta dirigida no solo en resguardo de la moralidad, seguridad y salubridad públicas, sino también con el objeto de promover el bienestar general, el bien común y en casos de emergencia también tutelar los intereses económicos de la comunidad, estamos frente a lo que se ha denominado como ***poder de policía en sentido amplio***.

En nuestro país, el criterio restringido de poder de policía fue aplicado hasta 1922.

El estado de emergencia económica, (y la correspondiente legislación para hacerle frente, ejerciéndose el poder de policía en sentido amplio) ingresa a nuestra constitución material, con la recepción de la CSJN en 1922, en el fallo “Ercolano c/ Lantieri de Rensaw”, en este supuesto hablamos del poder de policía en sentido amplio⁴⁸.

Debemos aclarar en este punto, que el ejercicio del poder de policía en sentido amplio fue ejercido por el poder legislativo, quien dicta la ley 11.157. Lo que tuvo que hacer la Corte en el caso “Ercolano”, fue establecer si dicha legislación de emergencia, era o no violatoria del art. 17 de la C.N.-

El fallo **Ercolano v. Julieta Lantieri de Rensaw**⁴⁹, tiene lugar a raíz de que el art. 1 de la ley 11.157 fue impugnado de inconstitucionalidad.

Se ha sostenido que la reglamentación del precio de la locación, es incompatible con el derecho de usar y disponer de la propiedad, con el principio de inviolabilidad de la misma y

⁴⁸ Serrano, María Cristina. “La emergencia económica en la Argentina. Sus etapas y la actuación de sus órganos estatales”. EIDial.com

⁴⁹ <http://www.todoiure.com.ar/libreria/jurisp>

con la prohibición de alterar garantías fundamentales con leyes reglamentarias, consignadas respectivamente en los arts. 14, 17 y 28 de la Constitución.

La ley cuya validez se impugna, prohíbe cobrar, durante dos años contados desde su promulgación por la locación de piezas, casas, etc, destinados a habitación, comercio o industria, un precio mayor que el que se pagaba por los mismos el 1° de enero de 1920.

Dos cuestiones fundamentales plantea la aplicación de esta ley al caso:

En primer lugar, si la limitación impuesta al alquiler en virtud de la mencionada ley reglamentaria, es compatible con el derecho de usar y disponer de la propiedad que reconoce a todos los habitantes de la Nación el art. 14 de la CN.

En segundo lugar, si tal restricción importa una privación de la propiedad sin sentencia y sin la correspondiente indemnización, repugnante al art. 17 de la CN.

... “De las limitaciones a los derechos, ...(entre otras)... están aquellas que tienden a proteger los intereses económicos”... .-

Es muy importante tener presente en cada resolución judicial, cuáles son los intereses económicos protegidos.

En el caso en cuestión, se hizo hincapié en que la determinación del precio es una facultad privativa del propietario, el estado no tiene el poder general de fijar o limitar el precio de las cosas del dominio particular. Sin embargo existen circunstancias, en las cuales por la dedicación de la propiedad privada a objetos de intenso interés público y por las condiciones en que la misma es explotada, justifican y hacen necesaria la intervención del estado en los precios, en protección de intereses vitales de la comunidad.

Siguiendo esta línea argumental, se sostiene asimismo en el fallo que ... “Ya no se considera discutible el poder del estado para ejercer eficaz contralor contra los precios de aquellos servicios que interesan en alto grado a la sociedad y que por su naturaleza, o por las condiciones en que se prestan, constituyen necesariamente negocios monopolizados”-

La ley de emergencia que da lugar al fallo, fue dictada en medio de una crisis habitacional. Las propiedades se encarecieron y comenzó a especularse con el precio de los alquileres. Al no haber suficientes habitaciones para alquilar, el propietario podía establecer un precio arbitrario. Se da una actividad monopólica, que recae sobre un bien esencial como lo es la vivienda. ... “Ha existido una opresión económica irresistible”...⁵⁰ .

Conforme establece el fallo analizado, ... “Se argumenta con que el negocio de la locación de inmuebles no importa dedicar la propiedad a un uso de interés público”...⁵¹ .

Frente a lo dicho ut supra, debe destacarse que la locación de habitaciones adquirió un interés extraordinario para el público, conforme se establece en la sentencia.

En el mismo sentido que el argumento analizado, puede verse en el fallo: ... “que en éste caso no estaba de por medio el interés o bienestar general y que la ley sólo tiende a proteger a una clase o grupo social en perjuicio de otro; a los inquilinos en detrimento de los propietarios” ...⁵² .-

⁵⁰ Ercolano c/ Lantieri de Renshaw.

⁵¹ Ercolano c/ Lantieri de Renshaw

⁵² Ercolano c/ Lantieri de Renshaw

Más allá de la opinión que cada uno tenga respecto de los fines buscados por la ley de emergencia, siempre habrá un grupo con intereses comunes (en este caso los inquilinos) que se verán beneficiados respecto de otro grupo.

De todos modos es de importancia resaltar la transitoriedad de las medidas tomadas, y las enormes asimetrías existentes en la libertad de contratar.

Respecto de la facultad del poder Judicial en el caso, ... “únicamente le incumbe pronunciarse acerca de los poderes constitucionales del congreso para establecer la restricción al derecho de usar y disponer de la propiedad que encierra la ley impugnada, teniendo para ello en cuenta la naturaleza, las causas determinantes y la extensión de la medida restrictiva. Las consideraciones y antecedentes de que se ha hecho mérito en el curso de esta sentencia conducen a una conclusión favorable respecto a la facultad legislativa para ejercitar en este caso el poder de reglamentación sobre los precios, como una medida transitoria y de emergencia”... .-

En el caso en cuestión, no hay un contrato de locación vigente sino una locación por simple convenio verbal y sin término. ... “Se trata pues de una relación de derecho precaria e inestable que no creaba más obligaciones ni más derechos que los derivados de cada período de alquiler que se fue devengando por reconducciones sucesivas y que, por lo mismo, no hacía ingresar en el patrimonio del locador ningún derecho que haya podido quedar afectado por la aplicación de la nueva ley”... .-

... “Es innecesario pronunciarse sobre la delicada cuestión de la facultad de dictar leyes que alteren los derechos adquiridos por contrato, desde que no se ha acreditado la existencia del derecho. **En virtud de los antecedentes precedentemente expuestos, se declara que el artículo 1 de la ley , de la manera en que ha sido aplicado en la sentencia, no es repugnante a lo dispuesto en los artículos 14, 17 y 28 de la CN., y en consecuencia, se confirma dicha sentencia en cuanto ha sido materia del presente recurso extraordinario**”... . Firman la sentencia por la mayoría, Palacio, Figueroa Alcorta y Méndez.

De los párrafos anteriores puede observarse que el argumento más fuerte de la Corte, o al menos del voto mayoritario, considera que la legislación de emergencia no es violatoria del derecho de propiedad porque la relación contractual es de tipo precaria y no esta destinada a durar un determinado plazo.

La disidencia de Bermejo, enfáticamente establece : ... “Nada autoriza a los poderes públicos, ya sea el legislativo, el ejecutivo y el judicial, a apartarse de la Constitución, pues en todas las circunstancias y en todos los tiempos la autoridad de ésta subsiste, y aún en los casos extraordinarios que motivan el estado de sitio , ella misma ha delimitado las facultades que confiere el gobierno”... .-

... “Si la propiedad es inviolable y nadie puede ser privado de ella sino en virtud de sentencia fundada en ley, o sea, sin el debido procedimiento legal, ni puede ser expropiada sin declaración de utilidad pública y previa indemnización, y si ese derecho comprende el de usarla y gozarla según la voluntad del propietario (art. 17 CN) y art. 2513 del CC. por que la propiedad sin el uso limitado es un derecho nominal, se alteran esas garantías constitucionales al fijar por el precio de uso sin la voluntad del dueño y para beneficiar a otro, privándole de un elemento esencial de la propiedad sin sentencia que lo autorice y sin previa indemnización”... .-

En el voto disidente, aparecen los resabios de la concepción restringida del poder de policía, aplicada por el alto tribunal hasta ese momento. Recordemos que es recién a partir de éste fallo (conforme la postura mayoritaria), que tiene cabida en la jurisprudencia nacional el poder de policía en sentido amplio.

Por todo lo expuesto, el voto de Bermejo declara que el art. 1 de la ley 11.157 es violatorio de los arts. 14, 17, y 28 de la CN; revocando la sentencia apelada.

La Corte, debió resolver en 1922 dos pleitos referidos a la misma ley, la 11.157. Tanto en el caso Ercolano como en el caso Horta, se planteo la inconstitucionalidad de dicho cuerpo normativo. Es de gran valor para el presente trabajo, que ambos pleitos fueran resueltos de manera diferente.

En el primero de los casos (Ercolano), el contrato de alquiler se encontraba vencido, por lo cual (conforme la postura mayoritaria) la aplicación de la ley no viene a alterar lo pactado en una relación contractual vigente. Por ello el voto mayoritario, admite la constitucionalidad de la Ley 11.157, que congelaba el precio de los alquileres en el valor fijado al 1 de enero de 1920 y hasta dos años desde la promulgación de dicha ley (sancionada el 15 de setiembre de 1921). El criterio amplio aplicado en el caso, se funda en la limitación de la libertad contractual con el objeto de promover el bienestar general. En cambio en el fallo Horta, sí había un contrato vigente entre locador y locatario. Lo que llevó a la Corte, como se verá a continuación, a declarar la inconstitucionalidad de la aplicación de la ley de alquileres.

En el caso **“Horta C/ Harguindeguy”**⁵³, a diferencia de Ercolano c/ Lantieri de Renshaw, existe contrato de alquiler escrito.

El dictamen del procurador establece: ... “Es en virtud de estas facultades de reglamentación acordadas por las mencionadas disposiciones constitucionales, es que el Congreso de la Nación ha sancionado la ley N° 11.157 que, invocada en este juicio por una de las partes, ha sido por la otra tachada de inconstitucional”... .-

Se arguye que al fijar esta ley N° 11.157, en su art. 1º, un límite al mayor precio que podrá cobrarse, desde su promulgación y durante dos años, por la locación de casas, piezas y departamentos destinados a habitación, comercio o industria, **es violatoria** de la Constitución Nacional, porque atenta contra el derecho de disponer y usar de la propiedad, y altera su esencia, cayendo así dentro de la prohibición general contenida en el art. 28, según el cual los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio”.

... “Examinada bajo tales aspectos, la ley N° 11.157 no es subversiva de los principios del derecho de propiedad. Pero en el caso de autos se invoca la existencia de un contrato de propiedad celebrado con anterioridad a la sanción de la citada ley numero 11.157, y se argumenta que la aplicación de la nueva ley al contrato preexistente, altera los derechos adquiridos en virtud de la celebración de dicho contrato, vulnerando de tal suerte, la inviolabilidad de la propiedad reconocida por el art. 17 de la Constitución Nacional”.

El principio de que el contrato forma una regla a la que las partes deben someterse como a la ley misma, y el principio de la irretroactividad de las leyes, pertenecen al derecho común y no son preceptos previstos en la constitución. Por lo cual no pueden ser objeto de

⁵³ CSJN “Horta C/ Harguindeguy” 21/08/1922- (F 137:47).

decisión en un recurso extraordinario ante la CSJN, y pueden ser modificados, alterados, derogados, por una ley posterior sin afectar las garantías constitucionales.

... “Por estas consideraciones, soy de **opinión** que el **art. 1 de la ley 11.157, aplicado por el Sr. Juez a quo no es contrario a las disposiciones de los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional** que el recurrente don Ernesto Harguindeguy invoca en el presente juicio que le sigue don José Horta, sobre consignación, y que corresponde se sirva V.E. así declararlo, confirmando, en consecuencia, la sentencia apelada, en la parte que ha podido ser materia del recurso interpuesto **Horacio R. Lareta. ...**”.-

Luego del dictamen del procurador, veremos los puntos fundamentales a mi juicio del texto del Fallo:

... “En el pleito se ha puesto en cuestión la constitucionalidad del art. 1 de la ley 11.157, que prohíbe cobrar durante los dos años siguientes a su promulgación por la locación de casas piezas y departamentos destinados a la habitación, comercio o industria, un precio mayor al que se pagaba por los mismos el 1º de enero de 1920. Se ha discutido la validez de la ley, de un punto de vista que no pudo ser contemplado por esta Corte en sus decisiones anteriores in re Ercolano v. Lantieri de Renshaw y en juicios análogos.”...

En los juicios resueltos por la Corte antes de éste, se impugnó la constitucionalidad de la ley 11.157, con relación a locaciones sin término, y los fallos de este tribunal, reconocieron la validez del acto legislativo en su aplicación especial a esos casos.

... “En la especie sub lite la reglamentación del alquiler se ha hecho efectiva en un caso en que las partes se hallaban vinculadas por un contrato a término definido, celebrado con anterioridad a la promulgación de la ley cuestionada, y la aplicación de éste ha tenido como consecuencia inmediata disminuir el derecho contractual del locador, pues la sentencia traída a revisión declara cumplidas las obligaciones del locatario mediante el pago de un precio inferior al estipulado...”.-

... “La sentencia recurrida ha hecho así retrotraer los efectos de la ley haciéndola regir los anteriores a su promulgación. Es verdad que tal circunstancia no compromete, por sí sola, ninguna ley fundamental.

... “Esa es precisamente la situación planteada en la especie sub lite; al celebrar el contrato con arreglo a la ley en vigencia, que no limitaba el precio del alquiler, el locador se había asegurado, lícitamente el derecho de exigir el precio convenido durante el plazo de la locación. Ese derecho había sido definitivamente adquirido por él antes de sancionarse la ley impugnada. Era un bien incorporado a su patrimonio, independiente de la propiedad arrendada, susceptible de ser cedido o negociado y que podía hacerse afectivo ante la justicia. En una palabra era propiedad en el sentido de la Constitución.”...

Esta causa fue resuelta declarando (el voto mayoritario) que el art.1 de la ley 11.157, de la manera en la que ha sido aplicado en la sentencia apelada, es inconciliable con lo dispuesto en el art. 17 de la CN, y en consecuencia se revoca la sentencia apelada.

Firman el voto de la mayoría, D. E. Palacio, J. Figueroa Alcorta, Ramón Méndez y A. Bermejo, este último en disidencia de fundamentos.

Bermejo sostuvo, tanto en el caso Ercolano, como en el presente, que la cuestionada ley es inconstitucional, repugnante al art. 17 de la CN, independientemente de que el contrato de alquiler este vigente o no, sea expreso o no. Se transcribe a continuación la opinión del jurista:

... “Que ese voto no hace distinción entre los arrendamientos verbales o escritos, con término

de duración convenido expresamente o de una manera implícita porque todos están regidos por los mismos principios constitucionales y legales. Las locaciones son siempre de plazo determinado, ya sea explícitamente por estipulación de los contratantes, ya implícitamente por disposiciones de la ley que lo determina en el que se asigna el pago del alquiler, y tanto en unos como en otros podría decirse que la ley nueva arrebató o altera un derecho patrimonial, adquirido al amparo de la legislación anterior”...

I.A.3). C) La Corte suprema de justicia de la Nación.

Década del 20.

En lineamiento generales, durante la presidencia de Marcelo T. de Alvear (1922/1928), no tuvo problemas con la Corte Suprema. Coincidió la ideología liberal del presidente y del órgano judicial. De todos modos, si bien no tuvo mayoría adicta durante su mandato, contó con dos jueces que eran sus amigos (Sagarna y Guido Lavalle). Los mismos llevaban el punto de vista del presidente al tribunal⁵⁴.

1930, Corte y Golpe.

En el estudio de la CSJN y de sus decisiones judiciales, no podemos dejar de analizar los hechos acontecidos en el año 1930.

El 6 de septiembre de 1930, es derrocado el presidente constitucional Hipólito Irigoyen, por el golpe de estado liderado por Uriburu con la participación activa de Justo.

Las medidas tomadas fueron perjudiciales para la democracia de aquel momento y lo serían también en el futuro.

Fue disuelto el Congreso de la Nación.

En ésta Corte, sólo se produjo una vacante tras la muerte de Bermejo en 1930. Hay dos momentos diferentes de la Corte, uno de ellos en la presidencia de Bermejo, en donde la corte había ido acentuando su línea liberal, con una serie de fallos en los que se afirmaba al estado como el buen gendarme, que solo intervenía para dirigir el tráfico (*laissez faire, laissez passe*).⁵⁵ Y un segundo momento, después de la muerte de Bermejo (1930) y de haberse sucedido el Crack de Nueva York; los conservadores deciden introducir drásticos cambios, consistentes en la intervención en la producción, la devaluación del peso, la reducción de sueldos y la creación de los entes reguladores de la producción, tales como la Junta Nacional de Granos, La Junta

⁵⁴ .- Pellet Lastra, Arturo; Historia Política de la Corte (1930-1990), Ed. Ad-Hoc; Pp, 38.

⁵⁵ Pellet Lastra, Arturo, "Historia Política de la Corte". (1930-1990). Editorial Ad Hoc., P.p.76.

Nacional de Carnes, y las Juntas reguladoras de Yerba Mate, del Azúcar y del Vino. O sea el gobierno a pesar de su origen conservador, adoptó algunos de los esquemas propuestos por Keynes⁵⁶.

En 1930, luego del golpe militar, la Corte tuvo un papel más que importante, debido a que Uriburu decidió respetar la estabilidad de los jueces.

La corte con fecha 10 de Septiembre del mismo año, sacó una acordada mediante la cual dicho cuerpo reconoce al gobierno de facto del General Uriburu⁵⁷.

Hay quienes sostienen lo innecesario de que la Corte se expidiese en abstracto al respecto –mediante el dictado de la acordada del 10 de septiembre–, si aún no se había presentado ningún pleito que la obligara a expresarse a través de una sentencia.

El gobierno de facto, pretendió que la Corte convalidase el golpe de estado, y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lo hizo.

Dentro de los miembros del tribunal, el más disconforme con dicha posibilidad fue Figueroa Alcorta. Los magistrados Repetto, Sagarna y Guido Lavalle, decidieron rápidamente su posición de convalidar al nuevo gobierno.

La Corte, se debatió en innumerables discusiones sobre los pasos a seguir. Figueroa Alcorta, sostenía que debían renunciar a sus cargos ante un acto de tal gravedad institucional. La postura que triunfó fue la de reconocer al nuevo gobierno. Para ello se utilizó la doctrina del gobierno “de facto”; el mentor de esta última posición fue Repetto. Debe destacarse que si bien Figueroa Alcorta sostenía que los jueces del alto tribunal debían renunciar, el no dejó el cargo como miembro del alto tribunal.

En la acordada donde la Corte reconoce al nuevo gobierno, paradójicamente, y a pesar del caos institucional que el golpe de estado provocó y seguiría provocando en la Argentina, el alto tribunal pretendió aparecer como contralor de que el nuevo gobierno respetase las libertades individuales del art. 14 y el derecho de propiedad.

... “Se acordó reconocer al nuevo gobierno pero marcándole como límites el respeto irrestricto a las libertades individuales del art. 14 y en especial la plena vigencia del derecho de propiedad del art. 17 de la Constitución”...⁵⁸ .-

⁵⁶ Pellet Lastra, Arturo, “Historia Política de la Corte”. (1930-1990). Editorial Ad Hoc., P.p.76.

⁵⁷ EGES Equipo de Gestión Económica y Social, www.Eges.com.ar Informe Bimensual de Coyuntura política N°2, 18/02/2004. Capítulo III, La difícil tarea de alcanzar el equilibrio.

⁵⁸ Pellet Lastra, Arturo; Historia Política de la Corte (1930-1990), Ed. Ad-Hoc; Pp, 60.

La corte que convalidó este primer golpe de estado, mediante la acordada del 10 de Septiembre de 1930, estaba compuesta por : José Figueroa Alcorta, Antonio Sagarna, Ricardo Guido Lavalle, Roberto Repetto⁵⁹.

Hay quienes sostienen que la Corte debió reconocer al nuevo gobierno a cambio de que éste último respetase la inamovilidad de los jueces.

En el año 1932, Agustín P. Justo fue propuesto por Uriburu como candidato a presidente, y como vicepresidente Julio Roca (hijo). Justo fue presidente hasta el año 1938.

La Argentina de 1932, vivía una situación difícil frente a la crisis mundial; desvalorización de los saldos exportables, elevado índice de desocupación y la recaudación impositiva no llegaba a cubrir las necesidades del sector público⁶⁰.

En este contexto, la Corte debió resolver en 07/12/1934 la causa “**Avico, Oscar A. c/ de la Pesa Saúl**”⁶¹.

En dicho fallo se estableció que las normas deben ser interpretadas de forma tal que se adapten a las realidades y exigencias de la vida moderna, sin buscar obstinadamente cual fue hace cien años el pensamiento de los autores.

Los antecedentes del caso son los siguientes: Avico demanda a Pesa por consignación de dos semestres de intereses computados al **6 % anual** desde el 3 de Abril de 1932 hasta el 3 de Abril de 1933, de acuerdo con la ley 11.741, a cuyos beneficios se acoge, tanto respecto al monto de los intereses cuanto a la prórroga para el pago de éstos y del capital. El demandado se negó a recibir esos intereses, que no son los convenidos con el mutuario en la escritura de préstamo hipotecario, sino los del **9 % anual** pagaderos por semestre anticipado, así como a aceptar la prórroga del plazo de tres años para el pago del capital. **Dice que los derechos emergentes del contrato han ingresado a su patrimonio:** que las leyes nuevas deben respetar esos derechos adquiridos.

Las leyes que no respetan este principio son retroactivas y nulas, violatorias por consiguiente del patrimonio de los particulares.

El **juzgado de primera instancia**, consideró que la ley 11.741 es constitucional. Dicha resolución fue apelada, **revocando el juez civil la sentencia**, rechazando la consignación efectuada y declarando que los artículos invocados de la ley 11.741 son inconstitucionales por ser incompatibles con las garantías de los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional y tratarse de una causa análoga a la resuelta por esta Corte "in re" Horta. Luego Avico dedujo **recurso extraordinario** c/ de la Pesa sobre consignación de intereses.

El procurador general dictaminó:

... “que el Congreso ha estado habilitado para sancionar la ley impugnada, y que la prórroga del plazo de las obligaciones hipotecarias y la limitación del interés que

⁵⁹ ... “Repetto fue ministro de la Corte desde 1923 y presidente del cuerpo entre 1932 y 1946”... .- Pellet Lastra, Arturo; Historia Política de la Corte (1930-1990), Ed. Ad-Hoc; Pp, 35.

⁶⁰ Elecciones de 1932. <http://www.pais-global.com.ar>

⁶¹ <http://www.conhist.org/Avico.htm>

puede exigirse durante su vigencia, no contrarían lo establecido en los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional, por lo que solicita la revocación de la sentencia apelada. Funda extensamente su dictamen en lo que prescribe el art. 67, inc. 16 y 28 de la Constitución Nacional y sostiene que la ley 11.741 ha procurado que el cumplimiento de las obligaciones con garantía sobre los bienes raíces se efectúe en condiciones menos apremiantes en beneficio de los intereses generales y de la economía del país”...

Se impugna en el caso, la ley 11.741 (1933). La misma prorroga por tres años a partir de su vigencia las obligaciones vencidas garantizadas con hipoteca o que antes de la vigencia de ella se hayan hecho exigibles por falta de pago de los intereses o amortizaciones convenidos. Prorroga igualmente por tres años las obligaciones garantizadas con hipoteca existentes el día de la vigencia de la ley, que hasta un año después de esta fecha venzan o se hagan exigibles por falta de pago de los intereses o amortizaciones convenidos. Y las que venzan después del año quedan prorrogadas hasta el término de la vigencia de la ley - art. 1°. Que prorroga el pago de los intereses, que solo pueden exigirse cuando lleguen a adeudarse los correspondientes a seis meses vencidos devengados durante la prórroga - art. 5°. Y que limita al 6 % anual el máximo de interés que podrá cobrarse durante su vigencia (tres años), conforme el art. 6.

En el caso, como ya se dijo, la sentencia de segunda instancia considera inconstitucional la aplicación de la ley (referida a la moratoria para el pago de capital e intereses, y por establecer un máximo al interés fijado por las partes), por ser violatoria de los arts. 14, 17 y 28 de la C.N.

Al igual que en los fallos “Ercolano” y “Horta”, se utiliza el argumento de que el principio de irretroactividad de la ley es de derecho común.

... “Si el derecho de propiedad que emerge de un contrato de préstamo es igual, del punto de vista constitucional, al que se tiene sobre una cosa o un campo, u otra cosa cualquiera, queda por determinar si el Congreso en uso de su facultad de legislar puede modificar el plazo de exigibilidad de los intereses (o de los alquileres o arrendamientos) esto es, de la renta que al acreedor o el propietario en su caso, hayan convenido por contrato con su deudor, inquilino o arrendatario; y, si además de ello, pueden limitar la renta en uno y otro caso, por razones de bienestar general”... ⁶².-

En este fallo se hace alusión, a la enorme influencia de la constitución de Estados Unidos de América como fuente de nuestra carta magna. Por ello encontramos en dicho fallo un extenso análisis de cómo ha interpretado casos similares la jurisprudencia norteamericana.

Entre las citas realizadas de nuestro tribunal a la Corte Norteamericana, se encuentra la siguiente: ... “No puede sostenerse que la prohibición constitucional

⁶² In re Avico.

debería interpretarse como que impide intervenciones limitadas y temporarias respecto al cumplimiento forzoso de los contratos, si ellas fuesen necesarias por una grande calamidad pública, como el incendio, la inundación o el terremoto . La reserva del poder del Estado, apropiada para esas condiciones extraordinarias debe considerarse que es parte de todos los contratos, como es la reserva del poder del Estado a fin de proteger el interés público en las otras circunstancias a que nos hemos referido. Y si el poder del Estado existe para dar alivio temporario contra la ejecución de los contratos en presencia de desastres debidos a causas físicas... ..no puede decirse que ese poder sea inexistente cuando necesidades públicas urgentes que requieran el mismo alivio, son producidas por causas económicas”... .-

En el caso Avico, la Corte declara la constitucionalidad de la ley 11.741 sobre moratoria hipotecaria y reducción de las tasas de interés. Considerando esencial salvaguardar el interés publico en una situación de emergencia, dada la gravedad y extensión de la crisis económica. Es mediante este fallo que se elabora la doctrina de la emergencia basándose en la jurisprudencia norteamericana.

Se establece el principio de que las medidas de emergencia deben reunir ciertas condiciones mínimas para asegurar su validez constitucional; 1)debe estarse frente a una real situación de emergencia, constatada y declarada por autoridad competente (control judicial sobre su existencia y subsistencia), 2) la ley debe estar dirigida a un fin legítimo, que se trate de un fin de interés social y publico, 3) transitoriedad de la regulación excepcional, 4) razonabilidad del medio elegido.

La sentencia de segunda instancia (del caso Avico), que ha sido recurrida ante la Corte, declara inconstitucional a la ley 11.741, fundada mayormente en la doctrina expresada por la corte en el caso Horta: que existía contrato escrito, con la disidencia del entonces Presidente de la Corte doctor Bermejo que sostuvo en todos los casos - hubiera o no contrato escrito”... se violaba igualmente el derecho de propiedad del particular.

Referido al criterio de la Corte Norteamericana sobre el poder de policia, ... Al criterio amplio ("broad and plenary") del poder de policía o de legislación, sostenido por la mayoría de esa Corte, desde hace más de un siglo por Marshall y Johnson, se opuso siempre el criterio restringido o literal ("narrow or literal") que es el de Blackstone, expresado hace casi dos siglos en "Comentarios", que fue el sostenido por la minoría de la Corte Suprema de E. U. de América, hasta en los fallos más recientes sobre las leyes de alquileres, decididos en 1921, y de moratoria hipotecaria y fijación de precios y utilidades, del corriente año 1934 referidos antes "in extenso" .”... .-

La cita mencionada, deja ver el estudio, conocimiento y manejo que tenía la Corte Suprema de Justicia Argentina, de los criterios imperantes en la Corte de Norteamérica. La Corte Nacional, más allá de realizar un acabado análisis de la jurisprudencia extranjera, la reproduce en parámetros generales al redactar el fallo Avico.

... “De las doctrinas contrapuestas antes referidas, aceptamos la más amplia, porque ella es la que está más de acuerdo con nuestra Constitución que no ha reconocido derechos absolutos de propiedad, ni de libertad, sino limitados por las leyes reglamentarias de los mismos, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de su atribución legislativa (arts. 14, 28 y 67 de la Constitución) lo estime conveniente, a fin

de asegurar el bienestar general; cumpliendo así, por medio de la legislación, los elevados propósitos expresados en el Preámbulo”...⁶³.-

La CSJN, hace expresa alusión de aceptar el criterio amplio de poder de policía.

... “Demostrado que el Congreso tiene atribución constitucional para dictar leyes reguladoras del uso y goce de la propiedad, y que también constituyen propiedad, garantizada por el art. 17 de la Constitución, los derechos que el contrato de préstamo acuerda al acreedor, quedan por examinar los hechos que dieron origen a la ley, si ésta se ha propuesto un fin legítimo y si son razonables y justas las disposiciones impugnadas”... .-

La profunda crisis económica sufrida por el país, en esos años, fue puesta de relieve en la discusión parlamentaria a que dio lugar la sanción de la ley 11.741.

... “Y refiriéndose a la ya abandonada política económica de "laissez fair, laissez passer", se dijo que no era de gobiernos previsores, de legisladores prudentes, de políticos perspicaces, y de hombres sensibles al dolor de sus conciudadanos, el encastillarse en esa cómoda doctrina económica de hacer nada esperando las liquidaciones naturales de la crisis”... .-

Se relata en el fallo, que el P.E. había nombrado una comisión de expertos, representantes de entidades bancarias, sociedad rural, etc, a los efectos de aconsejar las medidas a tomar. Dicha comisión aconsejó la moratoria y la baja de interés al 6%. El ejecutivo coincidió en parte con sus conclusiones, presentando luego el proyecto de ley de moratoria hipotecaria entre otros.

... “En conclusión podemos afirmar que la gravedad y extensión de la crisis económica justifican ampliamente la ley impugnada; que todas sus disposiciones se proponen salvaguardar en lo posible un fin legítimo, como lo es el interés público comprometido en esta grave emergencia; y que los medios empleados la moratoria para el pago del capital por tres años, y de los intereses por seis meses vencidos así como el máximo de seis por ciento en la tasa del interés, son justos y razonables, como reglamentación o regulación de los derechos contractuales”... .-

Finalmente, al resolver, la Corte, se revoca la sentencia y se declara que la ley N° 11.741 no es repugnante a la Constitución Nacional en ninguna de sus disposiciones impugnadas.

Roberto Repetto (En disidencia respecto de los intereses). **Antonio Sagarna. Julián V. Pera (Con ampliación de fundamentos*)**. **Luis Linares. B. A. Nazar Anchorena.**

El voto de Repetto en disidencia respecto de los intereses, se afirma en los siguientes argumentos:

... “1) Que todos los habitantes de la República, gozan del derecho de propiedad y nadie puede ser privado de éste si no es mediante expropiación por causa de utilidad pública calificada por ley y previamente indemnizada. El contenido de este

⁶³ Avico

derecho no será destruido ni alterado por las leyes que reglamenten su ejercicio (arts. 14, 17 y 28 de la Constitución Nacional).

Que el vocablo propiedad, empleado por la Constitución comprende, como lo ha dicho esta Corte, todos los intereses apreciables que un ser humano puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad...”.-

... “2) Que es complemento necesario del derecho de propiedad y de la libertad de trabajo, la facultad reconocida por el art. 14, de usar y disponer del primero, celebrando todos los actos jurídicos de que es susceptible, transmitiéndolo en todo o en parte y pactando libremente las cláusulas y estipulaciones convenientes o necesarias a esos fines. El contrato o la convención mediante el cual tal uso se realiza, viene a ser así, constitucionalmente, un atributo de la propiedad...”.-

Los fundamentos de disidentes respecto a los intereses, hacen hincapié en la protección constitucional de la propiedad. Se hace una distinción de la moratoria hipotecaria y de la reducción de la tasa de interés prevista en la ley cuestionada. Cada uno de los temas se analiza por separado.

... “para decidir si la ley N° 11.741 es o no constitucional, en todo o en parte, a cuyo fin es conveniente examinar la cuestión bajo los dos aspectos en que ella ha sido presentada, a saber: a) ¿Es inconstitucional la aludida ley en cuanto acuerda a los deudores hipotecarios una moratoria de tres años?; b) ¿Lo es, en la parte que concede a los deudores una rebaja obligatoria de los intereses pactados? “...⁶⁴.

Dice en los considerandos del fallo, que las cláusulas por las cuales la Constitución asegura la propiedad individual y por consiguiente prohíbe menoscabar las obligaciones nacidas de los contratos se llevarían demasiado lejos si, en su mérito, se pretendiera que la inalterabilidad de la obligación debe extenderse y comprender también los recursos o acciones judiciales tales como existían legislados en la fecha de la celebración de la convención. Lo que básicamente constituye una propiedad para el acreedor en el sentido constitucional y por consiguiente lo fundamentalmente protegido es la obligación creada por la convención. Los recursos acordados por las leyes reglamentarias son la obra de la legislación y susceptibles, por consiguiente, de modificarse en su estructura a medida que lo exija el progreso jurídico sin que nadie pueda pretender la existencia en su favor de un derecho inalterable.

Que el Congreso tiene facultad para modificar o cambiar las acciones y los recursos existentes o prescribir nuevas formas de procedimientos, ampliar o reducir los plazos... ... pero, lo que aquél no podría sin alterar las obligaciones de los contratos sería borrar todos los recursos y destruir así toda la relación, ni imponer tales nuevas restricciones o condiciones que pudieran materialmente impedir o dificultar el cumplimiento de los derechos...

En el voto disidente, se plantea que el Congreso tendría facultades para dictar una ley, si la misma se encuentra fundada en acontecimientos extraordinarios y para eludir los efectos perturbadores de pestes, incendios, guerras, inundaciones,

⁶⁴ Avico.

terremotos, etc., suspendiera solo provisionalmente y por un término razonable el ejercicio de las acciones. La relación jurídica contractual, no tiene por qué verse menoscabada. En el caso, la ley suspende la ejecución de obligaciones por 3 años respecto al capital y por 6 meses respecto a los intereses. Son moratorias o esperas.

En cambio respecto a la reducción de la tasa de interés, la obligación convenida se ve alterada por la legislación.

Se declara que la ley 11.741 en cuanto concede una moratoria de tres años a los deudores hipotecarios no pugna con disposiciones de la Carta Fundamental y en cambio, se la declara inconstitucional en su art. 6º, primera parte por ser contraria a los arts. 17, 14 y 28 de la Constitución. Roberto Repetto.

Puede verse que cada una de las causas judiciales llegadas a decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, referidas a la violación o no del derecho de propiedad en cada caso concreto presenta una riquísima discusión, en la cual podemos observar el perfil ideológico de cada juez en particular y del tribunal judicial en un momento dado.-

En éste caso, la **Corte** considera que **la ley 11741 no viola el derecho de propiedad consagrado en la constitución**. En el voto disidente de Repetto, respecto de la modificación de los intereses mutuarios pactados, plantea un alcance de la protección del art. 17 de la C.N. más amplio. Ello por considerarse, que la restricción de la tasa de interés, lesiona al patrimonio del acreedor. Este último celebró un contrato, en el mismo estableció la tasa de interés. Siendo esta última modificada por la ley de emergencia hipotecaria.

Éste fallo, de 1934, fue dictado por una Corte que venía de convalidar un gobierno de facto; encontrándose el país en una grave situación económica.

Debe situarse esta resolución judicial, con la doctrina de la emergencia que fue creada a partir de su dictado. Por lo cual deberá analizarse si efectivamente se estaba frente a una situación de emergencia, si la ley era dirigida a un fin de interés social y público, si la regulación de emergencia era transitoria, y por último si era razonable el medio elegido. Creo que más allá de los aportes, que este fallo pueda hacer o no a la formación del concepto del derecho de propiedad, la creación de esta doctrina tiene gran importancia, como una forma de poner valla al poder omnímodo de aquellos poderes facultados para dictar la legislación de emergencia.

Entre 1916 y 1943, por diversas razones, hubo coexistencia pacífica entre la corte y el gobierno. Fue recién en 1944/45, al irse definiendo ideológicamente el gobierno militar de Farrell, donde por primera vez en la historia de la Corte, hay disidencia o discordancia del máximo tribunal judicial con el gobierno. La Corte dictó fallos significativos en dicho sentido⁶⁵.

Según Pellet Lastra, en los años de reinstalación del gobierno constitucional en 1932, hasta Junio de 1943, la Corte Conservadora integrada en su última etapa por Repetto, Sagarna,

⁶⁵ Por ejemplo, un fallo en el cual se establecía la inconstitucionalidad de las delegaciones de la Secretaría de Trabajo y Previsión Social (que lideraba Perón) en el interior.

Linares, Nazar Anchorena, y Ramos Mejía, acompañó el proceso constitucional como una corte adicta al régimen, pero no específicamente a los hombres que gobernaban⁶⁶.

Antes de que el peronismo fuese gobierno, hubo algunas posturas que sostenían que el poder fuese trasladado a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien se encargaría de garantizar, un gobierno conservador para el país, o en otras palabras antiperonista. Todos estos acuerdos e ideas de llegar a conformar un gobierno de transición, con la finalidad de encauzar el proceso político y electoral, se vio paralizado por los acontecimientos del 17 de octubre.

Además si analizamos cuidadosamente la relación entre la corte, el gobierno y la población, veremos que la pretendida independencia o apoliticidad de la primera es solamente una declaración formal, vacía de todo tipo de contenido.

La posibilidad de trasladar el poder a la Corte, fue un proyecto que nunca tuvo posibilidad de ser viable, es de destacar que en aquellos tiempos –si bien para algunos grupos de la sociedad-, la corte no era una institución desprestigiada. Cosa que si sucede en la actualidad, en donde el concepto que se tiene de la institución es mayormente negativo.

La corte Conservadora de estos años, tenía convicciones liberales e individualistas, considerando que cada uno ocupaba su lugar **en forma natural y correcta**⁶⁷.

Más allá de la conclusión a la que se llegue, referida a la independencia o no de la Corte con el gobierno de estos años; es cierto que sus miembros se veían a si mismos, como parte de una clase diferente, guardianes de las garantías constituciones, en particular el derecho de propiedad, y como se dijo ut supra, ocupando un cargo en el superior tribunal de la republica de manera natural.

Era obvia la posición antiperonista de la Corte. Cuando Perón asume como presidente, tenía mayoría en las cámaras del Congreso y gobernadores de provincias adictos, encontrando en la Corte la resistencia opositora . Perón sostenía que los enemigos permanecían en le poder (judicial) con la finalidad de defender los privilegios de su clase.

Al poco tiempo, el Bloque peronista en diputados, presentó el pedido de juicio político a los miembros de la Corte (Repetto, Sagarna, Nazar Anzorena, Ramos Mejía y el procurador Juan Álvarez), exceptuando a Casares que era el hombre de la Iglesia en la Corte, con la cual Perón no quería tener problemas.

Si bien no ahondaremos en las causales de destitución, los miembros del alto tribunal fueron destituidos, con excepción de Repetto que renunció unos meses antes al cuerpo.

Es inevitable concluir, que el peronismo necesitaba una corte que le fuese ideológicamente compatible. O al menos que tuviera la capacidad de comprender los nuevos derroteros del gobierno que nacía. No puede imaginarse a la Corte conservadora coexistiendo con la propiedad prevista en la constitución de 1949.

Si bien en el presente trabajo, no se analiza ningún fallo de la Corte Suprema durante los años en los cuales fue presidente Perón, es importante hacer algunas referencia a la relación de la Corte de esta época, con el gobierno del General Perón.

Según Pellet Lastra ⁶⁸ Perón dijo las siguientes palabras a Eva Duarte

⁶⁶ Pellet Lastra, Ob, Cit. Pp, 82.

⁶⁷ Pellet Lastra, Ob. Cit. Pp, 108

⁶⁸ Pellet Lastra, Ob. Cit. Pp, 137

... “No te olvides que el palacio de justicia es una fortaleza de tu odiada oligarquía y sólo hemos conseguido perforar el techo del cuarto piso para echar a cinco enemigos... todavía quedan más de cien allá adentro... esperando , acechando, tratando de adivinar como hacemos para echarlos a ellos también”... .-

La implicancia ideológica y política que tuvo la destitución de los miembros de la Corte Conservadora, abrirá un camino que no dejará de transitarse en la Argentina, aún hasta nuestros días. Por ello, podemos ubicar aquí, el comienzo de Cortes ex profeso adictas a los diversos regímenes de turno. Ya que si bien en 1930 había similitud de ideas entre la corte y el nuevo gobierno de facto, ello no se debió a la destitución de sus miembros y su reemplazo por otros, sino a similitud de pensamiento.

En julio de 1947, Perón mediante los decretos 26.836, 26.837, 26.838 y 26.869 designó como ministros de la Corte a : Felipe S. Pérez, Justo Álvarez Rodríguez, Luis R. Longhi y Rodolfo Valenzuela y a Carlos Delfino como procurador general de la Nación. Todos hombres adictos al gobierno de Perón, designados para acompañar al presidente en este proceso de cambios. La nueva composición de la Corte contaba con dos juristas de reconocida trayectoria (Longhi y Pérez) y dos allegados al presidente (Valenzuela y Álvarez Rodríguez) que llevaban la corriente ideológica al cuerpo para que la misma fuese luego fundamentada con votos ideológicamente y doctrinariamente bien articulados. Nada en esta composición era al azar.

Desde que fue destituida la Corte conservadora, pasaron tres meses para que se constituyera la Corte que se acaba de mencionar. Ello da la pauta, de que el gobierno peronista no tenía previsto de antemano quienes conformarían el cuerpo. Lo que si tuvo este gobierno en claro, era que para poder gobernar era necesario la destitución de la Corte anterior.

Entre otros temas, la nueva corte incorporó a su jurisprudencia el principio socialcristiano en el leading case “Inocencio Castellanos” de 1947, en el cual se declara que:

... “el derecho de propiedad es inviolable, en tanto y en cuanto su ejercicio no obste al bien común, fundamento de todo derecho individual y por ende anterior y superior a ellos”... .-

Cuando la corte emite este fallo, aún no estaba sancionada la Constitución de 1949 que establece la propiedad en función social, sin embargo el tribunal ya se encuentra fallando en este sentido. Esto viene a debilitar el liberalismo individualista, columna vertebral de nuestra constitución de 1853. Por lo cual es a través del actuar de la corte que pueden resolverse fallos “socialistas, progresistas” por llamarlos de alguna manera, al amparo de una constitución de neto corte liberal.

Respecto a la propiedad en función social, remitimos al trabajo realizado por la Dra. Susana T. Ramella, denominado “La propiedad en función social en la Constitución de 1949. La mentalidad del Antiguo Régimen representada en el constitucionalismo social de la época”.

Volviendo a uno de los temas centrales del presente trabajo, referido a la relación existente entre los miembros de la Corte y el gobierno, todos los miembros de la Corte peronista, salvo Casares, fueron convencionales constituyentes (desde 24/I hasta 16/III de 1949). La participación de los mismos en la convención constituyente, fue severamente cuestionada,

porque se suponía que los miembros del alto tribunal jurisdiccional eran “apolíticos” y se encontraban participando en la formación de un cuerpo normativo, sobre el que probablemente debería resolver contiendas en el futuro mediante recursos extraordinarios.

Asimismo, referido a la independencia de todo el poder judicial, con el gobierno de turno, la cláusula transitoria número 4º de la constitución de 1949, establecía que en el año siguiente a la sanción de la nueva constitución, todos los jueces en funciones requerían nuevamente del acuerdo del senado. Ello muestra a todas luces el nivel de dependencia del poder judicial, durante este período. En algunos casos se exigía carnet de afiliación para poder ingresar a trabajar, no solo en la justicia sino también en la administración pública.

Antiperonismo en la Corte.

Luego de los hechos acontecidos en 1955, derrocado el gobierno de Perón, lo primero que se hizo, fue ir contra la Corte. Se dejó cesantes a los cinco miembros de la Corte –en lugar de Alvarez que había fallecido estaba Atilio Pesagno- y al Procurador General. A los dos días, fue designada la nueva corte, cuyos miembros fueron: Orgaz, Argañaraz, Enrique Galli, Carlos Herrera y Vera Vallejo. Como procurador de la Corte fue designado Sebastián Soler.

Vemos cómo la destitución del máximo tribunal pasa a ser una constante, cada vez que se modifica el gobierno (tanto democrático como constitucional).

Al solo efecto de poder deducir de alguna manera la postura ideológica y política de la nueva Corte, podemos destacar que la nueva corte llevo a cabo varios actos de reparación histórica hacia la Corte de Repetto.

Sostiene Pellet Lastra citando a Oyhanarte⁶⁹

...“Que en la Corte en el período 1955-1958, como consecuencia del proceso que siguió al derrocamiento de Perón y de la política desenvuelta por el gobierno de la Revolución Libertadora, se manifestó una fuerte inclinación a prescindir de la Corte peronista, como si entre el último fallo de la Corte de Repetto y el primero de la Corte de Orgaz hubiese un vacío de casi diez años”...

En 1959, se deroga la constitución de 1949, por una vía diferente de la prevista por la misma constitución, mediante un decreto. Lo cual provocó la renuncia del Dr. Vera Vallejo.

Intransigencia y nueva Corte

Según dichos de Orgaz, en Abril de 1958, los integrantes del tribunal se dedicaron a definir cual sería la actitud del tribunal frente a la asunción de Frondizi como presidente. Ello debido a que los miembros del máximo tribunal no contaban con el acuerdo del senado, habían sido nombrados por la Revolución Libertadora. Acordaron presentar la renuncia.

... “Si la corte había sido adicta en los años del peronismo y de signo contrario, pero igualmente adicta en los años de la revolución libertadora, ahora

⁶⁹ Oyhanarte, Julio: Todo es historia, nº 61, Pp.109.-

también se imponía dentro de la estructura de poder radical intransigente, una corte con predominio Frondizista”...⁷⁰ .-

El presidente, después de aceptar las renunciaciones de los ministros salientes –Argañaras (fue jubilado), Herrera (Fue enviado como embajador Argentino en Suiza) y Galli (se retiró sin aceptar ningún cargo)-, mandó los pliegos para ratificar en la Corte a **Orgaz y Villegas Basavilvaso** (quien ocupaba el lugar del Dr. Vera Vallejo) , y como nuevos ministros a **Aristóbulo Aráoz de Lamadrid, Julio Oyhanarte y Luis Boffi Boggero**.

Respecto a la conformación del poder judicial en su totalidad, pretendió llevarse a cabo una renovación, que tenía por finalidad nombrar jueces con cierta afinidad política (tarea que no le fue sencilla al presidente, provocándose peleas intestinas entre el poder judicial y el presidente).

En Febrero de 1960 se amplía en número de integrantes de la Corte de 5 a 7, mediante ley 15.271. Frondizi manda al senado los pliegos de Dres. Pedro Aberasturi y Ricardo Colombres. Eran hombres vinculados con la Revolución Libertadora. En todo el período de análisis (1920/1960), esta es la primera vez que se amplía el número de jueces del supremo tribunal de justicia.

En marzo de 1960, renuncia el ministro Orgaz. Las versiones sobre los motivos de su renuncia, son variadas (que estaba cansado moralmente, que no estaba de acuerdo con la ampliación de los miembros de la Corte, que tenía otros candidatos para esos nuevos puestos, etc.). Dicho miembro del tribunal, no fue reemplazado de manera inmediata, sino que recién seis meses después, se enviaron al senado los pliegos del nuevo candidato: Dr. Esteban Ymaz.

En este período, el 22 de Junio de 1960, la CSJN debió resolver el caso denominado **Cine Callao**.

La controversia se plantea, en torno a que la ley 14.226, declaraba obligatoria la inclusión de espectáculos de variedades en los programas de las salas cinematográficas, en todo el territorio de la Nación. Y ello origina que la sociedad anónima Cine Callao, impugne la constitucionalidad de la normativa citada, sosteniendo que la misma vulnera garantías que la carta fundamental acuerda a la libertad de comercio y al derecho de propiedad.

Sostuvo al respecto el procurador general de la Nación que ... “ El sistema estatuido le ocasiona agravios considerables en cuanto le impone una especialidad comercial a la que no está dedicado y le exige cuantiosas inversiones destinadas a adecuar la sala a espectáculos cuyo ofrecimiento no es propio de su actividad empresarial. Se ve obligado además a realizar los gastos que supone la contratación de artistas, y todo ello se ve agravado por la circunstancia de que no le es dable recuperar tales inversiones por la prohibición, emergente de una resolución ministerial, de trasladar el costo del número vivo al precio de las entradas”...

Sigue diciendo el procurador respecto a la ley cuestionada... “no creo que ésta esté condicionada a un criterio de legitimidad constitucional ni de razonabilidad. La autoridad no se ha subordinado, en el ejercicio del poder reglamentario, a las limitaciones de la Carta Fundamental, y la consecuencia ha sido que en el uso de ese poder ha llegado a lesionar el goce

⁷⁰ Pellet Lastra, Arturo; Historia Política de la Corte (1930-1990), Ed. Ad-Hoc; Pp. 210.

de un derecho en su normal plenitud. Por ello estimo que V. E. debe declarar inconstitucional dicha ley y revocar la sentencia apelada”... 29 Abril de 1958. Sebastián Soler .-

Vemos en los considerandos los siguientes argumentos:

... “La Dirección Nac. del Servicio de Empleo, dictó resolución intimando a la Soc. An. Cinematográfica para que iniciase, dentro del plazo de 10 días, la presentación de "números vivos" en la sala del Cine Callao de esta Capital, bajo apercibimiento de las sanciones... .. La resolución fue reiterada, no obstante los recursos de revocatoria y jerárquico interpuestos por la firma interesada, en los que, cabe señalar, dejó planteada la cuestión federal ”...

... “no habiéndose cumplido el requerimiento aludido,se impuso a la sociedad intimada multa de 1.000 \$, bajo apercibimiento de clausura si no era obrada dentro del plazo de 48 horas, sin perjuicio de fijar un nuevo plazo de 10 días hábiles para que realizara las obras que pusiera la sala en condiciones de presentar "números vivos" y registrara los contratos con los respectivos artistas”... .. “Satisfecha la multa, la interesada interpuso contra la resolución administrativa recurso de apelación para ante el juez correccional y habiéndose declarado éste incompetente... ..las actuaciones fueron pasadas a la Cám. Nac. del Trabajo, que dictó sentencia... ..La sentencia confirmó la resolución recurrida en cuanto "a estar comprendida la sala del Cine Callao en la ley 14.226" y la revocó respecto de la multa impuesta, que dejó sin efecto, y del plazo, cuya fijación definitiva defirió a la autoridad administrativa, con indicación de ajustarse a las particularidades del caso, aludiendo así a los datos recogidos en la pericia técnica”...

...contra esta sentencia, la Soc. An. Cinematográfica interpuso recurso extraordinario fundando la impugnación de la ley 14.226 por contraria a la garantía de la propiedad y derecho de ejercer libremente el comercio e industria, en el argumento que impone a los empresarios cinematográficos una actividad extraña a la que éstos desarrollan, obligándolos a contratar artistas en condiciones violatorias de la libertad de comerciar y a realizar gastos e inversiones no susceptibles de amortización ni rédito, atento que según lo dispuesto en la resolución 81/54, que congeló los precios de las entradas de cinematógrafos, quedó prohibido cobrar una suma adicional por los espectáculos ofrecidos de naturaleza distinta a la exhibición cinematográfica; a lo que debía agregarse que el poco favor del público para estos espectáculos, frustraba la posibilidad de beneficio, propio de toda actividad comercial”...

En el recurso extraordinario, se somete a decisión del tribunal, la parte de la sentencia impugnada que sostiene que la sala del Cine Callao encuadra dentro de la ley 14.226. Debiendo decidirse si debe considerarse válida o no, la obligación impuesta por la ley, de incluir espectáculos artísticos en vivo.

... **“Esta Corte, luego de haber abandonado la circumscripita concepción del poder de policía expuesta en antiguos pronunciamientos... ..para acoger la tesis amplia y plena, aceptada desde el siglo pasado por la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, declaró que dentro de los objetos propios de aquel poder ha de estimarse comprendida -junto a la seguridad, la moralidad y la salubridad pública- la defensa y promoción de los intereses económicos de la colectividad”...**; ... “Dentro de esa especie del poder de policía ha de considerarse legítimamente incluida la facultad de sancionar disposiciones legales encaminadas a prevenir, impedir, morigerar o contrarrestar, en forma permanente o transitoria, los graves daños económicos y sociales susceptibles de ser originados por la desocupación en mediana o gran escala”...

Como venimos analizando, puede verse que el poder de policía tiene una tesis restringida y otra amplia. En el sub lite, la Corte adhiere una vez más al criterio amplio.

... “el sistema de la ley 14.226 consiste en establecer la obligación de incluir "espectáculos artísticos vivos de variedades" en los programas de las salas cinematográficas de todo el territorio de la Nación (art. 1º), obligación a cumplirse progresivamente y por zonas, con arreglo a lo que disponga la autoridad administrativa de aplicación -Dirección Nac. de Servicio de Empleo- "a los efectos de asegurar adecuados niveles de ocupación a las personas dedicadas a las mencionadas actividades" (art. 3º). No importó, por tanto, reglamentar ni encauzar la industria o el comercio cinematográfico como tal, sino que se sirvió de las salas destinadas a esta actividad, "debido a la carencia de suficientes salas de teatro", para dar cabida a una especie de espectáculo público, distinto pero no incompatible con aquél, mediante la imposición a los empresarios cinematográficos de la carga consistente en incluir en sus programas, los llamados "números vivos" con este doble género de obligaciones: 1º) el de proveer a las obras e instalaciones para que pudieran aquellos realizarse; 2º) el de contratar ejecutantes”...

... “obligaciones de tal naturaleza, no contrarían, por vía de principio, ninguna garantía o derecho constitucional, en tanto representan medios válidos de actuación del poder de policía...”;

... “la ley 14.226 y sus reglamentos han impuesto una carga a los empresarios cinematográficos que no suprime ni altera el derecho a ejercer su comercio específico en la sala destinada a ese efecto, en la cual el negocio de exhibición cinematográfica puede explotarse en las horas y condiciones habituales, con posibilidad de recuperar las inversiones necesarias para la adecuación de la sala -de escasa importancia en el caso- según el informe pericial, y los gastos que demande la realización del "número vivo", para cuya contratación gozan de amplio margen, y sin que se haya alegado y menos probado que esa posibilidad se encuentra frustrada en los hechos por causas no imputables al empresario”... -

... “por lo expuesto esta Corte estima que en el caso, las obligaciones que la ley 14.226 impone al recurrente son válidas por no lesionar las garantías constitucionales invocadas, de propiedad y de comerciar y ejercer una industria lícita. En consecuencia, se declara que el art. 1º de la ley 14.226, no es violatoria de los arts. 14, 17 y 28 de la Constitución Nacional”...

Previo dictamen del procurador general, se confirma la sentencia apelada. Benjamin Villegas Basavilbaso; Aristóbulo D. Aráoz de Lamadrid; Pedro Aberasturi; Ricardo Colombres.

El mencionado fallo tuvo un voto en disidencia⁷¹, el de Luis M. Boffi Boggero. : ... “La parte recurrente plantea la inconstitucionalidad de la ley 14.226 por que afecta de libertad de comercio y el ejercicio del derecho de propiedad (art. 14 y 17 de la CN). Imponiendo una actividad ajena a la propia, exigiendo la contratación de artistas, se obliga a realizar inversiones ajenas a la explotación cinematográfica que le es propia, todo ello sin posibilidad de que el publico se haga cargo de las sumas correspondientes”... -

... “Cabe destacar en primer término que la ley impugnada tuvo sanción al amparo de la reforma de 1949... ...es cierto que influyeron en la sanción legal, tanto el concepto de la propiedad afectando una "función social", atribuido a los arts. 38, 39 y 40 de esa reforma frente al concepto individualista que se adjudicaba a las ya no vigentes normas de 1853 (D. de

⁷¹ En muchas oportunidades, estando en el alto tribunal, el Dr. Boffi Boggero votó en disidencia o llevó a cabo votos con fundamentos separados.

ses., Cámara de Diputados, año 1953, p. 1296, donde se recoge esa afirmación de manera expresa y categórica).”...

En este voto disidente, pero específicamente en el argumento transcrito ut supra, vemos la necesidad de algunos integrantes de la Corte, de pasar por alto todo vestigio de la legislación y la Corte peronista.

... “La nueva vigencia del texto constitucional de 1853 con sus otras reformas, ha de influir naturalmente sobre la decisión en virtud de su -mejor o no- distinto concepto sobre la propiedad -que, si es reglamentable, no es transgredible so color de reglamentación-, desde que el art. 1º de la ley 14.226, como tantos otros que hallaron cómoda cabida en aquellas épocas, no la tienen hoy al cobijo de los textos constitucionales en vigencia por atentatorios de los derechos que éstos protegen. Esto no significa que, dentro de la Constitución actual, no sea posible dictar una legislación progresista y protectora de los sectores más afectados económicamente, porque la evolución del país señala muchos decretos y leyes que demostrarían lo contrario y porque numerosos fallos de esta Corte así lo acreditarían terminantemente. Sólo significa que no se pueden sancionar leyes o dictar decretos que, progresistas o regresivos, no se conforman a las normas constitucionales vigentes.”...

Y continúa el miembro del tribunal, enfatizando en la procedencia de la legislación que se impugna de inconstitucional, comparando en forma permanente dicho cuerpo normativo _tanto la ley 14.226 como la Constitución de 1949- con la constitución de 1853.

... “Esta causa revela en esencia una fuerte y substancial restricción de la libertad de comercio y de la propiedad de los empresarios cinematográficos por parte del Estado... ..ya que, por una desocupación con la que no tienen vínculo alguno, se restringe la libertad de aquellas empresas”...

Por tanto, conforme con el dictamen del procurador, se revoca la sentencia apelada. Luis M. Boffi Boggero.⁷²

En dicho fallo podemos observar tres puntos de importancia:

En primer lugar el dictamen del procurador, dirigido a proteger el derecho de propiedad de todo tipo de reglamentación progresista que pudiese menoscabar o disminuir las facultades del propietario, desde un análisis netamente liberal e individualista . Debe tenerse en cuenta, el momento y las corrientes ideológicas imperantes cuando el procurador ingresa a su cargo en la Corte.

En segundo lugar, un voto mayoritario que continua con el criterio del alto tribunal, de adoptar un poder de policía en sentido amplio.

Y en tercer lugar la disidencia de Boggero que parece no haber sido excepcional en sus votos, lo cual llevó muchas veces a debilitar la “mayoría” frondizista y tal vez una de las causales de que el gobierno ampliase el número de magistrados del superior tribunal.

⁷² La selección de los considerandos de la sentencia transcritos es propia, se ha pretendido con ello o hacer demasiado extenso el planteamiento de la discusión, pero siempre velando por una armoniosa selección de las diversas posturas planteadas en el pleito.-

II.D. Conclusiones

Referidas al derecho de Propiedad.

Luego del análisis de los distintos casos, y el contexto histórico político de cada uno de ellos, podemos concluir que el derecho de propiedad es un concepto dinámico, que se encuentra en permanente cambio. Es un concepto que tiende a ampliarse a medida que pasa el tiempo; pero también tienden a ampliarse las reglamentaciones que se hacen respecto de su ejercicio.

El estudio de lo que la CSJN ha entendido por propiedad, y el análisis de las decisiones del tribunal, nos muestran si ese derecho ha sido respetado o vulnerado por la llamada legislación de emergencia.

En “Ercolano”, el gobierno (congreso) decidió dictar una ley de alquileres, la corte consideró que el caso concreto su aplicación no era violatoria del art. 17 de la CN.

En “Horta”, en cambio, frente a la misma ley la Corte estableció que su aplicación en el caso concreto era violatoria del derecho de propiedad protegido por la CN.

Como puede observarse en “Ercolano” y “Horta”, una misma CSJN, en el mismo año, y frente a la impugnación de inconstitucionalidad del mismo cuerpo normativo, fue considerada en el primero de los supuestos como constitucional y por tanto no violatoria de la garantía constitucional de inviolabilidad de la propiedad prevista en el art. 17 de la CN. En cambio, en el caso “Horta” fue declarada inconstitucional, y por ende que su aplicación lesionaba el derecho antes mencionado. Los fundamentos utilizados por el tribunal para fallar en uno y otro sentido “la existencia o no de contrato escrito”, no nos proporciona elementos suficientes, como para concluir que sendos *leading case*, aporten elementos que permitan configurar alcances precisos del derecho de propiedad. Por lo cual podemos decir que el concepto de propiedad tiene un contenido que ira variando.

Si bien, el derecho de propiedad se encuentra protegido mediante el art. 17 de la CN, no puede precisarse acabadamente su alcance. Menos si tenemos en cuenta el avance de la tecnología; los derechos de propiedad intelectual y patentes que cada vez más, recaen sobre bienes que no cuentan con materialidad, pero que tienen una importante significación económica. Por lo cual, creo que cada vez más, serán llevados a los tribunales de toda la república, diversos casos en los cuales se demande la protección prevista en el art. 17 de la Constitución Nacional. Y que la complejidad de los mismos, no hará otra cosa que ampliar el concepto que venimos analizando.

En consecuencia, después de analizar diversas concepciones de la CSJN sobre el derecho de propiedad, podemos decir sin equivocarnos que el derecho de propiedad protegido en la Constitución Nacional, ... “abarca todos los intereses apreciables que el hombre pueda tener, fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad”... .Lo que si ira cambiando al pasar los años, es qué intereses apreciables desde una óptica pecuniaria tendrá el ser humano, si los mismos recaerán sobre cosas o sobre bienes; si el estado será más o menos reglamentarista al respecto; etc.

Respecto de la relación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con el gobierno de turno. ¿Independencia?

El alto tribunal ha debido resolver en estos cuatro pleitos, acerca de si la regulación legislativa ha alterado el derecho de propiedad.

Si nosotros tomamos el derecho de propiedad protegido por el art. 17 de la CN como un derecho absoluto, cualquier regulación vendría a menoscabar las facultades concedidas a su titular. Pero como es sabido, todos los derechos deben ser reglamentados, y en muchos casos esa reglamentación imposibilita llevar a cabo un ejercicio abusivo por parte del propietario, y perjudicial a la sociedad. Sobre todo en aquellos supuestos en los cuales el estado se encuentra en la disyuntiva de proteger al grupo social -frente a intereses particulares- de algún factor externo y perjudicial; o proteger al propietario antes que a cualquier otro.

Los fallos analizados pueden ser clasificados dentro de una etapa de emergencia de los particulares. Esta etapa podemos decir que va desde 1922 hasta 1989. Los efectos de la misma repercutieron entre las relaciones jurídicas propias del derecho privado. El estado jugó como árbitro del conflicto social. El poder legislativo tuvo a su cargo legislar en materia de emergencia (poder de policía en sentido amplio) y la Corte convalidó la legislación de emergencia. Elaboró su doctrina sobre la emergencia, tomando como base la jurisprudencia norteamericana.

La Corte a través de su jurisprudencia, a tenido un rol de vital importancia en nuestro país. Encontramos desde 1920 a 1960 una evolución de la jurisprudencia intervencionista que se divide en dos períodos. El primero podemos situarlo desde 1920, momento en donde se recepta el criterio amplio del poder de policía mediante el caso “Ercolano”, y hasta 1947 que dicha corte fue desplazada. Y en el segundo, la corte desde 1955, con mayor intensidad en el gobierno de Frondizi. No debemos dejar de tener presente la enorme importancia de la corte peronista en la evolución de la jurisprudencia progresista.

Respecto de la independencia de la corte de los demás poderes políticos, concluyo que dicha independencia no existe.

Si en desde 1862 hasta 1947 tuvimos una corte que solo reemplazaba a sus miembros por vacancia, solo se debió a que el país aún no había descubierto la dañina herramienta de los golpes de estado, y las “limpiadas” de la corte, tanto en gobiernos constitucionales como de facto.

Podemos hablar de una corte “Conservadora” hasta 1947, con impronta liberal y conservadora. Pero desde la década del 40 en adelante, se hace difícil analizar una continuidad o ruptura ideológica del tribunal, como asimismo de su independencia o no del gobierno de turno, debido a que la institución se ha degradado, permitiendo que cada uno de los gobiernos civiles y militares que se suceden en nuestra historia institucional, logre establecer jueces que respondan al gobierno de momento.

La historia hubiese sido diferente, si no hubiésemos tenido discontinuidades en el orden democrático. Todas las instituciones han ido incorporando, como parte de su ideario, la posibilidad de que el que tiene el poder puede decidir sobre las voluntades, y pertenencia del resto. Lo cual, llevado a la suprema corte de justicia, adquiere matices aún más graves, ya que se utiliza la obsecuencia de los jueces de turno, para convalidar con un manto de juridicidad, cualquier decisión.

Podemos decir que en muchos supuestos, la Corte ha respondido a intereses creados con anterioridad al planteo judicial de determinadas controversias.

II.E. Bibliografía

- Areán, Beatriz, “Derechos Reales” T.II Ed. Hammurabi. 6ta. Edición renovada y ampliada.
- Andorno, Luis, “El objeto de los derechos reales en las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, JA 2002-I-1254
- Borda, G.A. “Tratado de derecho Civil” Parte General I. Ed. Perrot.
- Código Civil Ed. al cuidado de Ricardo ZAVALIA 1999, República Argentina
- Constitución Nacional. Art. 14, 17, y concordantes.
- C.S.JN., 1925, "Bordieu c. Municipalidad de la Capital"; "Fallos", 145-307.
- CSJN “Horta C/ Harguindeguy” 21/08/1922- (F 137:47).
- CSJN “A. Ercolano c/ J. Lantieri de Renshaw” 28 de abril de 1922.
- EGES Equipo de Gestión Económica y Social, www.Eges.com.ar Informe Bimensual de Coyuntura política N°2, 18/02/2004. Capítulo III, La difícil tarea de alcanzar el equilibrio.
- Drago Mariano 1., La Corte Suprema de Justicia y su función institucional, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales,
- serie 1, Anuarios, N° 7, Bs. As., 1963.
- Gabrielli Adolfo R., La Corte Suprema de Justicia y la Opinión Pública, 1973-1983, Editorial Abeledo-Perrot, Bs. As., 1986.
- Grossi, Paolo, La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico, traducción y prólogo para civilistas de Angel Lopez y Lopez Ed. Civitas, Madrid 1992
- Highton, Elena, Luis Alvarez Julia, Lambois Susana, Nierzba De Hoz, “Nuevas formas de dominio” II Ed. actualizada y ampliada
- Kiper , Claudio “Codigo Civil Comentado” Derechos reales. Ed. Rubinzal Culzoni
- Lafont, Julio B, Historia de la Constitución Argentina I y II Tomo, El Ateneo, Buenos Aires, 1935
- Mariani De Vidal, Marina, Curso de Derechos Reales, Tomo I,II,III, Ed.Zavalía 1995
- Oyhanarte, Julio: Todo es historia, n° 61.
- Pellet Lastra, Arturo; Historia Política de la Corte (1930-1990), Ed. Ad-Hoc
- Serrano, María Cristina. “La emergencia económica en la Argentina. Sus etapas y la actuación de sus órganos estatales”. EIDial.com
- Ramella Pablo A, Derecho constitucional, 3era Ed. Bs. As., Depalma 1986
- Schilardi, Maria del Carmen y colaboradoras, Ciencia y Derecho. La investigación Jurídica. Ed. EDIUNC Editorial de la U.N.Cuyo y REUN Mendoza 2000.
- Taylor, S.J. y Bogdan, R. “Introducción a los métodos cualitativos de investigación”.
- Zampetti, Pierre Luigi, La participación popular en el poder, Ed. EPESA, Madrid 1977
- Zorraquín Becú R, Estudios de Historia del Derecho. Ed. Abeledo Perrot Bs. As. 1988

Páginas web consultadas

-<http://www.todoiure.com.ar/libreria/jurisp>

-Elecciones de 1932. <http://www.pais-global.com.ar>

-<http://www.conhist.org/Avico.htm>

Irene Pujol

III. DOMINIO EN EL CODIGO CIVIL

I.A. Introducción:

En el presente apartado se analiza la regulación del derecho de dominio en el Código Civil (C.C.)

La definición de dominio dada por Vélez en el artículo 2.506 del C.C., las facultades atribuidas al titular de destruir, degradar y desnaturalizar la cosa (art. 2.513 del C.C.) y el carácter de perpetuo reconocido al dominio, han inclinado a un gran sector doctrinario a opinar que Vélez adoptó respecto del dominio una concepción liberal reinante en su época, en virtud de la cual se entendía que el dominio es un derecho absoluto, es decir que se puede ejercer sin limitaciones.

El tema que se aborda es recurrente a lo largo de la historia de la humanidad. Ya que el derecho de propiedad estuvo en el centro de todos los conflictos sociales. Sus fines, sus alcances, su fundamento, sus límites han sido objeto de debate en distintos ámbitos de la ciencia. Como sostiene Bustamante Alsina, ninguna institución ha experimentado en igual grado, la influencia de los fenómenos sociales de todo tipo, y ninguna categoría de pensamiento ha sufrido más la presión de las ideologías⁷³.

Sin embargo del análisis del ordenamiento jurídico en su conjunto se puede advertir que, a pesar de que Vélez no agregó a su definición de dominio la frase conforme un ejercicio regular o conforme las leyes que reglamentan su ejercicio y lo dispuesto en el artículo 2.513 del C.C. respecto de las facultades exorbitantes del propietario; Vélez previó todo un capítulo relativo a las restricciones y límites al dominio. Es decir que fuera cual fuera la ideología del legislador que se puede traslucir en ciertos términos utilizados por él, ¿no es indudable que en definitiva el derecho de dominio debe ejercerse conforme las leyes que limitan su ejercicio?

Es cierto que respecto de la función social de la propiedad, en el Código Civil no se visualiza ningún artículo que la efectivice. La teoría del abuso del derecho introducida por el art. 1.071 bis del C.C. parecería no resultar suficiente para hacer cumplir a la propiedad su función social. Sin embargo cabe hacerse esta segunda pregunta, ¿el art. 2.611 del C.C. que de una manera innovadora, es introducida por Vélez, no le otorga la posibilidad a la Administración de que establezca cualquier restricción basada en el interés público? A ello se le suma que el art. 2.610 del C.C., admite la posibilidad de que el Estado disponga la extinción del dominio del particular en virtud de expropiación basada en necesidad o utilidad pública.

⁷³ BUSTAMANTE, Alsina, "El carácter absoluto del dominio. El pensamiento de Vélez Sarfield y la Reforma de 1.968", pág. 94. citado por Sebastián Márquez Laméná en su trabajo titulado ¿Vélez Sarsfiel consintió el abuso en la propiedad? galardonado con el Premio Concurso de Monografías jurídicas, 2.000 por la Academia de Derecho de Córdoba, pág. 4. <http://www.acader.unc.edu.ar>.

¿No se puede deducir de ello que el Estado ya en la época de Vélez tenía la posibilidad de introducir restricciones u límites al dominio y hasta la extinción del mismo en función del interés social?

Éstas son las preguntas o hipótesis sobre las que se trabajará en este capítulo y que se tratarán de dilucidar a lo largo del presente.

El tema reviste una importancia fundamental, porque la administración suele escudarse en la falta de legislación adecuada para hacer cumplir al dominio su función social y en la imposibilidad de impedir que la propiedad privada se convierta en fuente de poder y sojuzgamiento, en vez de fuente de servicio, trabajo, desarrollo y bienestar para todos.

Se comenzará el presente trabajo definiendo al dominio y diferenciando los términos dominio y propiedad, como lo ha hecho la doctrina y jurisprudencia. A la vez se diferenciará al dominio privado del dominio eminente del estado, del dominio internacional y del dominio público. Luego se analizarán los caracteres del dominio para entrar de lleno a dar respuesta a la primera hipótesis formulada al estudiar el carácter absoluto del dominio. También se apreciarán las implicancias y utilidades jurisprudenciales del instituto del abuso del derecho, para luego terminar con el estudio de la función social de la propiedad, intentando dar respuesta a la segunda hipótesis planteada. Por último se finalizará el presente capítulo con las conclusiones acerca de los interrogantes o hipótesis formuladas.

I.B. Acerca de los conceptos dominio y propiedad:

I.A.1). Concepto de dominio en el código civil:

El art. 2.506 del C.C. define al dominio como *“El derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona”*. En la nota a dicho artículo luego de citar la definición del Código de Napoleón: *“la propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta”* (art. 544), Vélez expresa que la fuente de dicho artículo, son Aubry et Rau⁷⁴. Estos autores definieron al derecho de dominio como *“el derecho en virtud del cual una cosa se encuentra sometida de manera absoluta y exclusiva a la voluntad y a la acción de una persona”*⁷⁵. En la nota al art. 2.506, el insigne jurista cita las disposiciones de las Leyes de Partida, donde dice que la definición de dominio es *“poder que ome ha en su cosa de facer de ella o en ella lo que quisiere, según Dios o según su fuero”* (L1, Tít. 28, Part. 3º). Y luego aclara que otra definición del derecho indiano del mismo cuerpo expresa: *“maguer el home haya poder de facer en lo suyo lo que quisiere, pero débelo facer de manera que non haga daño ni tuerto a otro”*. De la comparación de ambos conceptos se puede advertir que la definición omite la caracterización del dominio como absoluto y exclusivo. Y del análisis de los artículos siguientes se puede detectar que nunca Vélez caracteriza al dominio como absoluto, aunque sí como exclusivo.

Vélez termina la nota al art. 2.506 expresando que la propiedad debería definirse mejor por sus relaciones económicas: *“el derecho de gozar del fruto de su trabajo, el derecho de*

⁷⁴ AUBRY et RAU, *“Cours de droit civil francais”*. D´ apres l´ouvrage allemand de C.S. Zacharie, & 190.

⁷⁵ *“Le droit en vertu duquel une chose se trouve somise, d´ une maniere absolue et exclusive a la volonté et a l´action d´une personne »*.

trabajar y de ejercer sus facultades como cada uno lo encuentre mejor”⁷⁶. En este sentido debe entenderse que la frase sometida a la voluntad y acción de una persona, significa autodeterminación de la forma de ejercer las facultades que le otorga el derecho de dominio, pero no que éstas no se encuentren reglamentadas o limitadas.

Sin embargo esta norma ha sido criticada porque del texto aislado de dicho artículo que solo dispone que en virtud de este derecho, la cosa se encuentra sometida a la voluntad y acción de la persona sin agregar conforme a un ejercicio regular o a las normas que reglamenten su ejercicio, parece deducirse que el dominio es un derecho absoluto que se ejerce sin limitación alguna. Así ya el Congreso Nacional de Derecho Civil de Córdoba del año 1936, expresó que el derecho de propiedad individualista y absoluto de Vélez debía sustituirse por uno que armonice los intereses particulares y sociales y que el Estado debe intervenir para que el mismo cumpla su función social. En el mismo sentido considerando que el derecho de dominio regulado por el autor del código es absoluto en el sentido de ilimitado se han pronunciado Borda, LLambías. Alberto Sánchez, se pregunta ¿cuál es el límite, la medida veraz del ejercicio del derecho de propiedad de Vélez? y a esto responde la voluntad del propietario. Y agrega el codificador rechaza de plano cualquier intromisión estatal⁷⁷.

Gran parte de la doctrina ha caracterizado al Código Civil como liberal e individualista. Así Abel Chapetón, biógrafo de Vélez ha caracterizado dicho ordenamiento expresando que: “el codificador argentino, estaba pues, dentro de nuestra tradición política al consagrar un sistema político de tipo individualista, que era, por lo demás un dogma de la época”⁷⁸. Y a la vez la filosofía política del Código Civil no es, ni puede ser sino otra que la de la Constitución Nacional. Se ha dicho que el legislador expresó las ideas de su tiempo, persiguiendo un propósito político al reafirmar enérgicamente el derecho de propiedad, para estimular la inmigración europea y la población y explotación de la inmensa pampa desierta⁷⁹.

El liberalismo, se manifiesta como una concepción individualista. Pero siguiendo a García Pelayo, dentro de tal caracterización es preciso señalar dos corrientes: por un lado el individualismo concreto y por otro lado el individualismo abstracto. El primero, parte de los individuos como seres singulares. No tiene en cuenta lo común y afirma el derecho del individuo al extender su esfera hasta donde lo permita su poder. El segundo, concibe a los sujetos no en su faz singular sino genérica, como hijos de una misma carne, de la cual se deduce la igualdad sustancial. Cada individuo tiene igual pretensión en el despliegue de su existencia, y por lo tanto, el deber de respetar la pretensión de sus congéneres en el mismo sentido⁸⁰. Y es este último sentido el que adopta nuestro ordenamiento. Ese fue el espíritu de dicho proceso. El país se organizó con aires liberales pero teniendo en consideración a los otros, es decir al todo social.

⁷⁶ nota al art. 2.506 del C.C..

⁷⁷ Citado por Sofanor Novillo Corvalán, en su artículo titulado “El dominio en el Código Civil – hacia la verdad de su doctrina, publicado en la Revista LL-1.936-55 y LL-1992-A-585.

⁷⁸ CHANETON, Abel, *Historia de Vélez Sarsfield*, pág. 230, citado por MARQUEZ, Sebastián, ob. cit. pág. 8.

⁷⁹ BORDA, Guillermo, *Manual de Derechos Reales*, t.I, Ed. Perrot, Bs. As., 1.990, pág. 144.

⁸⁰ GARCÍA, PELAYO, Manuel, *Derecho Constitucional Comparado*, Ed. Revista de Occidente S.A., Talleres Gráficos de Huecolor, Madrid, 1.964, pág. 143.

Luis Moisset Espanés advierte en Vélez un sincretismo de ideas. Y advierte que si bien el Codificador, era partidario del liberalismo clásico no descuidó el orden social⁸¹.

Vélez fue un gran abogado litigante, amplio conocedor de la práctica tribunalicia. Pero ello, no implicó un alejamiento del derecho natural. El Codificador fulminó los actos contrarios a la moral y a las buenas costumbres en el art. 953, e impuso límites éticos a la libertad de contratar. Basta ver la nota al art. 530 donde expresa: “en el lenguaje del derecho, se entiende por buenas costumbres el cumplimiento de los deberes impuestos al hombre por las leyes divinas y humanas...” ¿Podría sostener esto un iuspositivista?⁸²

Además, si se realiza una interpretación integradora del ordenamiento jurídico se puede advertir que a pesar de que Vélez no agregó a esta definición, la frase conforme un ejercicio regular o conforme las leyes que reglamentan su ejercicio, etc.; previó todo un capítulo relativo a las restricciones y límites al dominio. Además en la nota al art. 2.508 expresa: “*Cuando establecemos que el dominio es exclusivo, es con la reserva que no existe en ese carácter, sino en los límites y en las condiciones determinadas por la ley, por una consideración esencial a la sociedad: el predominio, para el mayor bien de todos y de cada uno, del interés general y colectivo, sobre el interés individual*”.

Es decir que para el legislador es indudable que el derecho de dominio debe ejercerse conforme las leyes que limitan su ejercicio. Por lo tanto la definición debería interpretarse, en el sentido que el derecho estudiado es el que otorga a su titular la mayor cantidad de facultades sobre la cosa, el dueño puede hacer con lo suyo lo que quiera siempre que no perjudique a los otros y conforme las leyes que reglamentan su ejercicio. Así la doctrina se ha preguntado: ¿hasta dónde alcanza la libertad del propietario para proceder a su antojo con la cosa?, y se ha contestado que ello no surge del concepto mismo de propiedad, sino del ordenamiento jurídico total que reconoce el derecho⁸³. Entonces se podría deducir que, la idea romanista de la propiedad se resume en “plena in re potesta”, como el poder más amplio sobre las cosas y no como sinónimo de poder absoluto.

También se ha objetado que el concepto que surge de esta norma es demasiado genérico y que bien podría ser la definición de todo derecho real que se caracteriza por la relación inmediata con la cosa. Ya que no marca las notas particulares que distinguen al derecho de dominio de otros derechos reales. Como es la particularidad del derecho que otorga la mayor cantidad de facultades sobre una cosa a diferencia de otros derechos reales sobre la cosa ajena como el usufructo o el uso que solo otorgan la facultad de usar y gozar o usar solo, pero no de disponer material o jurídicamente de la cosa conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio. Sin embargo debe advertirse que Vélez en su nota explica por qué se aparta de otras definiciones como la dada por los romanos, para quienes dominio es *ius utentdi* y *abutendi*. Dicho jurista consideró que esta definición era empírica y prefirió un concepto que exprese la verdadera esencia del derecho para la legislación.

⁸¹ MOISSET, ESPANES, Luis, “La costumbre, la tradición jurídica y la originalidad en el Código de Vélez Sarsfield”, en *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Homenaje a Dalmiro Vélez Sarsfield*, pág. web <http://www.acader.unc.edu.ar>.

⁸² LEON, Pedro. “Ideologías atribuidas al Codificador”, En *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Homenaje a Dalmiro Vélez Sarsfield*; GASTALDI, José, M. “El Código Civil y la libertad. Vigencia y perdurabilidad de la obra de Vélez Sarsfield” *El Derecho* 119, p. 731, ambas citadas por MARQUEZ, Sebastián, ob. cit.

⁸³ HIGHTON, Elena I, “Derechos reales, Dominio y usucapión”, Editorial Ariel Hammurabi Bs. As., 1.981, pág. 51.

Refutando estas críticas se puede decir que el concepto permite diferenciar al derecho de dominio del condominio, porque en él solo se nombra a una sola persona y no a varios titulares. También permite la diferenciación con otros derechos reales porque en los otros derechos el titular de la misma no puede tener un goce de la cosa pleno por lo tanto la cosa no se encuentra sometida solamente a su voluntad, sino también a la voluntad del nudo propietario o titular residual.

Borda, autor de la ley 17.711 que introduce la teoría del abuso del derecho en nuestro ordenamiento entre varias instituciones que propugnaron la flexibilización y humanización del derecho, impugna la definición con dureza por entender que ésta reconoce un omnímodo derecho, cuyo límite estaría dado por la sola voluntad del propietario, y manifiesta que “ninguna legislación ha afirmado de manera tan enfática, el carácter absoluto del derecho de propiedad”⁸⁴. Sin embargo otros autores como Gatti⁸⁵ apoyan la definición por considerarla sencilla y clara, pero critican la introducción del término acción, porque resulta redundante ya que si la cosa se encuentra sometida a la voluntad de una persona también se somete a su acción, y a la vez la considera estrecha porque la cosa al estar sometida a la voluntad de su titular, soporta no solo la acción de éste sino que también su omisión.

I.A.2). **Diferencia entre propiedad y dominio:**

El dominio o derecho de propiedad sobre las cosas fue considerado, como uno de los derechos naturales del hombre, a la vez prototipo de todo derecho subjetivo en el derecho francés. Así la Constitución de 1.953 no reconoce expresamente el derecho de propiedad privada ni el de la libertad, sino que solo lo garantiza, no pone en cuestión su existencia.

El artículo 17 de la Carta Magna expresa que la propiedad es inviolable y prohíbe la confiscación, y el art. 14 se refiere a que “todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos *conforme las leyes que reglamenten su ejercicio*, a saber,...de usar y gozar de su propiedad...”.

Para nuestro ordenamiento positivo⁸⁶, la propiedad privada es un derecho natural y, como tal, anterior y superior al Estado y a la ley. Ello resulta del espíritu político-filosófico de nuestra Constitución de 1.853.

Sin embargo a pesar que los vocablos propiedad y dominio son usados vulgarmente como sinónimos, jurídicamente no significan exactamente lo mismo.

⁸⁴ BORDA, *Derechos reales*, TI, Ed. Perrot, Bs. As, 1.989, pág. 144. Ver también KEMELMAJER DE CARLUCCI, y ots. En “Código Civil y leyes complementarias, comentado anotado y concordado, t.10, Ed. Astrea, Bs. As., 2.005, comentario al art. 2.506, pág. 679.

⁸⁵ GATTI, Edmundo, *Propiedad y Dominio*, p. 69 citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, y ots., “Código Civil y leyes...”, ob. cit., pág. 679.

⁸⁶ Durante el proceso de organización patrio que desembocó en la Constitución de 1.853-60, la dirigencia nacional puso especial acento en el derecho de propiedad, perfilándolo desde un principio según fuera acuñado por el individualismo liberal triunfante en el Viejo Mundo. Así, las constituciones de 1.819 y 1.826 proclamaron el carácter “sagrado e inviolable”, de la propiedad.

Determinar qué se entiende por propiedad y por dominio tiene importancia práctica, porque el art. 17 de nuestra carta magna establece que la propiedad es inviolable. Por otro lado el dominio es un derecho real específico regulado por el código civil.

Evolución:

Etimológicamente, la voz dominio tiene su origen, según algunos autores, en domo, as, are, que significa sujetar o dominar. Por su lado, la palabra “propietas” apareció en el período de influencia griega, como derivado de proprius, con un sentido más estricto, significando lo propio de una persona, lo que le pertenece. Esto ha llevado a algunos autores a considerar que dichas palabras se refieren a lo mismo pero desde distintos puntos de vistas. Porque dominio pone el acento en el sujeto y propiedad en el objeto.

En el derecho romano clásico y justiniano ambos términos se utilizaron como sinónimos. Sin embargo en el derecho romano antiguo de los quiriles estas palabras se habrían empleado con distintos alcances. Dominio era lo que pertenecía al pater y por lo tanto era más extenso que la propiedad. Por ejemplo en la Edad Media a los derechos reales sobre la cosa ajena como el usufructo o la servidumbre se los denominaba dominio útil, y el derecho que le quedaba al titular del inmueble nuda propiedad⁸⁷.

En el Derecho moderno, la relación entre ambos vocablos se ha invertido, propiedad es el término genérico y dominio es el específico o técnico.

En el Código Civil Argentino:

Del análisis de varias normas de nuestro código, surge que Vélez utiliza en varias normas los vocablos como sinónimos (arts. 2412, 2509, 2.511 2.513, 2.518, 2.520, 2.521, 2.610, etc.). No obstante, otros preceptos utilizan la palabra propiedad como abarcativa de otros derechos reales que se ejercen por la posesión aunque no sean estrictamente el derecho real de dominio, como los derechos de usufructo, uso, habitación, etc., y aún como equivalente a todo derecho patrimonial cuando se refiere a propiedad del crédito (1.457 y 1.459) o de una deuda (art. 732).

Actualmente la mayoría de los autores admiten que existe una relación de género y especie entre propiedad y dominio inversa a la que existió en la Edad Media, ya que el objeto del derecho de propiedad son todos los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona física o jurídica, es decir que son susceptibles de apreciación económica. Mientras que el objeto del dominio son sólo las cosas, es decir los bienes materiales. Por ello no toda propiedad es dominio, mientras que todo dominio es propiedad.

⁸⁷ Para Marina Mariani de Vidal fue en el derecho romano clásico, donde la palabra dominio tenía un alcance más amplio que el término propiedad, como sinónimo de ius que implica una idea de señorío sobre las *cosas o derechos* que tiene el dominus. Por otro lado para esta autora la palabra propiedad aparece por influencia griega, como ya se dijo, para indicar la pertenencia absoluta y exclusiva de la *cosa* al titular de ella para distinguirlo de los demás derechos que carecen de tal atributo (usufructo, crédito, etc.). Ver MARIANI DE VIDAL, Marina, *Curso de Derechos Reales*, Tomo 1, 7ª ed., Ed. Zavalía, 2.004, pág. 273

Así el objeto del derecho real de dominio debe tratarse de cosas singulares, materiales, íntegras (cuando forma un solo cuerpo o es indivisible) y determinada.

Si retomamos la clasificación de los derechos subjetivos, veremos que estos pueden ser patrimoniales o extra-patrimoniales⁸⁸. Y solo los patrimoniales, es decir susceptibles de valor o apreciación pecuniaria (art. 2312 del C.C.) conforman el derecho de propiedad. Pero a su vez los derechos subjetivos patrimoniales se clasifican en derecho reales y personales, los primeros tienen como objeto las cosas por ejemplo derecho de dominio sobre un automotor, el derecho de usufructo sobre una finca; y los derechos personales tienen como objeto una prestación que puede ser de dar, hacer o no hacer; por ejemplo un crédito, la realización de una obra, o la abstención de hacer algo.

Dentro de los derechos reales, tenemos los derechos reales sobre cosa propia y los derechos reales sobre cosa ajena, como el usufructo, uso, habitación, o la servidumbre. Dentro de los derechos reales sobre cosa propia encontramos, el derecho de dominio, el derecho de condominio (en este la cosa propia se comparte con otro), el derecho de propiedad horizontal al que a la cosa propia se le adosa el derecho de condominio de indivisión forzosa sobre las cosas accesorias y que tiene limitaciones que surgen de la ley específica y del reglamento de copropiedad y administración; y el derecho de superficie forestal, en el que existe una cosa propia que se puede usar, gozar y disponer pero para un fin determinado y accesoriamente un derecho real sobre cosa ajena (el suelo ajeno sobre el que se asienta la superficie propia).

Como se puede observar el derecho de dominio técnicamente es mucho más específico que el derecho de propiedad y solo se aplica a una clase de derecho real sobre cosa propia que otorga la mayor cantidad de facultades sobre la cosa y que reviste los caracteres de pleno, exclusivo y perpetuo.

En la Constitución Nacional:

La propiedad para la Constitución Nacional es entonces un concepto más extenso que el concepto civil de dominio. La doctrina constitucionalista y la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se han pronunciado por una acepción amplia del término al interpretar los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional.

Se entiende que entran dentro del concepto de propiedad todos los derechos subjetivos patrimoniales, tanto personales (cuyo objeto son las prestaciones), como reales (cuyo objeto directo son las cosas). Pero la propiedad no comprende los derechos subjetivos extra-patrimoniales como los derechos personalísimos, como el derecho a la vida, al honor, las relaciones de familia.

El art. 17 de la Constitución Nacional dispone que la propiedad es inviolable y que no puede ser privada sin ley anterior y previa indemnización. La Corte Suprema de Justicia

⁸⁸ Estos no son susceptibles de valuación económica, a pesar de que su violación puede engendrar la facultad de reclamar daños y perjuicios que, ellos sí, se concretarán en una suma de dinero, aun cuando se trate de agravio moral, arts. 522 y 1.078 C.C., según reforma introducida por la ley 17.711. Son ejemplos de esta clase de derechos, los derechos de la personalidad o personalísimos, los derechos de familia (salvo los alimentarios), los derechos intelectuales en su aspecto moral, etc..

ha dispuesto que integra la propiedad de una persona: “todos los intereses apreciables que el hombre pueda poseer fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad” - en el caso “Ercolano c/ Lanteri de Renshaw s/ consignación” (fallos 136:161; del 24.4.1922), en “Horta c/ Harguindeguy s/ consignación”, frente a la ley 11.157 (fallos 136:59, del 21.8.1922), en “Mango, Leonardo c/ Traba, Ernesto” (fallos 144:220, del 20/08/1925), en “Avico c/ De la Pesa s/ consignación” (ley 11.714) (fallos 172:29; del 7/12/1934), en “Bordieu, Pedro c. Municipalidad de la Cap” (fallos, t. 145, p. 307- 325, del 16/12/1925), etc..

La jurisprudencia posterior de la Corte Suprema de la Nación, ha mantenido invariable este criterio, aplicándolo a los derechos patrimoniales que derivan de contratos privados, administrativos, sentencias firmes, convenios colectivos, beneficios previsionales (jubilaciones, pensiones y beneficios ya adquiridos), salarios, indexación por depreciación, etc..

Así la Corte Federal ha seguido sus precedentes en los casos “Smith c/ Estado Nacional”, “Provincia de San Luis c/ Estados Nacional” y otros⁸⁹.

En el derecho extranjero:

⁸⁹ El Supremo Tribunal de San Luis, el 23 de julio de 1990, en autos n° 43.767, carat. “Pereyra Sánchez, Alejandro y otros c. Gobierno de la Provincia”, publicado en EL DERECHO, T. 144 págs. 279 a 282, resolvió entre otras cosas acordar la medida de no innovar solicitada por los actores (para evitar que se los suspendieran de sus cargos, por un cambio de política de salario del gobierno, por la que se decidió llamar a concursos cargos públicos de médicos), pero con el único alcance de que los peticionantes mantengan la relación contractual de empleados públicos, en la misma forma en que estaban hasta ahora, y con relación a aquellos que se desempeñan en planta permanente. En virtud, entre otros fundamentos, de que: “todo derecho que tenga un valor reconocido por la ley, sea que se origine en las relaciones de (derechos subjetivos privados o públicos) a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de propiedad. El principio de inviolabilidad de la propiedad asegurado en términos tan amplios por el art. 17 de la Constitución Nacional posee fuerza y eficacia tanto en los derechos emergentes de los contratos, como los constituidos por el dominio y sus desmembraciones”.

La Corte Suprema, el 27 de diciembre de 1990, en autos n° 43.354, carat. “Videla Cuello, Marcelo sucesión de C. La Rioja, Provincia de s/ daños y perjuicios”, publicado en E.D., t. 142 págs. 123 a 135, dijo: “Así como el derecho adquirido se caracteriza por su incorporación en grado de identidad con la propiedad, trátase de derechos reales o personales, de bienes materiales o inmateriales, el concepto de emergencia abarca un hecho cuyo ámbito temporal difiere según circunstancias modales de época y sitios. Esta Corte ha reconocido la constitucionalidad de las leyes que suspenden temporalmente tanto los efectos de los contratos como los efectos de las sentencias firmes, siempre que no se altere la sustancia de unas y otras, a fin de proteger el interés público en presencia de desastres o graves perturbaciones de carácter físico, económico o de otra índole”. (del voto de los doctores Fayt y Barra). Ver también fallo de la Corte Suprema, del 27 de diciembre de 1990, en autos 43.261 carat. “Peralta, Luis A. y otro c./ Estado Nacional, Ministerio de Economía- B.C.R.A.”, publicado en E.D. t. 141, págs. 523 y ss.

La mayoría de los códigos civiles emplean la voz propiedad como sinónimo de dominio, así el Código de Napoleón, de Chile, de Uruguay, de España, etc..

Los códigos más recientes como el de Perú de 1.984 y el de Québec de 1.991 no solo utilizan el término propiedad sino que su objeto abarca los bienes inmateriales. Por lo tanto al ampliarse el objeto de lo que nosotros llamamos dominio, la diferencia entre propiedad y dominio desaparece en estos últimos ordenamientos.

I.C. Dominio eminente del estado, dominio internacional y dominio público.

Vélez en la nota al art. 2.507, distingue el derecho de dominio civil y el dominio eminente del Estado, con estos términos: “*Muchos autores dividen la propiedad en propiedad soberana del Estado y en propiedad del derecho civil., en otros términos en dominio eminente y dominio civil. La Nación tiene el derecho de reglamentar las condiciones y las cargas públicas de la propiedad privada. El ser colectivo que se llama Estado, tiene, respecto a los bienes que están en el territorio, un poder, un derecho superior de legislación, de jurisdicción y de contribución, que aplicado a los inmuebles, no es otra cosa que una parte de la soberanía territorial interior. A este derecho del Estado, que no es un verdadero derecho de propiedad o dominio, corresponde sólo el deber de los propietarios de someter sus derechos a las restricciones necesarias al interés general, y de contribuir a los gastos necesarios a la existencia, o al mayor bien del Estado*”. Y este derecho consiste en “*una obligación general de todas las naciones*”, obligación pasiva como en el caso de todos los derechos reales de abstenerse o “*respetar la acción de cada pueblo, no turbarla ni ponerle obstáculo alguno. La nación considerada en su conjunto, tiene respecto a las otras naciones los derechos de un propietario. El pueblo considerado como poder soberano, tiene sobre su territorio una acción aun más alta, el ejercicio de un derecho de imperio, de legislación, de jurisdicción, de mando y de administración, en una palabra un derecho de soberanía en toda la extensión del territorio*”. Luego define al dominio internacional como: “*el derecho que pertenece a una nación, de usar, de percibir sus productos, de disponer de su territorio con exclusión de las otras naciones, de mandar en él como poder soberano, independientemente de todo poder exterior: derecho que crea, para los otros Estados, la obligación correlativa de no poner obstáculo al empleo que haga la nación propietaria de su territorio, y de no arrogarse ningún derecho de mando sobre este mismo territorio*”. Entonces el concepto de dominio eminente del Estado puede verse justamente como límite a la propiedad privada. Como Vélez advirtió una seria confusión de conceptos en muchos juristas de su época, como reminiscencia del derecho feudal, pues lo conocido como dominio eminente del Estado, no es técnicamente derecho real de dominio, sino la manifestación de su soberanía, por eso el Codificador se encargó de aclarar los conceptos. Debe observarse, que lo expuesto en la nota por Vélez es coherente con los principios que informaron la obra de los cultores de la escuela francesa. Ya Portalis, en la exposición de motivos del Código de Napoleón, dijo: “*Al ciudadano pertenece la propiedad, al soberano, el imperio*”. Los jurisconsultos franceses Aubry y Raut habían aclarado al respecto: “*...lo que se conoce como dominio eminente no constituye un verdadero derecho de propiedad. Este derecho no da al soberano el derecho de disponer de la cosa que pertenece a los particulares o a las personas morales; le autoriza solamente a someter el ejercicio del derecho de propiedad a las restricciones impuestas por el interés general, a exigir el pago de impuestos y a pedirle, y a causa de utilidad pública, el sacrificio de su propiedad...*”⁹⁰. Por lo tanto el Estado, en virtud de la expresión jurídico-política de la soberanía interna que el dominio eminente implica, tiene la facultad de malear con amplitud la figura dominial, sobretudo en la Argentina donde el

⁹⁰ Citado por MONTAÑO, Dana, ob. cit., p. 679.

art. 2.611 establece que las limitaciones o restricciones al dominio pueden tener su fuente del derecho administrativo⁹¹.

Por otro lado pertenecen al Estado los bienes del dominio público y los bienes del dominio privado del Estado. Los bienes del dominio privado del Estado se rigen por las normas del Código Civil, el Estado como persona jurídica tiene un derecho de dominio al igual que cualquier particular sobre sus cosas. Estos bienes no están destinados al uso público.

El dominio público está formado por el conjunto de bienes que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, pertenece a la comunidad política pueblo y se hallan destinados al uso público –directo o indirecto- de los habitantes, por estar afectados a la colectividad⁹². Es decir que los bienes del dominio público pertenecen al Estado en su carácter de órgano político representativo de la sociedad, y el “dominio” que el Estado tiene sobre ellos es enteramente distinto al definido por el art. 2.506 del C.C. No se rige por el Código Civil sino por el derecho administrativo, y es inenajenable, imprescriptible e inembargable porque está fuera del comercio.

Por lo tanto no debe confundirse el dominio público con el dominio eminente del Estado, que no constituye una titularidad de cosas, sino que es una manifestación de la soberanía del estado que se ejerce sobre todos los bienes situados dentro del territorio. Algunos se preguntan si realmente el dominio eminente del estado hoy en día existe, porque indudablemente hay acuerdos internacionales por los cuáles se limita la soberanía, o dominio eminente del Estado. Así por ejemplo en el Caso de las papeleras de Uruguay, este país se ve limitado en la construcción, dentro de su territorio, de una fábrica, por cuanto se supone que contamina un río binacional. Al respecto debe tenerse en cuenta que sobre el derecho nacional se encuentra el derecho internacional que regula las relaciones entre las naciones, y los tratados internacionales son adheridos voluntariamente por los estados, al igual que los contratos entre particulares son ley para ellos y no limitan su libertad, porque por lo menos teóricamente son pactados libremente.

Los bienes del dominio público se distinguen según el origen y formación de la cosa, en bienes del dominio público por su naturaleza y bienes del dominio público artificial. Los primeros son los bienes que por su características naturales deben ser públicos, como un río, las playas, los mares, los lagos navegables y sus lechos, las islas, etc.. El Código Civil sólo se refiere a los bienes del dominio público al clasificar las cosas, porque como se dijo estos bienes se rigen por el derecho administrativo. El art. 2340 del C.C. incs. 1 a 6 los enumera.

Por el contrario los bienes del dominio público artificial, son cosas creadas por el hombre y declaradas públicas por el legislador, como una calle o un cementerio público (art. 2340 inc. 7 del C.C.).

A la vez, según quien tenga jurisdicción sobre la cosa, los bienes del dominio público se clasifican en bienes del dominio público nacional, provincial o municipal.

⁹¹ Conforme. MARIANHOFF, Miguel S., *Tratado de Dominio Público*, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1.988, pág. 37.

⁹² MARIANHOFF, Miguel, *Tratado de derecho administrativo*, t. V, Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. 1.988, pág. 165. BIELSA, *Derecho administrativo*, t.3, Ed. Depalma, Bs. As., 1.956, págs. 454 a 456.

I.D. Caracteres del dominio:

La doctrina tradicionalmente ha establecido que los caracteres del dominio son: la absolutez, la exclusividad y la perpetuidad.

Absoluto:

Actualmente se ha dicho que la palabra absoluto se debe tomar en el sentido de pleno⁹³. En este orden de ideas el derecho de dominio es el derecho real que otorga la mayor cantidad posible de facultades a su titular. Que la doctrina siga diciendo que el derecho es absoluto, no significa que sostenga que es un derecho ilimitado.

Para Legón, absoluto no pasa de ser un vocablo hueco. “El alcance real de la propiedad, está fijado en cada momento histórico, por la reglamentación legal. No se puede hablar de absolutismo allí donde el propietario no haga lo que quiera, sino que, tan sólo lo que la ley le permite”⁹⁴.

Además debe tenerse en cuenta que es inaceptable en el mundo jurídico que un derecho sea ilimitado. Así en la Constitución Nacional el art. 28 establece que los derechos se ejercerán conforme las leyes que reglamenten su ejercicio, pero que éstas no pueden modificar su sustancia⁹⁵. Y el artículo 14 de nuestra Carta Magna establece: “que todo habitante de la

⁹³ GATTI, Edmundo expresa que el término absoluto: “solo puede aplicarse con propiedad al primitivo derecho romano, que no admitía limitaciones. Fuera de aquella época, cuando se habla del carácter absoluto del dominio no se quiere ni se puede expresar otra cosa que ésta: el dominio es el derecho real de contenido más amplio”. Aunque debe destacarse que esta consideración acerca del derecho romano también es discutida, así Fritz Schultz expresa: “la propiedad romana nunca otorgó al propietario un poder ilimitado...”. Autores citados por LAQUIS, Manuel “Derechos Reales”, t. II, Ed. Depalma, Bs. As., 1.979, pág. 78 y en MORELLO, Augusto y otros. “Examen y crítica de la reforma del Código Civil, tomo III, Ed. Depalma, Bs. As., 1.988, pág. 470. En el mismo sentido que este último autor se pronuncia MOISSET, ESPANES, Luis, “La costumbre, la tradición jurídica y la originalidad...”, ob. cit., pág. web <http://www.acader.unc.edu.ar>. ob. cit.

⁹⁴ LEGÓN, Fernando, “Teoría de la Propiedad”, Tratado de Derechos Reales en el Código y en la Reforma, Abeledo, Vol VI, pág. 105. Así Louis Josserand, expresa que: “lo absoluto no es de este mundo jurídico. Pocos derechos están verdaderamente aislados en el espacio y en el tiempo: son los llamados derechos incausados”.

⁹⁵ La Corte Suprema, el 27 de diciembre de 1.990, en autos 43.261 carat. “Peralta, Luis A. y otro c./ Estado Nacional, Ministerio de Economía- B.C.R.A.”, publicado en E.D. t. 141, págs. 523 y ss., dejó sin efecto la sentencia apelada y se rechazó la demanda entablada por los actores; quienes suscribieron un plazo fijo a 7 días en el Banco Comercial de Finanzas S.A., con vencimiento el 3 de enero de 1990., y el Poder Ejecutivo Nacional había dictado el decreto 36/90 por el que se limitó la devolución de los depósitos a la suma de A 1.000.000 abonándose el excedente en Bonos Externos 1989. En dicha sentencia se dijo que: “En los casos en los cuales por razones de necesidad, se sanciona una norma que no priva a los particulares de los beneficios patrimoniales legítimamente reconocidos ni les niega su propiedad y sólo limita temporalmente la percepción de tales beneficios o restringe el uso que puede hacerse de esa propiedad, no hay violación del art. 17 de la Constitución Nacional, sino una limitación impuesta por la necesidad de atenuar o superar una situación de crisis. Ningún derecho reconocido por la Constitución Nacional tiene carácter absoluto. La

Nación puede gozar y ejercer su derecho de propiedad conforme las leyes que reglamenten su ejercicio”; por otro lado Vélez en el Código Civil dispuso una serie de restricciones y límites al dominio (ver nota al 2513, 2508 y al 2611 C.C.). Y en el último artículo estableció que las limitaciones en interés público provienen principalmente del derecho administrativo, con lo que dejó una puerta abierta, para que el Estado Nacional, Provincial, y Municipal establezcan por medio de normas dictadas conforme los procedimientos dispuestos en la constitución nacional y provincial, limitaciones al derecho de dominio que no lleguen a desnaturalizarlo (art. 28 de la C.N.) o a violar flagrantemente lo establecido en el art. 17 de la C.N..

Se ha dicho que el art. 2.611 del C.C. no tiene como fuente otros artículos de otros ordenamientos y que fue una innovación introducida por Vélez que demuestra que a pesar de ser tildado de expositor de las ideas del liberalismo, en este punto presentó ideas de avanzada o superadoras.

Sin embargo el concepto dado por Vélez de dominio en el que a diferencia de otras legislaciones no recalca que su ejercicio debe realizarse conforme a las leyes que lo reglamenten y la enumeración de facultades o derechos que otorga a su titular entre los que enumeraba la posibilidad de degradar, desnaturalizar o destruir la cosa, provocó un gran debate acerca de si ese derecho concebido era o no absoluto, a pesar que Vélez no menciona este carácter expresamente en las normas aunque sí en la notas, como sí lo hace con el carácter de exclusivo y perpetuo.

Muchos autores interpretaron que el dominio para Vélez era absoluto en el sentido de ilimitado en virtud de lo arts. 2506, 2513, 2.518, 2.510, y especialmente de la nota al art. 2.513 en la que el codificador expuso: *“los excesos en el ejercicio del dominio son en verdad la consecuencia inevitable del derecho absoluto de propiedad”* y *“siendo la propiedad absoluta, confiere el derecho destruir la cosa. Toda restricción preventiva tendría más peligros que ventajas. Si el Gobierno se constituye en juez del abuso, ha dicho un filósofo, no tardaría en constituirse en juez del uso, y toda verdadera idea de propiedad y libertad sería perdida”*. Así Alberto Sánchez ha dicho en este sentido comparando el dominio del Código Civil de Vélez con el dominio luego de la reforma de 1.968: *“como todos sabemos, la ley 17.711 modificó sustancialmente las normas precedentemente cuestionadas, alterando esencialmente el eje del ejercicio del derecho de propiedad. No será ya la voluntad del propietario, sino la regularidad de ese mismo ejercicio...”*⁹⁶. Sin embargo debe entenderse que el legislador estaba en contra de introducir el abuso del derecho como institución aplicable al ejercicio de los derechos, por considerar que la apreciación de si existe abuso o no, es una cuestión muy subjetiva que depende de cada juez y que no se contradecía diciendo que no estaba a favor de las limitaciones al dominio mientras que regulaba en todo un capítulo estas limitaciones. Si se repasa la jurisprudencia se puede observar que lo previsto por Vélez ha sucedido, así mientras para un juez es abusivo que un vecino solicite se extraiga un árbol que está plantado a menos de tantos metros del límite y para otro no; y especialmente se dan muchos casos en la propiedad horizontal, en el que para un juez es abusivo que un consorcista solicite la demolición de una construcción realizada en contra del reglamento sino le irroga la construcción perjuicio, mientras que para otro juez ello no es así.

limitación de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia social....”

⁹⁶ Conforme CORVALÁN, “El dominio en el Código Civil...”, ob. cit. p. 588.

Por ejemplo, respecto a las obras antirreglamentarias se ha sentado que: “El cerramiento de balcones, patios, azoteas o construcciones en los mismos, así como la apertura o clausura de ventanas, puertas, etc., en pasillos y escaleras, aun cuando no estén expresamente mencionados en el art. 7, constituyen “obras nuevas” que requieren el consentimiento unánime de los consorcistas, porque implican actos de disposición (usurpación) sobre bienes que no son privativos de los propietarios”⁹⁷, y por lo tanto corresponde ordenar su demolición. Además no puede erigirse como regla la subsistencia del valor económico de lo construido⁹⁸, porque esto alentaría la construcción de obras ilegítimas. Contrariamente se han admitido estas obras, cuando: - se satisface un importante interés del propietario y no perjudican de modo significativo a los demás⁹⁹ (teniendo en cuenta la inútil destrucción de valores económicos que acarrearía)¹⁰¹; no se afecta en nada la estructura, solidez, seguridad, salubridad, estética y destino del edificio, etc.¹⁰² (criterio que se agudiza cuando la acción es iniciada por alguno de los consorcistas y no se probó perjuicio¹⁰³); - existen otras construcciones antirreglamentarias¹⁰⁴; - cuando la obra reviste escasa magnitud¹⁰⁵; - y cuando ha existido un consentimiento tácito¹⁰⁶, por considerar que la petición de demolición de la obra antirreglamentaria era abusiva.

Por el contrario los doctrinarios que entendieron que el derecho de dominio regulado por Vélez no era ilimitado, se fundaron en una interpretación integradora del Código y en la propia nota del art. 2.512 en la que el legislador expresa: “*los excesos en el ejercicio del dominio.... No constituyen por sí mismos un modo del ejercicio de este derecho que las leyes reconocen y aprueban. La palabra abuti de los romanos expiaba solamente la idea de la disposición y no de la destrucción de la cosa*”. Por otra parte en la nota al art. 2.508 del C.C., Vélez expresa: “*Cuando establecemos que el dominio es exclusivo, es con la reserva que no existen con este carácter, solo en los límites y bajo las condiciones determinadas por la ley, por una consideración esencial a la sociedad: el predominio, para el mayor bien de todos y cada uno, del interés general, y colectivo, sobre el interés individual*”. Además el legislador previó la

⁹⁷ HIGHTON, Elena, “Derechos reales...”, op. cit, vol. 4, p. 182. 4° Cám. de Apel. Civil de Mza., ls. 45-031. Racciatti, Hernán, “Obras nuevas y el abuso del derecho en la prop. Horizontal”, LL 1994-C-484.

⁹⁸ C.N.Civil, sala C, LL 1998-E, 780.

⁹⁹ C1°CCMar del Plata, sala II, 1979, LL-981-27, CNEsp. Civil y Com. Sala III, 1981, Rep. LL XLII,J-Z,1.986. sum. 51. Ver E.D. 21-961, con cita de Colmo, JA 27-753, C.N.Civ. SALA A, MARZO 26-1.974, II, 156-421/5, FALLO 71.031, voto del Dr. Jorge J. Llambías.

¹⁰⁰ CNCiv., sala D, 17/12/96, LL 1998-E-766.

¹⁰¹ CNEsp. Civil y Com., sala IV, 19/10/81, Rep. LL XI J-Z, 1896, sum. 30.

¹⁰² C.N.Civil, sala K, 2005/05/19 in re “Consortio Prop. Av. Libertador 5038/44”, LL 2005-c-718. CNEsp. Civil y Com., sala IV, 1982, Rep. LL, XLIII-J-Z. 1.692.

¹⁰³ CNac. Civ., sala E, 17/2/2003, in re Tucci de Colom, Nélica y ots. J.A. 2003-III-734. CNCiv., sala C, 30/7/91, LL, 1991-e- 643

¹⁰⁴ CNCiv., sala H, 2.003/05/02, “Consortio Prop. Av. M. de Oca 606, LL 2.004-D-972.

¹⁰⁵ C.N.Civil, sala K, 2002/11/22, in re Cons. Av. Corrientes 3901/9/11, Doctrina Judicial 2003-1-748. C1°CC Bahía Blanca, sala I, 1993, LL-1994-C. Ver también Doc. Judicial 2003-2-261. CNCiv., sala I, 1998, LL 2000-C-174 y ss. Ver ED. 191-531, J.A. 1999-III-686, La C.S. el 4/2/1.999 in re “Consortio de proa. De Avda. San Juan 440, E.D. 184-301. C1°C.C. Bahía Blanca, sala I, 16/3/93. Hernández, Víctor y otra c. Príncipe Rubén h y otra. LL 1994-C-485, con nota de RACCIATTI, Hernán, J.A. 1.994-I-560.

¹⁰⁶ C.Nac.Civ., sala K, 24/5/1.999, Louro Romay de Barreiro, Carmen y otro, J.A. 2000-I-521. La CNCiv., sala C, 21-agosto-2.001 Cons. Propietarios Avda. Del Libertador Gral. San Martín 4602, E.D. T. 196-2002-138.

expropiación por utilidad pública y la prescripción adquisitiva para paliar el ejercicio antisocial del derecho.

Obviamente el legislador no previó un derecho ilimitado y fue bastante moderado para su tiempo, pero de las expresiones usadas en varios de sus textos, se puede advertir que se ajustó al constitucionalismo clásico-moderno, cuyo eje central era el individuo y sus derechos fundamentales eran la libertad y la propiedad. Estos derechos exigían las mayores garantías frente al poder público, a fin de evitar los excesos en que había incurrido el absolutismo monárquico con la propiedad gravada y avasallada de la época medieval. La reacción contra el sistema feudal se cristalizó en el Código Civil Napoleónico, que consagró la “absolutes”, del derecho de propiedad, traducida en cuanto a su titular por su exclusividad e individualismo y, en cuanto a los poderes que confiere, por su totalitarismo y soberanía, entendido el carácter de absoluto como de derecho total o pleno, por cuanto otorga al propietario todos los poderes sobre la cosa¹⁰⁷¹⁰⁸. Se ha dicho que este carácter debe ser interpretado, como que el derecho de dominio no es ilimitado sino que es un derecho pleno, además dicho carácter es natural y puede ser afectado con las desmembraciones al dominio, como el usufructo, el uso y la habitación, a diferencia del carácter de la exclusividad. Pero nunca se puede transferir la facultad de disposición que solo la conserva el titular del derecho de dominio (salvo el caso especial del cuasiusufructo art. 2.811 del C.C.). El mismo artículo 2.507 del C.C. se encarga de precisar que el dominio es pleno en principio salvo que se encuentre desmembrado al expresar: “*El dominio se llama pleno o perfecto, cuando es perpetuo, y la cosa no está gravada*”.

Cuando se dice que el dominio es absoluto en el sentido de pleno porque es el derecho real que más facultades otorga a su titular, se introduce el tema de las facultades. El art. 2513 del C.C. expresa: “*es inherente a la propiedad el derecho de poseer la cosa, disponer o servirse de ella, usarla y gozarla conforme a un ejercicio regular*”. Es decir que este derecho otorga lo que en el derecho romano se llamaba “*ius utendi*” o derecho de usar la cosa que es la facultad que tiene el dueño de emplear la cosa dándole el destino que crea conveniente; el “*ius fruendi*” o derecho de gozar la cosa que es la facultad que le permite al dueño percibir todos los frutos, rentas o emolumentos que la misma sea susceptible de producir; y por último el “*ius abutendi*” o derecho de disponer de la cosa (material o jurídicamente) y no el derecho de abusar de la cosa como mal se lo ha entendido.

El viejo artículo 2.513 del C.C. establecía: “Es inherente a la propiedad, el derecho de poseer la cosa, de disponer o de servirse de ella, de usarla y gozarla según la voluntad del propietario. El puede desnaturalizarla, degradarla o destruirla; tiene el derecho de accesión, de reivindicación, de constituir sobre ella derechos reales, de percibir todos sus frutos, prohibir que otro se sirva de ella, o perciba sus frutos; y de disponer de ella por actos entre vivos”. Como se observa el artículo comenzaba igual que el nuevo art. 2.513 del C.C. introducido por la ley 17.711 de 1.968, pero en vez de decir que tiene el derecho de usar y gozarla conforme un ejercicio regular, decía que esas facultades las podía ejercer según la voluntad del propietario.

¹⁰⁷ MAZEAUD, Lecciones, IV, p. 57, conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, y ots., “Código Civil...” ob. cit., t.10, Ed. Astrea, Bs. As., 2.005, comentario al art. 2.513, pág. 714.

¹⁰⁸ Napoleón decía: “El abuso de propiedad debe ser reprimido siempre que perjudique a la sociedad. Por esto se prohíbe segar los trigos verdes y arrancar las cepas preciaadas (...) El derecho de abusar no llega hasta el punto de que se pueda privar a un pueblo de su subsistencia”, según Valenzuela, en su obra Código Civil de 1949, cuando transcribe unas las palabras de Napoleón, al discutirse el art. 544 del Código Civil Francés.

Luego innecesariamente el art. 2.513 continúa y continuaba enumerando una serie facultades que derivan o son ejemplos de la facultad de usar, gozar o disponer. Ahora ¿actualmente el propietario puede disponer, usar y gozar de la cosa según su voluntad? La respuesta es sí. El propietario podría si quiere construir una casa o un quincho, vivir o alquilar, etc., pero ciertamente con limitaciones. Así no podrá en Mendoza construir un edificio de más de 15 pisos porque el Código de Edificación (que impone restricciones y límites al dominio según el art. 2.611 del C.C.) no lo permite. Es decir podrá hacer lo que quiera siempre que las leyes que regulan el derecho de dominio se lo permitan, y esto era así en la época de Vélez como en la nuestra. Pero luego de 1.968 en virtud del agregado del instituto del abuso del derecho, aun cuando la ley le permita hacer algo, si el titular ejerce su derecho en contra de los fines que el legislador tuvo en miras al reconocerlo, en contra de la moral, la buena fe y las buenas costumbres, el juez podrá declarar que ello es abusivo y no reconocerle su derecho de hacer ello. Por eso el agregado al art. 2513 de la frase; “ejercicio regular” significa ejercicio no abusivo. Ello en virtud del art. 1.071 del C.C. que expresa que el ejercicio regular de un derecho no puede constituir en ilícito ningún acto, y luego continúa a renglón seguido diciendo que la ley no ampara el ejercicio abusivo, lo que permite deducir a contrario sensu que ejercicio irregular de un derecho sería el sinónimo de ejercicio abusivo y ejercicio regular lo contrario a éste. La reforma de la ley 17.711 extrajo también del art. 2.513 del C.C., la ejemplificación donde se enumeraba que se podía hacer con la cosa, enumeración que no era taxativa. Así decía la norma que se podía degradar, destruir y desnaturalizar la cosa, que el titular tenía el derecho de accesión, reivindicación, de percibir todos sus frutos de disponer de ella por actos entre vivos, etc.. ¿Significa ello que ahora no se puedan realizar dichas actividades? La respuesta si observamos todo lo que se enumera es no, porque nadie puede decir que porque la ley no lo establece expresamente en este artículo no se puede reivindicar la cosa, ni percibir frutos, etc.. Pero una mala lectura del artículo ha llevado a interpretar que actualmente no se puede hacer lo que antes enumeraba la norma parcialmente derogada, como destruir o degradar una cosa, que son ejemplos de disposición material de ella. Hoy en día, uno puede quemar su computadora, puede desnaturalizar el vino y convertirlo en vinagre, demoler su casa o quemar una cosa. Pero cual es el límite, que ello no esté prohibido por una norma que limite mi derecho, como cuando las leyes contra el agio y la especulación impedían que se tirara el vino para que no aumentara el precio de éste (conforme a la ley de la oferta y la demanda) o cuando existe una norma que impide el incendio de bosques naturales, etc.. Y si no existe una norma por ejemplo que me impida demoler mi casa lo podré hacer, salvo que mi intención vaya contra la moral y la buena fe y sólo lo haga sin provecho propio para perjudicar al vecino, lo que podría llegar a configurar un abuso del derecho reprimido por la ley luego de la reforma de la ley 17.711.

Por otro lado el viejo artículo 2.514 expresaba que: “el ejercicio de estas facultades no puede serle restringido porque tuviera por resultado privar a un tercero de alguna ventaja, comodidad o placer, o traerle algunos inconvenientes, con tal que no ataque su derecho de propiedad”. Dicha norma luego de la reforma de la ley 17.711 expresa en definitiva lo mismo pero conforme con el agregado del nuevo instituto, establece que ello lo puede hacer el propietario mientras que no abuse de su derecho, es decir mientras no prive de una ventaja al vecino para perjudicarlo o en contra de la buena fe, etc. Así expresamente la norma actualmente dice: *“el ejercicio de estas facultades no puede ser restringido, en tanto no fuere abusivo, aunque privare a terceros de*

ventajas o comodidades”, es decir que actualmente yo puedo construir¹⁰⁹ en un lote una casa aunque al vecino le saque la ventaja de tener un paisaje más verde o la comodidad de pasar por mi inmueble para llegar más rápido a la parada del micro, salvo que yo ejerza mi derecho con una intención torcida, es decir abusivamente.

Exclusivo:

El legislador caracteriza al dominio como un derecho exclusivo en el art. 2508 del C.C. que expresa: *“El dominio es exclusivo dos personas no pueden tener cada una en el todo el dominio de una cosa; más pueden ser propietarios en común de la misma cosa, por la parte que cada una pueda tener”*.

La totalidad del derecho no puede pertenecer a dos o más personas al mismo tiempo. Si puede existir un derecho de condominio, pero éste es otro derecho real diferente al dominio donde cada persona no tiene la totalidad del derecho sobre una cosa sino una parte alícuota del derecho. El condominio tiene un régimen y una regulación específica y distinta a la del derecho del dominio. La exclusividad es un carácter esencial del derecho de dominio, esto quiere decir que no puede faltar, no puede ser dejado de lado por las partes por una convención en contra, ni se admiten excepciones al respecto.

¿Se afecta la exclusividad en el caso de que el bien esté gravado con una servidumbre?

El art. 2.523 expresa que: *“cualquiera que reclame un derecho sobre la cosa de otro debe probar su pretensión, y hasta que no se dé esa prueba, el propietario tiene la presunción de que su derecho es exclusivo e ilimitado”*. Este artículo resulta confuso si se considera que el carácter exclusivo es esencial al dominio y por lo tanto no puede faltar y que las servidumbres o los derechos que sobre la cosa pueda tener un tercero no limitan este carácter sino el de la plenitud. También como habíamos dicho el derecho de dominio en el Código de Vélez es limitado por las restricciones y límites al dominio. En concordancia con esta disposición el art. 2.805 C.C. dispone que: *“Al demandante le basta probar su derecho de disponer o su derecho de hipoteca, sin necesidad de probar que su derecho no está sujeto a la servidumbre que se le quiere imponer”*. En la nota a dicho artículo Vélez explica el fundamento de tal disposición expresando que: *“la propiedad es por su naturaleza un derecho libre, absoluto y exclusivo, y el demandado es el que debe probar la carga o servidumbre que pretenda que reconozca el inmueble”*. De dicha nota se puede deducir que lo que Vélez ha querido dejar sentado, es que se presume que el derecho de dominio es pleno, libre de cargas o gravámenes y que el que tenga derecho de servidumbre es quien debe probar que ésta existe. No obstante la confusa utilización del término exclusivo entre los vocablos que emplea, ello no le cambian el sentido a la norma.

Conclusión que se refuerza con la nota al art. 2.508, en la que el legislador deja totalmente aclarado que las desmembraciones, como las servidumbres, el uso, el usufructo y la habitación no afectan el carácter de la exclusividad al expresar que: *“es posible desmembrar ciertas manifestaciones y erigirlas en derechos separados, los cuales, llamados iura in re, nos dan el poder de disponer de una manera más o menos extensa de la cosa de otro, como cuando tenemos el uso y usufructo de la cosa ajena. Pero estas desmembraciones no hacen partícipe al que las obtiene de la*

¹⁰⁹ Se debe hacer siempre una interpretación integradora del ordenamiento jurídico, así se puede observar al respecto que el art. 2676 del Cód. Civil, expresa que cada propietario puede hacer todas las construcciones que quiera para su uso particular, bajo la condición de no estorbar a los otros en el ejercicio de un derecho igual en otra parte de la cosa.

propiedad de la cosa, ni el propietario es privado por ellas de disponer de su propiedad". En realidad éstas estarían afectado el carácter absoluto en el sentido de pleno.

Efectos: En virtud de este carácter exclusivo, el titular puede excluir a terceros (art. 2.516 C.C.), excluir y remover las cosas que introduzcan en el inmueble, etc. (art. 2.516 y 2.517 C.C.). Todo ello con las limitaciones que imponen las leyes por ej: arts. 2627, 3077, 1.071 del C.C.. También se ha dicho que en virtud de este carácter no se puede adquirir por otro título el dominio de una cosa (ver art. 2509 C.C.).

Perpetuo:

El art. 2510 del C.C. expresa que: *"El dominio es perpetuo, y subsiste independientemente del ejercicio que se pueda hacer de él. El propietario no deja de serlo aunque no ejerza ningún acto de propiedad, aunque esté en la imposibilidad de hacerlo, y aunque un tercero los ejerza con su voluntad o contra ella, a no ser que deje de poseer la cosa por otro, durante el tiempo requerido para que este pueda adquirir la propiedad por prescripción"*.

El legislador caracteriza al dominio como perpetuo y agrega que subsiste con independencia de su ejercicio. Cabe preguntarse si el agregado que subsiste con independencia de su ejercicio es el concepto de perpetuidad o es otra característica que se le agrega a esta ya que el legislador utilizó la conjunción copulativa "y".

Parte de la doctrina ha dicho que la perpetuidad tiene dos connotaciones jurídicas, una es la ausencia de límite temporal: por ello el dominio subsiste sin existencia de plazo o condición alguna. Este carácter a diferencia del de la exclusividad no es esencial porque admite excepciones en el caso de dominio revocable, fiduciario o superficie forestal. Y la otra connotación es la falta de extinción por no uso, a diferencia de lo que ocurre con el derecho de usufructo, uso, habitación, servidumbre y superficie forestal donde el derecho se extingue si no se ejerce durante un plazo determinado¹¹⁰.

La usucapión no es una excepción a este principio porque es necesario no solo que no se ejerza el derecho de propiedad sino que el usucapiente posea la cosa con las condiciones y por el tiempo necesario para adquirir el dominio. Y la adquisición del derecho por el usucapiente produce la extinción del derecho por el antiguo propietario, porque por el carácter exclusivo dos o más personas no pueden ser titulares del derecho de dominio sobre la cosa.

Para otros autores la perpetuidad significa que el dominio subsiste mientras dure la cosa, aunque cambie de titular, pero según esta acepción el dominio revocable y el fiduciario no constituirían una excepción al principio.

Críticas al carácter de la perpetuidad:

Este carácter en el sentido de que no se pierde por falta de ejercicio ha sido duramente criticado, porque admite que un propietario que no usa un bien y que por lo tanto no le hace cumplir su función social, no sea incentivado a explotarlo ni sea reprimido por tal actitud

¹¹⁰ La servidumbre, el uso, el usufructo y la habitación se extinguen sino se usan por diez años y el derecho de superficie forestal se extingue sino se foresta en el plazo de tres años.

antisocial. Así autores como Lafaille¹¹¹ consideran que el sistema adoptado por el Código muestra un desinterés por los intereses de la colectividad. En muchos países existe una política fiscal que incita al cumplimiento del deber social, gravando con un recargo de impuestos los fundos no edificados o improductivos. Otros autores como Borda¹¹² consideran directamente que el no uso prolongado del derecho de propiedad debería hacer perder el dominio a favor del Estado.

Existen proyectos de ley que prescriben la presunción de abandono en los casos de inmuebles que se encuentren en estado de abandono, y la incorporación mediante declaración judicial de abandono como causal de extinción del dominio a efecto de que pueda ingresar al dominio privado del Estado, como por ejemplo el Proyecto de Reformas al Código Civil preparado bajo la dirección del Ministerio de Gobierno y la Asesoría General de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires.

Algunos autores consideran que la expropiación configura una excepción al carácter de perpetuidad. En realidad la expropiación no es una sanción por el no uso, ni limita temporalmente el dominio con un plazo o condición. Más bien constituye un modo de adquisición de la propiedad por el Estado cuando media declaración de utilidad pública por ley y previa indemnización (art. 2511 del C.C., art. 17 de la C. N.).

La utilidad pública que debe servir de fundamento legal a la expropiación comprende todos los casos en que se procure la satisfacción de un bien común, sea este de naturaleza espiritual o cultural (art. 1 de la ley 21.499). En algunos casos excepcionales se ha considerado que la afectación del bien puede importar simultáneamente la satisfacción de un interés particular. Ello puede darse cuando el Estado priva a un particular de un bien para dárselo a otro, con la finalidad de implementar un plan de colonización¹¹³, o legitimar jurídicamente el arraigo de ocupantes de tierras o de comunidades indígenas de inmuebles que se encuentran en situación de abandono.

I.E. Carácter absoluto, y ejercicio abusivo:

El pensamiento filosófico-político cristiano tradicional preparó el ambiente jurídico y favoreció la aparición en el sector privado de la llamada teoría del abuso del derecho. Para esta concepción hay que distinguir entre abuso y uso regular del derecho. Es necesario reconocer los derechos subjetivos porque de estos depende la dignidad de la persona humana, pero no es posible tolerar que estos se desentiendan de la justicia o se desvíen del fin para el cual se reconocieron. Como señalara Josserand, los derechos “tienen una misión social que cumplir, contra lo cual no deben rebelarse, no se bastan a sí mismos, no llevan en sí mismos su finalidad, sino que ésta los desborda al mismo tiempo que los justifica; cada uno de ellos tiene una razón de ser, su espíritu, del cual no podrían separarse”¹¹⁴. Aún cuando se disienta acerca del criterio que permite calificar como abusivo el ejercicio de un derecho (como lo previó

¹¹¹ LAFAILLE, Héctor, *Derechos reales*, T.I, Compañía Argentina de Editores S.R.L., Bs. As., 1.943, págs. 378 y 379.

¹¹² BORDA, *Derechos reale*”, 3era ed. T. I., Ed. Perrot, Bs. As, 1.990, pág. 228, conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, y ots., “Código Civil...,ob. cit., t.10, Ed. Astrea, Bs. As., 2.005, comentario al art. 2.510, pág. 701.

¹¹³ CSJN, Fallos, 237: 707. Conf. S.C.Bs.As., 3/3/64, E.D., 14-274, sum. 179.

¹¹⁴ Citado por LLAMBIAS, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil, parte General*, Tomo II, Abeledo Perrot, Bs. As, 1.999, pág. 179.

Vélez en su nota), ya no se duda de su validez. Esta teoría se inspira en concepciones netamente sociales y tiende a limitar la libertad y los derechos del individuo, a someterlos a la vigilancia incesante de las autoridades sociales y notablemente del juez.

Aún antes de la reforma introducida por la ley 17.711, la jurisprudencia aplicó la teoría del abuso por medio de los arts. 16 y 953 del C.C., y la nota al art. 2.513 C.C. del Código de Vélez. No obstante la doctrina se encontraba dividida y mientras una parte interpretaba que el art. 1071 establecía que “el ejercicio de un derecho propio, o el cumplimiento de una obligación legal, no puede constituir en ilícito ningún acto”, en virtud de una tónica individualista que imperaba el Código, entre ellos se puede citar a Biblioni, Roberto Repetto, Bielsa, Pera, Ovejero y Cortés; otros como Spota, Salvat, Lafaille, Colmó, Alsina Atienza, Salas, Díaz Guijarro, Castiglione, y Leonfanti entre otros se pronunciaban a favor de esta doctrina. Para Llambías en el régimen del Código Civil, si bien faltaba la expresión de un principio general, dicha teoría podía ser inducida de los artículos 16, 2618, 2619, 2514, 1739, y ss. 1978, 1638, 1644 y 1620. Además el Código no obligaba a desestimar una directiva ya admitida por el derecho romano clásico y por el antiguo derecho español. En efecto, afirma Gayo en sus Instituta que “male enim nostro iure uti non debemos”, fórmula que ha sido denominada como una síntesis del abuso del derecho¹¹⁵.

El Digesto concedió la *actio doli* al propietario cuyo vecino cavaba en su terreno para desviar la fuente de agua que surgía en el inmueble del primero, cuando el hecho sólo se efectuaba con ánimo de causar perjuicio¹¹⁶. Este mismo caso era reproducido por las Partidas de Alfonso el Sabio, donde se limita el derecho del cavador “... *si este que lo quisiere fazer, non lo ouisse menester; mas se mouiesse maliciosamente, por fazer mal ... bien lo podría vedar que non lo fiziesse; e si lo ouisse fecho, podrangelo fazer derribar, e cerrar*”. Y la disposición que da el Rey Sabio no puede ser más ajustada: “*Ca dixeron los sabios que a la maldades de los omes non las deuen les Leyes, nin los Reyes sofrir nin dar passada; ante deuen siempre y contra ellas*”¹¹⁷.

Además en el derecho comparado ya se venía aplicando este instituto. Una de las primeras aplicaciones jurisprudenciales que se conocen de la teoría del abuso del derecho al ejercicio del derecho de dominio, es el resonado caso: “Clément c. Bayard”, que falló en Francia el Tribunal Civil de Compiègne (o Corte de Amiens) en 1913. En el mismo se censuró el abuso en que incurrió el propietario de un fundo que realizó en el una construcción dañosa de gran altura con la finalidad de dificultar el vuelo de aeronaves de un hangar contiguo y, en consecuencia, compeler al propietario de éste a la compra de su heredad. Sin embargo, Josserand cita un caso más antiguo, que data de 1.856, en el cual Corte de Lyon reprochó el proceder del propietario que, con intención maléfica, perforó su fundo a fin de cortar las venas hídricas que alimentaban la fuente ubicada en la heredad lindera y arrojó las aguas captadas mediante bombas en un arroyo (I, Vol, III, p. 105, nota 20¹¹⁸).

Toda duda acerca de la vigencia de este principio en nuestro derecho se desvaneció con la reforma de 1.949 que la adoptó expresamente. En efecto el art. 35 de la Constitución

¹¹⁵ LEONFANTI, M. A., ob. cit., pág. 28 citado por LLAMBÍAS, “Tratado de Derecho Civil...”, ob. cit., t. II, p. 185.

¹¹⁶ Digesto, Libro 39, Tít. 2, fr. Párr. 2. De aqua. La disposición del Digesto está concebida en sentido inverso. De ahí que a contrario sensu los autores llegan a la consecuencia indicada en el texto. Ver LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil...* ob. cit. t. II, pág. 185.

¹¹⁷ Partida III, título 32, ley 19.

¹¹⁸ KEMELMAJER, y ots., *Código Civil...*, ob. cit., comentario al art. 2514, pág. 724.

Nacional, dispuso: *“Los derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio, pero tampoco amparan a ningún habitante de la Nación en perjuicio, detrimento o menoscabo de otro. Los abusos de estos derechos que perjudiquen a la humanidad o que lleven a cualquier forma de explotación del hombre por el hombre, configuran delitos que serán castigados por las leyes”*.

Esta norma constitucional abría al principio del abuso del derecho una amplia perspectiva, como pudo advertirse, no obstante el corto tiempo de vigor de la norma a través de la jurisprudencia de los tribunales. Las decisiones más o menos aisladas resueltas con anterioridad a esa sanción, fueron robustecidas por la substancial modificación introducida en la carta Magna.

Luego de la supresión de facto de la reforma constitucional dispuesta por la Proclama del 27 de abril de 1.956, que fue convalidada por la Convención Constituyente de 1.957, la situación vuelve a ser la comentada anteriormente hasta que en el año 1968, en el art. 1071 del C.C., la ley 17.711 incorpora el abuso del derecho.

La ley 17.711 introdujo al Código Civil la mayor reforma que haya experimentado. Una comisión designada por la secretaría de estado de Justicia para el estudio de la reforma al Código Civil y leyes complementarias tuvo a su cargo la elaboración de las propuestas para remozar la legislación civil. En ella participó el doctor Guillermo Borda, a quien se debe la reforma en los hechos¹¹⁹. Dicho autor explica cuál fue el espíritu de la reforma, sosteniendo que la filosofía del Código Civil “era la del siglo XIX: liberal, individualista, positivista. La reforma cambia esa filosofía por la social cristiana propia de nuestra época, la época de la Populorum Progressio. El liberalismo positivista confundió ley con derecho, se interesó más por la seguridad que por la justicia. Hizo del respeto de la libre voluntad un dogma¹²⁰”.

Dicha norma adopta un criterio finalista (Josserand y Porcherot) que se relaciona con la índole del derecho que se ejerce y el del ejercicio contrario a la buena fe, a la moral y las buenas costumbres (René Savatier, Roberto Goldschmidt, que considera que el orden jurídico se encuentra sometido al orden moral)¹²¹. Y se modifican los arts. 2.513 y 2.514 del C.C., que hacen referencia: el primero al ejercicio regular del derecho y suprime la referencia al derecho del dueño de degradar, desnaturalizar y destruir la cosa, como ya se dijo. Y el segundo que directamente expresa que “el ejercicio de estas facultades no puede ser restringido en tanto no fuere abusivo, aunque privare a terceros de ventajas o comodidades”, mientras que el texto anterior decía solo que el ejercicio de ellas no puede serle restringido porque tuviera por resultado privar a un tercero de alguna ventaja, comodidad o placer o le trajera algunos inconvenientes, con tal que no ataque su derecho de propiedad. Que resume el viejo adagio, de que mi propiedad termina donde empieza el derecho de los demás.

El art. 1071 del C.C. reformulado por la ley 17.711, sienta las pautas del ejercicio abusivo del derecho, expresando que este existe cuando contraríe los fines que la ley tuvo en miras al reconocer el derecho o cuando exceda los límites impuestos por la buena fe la moral y las buenas costumbres. No se deben olvidar las palabras del insigne jurista que incorporó este estándar jurídico en nuestro ordenamiento, el Dr. Borda, quien destacó; “que la institución en examen ha nacido impuesta por las exigencias de la moral y de la buena fe...”. Con esa

¹¹⁹ Se resolvió modificar el código en vez de dictarse uno nuevo en homenaje a Vélez.

¹²⁰ BORDA, La ley de reformas al Código Civil, p. 921, citado por Márquez, ob. cit. pág. 31.

finalidad moral, que le permite al Juez apartarse de la fría letra de la ley y visualizar la justicia en el caso concreto debe utilizarse la figura, sin abusar del instituto legitimando conductas que impunemente infringen las normas de convivencia.

Se ha entendido que las pautas que incorpora el artículo 1071 son generales y flexibles y que en definitiva queda a arbitrio del juez teniendo en cuenta las circunstancias del caso precisar cuando el ejercicio del derecho ha sido abusivo. A pesar de que la jurisprudencia ya había comenzado a aplicar esta teoría aunque no estuviera receptada en la legislación antes de la reforma; como ha sucedido con la mayoría de los institutos, en los que la realidad antecede a las normas. Su recepción legislativa permitió que se afanzara en el mundo jurídico, y que pueda ser alegado sin discusión en cualquier conflicto judicial, importando un importante avance en la humanización del derecho.

No obstante en la práctica resulta difícil determinar en qué situaciones cabe calificar de abusivo un comportamiento, para no desembocar en lo que Alterini ha llamado el abuso de la teoría del abuso del derecho que convierte a este instituto en una baratija¹²². Por ello, analizando la jurisprudencia se puede detectar que existen pronunciamientos judiciales contradictorios como ya se explicó. A la vez la Suprema Corte de Justicia¹²³ ha dicho que no procede la revisión de

¹²² Autor citado por RACCIATTI, Hernán en "Obras nuevas y el abuso del derecho en la propiedad horizontal", LL-1.994-484.

¹²³ La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho que: "El derecho de propiedad no reviste carácter absoluto y existe solamente dentro de los límites y bajo las condiciones determinadas por la ley que puede imponerle limitaciones más o menos importantes. La aplicación del art. 1071 del Cód. Civil no exige un análisis lógico formal, sino una valoración de conductas resultados acaecidos en la vida real. El análisis que el juez debe efectuar sobre el obrar de quien puso en ejercicio un derecho a los efectos de verificar si medió o no una conducta abusiva, está dentro de los principios generales que pueden reconocerse derivados del art. 1071 del Cód. Civil y por ello escapa a la revisión en la instancia, extraordinaria, salvo que se demostrara un desajuste en violación al precepto" - CS, 4/02/1999, 49.560, Consorcio de propietarios de la Avenida San Juan 440/444/4446 c. Souto, Enrique Carlos, (C.904.XXXIII.R.H.), ED t. 184-301.

En contra de este precedente, se pronunciaron ciertos miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en disidencia con la mayoría de los miembros de este cuerpo. A la vez, en disidencia de la mayoría de los miembros de la Cámara que consideró tal recurso inadmisibles en virtud del art. 280 del cód. procesal civil y comercial de la Nación, los Señores Ministros Dres. Don Guillermo A. F. López y Adolfo Roberto Vásquez, consideran que si bien es cierto que determinar en qué situaciones existe ejercicio abusivo de un derecho, constituye una cuestión reservada a los jueces de la causa y ajena, por regla, a la instancia extraordinaria, el principio debe ceder cuando la decisión no se apoya en las constancia de autos, ni en criterio legal alguno, sino que es el resultado de afirmaciones dogmáticas sustentadas en la sola voluntad de los jueces (Fallos 316:2033). Y entendieron en primer lugar que: no obstante la antijuricidad que se alegue respecto de los actos del consorcista que realiza una construcción, en infracción a los reglamentos y en interés personal, la solución extrema de pretender la demolición de la obra, no es razonable cuando no se ha puesto en peligro la solidez y seguridad del edificio ni la intimidad de los vecinos. Súmese a ello, que la medida debe desestimarse cuando las especiales circunstancias del caso la tornan excesivamente severa o innecesaria frente a la nimiedad de los intereses lesionados, a punto tal de constituir un ejercicio abusivo del derecho en detrimento de la riqueza ajena. Cuando la admisión del reclamo de demolición de la

una decisión basada en el abuso del derecho ante el Superior Tribunal, porque para determinar si éste ha existido se deben apreciar los hechos. Por lo tanto al no admitirse el recurso extraordinario en estos casos se impide que se tomen criterios únicos e iguales para todos los supuestos, provocando inseguridad jurídica. Y en definitiva muchas veces como anticipó Vélez el Juez de primera o segunda instancia termina siendo Juez del uso. En el mismo sentido se ha pronunciado Biblioni, para quien este instituto, produce una gran inseguridad jurídica.

Para precisar más el alcance del ejercicio abusivo, y si se quiere ser más preciso, hay que tener en cuenta que existen diversos criterios para determinar cuando un derecho ha sido ejercido abusivamente, y que el legislador solo ha adoptado expresamente algunas de estos:

a) criterios subjetivos: 1) cuando se ha ejercido con la intención de dañar, 2) con culpa del titular, 3) sin interés o utilidad;

b) criterios objetivos: 1) el abuso consiste en el ejercicio contrario al fin económico y social del derecho; 2) en un ejercicio contrario al fin de su institución; 3) en un ejercicio contrario a la moral; o buenas costumbres, 4) envergadura del daño que provoca el ejercicio del derecho y el mínimo beneficio que reporta.

c) criterios mixtos.

Efectivamente el legislador no adoptó expresamente todos estos criterios, sino que receptó solo los criterios objetivos enumerados en segundo y tercer inciso.

No obstante con criterio flexible la jurisprudencia ha tomado en cuenta criterios subjetivos o los criterios objetivos mencionados en segundo, tercer y cuarto lugar. Lo que ha sido criticado por parte de la doctrina por considerar que se aplica la teoría fuera de los parámetros queridos por el legislador¹²⁴. Así se ha dicho que: “a partir de la reforma, el abuso del derecho ha dejado de ser una figura sin límites precisos y definidos que venía en ayuda del juez y el intérprete ante ciertas situaciones en las que estos operaban su aplicabilidad. Hoy por el contrario si se pretende hacerlo jugar en un caso dado, debemos ceñirnos a los términos expresos de la norma que lo ha decepcionado”¹²⁵. Y por eso se discrepa con la tendencia jurisprudencial que erige la excepción en regla.

Por otro lado para parte de la doctrina que sigue los lineamientos de la jurisprudencia flexible, juzgador debe apreciar el ejercicio abusivo del dominio cuando concurren los siguientes

obra nueva, trae anexo un notorio perjuicio económico del demandado sin un interés atendible o una necesidad a favor del consorcio, puede sostenerse que contraría los fines tenidos en cuenta por la ley para su reconocimiento. Tratándose de una edificación que no pone en peligro la seguridad del edificio ni causa perjuicio alguno al consorcio –salvo una parcial disminución de la vista de una autopista para los consorcistas de los departamentos de dos pisos-, frente a las ventajas que acarrea el cambio de techo plano que colocó el demandado en lugar del parabólico existente no solo para el accionado sino para el consorcio que debía construir un techo nuevo porque el anterior estaba deteriorado, resulta injustificado disponer su demolición, por tornarse en abusivo ejercicio del derecho”. (ver disidencia de los Dres. Petracchi y Bacqué, en el caso H-18-XX, 10/02/97, Hernández, Jorge O. c./ Municipalidad de la ciudad de Bs. Aires y otros. Pub. E.D. t.123-667. Fallo de la SCJN).

¹²⁴ RACCIATTI, Hernán, *Obras nuevas y el abuso del derecho en la propiedad horizontal*, LL-1.994-484.

¹²⁵ RAGLIETTO, GRINBERG y PAPAÑO, *Medianería*, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1.976, pág. 166.

elementos: a) conducta del propietario permitida por el derecho positivo en virtud de una norma expresa; a diferencia del acto ilícito, en el que existe una trasgresión a una norma, b) uso del dominio contrario a los claros fines de la norma, la moral, la buena fe y las buenas costumbres c) imputabilidad del propietario, es decir que tenga discernimiento, intención y libertad y d) daño grave a un tercero¹²⁶.

Este primer requisito es muy importante para diferenciar el ejercicio abusivo, del ejercicio ilícito estricto sensu. Ya que luego del agregado de la ley 17.711 también es ilícito en sentido amplio ejercer abusivamente un derecho. Si entendemos por ilícito en sentido estricto aquel acto que se encuentra en contraposición a una norma específica que prohíbe tal comportamiento, como por ejemplo realizar ruidos molestos en contra de lo dispuesto por el art. 2618 del C.C., o hacer un pozo en su propiedad contra una pared medianera, sin construir un contramuro de treinta centímetros de espesor conforme lo determina el art.2624 del C.C., etc.. No se puede decir que tales actos son abusivos sino ilícitos. Abusivo es el acto que se realiza ejerciendo un derecho que confiere una norma, es decir que objetivamente o externamente es lícito, no va contra la norma, pero por la finalidad del que lo realiza, y en virtud del art. 1071 del C.C., se encuentra reprobado por la ley. Por ello, el art. 1071 comienza diciendo: el ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir en ilícito ningún acto, pero luego agrega que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Así por ejemplo el art. 2628 del C.C. admite que el vecino de un inmueble donde se encuentre un árbol a menos de tres metros de distancia de la línea divisoria puede solicitar su remoción. El vecino que solicita que se remueva el árbol del vecino que incumple con la norma, esta ejerciendo su derecho de dominio, pero si esta solicitud se debe a que le tiene inquina al vecino, ya que el árbol ningún perjuicio le irroga, es más mejora el paisaje, etc.; a pesar de que en principio tal conducta está permitida, por su finalidad es abusiva y la ley no la ampara y la reprueba.

I.F. La función social de la propiedad:

El Estado liberal, que surgiera como consecuencia de la Revolución Industrial, de las revoluciones inglesa de 1.688 y francesa de 1.789 bajo el influjo de la burguesía, encontrará su ocaso en el período de entreguerras mundiales, constituyendo un acontecimiento fundamental la crisis de 1.930. Surge entonces, el paradigma del Estado de Bienestar, y con él, la democracia social, el modelo económico keynesiano. El mismo se basa en que el bienestar del individuo es algo demasiado importante para confiarlo a mecanismos estrictamente privados, y por lo tanto debe encomendarse al Estado. Por lo tanto, el Estado asume nuevas funciones en este rol más protagónico. Se erige en garante de la satisfacción de las necesidades sociales y hasta en prestador de servicios, fruto del principio de subsidiaridad¹²⁷.

¹²⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, "Principios y tendencias en torno al abuso del derecho en Argentina," en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 16, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs. As., 1.998, pág. 209. Ver LLAMBIAS, Jorge Joaquín, "*Tratado de Derecho Civil...*" t. II, ob. cit., pág. 184.

¹²⁷ RAMELLA, Susana, T, "La reforma del Estado y la doctrina justicialista", en *Encuentro para la reflexión y la acción*, publicado por FUNDEPP, Año I, N° 1, 1990, Mendoza. Dicha autora en esta obra expresa: "...la sociedad se estatiza. El planteo del darwinismo social o spenceriano, no se destruye totalmente, pero sí se piensa que el

La función social de la propiedad fue introducida por primera vez en la Constitución de México de 1.917 y luego en la de Weimar de 1.919. De allí en más se incorporó expresa o implícitamente en la mayoría de las constituciones del siglo XX. Por ejemplo, las de Alemania Federal, Italia, España. Significa una visión superadora del liberalismo y abstencionismo estatal, que implica que el Estado debe modificar su rol para asumir un rol protagónico en aras al reconocimiento concreto de los derechos sociales y económicos a todas las personas. Con estas constituciones se abre paso al constitucionalismo social, por medio del cual se incorporan a las constituciones el reconocimiento de una nueva generación de derechos: los derechos sociales.

A la vez, la influencia de la doctrina social de la Iglesia, a través de sus encíclicas papales, fue muy importante para la transformación de la concepción individualista de este derecho. En efecto desde la Iglesia se había alzado la voz alertando sobre las inequidades, y las postergaciones que el sistema económico generaba. En 1.891, Leon XIII en su RERUM Novarum exhorta a la humanidad por los derechos sociales con estas palabras: “los aumentos recientes de la industria y los nuevos caminos por los que van las artes, el cambio obrado en las relaciones mutuas de amos y jornaleros, al haberse acumulado riquezas en unos pocos y empobrecido la multitud”, y en los obreros la mayor opinión de su valer, el haberse juntado y finalmente la corrupción de las costumbres son las que han hecho estallar la guerra”. No obstante, también el Papa se refería a la propiedad colectiva como la falsa solución del socialismo y, reafirmaba que la propiedad privada es conforme a la naturaleza. Estos problemas anunciados por el Papa, comenzaron a hacerse más patentes, despertando la atención del pensamiento de la época. Así se ha dicho que el individualismo marcó un individualismo socialmente disfuncional; en el esquema de García Pelayo, diríamos que el sistema se afirmó en el individualismo concreto y no en el abstracto.

En Argentina estas ideas imperantes en el siglo XX, se exteriorizaron en primer lugar en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que justificó el intervencionismo del estado en la reglamentación del derecho de propiedad. Desde 1922, en el caso “Ercolano c/ Lantieri de Remshaw s/ consignación” la Corte ha sostenido que no existen derechos absolutos y que todos se encuentran limitados por las leyes que los reglamenten mientras no se altere sus sustancia. También la jurisprudencia comenzó a aplicar la teoría del abuso del derecho receptada por la doctrina y jurisprudencia francesa, censurándose los desbordes de los propietarios que ejercían su derecho con el solo fin de perjudicar a su vecino o sin beneficio alguno.

Se ha dicho que en el orden constitucional, la reforma de 1.949 resultó un paso decisivo en el reconocimiento de la función social de la propiedad. El art. 38 del dicho texto dispuso: “*La propiedad privada tiene una función social y, en consecuencia estará sometida a las obligaciones que establezca la ley con fines de bien común*”. No obstante la duración efímera de dicho ordenamiento, derogado en el 1.956, su formulación constituyó un hito fundamental en el derecho nacional al plasmar por escrito el enfoque social de la propiedad privada. La reforma de 1.957 no incorporó al texto el principio de la función social de la propiedad, pero reconoció como derecho social “el acceso a una vivienda digna” en el art. 14 bis. En el marco del constitucionalismo social, esta reforma se preocupó por proteger a quienes no eran propietarios, a diferencia del constitucionalismo clásico que contempló el derecho de quienes lo eran (art. 14 y 17 de la C.N.) Con la reforma de 1.994 queda reconocido en el Texto constitucional el ejercicio de la

Estado debe apoyar a los más débiles, y que los individuos, tienen la obligación de ceder parte de su libertad, en beneficio de la colectividad”

propiedad privada con miras al bien común al incorporar en el art. 75, inc. 22, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo art. 21 inc.1, dispone: “Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”.¹²⁸

Por otro lado el art. 75, inc. 15 de la Constitución de 1.994, reconoce entre otros derechos a los indígenas: “la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan;”. Estrictamente, esta norma está reconociendo la propiedad comunitaria. Esta norma produce un gran dificultad a los magistrados para armonizar o ensamblar dos sistemas de propiedad antagónicos por un lado la propiedad privada y la social que, estrictamente no le quita el adjetivo de privada, sino que solamente la limita en bien de la sociedad, y por el otro lado la propiedad comunitaria que suprime la propiedad privada para el caso de los indígenas.

La doctrina ha aclarado que la propiedad cumpla una función social, consiste en una limitación genérica que pesa sobre el derecho de propiedad que impide a su titular usarla en forma disfuncional o contraria a los principios de la moral social media¹²⁹.

Sin embargo, el legislador de la ley 17.711 que reformó el Código Civil no adoptó de modo expreso el principio de la función social de la propiedad, pero posibilitó aún más su aplicación y flexibilizó las normas con el agregado de la teoría del abuso del derecho en el art. 1071 del C.C. y los artículos 2.512 y 2.514.

No obstante debe advertirse que Borda podría haber adoptado como criterio para considerar abusivo un derecho el criterio objetivo consistente en que se contraría el fin social y no el fin de la norma, lo que hubiera permitido introducir de una manera expresa esta función social en el Código Civil.

I.G. Conclusiones:

Dentro del marco de la investigación titulada propiedad y poder. En la que se analiza si los distintos modos de propiedad han estado latentes en las distintas épocas y qué relación han tenido éstas con el poder. Teniendo en cuenta que las hipótesis formuladas fueron: - el dominio regulado por Vélez Sarfield en el Código Civil no es ilimitado, -el art. 2.611 del Código Civil le da la posibilidad a la Administración para que mediante leyes haga efectiva la función social de la propiedad. Se analizó la doctrina nacional sobre la interpretación de las normas del código civil, de éste análisis doctrinario surgió la existencia de tesis contradictorias, por un lado una que afirma que el dominio de Vélez era absoluto (como Borda, LLambías, Sánchez, etc.) y otros que consideran que no era absoluto sino que por el contrario era limitado (Novillo Corvalán, Márquez, etc.). Por otro lado se realizó una interpretación integradora del ordenamiento jurídico en su conjunto y se pudo advertir que a pesar de que Vélez no agregó a su definición de dominio la frase conforme un ejercicio regular o conforme las leyes que reglamentan su ejercicio, y que en el artículo 2.513 dispuso cuando ejemplifica lo que el propietario puede hacer, que éste podía desnaturalizar y degradar la cosa, etc.; previó todo un capítulo relativo a las restricciones y límites al dominio. Es decir que fuera cual fuera la ideología del legislador que se puede traslucir en ciertos términos utilizados por él, es indudable

¹²⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, y ots., “Código Civil...”, ob. cit., pág. 716.

¹²⁹ EKMEKDJIAN, Miguel Angel, *Tratado de derecho constitucional*, t. II, Ediciones Desalma, Bs. As., 1.994, pág. 174.

que en definitiva el derecho de dominio debe ejercerse conforme las leyes que limitan su ejercicio, como lo disponen los artículos 28 y 14 de la C.N. que establecen que los derechos se ejercen conforme las normas que reglamentan su ejercicio, y la jurisprudencia de nuestros tribunales y del la Corte Suprema de Justicia.

Es más en el art. 2.611 del C.C. de una manera innovadora, Vélez introduce la posibilidad que la Administración establezca cualquier restricción basada en el interés público y el art. 2.610, admite la posibilidad de su extinción en virtud de expropiación basada en necesidad o utilidad pública. Es decir que el Estado ya en la época de Vélez ha tenido la posibilidad de introducir restricciones u obligaciones al dominio en función del interés social si ha querido. Ya que la doctrina ha dicho que la función social de la propiedad se traduce en limitaciones al ejercicio de ese derecho y en obligaciones a cargo del propietario, impuestas unas y otras por el Estado en beneficio del bien común. Y como el Estado como se dijo pudo imponer estas obligaciones a cargo del propietario en función social en virtud del art. 2.611 del C.C., eso nos permite concluir que si el derecho de dominio no se ha ejercido en función social, puede haberse debido en gran parte a que ha faltado voluntad administrativa para hacer cumplir la función social que tanto se proclama. Ciertamente deben haber existido grupos de poder, especialmente terratenientes con fuertes intereses, que han influido para que esto no sucediera. Esta influencia de los verdaderos sectores del poder sobre la administración y la Corte de Suprema, se advierte claramente cuando se analiza las distintas interpretaciones de la Corte Suprema sobre la propiedad y la posibilidad del Estado de limitarla fuertemente por medio del poder de policía de emergencia. Por otro lado del análisis de los fallos del más alto tribunal se puede apreciar que con la justificación de que la propiedad tiene que cumplir una función social se han admitido restricciones y quitas al derecho de propiedad pero no a favor o en beneficio de la sociedad sino de ciertos sectores de poder como los bancos, los grandes deudores, etc.. Es decir que se ha utilizado esta facultad del Estado de restringir la propiedad de manera parcial e interesada, creando una gran inseguridad jurídica y fuertes injusticias en los casos concretos.

Lo que tal vez pueda considerarse criticable de la regulación del dominio por Vélez, es el carácter perpetuo del dominio, que implica que el dominio subsiste con independencia del uso de la misma por el propietario. Pero el Estado podría haber impuesto contribuciones más onerosas a los inmuebles improductivos, y de esta manera incentivar a hacer producir los mismos o venderlos total o parcialmente. Además estas contribuciones podrían haber llegado a implicar la subasta de dichos inmuebles sino se pagaban dichos impuestos. Además no debe olvidarse también que se ha previsto la prescripción adquisitiva de los inmuebles si alguien lo posee por un término establecido por la ley. Y hasta preverse términos más reducidos de prescripción adquisitiva para situaciones de emergencia social (como villas de emergencias, etc.). A esto se le agrega que la expropiación ha sido utilizada como mecanismo para repartir tierras a puesteros o poseedores en leyes de colonización o arraigo.

Se puede decir entonces, que si hoy en día el dominio no cumple una función social no es por culpa de la legislación civil que no la prevé en forma expresa, sino que es por culpa de una verdadera falta voluntad Administrativa que imponga restricciones y obligaciones en función social y las haga cumplir. No obstante, su proclamación en la Constitución como lo pretendió la reforma constitucional del 49, hubiera servido de un claro mandato constitucional en tal sentido que hubiera obligado al legislador y al juez a dictar normas y a interpretar las mismas conforme este postulado.

Sin embargo resulta interesante recalcar que hoy, a las normas del Código Civil que autorizan al Estado a imponer restricciones al dominio en interés general (art. 2.611 del C.C.), y al art. 2610 del C.C. que autoriza la expropiación por causa de utilidad pública conforme con las normas constitucionales, se le suma que en virtud de la reforma de 1.994 que modificó el art. 75, inc. 22 de la C. N. se ha incorporado con jerarquía constitucional la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que expresamente autoriza a que la ley subordine el uso y goce de los bienes al interés social.

I.H. Bibliografía:

Irene Pujol

IV. ANÁLISIS DE LOS FALLOS MÁS TRASCENDENTES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN SOBRE EL ALCANCE DEL DERECHO DE PROPIEDAD DESDE 1989

I.A. Introducción:

Los fallos seleccionados resultan los más trascendentes para analizar las distintas interpretaciones de la Corte sobre el alcance del derecho de propiedad y la posibilidad del Estado de limitarla. Resulta interesante observar el tiempo y la distinta composición de la Corte en cada uno de estos pronunciamientos, para determinar si ha existido influencia del poder sobre estas resoluciones.

Al respecto debe tenerse en cuenta que cuando la Corte habla de propiedad, no se refiere al derecho de dominio que es un derecho real específico que se tiene sobre cosas. Porque como ya dijimos el derecho de propiedad es más genérico y abarca no solo los derechos reales sobre las cosas (como el dominio, el usufructo, etc.); sino también los derechos patrimoniales que recaen sobre objetos inmateriales, como los derechos creditorios.

Se analizarán los fallos Peralta, Smith, Cabrera y Bustos, explicándose sucintamente los hechos y resaltándose los argumentos vertidos por la Corte. Al mismo tiempo se irán exponiendo las principales críticas a los mismos. Por otro lado se realizarán algunas apreciaciones sobre el poder de policía de emergencia, para terminar con una conclusión personal acerca del carácter absoluto del derecho de propiedad, la falta de coincidencia entre los distintos fallos que puede estar determinado por la composición de la Corte, quienes han detentado el verdadero poder detrás de estos fallos y la relación entre poder y propiedad.

I.B. Desarrollo:

I.A.1). **Fallos:**

Fallo Peralta:

Expte. 89.455 carat.: “Peralta Luis A. y otro c. Estado Nacional (Ministerio de Economía- Banco Central) p/amparo”¹³⁰, C.S. 27/12/1.990.

En dicho caso los actores a raíz del dictado por el Poder Ejecutivo Nacional del decreto 36/90, por el que se limitó la devolución a la suma de A 1.000.000, abonándose el excedente en Bonos Externos 1.989, iniciaron acción de amparo, recabando la declaración de inconstitucionalidad del referido decreto y sus normas consecuentes y pidiendo, por lo tanto el pago íntegro del capital que se les adeudaba, con más los intereses respectivos y costas del pleito.

Los demandantes adujeron que sin la disponibilidad de dinero no podían responder a las obligaciones contraídas con anterioridad. El magistrado de primera instancia rechazó la acción por motivos formales. Apelada esta resolución dictó sentencia la sala contenciosa administrativa de la Capital Federal, revocando el fallo de primera instancia, declarando la inconstitucionalidad del decreto y haciendo lugar parcialmente a la demanda contra el Estado Nacional. Estas distintas resoluciones sobre el mismo caso, demuestra los distintos criterios de los jueces de primera y segunda instancia, y la posible parcialidad de pareceres sobre el mismo tema. Frente a la sentencia de segunda instancia, el condenado, es decir el Estado, interpuso recuso extraordinario.

La Corte consideró entre otras argumentos relativos a la procedencia formal del recurso, que el análisis de la división de poderes y las circunstancias que rodean el caso, conducen a admitir la validez del decreto de necesidad y urgencia cuestionado. Que el principio de la división de poderes busca el equilibrio, control y armonía entre los poderes, debiendo existir una necesaria coordinación entre estos. Y la Constitución debe ser interpretada, debiendo consagrar la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para la que fue dictada, es decir que siempre debe servir de guía del progreso nacional y como toda norma debe reflejar los hechos. Estableciéndose así la doctrina de la interpretación dinámica de la Constitución, la que permite a los jueces apartarse del texto de la constitución e interpretarla conforme a lo que ellos opinen que son los requerimientos de la realidad de cada momento, lo que abre un amplio margen a la discrecionalidad de los magistrados.

Por otro lado la Corte dijo que la subsistencia del Estado hace posible el disfrute de los derechos de la libertad y del patrimonio, y que la prolongación del estado de emergencia, representa en sí misma, el mayor atentado contra la seguridad jurídica. Esta interpretación le permite al Poder Judicial limitar los derechos de los ciudadanos con la excusa de la necesidad de que el Estado subsista.

Además se tuvo en cuenta que el Congreso no había adoptado decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados y que era público y notorio el riesgo social. Y que por la índole del problema y la solución reservada que no debía ser conocida para que sea

¹³⁰ Expediente 89.455, de la C.S., del 27/12/1.990.

eficaz, ésta difícilmente podía ser tratada por cuerpos pluri-personales con intereses divergentes. Argumento que puede llegar a ser utilizado para atentar contra el régimen republicano de gobierno¹³¹, porque le permite al Poder Ejecutivo asumir funciones de los otros poderes en razón de la índole del problema.

Por otro lado, respecto de validez de las normas dictadas en situaciones de emergencia se sentó que: la doctrina de la Corte y del derecho comparado, admiten la validez de las normas de emergencia, siempre que se cumplan los cuatro requisitos enumerados por R. Larreta en su dictamen en los autos: “Oscar A. Avico contra Saúl C. de la Pesa sobre consignación de intereses” y que habían sido enunciados en el caso “Home Building v. Blaisdell”. Estos son: 1) que exista una situación de emergencia, 2) que la finalidad de las normas sea proteger los intereses generales, 3) que la moratoria sea razonable y 4) que duración sea temporal. Además se reprodujeron otros requisitos que surgían de la doctrina de fallos 243: 467 que son: 5) que las normas de emergencia debían ser un remedio y no una mutación en la sustancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato; y 6) que éstas estuvieran sometida al control jurisdiccional de constitucionalidad, toda vez que la situación de emergencia a diferencia del estado de sitio no suspende las garantías constitucionales. Sin embargo respecto de la temporariedad, se adoptó un criterio flexible que casi deja en letra muerta a este requisito, reproduciéndose el voto del presidente del tribunal doctor Alfredo Orgaz, en fallo 243:449, que explicita que dicha característica no puede ser fijada de antemano en un número preciso de años o de meses; ya que la emergencia dura todo el tiempo que duran las causas que la han originado. Debe advertirse el peligro de tal interpretación, porque en la Argentina casi todo el siglo veinte se ha vivido en estados de emergencia por el mal gobierno de los dirigentes políticos, lo que ha llevado a que las leyes de emergencia subsistan indefinidamente en el tiempo o se sucedan una tras otras. Sin embargo, acotando un poco las facultades extraordinarias que de una manera solapada se le estaba dando al Poder Ejecutivo, se exigió que la emergencia fuera definida por el Congreso; circunstancia que en la especie se cumplió mediante las leyes 23.696 y 23.697. Requiriéndose que por lo menos, la emergencia sea declarada por un órgano pluri-personal y representativo, lo que resulta más aconsejable a que una sola persona por ejemplo: el presidente pueda establecer que se está ante un estado de emergencia.

Por otro lado limitando las facultades del Poder Judicial para evaluar la constitucionalidad de las normas de emergencia, se estableció que no es función de un tribunal de justicia pronunciarse por cuál debió ser tal remedio, sólo constatar su necesidad y razonabilidad. Para declarar la constitucionalidad de este decreto se tuvo en cuenta que sus objetivos fueron: a) cortar el proceso inflacionario, b) inducir la baja primero y luego la estabilización del precio del dólar y de todos los bienes de economía, c) recuperar el valor adquisitivo de la moneda nacional, y d) que las entidades financieras honren sus obligaciones en australes mediante la entrega de bonos 1989. Y se adujo que por este medio se produjo una fuerte reprogramación de vencimientos, más no necesariamente una quita. Porque, “aún admitiendo que la paridad del mercado del medio de pago elegido fuese inferior a la nominal, de tal circunstancia no se sigue necesariamente que, en valores reales y frente al proceso verdaderamente descontrolado de inflación que se había desatado, aquella quita halla

¹³¹ Se establece también la doctrina de los poderes implícitos, que expresa que así como al Poder Legislativo la Constitución le otorga poderes implícitos en el art. 67 inc. 28, lo mismo ocurre con el Poder Ejecutivo por extensión.

efectivamente ocurrido.” Es decir que se argumentó que si la inflación se hubiera mantenido por no dictarse estas normas de emergencia, el poder adquisitivo del dinero que se tendría que haber devuelto en dólares (aunque nominalmente mayor), hubiera sido menor que el poder adquisitivo del dinero que se devolvió, (conf. doctrina de las causas L376/XX” Provincia de la Pampa c/ Albono S.A. Esteban s/ consignación, del 28/6/88 y m. 549. XXII “Milano, Miguel A. c/ Banco Central s/ cobro de australes”, del 24/8789, entre otros.) Lo que ocurre es que los ciudadanos ya están acostumbrados a no quejarse frente a la reducción que se produce al poder adquisitivo de sus ahorros, con motivo de la emisión del Estado para sufragar sus gastos muchas veces injustificados y que es la principal causa junto con la expectativas inflacionarias y otros motivos para que aumenten los precios de los bienes del mercado.

Por otro lado se adujo que no se violaba la igualdad frente a las cargas públicas al imponérsele a ciertos argentinos (los ahorristas) este sacrificio, mientras que a otros no; porque la imposición de tales depósitos y a partir de la cantidad propuesta en el decreto, es señal en la generalidad de los casos de una correlativa capacidad económica. Lo que no es del todo acertado, porque el ahorrista que deposita en los Bancos con asiento en la Argentina no es el que tiene más poder adquisitivo, ya que las grandes fortunas se encuentran depositadas en Bancos Extranjeros o sus propietarios son avisados con anterioridad a que se tomen estas medidas para que retiren sus depósitos.

A demás de las consideraciones expuestas, la crítica general que puede merecer el fallo citado es que en él no se encuentra real límite alguno a estos poderes sino más bien se observa que se ha realizado una argumentación que los favorece. En este sentido la situación de grave riesgo social es una invitación a continuar con legislación de esa naturaleza.

Los argumentos prácticos que se exponen son el elemento sorpresa, ya que si los ahorristas se hubieran enterado, hubieran retirado sus depósitos y se hubiera producido un descalabro en el sistema bancario si el Tesoro se hubiere visto privado de ese dinero. Se expresan ideas lesivas al Poder Legislativo cuando se dice que este no podría haber tomado medidas eficaces, que es un cuerpo con integrantes con intereses diversos, etc. Además, debe el Poder Ejecutivo solo podría haber tomado medidas provisionales hasta que el Congreso se pronuncie, por eso se ha dicho que: “la Corte debería haber obligado al Congreso a pronunciarse en un plazo perentorio”¹³².

Respecto del control de razonabilidad, como lo interpreta la Corte no ofrece mayores garantías. Solo basta con buscar un fin elevado, la subsistencia de la Nación y minimizar el medio empleado para considerarlo razonable. Debería haberse acreditado con precisión de qué manera la medida dispuesta está ordenada al fin citado. Como se cumple con esa finalidad y debería haberse probado que ese medio y no otro que limitara menos los derechos constitucionales era el que resultaba adecuado. El fallo reproduce los fines del decreto sin examinar cuáles han sido los fines reales, la legitimidad de los mismos, y se debió establecer el nexo entre los fines y el medio elegido. La Corte no profundiza el estudio del decreto, dice que el es necesario para la preservación del Estado mismo pero no dice por qué es así. Además el examen de razonabilidad debe ser mucho más profundo cuando el Estado anula un contrato en el cuál es él una de las partes, dado que es muy probable que la administración esté actuando más por propio interés que en defensa de los verdaderos intereses públicos. Por ejemplo en materia tributaria la Corte ha considerado como confiscatorios los impuestos que

¹³² BIANCHI, Alberto B. “La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica”. LL-1991-C-141 y ss..

absorben más del 33% de la renta, procediendo a investigar si en cada caso concreto resultaban o no sobrepasado este porcentaje¹³³, sin embargo en este caso no se detiene a analizar el porcentaje del perjuicio realmente sufrido por los depositantes si necesitan vender los bonos al tiempo de la sentencia, que ciertamente fue mayor al 33%. En este sentido se ha dicho que debería haberse indemnizado de alguna manera a los sujetos perjudicados por las medidas de emergencia conforme con el art. 17 de la C.N.¹³⁴, porque se trata de una expropiación disfrazada sin previa indemnización. Se ha considerado respecto de este requisito que para determinar la razonabilidad de una medida o la necesidad de ella, será necesario en el fondo determinar cuáles son las políticas a adoptar frente a las alternativas que existen. Es decir que las medidas de ajuste y sacrificio deberían ser aquellas que resultaran menos gravosas para la población en su conjunto, por lo tanto requeriría un análisis más que jurídico de política económica, respecto de las posibilidades viables¹³⁵. No obstante la Corte no llega a hacer un análisis profundo del tema escudado en que lo que hace a la política económica escapa al control judicial y es discrecional del poder político, entonces el control de razonabilidad se convierte en algo puramente formal.

Por ello en última instancia sería importante que si la Corte considera que no puede hacer un análisis político económico, por lo menos fije un plazo para que el Congreso se expida, y por lo tanto sea este poder el que controle al Poder Ejecutivo.

El Poder Ejecutivo a partir del fallo Peralta, sabe que puede legislar libremente y a discreción, sin concurrir al Congreso. Sabe que mientras que sostenga que hay una emergencia nadie discutirá su criterio, ni siquiera las garantías constitucionales le pueden ser opuestas como vallas a su accionar. Esto produce una profunda erosión de la confianza social en sus instituciones y en la solidez de los derechos constitucionales de los ciudadanos. No se niega la necesidad de que a veces se acuda a normas de emergencia que limiten en cierta manera el derecho de propiedad que no es absoluto, como ningún derecho lo es. Pero se podrían haber encontrado soluciones intermedias que no significasen que el Estado fuera inmediatamente ejecutable por cientos de millones de dólares. Por ejemplo, podríamos haber establecido que el plazo de diez años para la devolución de los plazos fijos es irrazonable¹³⁶, ordenando la devolución en un plazo menor. Pero dejando en claro que el Ejecutivo se encuentra controlado y no tienen absoluta impunidad para desembarazarse de sus deudas a plazos ínfimos. Se podría haber obligado al Congreso a que se expida en definitiva en un plazo fijado, pero no consagrar el principio de que el Ejecutivo puede dictar normas con fuerza de ley sin limitaciones. Tampoco se analizan en el fallo comentado los efectos de la inseguridad jurídica que ocasiona el éxodo de ahorros nacionales y de capitales extranjeros, con las graves secuelas de desocupación, pobreza y creciente marginalidad social que ello implica. Como se ha dicho: “menor seguridad jurídica, significa de una manera directa, menor salud, menor educación,

¹³³ Fallos 190-164, 192-139, 199-321, citado por García Belsunce y Kaufman, Gustavo Ariel, ob. cit., p. 3

¹³⁴ KAUFMAN, Gustavo Ariel, ob. cit., p. 3

¹³⁵ FRAIDENRAIJ, Susana, ob. cit. p.2.

¹³⁶ KAUFMAN, ob. cit. p.5. “En el fallo no se cuestiona el plazo de diez años. Es innegable que la existencia de una gran masa de dinero a plazo fijo que se renovaba cada siete días ponía a todo el sistema financiero en vilo”. Pero se ha dicho que: “ese problema podría haberse enfrentado a través de feriados cambiarios o reprogramación de deudas que se extiendan por no más de un par de meses”.

menor nutrición infantil, menores expectativas de vida para la población”¹³⁷. No se advierte que existan otros fines del gobierno tal vez más importantes que se vean afectados. Debe tenerse en cuenta que muchas veces es justamente la violación de la Constitución la que da origen a la inestabilidad económica, y no la inestabilidad económica la que autoriza la violación de la Constitución.

La verdadera necesidad parece haber consistido en que el Estado quebrado por una mala administración, no estaba en condiciones de devolver sus deudas a la Banca Privada, y por lo tanto la Banca Privada no podía devolver el dinero a los particulares sin ejecutar al Estado que era el principal deudor. Por otro lado los Bancos Estatales no estaban en condiciones de devolver los depósitos a los particulares, ya que se encontraban quebrados al igual que el Estado por la mala administración de los políticos de turno. Acerca de si un argumento semejante podría ser un justificativo válido para legitimar la medida, existe un precedente de la Corte Suprema de los E.E.U.U., McKesson Corp. vs. División of Alcoholic Beverages y Tobacco”¹³⁸, en el que se estableció con criterio realista que el interés del Estado en la estabilidad financiera no debe servir de excusa para no pagar lo que se debe. Ya Hans Kelsen decía que “tras la ingenua afirmación de que el Estado tiene que vivir, suele ocultarse generalmente la voluntad desbordada de que el Estado viva de la forma que estimen justa aquellos que se aprovechan para sus fines particulares del estado de necesidad política”¹³⁹.

Fallo Smtih:

“Banco de Galicia y Buenos Aires s/ solicita intervención en autos: “Smith, Carlos Antonio c/ Poder Ejecutivo Nacional o Estado Nacional s/ sumarísimo”¹⁴⁰.

En este fallo dictado 12 años después con una composición de la Corte Menemista, mientras que la conformación de la Corte en el fallo Peralta anteriormente comentado era eminentemente radical¹⁴¹, el Banco de Galicia y Buenos Aires S.A., solicita la avocación *per saltum* de V.E. para que, en ejercicio de la atribución que le otorga el art. 24, inc. 7º del decreto-

¹³⁷ KAUFMAN, Gustavo Ariel, “Constitucionalidad del avasallamiento consumado. El caso “Peralta””. E.D. N° 7825, Viernes 20 de diciembre de 1991, p. 2

¹³⁸ citado por Kaufman, ob. cit. p.4.

¹³⁹ Fallo citado por Fraidenraij, Susana, “La protección de los derechos económicos y sociales en situaciones de emergencia”, E.D., rev. 7912 del 16 de enero de 1.992, p.1.

¹⁴⁰ LL-2.002-A-770. LL 2002-C-148, sup. Febrero 2.002, p. 39, D.J. 2.002-1297.

¹⁴¹ Ver al respecto PELLET, LASTRA, Arturo, “Historia política de la Corte (1.930-1.990)”, págs. 406 y ss. Donde se explica como Alfonsín integró la Corte por tres allegados. Y Menen logrando el aumento del número de jueces de este cuerpo, contó con cinco jueces oficialistas. No obstante según las comparaciones hechas por dicho autor, la Corte de Alfonsín dictó menos fallos a favor del gobierno que la de Menen. Este autor también cuenta como a partir del 30 de abril de 1.947 día en que el Senado por primera y única vez destituyó a tres de los cuatro integrantes del más alto tribunal y al Procurado General de la Nación y luego juraron cuatro nuevos jueces adictos al gobierno peronista, el tribunal se deja de renovar en forma natural (es decir por muerte, jubilación o renuncia). O sea que el quiebre se tradujo en que a partir de ese momento la Corte Suprema dejó de ser una institución sin solución de continuidad e integrada a veces por opositores y comenzó a ser un cuerpo de jueces que salvo en cortos períodos habría de ser relevado en forma parcial mayoritaria o integral con cada gobierno. Como ha vuelto a ocurrir con el gobierno actual.i

ley 1285/58, se deje sin efecto la medida cautelar dispuesta por el juez federal *ad hoc* de Corrientes, que ordenó restituir íntegra e inmediatamente los fondos depositados por Carlos Antonio Smith en dicha entidad bancaria. Decisión que fue confirmada por la Cámara de Apelaciones.

En este caso el actor, Smith, había solicitado la devolución de los fondos con fundamento en la inconstitucionalidad del decreto 1570/01¹⁴². Por lo tanto la Suprema Corte centró su decisión en si la restricción impuesta por el decreto originariamente cuestionado, ratificado tácitamente por ley 25.561 de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario, con los alcances definidos por la resolución 23/2002 del Ministerio de Economía, resulta o no un ejercicio razonable de las facultades del Estado frente a la situación de grave crisis global económica y financiera.

La Corte sin dejar de citar la tradicional doctrina de ese Tribunal que había especialmente quedado sentada en el caso Peralta¹⁴³; dijo que ello no obsta a que se despliegue con todo vigor el ejercicio del control constitucional de la razonabilidad de las leyes y de los actos administrativos¹⁴⁴ y que cuando la irrazonabilidad se constate corresponda declarar su inconstitucionalidad, aunque exista una crisis económica como la que se admite en dicha causa. La nueva Corte se avocó a analizar si la norma cuestionada era razonable, sin dejar de reconocer la constitucionalidad de poder de policía de emergencia siempre con ciertas limitaciones.

Se citaron también todos los requisitos que se tuvieron en cuenta en el fallo Peralta pero el Tribunal se detuvo en la falta de razonabilidad y la alteración de la sustancia del derecho adquirido.

Respecto de la razonabilidad, esa Corte a diferencia de dicho Tribunal en su anterior composición, se detuvo a analizar dicho requisito. Advirtió que en un breve período, existió una profusión de normas sobre el tema que, en algunos casos, más que propender a la fijación de pautas claras sobre la disponibilidad de las sumas depositadas en instituciones bancarias y financieras por los particulares ha generado un inédito y prolongado estado de incertidumbre.

Las limitaciones fijadas por las sucesivas normas ya aludidas, mostraban un ejercicio carente de razonabilidad, las restricciones implicaban una violación a los arts. 17, 18 y 28 de la Constitución Nacional y las previsiones del art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, en tanto desconocían el derecho de las personas a disponer libremente y en su totalidad de su patrimonio.

Se adujo que las nuevas normas causan perjuicios patrimoniales que no encuentran un justo paliativo (Fallos: 316: 1551; 318:1531 y sus citas y 1749, entre otros). Y se sostuvo que cuando bajo la vigencia de una norma el particular ha cumplido todos los actos y

¹⁴² Dicho decreto, en su art. 2º, inc. a, prohibió "los retiros en efectivo que superen los pesos doscientos cincuenta (\$ 250) o dólares estadounidenses doscientos cincuenta (u\$s 250), por semana, por parte del titular, o de los titulares que actúen en forma conjunta o indistinta, del total de sus cuentas en cada entidad financiera".

¹⁴³ Fallos: 98:20; 147:403; 150:89; 160:247; 238:60; 247:121; 251:21; 275:218; 295:814; 301:341; 302:457; 303:1029; 308:2246; 321:1252, entre muchos otros, citado en el fallo comentado.

¹⁴⁴ Fallos: 112:63; 150:89; 181:264; 261:409; 264:416; 318:445, Fallos: 171:348; 199:483; 247:121; 312:826), (Fallos: 292:456; 305:102; 306:126 y 400, citado en el fallo comentado.

condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en ella para ser titular de un determinado derecho, debe considerarse que hay derecho adquirido, porque la situación jurídica general creada por esa normativa se transforma en una situación jurídica concreta e individual en cabeza del sujeto que, como tal, se hace inalterable y no puede ser suprimida por ley posterior sin agravio del derecho de propiedad consagrado por el art. 17 de la Constitución Nacional¹⁴⁵. En el caso especialmente se violaba un derecho adquirido y reforzado por la ley de 25.466 de intangibilidad de los depósitos, a diferencia del caso Peralta donde no había existido una norma que estableciera la intangibilidad de éstos. Además dicha norma había sido recientemente dictada con carácter de orden público, consagrando la intangibilidad de los depósitos, definiendo tal intangibilidad como la imposibilidad por parte del Estado de alterar las condiciones pactadas entre los depositantes y la entidad financiera, así como la prohibición de canjearlos por diferentes activos del Estado Nacional, de prorrogar su pago, o de reestructurar su vencimiento (arts. 1º a 4º). Se resaltó que en este caso a diferencia del fallo Peralta, no existió un engaño tan fragante a la gente mediante una ley que para captar los depósitos prometió que el Estado no iba a actuar como acto seguido obró.

Además se apreció que el conjunto de las medidas adoptadas, impedían disponer no solo de los ahorros e inversiones sino que la generalidad de las personas físicas y jurídicas veían cercenadas también la libre disponibilidad a la extracción íntegra de los importes correspondientes a remuneraciones y jubilaciones. Todo ello sumado a la modificación del régimen cambiario, que hizo que la gente se empobreciera más, a la expectativa de inflación sin ajuste de sueldos, provocó un generalizado menoscabo en la situación patrimonial del conjunto social. Frente a tan singular situación, la restricción imperante en relación con los depósitos bancarios adolece de irrazonabilidad toda vez que no se advierte la proporcionalidad entre el medio elegido y el fin propuesto con su implementación para conjurar la crisis, ya que no significa una simple limitación a la propiedad sino que, agregada al resto de las medidas adoptadas, coadyuva a su privación y aniquilamiento.

Por otro lado la Corte no analiza la falta de temporalidad de las normas citadas, pero la doctrina toma muy en cuenta este requisito para apreciar a éstas como inconstitucionales, a pesar de que la Corte solo analizó la falta de razonabilidad de las normativas impugnadas. Al respecto se ha dicho que la ley 1.570 es inconstitucional especialmente porque al extenderse el plazo a diez años provoca una confiscación a diferencia de las normativas dictadas el 28/12/01, ya que el corralito era temporal.

Fallo Cabrera:

Luego del fallo comentado la Corte resolvió otro caso de trascendencia con posterioridad al fallo: “San Luis c/ Poder Ejecutivo Nacional”¹⁴⁶, que no se comenta porque se mantuvo en éste el criterio del fallo Smith, este caso se caratula: “Cabrera, Jerónimo Rafael y otro c. Poder Ejecutivo Nacional”¹⁴⁷.

En este fallo, la Corte a diferencia del caso Smith y San Luis, confirmó el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal Sala II, que revocó

¹⁴⁵ Confr., Fallos: 314:1477; 316:2090 y 317:1462, y fallos: 319:1915; 320: 31, 1796 y 2157, (citados por la Corte en el caso comentado).

¹⁴⁶ Ver LL-2.003-B-537.

¹⁴⁷ Autos 107.791 CS, 2004/07/13 publicado en LL T. 2004-D-1007.

la sentencia de primera instancia, y en consecuencia rechazó la acción de amparo, mediante la cual los actores plantearon la inconstitucionalidad de los decretos 1570/2001 y 214/2002, de la ley 25.561 y de otras normas dictadas en consecuencia de aquellas, así como la restitución del depósito en la misma moneda de origen y la diferencia de valor de los fondos pesificados extraídos. En el caso a diferencia de los anteriores, el Sr. Cabrera había firmado un recibo en el que éste expresaba su conformidad a la indicada cantidad de dólares estadounidenses en concepto de cancelación de un plazo fijo por reprogramación, los cuales son pesificados a cotización oficial (1,40) y depositados en cuenta de pesos.

La Corte consideró que al tratarse de derechos patrimoniales de los cuales su titular puede disponer e incluso renunciarlos expresa o tácitamente, si aceptó el pago de su depósito a la paridad establecida, sin efectuar reserva alguna no puede sustraerse de las consecuencias de dicho acto. Por lo tanto el más alto tribunal entendió que la acción de amparo entablada violentaba la doctrina de los actos propios en ese caso planteado. Y que por ello el sometimiento voluntario a cierto régimen normativo impedía su ulterior impugnación constitucional

Y explicó que se fallaba de forma diferente al caso Smith y a la causa “San Luis, Provincia de c. Estado Nacional s/ acción de amparo”, sentencia del 5 de marzo de 2.003 que seguía el antecedente del fallo Smith comentado; porque los hechos analizados eran diversos. Ya que mientras en dichos fallos la acción tenía por finalidad que se ordenara judicialmente, la restitución de las sumas de su propiedad, en la moneda de origen y sin restricción alguna en cuanto a su disponibilidad. En el caso se pretendía el cobro de la diferencia entre lo cobrado según la normativa del art. 2 del decreto 214 /2002 y la vigente al dólar libre, olvidando que la relación jurídica originalmente pactada había sufrido una novación, producto de su propio accionar y que esta nueva relación jurídica resultó cancelada mediante el pago aceptado con efecto liberatorio.

El fallo citado ha sido criticado duramente por la doctrina¹⁴⁸ porque la conducta anterior no es obstáculo para que el sujeto plantee la nulidad instituida por ley para protegerlo de aprovechamientos injustos en salvaguardia de su situación de inferioridad o incapacidad.

Así Domínguez¹⁴⁹ considera que la Constitución no es un mero contrato privado disponible por las partes sin ninguna clase de fuerza normativa o carácter expansivo y que esta resolución rompe intempestivamente con la lógica de la Corte Suprema en los casos Smith y los fallos dictados conforme al mismo. En que la mayoría sostuvo la inconstitucionalidad de las normas pesificadoras. En definitiva se resalta la injusticia de que las personas que creen en el país son tratadas como personas de segunda, mientras que se privilegia a las personas que depositaron en el extranjero o compraron deuda pública argentina. En el mismo sentido se pronuncia Manili¹⁵⁰ que considera que la Constitución Nacional es de orden público y no admite acuerdo en contrario. Además entiende este autor que quienes retiraron sus ahorros no lo hicieron ni libre, ni voluntariamente, sino movidos por la desesperación de sufrir un perjuicio mayor, era un estado de necesidad notorio que debe presumirse.

¹⁴⁸ Ver al respecto: FERNANDEZ, Luis F. P., “La doctrina sobre los actos propios y la pesificación”, LL-2004-D-1007.

¹⁴⁹ DOMINGUEZ, Andrés, Gil, “Otro ladrillo en la pared, otro golpe a la constitución”, LL- 2004-D-1013.

¹⁵⁰ MANILI, Pablo, Luis, “La Constitución Nacional es de orden público y no admite acuerdo en contrario”, LL, 2004-D-1015.

También se ha dicho que a lo largo de la historia la Corte en base a los estados de emergencia ha justificado la quita de intereses, o la extensión del plazo pero nunca convalidó la quita de capital (salvo en el Fallo Peralta en el que si los ahorristas pretendían rescatar sus bonos sufrían una pérdida parcial de capital).

Fallo Bustos:

Por último en el caso “Bustos, Alberto Roque y otros c. E.N. y otros”¹⁵¹: la Corte con una nueva composición oficialista y no menemista como la anterior, deniega la acción de amparo.

Se entendió que la acción de amparo debía ser rechazada, en tanto no se demostró que el reintegro a \$1,40 por dólar más el Coeficiente de Estabilización de Referencia no alcanzaba a cubrir el mismo poder adquisitivo del dinero depositado. Además se adujo si lo que los actores pretenden son dólares, por dos veces el Estado ofreció bonos por el monto originario del depósito que al ser comercializables en bolsa permiten en un plazo más reducido convertirlos en moneda constante, con un descuento que después de un tiempo difícilmente afecte el poder adquisitivo que aquellos tenían en su momento.

No obstante debe tenerse en cuenta que no existe simetría conceptual entre el corralón y la deuda soberana, para que se obligue a los particulares a aceptar bonos en vez de dólares. No existe identidad de sujetos (el sujeto pasivo en el caso de los bonos es un Estado quebrado, no bancos rebosantes de liquidez), ni de objeto (no es lo mismo dólares reales depositados que títulos públicos, en donde existe una diferencia entre el valor real y el nominal).

Además, la Corte en su nueva composición adujo que en tanto no se trate de moneda extranjera que estuviese específicamente destinada al cumplimiento de obligaciones en el exterior, la pesificación se presenta como razonable mientras el importe que se devuelva tenga el mismo o mayor poder adquisitivo que tenía el depósito originario, ya que ello no causa perjuicio alguno al acreedor. La pesificación resulta una medida razonable frente a una situación de fuerza mayor. El estado por el hecho del príncipe solo responderá del perjuicio ocasionado por las medidas en el caso de demostrarse la real existencia de un perjuicio.

Que si se devolviera a los depositantes los dólares depositados, se crearía una clase privilegiada que además se habría beneficiado durante un tiempo con los intereses en dólares a una tasa inconcebible si se la compara con las extranjeras. Pero, no se tiene en cuenta que la verdadera clase privilegiada fueron los bancos que cobraron por los créditos en dólares tasas exorbitantes y mucho mayores a la que abonaban los ahorristas por sus depósitos en esta moneda, mientras que los dueños de estos establecimientos tenían un poder adquisitivo considerablemente mayor a los ahorristas argentinos. Además falazmente se resaltó que al estar todos los sectores de la sociedad soportando los necesarios sacrificios que requiere la crisis, los ahorristas no podían quedar al margen de eso. Razonamiento totalmente falso porque no es cierto que todos los argentinos hayan soportado la crisis, debe tenerse en cuenta que muchos argentinos y especialmente la clase alta, no la media, se han enriquecido con estas medidas porque han devuelto sus deudas originalmente en dólares en pesos y han mantenido sus ahorros en la moneda de origen porque las tenían en bancos extranjeros o en cajas de seguridad y luego han realizado grandes negocios aprovechándose de la devaluación realizada por decreto por el Estado.

¹⁵¹ CS, 2004/10/26, Bustos, Alberto Roque y otros c. E.N. y otros, LL 2005-A-127.

Además la Corte consideró que en el caso no se probó que se hubiera efectuado el depósito en dólares efectivamente ganados como tales, lo que deja abierta la posibilidad que se los haya comprado a un precio vil que mantenía el Estado. Y tampoco probó que los mismos estuviesen afectados a operaciones comerciales o financieras con el exterior que necesariamente deberían afrontarse en esa moneda.

Se señaló también que si bien las primeras medidas adoptadas en el inicio de la grave crisis del sistema financiero que se desencadenó a fines del 2001 pueden ser pasibles de reproche jurídico por el grado de afectación de los derechos individuales, el Estado adoptó paulatinamente mecanismos que permitieron destrabar una crisis de inusitadas proporciones, por lo que no es ilegítima la regulación emanada de dicho plexo normativo. Se argumentó que el reclamo evidencia una posición individualista por sobre un interés general.

Sin embargo el Dr. Zaffaroni en su voto, consideró que la declaración de constitucionalidad de las leyes y decretos y de toda la legislación de emergencia, no debía resultar aplicable a aquellos supuestos de montos percibidos por el titular de depósito o certificado con motivo de medidas cautelares dispuestas por los jueces. Que los efectos de la constitucionalidad no puede hacerse efectiva para los casos de situaciones que pusieran en peligro la vida, la salud e integridad física de las personas o bien por tratarse de personas de más de 75 años, que han sido contemplados como supuestos de excepción al régimen general por la normativa en crisis. Mientras que el Dr. Fayt en disidencia, consideró que el decreto 214 es inconstitucional porque excede la delegación del Congreso, pues solo se autorizó a fijar el tipo de cambio y preservar el capital de los ahorristas. Que la normativa es confiscatoria y mutó la esencia del derecho de propiedad. No obstante consideró que no mediando razones humanitarias donde los jueces podrían ordenar el cumplimiento íntegro de la obligación, éstos deberán considerar las situaciones particulares y ordenar el reintegro de dichos depósitos en su moneda de origen acreditándose mensualmente un porcentaje en sus cuentas.

En el caso, la Corte desestima la pretensión de un grupo de ahorristas para que los Bancos con quienes aquellos celebraron contratos de depósito en dólares les devolvieran esa moneda o su equivalente. El fallo fue dictado por la Corte compuesta por los nuevos miembros designados por el presidente actual, pero no existiendo un criterio unánime entre los miembros de la misma, además debe tenerse en cuenta que los ministros que hicieron mayoría para sentenciar, reputan inidóneo la vía procesal elegida (es que decir que desestimaron el amparo por cuestiones formales), mientras que otros dos no adhieren a ese temperamento; pero a la vez Zaffaroni se muestra partidario de admitir excepciones y de que los bancos devuelvan la suma hasta U\$S 70.000 y a la vez que Fayt registra la única disidencia como se dijo.

Debe advertirse que el Supremo Tribunal parece exigir al depositante que pruebe que compró los dólares a un precio mayor al establecido en tiempos de convertibilidad, lo que es imposible. Es decir que el particular debería probar que actuó ilícitamente porque por ley 23.928 el Banco Central de la República dictó una normativa que prohibió a los bancos vender el dólar por encima del \$1. La Corte debe generar previsibilidad y no quedar librado al capricho de las circunstancias. Se habla de que la propiedad de dólares era una falacia, pero falacia significa fraude, si hubo un fraude o alguien actuó falazmente fue el gobierno, para con la gente. Pero por esa mentira que proviene del poder no puede extraerse la conclusión de que a los timados se los llame a soportar la mentira.

La clase privilegiada ¿no fueron los bancos, por las ganancias obtenidas al amparo de la legislación vigente y las compensaciones que el Estado brindó? Debe observarse que en estos fallos el quehacer de estas empresas en el país no mereció un solo tipo de reproches. La Corte no se pronuncia sobre los derechos adquiridos, a diferencia del fallo Smith donde se consideró que se habían afectado los derechos adquiridos a la luz de la ley de intangibilidad y por eso la normativa era inconstitucional. Esto puede llevarnos a deducir que no se encuentra argumento alguno para dar respuesta contraria a la noción de los derechos adquiridos.

En cuanto a la invocación de la jurisprudencia de los Estados Unidos, se realiza un trasplante amputando las modalidades con que en aquel País funciona el llamado poder de policía. Porque en dicho País los actos de poder de policía están sometidos a un cuidadoso control judicial, debiéndose acreditar que: el acto tienda a promover un objetivo constitucional realmente válido, y que la restricción sea necesaria para alcanzar dicho objetivo, es decir que no existe otra alternativa menos restrictiva o perjudicial a los derechos para obtener aquel. La diferencia es que en nuestro país el control casi no existe. No hay prueba de que los bancos se hubieran quebrado y el sistema financiero hubiera desaparecido en la Argentina, si en vez de esas medidas se hubieran tomado otras menos gravosas. Se ha dicho con razón que “el discurso de la Corte en este fallo es atemporal y no responde al momento que atravesamos donde los fantasmas de la crisis han desaparecido”¹⁵². Debe tenerse en cuenta que cuando se resuelve el fallo comentado ya la crisis había sido casi superada, a pesar de que los Bancos habían sido obligados a devolver los depósitos en la moneda de origen a partir del fallo Smith, por lo que la argumentación de que la imposición de esta obligación quebraría el sistema financiero poniendo en peligro la subsistencia del Estado, ya había dejado de ser creíble porque los hechos habían demostrado lo contrario.

Respecto de la razonabilidad, como lo abarca la Corte no ofrece mayores garantías. Solo basta con buscar un fin elevado, la subsistencia de la Nación y minimizar el medio empleado para considerarlo razonable. Debería haberse acreditado con precisión de qué manera la medida dispuesta está ordenada al fin citado. Como se cumple con esa finalidad y debe probarse que ese medio y no otro era el que resultaba adecuado. El fallo reproduce los fines del decreto sin examinar cuáles han sido los fines reales, la legitimidad de los mismos, y debe establecerse el nexo entre los fines y el medio elegido. La Corte no profundiza el estudio del decreto, dice que él es necesario para la preservación del Estado mismo, pero no dice por qué es así. Además el examen de razonabilidad debe ser mucho más profundo cuando el Estado anula un contrato en el cuál es él una de las partes, dado que es muy probable que la administración esté actuando más por propio interés que en defensa de los verdaderos intereses públicos. Por ejemplo en materia tributaria la Corte había considerado como confiscatorios los impuestos que absorben más del 33% de la renta, procediendo a investigar si en cada caso concreto resultaba o no sobrepasado este porcentaje¹⁵³, sin embargo en este caso no se detiene a analizar el porcentaje del perjuicio realmente sufrido por los depositantes si necesitan vender los bonos al tiempo de la sentencia, que ciertamente fue mayor al 33%. En este sentido se ha dicho que debería haberse indemnizado de alguna manera a los sujetos perjudicados por las medidas de emergencia con forme con el art. 17 de la C.N.¹⁵⁴ Se ha dicho

¹⁵² MIDON, Mario, A. “La regresión no alcanza a los derechos adquiridos que gozan de buena salud”, LL, 2005-A-127.

¹⁵³ Fallos 190-164, 192-139, 199-321, citado por García Belsunce y Kaufman, Gustavo Ariel, ob. cit., p. 3

¹⁵⁴ KAUFMAN, Gustavo Ariel, ob. cit., p. 3

respecto de este requisito que para determinar la razonabilidad de una medida o la necesidad de ella, será necesario en el fondo determinar cuáles son las políticas a adoptar frente a las alternativas que existen. Es decir que las medidas de ajuste y sacrificio deberían ser aquellas que resultaran menos gravosas para la población en su conjunto, por lo tanto requeriría un análisis más que jurídico de política económica, respecto de las posibilidades viables¹⁵⁵. No obstante la Corte no llega a hacer un análisis profundo del tema escudado en que lo que hace a la política económica escapa al control judicial y es discrecional del poder político, entonces el control de razonabilidad se convierte en algo puramente formal. Por ello en última instancia sería importante que si la Corte se considera que no puede hacer un análisis político económico, por lo menos fije un plazo para que el Congreso se expida, y por lo tanto sea este poder el que controle al Poder Ejecutivo.

El Poder Ejecutivo a partir del fallo Peralta, sabe que puede legislar libremente y a discreción, sin concurrir al Congreso. Sabe que mientras que sostenga que hay una emergencia nadie discutirá su criterio, ni siquiera las garantías constitucionales le pueden ser opuestas como vallas a su accionar. Esto produce una más profunda erosión de la confianza social en sus instituciones y en la solidez de los derechos constitucionales de los ciudadanos. Se podrían haber encontrado soluciones intermedias que no significasen que el Estado fuera inmediatamente ejecutable por cientos de millones de dólares. Por ejemplo, se podría haber establecido que el plazo de diez años para la devolución de los plazos fijos es irrazonable, ordenando la devolución en un plazo menor. Pero dejando en claro que el Ejecutivo se encuentra controlado y no tienen absoluta impunidad para desembarazarse de sus deudas a plazos ínfimos. Se podría haber obligado al Congreso a que se expida en definitiva en un plazo fijado, pero no consagrar el principio de que el Ejecutivo puede dictar normas con fuerza de ley sin limitaciones.

En el fallo no se cuestiona el plazo de diez años. Es innegable que la existencia de una gran masa de dinero a plazo fijo que se renovaba cada siete días ponía a todo el sistema financiero en vilo. Pero se ha dicho que ese problema podría haberse enfrentado a través de feriados cambiarios o reprogramación de deudas que se extiendan por no más de un par de meses¹⁵⁶. Tampoco se analizan en el fallo comentado los efectos de la inseguridad jurídica que ocasiona el éxodo de ahorros nacionales y de capitales extranjeros, con las graves secuelas de desocupación, pobreza y creciente marginalidad social que ello implica. Menor seguridad jurídica, significa de una manera directa, menor salud, menor educación, menor nutrición infantil, menores expectativas de vida para la población¹⁵⁷. No se advierte que existen otros fines del gobierno tal vez más importantes que se ven afectados. Es justamente la violación de la Constitución la que da origen a la inestabilidad económica, y no la inestabilidad económica la que autoriza la violación de la Constitución.

La verdadera necesidad parece haber consistido en que el Estado no estaba en condiciones de devolver los depósitos en un plazo menor a diez años¹⁵⁸, y por lo tanto la banca ejerció el

¹⁵⁵ FRAIDENRAIJ, Susana, ob. cit. p.2.

¹⁵⁶ KAUFMAN, ob. cit. p.5.

¹⁵⁷ KAUFMAN, Gustavo Ariel, Constitucionalidad del avasallamiento consumado. El caso "Peralta". E.D. N° 7825, Viernes 20 de diciembre de 1991, p. 2

¹⁵⁸ Acerca de si un argumento semejante podría ser un justificativo válido para legitimar la medida, existe un precedente de la Corte Suprema de los E.E.U.U., McKesson Corp. Vs. División of Alcoholic Beverages y Tobacco" citado por Kaufman, ob. cit. p.4. En el que se estableció que el interés del estado en la estabilidad

poder que tiene en virtud de ser propietaria de activos líquidos y acreedora del Estado incumplidor. Parece haberse cumplido una vez más, las palabras de David Joslin, cuando expresa que “cada éxito –de la banca extranjera- parece haberse construido sobre la miseria de los “hombre comunes”, los mismos “hombre comunes”, que la banca pretende servir¹⁵⁹”.

I.A.2). **Apreciaciones sobre emergencia económica y poder de policía:**

Los fallos comentados se relacionan con el poder de policía, que es el poder que tiene el Estado de reglamentar los derechos constitucionales, en este caso el derecho de propiedad, estableciendo justas limitaciones que no alteren su sustancia.

La emergencia se relaciona con la necesidad y urgencia. Necesidad significa, un estado en que falta algo indispensable, vital, imprescindible. Urgencia supone una situación perentoria e inminente, capaz de provocar en sí misma una actuación indispensable, que apremia imperativamente y exija su cobertura normativa sin admitir espera, el mal que se desea evitar de ser inminente. Si existe solo necesidad no existe emergencia, si existe solo urgencia tampoco, es necesario que ambas se conjuguen para exista un estado de emergencia.

Como se advierte de los fallos citados, la Corte ha admitido la constitucionalidad del poder de policía de emergencia, es decir de la facultad del Estado de dictar normas que limiten los derechos constitucionales de un modo excepcional cuando exista un estado de emergencia.

La Corte ha subrayado, en reiteradas oportunidades que, el fundamento de las normas de emergencia es la necesidad de poner fin o remediar situaciones de gravedad que obligan a intervenir en el orden patrimonial, como una forma de hacer posible el cumplimiento de las obligaciones, a la vez que, atenuar su gravitación negativa sobre el orden económico e institucional y la sociedad en su conjunto (Fallos: 136:161; 313:1513 y 317: 1462). El Tribunal ha reconocido la constitucionalidad de las leyes que suspenden temporaria y razonablemente los efectos de los contratos como los de las sentencias firmes, siempre que no se altere la sustancia de unos y otras (Fallos: 243:467), a fin de proteger el interés público en presencia de desastres o graves perturbaciones de carácter físico, económico o de otra índole (Fallos: 238:76). En estos casos, el gobierno está facultado para sancionar las leyes que considere convenientes, con el límite de que tal legislación sea razonable, y no desconozca las garantías o las restricciones que impone la Constitución. No debe darse a las limitaciones constitucionales una extensión que trabe el ejercicio eficaz de los poderes del Estado (Fallos: 171:79) toda vez que acontecimientos extraordinarios justifican remedios extraordinarios (Fallos: 238:76).

Pero no obstante reconocer el poder de policía de emergencia también ha admitido la existencia de límites a dichos poderes. Así se ha dicho que: “la restricción que

financiera no debe servir de excusa para no pagar lo que se debe. Ya Hans Kelsen decía que tras la ingenua afirmación de que el Estado tiene que vivir, suele ocultarse generalmente la voluntad desbordada de que el Estado viva de la forma que estimen justa aquellos que se aprovechan para sus fines particulares del estado de necesidad política” citado por Fraidenraij, Susana, La protección de los derechos económicos y sociales en situaciones de emergencia, E.D., rev. 7912 del 16 de enero de 1.992, p.1.
¹⁵⁹ JOSLIN, David y ots. “El poder de los bancos extranjeros”. Ed. Procesos, Bs. As., 1.972, p. 195. Estos autores cuentan la historia de la banca británica en América Latina y de la Banca Norteamérica como medio de imperialismo, y como la banca extranjera ha terminado condenando a la perpetua pobreza a ciertos sectores de la población latinoamericana.

impone el Estado al ejercicio normal de los derechos patrimoniales debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación en la sustancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato (imposibilidad de alterar en su significación económica el derecho de los particulares) y estar sometida al control jurisdiccional de constitucionalidad, toda vez que la emergencia, a diferencia del estado de sitio, no suspende las garantías constitucionales (confr. Fallos: 243: 467; 323:1566)”.

Las dificultades frente a los poderes de emergencia no existen cuando estos aparecen por hechos naturales extraordinarios o imprevisibles o por un acontecimiento humano verdaderamente imprevisible o ajeno a la responsabilidad de los gobernantes. Sería inobjetable que frente a un caso de invasión del país se emitiera un reglamento de esas características. El problema se hace presente cuando la emergencia es creada por la negligencia o impericia de los propios gobernantes, que conducen al país a una situación de caos económico y luego ellos mismos o sus sucesores deben recurrir a una reglamentación de emergencia para poner remedio a una economía dislocada. La espina psicológicamente irritativa es la culpa del gobernante. Ante los ojos de muchos expertos las situaciones de emergencia argentinas eran previsible y pudieron haberse evitado. ¿Es lícito en estos casos que la falta de previsión en el obrar desemboque en la drástica reducción los derechos individuales por decreto? Como dice Bianchi el debate no debe centrarse en la antítesis de prohibición absoluta vs. permisión absoluta de las normas de emergencia, sino en fijar las pautas mínimas y el procedimiento a seguir para el empleo de aquellos como se ha hecho en el derecho constitucional europeo, como indispensable para la seguridad jurídica¹⁶⁰. Alberdi a este respecto ya nos advertía que: “Las crisis económicas por que pasan los países sud-americanos no tienen otra causa ni origen que la dirección que ha traído hasta aquí el movimiento político formado por el movimiento de ideas equivocadas en los hombres de Estado”¹⁶¹. Por lo tanto los gobiernos que fueron los causantes de la crisis podrán utilizar estas facultades, pero no por eso quedarán justificados ante la patria y la opinión pública por su mala actuación que hizo necesaria las leyes de emergencia. Lamentablemente, en la Argentina la gente parece tener poca memoria de los sucesos negativos y por lo tanto no existe una verdadera sanción para los responsables de estas crisis.

Respecto de la emergencia es necesario en nuestro país hacer estas reflexiones, que en cierta manera se han ido adelantando al hacer el análisis de los casos, como se ha dicho: “hemos abusado de los estados de excepción, vivimos en emergencia jurídica con el riesgo que lo extraordinario parezca ser lo ordinario, como si el derecho siempre consintiera la supresión cuasi-permanente de las garantías¹⁶²” No puede ser que un estado de emergencia dure diez años. Los argentinos nos hemos habituado desde 1.930 a la emergencia y por lo tanto a las leyes de emergencia.

No se debe olvidar que se ha dicho que: “La patria se salvará por la Ley, no por la razón del Estado que siempre es el capricho del que manda...”¹⁶³. El estado de necesidad es visto a veces como una cuestión de hecho que permite el quebrantamiento la ley. Pero desde

¹⁶⁰ Bianchi, Alberto B., “La Corte Suprema ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica”, LL, 1991-C-141.

¹⁶¹ Alberdi, Escritos póstumos, Escritos económicos, t. I, p. 97, citado por Kaufman, ob. cit. p.4.

¹⁶² DROMI, Roberto. Adonde va el Derecho Público, J.A. 1981-II-796.

¹⁶³ ALCORTA, A. Las garantías constitucionales, p. 164, citado por DALLA VÍA. Alberto A.A.D.C. , n° 51-15.

otra perspectiva de corte romanista se juzga que el estado de necesidad engendra el derecho de necesidad y no constituye un fenómeno ajeno al mundo jurídico, siempre que se aplique con cautela y limitaciones.

I.C. Conclusión:

El derecho de propiedad, se encuentra fuertemente afectado en virtud del poder de policía de emergencia, el control de razonabilidad que ejerce la Corte Suprema es light. Por lo tanto sostener hoy en día que la propiedad es ilimitada, no tiene asidero, no solo por la existencia de leyes que al reglamentar el ejercicio de este derecho lo limitan sino también por la Jurisprudencia que permite y ratifica declarando constitucionales a las normas, ya sean estas decretos o leyes que limitan, alteran los derechos adquiridos y hasta llegan a establecer fuertes quitas en los patrimonios de los argentinos. La Corte ha ido variando sus decisiones de acuerdo a su composición, así en el fallo Peralta y Bustos declaró la constitucionalidad de leyes de emergencia bastantes criticables, tomando en cuenta algunos de los requisitos y dejando de lado los que no les convenía para la resolución en el sentido decidido. Así el requisito de la no afectación de los derechos adquiridos, fue tomado en cuenta en el fallo Smith, mientras que en el fallo Bustos la Corte no se pronunció al respecto.

Ahora quienes han detentado el verdadero poder en estos casos comentados. El verdadero poder lo han tenido en estos casos los Bancos, parte de un contrato a favor de quienes se dictan las normas que afectan el derecho de propiedad de los particulares. Debe advertirse que los bancos son acreedores del Estado incumplidor y por lo tanto el Estado asumió la deuda de los Bancos con los particulares pagándoles menos de lo que les corresponde por medio de bonos. En definitiva los ahorristas que confiaron en el país se convierten en los que han financiado las deudas del Estado.

Es decir los Bancos que tienen el dinero es decir la propiedad de activos líquidos y que eran acreedores del Estado deudor, han ejercido en estos casos su poder, a costa de la propiedad de los ahorristas de clase media argentina.

Es decir no todos los que tienen propiedad tienen poder, sino los que tienen o reúnen más propiedad, no en el sentido de derecho de dominio sobre inmuebles sino propiedad en el sentido amplio, que abarca activos líquidos, créditos, información, etc., como es el caso de la banca privada.

I.D. Bibliografía:

BORDA, Guillermo, A., *Derechos reales*, 3era ed. T. I., Ed. Perrot, Bs. As. 1990.

HIGHTON, Elena, y ota., *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Tomo 5 – Derechos reales, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1997.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Principios y tendencias en torno al abuso del derecho en Argentina”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, n° 16, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs. As., 1.998, pág. 209 y ss.

LAFAILLE, Héctor, *Derechos reales*, T.I, Compañía Argentina de Editores S.R.L., Bs. As., 1.943.

- LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil parte general*, t. II, Abeledo Perrot, Bs. As., 1.999.
- MARIANI DE VIDAL, Marina, *Curso de Derechos Reales*, Tomo 1, 7ª Ed., Ed. Zavalía, 2.004.
- MARIANHOFF, Miguel, *Tratado de derecho administrativo*, t. V, Ed. Abeledo- Perrot, Bs. As. 1.988.
- MARQUEZ, LAMENÁ, Sebastián. ¿Vélez Sarsfiel consintió el abuso en la propiedad? galardonado con el Premio Concurso de Monografías jurídicas, 2.000 por la Academia de Derecho de Córdoba, pág. 4. <http://www.acader.unc.edu.ar>.
- MOISSET, ESPANES, Luis, “La costumbre, la tradición jurídica y la originalidad en el Código de Vélez Sarsfield. En Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Homenaje a Dalmiro Vélez Sarsfield, en <http://www.acader.unc.edu.ar>.
- NOVILLO CORVALAN, Sofanor, en “El dominio en el Código Civil – Hacia la verdad de su doctrina” en Revista Jurídica La ley 1º 1992- A, pág. 586 y ss.
- PAPAÑO, Ricardo José y ots., *Derechos Reales*, Ed. Depalma, Bs. As., 1993.
- RACCIATTI, Hernán, “Obras nuevas y el abuso del derecho en la propiedad horizontal”, L.L. (T 1994-C, págs. 484 y ss.).

Gabriela Sabaroni

V. EL DERECHO DE PROPIEDAD Y LAS LETRAS HIPOTECARIAS

Shylock: ... Venid conmigo a un notario, poned aquí vuestra sola firma, y, como broma divertida, si no me pagáis el día determinado, en tal lugar, la suma o sumas que se expresan en el documento, la indemnización se fijará en una libra exacta de vuestra hermosa carne, para ser cortada y quitada de la parte de vuestro cuerpo que me plazca.”...

El mercader de Venecia

William Shakespeare

I.A. Introducción

I.A.1). **El derecho de propiedad y las letras hipotecarias ¿Qué y por qué?**

El trabajo se desarrolla en el contexto de una investigación grupal titulada “Poder, propiedad y propiedades”¹⁶⁴. Representa, además, las primeras reflexiones de un trabajo más extenso a desarrollarse en el año 2.007 denominado “Emplazamiento de letras hipotecarias dentro del orden legal argentino”.

Dentro del proyecto se tratará la propiedad, el poder y la letra hipotecaria. La hipótesis general del proyecto sostiene “todo poder se asienta en la posesión de la tierra, en especial y de bienes de capital en general”. Esta afirmación no puede sernos extraña, ya que su formulación se remonta más allá del capitalismo. Los medios de producción conocidos en la Edad Media han variado, pero la fuente de todo poder sigue siendo la propiedad. Los bienes ya no circulan como antes, los mercados financieros cobran ventaja sobre los mercados reales, y grandes flujos de dinero se transportan a velocidad luz gracias a la revolución informática.

Dentro de este mundo adquieren gran importancia los títulos valores, documentos que según algunos autores se remontan a la antigüedad. Sin embargo, la mayoría de la doctrina encuentra su origen en la Edad Media, en las ciudades Italianas, que en los siglos XIII y XIV incorporan como cuerpos jurídicos al Estatuto de Avignon y a la Ley de Venecia (año 1.273). En aquella época la deficiente comunicación, los peligros de viajar con bienes de gran valor y la ausencia de un sistema monetario único forzaron su existencia; hoy la era informática y la celeridad de las transacciones aumentan su éxito e importancia.

¹⁶⁴ Proyecto de investigación “Poder, propiedad y propiedades”, financiado por la SECYT de la U.N.Cu., 2005-2007, dirigido por la Dra. Susana T. Ramella..-

A las ventajas que proporcionan los títulos de crédito, debe sumarse el poder otorgado por una garantía cuyo asiento es un bien inmueble¹⁶⁵. Con estas características aparece al mundo jurídico “la letra hipotecaria”. Más allá de estos instrumentos (altamente ventajosos para el desenvolvimiento comercial), la Argentina vive situaciones particulares que afectan todo el sistema financiero.

¿Por qué este planteo? Porque la Argentina debe y puede crecer económica, política, social y jurídicamente. Luego de la reforma de 1.994 se incorpora el inc. 18 al artículo 75 de la CN que establece “Corresponde al Congreso... Proveer lo conducente a la prosperidad del país,... y promoviendo la industria,... la importación de capitales extranjeros...por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulos”. Con estos propósitos empezamos los argentinos el siglo XXI. Quizá en post de estos ideales, es que se dictó la Ley 24.441 de “financiamiento para la vivienda y la construcción”, que incorporó la letra hipotecaria, el fideicomiso y el leasing, entre otros.

“Esta ley parece atender no sólo al progreso sino también a un fin de “justicia social” e intenta poner en ejercicio el imperativo del art. 14 bis de la CN: “...Una ley establecerá... el acceso a una vivienda digna”. El nivel de vida promedio en Argentina no permite el ahorro, en todo caso facilita el endeudamiento y para ello ¿qué mejor que una hipoteca? [...]Por otro lado y en contraposición a los fines de la Ley 24.441, se sancionan, en la Argentina del 2.002, leyes de emergencia que suspenden las ejecuciones hipotecarias¹⁶⁶ y extrañamente terminan beneficiando a los grandes deudores hipotecarios.”

Por otro lado y en contraposición a los fines de la ley 24.441 Con el argumento de la protección de la vivienda única y la protección integral de la familia se implementan, en la Argentina del 2.002, las leyes de emergencia que suspenden las ejecuciones hipotecarias¹⁶⁷ y extrañamente terminan beneficiando a los grandes deudores hipotecarios.

Es mi intención hacer un análisis del régimen de la letra hipotecaria que permita vislumbrar su utilidad como instrumento jurídico que atrae inversiones y capitales nacionales o extranjeros; tanto como herramienta que coadyuva a una función social, cual es el acceso a una vivienda digna (derecho consagrado en el art. 14 bis de la CN).

Es importante que este trabajo permita un estudio comprensivo de toda la problemática hipotecaria, especialmente a partir de la legislación de emergencia que Argentina sancionó desde el año 2.002. Este análisis proporcionará un marco adecuado para analizar la Ley 24.441 y las normas a las que ésta remite.

Ya más desarrollado el proyecto (investigación a realizarse en el transcurso del año 2.007), haré un estudio pormenorizado de temáticas particulares como ser: la letra hipotecaria escritural y los cupones. Por último, intentaré una reflexión sobre la conveniencia o no de una reforma del sistema implementado por la ley 24.441, a fin de adecuarla a los intereses que la inspiraron. De esta manera pretendo colaborar con el perfeccionamiento de nuestro ordenamiento jurídico.

¹⁶⁵ Sobre el tema de garantías me explayaré más adelante.

¹⁶⁶ Esta temática será abordada en profundidad en las próximas páginas.

¹⁶⁷ Esta temática será abordada en profundidad en las próximas páginas.

Es de destacar, que algunos de los objetivos propuestos serán alcanzados en el desarrollo de la investigación titulada “El emplazamiento de la letra hipotecaria dentro del orden legal argentino”.

Nuestra hipótesis es que la regulación de la letra hipotecaria dentro del marco de la ley 24.441 es defectuosa. En un principio no aparece clara su naturaleza jurídica, tal como se encuentra normada. Conforme al art. 35 de dicha ley podría decirse que se trata de un título complejo, compuesto por un título valor que contiene una garantía real. A partir de allí surgen una serie de interrogantes, muy especialmente referidos al sistema jurídico (el código civil o el dec-ley 5965/63) que ha de regir en caso de silencio o defecto en la ley. En el caso de los cupones y de las letras hipotecarias escriturales el tema se vuelve más complejo, los artículos de la ley referida no alcanzan para esclarecer todos los interrogantes que pueden plantearse con su uso.

Haciendo un análisis comprensivo de las nociones de derecho de propiedad y de poder, puedo afirmar que la hipoteca (incluida la letra hipotecaria), en tanto instrumento jurídico de gran trascendencia, es utilizada por los poderes estatales, sectoriales y/o de intereses con la finalidad de realizar el control social en forma coercitiva.

El método utilizado es exegético, pero también hermenéutico, comienzo analizando el régimen jurídico que sería aplicable a la Letra hipotecaria, con especial referencia a las normas del código civil y del decreto 5965/53, intentando determinar el marco dentro del cual se encuentra comprendida la Ley 24.441 que regula este instituto jurídico.

Es importante para desarrollar este trabajo acudir a la hermenéutica jurídica, ya que nos permite interpretar el contexto, la finalidad y lo que se espera de la ley sancionada, dentro del marco del ordenamiento jurídico. El presente informe ensaya una interpretación teleológica, que se ve enriquecida con el estudio de los antecedentes legislativos de la sanción de la Ley 24.441 (en este aspecto desde una interpretación auténtica de la ley). Luego de este somero encuadre jurídico he intentado esbozar las consecuencias políticas, económicas y jurídicas de este instituto, incluidas de la situación actual del país. Su desarrollo se verifica dentro del marco teórico expuesto por la doctrina según se detalló ut supra. En este trabajo se utiliza el método del caso, de modo que será a partir de la jurisprudencia que se avanzará hacia las conclusiones.

Nociones preliminares

Las nociones del poder y la propiedad están íntimamente relacionadas con la reglamentación de la hipoteca. Su temática plantea una serie de interrogantes que se ven enriquecidos con la problemática que, desde hace algún tiempo, afecta el sistema hipotecario argentino.

El planteo del proyecto “Poder, propiedad y propiedades” se formula en los siguientes términos: “...El problema central del proyecto es analizar cuánto se ha desvanecido la dimensión apropiativa de las instituciones ius civilistas ante situaciones constitucionales, jurisprudenciales, políticas y sociales que el proceso histórico argentino del último siglo pareciera mostrar... Los distintos gobiernos de facto, juntamente con la vida, el honor, la persona, ¿no vulneran el derecho de propiedad privada en salvaguarda de intereses personales de los que ejercían el poder?... La tan mentada inseguridad del mundo social, ¿es consecuencia de la inseguridad jurídica que generaron distintos gobiernos de facto o de iure?, ¿cuál es la

relación entre el control social y la propiedad?...”. Entre sus objetivos particulares destaco la necesidad de “Distinguir y explicar ámbitos de poder ligado a la propiedad en sus diferentes manifestaciones. Como control social que regularizan conductas humanas en lo colectivo”.

Por último y como hipótesis de trabajo se sostiene “...Los poderes estatales y sectoriales o de intereses, en una relación simbiótica, se valen del control social en forma coercitiva o construyendo la opinión pública a través de los masas medias, como forma de asegurar el predominio territorial del poder...”.

Considerando el problema esbozado, atendiendo a la consecución de los objetivos planteados, intento contribuir a la verificación de esta hipótesis, con el análisis de la letra hipotecaria.

Un instrumento novedoso

Existe, en Argentina, una imperiosa necesidad de inversión que posibilite un crecimiento sostenido a largo plazo. Esto puede lograrse a través del sistema financiero, pero para que sea posible deben presentarse una serie de condiciones que permitan la rápida circulación de capitales en un marco de seguridad jurídica.

Debo destacar que en los últimos tiempos, tanto organismos internacionales (léase FMI, BIRD, OMC) como los Estados, se encuentran seriamente preocupados por el devenir del sistema financiero internacional. Los nuevos operadores financieros (hedge fund), viven peligrosamente, aumentando progresivamente sus apuestas y concertando negocios cada vez más riesgosos. Frente a este panorama mundial, las herramientas que se otorguen para facilitar la circulación de capital, deberán estar insertadas en una reglamentación adecuada que contemple todos los aspectos de la problemática, evitando la asunción de riesgos que aumenten la vulnerabilidad a las crisis.

De lo dicho se desprende la conveniencia de contar con instrumentos que nos permitan acceder a capitales nacionales y extranjeros, evitando en lo posible exponernos a peligros que comprometan nuestra economía en el futuro. Dentro de este contexto, procederé a estudiar una herramienta que pretende otorgar seguridad a quienes deseen invertir en suelo argentino: la letra hipotecaria.

Las letras hipotecarias fueron normalizadas por una “ley ómnibus”, cuyo título es “Financiamiento para la vivienda y la construcción”, que reguló conjuntamente una serie de institutos sustancialmente diferentes. Por lo expuesto hasta aquí, puede observarse que la finalidad de la ley fue el financiamiento y la construcción pero las reformas que introdujo van más allá de sus fines, por ejemplo la letra se puede emitir en cualquier hipoteca de primer grado aunque la finalidad de la misma no sea el financiamiento de la vivienda y la construcción. Entonces, ¿el marco dentro del cual se reguló la letra hipotecaria, es el adecuado?

La presente ley trae aparejadas una serie de dudas, en este caso, referidas a las letras hipotecarias. La primera cuestión a dilucidar es la naturaleza jurídica de las letras hipotecarias: la doctrina no es conteste al momento de aseverar la naturaleza de título de crédito de las letras hipotecarias cartulares, menos aún respecto de las letras hipotecarias escriturales, ¿las letras hipotecarias son títulos de créditos? Podríamos decir conforme que el art. 35 que se trata de un título complejo compuesto por un título- valor (semejante al pagaré en cuanto a su estructura) y una garantía hipotecaria; pero ¿cómo se armonizan ambos

institutos en esta entidad híbrida (puesto que el art. 44 remite al Código Civil y el art. 46 remite al Decreto-ley 5965/63)?

Con esta herramienta lo que se pretende es dar mayor seguridad a la circulación de capital, fomentando la inversión. Sin embargo, en los últimos años la Argentina se ha visto sumergida en una serie de acontecimientos que concluyeron en las denominadas leyes de emergencia. Las mismas tienen connotaciones políticas, jurídicas y económicas y generan una gran inseguridad jurídica. Encontramos al poder político en el centro de una puja de intereses articulados por un lado, desde los acreedores privados y por otro, desde los grandes deudores. En el 2.001 se manifestó la creciente presión de estos deudores que concluyó con la suspensión de las ejecuciones hipotecarias reglamentada en las mencionadas leyes de emergencia. Resta preguntarse, ¿esta herramienta jurídica dependerá de los vaivenes políticos-económicos y de las presiones de los grupos de poder o su utilización se podrá regular con cierta independencia?

Más allá de este interrogante, las letras hipotecarias son títulos valores que contienen un derecho real de hipoteca. El régimen hipotecario es un tema de derecho de fondo encargado al legislador nacional. Las leyes de emergencia¹⁶⁸, tanto aquellas referidas a la suspensión de las ejecuciones hipotecarias como las que imponen una refinanciación, son de dudosa constitucionalidad. Por un lado cabe preguntarnos, si estas leyes no alteran la sustancia del derecho de propiedad consagrado en el art. 17 de la Constitución Nacional, violando de este modo el principio de razonabilidad consagrado en el art. 28 de la CN. Por otro lado, muchas provincias sancionaron leyes de emergencia encargadas de regular las ejecuciones hipotecarias y la refinanciación de deudas hipotecarias, que exceden en mucho los límites impuestos por el legislador nacional. ¿Es constitucional el régimen hipotecario implementado por las leyes de emergencia? En todo caso, ¿la inconstitucionalidad de estas normas afecta el derecho de propiedad?

I.B. Letras hipotecarias: un concepto relacionado al poder, la propiedad y las propiedades

¿Qué es una letra hipotecaria?

La ley 24.441 trae a nuestra legislación un nuevo título de crédito, denominado letra hipotecaria. Del art. 35 de la ley mencionada se infiere, que la letra hipotecaria es un título valor cuyo contenido es un derecho real de garantía, más precisamente, un derecho real de hipoteca. La complejidad de este instituto se observa cuando: el art. 46 nos remite al decreto-ley 5965/63 –plexo regulatorio de la letra de cambio y pagaré- y el art. 44 remite a las disposiciones del Código Civil en materia de hipoteca, en tanto las mismas no resulten modificadas.

Dos ordenamientos jurídicos se hallan comprometidos en el régimen de la letra hipotecaria: por un lado, las normas del Código Civil referidas a hipoteca, y por otro, el decreto 5965/63 que regula el régimen de los títulos de crédito (léase letra de cambio y pagaré).

¹⁶⁸ Sancionadas a consecuencia de la emergencia económica, financiera, administrativa y jurídica del año 2.002.-

La hipoteca en el Código Civil

Las obligaciones asumidas como consecuencia de una relación crediticia, deben ser cumplidas. Este cumplimiento puede ser voluntario o forzado, ya que el Derecho otorga al acreedor la facultad de cobrar su acreencia del patrimonio del deudor.

Al momento de ejecutar el patrimonio, que es prenda común de los acreedores, todos los reclamantes se encuentran en un pie de igualdad (*par conditio creditorum*). Si los bienes del deudor alcanzan para satisfacer sus créditos no existe problema alguno, pero si el mismo se encuentra en insolvencia los acreedores verán diezgadas sus acreencias.

Para salvar esta situación el ordenamiento jurídico ha dotado a sus protagonistas de ciertos instrumentos que les otorgan cierta seguridad en el cobro. Estoy hablando de garantías y estas pueden ser legales o convencionales, según surjan de la voluntad legal o por convención entre las partes.

La garantía que interesa a este trabajo es convencional. Este tipo de garantías pueden ser, a su vez, personales o reales. Serán personales cuando se agregue al deudor otro deudor que se obligue por igual o subsidiario a él; mientras que será real cuando se afecte al pago algún o algunos bienes del deudor o de un tercero. Las “reales” pueden ser generales o especiales, según recaigan sobre determinados bienes o sobre la generalidad de los o del deudor, sin embargo hoy no existen garantías sobre la generalidad de bienes sino la inhibición general de bienes decretada judicialmente como medida precautoria que se dispone dentro de un proceso.

La hipoteca es un derecho real de garantía, es decir, una garantía convencional real y especial.

Definición legal de hipoteca: su crítica:

El Código de Vélez dice en su artículo n° 3108 “La hipoteca es el derecho constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre bienes inmuebles que continúan en poder del deudor”. Marina Mariani de Vidal menciona las críticas que esta definición ha recibido: en primer lugar se trata de una definición vaga que no indica cómo se realiza la seguridad que confiere el crédito –a través del derecho de persecución y el privilegio- a lo que Papaño contesta que el *ius preferendi* y el *ius persecuendi* son característicos de todos los derechos reales; en segundo lugar no contempla el caso en que el constituyente no sea un deudor sino un tercero, como respuesta aparece el art. 3121 que contempla en forma expresa el supuesto de la hipoteca constituida por un tercero; y en tercer lugar, se refiere a bienes inmuebles y no a cosas inmuebles o simplemente a inmuebles como debería ser –ya que sólo las cosas pueden clasificarse en muebles o inmuebles-, cuya respuesta encontramos en el “rigorismo formal manifiesto”.

Para dar un panorama más claro Marina Mariani de Vidal proporciona una definición “la hipoteca, es el derecho real, convencionalmente constituido, sobre uno o varios inmuebles especial y expresamente determinados, para garantizar (previa publicidad para hacerla oponible a terceros) por medio del *ius persecuendi* (permite caer sobre la cosa o cosas afectadas en cualquier mano que se encuentren) y del *ius preferendi* (derecho a cobrarse con preferencia sobre el precio obtenido en la ejecución forzada de la o las mismas), un crédito

cierto y determinado en dinero, del cual resulta accesorio, permaneciendo el o los inmuebles en poder del propietario constituyente, que puede ser el deudor o un tercero que afecta su inmueble sin obligarse personalmente, conservando dicho constituyente todas las facultades inherentes a su derecho de propiedad sobre la cosa, siempre y cuando su ejercicio no redunde en perjuicio de la garantía que lo afecta”. Cita?

Caracteres de la hipoteca:

La hipoteca tiene una serie de caracteres que suelen clasificarse en: esenciales y naturales. Los primeros son aquellos sin los cuales la hipoteca no sería tal y, en su defecto, la constitución hipotecaria estaría afectada de nulidad. Los segundos son aquellos cuya inexistencia no deriva en la inexistencia de la institución, de modo que pueden ser dejados de lado por las partes.

Son caracteres esenciales de la hipoteca:

Derecho real:

En la doctrina extranjera se ha cuestionado la naturaleza real de la hipoteca, autores como Marcade y Planiol sostienen que se trata de un “derecho creditorio”, Carnelutti considera que se trata de un “mero derecho subjetivo procesal” y autores argentinos como Papaño, Mariani de Vidal y Highton opinan que se trata de un “derecho real”, aunque difieren sobre si se trata de una desmembración del derecho de propiedad o una limitación al dominio.

Esta polémica acerca de si la hipoteca es un derecho real, personal o meramente procesal, es en nuestro derecho más bien teórica. El carácter de derecho real surge expresamente de los arts. 3108 y 2503, inc. 5° del Código Civil.

Accesoriedad:

La hipoteca es un derecho real accesorio de un derecho personal que debe consistir en un crédito cierto y determinado en dinero. No se trata de una obligación accesoria sino de un derecho real accesorio. La principal consecuencia de este carácter es que nuestra legislación no permite que exista una hipoteca sin un crédito al cual garantizar.

Los artículos del Código Civil que regulan este requisito son: el art. 3108 y el art. 3109, de cuya interpretación surge que pueden garantizarse obligaciones de dar sumas no dinerarias, las de hacer y las de no hacer, siempre que se declare su valor estimativo. Este último artículo, brinda la posibilidad de garantizar créditos eventuales más no créditos indeterminados, pues entonces se vería afectado el principio de accesoriedad para algunos autores o el de especialidad según otros autores.

Especialidad

El art. 3109 C. Civil dispone “No puede constituirse hipoteca sino sobre cosas inmuebles especial y expresamente determinadas, por una suma de dinero también cierta y determinada...”.

Cabe hacer una aclaración: respecto del inmueble consiste en individualización de la cosa o cosas afectadas, que deben ser ciertas y actualmente existentes; respecto del crédito, para algunos autores se trata de la fijación de la responsabilidad hipotecaria, afectación hipotecaria o gravamen, para otros es la individualización del crédito, algunos piensan que se trata de la especificación de todos los elementos del crédito y por último otros consideran que

se trata de la determinación del monto de la garantía hipotecaria porque los datos de la obligación deben estar especificados en virtud del principio de accesoriedad.

Es importante destacar la finalidad de este carácter, que se manifiesta en la protección del propio constituyente, de los terceros y de los acreedores hipotecarios de rango posterior.

Convencionalidad

El art. 3115 C. Civil dispone “No hay otra hipoteca que la convencional constituida por el deudor de una obligación en la forma prescripta por este título”. Este requisito exige un acuerdo de voluntades que tenga por fin inmediato constituir un derecho real. Por ello la causa fuente de una hipoteca es siempre un contrato.

Títulos de créditos:

Castro Hernández define el título valor parafraseando a Vivante “es aquel documento necesario para el ejercicio del derecho literal y autónomo contenido en el mismo”. Aparecen en esta definición los tres caracteres típicos del título valor: la necesidad de su posesión o tenencia para ejercer el derecho en él incorporado, la literalidad o exclusiva relevancia del tenor escrito en el documento y la posición jurídica autónoma de su portador legitimado respecto de la relación del librador con los anteriores endosatarios.

La letra de cambio, el pagaré y el cheque poseen una serie de caracteres contingentes que son: formalidad, completividad y abstracción. La completividad implica que estos títulos no pueden ser integrados con ningún elemento extraño a su corporeidad, consecuencia necesaria de esta exigencia es la formalidad, que implica en el título deben estar presentes todos los requisitos de forma impuestos por el legislador a fin de otorgar seguridad jurídica; y también la abstracción, que atiende a la separación de la relación cartular respecto del negocio jurídico que ha motivado su existencia.

Los caracteres descriptos pueden observarse en la Letra hipotecaria en tanto es un título valor, sin embargo debo destacar que la misma presenta alguna particularidad cuyo estudio excede esta presentación.

Teniendo en cuenta la similitud del pagaré hipotecario y la letra hipotecaria contenida en la ley 24.441 puedo decir que pertenecen a un género común. López de Zavalía sostiene “Para denominar el género común, hablamos indistintamente de “títulos de crédito” y de “títulos valores”, empleando ambas denominaciones en sinonimia. Hay autores que se inclinan ora por una, ora por otra, cuando no acuden a denominaciones como las de “instrumentos negociables”, “títulos negociables”, “título valor” o “títulos circulatorios” (cita a Williams y Yadarola).”¹⁶⁹ Más allá de esta discusión idiomática, el aspecto característico de estos títulos es la circulación del crédito.

En este punto aparece en conflicto la noción de las letras hipotecarias escriturales como títulos de crédito, ya que es difícil que las mismas satisfagan los requisitos de

¹⁶⁹ LOPEZ DE ZAVALÍA, FERNANDO, *Fideicomiso, leasing, letras hipotecarias, ejecución hipotecaria, contratos de consumición*, pág. 307 y ss ; ed. Víctor de Zavalía, Buenos Aires, 1.996, págs. 563.

necesidad, literalidad y autonomía.¹⁷⁰ Su problemática es extensísima y por razones de tiempo serán tratadas en un trabajo más extenso.

Antecedentes jurídicos

Velez Sarsfield previó en su código una figura similar a la descripta “el pagaré hipotecario” del artículo 3202. ¿Qué vínculo puede hallarse entre la letra hipotecaria de la ley 24.441 y el documento previsto en el código? El artículo 3202 contiene una incipiente regulación que salta a la vista, a lo que se suma los escasos comentarios en obras especializadas.

López de Zavalía explica las razones del parco tratamiento: desde los autores civilistas poco puede decirse sobre un tema de derecho cartular y, en todo caso, se trataba de una arqueología jurídica caída en desuso.

Este documento posee dos diferencias esenciales con las letras hipotecarias: 1- los pagarés hipotecarios pueden estar garantizados por hipotecas de segundo o ulterior grado y respecto de ellos nada obsta a que haya una reserva de grado: la ley 24.441 requiere que las letras tengan el grado hipotecario más alto; 2- la garantía hipotecaria de un pagaré puede ser dada a posteriori de su suscripción, pues nada impide que a la acción cartular se agregue una hipoteca: en cambio las letras deben nacer como hipotecarias, bastando recordar la ausencia de una acción de regreso.

Con la misma finalidad de movilizar el crédito hipotecario, al crearse el Banco Hipotecario Nacional en 1.887, se previó que este podía emitir cédulas hipotecarias, con el aval del Banco y de las hipotecas que se suscribían en garantía de los créditos que la institución otorgaba.

En 1969 la ley de facto n° 18.061 de 1.969, al regular las operaciones que podían llevar a cabo los bancos hipotecarios, en el artículo 19 inciso d, alude a la emisión de cédulas y bonos hipotecarios. La ley de facto 21.526 de 1.977 regula este tema en el artículo 23 inciso b, autorizando a los bancos hipotecarios a emitir “obligaciones hipotecarias”.

Asimismo, junto con el pagaré del artículo 3202 Código Civil aparece en el decreto reglamentario de la ley de prenda con registro la posibilidad de emitir pagarés junto con la prenda con registro, los que deben inscribirse junto con la prenda (artículo 10 decreto 10.574/46)¹⁷¹.

El estudio de este tema excede en mucho el desarrollo de esta presentación, sin embargo es conveniente destacarlo como referencia.

Antecedentes parlamentarios: ley 24.441 “Financiamiento de la vivienda y la construcción”

¹⁷⁰ AYERRA, EDUARDO, *Notas sobre las letras hipotecarias escriturales*, en *Revista notarial* n° 930, Buenos Aires, ed. Colegio de escribanos de la provincia de Buenos Aires, Año 104-1.998, t. 930.- págs. 345/684.

¹⁷¹ VILLEGAS, CARLOS GILBERTO, *Las garantías del crédito*, t. 1, segunda edición actualizada, ed. Rubinzal Culzoni Editores, Talcahuano 442, Buenos Aires (1013), año 1.998, páginas 398/405.

El 22 de diciembre de 1.994 se sanciona una ley que se promulga el 09 de enero de 1.995 y que surge de un proyecto presentado por el Ministerio de Economía que abarcaba diferentes institutos jurídicos que se vinculan a la promoción de la vivienda a partir de la construcción y de la venta a plazos. El gobierno tenía el propósito de revitalizar al Banco Hipotecario dándole acceso al mercado de capitales por la vía de la securitización y una vez ensayado este mecanismo, las entidades privadas seguirían el mismo camino.

En el mensaje del Poder Ejecutivo¹⁷² “...El proyecto se ha preparado en el entendimiento de que estas instituciones, algunas de las cuales ya existen con una regulación insuficiente o poco atractiva para los particulares, servirán como valiosos instrumentos para que todos aquellos cuyo concurso es necesario para dinamizar la construcción de la vivienda incluidos los sectores financieros, ahorristas, inversores, empresarios de la construcción, trabajadores y familias en busca de una solución habitacional, puedan encauzar la realización de negocios en un marco propicio para dar lugar a la creatividad de los operadores económicos y que a la vez brinde la suficiente seguridad jurídica. ...”

Se puede leer que, más allá de financiar la construcción y la vivienda, nuestros gobernantes estaban plenamente concientes de favorecer ciertos a sectores financieros, empresarios e inversores, brindándoles la *suficiente seguridad jurídica*, en el cobro de sus créditos.

Continuando con el análisis sostiene “...Uno de los aspectos esenciales de este proyecto lo constituye la autorización para que las partes que constituyen una hipoteca creen “letras hipotecarias”, figura reconocida en algunas legislaciones, como el Código Civil de la Confederación Suiza y el Código Civil de la República de Costa Rica. [...] Con la finalidad de que ha su vez las letras hipotecarias cumplan una función en el crecimiento del mercado de capitales. La titulización y consecuente financiamiento de la actividad de construcción y préstamo a largo plazo para la vivienda, se dispone que los sujetos autorizados para hacer oferta como fiduciarios o administradores de fondos comunes de inversión, podrán emitir títulos de participación que tengan como garantía letras hipotecarias o constituir fondos comunes con ellas. La letra hipotecaria resulta también un instrumento relevante en la celeridad y reducciones de costos que requieren las transacciones globales de conjunto de hipotecas como parte del financiamiento masivo bancario o a través del mercado de capitales de la vivienda individual...”.

En el tratamiento parlamentario de esta ley se observa como hilo conductor la finalidad de proporcionar medios jurídicos que faciliten el crédito para la construcción y la vivienda. La problemática habitacional es argumento esgrimido tanto por la mayoría como por la minoría, apoyando sus posturas en diferentes argumentos que la comprometen.

Esta ley pretendió favorecer la inversión a fin de agilizar el mercado de la construcción y solucionar un problema habitacional. Lejos estamos de alcanzar las metas expuestas en el proyecto, mucho más si consideramos las leyes de emergencia¹⁷³ que suspendieron las ejecuciones hipotecarias menoscabando la tan preciada seguridad jurídica. Este trabajo comienza con un epígrafe del Mercader de Venecia libro que manifiesta, en toda su magnitud, los beneficios y las desventajas que pueden engendrar los títulos valores. Shakespeare ilustra con magnífica claridad un problema que hoy denominamos “inseguridad

¹⁷² ANTECEDENTES PARLAMENTARIOS, año II –nº 4 – junio de 1.995, ed. La Ley SAEI, Buenos Aires, páginas 68/74, *Mensaje del Poder Ejecutivo*.

¹⁷³ Normas de emergencias sancionadas a partir de la crisis del año 2.001/2.002, tema que se desarrolla en las próximas páginas.

jurídica”, en el diálogo de uno de sus personajes “Porcia: -dice-No puede ser. No hay poder en Venecia que pueda alterar un decreto establecido. Un precedente así cundiría por todo el Estado...”.

Securitización

Con el transcurso del tiempo, la economía y el sistema económico se han ido desarrollando y evolucionan hacia nuevos tipos de negocios y transacciones. Este desarrollo se acentúa aun más en el mercado financiero, donde continuamente surgen nuevas variantes e innovaciones, ya sea en el aspecto del otorgamiento de financiamiento, como en el de nuevas propuestas para los inversores. Como consecuencia directa de estos cambios, surgen nuevos tipos de contratos, como por ejemplo el Leasing, Fideicomiso, Factoring y la Securitización de Activos. La securitización tuvo sus orígenes en la década del 70, como consecuencia de las altas tasas de interés en el otorgamiento de créditos y de la necesidad de las entidades financieras de reducir costos para la obtención de fondos. Por este motivo, muchos préstamos se transformaron en instrumentos negociables, a los que se denominó Securitización del crédito. Así nacieron los títulos de deudas respaldados, es decir garantizados por un activo real, como ser sobre prendas de automotores, con garantía de facturas conformadas, hipotecas, tc.

La llamada securitización de activos inspiró la filosofía de la ley 24.441. El sistema erigido por la norma se corona en el art. 49, que pretende dar una mayor velocidad a los ciclos económicos del aporte de actividades negociales, con un gran respaldo al contar con garantías reales.

La securitización consiste, en un proceso por el cual un conjunto de activos que presentan ciertas condiciones de homogeneidad se reúnen en una cartera para ser afectados al pago de títulos emitidos con respaldo en dicha cartera. En este caso los activos están compuestos por letras hipotecarias, títulos de crédito circulatorios que contienen una garantía hipotecaria. Por la complejidad y extensión del proceso, el mismo será analizado minuciosamente en el curso de la investigación.

Entre las ventajas que estas letras aportan para entrar al mercado de la securitización puedo mencionar:

1- La emisión de estas letras sólo puede corresponder a hipotecas de primer grado (Art. 36 ley 24.441), de modo que se otorga una mayor seguridad, certeza y simplificación de los trámites que significan las mismas.

2- El crédito extracambiario queda extinguido por novación, por lo cual el crédito cambiario con garantía hipotecaria se desprende del mutuo originario según el art. 37 (ley 24.441). La hipoteca en el Código Civil constituye un derecho accesorio, en cambio, acá el titular goza de un derecho que se desvincula de la contratación originaria. Esto constituye para el inversor una forma rápida y sin dificultad para recuperar los créditos.

3- El endoso es sin responsabilidad del endosante

4- La letra no escritural es un título completo

5- La letra escritural puede circular con rapidez y es apta a **las contrataciones**

en masa.

Poder y propiedad ¿Quiénes gobiernan el mundo?

Partiendo de las nociones preliminares, es posible hacer un análisis global que permita encuadrar la problemática de las letras hipotecarias en las relaciones de poder.

Podría decirse que se ha producido una mutación en la forma de ejercer el poder. Nuestra sociedad se ve inmersa en una serie de cambios que afectan seriamente todo tipo de relaciones.

La vida de los ciudadanos se encuentra regulada por normas de conductas que integran el ordenamiento jurídico de un Estado. En una primera aproximación, pareciera que es el Estado quien, en teoría, garantiza los derechos y deberes de sus pobladores. Ahora bien, el Estado-Nación tal como fue concebido en la época de la Revolución Francesa se encuentra en plena crisis, su soberanía se erosiona progresivamente en todas partes. La capacidad decisoria del Estado está limitada desde el exterior por las obligaciones impuestas en los acuerdos políticos y financieros con organismos internacionales (como la OCDE, FMI, OMC, BIRD, etc.) y los tratados internacionales concertados con sus semejantes en post de intereses comunes; y en el ámbito interno, los grandes grupos de poder puján por políticas más favorables a sus intereses (me refiero a las políticas jurídicas, monetarias, educativas, sociales, etc.).

Frente a este panorama, ¿podemos decir que el Estado garantiza la libertad, los derechos y la vida misma de los ciudadanos? Creo que, actualmente, son las empresas, los holdings, los grupos financieros e industriales lo que dominan al mundo, y no el Estado como fuera en otra época. Por lo tanto el ciudadano queda desprotegido.

Financiamiento privado:

La informatización de las bolsas y la desreglamentación a gran escala permiten que los flujos de capitales se deslicen a gran velocidad, estimulando la especulación financiera a gran escala. Las transacciones financieras se hallan cada día más desconectadas del poder político, no existe un control real sobre ellas y sus operadores pueden actuar en tiempo real en cualquier mercado.

Explicado muy sintéticamente los flujos financieros internacionales se componen de: inversiones extranjeras directas (conformada por la compra de empresas o del 10 % al menos de su capital), los créditos bancarios y las colocaciones en cartera (las más fluctuantes, compuestas principalmente por títulos de créditos).

Las letras hipotecarias se incorporan al derecho argentino como una herramienta que facilita las inversiones privadas, con las ventajas de no cargar con las exigencias que nuestro Código Civil impone a la hipoteca, de independizarse del crédito al que accede, todo ello mientras se incorpora a un proceso de securitización de activos. La operatoria denominada titulización (o securitización) de hipotecas nació con la ley 24.441 y cambió el mercado de la construcción al convertir los títulos en papeles negociables. De este modo las empresas constructoras que antes no tenían capacidad para financiar las viviendas a largo plazo ahora pueden hacerlo vendiendo las hipotecas de sus clientes al Banco Hipotecario S.A. que, su vez, las transfiere a un fondo en el que participan inversores.

Es importante destacar que la operatoria de las letras hipotecarias no se limita a la construcción. Entre las formas de securitización se encuentran las obligaciones negociales

respaldadas por activos, fondos comunes de inversión, fondos comunes cerrados de crédito, fondos de inversión directa y mediante letras hipotecarias. Las obligaciones negociables son títulos valores emitidos por empresas y contienen la obligación de pagar una suma de dinero. La securitización mediante O.N.¹⁷⁴ está regulada por la Resolución General n' 237 de la Comisión Nacional de Valores que autoriza a los emisores de O.N. a garantizar el pago de las mismas mediante la prenda a favor de los tenedores de aquellos, de carteras variables o fijas de derechos creditorios, con o sin garantía real o de otros conjuntos variables o fijos de activos análogos u homogéneos entre sí. Se considera aquellas cuyo pago fuere garantizado mediante la afectación de derechos crediticios garantizados con hipotecas constituidas sobre bienes inmuebles, situación en la cual la entidad emisora deberá ceder a favor del fiduciario la titularidad de los créditos hipotecarios en cuestión.

La importancia de estas transacciones permite vislumbrar la necesidad de una adecuada reglamentación y el peligro de normas creadas a la ligera.

Las letras hipotecarias tal como se encuentran reguladas presentan una serie de problemas jurídicos que concluyen en generar un sistema jurídico inseguro, cuyos baches deben ser salvados por la jurisprudencia con el aporte de los estudios que, sobre el tema, realizan los doctrinarios.

La crisis del 2.002:

Si analizamos el contexto internacional en el que se desarrolla la crisis del 2.001/2.002 podemos observar, que en la segunda mitad de la década de los '90 las inversiones extranjeras directas aumentaron vertiginosamente en las economías emergentes de Asia, América Latina y África del Sur, al mismo ritmo de la privatización de su economía, para luego declinar con la crisis de los mercados bursátiles. Las inversiones extranjeras directas plantean algunos problemas en la colocación de carteras, caracterizadas por movimientos violentos de vaivenes especulativos, en función de la evolución comparada de las tasas de cambio y de interés. Esta volatilidad acrecienta la vulnerabilidad de los países receptores; y cuando la situación financiera se torna un poco tensa, las primas de riesgo se elevan desmesuradamente, lo que facilita la sumisión de los Estados a las exigencias de los acreedores privados (sean estas organizaciones internacionales o grupos de poder económico o financiero).

La Argentina, un país que se caracteriza por su inestabilidad política y económica, debió soportar el derrumbe del sistema implementado en la década de los '90. La crisis económica concluyó con la convertibilidad (sistema monetario vigente desde 1991 hasta 2002) y sumió a la Argentina en un caos. La política monetaria varió sustancialmente minando todo el sistema bancario y financiero. Una serie de normas, cuya constitucionalidad fue muy discutida, alteraron el normal funcionamiento del orden jurídico argentino.

La Organización Mundial de Comercio destacó que el país "superó con éxito" la recesión de 2002, "gracias a un amplio abanico de medidas". Pero destacó la necesidad de

¹⁷⁴ "O.N." en adelante será la abreviatura de "obligaciones negociables".

atraer más inversiones y "controlar la inflación". No todos coinciden con esta percepción de la realidad que le tocó vivir a los argentinos¹⁷⁵.

La crisis económica vivida en estos últimos años dio lugar a un sistema de "emergencia económica", que por ese entonces no era extraño a los argentinos. Las consecuencias institucionales de los reiterados, perpetuos y permanentes estados de emergencia, han sido, son y seguirán siendo nefastos para el país.

La hipoteca, es una herramienta imprescindible para el crecimiento económico, la inversión y la concreción del derecho constitucional a "una vivienda digna". En la vida de este instituto jurídico se entrecruzan una serie de intereses contrapuestos, defendidos por grandes grupos de poder. El riesgo económico que generó la situación vivida en 2.002, activó un juego de poder que se manifestó en las cuestionadas "normas de emergencia".

Objeto de un juego de poderes

La hipoteca es una garantía real cuya finalidad es otorgar seguridad a los créditos que accede. La celeridad de la actividad comercial actual crea nuevas exigencias, las transacciones financieras circulan a una velocidad y en un volumen muy superior a los intercambios comerciales. Esta circunstancia deriva en una gran inseguridad, especialmente para los inversores (acreedores privados) quienes necesitan contar con herramientas idóneas y adecuadas a sus necesidades. Es importante destacar que para reactivar una economía en recesión es necesario contar con capital, y la construcción es una de las actividades que más trabajo genera, permitiendo una reactivación de la economía produce, por lo tanto la inseguridad produce que los inversores se retraigan de invertir en la construcción, provocando una etapa de recesión en la economía.

En respuesta a estas exigencias nuestro país sancionó la Ley 24.441 sancionada el día 22 de Diciembre de 1994. "Esta ley reguló entre otras cuestiones, institutos muy importantes para la vida y el desarrollo económico de un país, entre los cuales señalamos la figura del fideicomiso, muy usado en los últimos tiempos y que ha sido una herramienta muy importante para la realización de diversos negocios financieros, inmobiliarios, etc. Regula también dicha norma todo lo referente al leasing, determinando entre sus normas las condiciones que dicho contrato debe reunir. En otras palabras la ley antes mencionada ha determinado un avance muy importante en la legislación nacional, previendo institutos como los mencionados, dándole el marco normativo a los mismos.- Sin embargo entre sus postulados, ha previsto las llamadas letras hipotecarias, y en el Capítulo V se establece todo un procedimiento procesal que evidentemente confiere potestades sumamente ventajosas para el acreedor hipotecario en desmedro de los derechos del deudor, quien ante ello se ve privado de ejercer su legítimo derecho de defensa en juicio, porque entre otras cuestiones, lo inhabilita para la discusión de materias referentes a su derecho de propiedad"¹⁷⁶.

El fideicomiso, el leasing, las letras hipotecarias y las ejecuciones extrajudiciales son las herramientas que el legislador argentino facilitó a quienes desearan invertir en suelo

¹⁷⁵ Esta noticia se difundió en el artículo periodístico titulado "La OMC alerta sobre la suba de precios en el país", publicado en la página www.infobae.com.ar el día 12 de Febrero de 2.007.

¹⁷⁶ Fundamentos del proyecto de ley de reforma de la Ley 24.441: expt. 4778-D-2.006, trámite parlamentario 115.

argentino. Una propuesta muy tentadora para los futuros acreedores que vieron fortalecida su posición. El proceso de securitización facilitado por la introducción de estas herramientas importa la modificación del mecanismo de financiamiento tradicional por otro más complejo que conlleva a la desintermediación del proceso y a la movilización de activos de baja rotación. Ello permite inyectar nuevos recursos al sistema y, consecuentemente, recomenzar el procedimiento. Un mercado de capitales securitizado otorga beneficios a los originantes, a los inversores, y en consecuencia a la economía en general.

Frente a este espectro jurídico favorable a los acreedores hipotecarios, aparece la crisis económica de 2.001/2.002 con sus normas de emergencia que terminaron beneficiando a los deudores hipotecarios. No porque estos hubieran ejercido su poder, sino porque los grandes deudores lo ejercieron.

La situación de emergencia institucional y económica que atraviesa nuestro país desde 2.002 fue declarada por la Ley 25.561, donde se dispusieron una serie de medidas iniciales que serían completadas por diferentes leyes entre las que se encuentra la Ley 25.563. Esta última ley operó en el plano concursal y en el ámbito de las ejecuciones individuales sacrificando –transitoriamente– los derechos de ciertos particulares (los acreedores) para evitar daños mayores que podrían devenir de la paralización de actividades productivas causada por la ejecución o secuestro de ciertos bienes. En el ámbito procesal, la aplicación del art. 16 de la ley 25563 sumió a los justiciables en la incertidumbre atento al poco claro texto. De allí que calificada doctrina cuestionó la constitucionalidad de la suspensión de las ejecuciones en tanto importaba la imposibilidad de promoverlas o continuarlas, y algunos tribunales se pronunciaron declarando su inconstitucionalidad¹⁷⁷. Esta cuestión fue superada por el nuevo texto de la ley 25.589 de donde surge que “...el acreedor podrá promover acciones judiciales, o continuar las existentes, hasta el acto mismo de la subasta judicial...”. Julio Rivera sostiene que “la suspensión meramente transitoria del acto de la subasta no puede considerarse como un sacrificio excesivo de las expectativas del acreedor”.¹⁷⁸ A mi parecer, la suspensión implica que no puede ejercerse el derecho de propiedad que el art. 17 de la CN se encarga de proteger.

La importancia del derecho y los intereses comprometidos se manifiesta en una noticia de principios de Febrero del 2.007 “La Corte Suprema de Justicia celebrará el martes próximo su primera reunión de acuerdo del año”¹⁷⁹, la cual marcará el comienzo de la gestión del juez Ricardo Lorenzetti como presidente del tribunal, que tendrá entre sus prioridades la resolución de miles de juicios contra deudores hipotecarios. Respecto de las demandas contra deudores hipotecarios, los ministros buscan resolver el problema de quienes contrajeron préstamos en dólares con particulares que, tras la caída de la convertibilidad, litigaron por recuperar el dinero prestado, a valor de mercado. Los deudores quedaron amparados por la ley 25.798 (ley de refinanciación hipotecaria), que permitió refinanciar los créditos a través de un fideicomiso que administra el Banco Nación; pero muchos acreedores rechazaron los términos de la norma, ¿??? y que ingresaron en mora en el marco de la crisis económica de 2002. Así las

¹⁷⁷ C. Apel. Civil y Com. Moron, sala I, 5/03/02, ED 11/04/02, F N° 51.379, entre otros.

¹⁷⁸ RIVERA, JULIO CESAR, *Suspensión de ejecuciones y medidas cautelares dispuesta por el art. 16 de la ley 25.563*, publicado en el Suplemento especial de la revista La Ley “Pesificación”. Suspensión de las ejecuciones, ed. Ley Antigoteo, pág. 5/6. año

¹⁷⁹ El artículo periodístico que desarrolla esta noticia se publicó en www.infoleg.com.ar el día 12 de Febrero de 2.007 titulado: La Corte arranca el año con el foco puesto en casos “masivos”.autor

cosas, los acreedores siguieron adelante con los juicios promovidos contra los deudores y la Justicia Civil, incluso, falló en varias causas en favor de quienes impugnaron la ley 25.798... En 2004 el procurador general Esteban Righi dictaminó en favor de la ley 25.798 y de la pesificación de hipotecas; y desde entonces la Corte frenó los remates de inmuebles y muchos casos, pero aún queda pendiente una sentencia definitiva sobre el problema”. Esta noticia aclara el panorama y nos da una idea de la tendencia seguida en tribunales frente a la ley que suspendió las ejecuciones hipotecarias. (una cosa es la pesificación y otra la suspensión de hipotecas, ver leyes de suspensión mendocinas, que siguen prorrogando estas suspensiones)

Es importante destacar que la suspensión de las ejecuciones hipotecarias no afectó a todas las hipotecas, ya que las leyes encargadas de regularlas detallan los casos comprendidos dentro de estas medidas y aquellos que se hallan excluidos.

Derecho de propiedad y constitución

El derecho de propiedad es, según define la CSJN, todo lo que el hombre posee fuera de sí mismo, de su vida y su libertad. En estos términos la hipoteca se encuentra comprendida dentro del derecho de propiedad y por ende amparada por la Constitución Nacional.

El art. 17 de la CN expresa “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley”. En estos términos se encuadra la hipoteca dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, el art. 28 de la CN impone un límite a estos derechos de modo que los mismos están sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio.

De lo expuesto se deduce que el Congreso (y en los casos que corresponda el Poder Ejecutivo art. 76, 80 y 99 inc. 3° CN) puede reglamentar los derechos consagrados en la Constitución. Dicha reglamentación está sujeta al principio de proporcionalidad y adecuación de los medios, de modo que no puede alterarse la sustancia de los derechos que se reglamentan.

Las leyes de emergencia sancionadas a partir de 2.002 suspenden las ejecuciones hipotecarias e imponen la refinanciación de ciertas deudas hipotecarias. Esta reglamentación, ¿altera la sustancia del derecho real de hipoteca? Si así fuera, dichas normas serían inconstitucionales. Este planteo no ha obtenido respuesta de la CSJN, última intérprete de la constitución. Las noticias hacen saber que los ministros de la Corte darán un tratamiento prioritario a las demandas que afrontan deudores hipotecarios, sin embargo las sentencias se hacen esperar.

Respecto de la constitucionalidad de estas leyes, considero que las mismas afectan la sustancia del derecho de hipoteca, ya que esta garantía está destinada a asegurar el cumplimiento de deudas dinerarias, de modo que suspender su ejecución (desde hace 5 años) impide el ejercicio efectivo del derecho. A ello se suma la necesidad que las mismas (normas de emergencia) tengan una limitación temporaria por lo que, la prorroga indefinida de esta situación puede ser considerada como violatoria del orden constitucional (con especial referencia a los art. 76 y 99 inc. 3° CN). Por último, debo destacar la situación en que se encuentran diferentes provincias (como Mendoza) que por medio de leyes locales adhirieron a la normativa de emergencia, con la particularidad de que excedieron el marco establecido en la Nación, lo que en muchos casos posibilitó el planteo de inconstitucionalidad en las Cortes

provinciales. Este planteo se funda en que las provincias avanzaron sobre materia de fondo cuya regulación está reservada al Congreso Nacional en virtud del art. 75 inc. 22 CN.

Desde el planteo jurídico, esta situación deberá ser resuelta por los magistrados en los casos concretos, y desde un planteo fáctico, las consecuencias disvaliosas de las normas de emergencia pueden observarse en la paralización del crédito.

I.C. Conclusión

Todo país tiene dos opciones: modernizarse proporcionando instrumentos acordes a las nuevas realidades económicas- financieras o estancarse en viejas estructuras que dificultan su desarrollo y crecimiento. El legislador argentino ya optó por el progreso: sancionó una ley que contiene novedosos instrumentos jurídicos, léase fideicomiso, letra hipotecaria, leasing...

La letra hipotecaria nace en el mundo jurídico como una herramienta cuya finalidad es facilitar el crédito. Su función como garantía de la relación crediticia es de gran importancia para el desarrollo del sistema financiero argentino.

Ahora bien, la Ley 24.441 respondió a presiones provenientes del sector privado y su sanción benefició en gran medida a los acreedores hipotecarios (referido al caso de letras hipotecarias en particular). Sin embargo el año 2.002 significó un cambio rotundo al sentido y finalidad de la ley. Aquellos acreedores que contaban con una garantía tan importante como la hipoteca, vieron vulnerados sus derechos por leyes que respondían a una situación de “emergencia pública”. Estas leyes beneficiaron a los deudores hipotecarios, ya que las hipotecas que garantizaban sus créditos no podían ser ejecutadas. La suspensión de las ejecuciones hipotecarias fue un fuerte golpe sobre el sistema financiero, que benefició a grandes deudores hipotecarios perjudicando las inversiones, aletargando de este modo el desarrollo y el progreso económico. Esto demuestra que, nuevamente, los grandes centros del poder económico y financiero (léase poder real) dominan al poder político, que cobra sus víctimas entre los ciudadanos comunes que se ven obligados a soportar las decisiones de un poder ejercido desigualitariamente.

Tanto a nivel interno como internacional existen grandes grupos de poder que pugnan por conseguir sus intereses particulares a costa de todo sistema político, jurídico, económico y financiero. Dentro de esta compleja red de conflictos debe desarrollarse la temática propuesta en el proyecto de investigación titulado “Emplazamiento de la letra hipotecaria dentro del orden legal argentino”.

Nuestro país necesita lograr un crecimiento sostenido de su economía que facilite a los ciudadanos un mejor nivel de vida. Una herramienta idónea para lograr este objetivo puede ser la letra hipotecaria, por sus múltiples ventajas y su adaptación a las necesidades actuales de las transacciones financieras. Sin embargo, este instrumento jurídico fue regulado en una ley ómnibus -junto con otras importantes figuras jurídicas- que pretendía incentivar el financiamiento de la construcción. La delicada cuestión tratada por la ley 24.441 amerita un estudio pormenorizado de sus normas y una adecuada contextualización dentro del ordenamiento jurídico argentino. Por la complejidad del asunto, es que esta problemática será analizada a fondo en el informe final de este proyecto, cuya fecha final de entrega es en Diciembre de 2.007.

Es importante destacar que la utilización de esta herramienta, en tanto derecho real de hipoteca, se encuentra obstruida desde 2.002 tanto por leyes que suspenden las ejecuciones hipotecarias y sus prórrogas como por leyes de refinanciación hipotecaria, tanto en la Nación como en la Provincia de Mendoza. Destacando que su estudio, en tanto referido al tema, será profundizado en el marco del proyecto.

Puede decirse que la Letra Hipotecaria, en tanto garantía real, ha transcurrido por el sinuoso camino de las políticas económicas-jurídicas-financieras estatales que beneficiaron a uno u otro grupo según quien detente el poder. Su importancia como instrumento jurídico debe ser revalorada a fin de que pueda cumplir el preciado fin de favorecer el crecimiento, desarrollo y bienestar del pueblo argentino.-

I.D. Bibliografía

ALTERINI, JORGE HORACIO - CORNA, PABLO MARÍA - ANGELANI, ELSA BEATRIZ - VAZQUEZ, GABRIELA ALEJANDRA, *La hipoteca ante las inoponibilidades en la quiebra*, ed. La Ley, primera edición, año 2.000, páginas: 10/19.

ANDORNO, LUIS, *La securitización de activos y las letras hipotecarias en la ley argentina n° 24.441*, en Revista de la Asociación de escribanos del Uruguay, t. 80, n° 1- Extraordinaria, Montevideo-Uruguay, 1.994, páginas: 39/47.

AYERRA, EDUARDO P. Notas sobre las letras hipotecarias escriturales (Ley 24.441, art. 39 in fine)”. Revista Notarial. Colegio de escribanos. Provincia de Buenos Aires. Año 104-1998. Tomo 930. Páginas: 345-684.

CASTRO HERNANDEZ, MANUEL HORACIO, *Consideraciones sobre el régimen hipotecario previsto en la Ley 24.441*, en Revista El Derecho, ed. El Derecho, t. 169-1996, año 1.996, páginas: 1170/1250.

COLOMBO, CARLOS J., *Antecedentes parlamentarios*, en Revista La Ley, ed. La Ley, t. 1997-A., 1.997, Buenos Aires, páginas: 1106/1115.

CAUSSE, FEDERICO J. y PETTIS, CRISTIAN R., *Ejecución hipotecaria extrajudicial*, ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 1° edición, 2.004, páginas: 30/41.

GUSTAVINO, ELIAS P., *Fideicomisos, leasings, letras hipotecarias y otros aspectos de la ley 24.441*, en Revista Jurídica Argentina, director: Carlos J. Colombo, ed. La Ley, Buenos Aires, t. 1995-B, 1.995, páginas 1061/1079.

HIGHTON, ELENA I., *Juicio Hipotecario 3*, ed Hammurabi.- José Luis Depalma, editor, Buenos Aires, 2° edición, 1.996, páginas: 368/379.

LOPEZ DE ZAVALÍA, FERNANDO, *Fideicomiso, leasing, letras hipotecarias, ejecución hipotecaria, contratos de consumición*, pág. 307 y ss ; ed. Víctor de Zavalía, Buenos Aires, 1.996, 563 páginas.

MARTORELL, ERNESTO EDUARDO, *Tratados de los contratos de empresa*, t. II *Contratos bancarios*, ed Depalma, Buenos Aires, 1.996, páginas: 611 y ss, 931 y ss.

PETTIS, CRISTIAN R.- FEDERICO J. CAUSSE, *Ejecución hipotecaria extrajudicial*, ed. Ad Hoc,- 2.004, Buenos Aires, 1° Edición.

REVISTA ANTECEDENTES PARLAMENTARIOS, año 1995 n° 4, *Ley 24.441-Financiamiento de la vivienda y la construcción*, ed. La Ley, 178 páginas.

VILLEGAS, CARLOS GILBERTO, *Las garantías del crédito*, t. 1, segunda edición actualizada, ed. Rubinzal- Culzoni, Talcahuano 442, Buenos Aires, 1.998, páginas 398/405.

Pablo Salinas

VI. LA PROPIEDAD Y EL PODER Ó PODER Y PROPIEDAD. Violencia y propiedad: del poder hacia el ciudadano.

Resistir a la injusticia es un deber del individuo para consigo mismo, porque es un precepto de la existencia moral, es un deber para con la sociedad, porque esta resistencia no puede ser coronada con el triunfo, mas que cuando es general.

Rudolph Von Ihering.

La Lucha por el Derecho.

I.A. Marco general

La última dictadura militar que gobernó la República Argentina desde el 24 de marzo de 1976 al 10 de diciembre del 1983 no solo produjo asesinatos masivos de personas cuyos cuerpos jamás se recuperaron (desaparecidos) sino también utilizó la tortura en forma sistemática y masiva con múltiples finalidades haciendo de ella su herramienta predilecta.

También destruyó el orden institucional e instauró un sistema unitario en un país históricamente federal, disolvió el congreso y las legislaturas provinciales, designó jueces y fiscales, designó gobernadores e intendentes.

Amordazó a la prensa secuestrando y asesinando a los periodistas que denunciaban sus atropellos e igual medida tomó con los trabajadores y con sus gremios y sindicatos¹⁸⁰.

Pero finalmente y en lo que atañe al presente trabajo se apoderó de bienes inmuebles y muebles de las personas secuestradas con los cuales solventó la represión.

En efecto, los autos que se les secuestraban a los detenidos desaparecidos eran utilizados para seguir secuestrando a otras personas.

Las propiedades eran utilizadas como centros de operaciones, tal como consta en el Legajo 3223 de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas donde la Sra. Maria Esther Ravelo de Vega denuncia que su hija y su yerno domiciliados en la Ciudad de Santa Fé fueron desaparecidos y que cuando ella llegó a la propiedad de los mismos esta estaba ocupada por un hombre que le dijo que ahora pertenecía al gobierno porque anteriormente había pertenecido a

¹⁸⁰ Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina. Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Washington. D.C. Cidh. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 667a. Sesión del 49 periodo de sesiones celebrada el 11 de abril de 1980.

unos subversivos. También es de destacar que la hija y el yerno desaparecidos eran no videntes.¹⁸¹

También se apropiaron de diversas empresas e instigaron a grupos empresarios a vender o a realizar operaciones para favorecer empresas vinculadas al gobierno militar.

Se apropiaron de fondos reservados del Estado, cobraron coimas en las licitaciones públicas, sobrepresos en la compra de armamentos, administraron diversas empresas del Estado como por ejemplo el ente organizador del mundial de fútbol.

Eduardo Luis Dhualde cita también el contrabando los peculados, sobornos, cohecho, malversación de caudales públicos.¹⁸²

I.B. Sistema económico

El abogado José Martínez de Hoz quien era presidente de la Compañía Italo Argentina de Electricidad SA fue nombrado Ministro de Economía de la Dictadura, estableció un modelo económico destinado a favorecer a la clase gobernante y fundamentalmente a los grupos financieros.

No solo estableció un sistema económico que desaceleró la economía de la Argentina sino que también participó en la apropiación de dinero del estado.¹⁸³

En efecto, el Estado Nacional adquirió la empresa que él conducía en el momento de ser nombrado Ministro y pese a que el dictamen de la comisión designada al efecto de evaluar esta compra había sido concluyente en su inconveniencia para el país.

La comisión sostiene que respecto de “comprar el activo y transferir al Estado Nacional los compromisos del pasivo de la Italo, los montos a que se llega con la adopción de este sistema son de tal magnitud que no deben considerarse aceptables”¹⁸⁴

Sin embargo así sucedió y el Estado adquirió esta empresa con el consiguiente perjuicio para los argentinos pero beneficio para Martínez de Hoz y la Junta Militar.

Esta es una pequeña muestra del total de bienes que fueron expoliados al pueblo Argentino por la Dictadura Militar que gobernó el país a partir de 1976.

I.C. El poder

Para poder transmitir en forma clara cómo se relacionó el robo con las más altas jerarquías militares y cómo estas utilizaron el aparato organizado de poder del Estado para apropiarse de distintos bienes con el fin de mantenerse en el poder y llevar adelante su proyecto político (destinado a favorecer a su clase social) nos inmiscuiremos en el caso de la desaparición de un abogado mendocino llamado Conrado Gómez.

¹⁸¹ Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas. Conadep. Nunca Mas. Editorial Eudeba. Bs.As. 1997. Pág. 288.

¹⁸² Dhualde Eduardo Luis. El Estado Terrorista Argentino. Editorial El Caballito. Buenos Aires. 1983. Pág. 107.

¹⁸³ Novaro Marcos/ Palermo Vicente. La Dictadura Militar. 1976/1983. Editorial Paidós. 2003. Bs. As. Pág. 225

¹⁸⁴ Varela Cid (compilador). Juicio de Residencia a Martínez de Hoz. Editorial El Cid Editor. Bs.As. 1981. Pág. 30

El caso Gómez servirá para comprender el fenómeno que implica la capacidad de distintos grupos que integraban el gobierno militar, en este caso de la Marina, para apropiarse de bienes de personas secuestradas y que luego serán asesinadas, si lograron cometer este tipo de crímenes es fácil imaginar cómo procedieron en el dominio del aparato económico del estado donde impusieron un modelo económico que no podría haber sido instaurado sino por la fuerza ya que era un modelo donde sobran millones de argentinos que serían empujados a la pobreza extrema.

Esta política de contracción económica y de inflación, junto con la apertura de la Argentina a los mercados externos y el fuerte endeudamiento utilizado para mantener el precio de nuestro dinero sumado al triunfo total de la llamada patria financiera van a ser posibles gracias a la política de los grandes grupos económicos sostenidos por las armas.

La Argentina todo lo importaba, los pequeños grupos reducidos con poder adquisitivo viajaban al exterior dando lugar a la frase “deme dos” y los bienes de capital (que supuestamente serían los que deberíamos importar) jamás llegaron.

En apretada síntesis este modelo permitía a los grupos acomodados viajar al exterior por bagatelas y mantener un nivel de vida similar al primer mundo pero sumergía a la industria nacional y llevaba a la ruina al país.

La producción disminuía y aumentaba el endeudamiento geométricamente.

Daniel Azpiazu, Eduardo Basualdo y Miguel Khavisse en su trabajo titulado El Nuevo Poder Económico en la Argentina de los años 80 trabajaron los ejes centrales de la economía de la dictadura del 1976 al 1983.

En efecto, sostienen que “el objetivo de la dictadura consistía en agredir una estructura económica- social constituida a lo largo de varias décadas en el marco de las distintas etapas de la industrialización sustitutiva”¹⁸⁵

Los autores indicados hacen referencia a la reconstitución de las condiciones de dominación, mediante una acentuada caída del salario, esto se consiguió mediante la intervención de las entidades sindicales y la desaparición de los sindicalistas que lo denunciaran, también se consiguió mediante la supresión forzada de las convenciones colectivas y del derecho de huelga.

Las armas permitían impedir cualquier reclamo por disminución del salario ya que la dictadura tenía intervenidos a los gremios, presos a los sindicalistas, suprimida la huelga e incluso asesinados a los gremialistas más importantes.

También indica Azpiazu, que se redujo drásticamente los gastos en educación y salud mientras que se incrementó el presupuesto en gastos de seguridad y militares.

Se eliminaron las transferencias hacia el estado del sector agropecuario (muchos de los militares gobernantes eran ganaderos o propietarios de latifundios) y con esto eliminaron los derechos a pagar por exportar productos agropecuarios.

Finalmente se impuso a fuerza de las armas una estructura impositiva regresiva, es decir que le cobraba más al más pobre y menos al más rico a través de la universalización del impuesto

¹⁸⁵ Azpiazu, Daniel. Basualdo Eduardo. Khavisse Miguel. El Nuevo Poder Económico. En la Argentina de los Años 80. Editorial Hyspamerica. Bs.As. Pág.185

llamado “IVA” que es netamente regresivo y la disminución de los impuestos a las ganancias sumado a la disminución de aranceles para la exportación de productos agropecuarios.

En síntesis tenemos a un estado controlado por las armas y sometido a los grandes intereses trasnacionales.

Un sistema impositivo regresivo

Un sistema de salarios decaído

Compra de empresas al borde de la quiebra por el Estado, para favorecer a grupos de poder. A fines de 1983 el Estado maneja alrededor de seiscientas empresas. En más de trescientas tiene la propiedad total o mayoritaria. Tal como se vio en el caso de la Italo Argentina, pero varias más¹⁸⁶.

Un sistema de disminución de aranceles a las grandes exportaciones agropecuarias.

Un sistema que aumenta el presupuesto militar a cifras siderales y el presupuesto en “seguridad” y disminuye el presupuesto en educación y salud a su mínima expresión.

Todo esto se puede conseguir asesinando y metiendo presos a los sindicalistas honestos, interviniendo los sindicatos y suspendiendo toda la legislación social y el derecho de huelga.

Todo esto llevó a que a partir de 1980 subieran las tasas de interés y esto ya desencadenó una crisis económica que venía a producirse como lógica consecuencia del modelo implantado.

Los grandes capitales nacionales y extranjeros se constituyeron finalmente en la clase dominante y los autores (Azpiazu, Basualdo y Khavisse) en la obra citada describen las relaciones de estos grupos con la dictadura militar concluyendo con el título que lo dice todo “la proyección del nuevo poder económico y sus contradicciones con los proyectos populares”¹⁸⁷.

I.D. La deuda externa

La deuda externa Argentina aumentó de 12 mil millones de dólares en 1978 a 43 mil millones de dólares en 1982.¹⁸⁸

Debemos repetir sencillamente “el endeudamiento externo, con las características fundamentales que exhibe en la actualidad, surgió en 1979, cuando la reforma financiera que puso en marcha la política económica de la dictadura militar en 1977 convergió con la apertura del mercado de bienes y de capitales y el establecimiento de una tasa de cambio decreciente en el tiempo (la tablita cambiaria de Martínez de Hoz). Según los funcionarios de la dictadura, a partir de estas políticas (“enfoque monetario de la balanza de pagos”) las tasas de interés internas se adecuarían a las vigentes en el mercado internacional, igualación que nunca ocurrió porque la existencia del Estado como el mayor demandante de fondos en el mercado financiero local no permitió que descendieran las tasas de interés. De esta forma, se

¹⁸⁶ Arnaldo T. Musich, “La economía argentina a fines de 1983”, Anexo al papel presentado ante el II Forum Argentino Norteamericano, Wye Plantation, Maryland U.S.A., 1983.

¹⁸⁷ Azpiazu, Op. Cit. Pág. 198.

¹⁸⁸ Basualdo Eduardo. Deuda Externa. Universidad Nacional de Quilmes. Página 12. Pág. 17

constituyeron las condiciones para que se desarrolle plenamente la valorización financiera por parte del capital concentrado interno.”

Queda absolutamente claro cómo se gobernó para un sector concentrado de la economía constituido por grupos de capitales nacionales y extranjeros, es decir menos ricos cada vez más ricos y muchos más pobres cada vez más pobres.

Se produce lo que muy bien señala Basualdo, las transferencias de ingresos hacia los acreedores externos y el capital concentrado.¹⁸⁹

Pero fundamentalmente se producen transferencias de dinero de distintos sectores y con diversas estrategias a los jefes del gobierno militar.

Uno de los objetivos centrales de las Juntas Militares fue la expoliación de bienes y el enriquecimiento de sus representantes.

I.E. El estado autoritario.

En la última Dictadura Militar el Poder se inmiscuyó en la propiedad de los ciudadanos esto coincide con una de las formas autoritarias de Estado y su vinculación con la propiedad.

Prueba de ello es el caso paradigmático ocurrido con propiedades de la provincia de Mendoza, el caso “Cerruti – Gomez” y los terrenos del llamado “Will – Ri” en Chacras de Coria Mendoza.

A la luz de este caso se pudo describir y reconstruir las relaciones entre el uso del aparato del Estado y la apropiación de la propiedad en la dictadura militar y como dicha relación constituyó una de las bases de su sustento económico.

La Junta Militar como máximo órgano político auto-instituido en la Argentina Dictatorial dominaba el aparato productivo y el sistema económico ya que favoreció a la llamada patria financiera en desmedro del productor nacional y de la industria nacional.

Pero el impacto social producido por la dictadura no se limitó a imponer un determinado modelo económico sino que llegó hasta los límites de las relaciones con la propiedad privada de los argentinos.

El caso mendocino permite descubrir las distintas formas de apropiación de bienes con que contó la dictadura.

En definitiva un mecanismo de distintos jefes militares que se apoderaron del aparato del Estado y de sus fuerzas de seguridad a partir de las cuales consiguieron robar bienes para seguir adelante con su empresa.

I.F. Caso “Cerruti – Gomez”.

Según consta en los legajos 224, 543, 749 de la Comisión Nacional¹⁹⁰ sobre la desaparición de personas los hechos se habrían producido el 10 de enero de 1977 cuando el abogado Conrado Gómez asesor de la empresa “Cerro Largo S.A.” fue secuestrado en su estudio por 10 hombres armados que durante el procedimiento robaron dinero, máquinas de oficina y un

¹⁸⁹ Basualdo. Op. Cit. Pág 19

¹⁹⁰ Informe Conadep. Op. Cit. Pág. 289, 290.

automóvil de propiedad de la víctima, al día siguiente es secuestrado Horacio Palma, presidente de la empresa “Cerro Largo S.A.” el 12 de enero secuestran a Victorio Cerutti principal accionista de “Cerro Largo S.A.” y ha Omar Pincolini, yerno del anterior.

Al mes siguiente un grupo armado de personas se presenta en el stud de Paso de Los Libres y se llevan los caballos de carrera de propiedad del Dr. Conrado Gómez los cuales aparecen transferidos un mes después de su desaparición según constancias de la Conadep.

A cuatro meses de la desaparición de Victorio Cerutti; todo su patrimonio localizado en la codiciada localidad de Chacras de Coria del departamento Lujan de Cuyo de la provincia de Mendoza es adquirido por un tal Federico Williams para la empresa “Hill – Ri S.A.”

Luego el hijo de Victorio Cerutti junto con su socio Raúl Magalio venden el paquete accionario de la sociedad vitivinícola Francisco Calise a los Dres. Tamagnini, Echeverri y Mota por un valor de doscientos mil dólares.

El 16 de abril de 1977 todos los protagonistas de esta venta son detenidos cuando luego de varios meses todos recuperan la libertad, luego el Sr. Echeverri le informa al Dr. Malagarriga que había sido asesor de la operación que va a abonar el dinero de la compra a favor de Cerutti.

En el momento en que se iba a consignar el dinero por parte del Sr. Echeverri es que aparecen dos militares uno se identifica como Capitán Carlos Alberto Villanueva y otro como 2º Comandante de Gendarmería Cesar Hunts y se apropian del dinero con la excusa de que provenía de actividades subversivas.

El Dr. Conrado Gómez, Horacio Palma, Victorio Cerutti y Omar Pincolini continúan desaparecidos.

La escribanía:

La estructura financiera del masserismo, es decir del integrante de la junta militar Almirante Emilio Eduardo Massera estaba compuesta por diversos negocios de apropiación, uno de ellos fue la sociedad “Will- Ri S.A.” utilizada para apropiarse de los bienes de Conrado Gómez, Victorio Cerutti y Horacio Palma.

La ahora ex - jueza federal, Dra. Emilia Marta García, trabajaba en la época de la dictadura en la escribanía de Ariel Sosa Moliné, en dicha escribanía se blanqueaban los bienes que se les robaban a los desaparecidos.

Según relata Susana Viau¹⁹¹ esto explica en parte la carrera judicial de la Dra. Emilia García que luego de que se le iniciara proceso de su destitución por estos hechos, primero dio una versión ante el Consejo de la Magistratura y luego renunció.

La Versión de la Jueza.

La Dra. Emilia Marta García sostuvo ante el Consejo de la Magistratura que su trabajo en la escribanía de Sosa Moliné se debió a que su hermana Graciela García fue secuestrada en la ESMA y ella fue obligada a colaborar con los secuestradores trabajando en la escribanía para salvar la vida de su hermana.

¹⁹¹ Viau Susana. Diario Página 12. 21/09/2005

Omitió decir que su hermana tenía una relación amorosa con el llamado “Tigre Acosta”, uno de los torturadores más crueles de la Escuela de Mecánica de la Armada.

También omitió decir que su hermana fue puesta en libertad en 1978 y por pertenecer al llamado “mini staff”¹⁹² es decir al grupo de montoneros que colaboraban con el masserimo le permitía tener información mucho antes de lo que la ahora ex – jueza relata como el momento en que se enteró de la existencia de Will-Ri, S.A.

Asimismo no parece creíble que no supiera lo que firmaba y que toda su actividad era forzada.¹⁹³

La jueza fue suspendida y sometida a juicio político, finalmente y para evitar mayor escándalo renunció.

Fallo Judicial.

El juez federal Claudio Bonadío el 1 de octubre del 2001 declaró la nulidad y la inconstitucionalidad de las leyes que amparaban a los represores en este caso.

La resolución recayó en la causa N° 7694/99 caratulada “Astiz Alfredo y otros S/ delito de acción Pública”

Allí se investiga al grupo operativo de la Marina integrado entre otros por Alfredo Astiz y Ricardo Cavallo y conducidos por Massera, dicho grupo operativo habría sido el que actuó en el secuestro y apropiación forzada de los bienes del aún hoy desaparecido abogado Conrado Gómez.

En efecto, sostiene el fallo en su parte pertinente a los hechos relatando la denuncia de Federico Gómez (hijo de Conrado Gómez):

“...el día 10 de enero del año 1977, a las 7:00hs aproximadamente, se presentó en el domicilio de la calle Santa Fe 1713, primer piso, de esta ciudad, un grupo constituido por personas vestidas de civil, presuntamente pertenecientes a la Armada Argentina.

En dicho lugar funcionaba la oficina de su padre Conrado Higinio Gómez, donde a su vez trabajaban otras personas prestando asesoramiento financiero.

Según el relato de personas que habrían presenciado tal circunstancia el operativo duró hasta las 16:00 hs aproximadamente, momento en el cual liberan a Antonio Osso, Hugo Korembli, Marcelo González y Raúl Horacio Pourtale.

Luego de ello, se retiraron del lugar trasladando contra su voluntad a Conrado Higinio Gómez, Emilio Assales Bonazzolla, Marcelo Hernández Carlos Gumersindo Romero y Juan Gasparini.

Los nombrados fueron trasladados en camionetas y en un Ford Fairlane propiedad de Gómez, cuyo robo fuera denunciado ante el Juzgado Nacional de Primera instancia en lo Criminal de Instrucción N° 32 por entonces a cargo del Dr Julio Tavarez, como así también en la seccional correspondiente de la Policía Federal Argentina.

¹⁹² Asociación Madres de Plaza de Mayo. Massera. El Genocida. Editorial Pagina 12. Bs.As. Pág. 52.

Allí se encuentra el testimonio de Mirian Lewin, secuestrada en la ESMA y que relata en que consistía el staff y el mini staff.

¹⁹³ Diario Página 12. 21/09/2005

Por otra parte destaca el denunciante que en el procedimiento de mención las personas que intervinieron se llevaron todo el dinero - “cientos de miles de dólares, tal vez mas de un millón”- escritos, expedientes y documentación, todo lo cual se encontraba reservado en la caja fuerte del estudio del nombrado.

Asimismo, retiraron del lugar la totalidad de los bienes que se encontraban en dicho estudio, destacándose entre otros, las máquinas de escribir, los electrodomésticos, y la ropa del nombrado.

Agrega que según los testimonios de Korembly y de Osso, los captores eran aproximadamente unas quince a veinte personas, cuyas voces de orden provenían de varios hombres que gritaban muy nerviosos, pudiendo individualizar rápidamente a un hombre alto, rubio, de cara redonda, de mas de un metro ochenta centímetros de altura. Estas personas, amen de dar órdenes en forma constante requisaron todo el lugar.

A pocos días de haber sido privado de su libertad Conrado Higinio Gómez se comunicó telefónicamente con la escribana María Elisa Dartilongue de Nacaratto, familiar del nombrado, en dicha oportunidad le hizo saber que una persona iba a presentarse ante su escribanía a retirar un poder que se encontraba reservado en dicho lugar.

Efectivamente dos hombres vestidos de civil y con cabello muy corto, se presentaron ante dicha escribanía retirando un poder de administración de bienes en “todo el territorio nacional”.

Su madre - esposa de Conrado Gómez y sus hermanos tomaron conocimiento del secuestro de su padre en la mañana del once de enero de ese año, aproximadamente a las 7:30hs, en razón de un llamado telefónico de Ignacio Serra, amigo personal del nombrado...

...El día lunes 17 de ese mismo mes y año su madre compareció ante “la Camara de Sentencia letra ‘C’ ”(sic) presentando un “habeas corpus” de cuyo rechazo fue notificada el día 17 de febrero.

Al día siguiente, martes 18, en horas de la noche, su padre se comunicó telefónicamente al domicilio donde su madre residía por aquel entonces, manifestandole que se encontraba a disposición de las fuerzas de seguridad. Le solicitó que “no hiciera nada, que no realizara trámite alguno. Incluso le requirió que no insistiera interponiendo recursos de “habeas Corpus”.

Por su parte, le informó que sólo le permitían comunicarse telefónicamente para interesarse sobre la familia.

En dicha oportunidad le dijo que iba a dirigirles cartas a aquellas personas le de debían dinero, asegurandose de tal forma la manutención de sus hijos, y el alquiler de la casa que ocupaban en la provincia de Mendoza.

El día 25 de enero personal presuntamente de la Armada Argentina y del Ejército Argentino en horas de la noche, entre las 2:00hs y 5:00hs con el desplazamiento de camiones y otros vehículos, cortaron el tránsito de la avenida Santa Fe y bajaron por el lado exterior del edificio un piano de cola propiedad de su madre. En dicha ocasión, habrían arrancado azulejos de las paredes, y se habrían llevado los objetos inherentes al funcionamiento de ambos departamentos, entre otros, calefones, mesadas, sillas, estufas lamparas de pie y colgantes, mesas, camas, colchones, vaciando literalmente las dos viviendas.

Ese mismo día su padre volvió a comunicarse telefónicamente oportunidad en la que aconsejó a su madre que se quedara junto con sus hijos en la provincia de Mendoza. Por otra parte le manifestó que el dinero que le había sido sustraído de su estudio se lo iban a entregar a ella, así como un cheque del National City Bank, entidad donde el Conrado Gómez poseía una cuenta bancaria, en la que habría depositada la suma de pesos moneda nacional setecientos mil.

Tal dinero y el cheque de su propiedad, prometido por su padre a instancia de sus captores, nunca habrían llegado a manos de su madre, Gloria Josefina Miranda de Gómez.

Por tal motivo la nombrada regresó a la provincia de Mendoza y se contactó con Ramón Abrales, ciudadano de caballos, quien hacía lo propio con gran cantidad de equinos propiedad de Conrado Gómez - aproximadamente veinte- en la ciudad de paso de los Libres en la frontera con el Brasil.

Luego de explicarle la delicada situación por la que atravesaban convinieron en vender los caballos a los efectos de reunir el dinero necesario para la manutención familiar.

Sin embargo, recibieron un llamado telefónico desde aquella localidad, dando aviso que dos personas se habían presentado en el lugar, una de ellas llamada Héctor Ríos, quienes intentaban retirar la totalidad de los ejemplares equinos alegando que el Dr Conrado Gómez se los había vendido.

Tanto su madre como Abrales aguardaron la llegada de estos hombres por el término de dos días, presumiendo que se trataba de inescrupulosos que enterados de la privación de la libertad de su padre intentaban obtener un beneficio económico desapoderándolos de sus bienes.

Luego de ello su madre volvió a esta ciudad mientras que Abrales viajó a la provincia de Mendoza a los efectos de conseguir un camión para trasladar los equinos a dicha provincia y efectuar un remate de los mismos.

Gloria Miranda se entrevistó con Aldo Maver quien cuidaba del único ejemplar que Conrado Gómez poseía en esta ciudad, denominado "Sir Raleigh", quien le hizo saber de su interés por adquirir el equino.

Asimismo le hizo saber que lo había visitado una persona llamada Héctor Ríos pidiéndole asesoramiento, toda vez que le había comprado los caballos a Gómez. Agregó que por averiguaciones que había practicado conocía que Ríos se encontraba vinculado con las Fuerzas de Seguridad.

Al día siguiente, es decir 15 de febrero del mismo año, su madre recibe en el domicilio donde residía temporariamente en esta ciudad una nota manuscrita de Gómez quien textualmente habría escrito: "Querida Quichin te escribo al solo objeto de pedirte las siguientes cosas 1) que no vendas nada, caballos o cualquier otra cosa. 2) desentendete de todas mis relaciones económicas no te metas en nada, abstente de actuar en todo sentido, vigila exclusivamente por la familia y por los chicos, pero prescindiendo de meterte o participar en cualquier problema. 3) si necesitas dinero, las personas que se vinculen contigo para darte esta nota te lo entregara. Cumpliendo con mis instrucciones te veré muy pronto. Un beso grande, Conrado"

De allí entiende el denunciante que a su padre lo estaban extorsionando y que estaba convencido que su familia recibía el dinero al que hacía mención.

Tal misiva según dichos del denunciante "ató de pies y manos" a su madre, quien se trasladó nuevamente a la provincia de Mendoza. Sin trabajo por haber sido expulsada de la Escuela Superior de Música de la Universidad Nacional de Cuyo, desarrolló otras tareas a los efectos de solventar los gastos familiares.

A continuación intentó obtener información sobre la situación de Gómez a través de vías oficiosas, cuya contestación siempre fue negativa.

En los primeros días del mes de marzo regresó a esta ciudad, oportunidad en la que tomó conocimiento que había sido presentado un cheque en la cuenta que Gómez poseía en el National City Bank, firmado por él, por una cifra superior a la depositada en dicha cuenta.

Tal valor estaba fechado el día 14 de febrero - idéntica a la de la misiva recibida por su madre- a la orden de Héctor Ríos, endosado por este con el sello correspondiente para ser depositado en la cuenta de la "Asociación Obrera textil, firmado por un Teniente de Fragata, interventor de dicha entidad. En razón de la falta de fondos en dicha cuenta el cheque fue rechazado.-

Luego de haber obtenido en la entidad bancaria una fotocopia del cheque en cuestión, se entrevistó, junto con María Victoria Gómez Erice, con José Conrado Antonioni, primo hermano de Conrado Gómez, hoy Capitán retirado del Ejército.

Le hicieron entrega de esa única copia del cheque, a los efectos que averiguara, en virtud de la facilidad con la que contaría por pertenecer a la fuerza de mención, sobre tal circunstancia.

En esos primeros días del mes de marzo cuatro personas - un teniente y un sargento, y dos policías uniformados- se presentaron en Paso de los Libres en busca de los caballos mencionados.

El cuidador de los mismos puso en conocimiento de tal hecho al Coronel Medrano, a cargo del Destacamento Paso de los Libres, quien impidió la entrega de los ejemplares.

Sin embargo, transcurridos unos días fue el mismo Coronel el que habría autorizado la entrega por escrito, quedándose con uno de ellos llamado "Sir Nano".

Por su parte, Aldo Maver, quien cuidara los caballos de Gómez, continuó haciendo lo propio cuando los mismos pasaron a manos de "los marinos", oficiando, además, de punto intermedio en los traspasos.

Durante ese mes de marzo, Gloria Miranda presentó dos nuevos recursos de "habeas corpus" los que fueron rechazados posteriormente.

Por esos días recibieron el último llamado telefónico de Conrado Gómez, y también el último contacto con él. En dicha oportunidad, luego de dialogar con sus hijos, le manifestó a Gloria Miranda que "las cosas se habían demorado pero no complicado, que pensaba que iba a poder salir del país", pero -conforme su madre- se habría alterado al enterarse que el dinero prometido nunca había llegado a sus manos al igual que el cheque citado, y que la situación de la familia "era muy difícil".

Amen de nuevas presentaciones que efectuara ante la justicia, Gloria Miranda, denunció los hechos relatados ante la Asamblea permanente por los derechos Humanos, en la Conferencia Episcopal Argentina, en la Nunciatura Apostólica, en la Comisión de Familiares de Presos y desaparecidos, al Sr Presidente de la Nación, y envió diversas misivas a las "juntas Militares" obteniendo siempre respuestas negativas.

El día veinte de agosto de 1999 prestó declaración testimonial Federico Gómez Miranda, ocasión en la que amplió en detalles las presentaciones oportunamente efectuadas ante el juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 11.

Sin perjuicio de ello, y de conformidad con lo dictaminado por el Sr Agente Fiscal, el Dr Gustavo Adolfo Literas, por entonces titular de este Tribunal, entendiendo que la atribución de hechos invocados a Alfredo Astiz no podían generar efectos jurídicos en este ámbito, dado que el nombrado se encontraba dentro de los sujetos beneficiados con la ley 23.521 - denominada "obediencia debida"- resolvió archivar el presente sumario, por imposibilidad de proceder.

Tal decisorio, en tanto fuera recurrido por Federico Gómez, en su carácter de querellante en estos actuados, fue revocado por la Excelentísima Cámara del Fuero, debiendo este tribunal continuar con la investigación de los hechos denunciados. (ver fs 232/43).-

En razón de ello, conferida que fuera la vista prescripta por el artículo 180 del Código Procesal Penal de la Nación, el Sr Agente Fiscal formuló el correspondiente requerimiento de instrucción, impulsando de tal forma la acción penal de la presente causa en los términos del artículo 188 del mismo cuerpo legal-

El día veinte de septiembre del pasado año prestó nuevamente declaración testimonial Federico Gómez Miranda, ocasión en la que se explayó sobre el presunto desapoderamiento que habría sufrido su padre, junto con Victorio Cerutti, Omar Masera Pincolini y Horacio Palma.

En primer lugar resaltó la cronología en que se sucedieron los secuestros de los nombrados, destacando que su padre fue trasladado a la Escuela de Mecánica de la Armada, mientras que el resto de ellos - es decir Cerutti, Masera Pincolini y Palma- fueron privados de su libertad en los días siguientes.

A continuación señaló que en el transcurso del año 1975 Conrado Gómez compró al Contador Horacio Palma, veinte hectáreas pertenecientes a Cerro Largo S.A., sitas en la localidad de Chacras de Coria, provincia de Mendoza, que fueron anexadas a las tres hectáreas y sus respectivos cascos que poseía por aquel entonces el ex viñatero y bodeguero Victorio Cerutti.

Indicó que a partir de la privación de la libertad de su padre, junto con su madre tuvieron durante el transcurso de aquel verano del año 1977 múltiples contactos, indicios y pruebas ciertas que Conrado Gómez se encontraba secuestrado en una dependencia naval y desde allí se encontraba obligado a entregar todo su patrimonio.

Señala como prueba de ello el sucesivo desprendimiento de bienes que sufriera Gómez a lo largo de su cautiverio, destacando, a su vez el tenor de los llamados telefónicos que mantuvieran, y la misiva que le dirigiera a Gloria Miranda.

Agrega que conforme obra en la ficha que se encontrara en poder de Monseñor Graselli, actualmente en custodia de la Excelentísima Cámara Federal de la Ciudad de la Plata que daría cuenta que Conrado Gómez no disponía a consideración de sus captores “de suficientes miles de verdes” para saciar las ansias de los mandos de la Marina y del Ejército, sumados los testimonios de Lisandro Raúl Cubas, Juan Gasparini, y el relato que le ofreciera Graciela Daleo, se colige que durante el mes de enero de 1977 los movimientos de los oficiales superiores y jerarquías navales superiores estuvieron orientados a ejecutar el apoderamiento y el traspaso de los bienes muebles e inmuebles propiedad de su padre.

Sumado a ello, destaca que los testimonios de los sobrevivientes son coincidentes en relación a que la estrategia de Emilio Eduardo Massera, respecto a los desapoderamientos de bienes, que supervisó en persona y que debió dar explicaciones a los miembros de la junta militar, fue ejecutada principalmente por los contadores navales Hugo Berrone y Jorge Radice, y entre ellos los oficiales operativos Alfredo Astiz y su compañero de promoción Ricardo Miguel Cavallo. Por tal motivo, entiende que la finalidad represora - teniendo en cuenta la inexistencia de razones por la cual su padre fuera desaparecido y presuntamente asesinado-, obedece a lograr el desapoderamiento patrimonial de sus bienes que a la fecha no han podido recuperar.

Luego de ello, efectúa una enunciación de indicios que lo llevan a la convicción que su padre, amen de ser asesor legal y administrador de los bienes de Cerro Largo SA, era accionista de dicha sociedad.

Sobre este punto destaca que el desapoderamiento de Cerro Largo SA se operó a través de la creación de documentación apócrifa y documentación suscripta por los nombrados en cautiverio, en virtud de la cual se cedió tal sociedad a un grupo de personas con nombres supuestos - Felipe Pages, Mario Rodríguez, Juan Héctor Ríos, y Federico Williams, entre otros- que serían oficiales de la ESMA, nucleados bajo la Sociedad WIL RI.-

A continuación, indicó que teniendo en cuenta que conforme se desprende de los autos que se le siguieran a Alfredo Astiz en orden al delito de apología del delito, éste no habría tomado francos durante los años 1977 y 1978, sumado a lo plasmado en el libro del periodista Uki Goñi, se desprende que entre los miembros operativos, jóvenes oficiales entre 25 y 30 años de edad, al momento del secuestro de su padre, entre los miembros activos se destacaba Alfredo Astiz.

Por otra parte, señala una serie de indicios que lo llevan a presumir la participación del Oficial Cavallo en el secuestro de su padre.

En primer lugar destaca que de las copias que obtuvo de Víctor Bastera, quien habría sido obligado a falsificar una credencial de Ricardo Miguel Cavallo, podría ser una de las quince personas que fueran sindicadas por los albañiles que estaban efectuando tareas de refacción en la vivienda sita en la avenida Santa Fe 1713.

En segundo lugar, destaca lo manifestado por Juan Gasparini en su libro “Montoneros Final de Cuentas” en cuanto a que manifiesta haber sido trasladado el día 11 de enero de 1977, luego de ser secuestrado en las oficinas de Conrado Gómez, en un vehículo marca Ford Falcon color borra vino -Gómez poseía un Ford Fairlane de dicho color-conducido por Ricardo Miguel Cavallo.

En tercer término, Marcelo González, quien se encontrara en la finca de Conrado Gómez al momento que irrumpieran las personas que posteriormente trasladaran a Gómez, le habría manifestado que había logrado percibir la incesante salida de hombres armados, suponiendo que había sido un procedimiento “impresionante”, en razón de la cantidad de gente, el movimiento de vehículos y la violencia desplegada a lo largo de la jornada.

En idéntico sentido se habría expresado Hugo Korembli, quien se encontrara también en el interior del inmueble al momento en que se desarrollara el hecho en cuestión.

Asimismo destaca la magnitud del operativo desarrollado en el inmueble de su padre y en las inmediaciones,- en el que habrían participado Juan Carlos Rolón, Antonio Pernías, González Menotti, Francis William Whamond, Alfredo Astiz y Jorge Radice como experto tirador- que se corresponde con el rango del Oficial Cavallo en estas acciones clandestinas, altamente calificadas.

Todo ello, sumado a la descripción física que le ofrecieran los albañiles que trabajaban en el lugar, hace presumir al denunciante que el oficial Cavallo participó del secuestro, interrogatorio y tortura de su padre como así también en el robo de sus bienes.

Amen de lo expuesto, destaca que conforme lo señalara Gasparini su secuestro habría estado a cargo de la unidad comandada por Juan Carlos Rolón, de la que el oficial Cavallo formaba parte.

Tal circunstancia cobraría relevancia si se valora que el secuestro del citado Gasparini se encontraría relacionado cronológicamente con el secuestro de Conrado Gómez;

Ello así pues es dable establecer que los secuestros de ambas personas por la relación que los unía habría estado a cargo de la misma unidad operativa.¹⁹⁴

De la denuncia de Federico Gómez surge claramente como estaba integrado el grupo operativo por Alfredo Astiz, por Ricardo Cavallo y también como integraron la sociedad “Will – Ri SA” distintos oficiales de la marina, también como secuestraron al abogado Conrado Gómez y mientras lo tenían secuestrado le hacían transferir todos sus bienes hacia ellos.

Este caso demuestra como el grupo operativo constituido por integrantes de la Marina era perfectamente coordinado con el grupo que actuaba en la apropiación de bienes y que la capacidad de apropiación abarcaba no solo bienes muebles fáciles de transferir o de robar sino también caballos de carreras, cuentas bancarias, bienes inmuebles.

La capacidad operativa de la Marina, conducida por Massera para apropiarse de bienes y de propiedades ajenas esta vinculada con el poder en la medida que estas operaciones permitían la continuidad de la empresa represiva.

¹⁹⁴ El fallo completo puede verse en www.nuncamas.org/juicios/argentin/bonadio_011001_01.htm

I.G. La relación del Poder con la Propiedad en la causa Cerruti, Gomez.

El poder ejercido a través de la Junta Militar y de sus tres cabezas, Videla, Massera y Agosti permitía en el dominio del Estado apropiarse de bienes ajenos utilizando como herramienta la estructura del mismo Estado y a los efectos no solo del enriquecimiento personal y de los partícipes sino también con el fundamental objetivo de mantener el poder.

Para ejercer el poder es necesario contar con medios económicos y a través de ellos concretar diversos fines políticos.

Otra clara demostración de la sucesión de hechos que produjeron el saqueo a la familia del abogado Conrado Gómez es el control operativo del país con que contaban y la envergadura de la empresa en cuanto que se apropiaron de dinero en Mendoza, de caballos en Paso de Los Libres, de bienes muebles en Buenos Aires, todo esto acredita el completo dominio en territorio Argentino por parte de la Junta Militar.

I.H. Grupo Operativo

Los integrantes del llamado Grupo de Tareas GT 33/2 de la ESMA fueron el teniente de fragata retirado Jorge Radice (alias Ruger o Gabriel) los capitanes retirados Francis William Wahamond (alias Duque) y Juan Carlos Rolón (Alias Juan o Niño), el capitán de fragata Jorge “El Tigre” Acosta a las ordenes del Almirante Emilio Massera “Almirante Cero”,

A ellos se suma la ahora ex - jueza en lo contencioso administrativo Emilia Marta García y el escribano Arnoldo Dárdano, todos fueron imputados por el juez federal Claudio Bonadío, acusados por los delitos de asociación ilícita; supresión ilegítima de la libertad individual, desapoderación extorsiva de bienes y falsificación de documentos públicos y privados, en perjuicio de Victorio Cerruti, Omar Maserá Pincolini, Horacio Palma y Conrado Gómez, desaparecidos en enero de 1977.

El contador público Jorge Radice es un engranaje importante de este aparato de apropiación de la marina conducido por el Almirante Massera, este aparato permitió la formación de importantes fortunas personales y la creación de “grupos económicos” que continúan en la actualidad ejerciendo el poder que les otorgó el robo de los bienes de los desaparecidos.

El periodista Miguel Bonasso sostuvo con respecto a la investigación que llevaba adelante en el año 2001 el juez federal Bonadío que “Esa investigación podría arrojar datos sobre lo ocurrido con la venta de armas a Croacia y con ciertos curiosos “suicidios” como el del ex ejecutivo del Banco Nación Marcelo Cattáneo o el capitán de fragata Horacio Estrada, también represor del GT33/2 y amigo, como Radice, de Miguel Angel Egea y Alberto Kohan.”¹⁹⁵

Esto permite relacionar el accionar de grupos operativos de la marina que acumularon dinero y bienes durante la dictadura y siguieron trabajando al amparo del Estado con distintos negocios ilícitos con posterioridad a la misma con la ventaja de ya contar con un capital acumulado con el expolio de los bienes de los desaparecidos.

¹⁹⁵ Bonasso Miguel. Diario Página 12. 19/8/01, en internet: www.pagina12.com.ar/2001/01-08/01-08-19/pag.17.htm

Podemos observar cómo nuestra tesis de que el dinero y las propiedades apropiadas permiten acrecentar el poder político de estos grupos se va poniendo de manifiesto.

Según Bonasso¹⁹⁶, *“Ruger se inició en los negocios sucios a nivel artesanal y minorista, en los tiempos terribles del Pañol Grande de la ESMA. Era cuando las ropas, los electrodomésticos y toda clase de bienes de los desaparecidos se acumulaban en el antiguo Casino de Oficiales de la Escuela de Mecánica de la Armada, en filas e hileras que evocaban la industria del terror en Auschwitz; las extracciones de oro dental practicadas por los nazis y negociadas luego por la banca suiza. Ya en esa época, recuerda un sobreviviente de aquel infierno, el “Tigre” Acosta le reprochaba al “combatiente” Radice haberse embolsado un “vuelto” de ciento veinticinco mil dólares.”*

Finalmente Bonasso cita el testimonio de la ex prisionera Miriam Lewin en el juicio a las Juntas: *“Yo mencioné antes que en la calle Zapiola (3696) existía un inmueble propiedad de los padres del teniente Radice, donde yo acudía a trabajar. Exactamente en diagonal a esa casa habitaba un primo de Radice, de alias Barbeta, una persona de ojos verdes, cejas negras, que estaba encargada de administrar para Massera propiedades que habían sido robadas o apropiadas a personas secuestradas; tengo conocimiento de que se organizó una inmobiliaria para la venta de esas propiedades. La detenida Hilda Noemí Actis es destinada a trabajar en esa inmobiliaria hasta que se le permite salir del país, bien entrado el año ‘79. En una oportunidad yo visito esa inmobiliaria (...) quedaba en la calle Ciudad de la Paz”.*

Massera con el dinero robado se dedicó a hacer negocios y crear su partido de la Democracia Social.

Pero la función de Radice y la de Cavallo es tristemente célebre ya que los mismos siguieron dedicándose a hacer negocios con el dinero robado a los desaparecidos.

El capitán de corbeta retirado Ricardo Miguel Cavallo (alias SÉRPICO o Marcelo) cayó detenido en México, cuando hacía negocios para una empresa privada (a cargo de un registro privatizado de vehículos), anteriormente había pasado también por la provincia de Mendoza en la República Argentina, donde gracias a los bienes expropiados al abogado Conrado Gomez, a Cerruti y Palma los marinos tienen también importantes negocios.

Hoy “SÉRPICO” está preso en España donde gracias a su influencia obtuvo la libertad (aunque fue rápidamente detenido nuevamente)

Los marinos tienen y tuvieron negocios vinculados a la identidad de personas y automotores en Argentina (Mendoza y La Rioja) y El Salvador, una de sus empresas es Talsud.

“Entre las empresas asociadas a Talsud en las cuestionadas licitaciones de Mendoza y La Rioja, figuraba Seal Lock, de la que era socio Radice. Además, en su renovación de pasaporte, Cavallo había dado como referencia a Ruger, con quien también había coincidido en Martiel S.A. creada por Miguel Angel Egea, socio a su vez del Tigre Acosta en los astilleros Astilsud, donde se perpetró una importante estafa contra el Banco Central.”¹⁹⁷

Se puede apreciar la ramificación que van teniendo las distintas empresas y negocios realizados con el dinero de la familia Gómez y de tantas otras personas desaparecidas.

¹⁹⁶ Bonasso Miguel. “Los Reducidores de la Esma”. Diario Página 12. 19/8/01, en internet: www.pagina12.com.ar/2001/01-08/01-08-19/pag.17.htm

¹⁹⁷ Bonasso Miguel. Diario Página 12. 19/8/01, en internet: www.pagina12.com.ar/2001/01-08/01-08-19/pag.17.htm

I.I. Conrado Gomez

Según lo describe Miguel Bonasso: “Gómez era un excelente abogado, que siguió defendiendo presos políticos cuando ya era evidente que esa defensa podía costarle la vida. En su juventud había militado en el PC, pero después se había acercado a la izquierda peronista y a Montoneros. Como penalista le había tocado defender a más de un “pesado”, como el célebre contrabandista Vicente “Cacho” Otero, y había ganado mucho dinero. Tenía diversas propiedades y era dueño de unos veinte caballos de carrera. De los que Massera -conocido por su afición turfística- se apoderaría a través de una maniobra gestada por Radice en los sótanos de la ESMA.”¹⁹⁸

Es evidente que la excusa para privar a Conrado de sus bienes es que pertenecían a Montoneros.

Con esta aseveración o con la sola sospecha de tal circunstancia el grupo de “saqueo” de la Esma se apropiaba de los bienes de las personas.

I.J. Cerro Largo S.A.

El escribano Oscar Jorge Maglie, quien en 1977 era notario de la Prefectura Naval Argentina, certificó la firma de Victorio Cerutti, preso en la ESMA, en un recibo por la venta inmueble.

El escribano Ariel Washington Sosa Moliné registró como accionistas de "Cerro Largo" a Mario Rodríguez y Felipe Pagés, quienes en realidad eran oficiales de la Armada pertenecientes a la ESMA: el capitán de corbeta (RE) Francis William Whamond, y el teniente de navío (RE) Alejandro Spinelli, quienes se convirtieron en presidente y vicepresidente de la empresa, trasladando su sede de Mendoza a una oficina inexistente de la Capital.

“Los falsos Pagés y Rodríguez dieron amplios poderes a Pascual Gómez, en verdad Daniel Berrone, un teniente de fragata también de la ESMA. Dicho poder fue extendido en la escribanía de Sosa Moliné. Luego el incorpóreo Pascual Gómez vendió los terrenos a precio irrisorio a un falso Federico Williams, otro alias de Whamond.

Antes de esfumarse del todo, Pascual Gómez asentó como su abogado a una persona real, Manuel Andrés Campoy, clave para entender lo que ocurriría después, cuando se relegalizaran los terrenos. Al entrar en escena, Williams dijo que actuaba bajo mandato de la sociedad en formación "Wil Ri", entre cuyos dignatarios sobresalía Juan Héctor Ríos, en verdad el teniente de fragata Jorge Radice, secretario privado de Massera.”¹⁹⁹

I.K. “WILL – RI S.A.”

El teniente de fragata Jorge Radice, llamado “Gabriel” o “Ruger” se hizo hacer documentos a nombre de Héctor Juan Ríos con la cual se creó la sociedad “Will – Ri” así llamada por William Wahamond y “Ríos”, a la que Victorio Cerrutti, cedería las propiedades de Cerro Largo S.A. estando secuestrado.

¹⁹⁸ <http://www.pagina12.com.ar/2001/01-08/01-08-19/pag17.htm>

¹⁹⁹ <http://www.clarin.com/suplementos/zona/2001/01/07/z-00901.htm>

“Wil Ri” se constituyó el 1° de julio de 1977 en el estudio de Sosa Moliné. Terminarían acaparando sus acciones Mario Alberto Cedola, teniente de fragata y contador y la abogada Emilia Martha García, quien trabajaba en la escribanía de Sosa Moliné y era su ayudante de cátedra en la Universidad Notarial Argentina.

En 1981 se transfirieron las tierras de “Wil Ri”, a otra sociedad llamada “Misa Chico” domiciliada en Guido 1612, 18 “C”, de Buenos Aires.

Era el domicilio de Rafael Antonio Vila, representante de Massera en la “Empresa de Desarrollos Espaciales”, fabricante de torpedos y misiles para exportación.

En 1982 *“Misa Chico” se mudó a Cerrito 1136, piso 10, Capital, a las dependencias del “Partido para la Democracia Social”, cuyo jefe era Massera. El 74,875 por ciento de las acciones de “Misa Chico” pertenecían a uno de los hijos y al hermano del ex-almirante. Para enrarecer las huellas, “Misa Chico” sufrió transfiguraciones en cascada.*²⁰⁰

Es evidente que la represión era lucrativa. Se investigó el caso Gómez pero podemos afirmar que en la Provincia existieron numerosos casos, en el caso de Francisco Urondo y Alicia Cora Raboy luego del asesinato del primero en el momento de su captura y del secuestro de Alicia quien hoy continua desaparecida las fuerzas de seguridad se quedaron con una casa del mismo en el departamento de Guaymallen en Mendoza.

I.L. Las otras empresas de Massera:

Según investigó Susana Viau²⁰¹ para las propiedades inmuebles Massera constituyó la Sociedad Misa Chico y otras dos sociedades.

Una de ellas llamada ***Luz del Sur***. Con Luz del Sur constituida por amigos y parientes “compró en 13 millones de la época ***la quinta de El Talar de Pacheco*** en la que Massera estuvo recluido en mayo de 1999. La quinta de Pacheco, cercana a la planta Ford, tiene características similares a las descritas por sobrevivientes de la ESMA que relataron haber sido llevados allí en varias ocasiones....

...En 1991 pasaron a ser patrimonio de Luz del Sur un departamento de la calle Figueroa Alcorta 3590, piso 16, y el piso 12 de Avenida del Libertador 2423, vivienda de los Massera...

...Otra sociedad del ex almirante fue ECER, a cuyo nombre estaban inscriptos el departamento de Cerrito al 1100, donde tuvieron sede Misa Chico, el Partido por la Democracia Social (PDS) y el estudio de abogados de Eduardo Massera hijo (titular de Misa Chico con 11.980 acciones, junto a su fallecido tío Carlos Massera –10 acciones– y el que fuera presidente del PDS Pedro Añón –10 acciones–) y el departamento de la calle Darragueyra que Massera padre había comprado a la locutora y ex modelo Teté Coustarot”

Según palabras de testigos la mayor cantidad de dinero estaba en el plan de re equipamiento naval y las fragatas misilísticas, construidas mitad en los astilleros argentinos y mitad en las acerías Thyssen.

Otra empresa de Massera fue *Tandanor*.

²⁰⁰ <http://www.clarin.com/suplementos/zona/2001/01/07/z-00901.htm>

²⁰¹ <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-52045-2005-06-06.html>

*“Tandanor fue la empresa armamentística dirigida por el almirante Ricardo Guillermo Franke y el capitán de navío Horacio Debernardi, futura **pieza clave en la venta ilegal de armas a Bosnia**. Hasta el ACV que acabó de destruirlo, Massera siguió controlando la ribera del río. Fue a él que, en los '90, otro ex alumno del Liceo Naval, Luis Santos “Billetera” Casale, le pidió que intercediera para poder fijar allí, muy cerca de los astilleros Domecq García, la “zona franca paraguaya”, un curioso engendro pergeñado en complicidad con el testaferro de Emir Yoma. Massera y Santos Casale se conocían bien: habían coincidido en dos compañías de remolcadores, Rúa y Satecna. La reunión de acuerdo para la integración de éstas –corría aproximadamente el año 1982– se celebró en el sexto piso de un departamento de Azcuénaga y Marcelo T. de Alvear....*

*....De todos modos, la niña de los ojos del ex jefe de la Marina, su gran esperanza estaba cifrada **en el banco de Ultramar**, la entidad a cuyo frente volvió a colocar al almirante Franke y cuyo directorio integraron Julio Luis Cortelezzi, David Bernardo Sapochnik y el cuñadísimo De La Lastra. Síndico y accionista de la entidad iba a ser Susana Esther Venditto de Fiorentino la persona que había firmado los balances de Misa Chico. El banco se hundió en el marasmo de los '80, aunque eso no significó el fin de las actividades en la citi: Eduardo Massera hijo y su hermano Emilio Esteban fundaron la más modesta financiera **Xanexva**. Por un pelo no fue banco. Estaba amparada por la Ley de Entidades Financieras, la ópera magna de José Alfredo Martínez de Hoz, la vara mágica que convirtió en grandes casas las oscuras mesas de dinero que florecían en el microcentro.”²⁰²*

Se puede apreciar cómo las empresas controladas por el Almirante Cero van desde Misa Chico, pasando por Tandanor, el proyecto frustrado del Banco de Ultramar hasta la financiera Xanexva.

En todas estas operaciones contó con la participación de sus sub alternos y allegados y fundamentalmente de su hijo Eduardo.

El poder económico de los Massera amasado durante la dictadura en base a la expoliación de bienes a los desaparecidos todavía continúa existiendo en diversas formas.

Otra prueba del poder de Massera fue la desaparición de Fernando Branca esposo de Martha McCormak, quien tenía negocios con Massera y desapareció luego de haber sido invitado por Massera a pasear por el río.

El poder y el dinero junto con la apropiación de bienes del grupo comandado por Massera e integrado por Jorge Acosta (El Tigre), Alfredo Astiz (El Cuervo), Miguel Angel Cavallo (Sérpico), Ruben Chamorro (Delfín), Miguel Benazzi Berisso (Salomón), Antonio Pernía (Rata), Jorge Perrén (Ingles), Gabriel Radice (Ruger), Armando Lambruschini (Segundo), Luis D Imperio (Abdala), Alberto Menotti (Gato), Jorge Mayol (Reja), Fernando Peyrón (Everready), Jorge Suárez (Loco Antonio).

Todos estos y muchos más integraban la marina y se dedicaban a secuestrar a apropiarse de bienes y expoliar a sus víctimas.

Como sostiene Osvaldo Bayer en su prólogo al Libro Massera El Genocida de las Madres de Plaza de Mayo, “fueron todos producto de la Escuela Naval Militar”²⁰³.

²⁰² Susana Viau. “Política Y Caja Eran Una Misma Cosa” <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-52045-2005-06-06.html>

²⁰³ Asociación Madres de Plaza de Mayo. Massera El Genocida. Editorial Página 12. Bs.As. Pág. 7

Lo más curioso a los fines de la presente investigación es que uno de sus centros de operaciones fue establecido en la Provincia de Mendoza.

I.M. Conclusión

Llega la tarea más difícil que es la de sostener una hipótesis a partir del trabajo de investigación.

En este caso se traduce en una tarea sencilla, a partir de que en general y como consecuencia de que en la última dictadura militar que gobernó Argentina entre los años 1976 a 1983 se estudió fundamentalmente los ataques al derecho a la vida e integridad de las personas que fueron secuestradas y continúan desaparecidas, las torturas, la violencia política y el autoritarismo.

Una parte poco conocida es la referida al presente trabajo donde se muestra la cara oculta de los Jerarcas argentinos, la cara que los distingue como ladrones.

El robo, tal como lo define el Código Penal Argentino consiste en apoderarse ilegítimamente de una cosa mueble, total o parcialmente ajena, con fuerza en las cosas o violencia en las personas.

Es claro que a partir de la violencia el grupo conducido por Massera se apoderó de los bienes de los argentinos y en especial no sólo de los bienes muebles sino también de inmuebles y otros bienes registrables del Abogado Conrado Gómez.

Esa cara oculta puede salir a la luz en el presente trabajo del que surgen dos ideas centrales.

La primera la de un marco general de un sistema económico destinado a la concentración de la riqueza en pocas manos. Un sistema económico establecido a nivel macro – económico para enriquecer al grupo militar que gobernaba el país.

La segunda es la de un proceso micro, es decir pequeño, un proceso de robo hormiga en todo el país de los bienes de los desaparecidos y la apropiación de sus hijos.

Un proceso micro que incluyó la extorsión, el robo, la coacción, y llegó a hechos aberrantes como sacar dinero a las familias de desaparecidos con la promesa de volver a ver a sus hijos.

Massera fue capaz de cometer los actos más atroces con tal de enriquecerse personalmente y llevar adelante su proyecto político en base al dinero expoliado.

Esta cara oculta de la represión es preciso que salga a la luz porque demuestra que las dictaduras Latinoamericanas no sólo fueron asesinas y torturadoras sino que sus jefes fueron ladrones.

Así quedó demostrado con Augusto Pinochet en Chile donde las cuentas y el dinero que le expolió al pueblo de Chile se cuenta por millones en el mundo.

Así queda demostrado en esta investigación con Massera padre e hijo y con los grupos económicos que nacieron a partir de esta expoliación.

Lo más fuerte de esto es llegar a comprender que a partir de este robo surgieron grupos económicos que hoy manejan la economía de Argentina y también en muchos casos tienen participación en medios de difusión pública con lo cual evitan ser señalados.

Puedo afirmar como síntesis que con el caso del Dr. Conrado Gómez en Mendoza se empieza por un saqueo de sus bienes y luego la constitución y nacimiento de diversas empresas que

llegan a tener distintas licitaciones y culminan con la caída de Miguel Angel Cavallo (Serpico) en México, pero esas empresas siguen funcionando y el poder de esos grupos sigue siendo el mismo.

Propongo al Estado Nacional la expropiación de los bienes de dichas empresas constituidas al amparo del Terrorismo de Estado.

I.N. Bibliografía:

Marcos Novaro/Vicente Palermo. Historia Argentina. La Dictadura Militar 1976/1983. Del Golpe de Estado a la Restauración Democrática. Editorial Paidós. Bs. As. 2003;

Vezzetti, Hugo. Pasado y Presente.- 1ª ed. Editorial Siglo XXI. Bs. As. 2003;

Ramón Torres Molina. Los Derechos Humanos en la Argentina. Editorial Campana de Palo. Bs. As. 1989;

Abalo Ramón El Terrorismo de Estado en Mendoza. Liga Argentina por los Derechos del Hombre. Familiares de detenidos desaparecidos de Mendoza. Editado por Luis Santos. Mendoza 1997;

Asociación Madres de Plaza de Mayo. Massera. El Genocida. Editorial La Pagina S.A. Capital Federal. Argentina. 1998;

Centro de Estudios Legales y Sociales. Muertos por la represión. Bs.As. 1982;

Centro de Estudios Legales y Sociales. Uruguay-Argentina : coordinación represiva. Bs.As. s.f. ;

Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la O.E.A. "Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Argentina". Aprobada por la Comisión en su 667a. sesión del 49 período de sesiones celebrada el 11 de abril de 1980;

Duhalde, Eduardo Luis. El Estado terrorista, argentino. Ediciones El Caballito. Bs.As. 1983;

La Revista de la Comisión Internacional de Juristas. El caso del capitán Astíz. Ginebra, número 28, jun. 1982, p. 3-4. ;

La Revista de la Comisión Internacional de Juristas. Torturas y otras violaciones de los derechos humanos como crímenes internacionales. Ginebra, número 16-17, junio—dic. 1976. ;

La Revista de la Comisión Internacional de Juristas. Regímenes militares en América Latina. Ginebra, número 16-17, jun.-dic. 1976, p. 72-84. ;

Potash. A. Robert. El Ejército y la Política en la Argentina. Editorial Hispamerica. Bs.As. 1985;

Ramella Pablo. Autobiografía y Selección de escritos jurídicos. H. Senado de la Nación. Secretaria Parlamentaria. Dirección de Publicaciones. Bs. As. 1995. Imprenta del Congreso;

Ramella Susana. Orden Jurídico con Justicia para la Paz en el pensamiento de Pablo A. Ramella. Editado por la Universidad Católica de Cuyo.San Juan 1996;

Reyna, Roberto. La Perla. Buenos Aires, El Cid Editor, 1984. ; Rosenberg Tina Astiz La Estirpe de Caín. Editorial La Página S.A.. Bs. As. 1998.;

Rouquie, Alain. Poder militar y sociedad política en la Argentina . Buenos Aires, Emece, 1981, 2 volúmenes;

Sancinetti Marcelo A. Derechos Humanos en la Argentina Post-Dictatorial. Editorial Lerner Editores Asociados. Bs. As. 1988;

Zarini Juan Helio. Historia e Instituciones en la Argentina. Editorial Astrea. Bs. As. 1981;
Zorraquin Becú, R. Estudios de Historia del Derecho. Editorial Abeledo Perrot. Bs. As. 1988.

LA PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA

Luciana Álvarez

VII. CONTINUIDADES Y RESISTENCIAS EN LOS PROCESOS DE TRANSFORMACION DEL STATUS JURIDICO DEL INDIGENA EN ARGENTINA.

I.A. Los caminos de la igualdad y la diferencia.

Este trabajo pretende dar cuenta del proceso de construcción del status jurídico del indígena en el discurso jurídico argentino, rastreando los momentos de ruptura, cambio y resistencia del discurso jurídico en torno de la consagración de la igualdad y de la diferencia.

En tal sentido, se ha considerado como una primera manifestación de este proceso, el caso de la reaparición -con posterioridad a la Revolución de Mayo de 1810, es decir durante el periodo del derecho patrio post-independentista y hasta mediados del siglo XX- de la institución del “Protector de naturales” o también llamada, “Protector de indios”, institución propia del Derecho Indiano.

Como otra evidencia, se observa actualmente, la vigencia y tendencia a la consolidación de institutos jurídicos propios del constitucionalismo clásico o social, tales como la legislación civil común y las políticas sociales indigenistas, como resistencia a la confirmación plena de los derechos consagrados a las comunidades indígenas en la Constitución Nacional Argentina de 1994, es decir la resistencia a este nuevo paradigma jurídico político²⁰⁴.

De acuerdo con desarrollos recientes, el periodo -entre 1810 y 1870, para el caso argentino- constituye un periodo de *entronque* del derecho indiano con el derecho patrio, resultando relevante desde esta perspectiva, rescatar las continuidades ante las pretensiones de ruptura, reconociendo que en todo proceso de cambio existen resistencias, voluntarias y estratégicas, o no, y que la fuerza de los grandes acontecimientos se mide en las prácticas sociales²⁰⁵. Igualmente, dichas aseveraciones resultan válidas respecto del paso del derecho basado en la igualdad jurídica al sistema consagrado en la constitución de 1994, tendiente al respeto de las diferencias, culturales, sexuales, regionales, entre otras.

Cabe recordar, entonces, que en general el nuevo sistema jurídico es una reacción y, a la vez, una consolidación del anterior, no se crea algo totalmente distinto a lo existente,

²⁰⁴ Cabe considerar el debate que se produjo respecto de los principios ideológicos y valorativos que emanaban de la Constitución después de 1994. La cuestión consistía en determinar si fue mantenida, continuada y desarrollada la línea ideológica trazada por los constituyentes históricos, o si por el contrario, la reforma constitucional había producido una ruptura axiológica que neutralizada el paradigma anterior, en abono de esta última posición véase entre muchos otros GELLI, María Angélica, *Constitución Nacional Comentada*, Buenos Aires, La Ley, 2003.

²⁰⁵ Cf. TAU ANZOATEGUI, V., *Nuevos horizontes en el estudio histórico del derecho indiano*, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1.997.

sino que, a partir de lo conocido, se lo modifica y adapta a nuevas corrientes filosóficas, a diferentes circunstancias y situaciones socioeconómicas.²⁰⁶

Respecto de los procesos de cambio y continuidad que se analizan en este trabajo, interesa destacar que, tanto en el proceso de constitución del derecho patrio-independentista, como en la actual vigencia de los derechos de los pueblos indígenas integrados en los derechos humanos, existen resistencias frente a la consolidación de un nuevo paradigma – se trate de la igualdad en el caso del derecho patrio post-independentista o, de la diferencia en el caso de la Constitución Nacional argentina de 1994-, no sólo a nivel de las prácticas sino de los discursos jurídicos y jurisprudenciales.

I.B. La pretendida igualdad del indígena

Se refiere aquí la consideración jurídica del indígena en la etapa que va del Derecho Indiano -entendido este en un sentido muy amplio, incluyendo el periodo de conquista y colonización española entre los siglos XV-XVIII²⁰⁷- al Derecho Patrio post-independentista en la referida etapa de *entronque*.

Puntualmente resulta relevante cómo era considerado el indígena de acuerdo al Derecho Indiano, y cómo debía ser considerado luego de la revolución liberal, y a este deber de igualdad incumplido se alude con el término “pretendida” que se ha utilizado en el título del acápite.

En el periodo del Derecho Indiano se distingue entre los indígenas incorporados de algún modo, aun el más precario y violento, a la sociedad civilizada gobernada por la metrópoli española, y los indígenas que permanecían rebeldes²⁰⁸, manteniendo sus formas de

²⁰⁶ Ramella, S. T. “La desigualdad en el orden de la igualdad jurídica: el caso de los indígenas”, en XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Coordinador Luis E. González Vale, San Juan de Puerto Rico, 2003, p. 4.

²⁰⁷ Muchos autores no dudan en considerar al actual proceso de transnacionalización del capitalismo o globalización, como un proceso que, en relación con los pueblos originarios habría comenzado ya en el siglo XV, es decir, el proceso de globalización tiene evidentes semejanzas con el proceso de expansión imperial que tuvo lugar en el siglo XV, con la conquista y colonización de nuevo mundo. Véase a modo ilustrativo: VARESE, Stefano “Identidad y destierro: Los pueblos indígenas ante la globalización”, Revista de Crítica Literaria Latinoamericana, Año XXIII, N° 46, Lima-Berkeley, segundo semestre 1997, pp.19-35; NUÑEZ, Angel, “Globalización y otras yerbas”, en El canto del Qetzal. Reflexiones sobre la Literatura Latinoamericana, Buenos Aires, Corregidor, 2001; MARIACA ITURRI, Guillermo, “Los refugios de la utopía. Apuntes sobre estudios culturales desde la región andina”, en Memoria de JALLA, Tucumán 1995, Jornadas Andinas de Literatura Latinoamericana, Tucumán- Argentina, Universidad de Tucumán, 1997.

²⁰⁸ Esta categoría de rebelde se ha considerado, evidentemente, en relación al poder hegemónico, conquistador. En realidad se trató de comunidades indígenas que mantenían sus prácticas sociales habituales de subsistencia, comunidades estas que incluso fueron reconocidas como entidades políticas autónomas (sino soberanas) por las autoridades de las ciudades -que luego conformarían el actual territorio argentino, pero que en ese momento contaban con poderes soberanos- por ejemplo Mendoza, Provincia de Buenos Aires, Gobierno de Corrientes, Santa Fe y Córdoba. Cf. LEVAGGI, Abelardo, *Los tratados entre la Corona y los indios y el plan de conquista pacífica en*

autoridad, agrupación familiar y condiciones materiales de desarrollo originarias, al margen de la autoridad de aquella.

Interesan en nuestro desarrollo los indígenas incluidos en la sociedad civil, a los que se les impuso una determinada condición jurídica, no fueron considerados personas con capacidades plenas, sino que su status jurídico y relaciones socio-jurídicas se rigieron de acuerdo con la categoría especial de “miserables”. Si bien, es conocido que la existencia de categorías especiales durante la vigencia del Derecho Indiano no puede considerarse como signo discriminatorio²⁰⁹, de acuerdo con las características de casuismo, fragmentariedad, pluralismo jurídico²¹⁰, de todos modos ello no resulta óbice para sostener que el indígena era considerado inferior al español, o al criollo.

Por su lado, los indígenas rebeldes fueron considerados salvajes a los cuales era necesario civilizar por el bien de la sociedad civil y de los indígenas mismos quienes, al decir del discurso hegemónico de la época, habiendo sido criados en la humillación y en la ignorancia no eran capaces de valorar las ventajas de la civilización²¹¹.

En términos generales, durante el periodo del derecho indiano, se consideraba que el indígena sería realmente persona con dignidad y plenos derechos cuando fuese evangelizado y civilizado, con lo cual fue “objeto” de diversas políticas de adaptación cultural. Para el caso de los pueblos indígenas rebeldes tales políticas consistieron, en algunos casos en el mantenimiento de la paz mediante tratados que reconocían su personalidad, al menos política, pero mayormente la adaptación cultural se implementó de forma violenta por medio de campañas militares.

En este contexto, los indígenas fueron despojados de sus tierras, por medio de las guerras de conquista, enfermedades y epidemias provenientes de Europa, en la que fueron destruidas ciudades enteras y aniquilados miles de indígenas, o, en el mejor de los casos, obligados a emigrar hacia otros territorios.

Respecto de las comunidades indígenas ya incorporadas, se utilizaron como método de despojo el uso abusivo de formas de explotación de la fuerza de trabajo del

Revista Complutense de Historia de América N° 1981, Editorial Complutense, Madrid, 1993 y LEVAGGI, A., *La paz en la frontera. Historia de las relaciones diplomáticas con las comunidades indígenas en Argentina, Siglos XVI-XIX*, Editorial Dunken, Bs. As., 2000.

²⁰⁹ La categoría discriminación resulta relevante cuando existe un sistema de igualdad ante la ley, y el trato desigual proviene de una arbitrariedad. Claramente, como sostiene Thomas Duve en “La condición jurídica del indio y su consideración como *persona miserabilis* en el Derecho Indiano”, en: Losano, Mario (comp.), *Un giudice e due leggi. Pluralismo normativo e conflitti agrari in Sud America*, Università degli Studi di Milano, Dipartimento Giuridico-Politico, Collana, Teoria Generale e Informatica del Diritto, IV, Milano, 2004, pág. 33: “...los indios fueron desiguales en una sociedad de desiguales, fueron considerados “diferentes” en un sistema jurídico fundamentado en las diferencias ...” Pero no cabe desconocer por ello la consideración del indígena como inferior, tal como sostiene el mismo autor al decir “En lo que atañe al derecho vivían sumergidos en un sistema cultural ajeno a ellos. Desapareció su derecho...”

²¹⁰ Cf. DUVE, T., *Ibidem*, pag. 10,

²¹¹ Cf. LEVAGGI, A., “La protección de los naturales por el Estado Argentino (1810-1950). El problema de la capacidad”, en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, Santiago de Chile; 1990-1991.

indígena. La explotación revistió la forma de cuasi-servidumbres mediante el uso de instituciones como la encomienda²¹² o la mita²¹³.

La apropiación de territorios pertenecientes a pueblos indígenas estuvo determinada por la transformación de la tierra comunitaria en dominio privado a través de la asignación de mercedes reales²¹⁴ y la transformación del indígena comunero en trabajador productivo²¹⁵.

Durante la época de la colonia, a nivel del discurso jurídico, se reconoció la diferencia entre el indígena y el resto de la colectividad, pero se trata de una noción de “diferencia cultural” en la cual se percibe al diferente como inferior²¹⁶. La diferencia es algo no

²¹² La encomienda era una institución por la cual se imponía al indígena (encomendado) el pago de un tributo al conquistador (encomendero). La violación de dos de sus premisas fundamentales - pago del tributo en especie en lugar de servicio personal y prohibición al encomendero de apropiarse de las tierras- condujo a la instauración de una especie de esclavitud y al desapoderamiento de los indígenas de sus territorios, lo que estaba prohibido según las leyes de la época. Cf. AYLWIN, José. *El acceso de los indígenas a la tierra en los ordenamientos jurídicos de América Latina: un estudio de casos: volumen I y II*. Publicación de Naciones Unidas, 2002. Pag.12. Asimismo, el encomendero tenía la obligación de evangelizar a los indígenas, lo que justificaba al Poder Real su otorgamiento. Cabe destacar, en este sentido y para territorio -actualmente- argentino, las Ordenanzas de Alfaro, las cuales pretendieron poner fin a la servidumbre de los indígenas encomendados y convertir la encomienda en un sistema de trabajo organizado mediante la obligación de trabajar, pero la libre contratación -es decir el indígena podía elegir con qué encomendero trabajar-, a su vez el encomendero debía pagar una remuneración y el indígena debía un tributo sustituible por trabajo a opción de él mismo. Cf. TAU ANZOATEGUI, V. y MARTIRE, E. *Manual de Historia de las Instituciones Argentinas*, pág. 164/165 y ZORRAQUIN BECÚ, R., *Historia del Derecho Argentino*, pág. 96/97.

Igualmente, respecto de las disposiciones indianas relativas a la propiedad comunitaria indígena y su, muy escaso, cumplimiento véase MARILUZ URQUIJO, José M., *El régimen de la tierra en el derecho indiano*, Buenos Aires, Editorial Perrot, 2º Edición aumentada, págs. 30/32.

²¹³ La mita era un sistema de trabajo utilizado por los incas. Constituía una de las tres formas de trabajo, se trataba de trabajo público obligatorio por medio del cual se construían obras públicas y se mantenía el Gobierno del Imperio. Era de carácter rotatorio y quienes lo prestaban obtenían a cambio tierra para cultivo familiar y sostén en los tiempos de mala cosecha o frente a otras contingencias. Durante la época de la conquista, el Virrey Toledo (Virreinato del Alto Perú), utilizó la mita, sin respetar turnos rotatorios de trabajo ni retribución alguna, en la explotación de las minas de Potosí a favor de la Corona de España. Esta forma abusiva y esclavizante de explotación provocó la muerte de millones de indígenas.

²¹⁴ Si bien, como se refiere en la nota 6, no puede hablarse estrictamente de propiedad individual en el sentido que se entenderá en el Nuevo Régimen y aun actualmente, sí se produce en el periodo del Derecho Indiano, una distribución de la tierra comunitaria que venían practicando los pueblos indígenas, en cabeza de sujetos individuales, a título individual. Cf. MARILUZ URQUIJO, J., Op. Cit., págs. 33/63.

²¹⁵ Esta categoría será propiamente del Nuevo Régimen, de todos modos la situación de explotación del indígena será la base sobre la cual se articulará luego la explotación de la fuerza de trabajo propia del sistema político económico liberal.

²¹⁶ Cf. FERRAJOLI, L. y CARBONELL, M., *La igualdad y la diferencia de género*, Mexico, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, Colección Miradas 2, 2005, pág. 20.

deseado, es necesario desterrar del indígena todo lo que hay de diferente: sus instituciones políticas, sociales y económicas, sus formas de relación con la tierra y el medio ambiente, su religiosidad y valores espirituales.

Es decir que, en el que hemos considerado como derecho indiano, al indígena incorporado, se lo trataba con un régimen diferenciado fundado en sus características culturales incivilizadas, no en su especificidad como portador de identidad, y respecto de sus tierras se promovía su constante desapoderamiento.

Ahora bien, con la implementación del Derecho Patrio, y la modernidad jurídica, tras la revolución independentista, y frente a este criterio de diferencia jerarquizada, el principio rector va a ser la igualdad jurídica, igualdad entendida como la misma ley para todos, igualdad ante la ley, igualdad formal, igualdad/ficción²¹⁷.

El indígena fue considerado, en el derecho patrio-independentista²¹⁸ un ciudadano argentino, en principio, con los mismos derechos y en las mismas condiciones que el criollo *sin alusión a sus características culturales*, como productoras de consecuencias jurídicas.

Hacia el final del siglo XIX, con la consagración del nuevo régimen fundado en la libertad y autonomía del individuo, concebido este como “homo economicus” y la propiedad

²¹⁷ Una ficción, a diferencia de una hipótesis, va acompañada, o debería ir acompañada de la conciencia de que no corresponde a la realidad.

Respecto de la noción de igualdad promovida por el liberalismo decimonónico, véase ABÁSULO, E., “El elemento indígena como generador de tensiones en el seno de la modernidad jurídica. Algunas consideraciones al respecto a partir del caso argentino”, en Anuario Iberoamericano de Historia del Derecho e Historia Contemporánea, Santiago de Chile, 2002, pág. 58.

²¹⁸ Estatuto Provisional de 1815, Sección Primera, Capítulo I, *De los derechos que competen a todos los habitantes del Estado*, Artículo I° y II°, consagra la igualdad como derecho de todos los habitantes del Estado, expresando que la misma consiste en *que la Ley, bien sea preceptiva, penal o tuitiva, es igual para todos, y favorece igualmente al poderoso, que al miserable para la conservación de sus derechos*; El texto de Constitución Nacional de 1819, establecía en su Artículo 128°: *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 o servicio personal bajo cualquier pretexto o denominación 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.*; El texto de la Constitución Nacional de 1826, establecía en su Artículo 160° - *Los hombres son de tal manera iguales ante la ley, que ésta, bien sea penal, preceptiva o tuitiva, debe ser una misma para todos, y favorecer igualmente al poderoso que al miserable para la conservación de sus derechos*, sin hacer referencia explícita al indígena. En todos ellos, en cambio, se explicita la situación de los “negros”, prohibiendo la esclavitud. La Constitución Nacional de 1853/60, consagra el derecho a la igualdad ante la ley, artículo 16°, y hace referencia explícita al indígena en el artículo 67, inc. 15 al prescribir como atribución del Congreso Nacional *la protección de las fronteras nacionales, mantener un trato pacífico con los indios y promover su conversión al catolicismo*. Cabe destacar que en todos estos instrumentos predomina el principio de igualdad, la referencia somera a lo indígena es relativa a la necesidad de su conversión, su igualdad al resto de la población.

como una “mera mercancía”²¹⁹, se sancionan los códigos civil, comercial y penal. En ellos se consagra la libertad individual, los derechos personales, la propiedad privada individual y todo el sistema de protección de los derechos privados, donde la concepción de la propiedad comunitaria e identidad de grupo comunitario resulta incompatible²²⁰.

Bajo este criterio, por ejemplo, las tierras que detentaban los indígenas fueron declaradas baldías, incorporadas al dominio fiscal y vendidas o donadas a terceros, en ocasiones entregadas o donadas a las propias comunidades indígenas pero sin reconocer su dominio preexistente, sino como obra de la propia voluntad estatal. Ello era posible dado que al liberar a los indígenas del tributo, se lo liberó no sólo de obligaciones antes debidas a la corona sino, además, de sus derechos privándolos de la posibilidad de arraigo a la tierra.²²¹

En este sentido refiere Levaggi, “*Varias leyes fueron dictadas para disolver la comunidad de las tierras que tenían los indios. El individualismo, que había empezado a manifestarse con la Ilustración, y que identificaba el derecho de propiedad con la propiedad individual, apuntaba a la extinción de las comunidades y a la división de la tierra entre los comuneros bajo la forma de propiedad individual, la única que merecía el amparo de la ley.*”²²²

Tampoco se hace mención a la existencia del indígena ni sus instituciones. Lisa y llanamente no se admitió como posible la existencia dentro de la nación argentina de sujetos culturalmente distintos.

Pero a nivel de las prácticas socio-jurídicas, las diferencias culturales de los indígenas respecto de otros habitantes, en su mayoría inmigrantes europeos y criollos, los llevó

²¹⁹ Se refiere aquí a la propiedad como mera mercancía, en el sentido que se ha producido un traspaso de la cosa como fundamento de la relación cosa-hombre -teoría y práctica reicentrista- tal como se estructura en el Antiguo Régimen, al sujeto y sus derechos, potestades, facultades y su libertad. La cosa en esta etapa queda sometida de modo absoluto al sujeto, pasa a constituir una parte del hombre, no a la inversa como ocurría anteriormente, así GROSSI, Paolo en “Propiedad y contrato”, *El estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, Madrid, Trotta, 2004, págs. 128/129, sostiene: “Si los medievales habían hecho de la cosa el observatorio y eje de su análisis, este se desplaza ahora hacia el nuevo sujeto-individuo. (...) La propiedad como sombra del sujeto sobre las cosas, proyección -en su manifestación externa- del sujeto sobre la naturaleza, encuentra en él su primer origen y su legitimación más fuerte.” Además, la expresión “mera mercancía” busca evidenciar la distinción entre la consideración de la tierra para los pueblos indígenas como fundamento sagrado de la existencia humana -como madre- y la tierra y la propiedad sobre ella para el nuevo orden político jurídico hegemónico surgido de la revolución independentista.

²²⁰ Bartolomé Clavero se refiere en este sentido al carácter im procesable para el sistema constitucional de la diferencia de etnia con una distinción de cultura, cf. CLAVERO, B., *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, Madrid, Siglo XXI, 1994, pag. 37, citado en ABÁSULO, E., OP. CIT., pág. 61.

²²¹ Cf. LEVAGGI, A., “Tratamiento legal y jurisprudencial del aborigen en la Argentina durante el SXIX” en *El aborigen y el derecho en el pasado y en el presente*, (Coord. Levaggi, A.), Buenos Aires, UMSA, 1990, p. 256. Se alude aquí, a la circunstancia de que el indígena bajo el imperio del derecho indiano, en los casos en que se permitía mantener su dominio sobre tierras comunales, aun mediante el pago de un tributo al encomendero, conservaba algún disfrute, o derecho, sobre su tierra. Pero con el Nuevo Régimen si bien desaparece la obligación del tributo, a su vez desaparece la posibilidad de conservación de la tierra en comunidad.

²²² Ibid., p. 260.

a no poder acceder a los derechos que les estaban consagrados en su calidad de iguales. Fuera porque sus religiones y formas de organización no eran reconocidas como legítimas como, por su imposibilidad de comprender una cosmovisión tan adversa, no pudieron alcanzar las libertades mínimas (no conocían el idioma, carecían de recursos, carecían de acceso a información).

Esta situación fue, en cierta medida, cristalizada por el discurso jurídico²²³ de la época, generándose en consecuencia, y frente a estas palpables injusticias, el mantenimiento de la fuerza y vigencia de las instituciones tutelares del derecho indiano, que a esta nueva luz eran vistas por el discurso jurídico²²⁴, ahora, como más “justas”, quedando marginado el clamado derecho a la igualdad²²⁵.

Así, en algunas provincias, e incluso a nivel nacional²²⁶, se dispuso la instauración del “protector de naturales” o “protector de indios”²²⁷ propia de la condición de “miserable” del derecho indiano. Y, si bien esta figura tendió a borrarse, su lugar no tardó en ser ocupado por la del defensor de incapaces o menores²²⁸, hasta que resurgió en el siglo XX la idea de un patronato especial de indios²²⁹.

Esta tendencia, que se mantuvo hasta mediados del siglo XX siendo en el año 1948 cuando se presenta el último proyecto de ley de Patronato Nacional de Indios, evidenciaba la resistencia al nuevo paradigma²³⁰ que sustentaba la igualdad, aunque formal, del indígena con el criollo y/o europeo.²³¹

²²³ El discurso jurídico es, fundamentalmente, el espacio en que se articulan distintas posiciones políticas, ideológicas, culturales, sociales y económicas sobre lo social y a través de lo cual se llevan a cabo las luchas entre estas distintas posiciones. Cf. Foucault, M, FOUCAULT, Michel, *El orden del discurso*, España, Tusquets Editores, 1987; VERON, Eliseo, *La semiosis social. Fragmentos de una teoría de la discursividad*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1987. Y en este sentido, se ha considerado la noción de discurso como ámbito de lo jurídico fuera de los textos normativos, propiamente, tales como leyes, decretos, resoluciones.

²²⁴ La posición frente a la necesidad del protector de naturales fue sostenida tanto por

²²⁵ Cf. LEVAGGI, A., “Muerte y resurrección del derecho indiano sobre el aborigen en la Argentina del siglo XIX” en *Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas*, 29, Köln, Wien, 1992, p. 179/193.

²²⁶ Ley provincial de Salta del 3 de enero de 1859; Decreto Nacional del 22 de agosto de 1879; Decreto Nacional del 3 de mayo de 1899; Proyecto de Ley Nacional del Trabajo de Joaquín V. Gonzalez de 1904.

²²⁷ Véase LEVAGGI, A., Op. Cit., p. 261/265; LEVAGGI, A., “La protección de los naturales por el Estado Argentino (1810- 1950). El problema de la capacidad” en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, Santiago de Chile; 1990-1991.

²²⁸ Cf. *Ibid.*, p. 452.

²²⁹ Cf. *Ibid.*, p. 460.

²³⁰ En alusión a este fenómeno Ezequiel Abásolo refiere el concepto de tensión y la existencia de lo indígena como generador de la misma en la implementación de la modernidad jurídica luego de la emancipación de la Argentina de la autoridad española, cf. ABÁSULO, E., Op. Cit., pags. 56/63

²³¹ “En realidad, ese aparente dilema es, a nuestro juicio, producto de la ausencia de cortes abruptos entre un sistema jurídico y otro. Difícilmente y la historia lo demuestra constantemente, se suplanta en su totalidad un sistema por otro. Más bien el nuevo sistema es una reacción y, a la vez, una consolidación del anterior. El hombre, el jurista, no crea algo totalmente distinto a lo conocido, sino que, a partir de

Pero, respecto del derecho a las tierras, es posible sostener que, por un lado, rigió el principio de igualdad legal, en tanto que no tuvo cabida la institución de la propiedad comunitaria propiamente indígena, pero a su vez lo que se consolidaba era el principio del desapoderamiento de la etapa de la conquista.

El principio de igualdad tuvo una aplicación selectiva, resintiéndose respecto de la persona del indígena pero efectivizándose respecto de sus tierras y recursos. Al reaparecer la institución indiana del protector de naturales, no se re-construyó el status jurídico del indígena en lo que hacía a la conservación de sus tierras comunitarias, dada la consolidación de la propiedad privada. El indígena podría tener una protección especial en cuanto a su persona, pero no se le garantizaría la apropiación comunitaria de territorios.

Esta selectividad estuvo determinada por la consolidación de un proceso de despojo por el cual el indígena quedó despojado de su condición de libre, igual y capaz y de sus tierras.

En el Código Civil²³² -como ley común- no existía la figura del indígena como característica determinante de efectos jurídicos -mucho menos la propiedad comunitaria-, el principio prevaleciente fue el de la igualdad ante la ley, principio este que en la práctica social y jurídica se vio atenuado²³³ por un reconocimiento de la desigualdad real, pero de carácter transitoria que duraría hasta la civilización, occidentalización, del indígena, así como dura la incapacidad en el menor hasta la mayoría de edad, resuelta por medio de instituciones tutelares similares al derecho indiano.

Incluso esta tendencia se mantuvo luego, bajo el auge de las políticas indigenistas, de mediados del siglo XX, las cuales tuvieron la virtud de denunciar el real estado de discriminación y pobreza en que vivían gran parte de los indígenas, pero cuyo objetivo era propugnar la real incorporación del indígena al proceso de producción y desarrollo de los Estados-nación en que tales comunidades se encontrarán.²³⁴ Es decir, el indígena es considerado primeramente igual ante la ley, pero a pesar de ello se reconoce que existen

lo conocido, lo modifica y adapta a nuevas corrientes filosóficas, a diferentes circunstancias y situaciones socioeconómicas". Cf. Ramella, Op. Cit., p. 4.

²³² La situación de sujeto igual o incapaz del indígena fue una cuestión ampliamente debatida durante el siglo XIX, dado que por un lado debía sostenerse fervientemente el principio de igualdad ante la ley, aun a costa de la desigualdad real, y por el otro, el proceso de asimilación del indígena a la cultura dominante no se había dado de manera expansiva, proceso que se acrecentará con la expansión de la educación, las comunicaciones y la instrucción militar, es ilustrativo el resonado caso de las indígenas contratadas por el empresario teatral José Podestá citado en LEVAGGI, A., Op. Cit., p. 456/460.

²³³ Incluso existió jurisprudencia relevante respecto de la no aplicación del principio de igualdad, aun cuando no existieron los remanidos argumentos de inferioridad del indígena en el caso concreto, por ejemplo, en el proceso por sucesión del Cacique Luis Melinao, en Revista de Legislación Jurisprudencia, 2, Buenos aires, 1969, 201-9 citado en Levaggi, A., "Tratamiento legal y jurisprudencial del aborigen en la Argentina durante el SXIX" en *El aborigen y el derecho en el pasado y en el presente*, (Coord. Levaggi, A.), Buenos Aires, UMSA, 1990, p. 250, o "Jujuy v. Campero" (1877), "Fallos", t. 18, p.29, "Guari v. Provincia de Jujuy" (1929), "Fallos", t. 155, p. 302 citado en Ramella, Pablo, *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ed. De Palma, 1982, p. 312/313.

²³⁴ Esta misma tendencia reflejó la Ordenanza 107 de la O.I.T. del año 1957.

diferencias con el resto de la comunidad nacional, diferencias que deben atenuadas a fin de garantizar su asimilación. En definitiva, la igualdad sigue siendo el principio normalizador, el ideal a alcanzar²³⁵.

I.C. Del derecho a la igualdad al derecho a la diferencia

Se obvian aquí las consideraciones al periodo correspondiente a casi todo el siglo XX, en lo que hace a la política indigenista, dado el interés que guía este trabajo. De todos modos, es posible sostener que la misma comparte los horizontes ideológicos y las contradicciones del periodo anterior, evidenciados en la búsqueda de la igualdad, ya no formal sino real, a través de la asimilación y aculturación.

A partir de finales de los años '70 y principios de los '80, luego de la restauración de las democracias latinoamericanas, surgieron movimientos sociales con reivindicaciones relativas a la diversidad²³⁶, entre ellos: movimientos indígenas de Latinoamérica²³⁷.

Con ello aparece un nuevo sujeto en la escena política que reclama participación desde su particularidad, se exaltan las diferencias como valor positivo. Se reclama como valiosa la exhibición de lo distinto. En este periodo entonces, se reconoce la diferencia y se la considera valiosa²³⁸.

Se reconocen constitucionalmente los derechos de los pueblos indígenas, en algunos países llegó incluso a reconocerse el carácter pluriétnico y pluricultural del Estado (México, Ecuador, etc.).

Por otro lado, con el re-surgimiento de políticas liberales, luego de la crisis del estado de bienestar, comienzan a invertirse capitales, tanto por parte de los Estados como de sectores privados, en la explotación de recursos naturales existentes en los territorios pertenecientes a comunidades indígenas, que ponen en peligro su subsistencia y la de toda la humanidad. Es así que las reivindicaciones de los pueblos indígenas coinciden con las de los movimientos ecologistas.

Los movimientos que surgen en esta época, como contra-discurso del ideal del desarrollo, promueven una idea de desarrollo que incluye el respeto por la diversidad cultural y sobre todo el cuidado del medio ambiente.

²³⁵ Interesa esta salvedad en tanto que entendemos que durante la vigencia de las políticas indigenistas, durante el siglo XX, hasta la Constitución Nacional Argentina de 1994, el paradigma de la igualdad homogeneizante no ha desaparecido, si bien como sostienen algunos autores comienza a conmovirse.

²³⁶ Se pone en crisis la identificación del individuo con el Estado Nación, aparecen reivindicaciones de las mujeres, los homosexuales, grupos étnicos derivados de colonias como de corrientes inmigratorias, grupos religiosos e innumerables grupos en defensa de la diversidad cultural –cultura como práctica social-.

²³⁷ No se desconoce que este es un fenómeno mundial, que se construye de diversos modos de acuerdo a las realidades de cada país o región geográfico-política en concreto.

²³⁸ Téngase presente la difusión del deconstruccionismo, teorías poscoloniales, estudios culturales, estudios subalternos, posmodernidad, filosofía latinoamericana, éticas discursivas, entre otras corrientes epistemológicas, filosóficas y disciplinarias que permiten la recuperación de las diferencias.

La política de estos movimientos es la autodeterminación y autonomía, y su ideología es la emancipación de “los modelos de desarrollo” hegemónicos.²³⁹ La legislación debe partir entonces de una concepción de desarrollo más amplia que la de “desarrollo económico”, vigente durante los siglos XIX y XX.

Se da, también, en estos movimientos una marcada tendencia a la organización transnacional de las luchas y reivindicaciones, relativa al hecho de tratarse de grupos étnicos y culturales ajenos al esquema nacional del Estado. En muchos casos grupos indígenas, ubicados territorialmente en distintos Estados, pertenecen al mismo “pueblo”, según expresan estos movimientos²⁴⁰.

En el año 1989 se celebra el Convenio Internacional N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

La República Argentina ratificó este Convenio Internacional por Ley 24071 en 1992, pero el Convenio entró en vigor recién en Junio del año 2001.

Se establecen, principalmente, los recaudos que deberán tener los Estados firmantes a fin de no vulnerar el derecho de los miembros de estos pueblos a que se respete su identidad cultural.

La medida de las obligaciones asumidas por los Estados nacionales está dada por el respeto de la identidad y voluntad de los sujetos interesados. Se hace hincapié, además, en la necesidad de consulta efectiva a la hora de tomar decisiones sobre las políticas o decisiones a implementar respecto de sus comunidades, los miembros de las mismas, sus bienes y recursos.

En términos generales, se establecen las condiciones del respeto de su autodeterminación sobre sus instituciones, formas de vida y desarrollo integral, sin perjuicio de la obligación de *garantizar el respeto por el resto de los derechos humanos* en igualdad de condiciones con el resto de la colectividad nacional²⁴¹, aun en la aplicación de lo prescripto en el convenio.

Establece como fundamental consultar la libre voluntad y parecer de los pueblos en cuestión respecto de políticas, acciones y reglamentaciones que puedan afectarlos, sea que les impongan obligaciones como que les confieran derechos o facultades.

En lo relativo al derecho a la tierra prescribe cuatro cuestiones fundamentales: la consideración del territorio; la propiedad y posesión de las tierras que ocupan como derechos que se reconocen con lo cual no se atribuyen sino que existen, persisten en las condiciones en que tradicionalmente se ocupan; en ningún caso prevé la obligación de la adjudicación de las

²³⁹ Cf. SANTOS, Boaventura de S., *La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, Ed. Unibiblos, 1998, pag. 152.

²⁴⁰ Este proceso de transnacionalización de la lucha de los pueblos indígenas ha sido denominado globalización desde abajo, planteando la desmitificación de la globalización como fenómeno unívoco e imperialista, exclusivamente, y buscando hacer explícito el poder y potencialidad de los grupos subalternos. Véase VARESSE, Stefano, Op. cit. En este sentido, reconociendo el potencial emancipador de la lucha transnacional por los derechos, véase SANTOS, Boaventura de S., Op. Cit.

²⁴¹ Convenio Internacional N° 169 O. I. T. ART. 2, inc c) “Los gobiernos deberán incluir medidas que: ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.”

tierras en forma de propiedad comunitaria, sino que se establece la obligación de respetar los aspectos colectivos de la relación de los pueblos interesados con las tierras que ocupan o utilizan de alguna otra manera²⁴²; tampoco prevé que las tierras que se adjudiquen posean los caracteres de inembargables, imprescriptibles, inenajenables ni inejecutables, sino que establece la obligación de consultar a los pueblos siempre que se considere su capacidad para disponer de las tierras²⁴³, como el derecho de los pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales.

A partir del año 1984, con el retorno de la democracia, la legislación argentina comienza a circunscribir al indígena como “sujeto” explícito de las políticas sociales del Estado.

En el mes de noviembre de 1985, fue sancionada la ley N° 23302 denominada de “Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes”. La misma reguló diversos aspectos (salud, educación, previsión social, etc.), entre ellos el derecho a la propiedad sobre las tierras, previendo una política complementaria tendiente a satisfacer integralmente las necesidades de las comunidades indígenas y permitir su completo aprovechamiento.

Se creó, además el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (I.N.A.I.) autoridad de aplicación de esta ley, y encargado de llevar el Registro de Nacional Comunidades Indígenas.

En lo relativo al *derecho sobre la tierra*, previó que las mismas podían adjudicarse tanto a comunidades como en forma individual, y aún el saneamiento de títulos a aquellos que las poseen a título precario o provisorio. Estableció la preferencia de las tierras que las mismas estén habitando, siempre que sean aptas para su desarrollo, en caso contrario se propone su traslado a las que así lo sean. Todo ello sin prever mecanismos que garanticen la consulta de la voluntad y necesidades de las comunidades.

Además, estableció que las tierras adjudicadas tendrían el carácter de: “inembargables e inejecutables” y “inenajenables por un plazo de 20 años”. Este tipo de previsiones de indisponibilidad por un periodo de tiempo es frecuente en políticas de asistencia social, lo que permite establecer paralelos con las políticas indigenistas²⁴⁴.

Luego, en el año 1994, fue reformada la Constitución Nacional en su art. 75, inc. 17, dejando incorporados a la misma los Derechos de los Pueblos Indígenas. El mismo prescribe el carácter de inenajenable, intransmisible, inejecutable e inembargable de las tierras; su adjudicación en forma de propiedad comunitaria; el derecho al respeto de su identidad y a

²⁴² Convenio Internacional N° 169 O. I. T., PARTE II. TIERRAS Art. N° 13, punto 1: “Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera y en particular los aspectos colectivos de esa relación.”

²⁴³ Convenio Internacional N° 169 O. I. T., PARTE II. TIERRAS Art. N° 17: “Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma los derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.”

²⁴⁴ Este tema referido a las políticas indigenistas-asistencialistas y la consideración de la diferencia se encuentra desarrollado más adelante.

educación bilingüe e intercultural; el derecho a participar en la gestión de recursos naturales y demás intereses que los afecten.

Puede considerarse que, en algunos aspectos, la tendencia de la Constitución Nacional es acorde al espíritu del Convenio N° 169 de la O.I.T., en la medida en que impone la participación y consulta a pueblos indígenas sobre la gestión de sus recursos y otros intereses que se les puedan afectar.

Si bien pareciera que el discurso legislativo es claro respecto de la consagración de un nuevo paradigma, analizados los fallos jurisprudenciales posteriores al mismo, se observa que, en términos generales, en el planteo y resolución de los conflictos judiciales respecto de la relación del indígena con su tierra, se ha producido y re-producido la siguiente matriz:

DEMANDA	CONTESTACION	FALLO
<i>Contextualización de la cuestión indígena en términos fácticos y jurídicos, solicitando su aplicación.</i>	<i>Rechazo de la pretensión de reconocimiento de derechos específicos en el caso concreto.</i>	<i>Reconoce la existencia de derechos específicos y la justicia de tal reconocimiento. Otorga los bienes reclamados</i>
<i>En subsidio, reclamo por la vía del derecho civil: prescripción adquisitiva</i>	<i>Fundado en la preeminencia del derecho civil.</i>	<i>No se expresa sobre la aplicación o no de derechos específicos. Reconoce el derecho a los bienes por vía del derecho civil: prescripción adquisitiva</i>

La tendencia a nivel del discurso jurídico jurisprudencial es la de reconocer un campo muy limitado a la participación y autodeterminación de los pueblos indígenas e intentar adecuar modalidades propias a las figuras jurídicas conocidas, reproduciendo con ello la línea que señalamos respecto del pasaje del derecho indiano al patrio, es decir una tendencia asimilacionista²⁴⁵.

Los tribunales, en todos los casos, reconocen la justicia de las peticiones formuladas por las comunidades, el problema radica en el efectivo reconocimiento y aplicación de un derecho particular para un grupo determinado²⁴⁶, subyace en esto el énfasis de la

²⁴⁵ "La política de los gobiernos hacia los pueblos indígenas con frecuencia ha consistido en intentos de asimilación o incorporación de estos." Cf. Stavenhagen, Rodolfo, "Los derechos Indígenas: nuevo enfoque del derecho internacional" en Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie I. Cuadernos del Instituto, Derecho Indígena, núm. 3, Antropología Jurídica, Universidad Autónoma de México, México DF, 1995.

²⁴⁶ Esta matriz tuvo lugar, incluso, en fallos anteriores a la incorporación de los derechos de los pueblos indígenas: Corte Suprema de Justicia de la Nación, "GUARI LORENZO y OTROS vs. PROVINCIA DE JUJUY S/ REIVINDICACION DE TIERRAS DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS" - 9 de septiembre de 1929; Corte Suprema de Justicia de la Nación, "LOPEZ ABDON S/ RECURSO DE AMPARO" - 21 de julio de 1969. En ambos casos se buscó la solución de la controversia judicial mediante la negativa a encuadrar la cuestión dentro de sus connotaciones específicas, el amparo brindado por el art.

reparación histórica, de naturaleza circunstancial y asistencialista, más que el respeto por la diversidad y la diferencia.

Las políticas asistencialistas referidas a las comunidades indígenas, que bajo el nombre de políticas indigenistas, predominaron fuertemente durante todo el siglo XX²⁴⁷, poseen un fuerte efecto ideológico, en cuanto que denuncian el estado de indigencia, de desposesión, en que se encuentra el indígena, pero lo considera, junto a su cultura y forma de vida, un obstáculo para la unidad e integración nacional, y sobre todo para el desarrollo económico. Nótese cómo este tipo de políticas coinciden casi idénticamente con la posición tomada por el discurso jurídico en el derecho patrio post-independentista, antes analizado.

El Estado, en el marco de estas políticas indigenistas, se propone “desarrollar” al indígena, para ello se basa en una imagen de los mismos como los más pobres entre los pobres, imagen que produce dos efectos: las necesidades, intereses y anhelos de las comunidades se convierten en cuestiones de sentido común, y al presuponer los deseos del sujeto de la ley, se transforma su derecho a la participación e identidad cultural, en algo meramente instrumental subordinado al querer del Estado²⁴⁸.

Así, el Estado asume una posición paternalista desde que no interpela al indígena, en tanto sujeto, respecto de sus necesidades, sino que las políticas sociales establecen qué es lo que este necesita para su desarrollo. Pero, la concepción de desarrollo desde la cual se propone la política se reduce al desarrollo económico, ideal de la modernidad. Dado que, se toma una concepción particular -la de desarrollo- como universal, se re-produce la asimilación. Las posibilidades del “otro” se restringen a imitar a la cultura dominante.

En tal sentido, además, se ve cómo las políticas asimilacionistas, propias del Estado liberal, post-independentista, coinciden en sus fundamentos y finalidad con las políticas indigenistas, siendo la finalidad perseguida la de igualar en el sentido de uniformizar.

Del mismo modo, aun cuando la suposición de las necesidades y expectativas de vida de los pueblos originarios no surja de un determinado modelo de desarrollo sino de una idea de aboriginalidad, esta idea es siempre un estereotipo. El Estado se atribuye la capacidad de “...intervención para definir prácticas e intereses que, en el caso de otros sujetos, están fuera de las dimensiones de existencia colectiva posibles de ser reguladas por la ley.”²⁴⁹

Así, al identificar la situación del indígena con la del pobre, su condición es circunstancial, y el indígena en cuanto tal está destinado a desaparecer y es deseable que ello suceda, siempre que se implementen los planes de asistencia social adecuados.

Es decir, como afirmáramos anteriormente, los reconocimientos efectuados judicialmente a los pueblos originarios, sustentan un paradigma dejado atrás, explícitamente, por la Constitución Nacional y tratados internacionales vigentes en la materia.

El paradigma del derecho de la diferencia consagrado en la Constitución Nacional de 1994, da un salto trascendental, en cuanto que no se orienta a la concreción de un

65°, inc. 15 de la constitución Nacional y el reconocimiento de personería jurídica a la comunidad indígena, en cada caso.

²⁴⁷ Recuérdese que este periodo correspondiente al siglo XX, años 1900 a 1980, aproximadamente, no ha sido específicamente analizado en este trabajo.

²⁴⁸ Cf. CARRASCO, Morita, *Los derechos de los pueblos indígenas en argentina*, Buenos Aires, Ed. Vinciguerra, 2000, 70/71.

²⁴⁹ *Ibid.*, pag. 75.

determinado modelo de desarrollo impuesto al “Otro”, al distinto, sino a su plena realización autónoma y autodeterminada.

En los fallos judiciales aquí analizados, el derecho a la identidad cultural no posee una potencialidad afirmativa en el sentido de otorgarle existencia y derechos a los “distintos” sino de evitar la privación de derechos por el hecho de la diferencia, es decir evitar la discriminación. Lo distinto no es reconocido como tal, sino que no es excluido por ser tal.

En los casos en que en efecto se reconoce el derecho de las comunidades originarias a la tierra, se lo hace en los términos en que lo concibe el derecho común, no con fundamento en la legislación que encarna el derecho a la diferencia, cuando así lo han solicitado las comunidades.

Así, resulta ilustrativo el fallo: **“COMUNIDAD ABORIGEN DE QUERA Y AGUAS CALIENTES - PUEBLO COCHINOCA V. PROVINCIA DE JUJUY, P/ ORDINARIO (PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA)”** Expediente N°: B-36.559/98; Cámara Civil y Comercial de la Provincia de Jujuy, Sala 1ª, 14/9/2001; JA 2002-III-702. 2ª Instancia.- San Salvador de Jujuy, septiembre 14 de 2001²⁵⁰, en el cual el voto de la Dra. MARIA ROSA CABALLERO DE AGUIAR, si bien en un primer momento rescata las prescripciones constitucionales en la materia al decir: *“De todos modos, si alguna duda cabe, sabemos que en materia de posesión, rige el principio de accesión, conforme el cual el poseedor puede unir su posesión a la de su causante y computarla a fin de completar el plazo legal de prescripción (art.3418 del C. Civil), concepto que bien puede aplicarse analógicamente al caso en estudio. Y decimos ello, en tanto y en cuanto la comunidad aborigen que ha obtenido recientemente su personería jurídica, no se trata estrictamente de un sucesor universal o particular en los términos del derecho privado, pero debemos tener en cuenta que nos encontramos con que nuestro derecho positivo ha incorporado un concepto nuevo de propiedad, el de propiedad comunitaria, conforme el cual, el ejercicio de la posesión no se hace por una persona física determinada, sino por el grupo que forma esa comunidad (arts. 2º, 7º, 9º y ccs. de la ley 23.302 y ley 24.071, así como arts. 2 y 3 de la ley provincial 5030, modificados por la ley 5131).”*, párrafos abajo sostiene: *“En tal sentido, cabe destacar que la litis se ha trabado con el titular registral, que en este caso es el propio Fisco. Además se ha procedido a adjuntar con la demanda, los planos de mensura aprobados y el respectivo informe de la Dirección de Inmuebles (fs. 3 y 31 respectivamente) con todo lo cual se ha dado cumplimiento a las disposiciones del art. 24 incs. a), b) y d) de la ley 14. 159, con las modificaciones del decreto ley 5756/58. (...)En resumen, de la prueba testimonial receptada y de la inspección ocular antes referida, no quedó duda de que la posesión de las tierras requeridas, no sólo es comunitaria, sino que es pacífica, continua e ininterrumpida, desde tiempos inmemoriales, así como que dicha posesión la ejercieron animus domini y colectivamente”*. (El destacado es nuestro).

Enfatizando lo antedicho, el segundo voto, correspondiente al Dr. VICTOR EDUARDO FARFAN, comienza simplemente con una referencia a la legislación común en estos términos: *“Para que la posesión por 20 años autorice a prescribir el dominio a favor de quien lo haya realizado, es menester que sea pública, quieta, pacífica, continuada, ininterrumpida y con animo de dueño (arts. 2351, 2363 2384, 2373, 2405, 2408, 2445, 2449, 2479, 2480, 2481,2524 inc.7, 3448, 4015,4016 del C.C.)”* Y sobre el final de su voto, sin realizar mención alguna a la legislación especial o prescripciones constitucionales expresa: *“En ese orden, ninguna duda cabe que, los hechos citados precedentemente, demuestran los actos posesorios ejecutados por los nativos de esta comunidad, revelando claramente su propósito, conforme a lo dispuesto por el art. 2384 del C.C., e indican, unánimemente como poseedores del campo de "quienes los ocupan"; consecuentemente, respecto de ellos cabe admitir la creencia, sin*

²⁵⁰ <http://www.bioetica.org>, última consulta septiembre de 2004.

duda alguna de ser, en conjunto con sus cointeresados, el exclusivo señor de la cosa (art. 4006 del ítem); ya que el "poseedor no tiene obligación de producir su título a la posesión, él posee porque posee" (art. 2363 C.C.)."

Por otro lado, en el caso: **"SEDE, ALFREDO Y OTROS C/ VILA, HERMINIA Y OTRO S/ DESALOJO"**, Expediente N°: 14012-238-99; Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería N° 5., Secretaría única, Tercera Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, San Carlos de Bariloche, 12 de agosto de 2004²⁵¹, en el cual miembros de una comunidad indígena se defendían de una acción de desalojo invocando la normativa constitucional y la ley 23.302, se reconoce la relevancia de nuevo derecho, por primera vez en una sentencia judicial al decir: *"Compréndase bien: la posesión comunitaria de los pueblos indígenas no es la posesión individual del código civil. Por mandato operativo, categórico e inequívoco de la Constitución Nacional, toda ocupación tradicional de una comunidad indígena debe juzgarse como posesión comunitaria aunque los integrantes no hayan ejercido por sí los actos posesorios típicos de la ley inferior (artículo 2384 del código civil). Es la propia Constitución la que nos dice que esas comunidades han poseído y poseen jurídicamente por la sencilla razón de preexistir al Estado y conservar la ocupación tradicional. (...) Es altamente improbable que los integrantes de una comunidad indígena hayan realizado actos posesorios típicos del código civil después de la conquista y la inmigración, por las características y secuelas de ambos fenómenos históricos (ver, por ejemplo, Ramella, Susana T. "Ideas demográficas argentinas -1930-1950-. Una propuesta poblacionista, elitista, europeizante y racista" y sus citas, especialmente las obras de Abelardo Levaggi; Gherzi, Carlos A., "Los derechos de las comunidades aborígenes -cuando la fuerza de la dignidad cambia la historia ..."; Rosemblat, Mora y Raimondi Quintana, "El Derecho de los Tratados con los Pueblos Indígenas", www.indigenas.bioetica.org/inves18.htm; etcétera."* (El destacado es nuestro)

Sin embargo, al categorizar al contenido de este nuevo derecho lo hace en términos de reparación histórica, al expresar: *"La Constitución Nacional de 1994 ha dispuesto justamente una reparación histórica dando por cierto que continuaron la posesión comunitariamente; de modo que les basta con demostrar su pertenencia a la comunidad de acuerdo con los artículos 2 y 3 de la ley 2.287 y el artículo 1 del convenio 169/1989. Implica reparar la "reducción de tribus indígenas" que tuvo lugar a partir de la ley nacional de inmigración y colonización 817, la ley nacional de tierras 4167 y normas consecuentes, como el decreto-ley 9.658/45, que procuraban "incorporar al aborigen a la vida civilizada" y colonizar sus tierras con inmigrantes, en vez de respetar su identidad y territorio."* (El destacado es nuestro).

En igual sentido, en el caso **"GUARDA FIDEL S/USURPACIÓN"**, Expediente N° 428/04, Juzgado de Instrucción en lo Criminal y Correccional N° II. Secretaría N° IV; San Carlos de Bariloche, 10 de noviembre de 2004, el juzgador a cargo sostuvo: *"...el letrado defensor de Guarda expuso con claridad los motivos y las circunstancias que permiten considerar que la presencia del prevenido y su grupo familiar en el lugar que nos atañe pueda ser calificada como histórica. Para ello efectuó una pormenorizada descripción de los instrumentos públicos que registran la presencia de sus ancestros desde hace muchísimos años atrás en el lugar, así como de los valores que suponen para la comunidad Mapuche de la cual forman parte, el cuidado de la naturaleza -en este caso, de los pocos árboles existentes en el sitio-, y la protección del cementerio que aloja a sus parientes y seres queridos. (...) Entiendo que no se han constatado los daños a los que aludiera el denunciante. Tampoco se ha verificado que se consumaran algunos de los supuestos previstos en el artículo 181 del Código Penal. Ello por cuanto si bien es cierto que Guarda habría iniciado una construcción precaria en el sector denominado Tres Picos, donde conviviría con su familia, no lo es menos el hecho de ser un antiguo poblador de esas tierras, las cuales a esta altura del partido resultan litigiosas..."*

²⁵¹ <http://www.bioetica.org>, última consulta septiembre de 2004.

Luego de esta argumentación en la cual ha desarrollado la cuestión en relación al derecho común, aunque aquí se trate del derecho penal común, y no del derecho civil estrictamente, aborda la cuestión valorativa respecto de la situación de las comunidades indígenas, sobre todo de la región, es decir de la Patagonia, manifestando: "La cuestión traída a conocimiento del Tribunal excede, claro está, los límites del derecho penal y nos aproxima a una problemática que se encuentra candente en esta región del Estado Nacional. (...) El Dr. Germán J. Bidart Campos señala respecto al artículo 75 de la Constitución Nacional y las leyes del Congreso, que el reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos ofrece varios aspectos. (...) Argentina, de cara al europeísmo y a las imitaciones foráneas, nunca exaltó su indigenismo sino más bien lo renegó, lo menospreció o, cuando menos, lo olvidó y lo ocultó. De ahí que dos de los aspectos recién señalados - simbólico-reparador, e histórico- vengan a ser, aunque tardíamente, una reivindicación de nuestro ancestro primero, luego tan cuantitativamente reducido".

Finalmente, entonces, puede observarse cómo se llega a la conclusión de la reparación histórica para darle fundamento a la liberación del imputado, miembro de una comunidad indígena titular de las tierras pretendidas por otro.

El juzgador restando validez a la efectiva aplicación de derechos específicos, por ejemplo al referirse al carácter de "litigiosa" de la titularidad de las tierras, y luego de reconocer el carácter histórico del asentamiento del imputado y su familia, concluye su exposición argumentativa expresando: "El Congreso, en ejercicio de la competencia que surge de la norma comentada, tiene el deber de no tornarla inocua y de conferirle desarrollo en cuanto ámbito resulta posible." es decir, no reconociendo la operatividad del art. 75, inc. 17 de la Constitución Nacional.

En abono de nuestras consideraciones, cabe analizar el fallo: **"COMUNIDAD MAPUCHE CATALÁN Y CONFEDERACIÓN INDÍGENA NEUQUINA C/PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD"**, Expediente N° 1090 - Neuquén, 3 de junio de 2004. Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén, en el cual se diluyen los derechos de las comunidades indígenas en el derecho común de la constitución, es decir en el resto de lo normado por la carta magna, mediante las siguientes fundamentaciones: "... *los peticionantes denuncian la omisión en que incurriera el Estado provincial, al sancionar la ley de creación del Municipio de Villa Pehuenia, en cuyo ejido se encuentran asentadas las comunidades mapuches que integran, respecto al cumplimiento de la obligación de otorgarles la participación, cada vez que se prevean medidas legislativas y/o administrativas susceptibles de afectar sus intereses, deber emergente de la normativa en que fundan el derecho que les asiste.*- [párr. segundo del art. 75, inc. 17, Constitución Nacional Argentina] (...) *Abora bien, a esta altura del análisis, conforme también lo sostuviera la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha de señalarse que "los derechos fundados en cualquiera de las cláusulas de la Constitución Nacional tienen igual jerarquía, por lo que la interpretación de ésta debe armonizarlas, ya sea que versen sobre los llamados derechos individuales o sobre atribuciones estatales."* (Fallos 264-94;; 302-60 y muchos otros).- *Asimismo y siguiendo los términos de nuestro Supremo Tribunal Nacional, se concluye que "...la Constitución es una estructura coherente y, por lo tanto, ha de cuidarse en la inteligencia de sus cláusulas, de no alterar en este caso el delicado equilibrio entre la libertad y la seguridad. La interpretación del instrumento político que nos rige no debe, pues, efectuarse de tal modo que queden frente a frente los derechos y deberes por él enumerados, para que se destruyan recíprocamente. Antes bien, ha de procurarse su armonía dentro del espíritu que les dio vida."* (Fallos 312-508 y 509) (11)".- *En función de lo hasta aquí expuesto, debemos poner de resalto que efectuando una interpretación armónica e integradora de los distintos derechos emergentes de las cláusulas constitucionales en aparente tensión, este Cuerpo*

concluye que no se advierte "prima facie" la violación de la garantía constitucional que los accionantes invocan." Incluso más, el tribunal llega a sostener que es por medio del ejercicio de los derechos políticos de voto, que como derecho común son conferidos a todos los ciudadanos, con independencia de sus características culturales específicas que logra efectivizarse el referido "derecho a participar en la gestión de recursos naturales y demás intereses que los afecten", al decir: "*Por el contrario, una de las vertientes de la participación requerida por los mismos aparecería concretizada a través del acto cuya suspensión paradójicamente requieren, por cuanto cumplimentándose con la obligatoriedad del sufragio se da acabado respeto al derecho a la participación ciudadana en el sistema democrático constitucional.*"

En otros casos, además, cuando el reclamo se ha referido a la protección de recursos naturales, no a la propiedad sobre la tierra, se han aplicado leyes de protección del medio ambiente, sin poner en juego el derecho de los indígenas a la gestión de los recursos naturales²⁵².

En definitiva, a la luz de la jurisprudencia analizada, no se legitima claramente la existencia de un derecho especial para pueblos con particularidades culturales. El discurso jurisprudencial consolida, por un lado, la idea de "reparación histórica" que justifica la entrega de las tierras a las comunidades originarias, pero con ello restan eficacia al derecho a la identidad cultural, como dijéramos anteriormente. Con ello se afianza la idea de que el diferente tiene derecho a ser igual que el resto, pero no a desarrollar su identidad propia y sus características particulares que lo distinguen de otros.

Este igualitarismo, evidenciado en el discurso jurídico actual, específicamente el jurisprudencial, no reconoce el valor de la dignidad libertad y de la autonomía del Otro, del distinto, sino que considera que debe repararse el daño o menoscabo que ha sufrido, al igual que cualquier sujeto que hubiere sufrido un daño. La noción y contenido de sujeto de derecho es una sola, única y excluyente, no se reconocen expectativas, derechos, necesidades, dignidades relevantes más allá del sujeto de derecho universal.

Esta tendencia que busca la igualación real, en cierta medida, se asemeja a la actitud tomada por el derecho patrio post-independentista. Es decir que, al igual que en las políticas de retorno al protector de naturales e instituciones tuitivas posteriores a la declaración del principio de igualdad formal, las políticas y la jurisprudencia dominante, pretenden que, en la práctica, el principio de igualdad formal se cumpla, sea posible, se realice.

Además se afianza la idea de igualdad ante la ley, en cuanto que se reconocen los derechos que respecto de sus territorios ancestrales poseen los pueblos originarios pero en tanto constituye una reparación histórica, o pueda configurarse la posesión con ánimo de dueño del Código Civil, ley común.

I.D. Conclusiones

Hemos visto, a grandes rasgos, que se han dado tres estadios y dos grandes paradigmas respecto de la consideración del status jurídico del indígena en el derecho argentino.

²⁵² RECURSO ADMINISTRATIVO, "Recurso de hecho deducido por la Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T'Oi en la causa Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T'Oi c/ Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable" Buenos Aires, 11 de julio de 2002.

Se han considerado estadios al derecho indiano -aun no derecho argentino-, al derecho patrio independentista y al nuevo derecho posterior a la reforma constitucional de 1994.

Los paradigmas considerados son el de la igualdad y el de respeto de la identidad cultural.

El interés de la comparación entre estos estadios y paradigmas radica en elucidar que, tanto al consagrarse el principio de igualdad, como al consagrarse el respeto por la diferencia, el discurso jurídico -legislación, políticas públicas y jurisprudencia-, se ha mostrado remiso en la confirmación plena y efectiva de los mismos.

Es por ello que la presente temática interesa a los fines de desentrañar que está en juego en el debate actual y la tendencia a resistir transformaciones jurídicas, el hecho de que estas impliquen, en alguna medida, un paso hacia un paradigma superador/liberador respecto de la consideración del indígena, o la necesidad de garantizar el principio democrático de igualdad, y finalmente qué se entiende por este.

Lo que a su vez, podría implicar una tendencia a resistir transformaciones jurídicas en la medida que estas impliquen un cambio progresivo respecto de la ampliación de la subjetividad del indígena. Resultando relevante, entonces, considerar los discursos jurídicos actuales sobre el tema, desde esta perspectiva. Es decir, teniendo en cuenta que los discursos jurídicos, como todo discurso²⁵³, se articulan en contextos concretos y situados en los que se pugna por la instauración de derechos como manifestaciones del pleno ejercicio de las subjetividades, entre otras finalidades de la disputa.

Esta noción de ejercicio de la subjetividad concreta, se observa claramente en los fallos analizados, en cuanto que de acuerdo a los argumentos que los motivan permiten, o no, el ejercicio de un derecho, y limitan, o no, los alcances, contenidos y consecuencias de tal ejercicio.

En nuestro caso se trata de pensar la posibilidad de los discursos relativos a los derechos indígenas como una suerte de posiciones²⁵⁴ en relación al reconocimiento de la integridad cultural y humana de los mismos.

I.E. Bibliografía

ABÁSULO, Ezequiel, (2002), "El elemento indígena como generador de tensiones en el seno de la modernidad jurídica. Algunas consideraciones al respecto a partir del caso argentino", en *Anuario Iberoamericano de Historia del Derecho e Historia Contemporánea*, Santiago de Chile.

²⁵³ Cf, -FOUCAULT, Michel, *El orden del discurso*, España, Tusquets Eds. Original: L'ordre du discours. Traducción: Alberto González Troyano, [1970]1987; FÓSCOLO, Norma y SCHILARDI, Ma. del Carmen, *Materialidad y poder del discurso. Decir y hacer jurídicos*, Mendoza, EDIUNC., 1996; VERON, Eliseo, *La semiosis social. Fragmentos de una teoría de la discursividad*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1987; VERON, Eliseo y otros, *El discurso político. Lenguajes y acontecimientos*, Hachette, Buenos Aires, 1987.

²⁵⁴ Para una noción de campo jurídico como red o configuración de relaciones objetivas entre posiciones, veáse Bourdieu, Pierre, (Prólogo García Inda), *Poder, Derecho y Clases Sociales*, Bilbao, España, Ed. Desclée de Broker, 2000 y BOURDIEU, Pierre y LÖIC J. D. Wacquant, *Respuestas por una Antropología Reflexiva*, México, Ed. Grijalbo, 1995.

ALTERINI, Jorge, CORNA, Pablo y VAZQUEZ, Gabriela, (2005), *Propiedad indígena*, Editorial de la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires.

AYLWIN, José, (2002) *El Acceso de los indígenas a la tierra en los ordenamientos jurídicos de América Latina: un estudio de casos: volumen I y II*, Publicación de Naciones Unidas.

CARRASCO, Morita, (2000), *Los derechos de los pueblos indígenas en argentina*, Buenos Aires, Ed. Vinciguerra.

-----, (2001), *Informe Anual CELS*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales.

Informe sobre desarrollo humano 2004(2004), *La libertad cultural en el mundo diverso de hoy. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo*, Ed. Mundi Prensa.

DUSSEL, Enrique, (1977), *Filosofía de la liberación*, México, Edicol.

-----, ([1993] 1994), *El encubrimiento del otro. Hacia el origen del mito de la modernidad*, Quito, Ediciones Abya-Yala.

DUVE, Thomas, (2004), “La condición jurídica del indio y su consideración como *persona miserabilis* en el Derecho Indiano”, Losano, Mario (comp.), *Un giudice e due leggi. Pluralismo normativo e conflitti agrari in Sud America*, Università degli Studi di Milano, Dipartimento Giuridico-Politico, Collana, Teoria Generale e Informatica del Diritto, IV, Milano.

FERNANDEZ BRAVO, Alvaro, ([2000] 2003), *La invención de la nación. Lecturas de la identidad de Herder a Homi Bhabha*, Buenos Aires, Manantial.

FERRAJOLI, L. y CARBONELL, M., (2005), *La igualdad y la diferencia de género*, Mexico, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, Colección Miradas 2.

FÓSCOLO, Norma y SCHILARDI, Ma. del Carmen, (1996), *Materialidad y poder del discurso. Decir y hacer jurídicos*, Mendoza, EDIUNC.

FOUCAULT, Michel, ([1970]1987), *El orden del discurso*, España, Tusquets Eds. Original: L'ordre du discours. Traducción: Alberto González Troyano.

JAMESON, Fredric y ZIZEK, Slavoj (1998), *Estudios Culturales. Reflexiones sobre el Multiculturalismo*, Bs. As., Paidós.

LEVAGGI, A., (1992), LEVAGGI, A., “Muerte y resurrección del derecho indiano sobre el aborigen en la Argentina del siglo XIX” en *Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas*, 29, Köln, Wien.

- -----, (1990), “Tratamiento legal y jurisprudencial del aborigen en la Argentina durante el SXIX” en CALIFANO y otros. *El aborigen y el derecho en el pasado y en el presente*, - Coord. Levaggi, A., Buenos Aires, UMSA.

-----, (1990-1991) “La protección de los naturales por el Estado Argentino (1810-1950). El problema de la capacidad”, en *Revista chilena de Historia del Derecho*, Santiago de Chile.

MARILUZ URQUIJO, José M., *El régimen de la tierra en el derecho indiano*, Buenos Aires, Editorial Perrot, 2ª Edición aumentada.

- PODERTI, Alicia, *Fronteras y texturas: Procesos coloniales en los Andes*, en Sociocriticism, Montpellier, Francia, Centre d'études et recherches sociocritiques- Universidad Paul Valery, Montpellier, Vol . XIII, 1-2.
- RAMELA, Pablo, (1982), *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ed. De Palma.
- RAMELLA, Susana, (2003) “La desigualdad en el orden de la igualdad jurídica: el caso de los indígenas”, en XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Coordinador Luis E. González Vale, San Juan de Puerto Rico.
- RAMIREZ, Silvina, (2001), *Diversidad Cultural y Pluralismo Jurídico: Administración de Justicia Indígena*, Ponencia en las Primeras Jornadas de Reflexión sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas “La Constitución Nacional y el Convenio 169 de la OIT -Debates Actuales”, Buenos Aires.
- SANTOS, Boaventura de S. (1998), *La Globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, Ed. Unibiblos.
- STAVENHAGEN, Rodolfo, (1995), “Los derechos Indígenas: nuevo enfoque del derecho internacional” en *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, Serie I. Cuadernos del Instituto, Derecho Indígena, núm. 3, Antropología Jurídica, Universidad Autónoma de México, México DF.
- VALCARCEL, Amelia (1994), *El concepto de igualdad*, Madrid, Ed. Pablo Iglesias.
- VARESSE, Stefano (1997), “Identidad y destierro: Los pueblos indígenas ante la globalización”, *Revista de Crítica Literaria Latinoamericana*, Año XXIII, N° 46, Lima-Berkeley, segundo semestre.
- VERON, Eliseo (1987), *La semiosis social. Fragmentos de una teoría de la discursividad*, Barcelona, Ed. Gedisa.
- VERON, Eliseo y otros (1987), *El discurso político. Lenguajes y acontecimientos*, Hachette, Buenos Aires.

Margarita Millán

VIII. PROPIEDAD COMUNITARIA DE LA TIERRA-COMUNIDADES ABORIGENES

“Si cambia la mentalidad del hombre, el peligro que vivimos es paradójicamente una esperanza. Podremos recuperar esta casa que nos fue míticamente entregada. La historia siempre es novedosa. Por eso a pesar de las desilusiones y frustraciones acumuladas, no hay motivo para descreer del valor de las gestas cotidianas. Aunque simples y modestas, son las que están generando una nueva narración de la historia, abriendo así un nuevo curso al torrente de la vida”.

Ernesto Sábato

La resistencia

I.A. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo²⁵⁵ se analizan las diversas posturas que giran en torno a la existencia o no de la propiedad comunitaria indígena. La legislación (provincial, nacional e internacional), puede reconocer, regular y proteger estos tipos de derechos a favor de las comunidades indígenas o desconocerlos.

En lo personal, mi interés por la problemática indígena nace a raíz de que en la provincia de Mendoza, en el año 2001 se sanciona la ley N° 6920 del pueblo Huarpe. El fiscal de Estado de la provincia, plantea a la Corte Suprema de Justicia, la inconstitucionalidad de la ley. Ello abre un debate (político, científico, cultural y jurídico) acerca de la necesidad, de que se reconozcan a los indígenas de esta parte de nuestra provincia, sus derechos, y los innumerables problemas que se presentan para que ello se torne efectivo.

Nadie desconoce que deben reconocerse los derechos de los indígenas, pero al mismo tiempo nadie brinda soluciones jurídicas y políticas adecuadas, claras y de verdadera aplicación en el caso concreto.

Por todo lo expuesto, es que se modifica una de las hipótesis de la presente investigación, referida a la determinación de la unidad mínima de uso del suelo. Centrando de lleno el enfoque del presente trabajo, en el estudio de las diversas comunidades indígenas o pequeñas comunidades rurales, su acceso a la tierra y la discordancia entre la normativa existente y la solución de los casos concretos.

²⁵⁵ **Investigación: Realizada por Abogada Margarita Millán entre 2005 y 2007. Con la Dirección y corrección Dra. Alicia Puerta de Chacón; y Corregido por Dra. Susana Ramella.**

El abordaje de la hipótesis referida a la “determinación de unidades mínimas de uso de la tierra”, no se presentaba como un problema que las comunidades aborígenes o productores rurales pretendiesen solucionar. No se lo plantean como un problema.

En el análisis de los diversos casos, se ve otro tipo de problemáticas, por lo cual reitero fue modificada dicha hipótesis. De no haber sido así, se corría el riesgo de caer en un tecnicismo – planteo netamente teórico- alejado de la realidades y problemáticas de las diversas comunidades.

A partir del análisis de la documentación, se hace hincapié en la visión que tienen los integrantes de las comunidades aborígenes respecto del problema del otorgamiento de sus tierras mediante la figura de propiedad comunitaria. Cómo se encuentra ello relacionado con su derecho de autodeterminación.

En el presente trabajo, se realiza una comparación, de cómo se implementa el reconocimiento de la propiedad comunitaria indígena en los diversos países de América Latina. Si dicho derecho se encuentra reglados en las diferentes leyes; si en aquellos casos en los cuales está previsto se respeta y cómo han abordado el tema aquellos países que no la reconocen.-

En el presente trabajo, a través del estudio comparativo de diversas comunidades, se analiza como ha sido resuelto el tema de la propiedad comunitaria en diferentes países, por diferentes organismos y para diversas comunidades.

Podemos definir lo comunitario como, “perteneciente o relativo a la comunidad”. En el presente estudio nos referimos a aquellos supuestos en los cuales, los miembros de la comunidad son propietarios en conjunto de las tierras utilizadas producción, pastoreo, etc. En algunos supuestos tratados, este tipo de propiedad coexiste con la propiedad privada de la vivienda particular del núcleo familiar.

I.B. Análisis del tratamiento de la cuestión indígena en diversos países de América

I.A.1). Derecho Argentino

En nuestro derecho encontramos innumerables normas dentro del ordenamiento jurídico, que se refieren de manera específica a los derechos de los pueblos indígenas²⁵⁶.

En la Constitución Nacional, la estatuye en el art. 75 inc. 17, y el convenio 169 de la OIT.

Provincia de Mendoza

Ley n° 6920

²⁵⁶ Tema que ha sido desarrollado en trabajos anteriores, citados en los antecedentes del presente trabajo.

Con respecto a la ley 6920, destacamos algunos puntos de contacto respecto a la legislación Nacional y convenios internacionales ratificados por el estado argentino, que deberían tenerse presentes.

La Constitución Nacional (reformada en 1994) reconoce la propiedad comunitaria de la tierra. Por lo que las mismas no podrán ser objeto de transacciones de ningún tipo, entiéndase venderlas, enajenarlas, embargarlas, hipotecarlas, ni establecer ningún derecho real a favor de terceros. Será entonces muy difícil, que dichas tierras salgan del patrimonio de los indígenas.

En el supuesto de que las comunidades desaparezcan, las tierras vuelven a poder de la provincia, por lo tanto no hay riesgos de que las mismas sean enajenadas por los indígenas.

Con respecto al Convenio 169 de la OIT, se establece que ... “Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos”. (17.3 del Convenio).-

La ley 6920 o la que ocupe su lugar en el futuro, debe plantear políticas de integración de estas comunidades, con el resto de la sociedad. La entrega de tierras debe ir de la mano de un desarrollo sustentable. Mediante el otorgamiento de sus tierras a las comunidades, además de proporcionar una situación jurídica sólida, permite la vinculación de las comunidades con el trabajo.

Provincia de Santa fe.

Ley 9319.

Si bien uno de los ejes del presente trabajo –el referido a la determinación de la unidad mínima de uso del suelo- fue modificado, trataremos los inconvenientes originados por la aplicación de la ley provincial N° 9319 en la provincia de Santa Fé. Dicha normativa pretende justificar la prohibición de subdividir los predios rurales, se argumenta que se lo hace como una necesidad emanada del art. 2326 del CC. que dice: “Son cosas divisibles, aquellas que sin ser destruidas enteramente pueden ser divididas en porciones reales, cada una de las cuales forma un todo homogéneo y análogo tanto a las otras partes como a la cosa misma.

No podrán dividirse las cosas cuando ello convierta en antieconómico su uso y aprovechamiento, las autoridades locales podrán reglamentar, en materia de inmuebles, la superficie mínima de unidad económica²⁵⁷.

Al respecto, debemos recordar las palabras de Vélez Sarsfield cuando decía que “Toda restricción preventiva tendrá más peligros que ventajas”, “Si el gobierno se constituye en juez del abuso, no tardaría en constituirse en juez del uso, y toda idea de propiedad y libertad se vería perdida”. Consideran en la exposición de motivos –al solicitar la modificación de dicha normativa-, que en el caso de la ley 9319 de Subdivisiones rurales, la previsión de Vélez se transformó en realidad. Veamos.

Se presentan en la ley vigente, situaciones totalmente arbitrarias, tales como las facultades del funcionario de aplicación, para establecer cuándo se considera “antieconómico el uso y aprovechamiento”. Transformándose ello, en una ponderación subjetiva, de factores

²⁵⁷ ¿Hace referencia a los inmuebles rurales solamente o incluye también a los inmuebles urbanos?.

eminentemente variables, que van en contra del espíritu de nuestro código. Ello no condice con el carácter perpetuo del dominio.

Respecto al último párrafo del art. 2326 (... ***“las autoridades locales podrán reglamentar, en materia de inmuebles, la superficie mínima de unidad económica”***), ha sido objetada la constitucionalidad de dicha delegación al poder local. Las provincias se encuentran impedidas de avanzar, sobre principios contenidos en el Código Civil. La prohibición de dividir inmuebles rurales, en fracciones inferiores a lo considerado subjetivamente una unidad económica, constituye una restricción al dominio, y por lo tanto corresponde que sea dictada por la Nación solamente.

La prohibición de dividir un determinado inmueble, es una restricción al dominio. Al respecto nuestro ordenamiento prevé que en materia de derechos reales, las restricciones a tales derechos, se encuentran dentro de las atribuciones del Congreso de la Nación (conforme lo previsto en el art. 75.12 de la CN.).-

La aplicación de la ley 9319, ha provocado la desaparición de numerosos establecimientos agropecuarios en la zona²⁵⁸. Ello debido a que los productores frente a diversos problemas de índole económica, no podían enajenar una parte de su tierra –para hacer frente a sus acreencias- y continuar trabajando sobre el resto. Con la aparición de la figura del contratista rural (realiza labores, invierte en tecnología propia, etc), se ha modificado la forma de explotar el campo por los propietarios, y como estos sujetos cuentan con toda la tecnología necesaria, la superficie deja de ser una limitante para la conservación del suelo y de la ecuación económica.

Otro inconveniente de la ley mencionada, es la innumerable cantidad de condominios, y la mayoría de sus propietarios no puede disponer libremente sus derechos. Ello lleva a que no haya interés en invertir, ante el riesgo dominial y que los condóminos que lo necesiten vendan su parte indivisa, a un precio mucho menor de lo que valdría en condiciones normales. El tercero que compra la parte indivisa, puede solicitar la división del condominio en cualquier momento, pero como la misma no puede llevarse a cabo por las restricciones establecidas en la legislación provincial, los restantes condóminos deben vender su parte a quien ha solicitado la división y cobrar por ello precios muy bajos o dejar que la propiedad vaya a remate y las pérdidas sean aún mayores.

Debemos tener en cuenta que nadie compraría la fracción de una división, si la misma no le fuese económicamente rentable en su uso o aprovechamiento. Ello significa que la subdivisión sólo tendría lugar, si se dan las condiciones económicas y racionales que propicien alguna actividad productiva.

Lo que se propone, a los efectos de corregir los efectos nocivos de dicha ley, es considerar que por “unidad económica agraria” se entienda “toda parcela rural que independientemente de la superficie, permita a los titulares de dominio ayudar a sus necesidades y colaborar en el desarrollo favorable de la explotación rural familiar”.

Se desvincula así el concepto de unidad económica, de la superficie de la misma; teniendo en cuenta que la parcela rural genera riqueza, empleo, consumo de bienes y servicios, evita el desarraigo, en otras palabras cumple una función social.

Las comunidades, como asimismo los productores rurales que tienen vinculada su subsistencia al uso de la tierra, son sumamente vulnerables a legislaciones que no sean las adecuadas. Por

²⁵⁸ AgroDiario. [http:// www.agrodiario.com.ar](http://www.agrodiario.com.ar)

ello es de suma importancia, que las diversas comunidades tengan algún grado de participación en las normas que luego les serán aplicables.

Anteproyecto de ley

a) “Ley de procedimiento de la regularización de la propiedad comunitaria indígena”²⁵⁹.

El mencionado proyecto, sostiene que el art. 75.17 de la CN. y sus correspondientes medidas tuitivas para con las tierras comunitarias de propiedad indígena, tienen como consecuencia el alcance de prohibir cualquier medida, incluso judicial, que origine o sea susceptible de originar, el desalojo, la desocupación o expulsión de personas o familias integrantes de aquellas comunidades, que habitan dichas tierras o realizan en ellas su actividad de subsistencia.

Dicha cláusula constitucional, tiene carácter operativo.

Entiende por comunidad indígena: “al conjunto de personas que se reconozcan como pertenecientes a ella, sean descendientes de pueblos que habitaron el territorio Argentino o una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o colonización y mantengan total o parcialmente sus propias formas organizativas sociales, económicas, culturales o políticas.

Dichas comunidades serán consideradas personas jurídicas de derecho público constitucional no estatal y su inscripción declarativa se podrá hacer gratuitamente en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas.

El reconocimiento de las tierras en propiedad comunitaria se instrumentará a favor de las comunidades respetando sus formas organizativas. Las tierras deberán estar situadas en el lugar donde habita la comunidad, o en caso necesario, en las zonas próximas más aptas para su desarrollo.

El INAI, ante el pedido de las comunidades, previa constatación del cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente ley, individualizará las tierras dentro de los 40 días hábiles desde la recepción del requerimiento. Pudiendo trabarse sobre el territorio las medidas cauteles necesarias. Vencido el plazo, el INAI deberá dictar resolución en el plazo de 30 días hábiles.

La resolución que reconoce la posesión y propiedad comunitaria de las tierras, será fehacientemente comunicada al solicitante y a quien figure como titular registral de las mismas.

Vencidos los plazos sin que el INAI dicte resolución o contra la resolución del INAI, la comunidad o quien figure como titular registral de las tierras, podrán interponer ante la justicia acción de amparo.

La resolución firme del INAI que reconozca la instrumentación de la titularidad a favor de las comunidades, se publicara en el boletín oficial y la escribanía General del gobierno de la Nación realizará la correspondiente inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble.

Debemos tener en cuenta que la instrumentación de la titularidad de las tierras a favor de las comunidades, se realizará sin perjuicio de la indemnización que pudiera reclamar el o los particulares afectados, que será fijada judicialmente.

²⁵⁹ Obtenida de la Página Web creada y administrada por Gloria Alonso Alcorta.

En todos los casos, se deberá consultar y dar participación efectiva a los pueblos indígenas como condición de validez de las resoluciones emitidas durante el trámite de regularización de la propiedad indígena.

En síntesis, considero que hay una demostración de madurez en el tratamiento del problema de entrega de tierras en propiedad comunitaria a las comunidades indígenas, porque se tiende a plantear mecanismos para hacer efectiva dicha entrega. Otro punto a destacar es que se establezcan plazos a cumplir por parte de la administración.

La referencia a este proyecto de ley, es al solo efecto de ver como tratan el tema, los diversos órganos del estado, en este caso Argentino.

Proyecto de ley

b) “De emergencia de la propiedad comunitaria indígena”.

Dicho proyecto fue girado a la comisión de legislación General el 29/9/2004.

En su art. 1 “Declara en todo el territorio, por el término de cuatro años a contar desde la promulgación de la presente ley, la emergencia en materia de posesión y propiedad de tierras tradicionalmente ocupadas por comunidades, cuya personería estuviese debidamente registrada o aquellas comunidades preexistentes aún no registradas pero que manifiesten su voluntad de hacerlo”.

Durante la emergencia se suspenden las ejecuciones de sentencia de los desalojos de tierras antes mencionadas.

La posesión de la comunidad, debe ser pública, ancestral y con una continuidad mínima de un año inmediato anterior al 6/9/2004.

Dentro de los primeros dos años contados desde la sanción de esta ley, el INAI deberá realizar un censo y posterior registro que determine las familias e individuos que integran cada una de las comunidades, delimitación del territorio en donde se asientan y/o de aquellos que ocupaban antes de ser desplazados; situación dominial de los mismos y actividad principal.

Aquellas comunidades, que hubiesen sido desalojadas, después del 6/9/2004; serán reubicadas transitoriamente en los mismos predios.

En síntesis, como resumen histórico se establece que es urgente que se suspendan los desalojos de tierras tradicionalmente ocupadas por las comunidades indígenas.

Jurisprudencia Provincia de Río Negro

Comunidad Kom Kiñe Mu²⁶⁰:

(III Circunscripción Judicial de Río Negro. Juzgado de primera instancia en lo Civil Comercial y Minería Nro5. San Carlos de Bariloche, 12 de Agosto de 2004. “Sede, Alfredo y Otros C/ Vila, Herminia y Otro S/ Desalojo”).-

²⁶⁰ Argentina Indymedia, 21 de agosto de 2004. (Centro de documentación mapuche. Documentación center).

En la presente causa, los demandados opusieron excepciones y pidieron el rechazo de la demanda porque integran la comunidad indígena Kom Kiñe Mu de la Reserva de Ancalao con derecho a la propiedad comunitaria y ancestral de las tierras. De modo que la cuestión debe resolverse en un proceso petitorio o posesorio en lugar de un proceso de desalojo en el cual se debaten derechos personales. Además, ninguna de las partes tiene legitimación para este proceso, los actores invocan títulos nulos, y los demandados no tiene obligación personal de entregar la cosa a pesar de que se extinguiera la relación laboral, porque precisamente tiene su posesión ancestral.

Los actores contestaron las excepciones alegando que poseen legítimamente y por accesión desde 1928, que pueden solicitar el desalojo sin exhibir título.

En los considerando del fallo se establece, que es la propia ley, la que reconoce la antigua ocupación de la comunidad Ancalao en el lugar en que se encuentra. Según art.2 de ley provincial 2.641 del 17/06/1993, “Los integrantes de la reserva indígena Ancalao, ejercen ocupación real y efectiva de los predios colocados bajo reserva...(se refiere a una extensión de unas 28.383 Has).-

Se justifica el derecho de la comunidad, sosteniendo que las tierras entregadas a la comunidad, estaban enmarcadas en la ley de premios militares. Fueron entregadas en premio al cacique Ancalao, (cesión de las tierras), por su colaboración con la campaña del desierto.

Asimismo la propia constitución de Río Negro admite la preexistencia cultural aborígen (art. 42 –operativo-). La Constitución Nacional admite desde 1994 la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, y reconoce la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan.

Se establece en la sentencia, que los demandados integran con su familia la comunidad indígena, que ocupa tradicionalmente los campos involucrados en este caso. Se establece en la sentencia que se entenderá por comunidades, a los conjuntos de familias que se reconozcan como tales por el hecho de descender de poblaciones que habitaban el territorio nacional en la época de la conquista o colonización, y se denominará indígenas o indios a los miembros de dicha comunidad. (art. 2 ley 23.302).

Es difícil establecer las características definitorias del indígena, en nuestro país rige el criterio amplio del art.1 del Convenio 169/1989 de la OIT y los arts. 2 y 3 de la ley provincial 2.287. “una definición indígena debe abarcar de la manera más amplia posible todos los aspectos que cada uno de los pueblos indígenas consideran fundamentales para su identidad, para esto el criterio de **autoidentificación** significa la puerta de entrada hacia una definición. Por medio del mismo se logrará obtener una definición que respete ideas, creencias, tradiciones y demás aspectos que los pueblos indígenas consideren necesarios para el ejercicio de sus derechos y por sobre todas las cosas, “se obtendrá una definición libre de connotaciones políticas donde la integridad territorial de los Estados aparece como un fetiche que todos debemos adorar”. (Arrigo y Kliegel).

En el caso en cuestión, se presenta una particularidad, la propia autoridad de aplicación ha certificado que la familia de los demandados pertenece a la comunidad indígena.

La sentencia establece que la posesión comunitaria de los pueblos indígenas no es la posesión individual del Código Civil. Toda ocupación tradicional de una comunidad indígena debe juzgarse como posesión comunitaria aunque los integrantes no hayan ejercido por sí los actos posesorios típicos de los previstos e el C.C. (art. 2384 del C.C.).

Dice la sentencia que la posesión comunitaria y la propiedad comunitaria de los indígenas son categorías jurídicas nuevas, que requieren, por supuesto, de alguna adecuación normativa. Pero el derecho reconocido por el constituyente, es plenamente operativo (ver por ejemplo Juan Carlos Cassagne). El derecho a la tierra de las comunidades indígenas, debe ser respetado ni bien se detecta una comunidad que persiste en su ocupación tradicional, aunque la adecuación normativa no esté completa.

En las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, se concluyó que la posesión y propiedad indígenas son conceptos nuevos, se recalcó su rango constitucional, supremo, diferenciado y autónomo del derecho civil inferior: la protección consagrada para la propiedad de las comunidades indígenas en el art. 75.17 de la CN., hace innecesaria e inconveniente su inclusión en el Código Civil, ya que ello implicaría una desjerarquización.-

Respecto de lo dicho, es indistinto que los demandados hayan nacido o no en el lugar específico, que hayan tenido una residencia continua o intermitente, que hayan trabajado la tierra por sí para otro. Incluso es intrascendente que alguno de ellos haya reconocido circunstancialmente la posesión de otro, porque se trata de un derecho irrenunciable desde que es inenajenable. Lo único relevante es que la comunidad se haya conservado tradicionalmente en el lugar y que ellos pertenezcan a tal comunidad. Eso equivale a posesión comunitaria con derecho a propiedad comunitaria. Es repugnante al nuevo derecho constitucional, el reproche de la supuesta interversión unilateral del título por parte del indígena; porque éste de acuerdo con la nueva constitución, siempre poseyó por y para la comunidad. El título fue siempre el mismo; no hubo cambio ni interversión alguna.

Es altamente improbable que los integrantes de una comunidad indígena hayan realizado actos posesorios típicos del Código Civil después de la conquista y la inmigración, por las características y secuelas de ambos fenómenos históricos.²⁶¹).

La constitución de 1994, ha dispuesto una reparación histórica, dando por cierto que continuaron la posesión comunitariamente; de modo que les basta con demostrar su pertenencia a la comunidad de acuerdo con los arts. 2 y 3 de la ley (provincial) 2.287 y el art. 1 del Convenio 169 de la OIT.

Se pretende reparar la “reducción de tribus indígenas”²⁶², mediante las cuales se procuró “incorporar al aborígen a la vida civilizada” y colonizar sus tierras con inmigrantes, en vez de respetar su identidad y territorio.

En fin, el derecho objetivo ha cambiado y exige que el problema indígena se resuelva con las nuevas normas de derecho publico dictadas a propósito y supletoriamente, con las viejas normas de derecho privado.

Los demandados Vila Y Napal tienen título para poseer ya que la propia ley los legitima en tanto integrantes de la comunidad indígena. Al respecto la sentencia dice que el vocablo “título” no debe entenderse en sentido documental o formal, sino como causa legítima de la transmisión o adquisición de un derecho real (venta, donación, permuta, partición, cesión, usucapión, etc). Aquí la causa legítima es la ocupación tradicional de una comunidad indígena preexistente al estado.

²⁶¹ Se cita en la sentencia, como ejemplo de lo que se viene sosteniendo, ver por ejemplo; Ramella, Susana “Ideas demográficas argentinas –1930-1950-. Una propuesta poblacionista, elitista, europeizante, y racista”.-

²⁶² Este tema fue tratado in extenso al referirnos al pueblo mapuche.

Los actores también ostentan títulos pero posteriores a la posesión tradicional y comunitaria de los demandados y con límites mal confeccionados que invaden la zona reconocida a la reserva Ancalao por decreto del 17/11/1900.

Por tanto la cuestión excede el marco de un proceso de desalojo donde sólo pueden ventilarse la obligación personal de restituir el inmueble.

Tal proceso no es idóneo para dirimir quien tiene mejor derecho a poseer la cosa, ni cuales son los límites correctos de cada posesión. Al demandado le basta con demostrar un título legítimo para resistir la pretensión de desalojo, aunque el actor haya exhibido otro.

En el caso específico de las tierras rionegrinas, los derechos vinculados a la tradicional posesión del indígena están sujetos a una instancia administrativa previa que debe ser agotada. Del resultado de esta instancia previa dependen las eventuales acciones que pueda ejercer fiscalía de estado. En síntesis, tal como informó el INAI, la cuestión debe ser abordada por el Consejo de Desarrollo de las Comunidades Indígenas, al cual deberán acudir los interesados para agotar la vía administrativa susceptible –recién después- de revisión contencioso administrativa.

El desalojo es improcedente porque la posesión de los demandados es necesariamente anterior a los títulos de los actores.

En síntesis debe rechazarse la demanda, y las costas deben ser impuestas por su orden, debido a que los actores pudieron creerse razonablemente con derecho a demandar en virtud de sus títulos.

El fallo que comentamos, no sólo establece que la vía de desalojo no es procedente; sino que trata temas como la forma diferenciada de la posesión ejercida por la comunidad indígena.

I.A.2). **Caso Mapuche (Chile)**

A través del estudio del caso mapuche, vemos las políticas referidas a los indígenas en el estado chileno, y como se han plasmado en la legislación. Tanto las leyes como decretos, al ser aplicados han ido modificando la forma de organizarse de las diversas comunidades y su relación con la tierra.

Si bien la legislación (leyes, decretos) referida a las comunidades indígenas, es totalmente diferente en la Argentina con respecto al estado chileno, el estudio del caso mapuche nos permite llevar a acabo un análisis de las decisiones políticas que subyacen tras el discurso jurídico.

El caso mapuche, se expone teniendo en cuenta las diversas etapas históricas y políticas del Estado de Chile y todo ello se encuentra relacionado con las diferentes leyes vinculadas a la división de la propiedad colectiva.

Según el trabajo de J. Calbucura, dos son las causas que originan la desaparición de las comunidades indígenas:

- 1) La usurpación llevada a cabo por los latifundistas
- 2) Y la transformación en propiedad privada de las comunidades Indígenas.

Históricamente el estado (chileno) ha impuesto premisas legales que han estado dirigidas a deslegitimar el fundamento jurídico del sistema de propiedad colectiva de la tierra.

Asimismo, la transformación en propiedad privada de las comunidades indígenas, implica la abolición del estatus institucional de minoría étnica que los mapuches informalmente han ejercido.

Los procesos a los que hacemos referencia, no se ha producido de un día para otro, sino de manera paulatina a lo largo de los años.

En el sur del continente americano existen unos 410 pueblos autóctonos que se diferencian entre sí. El pueblo mapuche que habita en la zona cordillerana sur de Chile y Argentina, con aproximadamente un millón cuatrocientos mil miembros constituye uno de los grupos aborígenes más numerosos del continente, junto con Aymarás, Quechuas, Mayas, Cackchiqueles, Mixtecas, Nahuatlés, Otomíes, Pipiles, Quichés, Yacatecos y Zapatecos (Hernández).

Una gran cantidad de indígenas residen en centros urbanos, tales como Santiago, Valparaíso, etc.

En Argentina los mapuches residen en las provincias de Neuquén, Río Negro, Chubut y Santa Cruz. En estas provincias constituyen un 30% de la población total. Hasta la década del 80 se concentran en doce comunidades indígenas.

La guerra contra el pueblo Mapuche se realiza durante un período de varios años, podríamos situar el comienzo de la misma, con la invasión de los españoles a dichos territorios, aproximadamente a mediados del siglo XVI. Y llegando a su fin en la República Argentina luego de la conquista del desierto (1833-1881), y en el estado de Chile una vez finalizada la “pacificación de la Araucanía”.-

Ha sido una constante para el pueblo mapuche la falta de tierras, la pobreza y consiguiente exclusión social permanente. Podemos situar históricamente la época en que comienza la pérdida de tierras del pueblo mapuche, en los tiempos de la conquista. Con el transcurso del tiempo se fue modificando la tradición de un uso comunal de las tierras.

El Estado Chileno, ha tenido como objetivo imponer la unidad territorial, y la hegemonía racial sobre la diversidad cultural existente. En el período de la conquista (1810-1818) los mapuches vivían en forma independiente, la resistencia opuesta a los conquistadores y con posterioridad al ejército del estado, desembocó en el s.XVII en la formación de una frontera al sur del Bio Bio. Durante la etapa de la independencia, la resistencia de los indígenas, fue vista como un símbolo de resistencia nacional.

En el período que transcurre de 1818 a 1850, a pesar de encontrarse declarada la igualdad jurídica de los indígenas, fueron utilizados los mismos medios que los conquistadores: evangelización, parlamentos y colonización poblacional.-

Gran parte del territorio perteneciente al pueblo mapuche, fue ocupado por el Estado Chileno. Luego comienza aproximadamente en el año 1852 la conquista de la Araucanía, culminando esta etapa en el año 1883, denominada “Pacificación de la Araucanía”²⁶³. En 1860 se produce el inicio de la ocupación militar chilena del territorio mapuche.

Hasta el momento en que el estado republicano argentino y chileno no ejercieron soberanía sobre los territorios mapuches, la “Cuestión indígena” fue un problema de carácter político- militar. Después del sometimiento militar y la relegación en reservas, la “cuestión indígena” se transformó en un problema político-social. Ambos estados han brindado un trato diferente a los mapuches, en su calidad de vencidos de la guerra. En el caso chileno, luego de que fueran relegados en reducciones, vemos que el estado no ha garantizado la existencia legal de la comunidad indígena. Por el contrario, la producción legislativa al respecto se encuentra orientada a fomentar la abolición del sistema de propiedad colectiva de la tierra. Innumerables han sido los procedimientos legales que progresivamente inhabilitan los derechos de quienes son reconocidos por la ley como mapuches.

El caso argentino plantea una situación diferente, al menos desde el punto de vista legislativo.-

Diversos momentos de avance contra el pueblo Mapuche.-

Ocupación militar de las tierras y posterior confinamiento en reducciones.

En enero de 1883, el ejército chileno ocupa militarmente la araucanía. El estado toma posesión de un territorio cercano a los 90.000 km²., se decreta que las tierras confiscadas son de propiedad fiscal.

Las reducciones, se encuentran compuestas por varias familias bajo una estructura jerarquizada. El cacique tiene el título de Merced, mediante lo cual se encuentra obligado a repartir la tierra entre familias. Este pueblo se encuentra aislado, en un espacio de unas aproximadas 500 mil ha., y marginados de todo tipo de asistencia estatal.-

Proceso de desaparición de reducciones . Usurpación.-

Una vez terminado el proceso de confinamiento en reducciones indígenas, en pocos años el número de comunidades comienza a disminuir.

Debemos tener en cuenta que los procesos de abolición de la propiedad comunitaria indígena son múltiples. Que no se encuentran limitados a la legislación de cada momento, sino que en muchos casos, este proceso se vio favorecido, por diversos actos llevados a cabo por los mismos indígenas, sin tener en cuenta las consecuencias que tendría para ellos en el futuro. Un ejemplo que me pareció significativo al respecto, “el caso de aquellos caciques que arrendaron, regalaron o vendieron tierras a oficiales, comerciantes y colonos, sin tener en cuenta los rumbos que tomaría la dinámica económica y política del estado; el resultado fue que años más tarde, se encontrarían ante un despojo legal por imposición de sistema jurídico occidental y de una concepción diferente de la tenencia y apropiación de la tierra”.

²⁶³ La producción legislativa de esta etapa la analizaremos en el punto siguiente.

Análisis de la producción legislativa referida al tema.-

En **1835**, se dicta la ley sobre denuncio de tierras baldías, normativa esta que permitió la adquisición de grandes extensiones de terreno. Se da en esta ley como en las posteriores, la particularidad de que se desconocen los sistemas de tenencia y ocupación de las tierras por parte de los indígenas, permitiendo asimismo al denunciante apropiarse de los terrenos juzgados libres de propietarios.

Luego (en el año **1845**) el Estado dictó la ley de colonización, dirigida a la llegada de extranjeros.

Las leyes mencionadas, primero (**1835**) “denuncios” y luego (**1845**) “colonización” dan comienzo a una política dirigida a terminar con la soberanía autóctona.

En los años **1852** (2 de Julio) y en **1866** (4 de Diciembre) fueron dictadas las llamadas leyes matrices de la propiedad austral (leyes de indios). Se conforma allí un sistema legal, patrón de las posteriores relaciones de conflicto entre las comunidades indígenas al sur del Bio Bio y los representantes del estado chileno. La segunda de estas leyes, establece un sistema de enajenación de tierras pertenecientes a los indígenas.

Tal como se ha planteado (Calbucura), se presenta en la legislación chilena de 1866, la idea de favorecer la división de tierras que han sido comunitarias. Un ejemplo de ello se da en el art.7 de la ley, que establece que ... “ toda operación de deslinde se practicará con citación de los colindantes i con intervención del protector de indígenas...debiendo proceder (dicho protector) de la siguiente manera... Inc.3º ...Si varios aborígenes poseyeren un terreno sin que ninguno de ellos pueda hacer establecer posesión exclusiva sobre una porción determinada, se les considerará como comuneros, i se subdividirá por partes iguales;”.-

Hay quien sostiene (Lincoqueo), que la promulgación y publicación de estas leyes, fueron realizadas sin que el estado chileno tuviese dotación parlamentaria al sur del Bio Bio. Este río había sido establecido como frontera entre la nación mapuche y la chilena, conforme el parlamento de Negrete de 1803. Dichas leyes, conforme la postura expuesta, pretendían ser aplicadas fuera de la frontera. Padecen de dos defectos insalvables, uno es el de ser leyes extraterritoriales, y el otro se encuentra vinculado con su contenido dirigido al exterminio del indígena al sur del Bio Bio. Siendo este último argumento actualmente utilizado en el estado Chileno, por los defensores del pueblo mapuche en diversos pleitos.

Siguiendo a Abelardo Levaggi²⁶⁴ y a Alfred Verdross²⁶⁵, ... “en el término frontera se advierte un carácter histórico en tanto se mantenía la idea de la Corona española de una frontera interior, distinta de la exterior con las características definidas por el derecho internacional clásico, porque alegando tener la soberanía territorial, reconocía que no tenía la supremacía territorial, es decir la jurisdicción real y efectiva de la Nación Argentina en los territorios

²⁶⁴ Levaggi, Abelardo; Los tratados con los indios en la época borbónica. Citado por Susana T. Ramella en Una Argentina Racista. Historia de las ideas acerca de su pueblo y de su población (1930-1950). Facultad de Ciencias Políticas y Sociales. UNCuyo- INCIHUSA-CRICYT. Pp, 133.-

²⁶⁵ Verdross, Alfred; Derecho Internacional Público, 4ª Edición (1959). Citado por Susana T. Ramella en Una Argentina Racista. Historia de las ideas acerca de su pueblo y de su población (1930-1950). Facultad de Ciencias Políticas y Sociales. UNCuyo- INCIHUSA-CRICYT. Pp, 133.-

allende la frontera, limite a partir del cual la posesión y dominio territorial la tenían los indios, con los que se firmaban tratados reconociéndoles que eran una nación distinta”... .-

Lo dicho por lo mencionados autores respecto del concepto de frontera interior, si bien se refiere al caso argentino, es de perfecta aplicación al caso chileno.

En 1852, se crea por ley la provincia de la Arauco, dicha ley será aplicada en “los territorios de indígenas situados al Sur del Bío-Bío y al Norte de la provincia de Valdivia”.

Luego mediante la ley **1866**, se establecen diversos mecanismos, que tuvieron su auge de aplicación en la década del ochenta:

- a) dirigidos a la radicación de indígenas,
- b) deslinde de terrenos mediante comisiones de ingenieros,
- c) normas dirigidas a evitar la radicación de una colonización espontánea,
- d) apropiación por parte del estado de los terrenos baldíos.

Mediante esta legislación, se legitima que a través de contratos de compraventa, arriendo o cesiones, se traspasaran a manos criollas grandes territorios de propiedad mapuche. La mencionada norma legal establecía el deslinde, por una comisión de ingenieros, de los terrenos pertenecientes a indígenas y declara baldíos y, consiguientemente, propiedad del fisco las tierras sobre las cuales no se puede probar la ocupación efectiva y continuada de un año. En dicha legislación, no se reconocen las formas de tenencia indígena sobre la tierra.

Al aplicarse la normativa referida a tierras baldíos, la Comisión Radicadora que operó con posterioridad, fue privando a los indígenas de la mayor parte de sus suelos. Bastaba para ello, con no tener por probada la posesión efectiva y continuada a lo menos de un año, sobre los terrenos que realmente eran ocupados por mapuches. La misma ley dispone que “los terrenos que el Estado posea actualmente y los que en adelante adquiera se venderán en subasta pública en lotes que no excedan de quinientas hectáreas”... .-

La ley de 4 de diciembre de 1866, facilitó la apropiación de las tierras de indígenas, tanto por el Estado como por los particulares”. Estos procesos se combinan con conquista militar, y un marcado antindigenismo.-

Se extienden las fronteras del estado chileno, que se encontraba situada hasta el Bio-Bio, llegando ahora hasta río Malleco; menguando de esta forma el territorio indígena. Estaba prevista la subdivisión, enajenación y colonización de estos nuevos territorios (aproximadamente 500 mil ha.).-

Se pretendía conquistar el territorio libre hasta ese momento, e incentivar una explotación racional de la tierra, lo que de ningún modo era compatible con el uso dado a la tierra por los indígenas.

El discurso político, considera a los indígenas como no civilizados –salvajes-.

Se firmaban tratados con los indígenas, pero considerándolos como otra nación²⁶⁶.

²⁶⁶ Al respecto confrontese para ver tratados firmados, cita de A. Levaggi, en Ramella Susana T. Una Argentina Racista. Historia de las ideas acerca de su pueblo y de su población (1930-1950). Facultad de Ciencias Políticas y Sociales. UNCuyo- INCIHUSA-CRICYT. Pp, 165.

Entre **1870/78**, la frontera llegó hasta Traiguén. Luego se llevó a cabo la etapa más violenta entre los años 1881/83.-

El discurso que encontramos en este momento, es de neto corte positivista y modernizador.

La resistencia mapuche llega a su fin. Se abría entonces una nueva etapa, la radicación y la integración de los Mapuches como minoría étnica y pueblo derrotado al Estado-Nación chileno.

En la década de **1880**, gran cantidad de inmigrantes se radicaron en la Araucanía, fue la etapa posterior a la conquista mediante las armas: lograr una rápida colonización, de los hasta ese entonces territorios indígenas.-

Siguiendo con la profusa legislación chilena al respecto, vemos que la ley de 20/01/**1883**, tuvo tres grandes ejes de acción: 1) Radicación de indígenas, 2) Enajenación de tierras fiscales en pública subasta, 3) otorgar gratuitamente tierras a colonos —extranjeros y naturales— por parte del estado.-

Entre 1884 y 1919-20 se entregaron gran cantidad de títulos de merced (aproximadamente 3.000), lo que equivale a un número igual de comunidades indígenas, de una extensión de tierras de 475.000 a 526.285 has., favoreciendo a entre 78.000 y 83.200 personas. Quedando gran cantidad de mapuches sin radicar (40.000)²⁶⁷. El despojo operado es patente, si tenemos en cuenta que el total del territorio histórico consistía en 10 millones de ha.

Algunos autores que sostienen que la entrega del título a la comunidad, generó el mito de la propiedad colectiva bajo la autoridad del jefe. Tal opinión no es extraña si se analiza el contenido de las leyes dictadas en esa época.

El pueblo mapuche, para este entonces minoría étnica del estado-nación chileno, sometido al sistema de dominación global mediante su establecimiento en reducciones, logró encontrar allí un fin no previsto por el aparato estatal: un lugar de reestructuración y resistencia cultural frente al modelo estatal. Ello se vio favorecido por la falta de políticas indigenistas de carácter asimilacionistas o integracionistas.

En los años treinta, la política indígena estaba dirigida a la división de las comunidades, y a la asimilación sociocultural del indígena. Se muestra una vez más la tendencia homogeneizante dentro del estado nación. No se acepta la coexistencia de otro distinto, dentro del estado nación.

Se dictan en esta etapa, diversas normas: **en agosto de 1927**, la Ley N° 4.169, que establece: La división de las comunidades indígenas puede ser solicitada por cualquiera de los comuneros. Luego, **en enero de 1930**, la Ley N° 4.802 crea los “Juzgados de Indios” cuyo objetivo es proceder a la división de comunidades indígenas.

En junio de 1931, se dicta la Ley N° 4.111, la cual autoriza la división de comunidades indígenas, solicitada al menos por la tercera parte de los miembros. Al mismo tiempo establece que, una persona es indígena cuando pertenece a una familia cuyo jefe es miembro copropietario de una comunidad de indígenas que tiene una Merced de Tierras. Quedan exceptuados de esta formalidad, los indígenas que hayan cumplido con la ley de instrucción

²⁶⁷ Calbucura, Jorge, “El proceso legal de abolición de la propiedad colectiva” El caso mapuche. Departamento de Sociología, Universidad de Uppsala.

primaria obligatoria. Con dicha normativa, se puso fin a la división obligatoria, para solicitar la división fue necesario, que la misma fuese solicitada al menos por la tercera parte de los comuneros.

A pesar de que esta ley disminuyó la velocidad con que se venían operando las divisiones, el sistema de transformación de la propiedad indígena (capacidad de celebrar contratos, gravar, enajenar hijuelas adjudicadas durante el proceso de división), tenía plena vigencia legal.

La ley 4.111, fue reemplazada por la **ley 14.511** de diciembre del año 1959, esta última confiere al Presidente de la República, facultades para expropiar los terrenos de propiedad de las comunidades indígenas.

Tanto los dirigentes, como las respectivas organizaciones indígenas, se transforman en actores sociales, pretendiendo influir en la política respecto de los indígenas. Este posible avance político indígena, fue visto con recelo, lo que llevó al dictado en 1961, de nueva ley respecto a los indígenas. La misma tenía por fin, acelerar el proceso de división de las Comunidades y terminar con la existencia de un grupo étnico diferente del resto de la Nación.

En Julio de **1967**, se dicta la ley de reforma agraria N° 16.640, incorporando al pueblo mapuche, a los beneficios de la reforma agraria, como un estrato más del campesinado. No se da un tratamiento diferenciado a la problemática indígena.

En 1970, oficialmente se reconoce la existencia de 2.060 comunidades indígenas (reducciones indígenas), en las que residían unos 700 mil mapuches.

Entre la década del cincuenta y setenta desaparecen unas mil comunidades indígenas. La mayor parte de los estudios que refieren a este período, destacan la usurpación de las tierras llevada a cabo principalmente por latifundistas, como un factor que ha contribuido a la disminución de las tierras concedidas originalmente.

Algunos autores sostienen, que en los primeros cincuenta años de este siglo, casi un tercio de las tierras concedidas originalmente en Títulos de Mercedes, fueron usurpadas por particulares, otros nos explican que desde 1927 hasta la década del setenta los colonos, transformados en latifundistas, usurparon un 25% (unas 131.000 Has.) de las 526.286 has asignadas originalmente. Este período significó (salvo períodos específicos) un empeoramiento de la situación política, económica, cultural y social de los indígenas.

Las cifras expuestas más arriba no permiten determinar hasta qué punto la usurpación significó la desaparición de comunidades completas o sólo las afectó parcialmente. Los datos a parte de constatar la proporción de la usurpación, permiten determinar que este procedimiento es tan antiguo, como la existencia legal de las comunidades indígenas. Otro de los mecanismos de antigua data que ha motivado la desaparición de las comunidades indígenas, ha sido la transformación de estas en propiedad privada. Este fenómeno adquiere proporciones mayores a principios de la década de los ochenta. En síntesis destacamos entonces estos dos factores son los que más ha influido para despojar a los mapuches de sus tierras: el proceso de usurpación y el de transformación de la propiedad privada de las comunidades indígenas.-

En septiembre de 1972, se dicta la Ley 17.729, que decreta la “comunidad indígena indivisa”. La división de la comunidad indígena es posible a pedido del 100% de los miembros de la comunidad. Esta normativa se da en un contexto político diferente.

1979, Marzo: Ley N° 2.568 que modifica la ley 17.729 de “Comunidad Indígena Indivisa”, establece nuevamente que la división de las comunidades indígenas puede ser solicitada por cualquiera de los miembros, y “a partir de la división las tierras dejarán de considerarse tierras indígenas e indígenas sus dueños”.

Una vez más el discurso estatal se presenta como contradictorio y confuso. La tierra es tan importante que se considera indígena a quien pertenece a una comunidad que tenga merced real, y que no se es indígena si no se tiene tierra. Punto seguido fomenta en todo su articulado la división de las comunidades indígenas. Lo cual nos lleva a pensar que ha sido una de las formas más sutiles de desconocer los derechos de las comunidades indígenas-

La transformación de las comunidades indígenas en propiedad privada.

En la **década de los ochenta**, la dictadura militar favoreció la división de la tierra en títulos de posesión individual; como consecuencia de tal medida las 2.060 comunidades Indígenas se redujeron a 665. La desaparición de las reducciones indígenas, se debe en gran parte a la transformación de las comunidades indígenas en propiedad privada.-

Vemos cómo a comienzos de los ochenta, se autodisolviéron unas 1.335 comunidades, dando lugar a hijuelas de dominio privado. Todo ello se debe a la aplicación de la ley N° 2.568 (25/03/1979). Uno de los elementos más nocivos de dicha normativa, es la posibilidad de dividir la comunidad cuando uno sólo de sus miembros así lo demande (ello podía llevarse a cabo mediante un procedimiento rápido y gratuito).-

Se estableció que dichas tierras fuesen inenajenables por un plazo de 20 años, pero ello no servía de nada cuando hubo en la normativa citada, ausencia de todo tipo de limitaciones referidas a la posibilidad de que las tierras pudiesen ser objeto de garantías –gravadas e hipotecadas-, lo que tornaba en ilusoria la protección establecida en primer término.-

Vemos entonces que, la existencia de procedimientos legales expeditivos dirigidos a abolir el sistema de propiedad colectiva de las reducciones indígenas, no es nueva en la legislación chilena. Es constante el impulso del estado chileno para favorecer la división de las comunidades indígenas en propiedad privada. Ese período, comienza –como ya se dijo- cuando termina el proceso legal de distribución de títulos de Merced (1927). Desde entonces dos premisas legales se han adecuando con el fin de fomentar la abolición del sistema de propiedad colectiva de la tierra. La primera deslegitima progresivamente los derechos referidos a deliberación y determinación de la comunidad indígena en lo que concerniente a sus intereses; la segunda inhabilita gradualmente a aquellos que la ley reconoce como mapuches.

Síntesis.

La legislación ha adecuando el procedimiento más rápido y sencillo, a los efectos de solicitar la división del sistema de propiedad comunitaria de la tierra. Las diferentes leyes del estado chileno que han tratado este tema, han ido variado la proporción de miembros necesarios a los efectos de solicitar la división, pero en la mayoría se encontraba la idea directiva de favorecer la división.-

Las formulaciones legales mencionadas, legitiman demandas de una minoría, que no es la indígena. El único período en la historia del estado que Chile, en el cual se legisla

protegiendo el sistema de la propiedad colectiva de la tierra, es en el año 1972 durante la presidencia de Salvador Allende. En el período que va desde 1970/73, el gobierno de Unidad Popular lleva a cabo una política integracionista con respecto al indígena. Se estableció una nueva política estatal al respecto, reconociendo la especificidad de la cultura indígena por parte del poder ejecutivo. Respecto a la propiedad de la tierra, se pretende que el indígena recupere los rasgos comunitarios que poseía, con anterioridad a las leyes de división. Estas ideas, se plasman en la legislación de esta época, estableciendo que la división de la comunidad indígena es posible, a través de la solicitud del 100% de los miembros.

Los conceptos de propiedad comunitaria y propiedad colectiva, no pueden ser equiparados. Siguiendo a Norma Cocha²⁶⁸, podemos decir que provienen de fuentes ideológicas diferentes.

La propiedad colectiva de los socialistas, si bien aparece como contraria al sistema capitalista o propiedad de tipo burguesa, nace del mismo árbol que aquella: la filosofía del liberalismo. Los planteos marxistas no pretenden la abolición de la propiedad privada sino tan sólo de la propiedad burguesa; el tipo de propiedad colectiva que propugnan se refiere a una propiedad estatal de los medios de producción.

A efecto de poder clarificar los términos utilizados, resulta esclarecedor el siguiente fragmento del trabajo de Cocha, respecto a la diferencia entre la propiedad colectiva marxista y la propiedad comunitaria indígena:

... “los parámetros de la propiedad colectiva marxista son diferentes a los de la propiedad comunitaria indígena, por ser creada a partir de una concepción totalmente distinta de la relación entre el hombre y las cosas y por estar instalada en un contexto histórico cimentado en base al desarrollo de las fuerzas económicas del capitalismo occidental”... -

Siguiendo con el caso chileno, el gobierno de la Unidad Popular, al implementar su política indígena, se diferencia de la perspectiva asimilacionista adoptada desde el dictado de la primera ley de división -en 1927-, en diversos puntos: en primer lugar reconocer la existencia en el territorio nacional de grupos culturalmente diferenciados, en segundo lugar hace del asunto indígena un problema nacional; tercero, reconocer la deuda histórica que tenía el Estado para con los indígenas y cuarto saca a la luz el tema de la participación autóctona.

En esta etapa, se abre camino a las antiguas reivindicaciones indígenas, referidas a la escasez de tierras.

Las autoridades enviaron al Congreso un proyecto de ley que fue aprobado en 1972, en el cual se reconocía la pluralidad cultural existente en Chile. Se trató por primera vez el problema indígena como un problema social y cultural. Asimismo estuvo entre los objetivos de la ley 17.729, el poner coto al proceso de división e impulsar la recuperación de tierras a través de la restitución de las tierras usurpadas y la expropiación. Se pretendía promover el desarrollo económico y social de los indígenas, mediante formas colectivas y comunitarias de producción.

²⁶⁸ Cocha, Norma; “La propiedad comunitaria indígena como resguardo de la soberanía territorial argentina”, Tesina de grado, Universidad Nacional de Cuyo, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Licenciatura en Administración Pública, Abril de 2005, Pp.19 y 20.

No debemos dejar de tener en cuenta, la impronta ideológica que acompañó la política indigenista de esta etapa.

El proceso de reconocimiento de los derechos de los pueblos autóctonos, se detuvo por la instauración de un régimen dictatorial neoliberal. En esta etapa se retoma el régimen de división de tierras. Se dictaron dos decretos leyes (1979) cuyos ejes fueron: 1) acelerar el proceso de división y liquidación de las comunidades, 2) acabar con la existencia legal de los indígenas. Para ello, como se ha dicho anteriormente, se estableció un sistema mediante el cual la comunidad podría ser dividida a solicitud de uno de los miembros, mediante un procedimiento expedito y sin costo alguno.

La legislación establecía (decreto ley N° 2.568) que una vez que las hijuelas de las reservas fuesen inscriptas en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces, dejarán de ser consideradas tierras indígenas, e indígenas a sus dueños o adjudicatarios.

Como consecuencia de los mencionados decretos, durante el período que va desde 1979 a 1990, se llevó a cabo la división de casi la totalidad de reducciones.

En el año 1993, se promulga la ley N° **19.253**, la misma reconoce la existencia de etnias indígenas en el territorio nacional. Desvincula la definición de indígena de la radicación en tierras indígenas, integrando elementos culturales y de descendencia. Se establece la autoidentificación como criterio de determinación de la calidad indígena.

La ley reconoce el pluralismo cultural existente en el país, y además se establecen mecanismos dirigidos a proteger las tierras indígenas y a adquirir otras para personas o comunidades. –

Podemos destacar algunas falencias de la nueva ley, tales como el no reconocimiento de la existencia de los pueblos indígenas; el enunciar como único ordenamiento jurídico el del estado, sin tener en cuenta el derecho consuetudinario indígena; entre otros.-

I.A.3). **Nicaragua**

Jurisprudencia : Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni.

Resolución Corte Interamericana de Derechos Humanos 06/09/2002 “Medidas provisionales solicitadas por representantes de las víctimas respecto de la Republica de Nicaragua”.

Las medidas provisionales, en este caso puntual, se dan luego de que la Corte se ha expedido sobre el fondo del asunto. O sea que una vez dictada la sentencia sobre el fondo se presentan elementos que requieren nuevamente la intervención del tribunal.

La Corte, para resolver respecto a las medidas provisionales solicitadas, debe merituar ciertos elementos (destacamos aquellos que poseen a nuestro entender una relación directa con el presente trabajo): Para resolver la medida interpuesta, se ha tenido en cuenta (Vistos):

- 1) La sentencia de la Corte sobre el fondo de fecha 31/08/2001;
- 2) la comunicación de los representantes de la comunidad, solicitando se someta a consideración de la Corte la solicitud de medida provisional a favor de la comunidad. Ello conforme el art. 63.2 de la Convención Americana sobre

Derechos Humanos que establece: “En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar medidas provisionales que considere pertinentes. Si se trata de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento podrá actuar a solicitud de la Comisión”.

Que la medida provisional requerida tiene por finalidad “preservar la integridad del derecho de uso y goce de la comunidad sobre sus tierras y recursos, tal y como fuesen reconocidos por la sentencia de la Corte sobre el fondo”.

La comunicación referida, solicita a la Corte que ordene al Estado de Nicaragua adoptar medidas provisionales para evitar daños inmediatos e irreparables, como consecuencia de **actividades actuales y continuas de terceros. Éstos se han asentado en el territorio perteneciente a la comunidad, o en otros casos explotan los recursos naturales que se encuentran en la zona.** Todo ello lleva a que en la comunicación se planteen algunas medidas concretas (*la selección es propia*):

*Que se delimiten las áreas que en la actualidad son objeto de ocupación y uso agropecuario en el territorio, y suspensión de toda expansión de estas áreas hasta que no se produzca la delimitación, demarcación y titulación de las tierras de la comunidad.

*Suspensión de la emisión de nuevos títulos, principales o supletorios, o constancias de propiedad o de cualquier otro derecho real sobre áreas pertenecientes al territorio, hasta que no se produzca la delimitación, demarcación y titulación definitivas.-

3) Quienes representan a la comunidad, resaltan algunos puntos de la sentencia de fondo, que le brindan solidez a las solicitadas medidas provisionales. Los puntos de la sentencia de fondo son los siguientes: ... exige “que el gobierno se abstenga de realizar, hasta tanto no se efectúe la delimitación, demarcación y titulación de las tierras de Awás Tigni, actos que puedan llevar a que los agentes del propio estado, o terceros actuando con su aquiescencia o su tolerancia, ‘afecten la existencia, el valor de uso o goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan [...] los miembros de la Comunidad Awás Tigni’ ”.

Sostiene asimismo la sentencia, que ...los estados tienen un doble deber: “un deber de abstención respecto a los agentes de propio estado”, consiste el que el estado se abstenga de afectar de manera alguna tanto la existencia como el uso de los bienes que se encuentren dentro de las tierras que utiliza la comunidad; “Y un deber de vigilancia y garantía de la suspensión inmediata de las acciones de terceros que no cuenten con el consentimiento de la comunidad”;...

Para resolver respecto las medidas solicitadas, la Corte ha Considerado: Que el estado de Nicaragua, ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) en el año 1971, y reconoció competencia contenciosa de la Corte (art.62) en el año 1991; que conforme artículo 63.2 antes transcrito, la Corte tiene facultades para la toma de medidas provisionales; **que la Corte ha decidido por unanimidad en la sentencia de fondo en el presente caso. (3)** [...] que el estado debe adoptar en su derecho interno, de conformidad con el art. 2 de la CADH, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de estas, conforme **(4)** [...] que el estado deberá delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a los miembros de la

comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni y abstenerse de realizar hasta tanto no se efectúe esa delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a los agentes del propio estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. (7) entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido que la pertenencia a esta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.

Es a raíz de lo expuesto (entre otros argumentos no transcritos), que la Corte, haciendo lugar a las medidas provisionales solicitadas, resuelve requerir al Estado de Nicaragua, que adopte aquellas medidas necesarias, para proteger el uso y la propiedad de las tierras pertenecientes a la comunidad y los recursos naturales allí existentes, hasta tanto no se produzca la correspondiente delimitación, demarcación y titulación definitiva ordenadas por esta Corte. Otro requerimiento de la Corte al Estado, es que se dé participación a los peticionarios en la planificación e implementación de las medidas. Asimismo que se investiguen los hechos denunciados; y que las partes intervinientes se dirijan en forma periódica a la Corte, a través de informes, a los efectos de poner en su conocimiento la forma de implementar las medidas.

Lo resuelto por la Corte, nos muestra que las comunidades indígenas se encuentran constantemente amenazadas en el ejercicio de sus derechos. A punto tal que han debido recurrir a organismos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos - por segunda vez, porque dicho tribunal resolvió antes sobre el fondo del caso-, a los efectos de que el estado cumpla con lo que le ha sido ordenado.

La situación planteada por la comunidad, debemos vincularla con la normativa interna del estado, que en varias normas protege los derechos de los indígenas; y nos muestra como ello no se efectiviza en la aplicación del derecho al caso concreto.

Legislación interna del Estado de Nicaragua.

La legislación interna del estado de Nicaragua, posee numerosas normas de diversa índole, referidas al derecho de la comunidades indígenas de acceso a las tierras de manera comunitaria.

Normas Constitucionales: El art. 5 establece: [...] El Estado **reconoce** la existencia de los pueblos indígenas, que gozan de los derechos, deberes y garantías consignados en la Constitución, y en especial los de mantener y desarrollar su identidad y cultura, tener sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales, así como mantener las formas comunales de propiedad de sus tierras y el goce, uso y disfrute de las mismas, todo de conformidad con la ley.

La misma norma constitucional continua diciendo que para las ... “Comunidades ...se establece el régimen de autonomía en la presente Constitución.”.

[...]”. Asimismo en el art. 8 “El pueblo de Nicaragua es de naturaleza multiétnica”... (Art. 11) “...español es el idioma oficial... las lenguas de las Comunidades ... tendrán uso oficial en los casos que establezca la ley”. Los derechos de las comunidades están previstos en el art. 89, que establece en líneas generales que : “ Las Comunidades...son parte indisoluble del pueblo nicaragüense... gozan de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones...El Estado reconoce las formas comunales de propiedad de las tierras de las Comunidades... . Igualmente reconoce el goce, uso y disfrute de las aguas y bosques de sus tierras comunales.

Respecto a las tierras el Art.103, establece: El **Estado garantiza la coexistencia democrática de las formas de propiedad pública, privada, cooperativa, asociativa y comunitaria**; todas forman parte de la economía mixta, están supeditadas a los intereses superiores de la nación y cumplen una función social.

El estado garantiza la coexistencia de los diversos tipos de propiedades.

Con respecto a la educación, los pueblos y comunidades étnicas tienen derecho a la educación intercultural en su lengua materna, de acuerdo a la ley. También se reconoce a las comunidades el derecho de vivir y desarrollarse bajo las formas de organización social que corresponden a sus tradiciones históricas y culturales.

El Estado garantiza a estas comunidades el disfrute de sus recursos naturales, la efectividad de sus formas de propiedad comunal y la libre elección de sus autoridades y diputados.

Asimismo garantiza la preservación de sus culturas y lenguas, religiones y costumbres.

Establece la Constitución en su art. 181 que: El Estado organizará por medio de una ley, el régimen de autonomía para los pueblos indígenas y Comunidades.

En el año 1978, se dicta la ley N° 28 “Estatuto de la autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua”. Para el dictado de dicha ley, se tuvo en cuenta que :

En América Latina, las poblaciones indígenas, han sido objeto de innumerables opresiones, procesos de empobrecimiento y consecuente marginación, exterminio, etc. Que la Región Atlántica nicaragüense significa aproximadamente la mitad del territorio patrio, con 300.000 mil habitantes que representan el 9.5 % de la población del país.

Que se demanda la institucionalización del proceso de autonomía de las comunidades, y que dicho proceso reconoce el derecho de propiedad sobre tierras comunales. Que lo expuesto en este párrafo, torna posible el efectivo ejercicio por parte de las Comunidades, de participación en el diseño de las modalidades de aprovechamiento de los recursos naturales existentes en la región, como asimismo la forma en que los beneficios de la misma será reinvertidos en el lugar.

En el art. 1 del estatuto, se establece el régimen de autonomía de las regiones en donde habitan las Comunidades y asimismo se reconocen los derechos y deberes propios que corresponden a sus habitantes, de conformidad con la Constitución Política. Las comunidades forman parte indisoluble del Estado...de Nicaragua... . (art.4), ...las regiones donde habitan las comunidades gozan, dentro del estado Nicaragüense, de un régimen de autonomía que les garantiza el ejercicio efectivo de sus derechos históricos y demás, consignados en la Constitución.

Para el pleno ejercicio del derecho de autonomía de las Comunidades, (art.6) se establecen dos regiones autónomas, cada una será dividida asimismo en municipios, que deberán ser establecidos, hasta donde sea posible, conforme a sus tradiciones comunales y se registrarán por la ley de la materia. La subdivisión administrativa de los municipios será establecida y organizada por los consejos regionales correspondientes, conforme a sus tradiciones.

Las regiones autónomas, son personas jurídicas de derecho público.

En la explotación racional de los recursos (art. 9), se reconocerá los derechos de propiedad sobre las tierras comunales, y se deberá beneficiar en justa proporción a sus habitantes mediante acuerdos entre el Gobierno Regional y el Gobierno Central.

En el título IV, denominado “Del Patrimonio de las regiones autónomas y de la propiedad comunal”, se establece que constituyen el patrimonio de la región autónoma todos los bienes, derechos y obligaciones que por cualquier título adquiriera como persona jurídica de derecho público (art.34). La región autónoma tiene plena capacidad para adquirir, administrar y disponer de los bienes que integran su patrimonio, de conformidad con este Estatuto y las leyes (Art.35).

La propiedad comunal esta constituida por (art.36) las tierras, aguas y bosques que han pertenecido tradicionalmente a las Comunidades , y están sujetas a las siguientes disposiciones:

01.Las tierras comunales son inenajenables; no pueden ser donadas, vendidas, embargadas ni gravadas, y son imprescriptibles.

02.Los habitantes de las Comunidades tienen derecho a trabajar parcelas en la propiedad comunal y al usufructo de los bienes generados por el trabajo realizado.

Las otras formas de propiedad de la región son las reconocidas por la Constitución y las leyes.

Pueblos indígenas de Nicaragua²⁶⁹

Población indígena 326,600

Población total 4,300,000

Porcentaje de población indígena 7.59%

En el año 2000 se dicta en el Estado de Nicaragua, la ley 445 referida al Régimen de Propiedad Comunal de los pueblos indígenas y Comunidades étnicas de las regiones autónomas de la Costa Atlántica y de los ríos Bocay, Coco e Indio y Maíz.

²⁶⁹ Banco de Datos del Instituto Indigenista Interamericano. Instituto Nicaragüense de Desarrollo de las Regiones Autónomas, Managua, *América Indígena*, vol. LIII, núm. 4, octubre-diciembre de 1993.

Respecto a esta ley²⁷⁰, se sostiene que es el instrumento esencial a aplicar para aclarar y definir la propiedad de las tierras. La ley impone, por una parte, restricciones administrativas y decisorias a diferentes actores que interactúan espacialmente en los territorios; a manera de ejemplo, los municipios no pueden declarar parques ecológicos en tierras comunales (artículo 14), ya que la ley en su artículo 2, garantiza a los pueblos indígenas y a las comunidades étnicas el pleno reconocimiento de los derechos de propiedad comunal, uso, administración, manejo de las tierras tradicionales y de los recursos naturales, incluyendo la exclusividad para el aprovechamiento pesquero (artículo 33), mediante la demarcación y titulación de las mismas.

Respecto al Plan de Manejo de las áreas protegidas impone la obligación de prepararlo conjuntamente entre las comunidades y el MARENA, teniendo en cuenta los usos y prácticas de las comunidades (artículo 28).

En relación con el procedimiento para legalización de tierras, previsto en el Capítulo VIII, establece como elemento esencial el diagnóstico del área reclamada que debe ser presentado por la comunidad. El deslinde y amojonamiento le corresponde a la Comisión Intersectorial de Demarcación y Titulación, CIDT, luego es imperativo que la CIDT funcione. La financiación es respaldada por un Fondo Nacional de Demarcación y Titulación de Tierras a cargo de CONADETI, fondo alimentado con recursos del presupuesto nacional, financiamiento externo, donaciones, etc. Los tiempos para el proceso también se encuentran reglados, pero aunque aparentemente los trámites son expeditos, las oposiciones a las decisiones pueden generar demoras de muchos meses y hasta años.

Como mecanismo para evitar la especulación de las tierras y los conflictos de propiedad derivados del proceso de demarcación, la Ley prohíbe los títulos supletorios y de reforma agraria a partir de la reclamación (artículo 71). No obstante, estos fenómenos ocurren con anticipación al mismo reclamo de los pueblos y comunidades, lo cual no parece tener control legal, incluso dentro de reservas naturales, cuando la ley no permite la expedición de tales títulos en esas áreas.

Dicha ley toca temas muy sensibles para la sociedad costeña como son: la institucionalización de los gobiernos comunales tradicionales de las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Caribe, su relación con las municipalidades, con los gobiernos y consejos regionales, y con el gobierno central; la propiedad comunal y el derecho a la preservación de su medio ambiente y recursos naturales; la relación de los gobiernos comunales con los terceros, colonos o precaristas mestizos en territorios indígenas. Por lo que la correcta interpretación de la Ley 445 es crucial para normar y regular la tenencia de la tierra en aproximadamente 50% del territorio nacional.

²⁷⁰ Misión Ramsar de Asesoramiento No 57. Informe Final. Bahía de Bluefields, Región Autónoma Atlántico Sur (RAAS), Nicaragua (2005). Informe redactado por Margarita Astrálaga, Manuel Felipe Olivera y Luis Enrique Sánchez. Edición final: Secretaría de Ramsar, 11 de enero de 2006

I.A.4). **Paraguay****Comunidad Indígena Xakmok Kásek del pueblo Enxet v. Paraguay, caso 0326/01²⁷¹**

El 15 de mayo de 2001, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, recibió la petición contra el estado Paraguayo. Transmitió las partes pertinentes al estado y solicitó en un plazo de 2 meses presentaran una respuesta a la petición.

En agosto de ese mismo año, el estado manifestó su interés de iniciar un proceso de solución amistosa. Las partes son: las presuntas víctimas por una parte y el estado respectivo por otra. En noviembre del 2001 las partes suscribieron un “acuerdo de acercamiento de voluntades”.

A fines de ese mismo mes, los peticionarios informaron a la Comisión la decisión de la comunidad de retirarse del proceso de negociaciones directas con el gobierno, en atención a la falta de resultados obtenidos en el marco de la solución amistosa ofrecida por el estado paraguayo, el tiempo transcurrido y la ausencia de medidas concretas de reparación a las violaciones denunciadas.

Lo que sostienen *los peticionarios* es que el estado de Paraguay ha violado los artículos 1.1, 2, 8.1, 21, y 25 de la Convención, en perjuicio de la Comunidad, por no restituirle parte sus tierras ancestrales, de cuyo dominio y derechos de propiedad fueron privados sin indemnización alguna por actos continuos de despojo iniciados con la confiscación y venta de sus tierras a terceros por parte del gobierno paraguayo. Agregan asimismo que la Constitución Nacional del Paraguay, **reconoce el derecho de los pueblos indígenas a desarrollar sus formas de vida en su propio hábitat**, sin que hasta la fecha el Estado haya proveído de sus tierras ancestrales a la comunidad indígena. La comunidad inició en 1990 a través de sus líderes, gestiones administrativas ante los organismos competentes, con el objeto de obtener la restitución de sus tierras ancestrales. A raíz de ello se inicia un expediente administrativo.

Después de varios años de iniciado el trámite de solicitud, y ante la falta de resolución por la vía administrativa, los líderes de la comunidad solicitaron el 25/06/1999 a la Cámara de Senadores del Congreso Nacional, que sancionara una ley, para expropiar aproximadamente 10.700 has, correspondientes a parte de su hábitat natural. El 16 noviembre del año 2000 la Cámara de Senadores desestimó la solicitud de expropiación.

En relación al agotamiento de los recursos internos, esto es la vía administrativa y legislativa contemplada en el derecho interno paraguayo, los peticionarios alegan que la comunidad Xakmok Kásek ha intentado por todos los medios posibles, conforme a los principios de derecho internacional, hacer efectivo su derecho a la propiedad sobre sus tierras tradicionales. Y si bien la comunidad ha tenido acceso a los recursos previstos por la jurisdicción interna de Paraguay y que los mismos fueron interpuestos en tiempo y forma, los mismos no han operado con la efectividad que se requiere para restituir el derecho a la

Comunidad sobre sus tierras. Los peticionarios expresan, que han transcurrido más de 12 años desde que la comunidad inició los trámites necesarios para la reivindicación de parte de su hábitat tradicional ante el estado de Paraguay, sin que hasta la fecha se haya logrado una solución definitiva a su petición.

²⁷¹ Informe Nº 11/03, Inter.-Am. C.H.R., OEA/Ser./L/V/II.118 Doc.70 rev.2 en 390 (2003).-

El estado, lamenta la decisión de los peticionarios, de cerrar el procedimiento de solución amistosa y ratifica su compromiso con la reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas. Ello mediante las gestiones que sus órganos vienen realizando a favor del goce efectivo del derecho de propiedad comunitaria de la tierra de la comunidad. Dichas gestiones consisten en adquirir una propiedad de 4.000 has., que unida a una fracción lindera perteneciente al INDI, podría ofrecerse a la comunidad.

El estado considera que la petición realizada por la comunidad a la Comisión Interamericana de derechos humanos, no es susceptible de ser declarada admisible por falta de agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna.

Según el Estado, los recursos internos son tres: las gestiones administrativas para la compra de las 4.000 has. para ser transferidas y tituladas a nombre de la comunidad; ante la eventual negativa de los propietarios de vender la mencionada fracción se solicitará al congreso de la Nación un proyecto de expropiación y en tercer lugar debe agotarse el mecanismo establecido en el convenio 169 de la OIT –consistente en obtener el consentimiento libre y expreso de la comunidad de ser trasladado a otras tierras de igual extensión y calidad. El estado expresa que si ha habido retardo se debe a que la compra de tierras requiere de negociaciones con los propietarios. Al respecto alega la existencia de hechos nuevos, ya que el anterior propietario del área a reivindicar, transfirió su título a una cooperativa Menonita, lo que implica reiniciar las negociaciones con los nuevos propietarios.

La comisión, respecto al planteo del agotamiento o no de los recursos internos, en el caso planteado - recuperación del territorio ancestral de la Comunidad- , la comisión entiende que los recursos internos son dos:

Uno administrativo, al que se hizo mención ut supra

Y el otro de tipo legislativo ante el congreso de la Nación

Y considera que los peticionarios han recurrido a ambos. Consta que desde el año 1990 se ha iniciado la instancia administrativa, sin lograrse hasta la fecha ninguna solución.

Respecto a la vía legislativa, la misma también fue infructuosa, debido a que los proyectos de expropiación fueron rechazados por el senado. Y a doce años de iniciados los trámites pertinentes, la comunidad no ha sido proveída de sus tierras.

Respecto al agotamiento del procedimiento previsto por el Convenio 169 de la OIT, no es un recurso de jurisdicción interna, y por lo tanto no debe ser agotado por los peticionarios para que recién allí sea procedente recurrir a la Comisión Interamericana.

Por lo tanto, dadas las características del caso, la comisión considera que respecto a de la vía legislativa, se han agotado los recursos de jurisdicción interna y, respecto de la vía administrativa, ha habido retardo injustificado en la decisión, por lo que opera de excepción del art. 46.2.c.²⁷²-

La Comisión consideró prima facie, que los hechos alegados por los peticionarios pueden caracterizar la violación de la Convención Americana en sus arts. 2. 8.1, 21, 25 y 1.1, por eventual incumplimiento de la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, derecho

²⁷² Dicha norma establece que: para que una petición sea admitida, es necesario que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, dicho requisito no se aplicará cuando ...c) haya retardo injustificado en la decisión de los mencionados recursos.

a las garantías judiciales y protección judicial y a la propiedad privada, en perjuicio de las víctimas del caso.

En conclusión la Comisión tiene competencia para conocer la denuncia presentada por los peticionarios y que la misma es admisible. Por tanto **decide:** Declara admisible la denuncia por los peticionarios sobre la presunta violación de los arts. 2, 8.1, 21, 25 y 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de la comunidad y sus miembros. Notificar la decisión a ambas partes y continuar con el análisis de fondo del caso.

Es de vital importancia para el presente trabajo, tener presentes las normas constitucionales vigentes del Estado de Paraguay²⁷³ a la fecha del reclamo planteado por la Comunidad Indígena

²⁷³ Constitución del 20 de junio de 1992 . Paraguay.

Título II, De los Derechos, de los Deberes y de las Garantías, Capítulo V, De los Pueblos Indígenas

Artículo 62, De los pueblos indígenas y grupos étnicos

Esta Constitución reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupo de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo.

Artículo 63, De la identidad étnica

Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en su respectivo hábitat. Tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, al igual que la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interna siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución. En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena.

Artículo 64, De la propiedad comunitaria

Los pueblos indígenas tienen derechos a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida. El Estado les proveerá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni ser arrendadas; asimismo, estarán exentas de tributo.

Se prohíbe la remoción o traslado de su hábitat sin el expreso consentimiento de los mismos.

Artículo 65, Del derecho a la participación

Se garantiza a los pueblos indígenas el derecho a participar en la vida económica, social, política y cultural del país, de acuerdo con sus usos consuetudinarios, está Constitución y las leyes nacionales.

Artículo 66, De la educación y la asistencia

El Estado respetará las peculiaridades culturales de los pueblos indígenas, especialmente en lo relativo a la educación formal. Se atenderá, además, a su defensa contra la regresión demográfica, la depredación de su hábitat, la contaminación ambiental, la explotación económica y la alienación cultural.

Artículo 67, De la exoneración

Los miembros de los pueblos indígenas están exonerados de presentar servicios sociales, civiles o militares, así como las cargas públicas que establezcan la ley.

Xakmok Kásek. Es contradictoria aquella normativa (constitucional) referida a los derechos de las comunidades indígenas, entre ellos el referido a la propiedad comunitaria de sus tierras, y el desconocimiento que se da en la práctica de tales derechos.

El desconocimiento de sus derechos, lleva a las diversas comunidades a la obligación de peregrinar en el tiempo y en el territorio. Favoreciendo de esta manera procesos de aculturación de las comunidades, como asimismo a la fragmentación de los grupos. De esta manera los reclamos de los pueblos indígenas se ven debilitados. El perjuicio que un estado causa con tales antagonismos y contradicciones a dichas comunidades, va más allá de los derechos que puntualmente reclaman, haciendo peligrar la subsistencia de las mismas como tales.

A pesar de que son varios los países de América que reconocen en sus Constituciones los derechos a la tierra de las comunidades indígenas, es una constante que el estado – nación es incapaz de pesar en la coexistencia de dos naciones, en un mismo estado. La igualdad, debe ser garantizada entre quienes están en igualdad de condiciones. Y para ello se requiere, de políticas de estado y legislativas coherentes que se cumplan. Para evitar así que los derechos de los pueblos indígenas, dejen de ser una simple carta de presentación ante organismos internacionales, sin dar un cumplimiento efectivo dentro del mismo estado que las ha dictado o que ha adherido a convenios de orden internacional.

I.A.5). **Organizaciones de defensa**

CEJIL es una organización no gubernamental sin fines de lucro con estatus consultivo ante la Organización de Estados Americanos (OEA), la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y con calidad de observador ante la Comisión Africana de Derechos Humanos.

Referido al tema que nos ocupa, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), ha representado y defendido a diversas comunidades indígenas, ante organismos internacionales, en procura del que se cumplan sus derechos.

“Los derechos de los pueblos y comunidades indígenas en América”

Los derechos de los habitantes originales de América, han sido históricamente desconocidos en la teoría, e intensamente violados en la práctica. Dichos pueblos han sido sometidos a innumerables actos de explotación, violencia, diversas formas de dominación e imposición de culturas diversas a la propia de las comunidades.

A todo ello se suman, índices elevados de pobreza entre dichas comunidades. Uno de los mayores conflictos, está vinculado al acceso a la tierra, y a raíz del despojo de las comunidades originarias del acceso a tal recurso, se han originado actos de violencia proveniente de agentes estatales y privados.

En los documentos internacionales referidos a este tema, ni la Declaración Americana de los derechos y Deberes del Hombre, ni la Convención Americana de los Derechos Humanos, contienen un reconocimiento expreso de los derechos de los pueblos indígenas. La Comisión interamericana propuso en 1997, un proyecto de declaración Americana sobre derecho de los pueblos indígenas (la misma aún está en debate, por lo que no ha sido aprobada por la asamblea general de la OEA).-

El único instrumento jurídico internacional que menciona expresamente los derechos de los pueblos indígenas, es el Convenio 169 de la OIT. Este convenio reconoce las aspiraciones de los pueblos indígenas a asumir el control de sus propias instituciones, formas de vida, desarrollo económico, y mantener identidades, lenguas y religiones dentro del marco de los estados en los que viven.

La **Comisión** ha reiterado que **“es una obligación sagrada de los Estados, la protección de las comunidades indígenas en sus territorios”**. En el año 2000, este centro publicó un informe sobre la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en las Américas, y creó en 1990 la Relatoría sobre derechos de los pueblos indígenas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante sus sentencias, ha reconocido la tradición comunitaria indígena, el derecho de propiedad colectiva de los pueblos indígenas y, la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra y con los recursos que allí se encuentran. Todo ello tiene estrecha vinculación con su cultura, vida espiritual, integridad, cosmovisión y su supervivencia económica. Ha interpretado la Corte que la relación de estas comunidades con la tierra, va más allá de una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, incluso a los fines de preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.

También tiene dicho la Corte, que los estados deberán establecer los procedimientos que permitan a los pueblos indígenas solicitar, de manera real y efectiva, la devolución y reivindicación de sus tierras ancestrales. Los estados parte deben respetar las formas tradicionales de organización de los pueblos indígenas, al igual que sus tradiciones y costumbres.

En el caso de CEJIL, la manera de litigar se ha realizado desde dos perspectivas, por un lado litigando en casos que presentan patrones de violencia o persecución contra miembros de los pueblos indígenas por su condición de tales, o en razón de lucha por la tierra ancestral. Es necesario actos de investigación, de sanción a los culpables y de reparación a las víctimas.-

Por otro lado se dan aquellos litigios en los cuales se presentan supuestos de discriminación, abandono, exclusión de los pueblos o comunidades por su condición de tales. Se defiende el derecho que tienen a ser consultados, al consentimiento libre e informado y entre los derechos colectivos el derecho a la tierra. En ambas clases de litigios, la organización buscar incidir sobre los estados mediante las decisiones de la Comisión y de la Corte.

I.C. Conclusión

En primer lugar debemos tener en cuenta, luego de los diversos supuesto analizados, la incidencia de las cuestiones ideológicas en la protección o no de la propiedad comunitaria. Un caso en donde ello se ve claro, es la diversidad de soluciones a un mismo tema que brindan los diversos gobiernos en el estado chileno. De todos modos la mencionada influencia ideológica, en mayor o menor medida se encuentra presente en todos los casos.

Volviendo sobre el tema, el estado chileno cuenta con una profusa legislación que mayoritariamente ha tendido a la división de aquellas tierras que pertenecen en forma comunitaria a determinados grupos humanos. El acceso comunitario a la propiedad de la tierra

fue una consecuencia no prevista del confinamiento de indígenas en reducciones. Las cuales a su vez se transformaron en un espacio de reestructuración y resistencia estatal para el indígena.

Los diferentes casos abordados presentan una constante, los derechos de los pueblos indígenas no son respetados de manera espontánea por los diversos agentes, estatales o privados/ particulares. En el caso referido a la comunidad Kom Kiñe Mu (Argentina), el poder jurisdiccional se expide acerca de los derechos de los pueblos indígenas, y en particular respecto de la propiedad comunitaria de la tierra, porque tales derechos han sido desconocidos por terceros (en el caso planteado se había demandado por desalojo a los miembros de la comunidad). Los fundamentos empleados en dicho fallo poseen una solidez que deja ver un tratamiento en serio de la problemática indígena. Aunque no debemos desconocer que se trató solamente de un juicio en el cual los -miembros de la comunidad- demandados, lograron resistir la pretensión de desalojo del actor, pero no es un fallo en el cual se discutía el derecho de la comunidad indígena la propiedad de sus tierras.

La Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni (Nicaragua), solicitó se someta a consideración de la Corte (CIDH) la solicitud de medida provisional a favor de la comunidad. En dicha solicitud se le pide a la Corte que ordene al estado de Nicaragua, adoptar medidas provisionales para evitar daños inminentes e irreparables, como consecuencia de actividades actuales y continuas de terceros, que se han asentado en el territorio perteneciente a la comunidad, o explotan los recursos naturales de la zona. Pensemos que esta comunidad obtuvo sentencia favorable de la CIDH sobre el fondo en fecha 31/08/2001, que luego debió concurrir ante el tribunal nuevamente para solicitar que el estado tome medidas para que no se vean conculcados los derechos de la comunidad respecto a la tierra y recursos naturales. El camino que debe recorrer esta comunidad para lograr la protección de sus derechos encuentra en la legislación interna del estado nicaragüense su mayor contradicción. Dicha normativa, trata el derecho de las comunidades de acceder a la tierra de manera comunitaria. Todo lo expuesto nos lleva a la conclusión de que las instituciones (políticas o judiciales) del estado de Nicaragua, no han sido capaces de hacer efectivas las pautas establecidas en la legislación. Por lo que las comunidades indígenas deben iniciar un largo peregrinar para poder hacer efectivos los derechos que el mismo estado les reconoce.

El caso de la comunidad Xakmok Kasek (Paraguay) es más que significativo en cuanto a la imposibilidad operativa de las instituciones nacionales de cada estado, para efectivizar los derechos de las comunidades indígenas con respecto al acceso a la tierra. La mencionada comunidad inició los trámites para la obtención de las tierras pertenecientes a su comunidad en el año 1990, tanto la vía administrativa prevista en la legislación interna, como la solicitud del dictado de una ley de expropiación fueron infructuosas. Téngase en cuenta que la Comunidad concurre ante la Comisión IDH, en el año 2001, fecha en que todavía no han recibido solución por parte del estado. Todo esto presenta una similitud con el caso del estado de Nicaragua, las normas constitucionales o legislación interna de cada país proclama derechos vinculados a la propiedad comunitaria indígena de las diversas comunidades, pero carece de mecanismos e instituciones para hacer efectivos dichos derechos.

Las tierras pertenecientes a los pueblos originarios, han sido tratadas como un espacio vacío, el cual podía ser objeto de distribución tanto a extranjeros como para el propio estado.

Es una constante, -tanto en aquellos países que reconocen el derecho de propiedad comunitaria de la tierra perteneciente a los indígenas, como aquellos estados que no receptan

tales derechos-; el supuesto de referirse al indígena de manera tal que no aparece como un sujeto al cual se encuentran dirigidas las normas relacionadas con su problemática.

En cada estado se han utilizado diversos mecanismos, algunos explicitados y otros ocultos tras el discurso jurídico, que plantean el derecho moderno como el único posible, al punto tal que los derechos de las comunidades aborígenes deben ser encuadrados dentro de la estructura del derecho nacional. Se corre el riesgo de importar conceptos que no se condicen con las diversas formas de posesión indígena.

Los argumentos para deslegitimar los derechos indígenas son diversos; en algunos supuestos se niega la condición de indígenas de los reclamantes, en otros se refiere a ellos como salvajes con quienes no se puede negociar. Hay supuestos en los cuales, si bien el estado reconoce los derechos de las comunidades indígenas, no poseen los mecanismos de derecho interno para efectivizar el ejercicio de los mismos, lo que provoca a las comunidades enormes perjuicios. Los daños ocasionados al pueblo indígena llevan a procesos de desintegración como grupo o destrucción de las comunidades.

Esto último es de una gran importancia, si tenemos en cuenta que uno de los factores más importantes para mantener la unidad de los grupos o comunidades indígenas, es la posibilidad de transmisión oral de la cultura común, por parte de los ancianos. El permanente peregrinar de las comunidades, en espera de la entrega de sus tierras, lleva a que gran cantidad de miembros padezcan enfermedades o mueran. Los afectados son los más débiles: ancianos y niños. O sea, los elementos más importantes del grupo como transmisores y receptores de la historia común, que da sustento a las comunidades.

La falta de tierras favorece a lo que se ha llamado “invisibilización” del problema indígena. Consideramos que los estados, tanto nacionales como provinciales, ***deben implementar mecanismos realmente efectivos de reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas, prioritariamente en lo que respecta a la propiedad comunitaria de la tierra, eje necesario para el ejercicio del resto de los derechos.***

Cuando se pretende hacer efectivo el derecho de una comunidad de acceso a la propiedad comunitaria de la tierra, se presentan innumerables conflictos. La solución a esta problemática puede significar mucho tiempo, antes de que las tierras sean entregadas a las comunidades de manera definitiva, todo ello provoca innumerables deterioros de los vínculos inter comunitarios y puede en algunos casos, llegar a fragmentar el grupo.

I.D. Bibliografía

Informe N° 11/03, Inter.-Am. C.H.R., OEA/Ser./L/V/II.118 Doc.70 rev.2 en 390 (2003).-

Constitución Paraguay (del 20 de junio de 1992) . Título II, De los Derechos, de los Deberes y de las Garantías, Capítulo V, De los Pueblos Indígenas

Misión Ramsar de Asesoramiento No 57. Informe Final. Bahía de Bluefields, Región Autónoma Atlántico Sur (RAAS), Nicaragua (2005). Informe redactado por Margarita Astrálaga, Manuel Felipe Olivera y Luis Enrique Sánchez . Edición final: Secretaría de Ramsar, 11 de enero de 2006

Cocha, Norma; “La propiedad comunitaria indígena como resguardo de la soberanía territorial argentina”, Tesina de grado, Universidad Nacional de Cuyo, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Licenciatura en Administración Pública, Abril de 2005.

Banco de Datos del Instituto Indigenista Interamericano. Instituto Nicaragüense de Desarrollo de las Regiones Autónomas, Managua, *América Indígena*, vol. LIII, núm. 4, octubre-diciembre de 1993.

Sergio Boisier, “Teorías y metáforas sobre desarrollo territorial”, CEPAL, Santiago de Chile.-

“El proceso legal de abolición de la propiedad colectiva”. El caso Mapuche. Jorge Calbucura, Departamento de Sociología, Universidad de Uppsala.

Guillaume Boccara, Ingrid Seguel-Boccara

Políticas indígenas en Chile (siglos xix y xx) de la asimilación al pluralismo -El Caso Mapuche-Historique. Revista de Indios, Vol LIX, n° 217, 1999,p.741-774.-

Walter Mario Delrio, “Memorias de expropiación. Sometimiento e incorporación del indígena a la Patagonia 1872-1943”. Ed. Universidad Nacional de Quilmes, Julio 2005.-

Juan A. Roccatagliata “Territorio y Gestión”, Ed. Docencia. Doctor en Geografía de la Universidad Nacional de Cuyo.

Ramella Susana T. Una Argentina Racista. Historia de las ideas acerca de su pueblo y de su población (1930-1950). Facultad de Ciencias Políticas y Sociales. UNCuyo- INCIHUSA-CRICYT.

Archivo Histórico de la Provincia de Mendoza. Documentos 17 y 20 de Carpeta 575 bis, Sección departamentos.

Triviño, Luis, Antropología del desierto. Lineamientos y sugerencias para el estudio de poblaciones humanas en zonas áridas.

Constitución Nacional Argentina

Artículo 17, art. 75 inc. 17

Constitución Nacional de Paraguay Arts. 62 a 67.

Legislación Nacional Argentina:

Código Civil

Legislación Provincial:

Ley 6920. Provincia de Mendoza.

Ley 9319. Provincia de Santa Fe.

Universidad Nacional de Cuyo
Facultad de Ciencias Políticas y Sociales
Licenciatura en Ciencia Política y Administración Pública

TESINA DE GRADO

Directora: Dra. Susana Ramella

Alumna: Norma Cocha

Registro N° 8.797

Norma Cocha

IX. “LA PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA COMO RESGUARDO DE SOBERANÍA TERRITORIAL ARGENTINA”



Mendoza, abril del 2005

A LOS PODERES PÚBLICOS ARGENTINOS

□□□ *En demanda de justicia por los crímenes de lesa humanidad, que se han cometido y siguen todavía cometiéndose en los Territorios del Sur, donde el sentimiento de la nacionalidad y el concepto de Patria son considerados como un verdadero mito por parte de los latifundistas detentores de la tierra pública, plutócratas patagónicos, que han amasado sus fabulosas fortunas con sangre de indios y cristianos y con lágrimas de huérfanos y viudas.*

José María Borrero

A mis padres Ana y Tomás

IX.A. Introducción

El presente trabajo intentará exponer la problemática de los reclamos indígenas respecto del reconocimiento de sus territorios bajo la conceptualización de “propiedad comunitaria indígena”, abordada desde la cosmovisión de los pueblos originarios americanos y reconocida desde el ordenamiento jurídico occidental en Tratados Internacionales, Constituciones y legislaciones nacionales.

El segundo problema planteado es el de la “soberanía territorial argentina en la Patagonia”. Dicha cuestión sigue vigente desde la época hispánica. La soberanía territorial se ve amenazada por la entrega de territorio a corporaciones internacionales o terratenientes extranjeros, produciéndose la concentración de la tierra en pocas manos y aunque éste es uno de tantos otros problemas, no podemos dejar de reconocer la vital importancia geopolítica de esta región en los escenarios internacionales del futuro.

El primer capítulo abordará los conceptos más relevantes a tener en cuenta para la lectura del trabajo, abordados desde la Teoría Política, la Historia de las Ideas y los términos utilizados por el Derecho Internacional.

El segundo capítulo intentará ofrecer un panorama ideológico e histórico sobre la relación del hombre con las cosas, bajo la lógica del dominio que luego derivará en la idea de “propiedad privada”, así también las clasificaciones de “colectiva” y en “función social”, para diferenciarla de la “propiedad comunitaria indígena” y poder abordar su conceptualización.

El tercer capítulo hará una sistematización histórica en relación entre el Gobierno y las comunidades indígenas en la época indiana y luego de la época patria. Las relaciones serán enfocadas desde la perspectiva del derecho, no así las cuestiones fácticas de la violencia ejercida tanto por parte de la autoridad pública como por parte de las rebeliones indígenas. En este aspecto nos centraremos en las relaciones diplomáticas los tratados establecidos en lo referente a la propiedad del territorio.

El último capítulo intentará exponer los fundamentos a partir de los cuales se deriva la hipótesis central de este trabajo “La propiedad comunitaria indígena como resguardo de soberanía territorial”, en el que analizaremos las cuestiones que nos llevan a plantear nuestra idea, con un análisis coyuntural de la situación actual tanto legal como fáctica de los territorios patagónicos.

Debemos aclarar que no obstante la existencia de varios términos utilizados para denominar a este sector de la sociedad, adherimos al de “pueblos originarios” por expresar este la concepción por nosotros adoptada. Otra denominación que aparecerá será el de “pueblos indígenas” cuya utilización está presente en documentos y la legislación vigente en esta materia.

Intentará este trabajo proporcionar ideas para asentar las reivindicaciones territoriales de los pueblos indígenas desde un enfoque teórico que permita instalar el tema dentro de la Ciencia Política y su mayor objeto de estudio, el Estado. Entendiendo que su misión de proveer al bienestar general de la población debe garantizar el reconocimiento y el cumplimiento efectivo de los derechos de las minorías étnicas para fortalecer la unidad nacional y su rol democratizador de la sociedad.

IX.B. Aspectos Conceptuales

I.A.1). La Soberanía

Aproximaciones conceptuales

Aparece este concepto frecuentemente en la historia mundial ligado al poder político. monárquico en sus inicios. Dado a la luz por Bodino en la Francia del Renacimiento en 1576. Luego, en la misma modernidad, aparece con referencia directa al concepto de Estado Nacional, la construcción política que desde sus orígenes en la Europa Occidental perdura hasta nuestros días como forma básica de organización política. De aquí deriva la importancia del estudio del tema para la Ciencia Política.

Según un diccionario de la lengua española la palabra soberanía se define como la “autoridad suprema del poder público”, su antagónica es “dependencia”, para acercarnos a una definición más precisa, soberanía sería el “poder político ejercido bajo ausencia de dependencia o independientemente”.

Etimológicamente, esta palabra proviene del latín “soperanus” significa: sobre, encima. El término hace referencia en forma indiscutida a la política y al poder ejercido sin restricciones dentro de un ámbito determinado, este ámbito es el Estado o soberanía interior. Aparece también otra condición que será tratada más profundamente en este trabajo y es que los demás Estados la reconozcan como tal, esto asegura su existencia en el orden interno y esta es la soberanía exterior.

Aproximándonos a un análisis más concreto, la soberanía le permite al Estado elegir su forma de gobierno y “*ejercer el poder en el ámbito de su territorio*” sin ningún tipo de limitaciones impuestas de otros poderes soberanos externos.

Andrassy expone un esquema de los diversos conceptos de soberanía:

- a) Un cierto grupo de autores rechazan la soberanía como incompatible con el conjunto del sistema científico que ellos han construido. Tales son Duguit, Kelsen, Krabbe.
- b) Otros declaran la soberanía incompatible con la existencia del Derecho Internacional. Preuss y Scelle.
- c) Otros la niegan por la imposibilidad de determinar su contenido. Es la opinión de Gerner y Bustamante.
- d) Algunos sostiene “*politis brierly*”, los Estados no son soberanos a causa de su interdependencia cada vez más acentuada.
- e) Otro grupo rechaza la noción de soberanía por razones políticas y utilitarias, Jorcenko dice que ella implica la anarquía internacional. Pesitch sostiene la inconciabilidad de la idea de soberanía con la idea de paz.

Andrassy acercándose a un análisis más adecuado de la polémica palabra sostiene que es un principio fundamental del derecho de gentes que los Estados sean soberanos y es en virtud de ello que no reconocen ningún poder como autorizado a dirigir su acción y propone los fundamentos a su conceptualización en los siguientes caracteres:

- a) La soberanía es un hecho innegable, es la comprobación real de los hechos.
- b) Si es difícil precisar su contenido lo es más prescindir de ella.
- c) La interdependencia sobre todo económica no extingue la soberanía.

- d) Es un concepto indispensable de la noción y de la independencia del Derecho Internacional.
- e) Los adversarios la niegan porque presuponen que ella es absoluta.
- f) Hay que confiar al sólo dominio del Derecho el carácter absoluto de la soberanía
- g) Se pregunta si puede admitirse una soberanía que no sea absoluta y se contesta que toda noción jurídica está determinada por el derecho y sometida a sus reglas.
- h) La soberanía es una noción relativa, regida y limitada por el derecho.
- i) Si es así no puede ser abolida por los compromisos contractuales del Estado.
- j) No se debe abandonar la noción de soberanía por simples razones de utilidad.

Le Fur opuesto a Andrassy afirma “*Los esfuerzos de los que quieren hacer prevalecer el derecho sobre la fuerza se encauzan en una lucha contra la idea de la soberanía absoluta*”. Es el derecho, para un Estado, de no ser obligado o determinado más que por su propia voluntad en los límites del principio superior del derecho conforme al fin que él está llamado a realizar.

Lambert “*No es posible establecer una seguridad aún relativa sin destruir la soberanía*”.

Existen dos doctrinas en Derecho Internacional acerca de la relación de los Estados y el Derecho Internacional. La teoría dualista manifiesta la desvinculación inicial del derecho internacional con el derecho nacional. Uno y otro pueden hallarse en contacto, pero sin superponerse nunca. Obrar en esferas distintas. No prevalece uno sobre otro.¹

El monismo adhiere a la unidad del Derecho Político Internacional y Nacional. Se inspira en el monismo jusnaturalista de Verdross, y el normativismo lógico y monista de Kelsen.

Scelle partidario del monismo, la unidad fundamental del orden jurídico universal. Para él según Pablo Ramella la soberanía no se la puede concebir en un orden jurídico aislado.

Brierly “*La soberanía no es absoluta y no hay nada en la relación de los Estados que haga imposible la existencia de un Derecho Superestadual*”. Francois también dando una definición adecuada a la política dice “*Los compromisos que contraen los Estados no afectan necesariamente la existencia de la soberanía*”.

Es la competencia que posee el Estado para reglar sus asuntos de manera autónoma independiente de toda injerencia exterior, en los límites trazados por el derecho de gentes.

El Código Moral Internacional expresa “*La soberanía y la independencia de los Estados no son absolutas. Encuentran su medida y sus límites en las exigencias del bien común que cada Estado tiene por misión procurar a sus súbditos y en el respeto del derecho igual de los otros Estados y en la obligación que tienen todos los miembros de la Sociedad Internacional de promover el bien general y superior de la comunidad moderna.*”

Las consideraciones ligadas al Derecho Internacional Público y retomando la óptica política de Carl Smith en 1920 rememorando a Bodino nos dice: “*la soberanía se materializa cuando el soberano representa el poder que permanece fuera y por encima de la ley, es la capacidad de tomar decisiones sin condicionamientos.*”² Hasta aquí sin abrir el debate hacia las objeciones a la legalidad que establece Smith, la soberanía en la cual nos centraremos va a referirse a la Soberanía Nacional o Soberanía Argentina como poder ejercido en el territorio nacional sin condicionamientos extranjeros. Como bien dirá José María Rosa. Soberanía “*es el honor de las naciones, el derecho de manejar su destino y ser tratados de igual a igual*”.³

Evolución histórica del concepto Soberanía:

Este concepto se encuentra vinculado a la aparición del Estado nación moderno que se forma en el final de la Edad Moderna. Anteriormente no surge este concepto, en la polis griega, ni en el Imperio Romano esta idea no poseía significación.

En la polis griega se resuelven todos los problemas aplicando la democracia directa, poder ejercido directamente por los ciudadanos griegos; no existe la intercomunicación fluida con otras ciudades-estados.

En el Imperio Romano todo se resuelve en el Imperio, él es el abarcador la máxima expresión. La expresión soberanía no aparece porque no es necesaria. El Imperio no conoce límites.

En la Edad Media la descomposición del Imperio Romano determina la aparición del feudalismo, en Europa aparecieron pequeños Estados, junto a ellos se desarrollaron los reyes que eran también señores feudales, pero dotados de mayor poder, el señor feudal obedecía relativamente y rendía tributo.

Mientras el poder de los reyes aumentaba, hallaba oposición en los señores y sobre todo en la Iglesia que ejercía su influencia más allá de lo espiritual, nombraba obispos que también eran señores. El conflicto era territorial. El monarca pretendía imponer su dominio y se le oponía la proyección de la Iglesia y su extensión a través de los obispos y sus señoríos.

La “plenitudo potestatis” era el término al que tendían conscientemente los reyes. Se trata de destruir todos los poderes distintos a los suyos. Lo que suponía una entera subversión de la forma social existente. El poder real ha tendido a ser algo parecido a una cúpula la que pesa sobre todas partes del edificio popular. Esta lenta resolución ha constituido lo que llamamos soberanía. Esta idea se verá reforzada con la aparición del absolutismo monárquico del cual Luis XIV será su principal exponente.

“La soberanía es inseparable del Estado y si se le privara de ella ya no sería Estado.”⁴

El concepto más aproximado del Estado que da la ciencia política lo define como la “*Forma política de organizar la convivencia, propia de la Modernidad*”. Como realidad el Estado existe cuando un pueblo se haya establecido en un territorio bajo su propio gobierno soberano.⁵ El Estado organiza a la Nación, una colectividad que decide unirse por un vínculo social, más allá de consideraciones, raciales, culturales o religiosas.

El ámbito que abarcará el objeto de estudio en este trabajo será el Estado argentino, como unidad política autónoma y conjuntamente sujeta al Derecho Internacional.

Otro asunto hacía referencia al poder que la Iglesia tenía en esos momentos obedeciendo a una razón de legitimación religiosa, por cuanto, amenazaba a los monarcas con excomulgarlos; ¿quién obedecería en un mundo religioso a un rey excomulgado? ¿Era posible esto en un mundo teocéntrico en el que todo se fundamentaba desde Dios?

Los reyes, enfrentados al poder de los señores feudales y a la Iglesia, dieron paso al absolutismo y la formación de los Estados Nacionales. Entre los factores se encuentran, tributos en oro que permiten formar ejércitos, la reforma protestante que quitó poder a la Iglesia. El Renacimiento deja la concepción teocéntrica y vuelca su atención hacia el hombre.

Los filósofos políticos más importantes que acompañan este proceso son Maquiavelo, Bodin y Hobbes. Maquiavelo exalta el poder del príncipe y del pueblo del que aquel es expresión, acuña el término “lo stato”, el Estado.

El concepto de soberanía, como dijimos, fue acuñado por primera vez por Bodino en su obra “Seis libros sobre la República”, formula el concepto de soberanía como sustento de las condiciones jurídicas del Estado. La soberanía no reconoce límites en lo político, jurídico. Es un poder absoluto, inalienable, indelegable, imprescriptible y perpetuo porque el Estado tiene esa condición; *“Es decir la Soberanía no es limitada ni en poder, ni en responsabilidad, ni en tiempo.”*⁶ sin embargo conoce la limitación impuesta por la Ley Divina y el Derecho Natural.

Tomas Hobbes (1588-1679) inglés que apoyó el absolutismo, pero reconoce ya la existencia del individuo, la soberanía recae ahora en el monarca, pero apareciendo la idea de individuo el absolutismo entrará en crisis. Hobbes es el ideólogo del absolutismo monárquico aquí se puede distinguir entre la soberanía como poder absoluto del rey, y por otra parte el asociado a la soberanía del Estado, en cuanto Estado y Rey se conjugan en una misma persona. De ahí la famosa frase de Luis XIV : El estado soy yo.

Locke aportó sus ideas sobre las instituciones republicanas y transfiere la soberanía del Rey al pueblo, y está depositada en el Parlamento, Locke introduce el tema de la división del poder.

En la Ilustración Rousseau plantea la idea de soberanía popular, la soberanía reside en el pueblo como una masa indiferenciada y los gobernantes no pueden torcer esta voluntad soberana, reciben de ésta mandato imperativo. Ya en la Revolución Francesa Sieyès propone la idea de soberanía nacional, aquí la soberanía reside en la nación, que es la suma de voluntades individuales, la voluntad nacional es transferida a representantes que una vez elegidos se separan de la nación.

Con el capitalismo y los organismos internacionales creados entre las guerras mundiales, como la Sociedad de las Naciones de 1919 después de la Primera Guerra Mundial y aún más con el nuevo proceso de globalización que impera en el planeta; el concepto de soberanía sufre modificaciones que aún con una reformulación puede seguir presente en el Estado nación contemporáneo.

I.A.2). Soberanía Territorial

El Dominio del Estado:

El dominio del Estado puede ser definido como el derecho en virtud del cual las cosas se encuentran sometidas a la acción y voluntad del Estado.

El dominio del Estado se ejerce sobre bienes muebles, e inmuebles, precisamente el territorio en sus diferentes aspectos.

¿Cuál es la esencia misma del dominio del Estado? para Friecker, éste sólo posee una especie de soberanía abstracta (teoría del espacio); para Laband, Gema y otros, el Estado ejerce un dominio real y verdadero, de derecho público (teoría del territorio objeto).

El Estado ejerce su señorío en un espacio determinado. Determinados espacios están ordenados de tal manera a los distintos Estados y estos tienen el derecho de disponer

de cierto modo acerca de ellos. Estos son derechos territoriales, son efectivos, frente a todos los demás sujetos del derecho internacional.

El más amplio de los derechos territoriales, es la soberanía territorial en la que nos extenderemos más adelante. El más alto grado lo representa el derecho de ocupar un territorio extraño o parte de él y ejercer en él soberanía plena.

Los derechos territoriales limitados, que sólo se extienden a sectores de territorios extraños se llaman servidumbres estatales activas.

El Código Civil Argentino en su art 2025 establece *“el dominio internacional es una obligación general de todas las naciones, obligación pasiva de respetar la acción de cada pueblo sobre su territorio, no turbarla, ni imponerle obstáculo alguno”*. *“El pueblo considerado como poder soberano, tiene sobre su territorio una acción más alta, el ejercicio de un derecho de imperio, de legislación, de jurisdicción de mando y de administración, un derecho de soberanía en toda la extensión del territorio”*.⁷ El dominio, en el orden internacional, es el derecho que pertenece a una nación de usar, de percibir sus productos de disponer de su territorio con exclusión de las otras naciones, de mandar en él como poder soberano, independiente de todo poder exterior, derecho que crea para los Estados, la obligación correlativa de no poner obstáculo al empleo que haga la nación propietaria de su territorio y de no arrogarse ningún derecho de mando sobre este mismo territorio.

Aparecen aquí los conceptos de límites y fronteras, que serán desarrollados más adelante en este trabajo.

Soberanía Territorial y Supremacía Territorial:

La soberanía territorial es el derecho de disposición de un Estado sobre un determinado territorio.

La Supremacía territorial es afín a la posesión de derecho privado no siendo otra cosa que el *“señorío que ejerce un Estado en determinado espacio”*⁸, señorío que por lo regular se extiende al territorio del propio Estado y sus naves y aeronaves pero que excepcionalmente puede extenderse también a territorios extraños. Un Estado al que el Estado territorial le haya conferido el derecho de ejercer allí su supremacía territorial actúa en nombre propio y no en nombre del Estado territorial.

La autonomía de la soberanía territorial se desprende el hecho de que pueda ser objeto de un negocio jurídico entre el soberano y el que de hecho impera sobre el territorio. La soberanía territorial constituye un derecho autónomo separable de la supremacía territorial y con valor propio. Un Estado puede adquirir la soberanía territorial sobre una región por cesión o disponer de ella sin asumir la Supremacía territorial.

Soberanía territorial constituye una determinada facultad sobre un territorio y no un señorío efectivo sobre el mismo. El que lo adquirió puede después transferirlo.

Soberanía territorial pierde existencia sin supremacía territorial, originariamente sólo puede surgir sobre la base de esta. El Derecho Internacional toma como punto de partida el hecho de que la supremacía territorial haciendo el señorío efectivo al soberano territorial. El Estado excluye de su territorio a terceros Estados. La soberanía territorial se separa de su base histórica convirtiéndose en un derecho.

Toda soberanía territorial que ya no puede ejercer un acto de supremacía sobre su territorio sigue en posesión de una supremacía territorial potencial toda vez que volverá a ser efectiva cuando desaparezca la extraña.

Redefiniendo el concepto la soberanía territorial sería la autoridad del Estado ejercida sobre su territorio y sobre los espacios permitidos por el Derecho y Tratados Internacionales.

I.A.3). C. TERRITORIO

Concepto y características fundamentales

Territorio *“es la parte delimitada del globo terrestre en la cual cada Estado ejerce su soberanía y dominio exclusivo, no es posible un Estado sin territorio, este es un elemento esencial”*⁹.

Según Oppenheim el territorio estatal es uno de los objetos del Derecho Internacional Público porque este reconoce la suprema autoridad de cada Estado dentro de su territorio, cualquier persona o cosa que estén en dicho territorio queda sometida ipso facto a la autoridad suprema del Estado; ninguna autoridad extranjera tiene poder alguno dentro de los límites de otro Estado a pesar de algunas restricciones a la soberanía estatal impuesta por algunos Estados.

Morzone destacando la importancia del territorio como fundamento de soberanía dice: *“Ningún país puede desarrollarse con prescindencia de ciertas ventajas inherentes a su situación geográfica, de esto se desprende su existencia y su éxito. El clima, su tolerancia, la facilidad de las comunicaciones y la presencia o ausencia de recursos naturales constituyen una característica fundamental del Estado. Estos y otros atributos se hallan entrelazados en su vida política, económica y cultural”*¹⁰.

Desde el punto de vista del Derecho Internacional, Verdross expone que el territorio es diferente al señorío del Estado, no se pierde aún cuando este no sea ejercido. El territorio estatal es el territorio sobre el cual el Derecho Internacional reconoce a un Estado la existencia de la soberanía territorial. Territorio abarca la tierra firme sobre la cual se asiente el Estado con sus aguas interiores y el fondo del mar y el subsuelo marítimo permanentemente ocupado y además el mar territorial.”

El territorio es la región sobre la que un Estado ejerce su dominio, imperio y soberanía comprende el suelo subsuelo, aire y aguas que nacen y mueren en el territorio, lo atraviesan o rodean Puede ser continuo cuyo territorio no se encuentra interceptado o interrumpido por el mar libre o por el territorio de otro Estado, y discontinuo cuyas posesiones físicamente separadas o con su territorio dividido en dos o mas partes.¹¹

Límites y Fronteras

El término frontera fue originado como medio de identificación del aspecto zonal de un límite.

La soberanía territorial se extiende hasta las fronteras, que son líneas rectas y curvas hasta donde llega el territorio de un Estado.

Los límites son líneas demarcativas de la frontera. Pueden ser naturales o artificiales. Las primeras derivan de una característica del ambiente natural como un río o cadena montañosa, los segundos son líneas imaginarias que surgen de alguna característica, social, cultural o política superpuesta en la tierra. Esto se utilizó en el pasado.

Hace unos años un mayor refinamiento ha producido clasificaciones más analíticas. Se reconocen tres tipos generales de límites, cada uno de los cuales puede a su vez ser subdividido en forma más detallada, físico, arbitrario y cultural toda línea limítrofe determinada puede naturalmente tener cualidades de dos o de tres tipos por tal razón algunos estudiosos prefieren añadir los límites compuestos como cuarto tipo general.

Los límites físicos están basados en características del escenario natural, casi siempre se refieren al relieve o a las aguas, utilizando por ello a las ciencias de la topografía y de la hidrografía para su identificación. Las crestas montañosas sirven como fronteras que separa países a ambos lados de sus elevados picos.

La extensión del territorio según el Derecho Internacional

El territorio estatal es un espacio tridimensional, sus límites han de perfilarse frente a los territorios vecinos y el alta mar, en el aire y bajo tierra.

Fronteras terrestres: Entre Estados suele establecerse mediante tratados especiales. Si estos no existen o son deficientes las fronteras se fijan de acuerdo a una situación de hecho indiscutible. Las fronteras terrestres pueden seguir límites naturales como las montañas más altas y divisoria de aguas, ríos, aguas navegables más profundas y en no navegables el centro de la corriente. Cuando cambia el cauce sigue el mismo modo hasta nuevo convenio. Puentes se establece la frontera en el centro, si en el lago o mar interior no haya condominio y si una división entre Estados limítrofes.

Al territorio pertenecen los ríos y lagos sitos en él, agua marítimas interiores (puertos, mar, bahías etc.). Los límites entre los puertos de mar y aguas territoriales son las instalaciones portuarias fijas más adelantadas mar adentro, las radas son parte del mar a lo largo de la costa. Su límite exterior es la línea que las separa del mar territorial.

Las bahías rodeadas por territorio de un solo Estado son aguas interiores si su abertura no sobrepasa el ancho determinado, 10 millas límite máximo no es norma de Derecho Internacional Común. Cada bahía constituye una individualidad jurídica internacional, primero se consulta la legislación del Estado ribereño y comprueba si ha sido admitida por los demás.

Espacio Aéreo sobre la Superficie: el límite se desplaza con el desarrollo de la técnica la columna de espacio aéreo susceptible de dominio regular sobre la superficie del espacio es parte del espacio estatal, el espacio exterior es libre.

En profundidad: el espacio estatal llega hasta donde el poder del Estado puede ejercerse bajo tierra.

Mar Territorial: Zona marítima contigua es la tierra firme a las aguas nacionales. Al mar territorial pertenecen también la columna de aire sobre la que se levanta.

El límite del mar territorial con tierra firme (interior) se fija siguiendo el límite normal de la marea baja. El mar territorial contiguo a un puerto comienza a partir de las instalaciones portuarias exteriores. En radas y estuarios el mar territorial comienza en el límite externo de estas aguas nacionales. Si delante de la costa hay islas o barcos el mar territorial linda con bordes externos de las salientes respectivas y las aguas que se extiendan entre las islas y el continente (mar insular) se consideran como aguas nacionales las demás islas que están fuera del agua y tiene un mar territorial propio, si bien los grupos de islas pertenecientes al mismo Estados están rodeadas de un mar territorial común.

Límite Exterior (límite con Alta Mar) La extensión del mar territorial no puede rebasar la zona de señorío efectivo que el respectivo Estado sea capaz

de ejercer constante y regularmente desde la costa. Dentro de este límite cada Estado puede regular la extensión de su mar territorial, no debe interferir en los derechos adquiridos por los demás Estados. La validez de la delimitación con respecto a otros Estados depende del Derecho Internacional.

Los límites laterales del mar territorial suelen coincidir con las perpendiculares levantadas sobre la línea de la costa y no con una línea que corresponde a una prolongación de las fronteras terrestres de los respectivos Estados ribereños.

Del mar territorial forman parte también los estrechos que unen entre sí dos mares libres si sus orillas pertenecen a un solo Estado. En los estrechos con varios Estados limítrofes corresponde a cada uno mar territorial de anchura corriente. El Estado puede ocupar el fondo y subsuelo de su mar territorial.

Como síntesis, podemos decir que el mar territorial está bajo la soberanía territorial del Estado ribereño.¹²

IX.C. Construcción ideológica de la propiedad

I.A.1). Propiedad privada

Sobre la construcción moderna de la propiedad privada

Para establecer un marco conceptual de la propiedad comunitaria indígena es necesario primero hacer un contraste con el sistema de propiedad vigente en el derecho positivo, la propiedad privada sus bases como construcción ideológica y los fundamentos de su existencia en la praxis social y el derecho.

*“En la historia del derecho de propiedad, el hombre aparece como rey de la naturaleza y dos razones aparecen como base para esta supremacía, la superioridad del hombre sobre las cosas y la sumisión natural de las cosas al hombre”.*¹³

Para Pablo Ramella, citando a Calmond: *“la propiedad es una proyección de la personalidad, una consecuencia del derecho del trabajo y la formación moral del individuo de sus necesidades y de la organización social en que el se desenvuelve, participa en la categoría de los derechos primarios considerados inherentes a la personalidad, porque no es creación de la ley, pues no es el Estado el que atribuye el derecho de poseer porque este precede al Estado.”*¹⁴

*Paolo Grossi analizando la configuración propietaria nos dice: “la propiedad por un lado se liga necesariamente a una antropología a una visión del hombre en el mundo, por otro a intereses vitales de particulares y a una ideología, la propiedad es una mentalidad.”*¹⁵

Locke en su obra “Ensayo sobre el Gobierno Civil” respecto de la propiedad y sus premisas básicas como exponente del pensamiento liberal establece: *“lo mismo si nos atenemos a la razón natural que nos enseña que los hombres tienen el derecho de salvaguardar su existencia y por consiguiente el de comer y beber y el de disponer de otras cosas que la naturaleza otorga para su subsistencia.”* Esta concepción según Locke es extraída de la Revelación salmo CXV 16 *“Dios otorgó el mundo a Adán y a Noé y a sus hijos, es claro que Dios entregó la tierra a los hijos de los hombres y se la dio en común a todos los seres humanos.”*¹⁶

La superioridad del hombre y la subordinación de las cosas se manifiesta por la actividad humana. No hace falta que la naturaleza sea creada para el hombre, hace falta que

él lo demuestre apropiándose de ella. La propiedad pasará a ser la prolongación del hombre a las cosas. Este pensador seguirá explicando cómo se llega a esta instancia *“Dios que dio la tierra en común a los hombres les dio también la razón para que se sirvan de ella de la manera más ventajosa para la vida y más conveniente para todos. La tierra se la dio al hombre para sustento y bienestar suyo. Sin embargo al entregarlos para que los hombres se sirvan de ellos por fuerza tendrá que haber algún medio de que cualquier hombre se los apropie o se beneficie de ellos. Así cada hombre tiene la propiedad de su propia persona, el esfuerzo de su cuerpo y la obra de sus manos son auténticamente suyos. Por eso siempre que alguien saca alguna cosa del estado en que la naturaleza la produjo y la dejó, ha puesto en esa cosa algo de su esfuerzo, le ha agregado algo que es propiedad suya.”*¹⁷ Habiendo sido él quien la ha apartado de la condición común en que la naturaleza colocó a esa cosa ha agregado algo a esta mediante su esfuerzo algo que excluye de ella el derecho común de los demás. Siendo pues el trabajo esfuerzo o propiedad del trabajador, nadie puede tener derecho a lo que resulta de esa agregación por lo menos cuando existe cosa en suficiente cantidad para que la usen los demás. Vemos en la civilización capitalista y no capitalista, para referirnos solamente al mundo occidental, cómo esta base filosófica justifica que la propiedad sea alienada hasta separarse de los motivos que le dan origen.

El elemento generador es el trabajo, éste puso un sello que lo diferenció del común, el trabajo agregó a esos productos algo más de que lo había puesto la naturaleza, madre común de todos y de ese modo pasaron a pertenecerle particularmente.

*“Esta ley de la razón que asegura la propiedad es una ley primitiva de la naturaleza mediante la cual empieza a darse la propiedad de lo que antes era común, sigue rigiendo entre quienes forman la parte civilizada del mundo.”*¹⁸ Al respecto opinará Grossi :

*“Ningún discurso jurídico está quizás tan empapado de bien y de mal como aquel que se refiere a la relación hombre-bienes. Porque son tan grandes los intereses en juego que inevitablemente las opciones económico-jurídicas vienen defendidas por las corazas no corroibles de las connotaciones éticas y religiosas. Esta concepción viene connotada de absolutividad. De estos cimientos especulativos nace aquella visión individualista y potestativa de la propiedad moderna, un producto histórico que por haber devenido estandarte y conquista de una clase inteligentísima ha sido inteligentemente camuflado como verdad redescubierta y que cuando los juristas traducen en instituciones filosófico-políticas en reglas de derecho y las sistematizan se ha deformado en concepto y valor. No es producto de una realidad mutable sino el canon con el que medir la mutabilidad de la realidad.”*¹⁹

Siendo estos los orígenes filosóficos del concepto de propiedad, estos luego se materializarán en un instituto jurídico ordenador de la propiedad por medio de la organización social en un derecho positivo definido y garantizado por la autoridad pública que puede ser opuesto a terceros. Podemos concluir así que: *“la propiedad es una relación dominadora del hombre sobre las cosas, relación que el hombre actualiza por una actividad ordenadora y que se transforma en su derecho positivo por y en la organización social”*²⁰

Sobre el límite a la propiedad y la propiedad sobre la tierra

Para Locke la ley natural pone un límite al derecho de propiedad: *“el hombre puede apropiarse de las cosas por su trabajo en la medida exacta en que le es posible utilizarlas con provecho antes de que se echen a perder. Todo aquello que excede ese límite no le corresponde al hombre y constituye la parte de los demás Dios no creó nada con el objeto de que el hombre lo eche a perder o lo destruya.”*²¹

“La extensión de la tierra -continúa- que un hombre cultiva y cuyos productos es capaz de utilizar, constituye la medida de su propiedad. Mediante su trabajo ese hombre cerca la tierra y la separa de tierras comunes. No se quitará valor al derecho diciendo que todos tienen el mismo título que él a esa tierra

y que no puede por ello ni apropiársela ni cercarla sin el consentimiento de sus cooposedores, es decir de todos los hombres. Al género humano, se le ordenó también que trabajase y al encontrarse desprovisto de todo le obligaba a ello. Dios y su razón le mandaban que se adueñase de la tierra es decir que la pusiese en condiciones de ser útil para la vida agregándole su trabajo.”²²

“Ningún daño se causaba a los demás hombres con la apropiación de una parcela de tierra puesto que quedaba disponible tierra suficiente y tan buena como aquella en cantidad superior a la que podrían utilizar los que aún no la tenían.”²³

La medida de la propiedad señaló bien la naturaleza limitándola a lo que alcanza el trabajo de un hombre y sus necesidades.

Este filósofo también opinó de la propiedad en tierras de América: *“demostración palmaria de ello es que varias naciones de América que abundan en tierra escasean en todas las comodidades de la vida, la naturaleza las ha provisto con tanta liberalidad como a cualquier otro pueblo de toda clase de productos y materiales, suelo feraz apto para producir alimento, vestido y placer, sin embargo al no encontrarse beneficiados por el trabajo no dispone de una centésima parte de lo que nosotros disfrutamos. Reyes de un territorio dilatado y fértil se visten y tienen casas peores que un jornalero de Inglaterra”²⁴* Cuando nos adentremos en el análisis de la propiedad comunitaria indígena veremos cómo este criterio etnocentrista es erróneo y construido por una mentalidad esclerotizada y rígida que ignora diferentes formas de relaciones con la tierra, trabajo, satisfacción de necesidades y confort atendiendo a un intento de fundamentar la superioridad de la cultura occidental europea.

En el pensamiento moderno la tierra se muestra desvalorizada ante la superioridad del hombre y se empieza a construir la idea de “dominio sobre la naturaleza”. Locke dice al respecto: *“el trabajo constituye la parte de mayor valor de las cosas de que nos servimos en este mundo y bastará también para que veamos que la tierra que produce materiales apenas debe ser tomada en cuenta en este valor o que debe serlo en pequenísima proporción.”²⁵* Grossi opina: *“como fruto histórico de la realidad inculta y embarazosa construida por el ejercicio-goce en su efectividad y autonomía viene vestida con los paños solemnes e inadecuados del dominio”²⁶*

Es así cómo el pensamiento occidental se relega a la tierra por el ejercicio de la propiedad y una concepción individualista del hombre que se diferenciará de la cosmovisión de los pueblos originarios de América, donde la tierra es una parte fundamental en el ciclo armónico del universo, si bien con un papel importantísimo nunca predominante sobre otras partes constitutivas del mismo.

I.A.2). **Función social de la propiedad**

La propiedad privada no es ilimitada ni absolutamente individual. Pablo Ramella dice: *“La función social de la propiedad se traduce constitucionalmente en limitaciones al ejercicio de ese derecho y en obligaciones a cargo del propietario, impuestas unas y otras por el Estado en beneficio del bien común.”²⁷* Esta nueva concepción sobre la naturaleza de la propiedad es presentada por la “Doctrina Social de la Iglesia Católica” que sostiene: *“el derecho de propiedad existe y está limitado por el derecho de los demás, pero hay que distinguir entre el derecho de propiedad que es exclusivo y el uso de ese derecho, o sea diferenciar entre la posesión o dominio individual que sin duda tiene un propietario sobre un bien y el uso que debe hacer del mismo para contribuir al bien común. Tiene que cumplir con la función social de la riqueza”²⁸* Santo Tomás de Aquino afirma: *“en caso de extrema necesidad los bienes vuelven a ser comunes. “Los bienes y riquezas del mundo por su origen y naturaleza y por voluntad del creador son para servir a la utilidad de todos y cada uno de los hombres y los pueblos. De ahí que todos y a cada uno les compete un derecho primario y fundamental absolutamente inviolable, de usar*

*solidariamente sus bienes, en la medida de lo necesario para la realización digna de la persona humana. Todos los demás derechos les están subordinados. Es así como en cuanto al dominio se pueden tener las cosas como propias pero en cuanto al uso han de tenerse como comunes, con el objeto de hacer participante al prójimo cuando experimente necesidad."*²⁹

La Iglesia ha acentuado el concepto social de la propiedad en las Encíclica "Quadragesimo Anno" que reconoce el doble carácter de la propiedad, llamado individual y social según atienda al interés particular o mire al bien común" y en el "Concilio Vaticano II" afirma que "Dios ha destinado la tierra y cuanto ella contiene para uso de los hombres y los pueblos. En consecuencia los bienes creados deben llegar a todos en forma equitativa, bajo la égida de la justicia y con la compañía de la caridad."³⁰ En Argentina esta concepción de la propiedad se encuentra en la Constitución de 1949. Al fundamentarla Arturo Sampay dice: "la función social de la propiedad tiene otro significado por el estado de la justicia social". "La justicia social es la virtud que requiere el propietario de la gestión y el uso correcto de sus bienes: la Constitución de 1949 limita el derecho de propiedad y crea obligaciones en la medida que lo reclama la justicia social. Y esa exigencia está enderezada al bien común."³¹

La función social de la propiedad se extiende a toda clase de bienes puesto que todos proceden de Dios y fueron otorgados al hombre atendiendo a su naturaleza profunda que es social.

Desde el punto de vista político, el Estado como principal referente de la autoridad pública se encarga de hacer cumplir estas regulaciones al derecho de propiedad atendiendo al bien común, su fin inmediato.

I.A.3). **Propiedad Colectiva:**

Frecuentemente se suele confundir la propiedad colectiva de los socialistas con la propiedad comunitaria de los pueblos originarios americanos. Es una concepción distinta sobre el hombre, la naturaleza, las cosas y la posesión.

Aunque las tesis socialistas disparen contrariamente al sistema capitalista y sobre todo a la propiedad de tipo burguesa; esta doctrina nace esencialmente del mismo árbol, la filosofía del liberalismo, con enfoques antropocentristas, racionalistas y con la idea de dominio del hombre sobre todos los demás seres y cosas.

Como veremos más adelante, la idea de propiedad sobre la tierra alcanza otros significados para los pueblos indígenas vinculados a la tierra pero no con una idea de superioridad ni de posesión, sino de armonía. Conjuntamente con las diferencias que origina el avance tecnológico industrial que propone la doctrina marxista al enfocar el tema de la propiedad.

Para los marxistas la propiedad se centra en la propiedad de los medios de producción. Respecto al surgimiento de la propiedad privada Marx dice: "la propiedad privada no ha existido siempre, cuando a fines de la Edad Media surgió el nuevo modo de producción bajo la forma de la manufactura, que no encuadra en el marco de la propiedad feudal y gremial, esta manufactura, que no correspondía ya a las viejas relaciones de propiedad, dio vida a una nueva forma de propiedad, la propiedad privada".³²

El rasgo distintivo del comunismo no es la abolición de la propiedad en general sino la abolición de la propiedad burguesa. Así la propiedad privada debe también ser suprimida y ocuparía su lugar el usufructo colectivo de todos los instrumentos de producción y el reparto de los productos de común acuerdo, lo que se llama comunidad de bienes.

Este tipo de propiedad colectiva de los marxistas es un tipo de propiedad estatal *"donde el soviét se apodera de los bienes de toda la nación para administrar y decidir sobre ellos. Es preciso arrancar todo el capital de los burgueses y centralizar los medios de producción en manos del Estado proletario organizado como clase gobernante y aumentar lo más rápidamente posible las fuerzas de producción. La finalidad del proletariado es destruir la superestructura política social y religiosa que creó el capitalismo para defender la propiedad privada y sus propios intereses."*³³

Como conclusión diremos que los parámetros de la propiedad colectiva marxista es diferente de la propiedad comunitaria indígena, por ser creada a partir de una concepción totalmente distinta de la relación entre el hombre y las cosas y por estar instalada en un contexto histórico cimentado en base al desarrollo de las fuerzas económicas del capitalismo occidental.

I.A.4). La propiedad comunitaria indígena

A partir del contraste de los diferentes tipos de concepción acerca de la propiedad, podemos comenzar a describir la concepción de los pueblos indígenas acerca de la defensa de sus territorios ancestrales, que adopta el nombre de *"propiedad comunitaria"* pero este término parte de connotaciones diferentes de la idea de propiedad establecida en los diferentes principios y fundamentos contenidos en los estatutos constitucionales y legales del mundo occidental, cuestión que intentaremos explicar.

La cosmovisión indígena posee parámetros diferentes para concebir el mundo de los que fundaron la civilización occidental, sobre todo la concepción antropocéntrica del hombre y sus relaciones materiales y culturales. Dice al respecto de esto Paolo Grossi: *"...es el éxito de una visión no armónica del mundo, antropocéntrica según una individualizada tradición cultural que expresando la visión consagrada en los textos de las tablas religiosas a dominar la tierra y ejercitar el dominio sobre las cosas y sobre las criaturas inferiores, legitimaba y socializaba la insensibilidad y el desprecio por la realidad no humana..."*³⁴ Partiendo de estas concepciones Occidente llega a la construcción simbólica de la propiedad privada.

El hombre indígena posee una cosmovisión particular sobre el mundo (*raqizquam*), el universo constituido por dios, la naturaleza y el hombre, forma parte de un "todo armónico", un holismo que funciona a partir de un ciclo vital. En el que la tierra unida a la naturaleza, dios y el universo nos da la vida, esta relación es mucho más que una relación material, es un vínculo espiritual que da forma a su cultura; donde su cultura moldeará el tipo de relación con la tierra "que es madre". Para los wichís: *"La verdad es que somos parte de esta tierra. Vivimos aquí desde siempre, desde el principio. Cuando Dios hizo el mundo nos puso a vivir aquí, somos nacidos de la tierra como los árboles. La tierra nos pertenece porque nosotros pertenecemos a la tierra."*³⁵

El término propiedad no es contemplado en la relación hombre-cosas, en esta no está presente la noción de "dominium", la relación con las cosas es simbiótica. *"...la relación entre el hombre y las cosas -para Occidente- fue establecida desde un preconceito individualista sobre la lógica del dominium, con un fundamento estructural basado en hechos naturales y económicos, al identificar estas nociones se produce la relativización de la noción de propiedad..."*³⁶ Gracias a puntos de ruptura abierto por las civilizaciones Americanas existen planetas jurídicos diversos donde la tierra no pertenece al hombre, sino el hombre pertenece a la tierra.

Otra connotación importante en este tema es el concepto de "tierra" (*mapu*), que comprende más que la superficie que pisamos. Los indígenas hablan de "territorio" (*wajmapu*), los cuatro lugares de la tierra (*melí nichá mapu*), donde se contempla la atmósfera y el subsuelo. Esto se traduce en un símbolo sagrado para los mapuches, que hace

referencia a mucho más que los cuatro puntos cardinales. Así lo considera el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo *“La utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera (art. 13 inc.2)”*³⁷.

La costumbre regirá entonces, estableciendo las reglas de la cultura indígena en su relación con la tierra, que es algo más que un derecho, es lo que fundamenta su existencia, tanto material como espiritual. *“Sin el uso y goce efectivo de sus tierras, los pueblos indígenas estarán privados de practicar, conservar y revitalizar sus costumbres culturales, que dan sentido a su propia existencia, tanto individual como comunitaria... Así como la tierra que ocupan les pertenece, ellos pertenecen a su tierra, tienen pues el derecho de preservar sus manifestaciones pasadas y presentes para poder desarrollarlas en el futuro.”*³⁸

El carácter de los derechos territoriales es “comunitario” o compartido. *“Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido que la pertenencia a esta no se centra en un individuo sino en su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios, la relación con la tierra es la base fundamental de su cultura, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para la comunidad indígena la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a generaciones futuras.”*³⁹

Esta concepción como vimos anteriormente está establecida con parámetros diferentes a los de la “propiedad colectiva” marxista. *“El proyecto de vida del mundo tradicional produce una solidaridad inmediata y pre-institucional, tras esa solidaridad esta la experiencia de que la vida es vida en realidad donde unos tienen necesidad de otros. La vida del otro es necesaria. Desde muy pronto el niño aprende en su propia aldea que no sólo el vecino, sino también los animales y las estrellas, el árbol y los espíritus son parte de esa red de vida donde las fronteras entre los sujetos y los objetos todavía no están marcadas por la dominación”.*⁴⁰

De este carácter comunitario de la propiedad sobre la tierra se desprende la imposibilidad de venta o enajenación presente en la legislación sobre esta materia *“No se puede dividir a la madre para darle un pedazo a cada hijo. No queremos un pedazo para cada uno, a la madre no se la parte, la queremos toda para todos.”*⁴¹

Es así como la propiedad comunitaria está fundada en una cosmovisión diferente de la que ordenó el mundo moderno, que no por distinta debe ser contraria a éste y puede coexistir dentro de un marco de tolerancia y comprensión de otra “mentalidad” y el reconocimiento de los puntos en común de los dos modos de concebir al mundo. *“El otro mundo indígena no es un mundo pre-moderno sino se concibe modernidad como idéntica al capitalismo y al desarrollo tecnológico. El otro mundo de los pueblos indígenas reivindica las verdaderas conquistas civilizadoras de la modernidad, la autodeterminación y participación, igualdad de derechos, pluralidad de cultura, el equilibrio de las cuestiones éticas frente al individuo y la colectividad, la articulación entre solidaridad y comunidad y la responsabilidad de la persona con las contemporáneas y futuras generaciones.”*⁴²

IX.D. Antecedentes históricos: la relación entre el estado y los pueblos indígenas

I.A.1). Antecedentes Indianos : Época Colonial

La recepción del Derecho Castellano en la América de la Conquista

La denominación Derecho Indiano hace referencia a un tipo de derecho nuevo, creado para la nueva situación que presenta la América de la conquista, se diferencia del Derecho Castellano o propio de la Corona Española y de los Derechos Indígenas o autóctonos preexistentes en estas tierras a la llegada de los españoles.

Según Abelardo Levaggi *"la recepción operada en la América española fue, la mayoría de las veces de recepción forzada, por haber sido impuesta a las comunidades indígenas por un poder superior y sólo en un número menor de oportunidades, producto de un acuerdo (tratado capitulación), aunque tampoco en estos casos se puede presumir que los indios hayan tenido conciencia del sistema jurídico que se les intentaba aplicar"*.⁴³

a. Los Derechos Indígenas antes de la recepción:

Antes de la llegada de Colón en 1492, cada una de las comunidades originarias tenían sus propios derechos o derechos indígenas. Este no conformaba un cuerpo jurídico homogéneo sino se estructuraba según costumbres de cada comunidad. *"Excepto algunas regiones, donde bajo la autoridad dominante de varios pueblos habían sido sometidos a un régimen común en parte (Imperio Azteca o Tawantisyu). La casi totalidad de esas comunidades ocupaba un ámbito geográfico reducido. Por ello el mundo prehispánico, en el aspecto jurídico se nos aparece como un gigantesco mosaico en el que cada una de sus piezas constituye un derecho diferente"*.⁴⁴ Los pueblos indígenas se regían por la costumbre, ésta daba forma a los mandatos o leyes que se iban transmitiendo tradicionalmente de generación en generación por la actividad educadora de los ancianos. Acerca del Imperio de los Incas Garcilazo de la Vega escribió: *"...los reyes incas habiendo de establecer cualesquiera leyes... así en lo sagrado de su vana religión como en lo profano de su gobierno temporal, siempre lo atribuyeron al primer inca Manco Cápac, diciendo que él las había ordenado todas, unas que había dejado hechas y puesta en uso y otras en dibujo, para que delante de sus descendientes las perfeccionasen a sus tiempos. Porque como era hijo del Sol venido del cielo para gobernar y dar leyes a aquellos indios, decían que su padre le había dicho y enseñado las leyes que había de hacer para el beneficio común de los hombres."*⁴⁵ Respecto a la relación entre la ley imperial y la costumbre de los pueblos la mayoría de los autores acuerdan que los Imperios Inca y Azteca trataron de respetar sus prácticas en materia de derecho privado. Garcilazo refiriéndose al inca Pachacútec, asentó que *"...ordenó muchas leyes y fueron particulares arrimándose a las costumbres antiguas de aquellas provincias donde se habían de guardar, porque todo lo que no era contra su idolatría ni contra las leyes comunes tuvieron por bien aquellos reyes incas dejarlo usar a cada nación como lo tenía en su antigüedad..."*⁴⁶

b. Circunstancias Históricas : El dominio del Nuevo Territorio

Cuando la Corona Castellana se atribuye el dominio de América lo hace apoyándose en diferentes títulos jurídicos.

Para los europeos era lícito apropiarse de los países que descubrieron y que estaban gobernados por príncipes no cristianos que vivían al margen de su civilización y no tenían un ordenamiento estatal y jurídico "racional" desde su punto de vista. Criterio dogmático y unilateral dado desde una visión etnocentrista del ordenamiento social. *"En esos casos los príncipes cristianos, en cuanto cristianos, se consideraron con mejor derecho de dominio que los infieles bárbaros. Por otra parte como tenían la obligación de conciencia de propagar el culto del Dios verdadero se sintieron autorizados a deponer a los príncipes infieles y ocupar su lugar"*.⁴⁷

"Los reyes españoles invocaron dos títulos principalmente: la donación pontificia y el descubrimiento y toma de posesión. Otros títulos fueron derecho de guerra, ocupación, la barbarie de los indios etc".⁴⁸

Ante un reclamo hecho por Juan II de Portugal, los Reyes Católicos le pidieron al Papa Alejandro VI, que como era costumbre de esos tiempos donara nuevas tierras. El Papa en virtud del poder temporal que aún le reconocía la cristiandad expidió cuatro bulas, dos Inter Cátedra "Eximanie devotionis" y "Dudum siquidem". Por ellas les donó las tierras y les encomendó la evangelización de sus habitantes. Recibieron así plena, libre y omnimoda potestad, autoridad y jurisdicción sobre el Nuevo Mundo. *"Este título los convirtió en sus soberanos, con el goce y ejercicio de los poderes de legislación, jurisdicción y gobierno. En la Recopilación de Leyes de Indias de 1680 quedó asentado que por donación de la Santa Sede Apostólica y otros justos y legítimos títulos, somos señor de las Indias Occidentales, islas y tierra firme del mar océano, descubiertas y por descubrir, y están incorporadas a nuestra corona de Castilla"*.⁴⁹

"Dicha incorporación, formalizada definitivamente desde la muerte de los Reyes Católicos dejaron de ser bienes personales para pasar a serlo de la Corona, convirtió a esos territorios en bienes patrimoniales de ésta, inalienables e imprescriptibles".⁵⁰

Afirma Levaggi *"De conformidad con el Derecho Común, al ser el nuevo mundo una tierra de infieles y haberse unido a Castilla con el carácter de una provincia accesoria, le correspondía ser tenido y juzgado por una misma cosa con el reino principal. Como consecuencia de ello, quedó sujeto a su mismo derecho, el Derecho Castellano sin ninguna nueva promulgación"*.⁵¹ *"Desde que entre 1498 y 1503, la Corona resolvió emprender el poblamiento de América, una tarea que suponía la conquista y el dominio efectivo del país y de sus habitantes, fue necesario sancionar una abundante legislación, para organizar nuevos territorios y regular la cohabitación entre los españoles y los indios. La actividad legislativa fue incesante. Los campos que abarcó fueron el gobierno, la hacienda, la iglesia, el trabajo indígena, el comercio, la navegación y el ejército"*.⁵²

c. Subsistencia de los Derechos Indígenas

Colón en su primer viaje, estimó que los indios no profesaban ninguna "secta" y que se harían fácilmente cristianos. *"Por esa razón los reconoció como libres y no los trató como esclavos. Sólo esclavizó a quienes se rebelaron contra él"*.⁵³ Desde el punto de vista individual los indios fueron libres y capaces de derecho. Distinto fue el juicio acerca de las comunidades indígenas, su personalidad jurídica, su capacidad de gobierno etc.

Adquirido por los reyes el dominio del territorio se planteó la condición en que debían quedar los pueblos. El dilema se solucionó en tiempos de Felipe II (por protagonismo de Fray Bartolomé de las Casas). Sus instrucciones y ordenanzas de nuevos descubrimientos y poblaciones de 1556 y 1573, dieron a entender que “ *la concesión se había limitado al territorio, que los españoles podían establecer en el mismo con pleno derecho, pero no tenía título alguno sobre los indios quienes por el derecho natural eran libres e independientes. La única posibilidad de establecer una relación justa con ellos, era a través de tratados de alianza y amistad*”.⁵⁴ “*Por el principio de la personalidad del derecho, observado desde la antigüedad, no intentó imponer a los indios el derecho castellano oponiéndolo a sus derechos originarios sino reunir ambos en un sistema o cuerpo jurídico*”.⁵⁵

A partir de 1680 el derecho indígena es subordinado al derecho indiano.

Mario Góngora expresa que “... *la gran mayoría de la población indígena, aunque quedó sujeta a un tipo de tributación y de trabajo en beneficio de los españoles, no agotó en esa relación su vida jurídica. Sobre todo en los núcleos principales, subsistieron comunidades indígenas con su propio derecho*”.⁵⁶ Un error importante cometido por los españoles fue la homogeneidad jurídica a que sometió a diferentes comunidades, que no tuvo en cuenta las diferencias culturales entre éstas y lesionó su capacidad de adaptación al nuevo sistema jurídico impuesto por ellos. “*Ello dio lugar a un fenómeno de generalización de instituciones, el cual le correspondió otro de recepción involuntaria por aquellos pueblos para los cuales eran extrañas. La promulgación de la Recopilación de 1680 con carácter general tuvo que ver respecto las instituciones que incorporó a su texto al cacicazgo, la mita. Otro factor que influyó en la pérdida de identidad de las costumbres fue el mestizaje, no ya con el español, sino con indios de otras naciones, a causa de la desnaturalización de comunidades, de reunión de varias etc*”.⁵⁷

d. Formación del Derecho Indiano: Leyes y Gobierno

El concepto de derecho justo que tenía el español era que debía ser conforme a la costumbre y conveniente al lugar donde se había de aplicar. De allí que los reyes comenzaron a promulgar leyes especiales, que dieron origen al Derecho Indiano, propiamente dicho. La legislación indiana se desarrolló en sus dos vertientes peninsular y americana o criolla.

Alfonso García Gallo afirma: “*Las leyes de Indias fueron obra de juristas españoles. El modelo que siguieron fue el mismo que se seguía en Europa: el derecho común o romano canónico*”.⁵⁸

En vez de soluciones del Derecho de Castilla o del de Roma se recurrió por lo tanto a los principios del Derecho Natural, cultivados por teólogos españoles del Siglo XVI. Francisco de Vitoria fue quien en su relación “De Indis” (Salamanca 1539) sostuvo que “*el único derecho que podía aplicarse por igual a indios y españoles era el Derecho Natural, a la vez que rechazó la tesis de que el Derecho Natural no amparaba a los indios a causa de su infidelidad, fundado en la doctrina tomista de que el derecho sobrenatural de la gracia no destruye al natural sino que la perfecciona*”.⁵⁹ En el siglo XVIII en la época de la Ilustración se buscó en el derecho racionalista, los principios de la legislación tanto Castellana e indiana.

El Derecho Indiano se funda en los principios de derecho común, por ser un tipo de derecho formado para resolver los problemas del Nuevo Mundo, derivados de la conquista, y fue una solución europea a esos problemas, con gran voluntad pragmática por parte de España.

Para Ernesto Schafeer :Los reyes trataron expresamente que el derecho indiano fuera semejante al derecho castellano. Todos eran súbditos suyos por igual en lo posible debían regirse por las mismas leyes. En 1571, en la reorganización de la administración indiana, el capítulo XIV de la ordenanza del Consejo de Indias dispuso: *"siendo de una Corona los Reinos de Castilla y de las Indias las leyes y orden de gobierno de los unos y los otros debe ser mas semejante y conforma que ser pueda."* y que el Consejo procurará reducir su gobierno *"al estilo y orden con que son regidos y gobernados los Reinos de Castilla y León, en cuanto hubiere lugar, y se sufiere la diversidad y diferencias de las tierras y naciones."*⁶⁰

Respecto a las particularidades de la aplicación de las leyes, Levaggi dice: *"Para no errar con las soluciones la corona adoptó el método de la legislación de tanteo. El problema no consistía sólo en la variedad de situaciones que se presentaban, de la que pronto se había tomado conciencia. Una dificultad mayor fue reconocer a ciencia cierta lo esencial de ellas. Salvo grandes temas (trato de indios, descubrimientos, y poblaciones, etc.) las soluciones se dieron por provincia (provincialismo) a medida que se presentaban los problemas"*.⁶¹

A la legislación de tanteo se le agregó el casuismo propio del derecho antiguo, agregando cualidades de cautela, prudencia, provisoriedad (salvo derechos, mayésticos y regalías) que le dieron flexibilidad dentro del sistema.

Otro de los medios jurídicos destinados a corregir las leyes fue el recurso de súplica, trasplantado desde Castilla. La norma básica era la Ley de "Juan I" (Biviesca 1387) que establecía: *"...si en nuestras cartas mandáremos alguna cosa que fuera contra la ley, fuero o derecho que tal carta sea obedecida pero no cumplida, es decir acatada por respeto a la autoridad real pero no cumplida y asumida en razón de algún vicio material que tuviera"*.⁶²

Respecto de las fuentes del Derecho Indiano, asume real importancia la costumbre que se desarrolla con una vitalidad no inferior a la ley. Junto a la costumbre Indiana se desarrolla la costumbre canónica y la costumbre indígena.

Otra fuente fue la doctrina con características pragmáticas. *"Ese modo práctico de abordar el derecho entroncaba con el casuismo que no buscaba un orden justo sino se conformaba con solucionar problemas a medida que se le presentaban"*.⁶

Política de Tratados

La relación entre indígenas y españoles se desarrolla a partir de la llegada de Colón a esta tierra, inicialmente fue gestada en base a la dominación española sobre los pueblos, variando entre los sometimientos y las rebeliones indígenas, pero siempre caracterizada por la superioridad y la imposición de los designios españoles. Se ha escrito mucho sobre el modo de proceder español respecto a la población de América, Fray Bartolomé de las Casas fue el primo y principal exponente. Nuestro trabajo intentará exponer la evolución de la relación entre indígenas y españoles; y luego con el gobierno patrio, abocándonos sobre todo a las relaciones diplomáticas, legales que se manifestaron en forma de tratados. Estas relaciones que denotan ciertas características, nunca se presentaron como una manera general de proceder; variaron de acuerdo a ciertos parámetros.

La importancia para nuestro trabajo de la política de tratados, es que implica un "reconocimiento" a las diferentes naciones indígenas con las cuales se pactaba, reconocimiento de hecho y de derecho, antecedente útil ante los reclamos futuros de los

pueblos al que les fue negada la existencia,(sobre todo en la época de consolidación de los Estados emancipados); y respecto al territorio, donde existía la "soberanía" tanto respecto a jurisdicción política como a supremacía sobre el territorio ejercida por los indígenas. " *Para Félix Coben, al estudiar los tratados con los indios indica la influencia doctrinal de Francisco de Vitoria. Según él fue como consecuencia de sus enseñanzas que los reyes de España reconocieron y garantizaron los derechos de las comunidades indígenas, y que prevaleció la idea que sólo mediante tratados podían ganarse sus tierras.*"⁶⁴

a. Factores que determinaron la Política de Tratados:

Uno de estos, fue la condición en que se encontraban los distintos pueblos indígenas. Si eran sometidos a la ley y gobierno castellano. Algunos contaban con el estatus de "libres o gobernados por autoridades tradicionales y asentadas sobre el territorio que consideraban como propio."⁶⁵ La política de tratados se enfocó a estos últimos y fue regida por el Derecho de gentes (o derecho internacional).⁶⁶

Otro de los factores relacionado con el anterior fue la correlación de fuerzas existentes entre las partes, en circunstancias de superioridad, el pragmatismo de los españoles no les permitiría someterse a las solemnidades de la diplomacia.

El espacio geográfico es también determinante, el escenario de la relación diplomática o belicista fue la frontera, como un área delimitada donde se producía la interacción de las dos partes. "*El escenario en que aquellas se desarrollaron fue bien determinado: la frontera o sea el lugar donde se encontraban dos jurisdicciones: la del blanco y la del indígena, una frontera viva con dinámica propia. Es la frontera interior cuya existencia fue un fenómeno característico de esa etapa histórica. Dicha frontera limitó el territorio que dominaban real y efectivamente las autoridades españolas primero y argentinas después y lo separó del que continuaron ocupando las naciones aborígenes libres, ajenas a los repartos de tierra hecho entre sí por las monarquías europeas y las repúblicas hispanoamericanas*".⁶⁷

b. La Nación como protagonista del Tratado

Determinar que una nación es sujeto de derecho, y su capacidad diplomática, expresa en la posibilidad de firmar de un tratado es una premisa fundamental en el derecho de gentes. A este criterio de definición nos limitaremos, (para no ahondar dentro del amplísimo debate sobre el concepto más acertado de nación), intentaremos explicar por qué, los indígenas constituían naciones independientes, hecho reconocido por los españoles al iniciar la etapa pactista.

" *Ante la imposibilidad práctica, en esas circunstancias de someter a las comunidades libres al derecho general, la Corona Castellana y los gobiernos argentinos, sin renunciar a su objetivo último de dominación sobre la totalidad del territorio, recurrieron a un derecho especial "ad hoc" de naturaleza sinalagmática, basado en el de gentes, que se adecuó al tipo de relaciones al que estaba destinado y que tuvo en el tratado su instrumento fundamental*".⁶⁸

Como señala Alfonso García Gallo, "... en el reinado de Felipe II se entendió que la concesión papal se refería sólo al territorio; no a los pueblos que lo ocupaban. Por eso, los enviados de los reyes podían tomar posesión de aquél aún contra la voluntad de los naturales, pero el título que tenía la Corona respecto

del territorio no le daba ningún derecho sobre los indios. Estos, por el derecho natural eran libres e independientes. Lo único que podía, y debía hacer era establecer alianza y amistad con ellos, tratando en un pie de igualdad. Este concepto, que recogieron expresamente las ordenanzas de 1573, ya aparecía en la Instrucción sobre Nuevas Poblaciones y Descubrimientos dada al marqués de Cañete, virrey del Perú, el 13 de mayo de 1556."⁶⁹

Para Levaggi :*"El concepto de nación admitido en el siglo XVI es de origen gentilicio de raza o estirpe, con el idioma como uno de los criterios de mayor fuerza diferenciadora de los grupos humanos. La distinción se basó en la pertenencia a un determinado grupo gentilicio de carácter político. El concepto de nación pasó a asociarse a comunidades en torno a las cuales se formaba un sentimiento político aunque no quedara "nunca bien definido, ni en sus límites ni en su atribución a grupos dotados de poder propio ni tampoco en cuanto al carácter influyente de cada una respecto a las demás, superponiéndose una nación sobre otra, en cuanto al territorio y en cuanto a la población".*"⁷⁰

Como expresión de esta conceptualización, los mapuches constituyen una nación: *"Somos una nación originaria, porque tenemos una identidad cultural propia, una manera de construir y ver al mundo que viene de la memoria de nuestros antepasados y que se sigue forjando en la legítima defensa de nuestro territorio ancestral. Somos Nación porque tenemos una otra Historia que nos hace ser mapuches mas allá de fronteras políticas y divisiones impuestas".*⁷¹

Desde 1514 todos los intentos de conquista pacífica estuvieron relacionados con el Requerimiento. La alternativa que tenían los indios era el sometimiento voluntario mediante tratado o la guerra.

La problemática de considerar a los indígenas como naciones independientes para los españoles, consistía que ellos formaban un cuerpo político separado, no sometido a la soberanía de la Corona y que era ese el objetivo que la misma pretendía, eso es lo que lleva a emprender la política de tratados.

c. Primera forma de interpelación: el Requerimiento

Uno de los usos del derecho medieval de la guerra era requerir al adversario antes de atacarlo. Dice Francisco Morales Padrón que en Canarias se requirió, y que en los documentos expedidos desde 1503 se lee que los reyes enviaron capitanes y religiosos a América para que requiriesen (solicitasen) a los indios su aceptación de la soberanía española y de la predicación evangélica.

"Dicho requerir equivalía tanto como a desplegar una política de atracción de los indios. En cambio, el "Requerimiento" de 1514, redactado por Juan López de Palacios Rubios, fue ya un documento formal, cuyo objetivo no fue sólo la sumisión y conversión de los naturales, sino sobre todo, la justificación de la presencia española y de la guerra."⁷²

Este "Requerimiento", que en el caso de ser rechazado por los indios les acarrearba consecuencias trágicas, fue reprobado por Las Casas en nombre de la Ley Natural. *"¿Cómo pedirles obediencia para rey extraño -dijo- sin haber tratado ni contrato o concierto entre sí sobre la buena y justa manera de los gobernar de parte del rey, y del servicio que se le había de hacer de parte de ellos, el cual tratado, al principio, en la elección y recibimiento del nuevo rey, o del nuevo sucesor, si es antigua aquel Estado, se suele y debe hacer jurar de razón y ley natural?"*⁷³

Las Casas rechazaba el método del "Requerimiento" por lo que tenía de compulsivo, y una vez más se inclinaba a la solución del tratado.

*"Preocupada España por encontrar una posición "de derecho" que acallase, todo escrúpulo frente a una eventual oposición de las tribus americanas que demandase el uso de la violencia, adoptará por esos años de 1512 una fórmula jurídica el requerimiento, consistente en una proclama a los adversarios aborígenes previa al acto posesivo y dominador." Ricardo Levene transcribe uno de los requerimientos: "...y reconozcáis a la Iglesia por Señora y Superiora del Universo Mundo y al Sumo Pontífice, llamado Señor Rey de las Indias y Tierra firme, por virtud de dicha donación, i consintáis que estos Padres Religiosos os declaren y prediquen lo susodicho. S. M. vos dará muchos privilegios y excepciones y os hará muchas mercedes y si no lo hicieres o en ello pusieren dilación maliciosa certificaos que con la ayuda de Dios, yo entraré poderosamente contra vos y vos haré guerra por todas partes y manera que yo pudiere y vos sujetaré al yugo y obediencia de la Iglesia y de Su Majestad y tomaré vuestras mujeres e hijos y los haré esclavos y como tales los venderé y dispondré de ello como S. M. mandare y vos tomaré vuestros bienes y vos haré todos los males y daños que pudiere como a vasallos que no obedecen."*⁷⁴

O' Donnell citando a De las Casas, cuenta que cuando los españoles querían asaltar a un pueblo indígena marchaban calladamente hasta llegar a muy corta distancia, y allí de noche y entre sí mismos, en susurros se pregonaban o leían el dicho requerimiento diciendo: *"Caciques e indios de esta tierra firme, de tal pueblo hacemos os saber que hay un Dios, y un Papa y un Rey de Castilla, que es señor de estas tierras, venid luego a le dar obediencia y si no, sabed que os haremos la guerra y mataremos y cautivaremos..."*. Si, excepcionalmente, los interpretes facilitaban la comprensión a los indios, éstos según Juan de Oviedo, respondían a los términos del documento: *"Respondiéronme: que en lo que decía que no había sino un Dios y que este gobernaba el cielo e la tierra y que era señor de todo, que les parecía bien y que así debía ser, pero en lo que decía que el Papa era Señor de todo el universo en lugar de Dios, y que el había hecho merced de aquella tierra al Rey de Castilla, dijeron que el Papa debiera estar borracho, pues daba lo que no era suyo; y que*

*el Rey que pedía y tomaba tal merced, debía ser algún loco, pues pedía lo que era de otros."*⁷⁵

J. Hernández Aregui haciendo referencia a la justificación del requerimiento afirma: *"...la tesis teológica de Francisco Vitoria, de acuerdo a la cual el derecho a propiedad de los indios era legítimo, pero al mismo tiempo postulaba la razón de los españoles a someterlos por las armas si los indígenas no se allanaban a la voluntad de los invasores. Esta duplicidad, la defensa religiosa del indio y su despojo económico, tipifica la vida colonial con la explotación en masa de los vencidos bajo la cruz del misionero."*⁷⁶

d. Celebración de Pactos desde 1492

La práctica de los tratados, pactos y acuerdos fue iniciada en América por el propio Cristóbal Colón, en su primer viaje, si bien con características muy peculiares. El Almirante celebró con el cacique Guacanagnarí un pacto de fraternidad o de "guatiao", que según el derecho taíno, propio del lugar, generaba una relación semejante a la de compadrazgo. De acuerdo con Las Casas, esa relación se tenía "por gran parentesco y como liga de perpetua amistad y confederación".

Hasta las Ordenanzas de 1573 los indios fueron requeridos a someterse al rey español, y estar debajo de su autoridad, a partir de la premisa de que el descubrimiento y la bula "Inter caetera" 1493 los habían convertido en vasallos de los españoles. No obstante, aún aceptada esta teoría, tanto la Corona como los tratadistas tuvieron una estimación especial por el título nacido del pacto, pues como escribe Silvio Zavala, que es el que satisfacía formalmente el requisito de la expresión de voluntad del sujeto. Por eso en las instrucciones que los reyes expedían a los conquistadores les recomendaban que asentaran paces con los nativos. Fue corriente el uso de fórmulas como las siguientes: *"procuréis de traer*

en paz a nuestra obediencia y a que oigan la predicación y enseñamiento de nuestra Santa Fe Católica, pacificar los caciques e sentar con ellos las paces y servicios que debieren hacer a su majestad". En una carta dirigida a los reyes y repúblicas de las tierras del mediodía y del poniente de la Nueva España, el 1° de mayo de 1543, Carlos V ratificó que deseaba tener con ellos *"toda amistad y buena confederación, para que habiendo conformidad todos sirvamos a Dios como debemos",* y les anunció que había dado todo el poder necesario al obispo de México y otros religiosos *"para que puedan con vos hacer cualesquier concordias y asientos, para que haya entre nos y vosotros verdadera amistad y mucha benevolencia".*⁷⁷

En las instrucciones que junto con la reina madre le había dirigido a Hernán Cortés el 26 de junio de 1523, Carlos había tenido el cuidado de decir que *"la principal cosa" que tenía que procurar era "no consentir que por vos, ni por otras personas algunas se les quebrante (a los caciques e indios) ninguna cosa que les fuere prometida, sino que antes que se les prometa, se mire con mucho cuidado si se les puede guardar, y si no se les puede bien guardar, que no se les prometa en manera alguna, pero después que así les fuere prometido, se les guarde y cumpla muy enteramente".*⁷⁸

Consideraciones sobre los tratados con naciones indígenas

El investigador Abelardo Levaggi en su trabajo "La paz en la frontera" expone una completa descripción de las relaciones diplomáticas entre los gobiernos (colonial primero, y patrio posteriormente) con las "comunidades indígenas" habitantes de lo que luego será el territorio nacional. En esta investigación basaremos este punto de nuestro trabajo.

Dos áreas estaban por ese entonces bajo jurisdicción indígena, la frontera noreste o chaqueña, y la austral o pampeano patagónica. Sobre ésta última centraremos la atención, ateniéndonos a la delimitación que expusimos anteriormente de este trabajo. Según criterios geográficos la frontera interior austral de la provincia del Río de la Plata, Tucumán y Cuyo que se extendió desde fines del siglo XVI, con escasas variaciones sobre el paralelo 34 latitud sur, bajando hasta el paralelo 36 en el litoral atlántico. El territorio desplegado al sur de esa línea estaba poblado por las naciones pampa, puelche, pehuenche y huiliche (mapuches). Estos últimos procedentes de Chile en la segunda mitad del siglo XVII, en la mal llamada "araucanización", se produce un mestizaje de la nación mapuche con las originarias de este territorio, sobre la base de la filiación, dándose una influencia de la cultura mapuche sobre el resto de los pueblos, expresada en la adopción del "Mapudungún" (la lengua de la tierra) como el dialecto más utilizado entre estos pueblos en este período. Queremos destacar que la mayoría o la totalidad, salvo excepciones de los nombres de caciques y demás indígenas nombrados en los tratados pertenecen a esta lengua. El uso de la lengua da paso al criterio de selección de tipo étnico.

Los tratados estudiados por Levaggi en este período, hacen referencia principalmente al problema de la paz, en el área de frontera, alrededor de la cual giraron otras cuestiones como las comerciales, intercambio de cautivos, regalos, agasajos y cuestiones territoriales. Respecto a esta última nos interesará indagar.

Los pactos con pueblos indígenas en la frontera pampeano patagónica comienzan en 1741 durante el Gobierno de Miguel de Salcedo.

En la configuración de los tratados aparecen importantes características de tipo jurídico- político. Entre ellas se destaca: *"...la calificación del Tratado como confederal, lo cual es rigurosamente exacto desde el punto de vista jurídico. Viene a fortalecer la tesis de la relación que existió entre estos pactos y antecedentes tales como los foedera romanos."*⁷⁹

En casi la totalidad de los acuerdos con españoles las diferentes naciones firmantes expresan ser "legítimos súbditos" del soberano español, tal subordinación se corresponderá luego con la aceptación de la autoridad política del Estado argentino. En el cual sigue apareciendo el término "súbdito" propio de una monarquía en plena vigencia de un gobierno republicano.

Desde el punto de vista institucional, en las naciones indígenas a diferencia de la cultura española, ... "*sólo las relaciones personales y no las institucionales adquirirían para ellos verdadero sentido. Fue habitual que a los cambios de autoridades siguiera la confirmación de los tratados.*"⁸⁰ Como por ejemplo la ratificación de los tratados entre el Comandante de Frontera Amigorena y los pehuenches en la frontera de Mendoza, al morir éste y ser sucedido por Javier de Rosas.

La costumbre de celebrar tratados de paz y amistad con los naturales fue continuada después de 1810, mas si antes había sido congruente con el estatuto especial que tenían dejó de serlo bajo el imperio de la igualdad. "*En efecto ningún otro grupo social se le reconocía personería para celebrar tratados con los gobiernos nacional o provinciales. Los ajustados con los indios estaban fuera del derecho común.*"⁸¹

Respecto a los puntos centrales de los tratados, nos parece importante aclarar que si bien los tratados tuvieron el rango de relaciones diplomáticas hubo perjuicios territoriales para los indígenas.

Cuando se impone a los pampas mantener la "residencia fija" de sus tolderías se daña la costumbre propia de su pueblo de ser nómada. No obstante esta costumbre tan encarnada entre los indígenas, siempre será posible determinar el territorio de donde son originarios, en el caso de los mapuches el nombre de la región es parte de su apellido.

También cuando se empiezan a abrir los caminos y formar pueblos, comienza la reducción territorial que poco a poco los irá desplazando a territorios alejados e improductivos.

Respecto de los tratados en sí, queremos también resaltar la importancia para la defensa de la "soberanía del territorio" que luego pertenecerá al Estado argentino, la ayuda ofrecida con motivo de las invasiones inglesas por pueblos indígenas pampeano-patagónicos. Convirtiéndose éste en un hecho histórico que servirá de antecedente para fundamentar la idea central propuesta en este trabajo de investigación.



I.A.2). Antecedentes Patrios

Derecho Nacional

a. La condición jurídica del indio: La igualdad ante la ley

La Corona de Castilla había definido al indio como un ser libre pero incapaz relativo de hecho y los había encuadrado en la categoría jurídica de los "miserables". Este régimen fue derogado a principios de la época patria y reemplazada por el del derecho común de la población. Es decir, que se abandonó el criterio de dotarlo de un estatuto especial, para someterlo al mismo tratamiento jurídico que al resto de los habitantes libres.⁸² Esta idea originada por el liberalismo y la doctrina del derecho natural supone la igualdad de todos los hombres ante la ley dejando de lado, supuestamente, según la concepción de la época las prerrogativas de sangre, como lo consideró la Revolución Francesa y como después lo tomará la Revolución de Mayo. Dice al respecto Abelardo Levaggi *"Factores (refiriéndose a las prerrogativas de sangre y los privilegios) que hasta el siglo XVIII habían tenido relevancia para extraer de ellos consecuencias normativas diferentes de las de la ley común, o sea, que habían*

*sido considerados causas justificantes de esas diferencias, perdieron semejante virtud ante el derecho liberal, y dejaron de ser motivo de discriminación legal".*⁸³

No obstante estas premisas ideológicas el liberalismo no canceló todos los factores de discriminación. *"Sólo lo hizo con aquellos que reputó irracionales o que no satisfacían los intereses de la burguesía, o sea, aquellos que la clase dominante no estaba dispuesta a admitir".*⁸⁴

El efecto que tuvo la aplicación de este principio en el ámbito de la ley fue una homogeneización de los individuos. *"El ignorar, o determinar que se ignorasen, dichos rasgos, que evidentemente los distinguían, pero que se había propuesto cancelar los hizo iguales en teoría. Sólo en teoría, y sin tener en consideración la incidencia negativa que una igualdad meramente formal podría tener, en la superación o atenuación de las diferencias "reales". De los dos aspectos involucrados: el jurídico y el social, le dio preferencia al primero sobre el segundo".*⁸⁵

Los gobiernos patrios no consideraron el derecho indiano sancionado por España por considerarla incompatible con la nueva condición de los indígenas como "ciudadanos libres" y con los mismos derechos que los blancos. Mariano Moreno decía en 1818 ironizando sobre los *"decantados privilegios de los indios, que con declararlos hombres habrían gozado más extensamente".*⁸⁶

El órgano periodístico de la Primera Junta "La Gaceta de Bs. As." expresaba *"en el lenguaje de nuestra jurisprudencia el indio es ciudadano y se halla bajo la protección de las leyes".*⁸⁷

La Asamblea general constituyente del año 1813 hizo pública su voluntad de que *"se les haya y tenga a los mencionados indios de todas las Provincias Unidas por hombres perfectamente libres, y en igualdad de derechos a todos los demás ciudadanos que las pueblan".*⁸⁸

Los gobiernos patrios, dictaron disposiciones favorables a los indios, pero que se contraponen a la premisa de la igualdad que adopta la Revolución de mayo y que rige todo los ordenamientos legales siguientes.

La igualdad fue nociva en la práctica, dicha "igualdad abstracta" fue impuesta, (con el bien intencionado fin que el hombre occidental forma en su mentalidad creyéndolo mejor),

a una cosmovisión diferente que no la supo entender y fue víctima de sus principios engañosos que en la realidad no hacían sino discriminarlos socialmente.

Vicente Pazos Ranki fue uno de los que opinaron diferente de los gobernantes, y expresó el realismo de la cuestión: *"sin esta clase de reservas, sería imposible la igualdad de derechos en toda especie de gobierno; porque aún en la más perfecta democracia hay imbéciles, y fuertes, hay miserables y poderosos, hay pobres y ricos, y cuando los primeros litigan con los segundos, en llamarlos la ley a presencia del poder sumo por caso de corte no hace más que equilibrar la balanza poniéndose de parte del desvalido tanto, cuanto baste para igualarlo con el fuerte".*⁸⁹

b. Relevancia de la cultura en el orden de la capacidad. Vigencia de costumbres indígenas

La cultura para los intelectuales del derecho en la época patria era medida con el patrón de la civilización europea, para Levaggi la consecuencia jurídica que produce es afectar la capacidad de las personas.

En 1885 Lucio V. Mansilla manifestaba que *"...todas las ventajas que se querían concederles a los indios serán ilusorias si no dicta una ley, complementaria de la ciudadanía, que estableciera que un indio es sobre todo un indio, y que, sean cuales sean las razones que tuvieron nuestros padres y legisladores para declarar que son argentinos todos los que nacen en el territorio de la República, no podemos equipararle indio a los demás habitantes"*.⁹⁰

Pese a las discusiones y la asimilación de la igualdad al indio, *"no podían ignorarse las diferencias culturales que incidían en su capacidad y que reclamaban un tratamiento jurídico particular"*.⁹¹

Un problema particular lo presentan los indios a los que no amparara el precepto de la igualdad. No menos importantes es el interrogante que plantea ¿conforman lo indios rebeldes un Estado independiente?

Según Manuel Augusto Montes de Oca : *"No cabía dudar de que los indios sometidos se encontraban amparados por el precepto constitucional que declara la igualdad de derechos. En cuanto a los rebeldes, su opinión era que no estaban sujetos a las leyes de la Nación y por lo tanto, tampoco a ese precepto"*.⁹²

Un fiscal de primera instancia, Villegas le negó relevancia al problema *"La excepcionalidad que para ellos pide sólo puede nacer de su no sometimiento a la ley común y este sometimiento no produce para los habitantes de un país, sino obligaciones; pero nunca derechos parecidos a estado independiente"*.⁹³

El fiscal de la alzada Torres, consideró que los principios comunes no podían aplicarse estrictamente a las tribus *"Ellos viven como independientes y se consideran nuestros aliados en nuestro territorio, conservando todos los usos y costumbres del desierto que no han querido abandonar y que altas conveniencias exigen, por ahora, que no se les obligue a ello. Aún no ha llegado el tiempo en que esas tribus sometidas, queden completamente sujetas a nuestra jurisdicción y gocen también de los derechos todos del ciudadano, y cumplan con los deberes y cargas del mismo"*.⁹⁴

El tribunal por sentencia, del 19 de mayo, se adhirió al dictamen de Torres. El carácter absoluto con que había sido proclamada la igualdad del indio cedía ante una realidad que no lo toleraba. El cambio de criterio importaba una vuelta al reconocimiento de las buenas leyes y costumbres de los naturales practicado por el derecho indiano.

c. Reconocimiento de la capacidad relativa: Instrumentación de la representación

La declaración de la igualdad hecha a favor de los indios suponía, lógicamente que gozarían de la misma capacidad que los blancos, pero no fue así. Afirma entonces Levaggi *"Desde el primer instante fueron afectados, como antaño, por una incapacidad relativa de hecho semejante a la de los menores, y necesitada, por lo tanto, de una representación legal para actuar en derecho"*.⁹⁵

Los legisladores consideraron la "minoridad mental del indio" medida respecto al patrón mental de la civilización europea, como consecuencia se desprende la necesidad de un protector que lo represente en sus intereses. Después de 1810 siguió funcionando el "protectorado de naturales" esa función fue desempeñada por el fiscal de la Cámara de Apelaciones ex Audiencia.

El Triunvirato terminó con el estatuto particular de los indios, el 14 de agosto declaró al pueblo: *"libre de toda clase de personas: su territorio por el de la propiedad del Estado; se derogan y suprimen todos los derechos y privilegios que gozan los pocos indios que existen en dicha población"*.⁹⁶

Según Levaggi "La figura institucional del protector de naturales tendió a borrarse y su lugar fue ocupado por más de un siglo por la del defensor de incapaces o menores". Este cambio genera interrogantes respecto a la declarada igualdad propiciada desde 1810.

La Constitución de 1853 declaró que todos los habitantes del Estado, incluidos los indios, eran iguales ante la ley sin que se admitiesen prerrogativas de sangre. (art. 16). Respecto de los indios no sometidos dijo que era atribución del Congreso proveer a la seguridad en las fronteras, conservar el trato pacífico con ellos y promover su conversión al catolicismo (art. 64 inc.15).

No obstante no autorizó un trato discriminatorio hacia los indios, que continuaron siendo asimilados a los menores, bajo la representación de los defensores.

Entre las discordias provocadas por esta situación, en la frontera sur en 1874 su Comandante Gral. Ignacio Rivas nombró a Santiago Avendaño "*Intendente de los indios pampas*", con la facultad de representarlos en sus derechos e intereses. El cacique Cafulcurá poco después lo acusó de haber promovido la esclavitud de los indios.⁹⁷ La actuación de los defensores en los asuntos indígenas se hizo general por el decreto de Nicolás Avellaneda el 22 de agosto de 1879. Luego de la conquista del desierto, a raíz de la distribución de la gente como mano de obra en diferentes provincias.

En esta etapa "*El fundamento de la incapacidad era la ignorancia o rusticidad, con lo que se afirmaba el aserto de que la cultura seguía siendo un factor de discriminación legal*".⁹⁸

Las leyes y acciones del gobierno en esta época atienden al "darwinismo social" vigente en este tiempo en el ámbito de las ideas que postula la supervivencia del más apto, en el orden de lo social como explicaremos más adelante.

Organizados los territorios nacionales por ley 1.532 del 16 de octubre de 1884, un decreto del 3 de mayo de 1899, resolvió que los defensores de menores en esos territorios serían los "*defensores y protectores de los indígenas en todo cuanto beneficie a éstos, debiendo proveer por cuenta del Estado a su alimentación, vestido y colocación, y ejercer respecto de ellos en todo lo demás su acción tutelar, mientras sea necesario*".⁹⁹

En el siglo XX hubo intentos de formación de un patronato nacional de Indios como organismo especializado capaz de resolver los problemas jurídicos, sociales y económicos. Pero no prosperó ni esta ni ninguna iniciativa. Con facultades menores, y una jurisdicción territorial mas limitada, la Comisión Honoraria de Reducciones de Indios desarrolló una extensa labor. .

La doctrina en el siglo XX se inclinó al reconocimiento de la singularidad cultural de los aborígenes y sus consecuencias en el ámbito del derecho. Hubo una revaloración del derecho indiano una legislación modélica no superada por leyes posteriores.

d. Naturaleza jurídica de la tribu

Tanto la celebración de los tratados como la cesión de tierra a las tribus dieron lugar a que se considerase la conveniencia o no de que subsistieran, y su naturaleza jurídica en el derecho argentino y el norteamericano, tomado entonces como referencia.¹⁰⁰ El ministro de guerra y marina Rufino de Elizalde le decía al gobernador de Buenos Aires por oficio del 6 de marzo de 1878 , que "*las tribus conservaban su espíritu de cuerpo, sus propensiones y sus hábitos salvajes, hallándose siempre prontas a reaccionar contra su actitud momentáneamente pacífica,*

*porque estaban sustraídas a la influencia benéfica de las costumbres civilizadoras, y recibían su inspiración frecuentemente del desierto y la barbarie a que las encadenaba su existencia".*¹⁰¹

A juicio del gobierno no podía existir *"ningún fundamento de interés social o humanitario, en conservar su organización agresiva, bajo el punto de vista militar, y bárbaro bajo todo otro respecto. Lo único que el gobierno desea salvar y salvará es lo que puede haber y hay de respetable y santo en toda organización humana, aun aquella que, como la del indio salvaje, carece propiamente de hogar, es el núcleo de la familia, aun en sus más lejanas ramificaciones"*.¹⁰² (El proyecto del poder ejecutivo de julio de 1885 fue discutido en el Congreso. La comisión de colonización y tierras públicas no compartió la opinión del ejecutivo *"La comisión ha sustituido la palabra familia por la palabra tribu, porque quiere que desaparezca esta institución entre nosotros"*. *Las familias no estarían establecidas bajo forma de tribus sino interpuestas con las demás en los núcleos de civilizados existentes, y sometidas a las autoridades locales, sin tener "autoridades propias de tribu"*. Nicolás Calvo manifestó su duda sobre si se podría *"sin causarles tal vez un gran mal, asimilar a esos indígenas a nuestra población, destruyendo la organización de tribu que tienen"*.¹⁰³

El régimen de libertad establecido desde la independencia los dejó con el derecho de gobernarse a sí mismos como pudieron *"En sus relaciones con nosotros les hemos reconocido el derecho de hacer la paz o la guerra, y hemos hecho convenios con ellos, le hemos dado una cierta posición que hoy vendríamos a destruir"*. Continuaba Calvo.¹⁰⁴

Al comparar Argentina y EE.UU. en aquél país el juez Marshall sentó la doctrina de que *" las naciones indias han sido siempre consideradas como comunidades políticas distintas e independientes reteniendo sus derechos naturales originarios, como los poseedores sin disputa del suelo, desde tiempo inmemorial, con la sola excepción, impuesta por un poder irresistible, que las excluyó del intercambio con cualquier otra potencia"*.¹⁰⁵ En cambio el derecho argentino no les reconoció, al menos en forma explícita una personalidad semejante ni siquiera el derecho al suelo.

El senador Juan Llerena, al presentar en 1867 el proyecto de la futura ley 215, había previsto el reconocimiento a las tribus de *"el derecho original de posesión del territorio que les sea necesario para su existencia en sociedad fija y pacífica y que el poder ejecutivo fijaría su extensión por medio de tratados que establezca con las tribus"*. Sin embargo el congreso no compartió ese criterio.

Aunque otras leyes les cedieron tierras a algunas tribus, y aceptaron con ello su personería, la tendencia fue a hacerlas desaparecer.

La tendencia contraria a la existencia jurídica de las tribus culminaría con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 9 de septiembre de 1929 que les negó categóricamente *"personería jurídica para actuar en juicio porque no son ni de existencia necesaria ni de existencia posible atentos a los claros preceptos del Código Civil"*.¹⁰⁶

No hay que olvidar que el orden jurídico de ese entonces era individualista y no reconocía los grupos intermedios, en el Derecho Constitucional, el Derecho Internacional, el derecho argentino se negaba a reconocer la existencia de minorías.

La propiedad comunitaria indígena como resguardo de la Soberanía territorial presente en los tratados en la época patria

La mayoría de los tratados con los indígenas pampeano-patagónicos acordaban el resguardo de la frontera interior, o sea la susceptible de recibir ataques de los indios maloneros, se establecía una alianza defensiva y ofensiva con el gobierno en contra de las

parcialidades atacantes. Pero no siempre fue así, en ciertas oportunidades el apoyo de los pueblos indígenas fue prestado en contra de fuerzas extranjeras.

Esto se demuestra en la solidaridad indígena con motivo de las invasiones inglesas. *“El 17 de agosto de 1806 se presentó en la sala capitular el indio Felipe, en nombre de los indios pampas y tehuelches ofreció gentes, caballos y cuantos auxilios dependían de su arbitrio para oponerles a los “colorados” además de gente para conducir a los ingleses tierra adentro si era necesario.” “Estos se obligaron a guardar los terrenos de Salinas hasta Mendoza, e impedir por aquella parte cualquier insulto a los cristianos e invitaron a los pampas a hacer lo propio en toda la costa sur hasta Patagones.”*¹⁰⁷

El 22 de diciembre de 1806 fueron diez los caciques que acudieron al Cabildo. Por medio de un intérprete pronunciaron la arenga siguiente:

"A los hijos del sol: a los que tan largas noticias tenemos de lo que han ejecutado en mantener estos reinos, a los que gloriosamente habéis echado a esos "colorados" de nuestra casa, que lograron tomar por una desgracia, a vosotros que sois los padres de la patria, venimos personalmente a manifestarnos nuestra gratitud, no obstante que por nuestros diferentes enviados os tenemos ofrecidos cuantos auxilio y recursos nos acompañan, hemos querido conocerlos por nuestros ojos y llevarnos el gusto de haberlo conseguido; y pues reunidos en esta grande habitación igualmente vemos a nuestros reyes, en su presencia y no satisfechos de la embajada que os tenemos hechas, os ofrecemos nuevamente reunidos todos los grandes caciques que veis hasta el número de veinte mil de nuestros súbditos, todos gente de guerra, cada cual con cinco caballos, queremos que sean los primeros en embestir a esos colorados que parece aún los quieren incomodar. Nada os pedimos por todo esto y mas que habernos en vuestro obsequio: todo os es debido, pues que nos habéis libertado, que tras de vosotros siguieran en nuestra busca: tenemos mucha vigilancia rechazarlos por nuestras costas donde contamos con mayor número de gente que el que os llevamos ofrecido: nuestro reconocimiento en la buena acogida que dais a nuestros frutos, y permiso libre con que daos lo que necesitamos es bastante a recompensarnos con este pequeño servicio: mandad sin recelo, ocupad la sinceridad de nuestros corazones y ésta será la mayor prueba y consuelo que tendremos: así esperamos lo ejecutaréis y será perpetuo vuestro nombre en lo más remoto de nuestros súbditos, que a una vez claman por nuestra felicidad, que deseamos sea perpetua en la unión que os juramos."

Caciques: Chulí, Laguini, Paylaguan, Cateremilla, Negro y Lorenza, Epumer, Errepuento, y Turuñancú.

Otro precedente importantísimo del planteo presentado en este trabajo fue el "Parlamento del General San Martín con los pehuenches de Mendoza en septiembre de 1816". Siendo éste Gobernador Intendente de Cuyo cultivó relaciones amistosas con los pehuenches que ocupaban las laderas orientales de la Cordillera. Cuando preparaba el cruce de los Andes para libertar a Chile, se propuso renovar esas relaciones con la intención de engañar a los realistas chilenos acerca de sus verdaderos planes militares. Era un episodio de la "guerra de zapa" dentro del marco de la guerra de la independencia. *“El parlamento se llevó a cabo en la plaza de armas del Fuerte San Carlos. Fray Francisco Inalacán ofició de intérprete. En una nota reservada que dirigió al gobierno de Bs. As. San Martín señaló el objetivo de la reunión: primero que si se verificaban la expedición a Chile le permitieran el paso por “sus tierras” y segundo que auxiliasen al ejército con ganados, caballadas y demás a sus alcances a los precios o cambios que se estipularan. El cacique Ñancuñán, que era el más anciano, le contestó en nombre de las tribus presentes, que salvo tres caciques, a los que sabría contener, todos aceptan sus proposiciones. El tratado de alianza fue sellado con el abrazo que se dieron San Martín y los caciques.”*¹⁰⁸

No solamente al paso se redujo la ayuda del pueblo pehuenche, también participan de la guerra de zapa enviando mensajeros (werkenes) hacia Chile, sino también vaqueanos que los guiarán por el paso cordillerano.

Otro de los hechos importantes fue la “Custodia de la Frontera” encargada por San Martín a los pehuenches...Carta del Fray Francisco Inalicán al General San Martín:

“Tengo el honor de recibir el oficio de V.S. el que se digna V.S. de participarme los desgraciados sucesos de Chile, y que en esta virtud, quiera V. S. soldar nuestra amistad con nuestros paisanos los pehuenches, haciéndoles un parlamento por medio del señor Comandante de Fronteras, quienes (no dificulto) aceptarán nuestra propuesta; pues no es la primera vez, que se les ha hecho ver, que nos rijan: así espero en el señor, que serán ellos los fronterizos, que tendremos para con nuestros enemigos de nuestra sagrada causa”
Fortaleza de San Rafael octubre 20 de 1814 ¹⁰⁹

Los tratados en el territorio de Mendoza *“Fueron proyectados y luego firmados con los principales caciques indios con el objeto de mantener una paz duradera, reconociendo éstos la soberanía de la República Argentina sobre todo el territorio nacional y a su vez el Gobierno reconoce a las tribus la posesión tranquila de esas tierras que ocupan y les entregará anualmente a las tribus amigas, las vituallas más necesarias para su mantenimiento y también caballos.”*¹¹⁰

Estas relaciones demuestran la solidaridad del pueblo pehuenche en la gesta sanmartiniana, convirtiéndose en los primeros “centinelas de la frontera”¹¹¹, lugar que luego pasará a ocupar Gendarmería Nacional. Queda demostrando así un antecedente histórico que junto a la solidaridad con motivo de las invasiones inglesas, determina que los pueblos indígenas de las frontera pampeano-patagónica hicieron un valiosísimo aporte a la consolidación de la soberanía nacional. Citando otro ejemplo de lo expuesto encontramos en el acuerdo entre Feliciano Chiclana y los ranqueles de Mamul Mapú del 27 de Noviembre de 1819:

“Que no debían dar oído, a las persuasiones que les hiciesen los indios chilenos a sus amigos, sobre abrigar a los europeos españoles, que andan entre ellos dispersos, y mucho menos permitirles, que pasasen por sus territorios a invadir nuestras fronteras.”¹¹²

Respecto a los problemas sobre la propiedad de la tierra, los tratados muestran resoluciones ambivalentes, por un lado se reconoce la “legítima propiedad” de las tierras que los indígenas ocupan y por otro se pacta la extensión de la línea de frontera sobre esas tierras.

En la gestión de paz de Mateo Dupin en el sur de Bs. As. por los pampas y tehuelches en febrero de 1825, los indígenas decían:

“La destrucción del fuerte de la Independencia, edificado en tierras que el Ser Supremo nos ha dado para vivir en ellas, y que ningún poder humano tiene derecho a quitarnos.”

No obstante este planteo, la paz quedó asentada, pero esta pretensión no fue correspondida.¹¹³

Una de las comisiones enviadas por el Gobierno de Bs. As. para tratar con los indígenas de Tandil exponían:

"La Comisión, al proponer la primera base en fuerza a las tenaces reclamaciones de los caciques habitantes y antiguos poseedores de dichos campos, tuvo en vista los principio proclamados y las instituciones que nos rigen, entre las que se encuentra, ser inviolable y sagrada la propiedad: es verdad que la guerra entre naciones es un justo título para adquirir;

pero también lo es cesando aquélla, se devuelven las ciudades, tierras etc. si no hay indemnizaciones por parte del conquistador a la nación propietaria. Sean dichas tierras propias de los indios fronterizos e incuestionable derecho de propiedad o adquiridas por el derecho de la guerra, siendo como son reclamadas indemnizando a la provincia de su pérdida, la devolución es conforme a la justicia y a las leyes de las naciones".¹¹⁴

Este planteo se hace referencia a la propiedad de la tierra. Por un lado se habla del derecho de conquista de acuerdo al derecho de gentes y de la devolución conforme a la justicia, según el derecho nacional, se intenta aquí reconocer un tipo de dominio diferente de la tierra, sin salirse del derecho positivo; o sea desde el Estado comienza a divisarse un reconocimiento a otro tipo de propiedad que no es del tipo privada.

El reconocimiento de la soberanía ejercida por el Estado argentino sobre el territorio patagónico es otro tema recurrente en los tratados. Como en el firmado entre el Coronel Lucio V. Mansilla y los ranqueles de Mariano Rosas que establece:

8° "Los caciques arriba mencionados (ranqueles), reconocen que los límites de la República Argentina por el Sud son el Estrecho de Magallanes, por el naciente el mar y por el poniente la Cordillera de los Andes, el Gobierno Nacional reconoce a las tribus Mariano Rosas y Baigorrita la posesión tranquila de las tierras que ocupan actualmente mientras dure el presente tratado de paz."

Aparentemente ambiguo, este asunto se repite hasta nuestros días, los indígenas reconocen la existencia del Estado y el ejercicio de su soberanía, pero sin dejar de reclamar por esto la propiedad comunitaria de sus tierras y habitarlas sin impedimentos, y sin temer por el despojo por parte del Estado o de particulares de las tierras que tradicionalmente ocupan; como lo enuncia el artículo 74 inciso 17 de la Constitución Nacional. Podemos explicar esto comparándolo a la propiedad privada, la propiedad de un terreno puede ser titularizada por un particular sin perjudicar por esto la soberanía territorial argentina.¹¹⁵ Es decir las comunidades no pretenden el separatismo político, sino el respeto por su territorio y sus formas de organización ancestrales.

Estos son los fundamentos que avalan que la idea de soberanía argentina y la propiedad comunitaria de la tierra son compatibles en el derecho positivo. Los tratados exponen lo acordado, el cumplimiento fue dependiendo de las circunstancias y de lo planeado por el gobierno que la mayoría de las veces no los respetó y aprovechó la paz y lo convenido para seguir avanzando sobre territorio indígena.

Proceso de ocupación territorial

a. Política indígena de Rosas: "El negocio pacífico de los indios"

Juan Manuel de Rosas como ganadero bonaerense, estaba preocupado por la seguridad de su hacienda, era víctima de los malones de los indios de la Pampa. Antes de emprender su carrera política, fue el encargado de las relaciones con los indios de la frontera. "...*compra una extensión sobre el río Salado, en Guardia del Monte, base de la estancia "Los Cerrillos cuyos límites irá ampliando y ganando a los indios."*¹¹⁶

Esta tarea le redituó prestigio y reconocimiento por parte de sus pares ganaderos, también le sirvió como una estrategia para acceder al poder.

Rosas dotado de una fuerte personalidad y un accionar pragmático pensaba. " *Que estas tierras que defienden vean en qué les podrán servir estando en guerra; pues si la guerra sigue cada vez*

más tendrán que irse para afuera y que al último se meterán entre los montes y allí arrinconados perecerán. En paces por el contrario vivirán al sud de la línea en lo suyo legítimo y adentro en donde gusten siempre que hallen un patrón hacendado que valga. Que puestas las guardias reparen las ventajas de que ni los cristianos malos les hagan daño a ellos ni ellos los malos a los cristianos. Las ventajas de ir escoltados como antes para que no les roben etc..."¹¹⁷

En todos los parlamentos se había conducido como el comisionado de una autoridad generosa, que los retribuía en compensación, por lo que perdían, para que no les resultara tan sensible el sacrificio. Rosas monopolizó su autoridad para tratar con los indios, sin duda un factor de éxito para las negociaciones. A pedido de las autoridades, elaboró un *"Presupuesto de los gastos, que en el presente año 1826, debe ocasionar el negocio pacífico con los indios fronterizos; no siendo más este presupuesto, que un cálculo sobre materia, en que es tan difícil aproximarse, como preciso el afrontar, y no diferir el acopio de artículos que contiene no menos que el proceder a lo demás de su objeto"*.¹¹⁸ Ascendía a un total de 71.900 pesos, incluía la compra y engorde de 5.000 yeguas y de otros víveres, compensaciones por el rescate de cautivos, construcción e galpones y corrales, compra de vicios y ropa etc. con destino a las negociaciones con los indios de la frontera. Este era el "negocio pacífico de los indios". El presupuesto pasaba a ser el eje de la política hacia el indígena.

La otra cara del negocio pacífico fue la campaña militar, que contra los indios hostiles desarrolló con eficacia el coronel Federico Rauch entre 1826-1827. La consecuencia más importante de las acciones llevada a cabo fue el establecimiento y la fortificación de la frontera desde Melincué (Santa Fe) hasta el cabo Corrientes, pasando por Junín, 25 de Mayo y Tapalqué.¹¹⁹

b. Campaña a los Llanos de Rosas:

El 14 de julio de 1820 fue nombrado Juan Manuel de Rosas comandante general de las milicias de la campaña de la provincia de Buenos Aires, luego el gobernador Dorrego le encargó la preparación de un nuevo plan de extensión territorial y el establecimiento de un centro de población en Bahía Blanca. Rosas traza una nueva línea de frontera, y organizó los fuertes de 25 de mayo, Junín y Bahía Blanca. El propósito de Rosas fue el de establecer poblaciones alrededor de esos fortines y convertirlos en centro de producción agrícola ganadera. *"Rosas piensa un enfoque ofensivo, de castigar y trasladar las defensas hacia el sudoeste, hasta el Río Negro."*¹²⁰

Al término del primer gobierno de Rosas en 1832, fue elegido gobernador Juan Balcarce quien dispuso, que Rosas volviera a la comandancia de la campaña bonaerense y su nombramiento como jefe de la división que debía realizar la campaña contra los indios del desierto.

El 22 de marzo de 1833 se puso en marcha Rosas desde la guardia del Monte hacia los desiertos del sur. El plan de campaña fue el siguiente: la división de la izquierda de Buenos Aires, al mando de Rosas operaría en la pampa sur a lo largo de los ríos Colorado y Negro hasta Neuquén, para asegurar la línea del Río Negro; la división del centro al mando de Ruiz Huidobro, actuaría en la pampa central contra los ranqueles; la división de la derecha, de los Andes de la mano de Félix Aldao operaría con 800 hombres sobre la región andina, pasando por los ríos Diamante y Atuel, seguiría hasta Neuquén y allí se reuniría con la división de Rosas.

Esta expedición trajo como consecuencia la conquista de un extenso territorio, 2.900 leguas cuadradas que se hallaban en poder de los indígenas, la muerte y dispersión de cerca de 10.000 hombres; el rescate de gran número de cautivos y de ganados; el

establecimiento de fortines; el levantamiento de cartas náuticas y balizamiento de los ríos Colorado y Negro y también, el afianzamiento del derecho argentino sobre las tierras australes.¹²¹

c. Conquista del Desierto de Roca en 1879

La campaña de Adolfo Alsina al desierto en 1876. Plan de atracción pacífica de Mariano Rosas

La obra del ministro Alsina, particularmente la campaña que protagonizó en 1876 con el fin logrado de avanzar la frontera y de ocupación permanente de los nuevos espacios, estuvo presidida por un pensamiento que puede ser calificado como ambiguo porque, si tuvo miras pacifistas, según sus propias declaraciones, no descartó los métodos violentos. Esto trae a la memoria una frase corriente en el siglo XVIII, referida a la guerra contra los indios enemigos: *"la guerra tiene por objeto la paz"*. Los métodos violentos pueden considerarse que eran, buscados por el Poder Ejecutivo desde que confiaba al ejército la ejecución de la operación.

120 A. Levaggi, *Las dos políticas indigenistas de Avellaneda y su época: Antropología Cristiana y Evolucionismo Darwinista*, en Signos Universitas XV Universidad Salvador Bs. As. 1996 cit. p. 241

121 Ídem. p. 241-242

Uno de los últimos planes pacifistas fue el presentado por Mariano Rosas, sobrino del cacique ranquel homónimo, en su condición de "hijo legítimo de las Pampas", a quien se le ha brindado los goces de la civilización y los beneficios de la instrucción.

En su opinión *"el mejor modo de atraer a los desgraciados habitantes de la Pampa hacia los centros de población, consiste en ser benignos con ellos para sacarlos del estado de barbarie en que viven por medio de la persuasión. La experiencia y los resultados obtenidos hasta la fecha muestran palmariamente no sólo la bondad de este sistema sino también la ineficacia de aquel, que proclama el exterminio de las tribus por medio de las armas a costa de los mayores sacrificios del erario"*.¹²² Y añadió: *"centenares de familias no tienen otro anhelo que recibir del Gobierno la propiedad de cierta extensión de terrenos para poblarlos y cultivarlos..." Pedía 500 pesos y caballos para visitar las tolderías de Namuncurá y Baigorrita, a fin de acordar las condiciones de una cesión de tierras"*. Rosas al Gobierno: Bs. As. 1.8.1876 Estado Mayor General del Ejército. Dirección de Estudios Históricos. *Campaña contra los indios, frontera Sur*.¹²³

i. El darwinismo social y el positivismo : fundamento del exterminio

Los políticos y militares argentinos que idean la Conquista del Desierto, fieles a la aplicación histórica de ideas y teorías foráneas, que ciertas veces no coinciden con la realidad social de la época. Fueron influenciados en su empresa, principalmente por el Darwinismo Social una teoría sociológica ideada por Herbert Spencer, un científico inglés del siglo XIX.

Herbert Spencer como expositor del positivismo decisimonónico, comienza a observar la sociedad industrial y el nuevo orden social, de la sociedad occidental del siglo XIX. En especial, la sociedad inglesa.

La base de su pensamiento social la constituye el evolucionismo, el cual al aplicarse a la teoría sociológica concibe que: *"la evolución social se verifica en el pasaje de las sociedades simples a las sociedades complejas". "En este proceso evolutivo se mantiene como constante en el orden social, la alteración de estas condiciones producirá el estancamiento de la evolución, y por ende, la paralización del progreso."*¹²⁴ Forma parte de su cuerpo de pensamiento social, la "teoría de la selección natural" de Charles Darwin, el aporte al pensamiento científico en Spencer es la aplicación que hace de esta en el orden social. *"Afirman ambos autores que la evolución de los seres vivos por selección natural implica un triunfo de los más aptos y una consecuente eliminación de los más débiles". "Todo código ético queda condicionado por la selección natural y la lucha por la supervivencia en el orden capitalista."*¹²⁵

En nuestro país, el presidente Avellaneda como responsable de impartir la orden formal para ejecutar la expedición militar contra los naturales opinaba: *"que la forma de vida del indio, su cultura, era incompatible con la "civilización", por lo que, imprescindiblemente, tenía que ser erradicada, y que él, por medio de la educación, o del simple trabajo entre los blancos, podría salir de su estado de miseria física y espiritual, y ser elevado a un nivel cultural superior". "Las tribus conservan su espíritu de cuerpo, sus propensiones y sus hábitos salvajes. Hallándose siempre prontas a reaccionar contra su actitud pacífica, no sólo a mérito de las causas indicadas, sino porque quedaba sustraída a la influencia benéfica de las costumbres civilizadoras y reciben su inspiración del desierto y la barbarie a que la encadena su situación misma."*¹²⁶

*"Tampoco puede existir ningún fundamento de interés social o humanitario, en conservar su organización social agresiva, bajo el punto de vista miliar y bárbara bajo todo otro respecto. Lo único que el Gobierno desea salvar y salvará es lo que puede haber y hay de respetable y santo en toda organización humana, aun aquella que, como las de indio salvaje, carecen propiamente de hogar, es el núcleo de la familia, aun en sus más lejanas ramificaciones"*¹²⁷

Así mismo el positivismo como doctrina filosófica y científica, propugna la observación empírica como método para alcanzar el conocimiento (ciencia). Aplicado a la sociedad, este argumento junto con la ley de la evolución, podrá afirmar (al menos para el pensamiento etnocentrista europeo y liberal) que la sociedad burguesa occidental es la más evolucionada y que se encamina a la perfección. Según palabras de August Comte, el pensador base de esta doctrina: *"La sociología debía preparar al hombre para resignarse a la ley del progreso, ya culminando con el propio estadio de conocimiento positivo."*¹²⁸

Este pensamiento que deriva en racismo, estuvo presente en la generación del 80, fue compartido también por Sarmiento y Roca (y en general por toda la dirigencia argentina); le tocará a este último ejecutar la conquista para conseguir el abnegado plan del progreso indefinido, no obstante el cumplimiento de mezquinos intereses de ciertos capitalistas, políticos y extranjeros hambrientos de territorios. Queda abolida aquí la proclamada "igualdad" concebida en los principios de la época patria.

ii. Campaña militar contra el territorio indígena

En 1878 el presidente Avellaneda designa un nuevo Ministro de Guerra y Marina, nombra a Julio Argentino Roca, este inmediatamente pone en ejecución su *plan para terminar con el problema del indio y con el entusiasta apoyo de casi todos los políticos, militares de alta graduación, hacendados, financistas y románticos aventureros. De políticos convencidos o condescendientes, receptores del rumor popular favorable a la causa nacional. De terratenientes avariciosos, animados con la posibilidad de aumentar sus leguas de campo"*¹²⁹.

La opinión pública argentina estaba de acuerdo con la Campaña, aunque no siempre bien informada, principalmente eran favorables los apoyos de la oligarquía terrateniente que sería la primer beneficiaria del plan de exterminio: *"Quienes se atrevían a poner peros eran mirados como dimisionarios, traidores, antipatriotas, socialistas, antimilitarista y anarquistas"*¹³⁰

Hasta ese momento, el suelo pertenecía a los indios desde Azul al sur y al oeste, hasta los confines del sur y las cumbres de nieves eternas de los Andes.

Durante 1878, como ablandamiento, el ministro Roca enviará numerosas columnas del ejército para hostigar a las tribus. *"El resultado, más de 4.000 indígenas cayeron prisioneros y se rindieron terribles capitanes pampas como Pineda Epumer y Catriel."*¹³¹

Luego Roca firma un Tratado con los caciques Mariano Rosas y Baigorrita en el que se establece, la paz y amistad entre los indios y el gobierno, la entrega de raciones y dinero, la devolución de cautivos y ladrones y la cooperación de los indios con el gobierno en caso de ataque de extranjeros o "mapuches", Estos erróneamente considerados indios chilenos, al ser los mapuches una nación (mal llamada araucana) y que comprende la totalidad de los pueblos de la Patagonia, que existían y habitaban el territorio antes del surgimiento del Estado argentino, no obstante su penetración en el siglo XVII.

Para integrar los elementos con que debía contar el ejército operacional, el ministro Roca encarga a Estanislao Zeballos la confección de un estudio histórico y antropogeográfico sobre la Patagonia y las regiones que se extienden de Buenos Aires al Río Negro, que incluiría un examen de los proyectos anteriores para trasladar la frontera hasta ese río. La compilación estaba dirigida a ilustrar y preparar a los oficiales comprometidos en la campaña.

Roca para iniciar su campaña debía obtener el apoyo del Congreso, el 14 de agosto de 1878 tiene entrada el proyecto del poder ejecutivo, que resuelve de una forma que se espera sea la definitiva, el problema de la defensa de las fronteras por el Oeste y por el Sud, dice textualmente:

"El viejo sistema legado por la conquista, obligándonos a disminuir las fuerzas nacionales en una extensión dilatadísima y abierta a todas las incursiones del salvaje, ha demostrado ser impotente para garantizar la vida y la fortuna de los habitantes de los pueblos fronterizos constantemente amenazados. Es necesario abandonarlo de una vez e ir directamente a buscar al indio en su guarida, para someterlo o expulsarlo, oponiendo en seguida, no una zanja abierta en la tierra por la mano del hombre sino la grande e insuperable barrera del río Negro, profundo y navegable en toda su extensión, desde el Océano hasta los Andes.

En la elaboración de este sistema se han hecho notar, militares y hombres de Estado eminentes, hasta que el Congreso de 1867 convirtió en ley lo que era una aspiración nacional

El Poder Ejecutivo viene hoy simplemente a pedir los recursos necesarios para el cumplimiento de esta ley votada en medio de la guerra que sostenía la Nación contra Paraguay .

Hoy la nación dispone de medios poderosos, comparados con los que poseía el virreinato y aún con los que se contaba en 1867; el ejército se encuentra en Carhué y Guaminí, el corazón del desierto, a media jornada del Río Negro; la población civilizada se extiende por millares de leguas más allá de la línea de frontera que nos legó el virreinato, y

la riqueza pública y privada que la Nación se halla en el deber de garantizar, se han centuplicado.

Entre tanto, la frontera en el Río Negro estará bien guardada por 2.000 hombres. Bastará ocupar a Choele Choel, Chichinal, la confluencia de los ríos Limay y Neuquén y la parte superior de ésta hasta los Andes, para hacer desaparecer todo peligro futuro.

Las tribus que la habitan son poco numerosas y según informes fidedignos, su población total no alcanza a veinte mil almas. Miembros de la gran familia araucana, pasaron a la falda oriental de los Andes con el nombre de aucas y se dividen según los nombres de los lugares que ocupan: en huilliches (indios del sur), pehuenches (indios de los pinales), etc. Han alcanzado un grado de civilización bastante elevado, respecto de las otras razas indígenas de la América del Sur, y su transformación se opera de una generación a otra. Su contacto permanente con Chile y la mezcla con la raza europea han hecho tanto camino, que estos indios casi no se diferencian de nuestros gauchos y pronto tendrán que desaparecer por absorción.

Quedan aún otras agrupaciones de esta raza, la mas viril de toda la América del Sur, en los valles andinos al oriente de la Cordillera, entre el río Grande y el Neuquén; pero son de poca consideración y se someterán fácilmente a condición de que se les deje en posesión de sus tierras, que son de las mas fértiles de la república, favorecidas por un clima muy benigno.

Su número es bien insignificante, en relación al poder y a los medios de que dispone la Nación. Tenemos seis mil soldados armados con los últimos inventos modernos de la guerra, para oponerlos a dos mil indios que no tienen otra defensa que la dispersión, ni otras armas que la lanza primitiva.

La importancia política de esta operación se halla al alcance de todo el mundo. No hay argentino que no comprenda, en estos momentos agredidos por las pretensiones chilenas, que debemos tomar posesión real y efectiva de la Patagonia, empezando por llevar la población al Río Negro que puede sustentar en sus márgenes numerosos pueblos, capaces de ser en poco tiempo la salvaguardia de nuestros intereses y el centro de un nuevo y poderoso estado federal, en posesión de un camino inter-oceánico fácil y barato a través de la cordillera por Villa Rica, paso accesible en todo tiempo.

Ya el ojo sagaz y penetrante del jesuita Falkner, en el siglo pasado, había iniciado a Inglaterra el porvenir de esas regiones y la importancia que podrían adquirir para el comercio universal.

La ocupación del Río Negro no ofrece en sí mismo ninguna dificultad, pero antes de llevarla a cabo es necesario desalojar a los indios del desierto que se trata de conquistar, para no dejar un solo enemigo a retaguardia, sometiéndolo por la persuasión o la fuerza o arrojándolos al sur de aquella barrera: esta es la principal dificultad.

Enunciados así los grandes propósitos de este pensamiento, y los medios mas indispensables que requiere su realización, el P. E. debe agregaros, para concluir que cree justo y conveniente destinar oportunamente a los primitivos poseedores del suelo, una parte de los territorios que quedará entre de la nueva línea de ocupación."¹³²

Pese a los formalismos y legalidades en el procedimiento legislativo, esta empresa demuestra un carácter belicista poco acorde a los principios civilizadores que propugnaban: *"Roca con la ley 215 pretende la ocupación militar del río Negro como frontera de la República sobre los indios de La Pampa", abandonando el sistema de ocupaciones sucesivas por una ofensiva decidida contra las tribus para empujarlas abajo del río Negro, limpiando de aborígenes las franjas intermedias y estableciendo en esa corriente de agua, ancha y profunda, que va del Atlántico a los Andes, el valladar*

*natural insuperable." "Señalemos que se califica a los indios de modo explícito de "primitivos poseedores del suelo", lo cual consigna el carácter de conquista de la operación prevista. Ese carácter no parece condecir con un Estado de derecho. Aunque se reconociese la necesidad y el imperativo de poner fin a los malones y otorgar seguridad a los habitantes fronterizos. Pero, para ello, existían varios modos de actuar. El de Alsina fue uno. Este de Roca fue otro, distinto y discutible por emanar de una república organizada jurídicamente y proclamada civilizada."*¹³³

Dentro de los párrafos principales de la ley 947 de 4 de octubre de 1878 se *"dispone el establecimiento de la línea de fronteras sobre la margen izquierda de los ríos Negro y Neuquén. Después, se ratificará que las tierras nacionales van avanzar hasta los ríos mencionados. Por lo tanto entiéndase que abajo de esos ríos las tierras no estaban ni conquistadas ni declaradas nacionales."*¹³⁴

Ya para los ideólogos de esta campaña, era importante el apoyo indígena como lo fue desde la conquista española. El pueblo mapuche estaba presente en el territorio deseado *"Según el anuario estadístico de Chile de 1868-1869, ocupaban ambas faldas de los Andes unos 130.000 indígenas. La mayor parcialidad en el lado andino oriental era la de Saybueque, extendida por todo el sur neuquino y que contaba con unas 30.000 almas."*¹³⁵

Pensaba Estanislao Zeballos *"que es necesario buscar el apoyo o por lo menos la inacción de los indios manzaneros, para dar más sólidas garantías a la ocupación del Río Negro"*. Agrega *"Es necesario darse cuenta de la importancia del cacique Saybueque, y de las consideraciones que le debemos por su nobleza y por la constante protección que ha prestado a la causa de la civilización y los intereses argentinos. El domina a los tehuelches, y aliados a nosotros en el río Negro, aquellos lo estarían con más razón."*¹³⁶ Roca acorde a sus planes hace caso omiso de estos consejos.

Como justificación del plan de exterminación de los indígenas sureños aparecen los malones saqueadores que dañaban personas y bienes de las poblaciones cercanas a la frontera interna, esta calificación contra los indígenas era general, homogeneizando su carácter de "salvajes" a todas las parcialidades. *"Que Saybueque y su gente no habían participado en las correrías saqueadoras, lo manifiesta el mismo Namuncurá en cartas que Francisco P. Moreno pudo leer y en las cuales se queja de que el neuquino nunca haya mandado ni un solo indio para apuntalar las invasiones pampeanas. Inversamente Saybueque ha declarado que si los salineros intentan entrar en Babía Blanca o en Patagones, el irá con sus lanzas a pelearles hasta Chiloé"*¹³⁷

Al iniciar el avance sobre el río Roca decía desde Carhué: *"La República no termina en el Río Negro: más allá acampan numerosos enjambres de salvajes que son una amenaza para el porvenir y que es necesario someter a las leyes y a los usos de la Nación"*.¹³⁸

En la memoria de Rufino Ortega sobre la "Campaña de los Andes" se aclara cuáles eran los salvajes a que se refería Roca... *"Al norte y al Sud del Limay, como en las faldas mismas de la Cordillera, polulaban tribus numerosas que obedecían a caudillos de tradicional renombre, como Saybueque, Purrán, Reuque, que no conocían el poder de nuestras armas y que era necesario sojuzgar."*¹³⁹

Esta " campaña al desierto" no es tal, fue falsamente llamada, a la conquista de un territorio que no era un desierto. La historia nombra erróneamente un hecho histórico de suma importancia, tal vez acorde a la "inteligentzia" oficial de esa época. *"Si por desierto entendemos desocupado o inhabitado, la campaña no puede llamarse así pues la conquista se efectuó por estar dominado ese hábitat por indios saqueadores. Si por desierto entendemos seco, árido, yermo no corresponde, pues ni las pampas ni el Triángulo (Neuquén) son yermos. Si por desierto aludimos a la Patagonia tampoco corresponde, pues esta expedición termina en el borde de la meseta Patagónica. Recordemos que las zonas de campaña comprendieron dos panoramas: el de las pampas o llanuras y el nuequinorionegrino, de montañas, valles, bosques ríos y lagos."*¹⁴⁰

La expedición comienza en abril de 1879. Los recursos son 6.000 efectivos de infantería, caballería y artilleros, auxiliados por un detalle de la zona y elementos de comunicaciones.

El ejército se despeja desde la línea de frontera, existente de Buenos Aires a Mendoza, cruzando Córdoba y San Luis. Las divisiones están comandadas por el Gral. Roca (1°), Cnel. Nicolás Levalle (2°), Cnel. Eduardo Racedo (3°), Ten Cnel. Napoleón Urriburu (4°) y Cnel Hilario Lagos (5°). Una vez que cada una de estas parcialidades alcanzan los puntos fronterizos, comienzan a encerrar a los indígenas en un círculo.

Percatados de los preparativos antes de la partida del contingente, los *werkén* (mensajeros) avisan los preparativos de un gran malón argentino contra las *tolderías*. El lonco (cacique) Purrán convoca un *auca traún* (parlamento de guerra) y hace correr la flecha de guerra. *"Lunas antes habían incursionado por la tierra el huinca (blanco) Ortega y el choiquero Saturnino Torres, desalojando a los pobres paisanos que vivían en las tolderías de Malalhue y sus contornos"*¹⁴¹

La convocatoria se llevó a cabo en Ranquilón y Huillincay, además de Purrán que presidió el *auca traún* asistieron los caciques y capitanejos: Curaleu, Udalmán, Cheuquel, Llancamilla, Huiaiquillán, Tripañán, Cusiche, Quinchau, Pedro, Meliqueu, Huentillán Santunu, Liñan, Curiñan, Cheuquea, Queupu y Huenupil.¹⁴²

"Habla el gran Purrán: Cumei pu lonco peñi ca puque cona (Buenos caciques, hermanos y guerreros). El huinca pillo y ladrón una vez más nos amenaza con traernos la guerra para apoderarse de nuestro mapu y nuestro cullín. ¿Si nos quita lo que más queremos adónde iremos a parar? ¿Cómo podremos vivir? ¿Hasta cuándo hemos de aguantar la insolencia del intruso que se ampara en sus tralcas y nos mata sin piedad? ¿No tienen ellos un dios como lo tenemos nosotros que les ilumine el pensamiento y le haga comprender la injusticia que cometen? ¿No somos acaso hombres como ellos? ¿No tenemos familia, mujeres, niños y ancianos que no pueden defenderse y han de sufrir la guerra que nos hacen? Nuestra suerte se vuelve cada día más adversa. El huinca al parecer no quiere hacer tratos con nosotros. ¿Acaso los pehuenches tenemos la culpa de que los huiliches, salineros y ranquilches les hagan malones? ¿Hemos hecho los pehuenches últimamente algún malón a las ciudades huincas? ¿No nos hemos dedicado a trabajar criando nuestras ovejas y vacas, boleando nuestros avestruces y guanacos para vivir sin exigir del huinca, como hacen aquellos paisanos, ninguna clase de ayuda? ¿Entonces, por qué el huinca nos quiere exterminar? Pero ya se comprende la intención. Quiere robarnos nuestras tierras para hacer pueblos y obligarnos a trabajar para su provecho. Quiere privarnos de nuestra libertad; quiere acorralarnos contra la cordillera y echarnos de nuestros campos, donde nacieron nuestros padres, nuestros hijos y han de nacer nuestros nietos; quiere llevarnos cautivos a nuestras mujeres e hijos para servir como esclavos en las ciudades; quiere que no defendamos nuestra libertad como hombres porque quiere que moramos como trehuas (perros). Cada día es más triste nuestra vida. No tenemos tranquilidad para labrar nuestra tierra y sembrar los granos y legumbres para nuestro sustento; cada día nos están llegando huera dungu de Mendoza, que no nos permiten estar tranquilos. Estamos cansados de vivir en la zozobra y despreciados por huincas intrusos. ¿No nos ha de oír Nguenechén (Dios)?... Si El está conforme en que luchemos, afilemos nuestras lanzas que sólo fueron empleadas contra nuestros hermanos de raza en tiempos y por causas que deben olvidarse y formemos un ejército que haga temblar la tierra y arrolle al huinca que no quiere dejarnos vivir en paz. Que ataquen a los pampas y a esa estirpe de voroanos¹⁴³ intrusos, si es que ellos cumplen con sus compromisos, pero que nos dejen a los pehuenches, que siempre hemos vivido de nuestro trabajo. Queremos llevar la vida de

acuerdo a nuestras costumbres y a nuestros gustos. Esto es lo que digo ahora que hablen los demás caciques. Av. pin (he dicho).”

La conquista se materializó en medio de sangrientas luchas, persecuciones y traiciones, especialmente por el lado de Roca. La superioridad de las armas del ejército diezmaron a las lanzas, flechas y cuchillos de los indígenas .

Las tolderías se repliegan a la cordillera y al Chubut cuando logran sobrevivir a las masacres. Perecen guerreros, mujeres, niños y ancianos. Los soldados dejaban cadáveres amontonados y se aseguraban de que estuvieran muertos con tiros o con puntazos de lanzas, como cuentan las historias de nuestros abuelos.

Fue éste un genocidio poco conocido por los argentinos, tal vez por la falta de poder de nuestros pueblos que no contaron con los medios y el dinero para difundir nuestra historia.

la tradición del unicato, la campaña de Roca lo postulaba como el candidato indiscutido para la sucesión presidencial.¹⁴⁵

Terminada la primera fase de la campaña había 14.172 indios reducidos, prisioneros o muertos. *"Seiscientos indígenas fueron enviados a Tucumán con destino a la zafra. Los prisioneros de guerra fueron incorporados al ejército y a la marina por seis años y muchas mujeres y pequeños distribuidos en el seno de las familias que los solicitaban, con intervención de la Sociedad de Beneficencia y el defensor de menores"*.¹⁴⁶

No obstante las muertes y la pérdida del territorio, las humillaciones continúan para los hermanos mapuches en Bs. As, en nombre de la civilización la crueldad se hace carne en estos hechos: *"Este era el espectáculo: llegaba un carruaje a aquel mercado humano, situado en el Retiro, y todos los que lloraban su cruel cautiverio temblaban de espanto, en vez de alegrarse sonreír, en medio de nuestra gran civilización. Toda la indiada se amontonaba, pretendiendo defenderse los unos a los otros. Unos se tapaban la cara, otros miraban resignadamente al suelo, la madre apretaba contra su seno al hijo de sus entrañas, el padre se cruzaba por delante para defender a su familia de los avances de la civilización, y todos espantados de aquella refinada crueldad, que ellos mismos no concebían en su espíritu salvaje, cesaba por último de pedir piedad a quienes no se conmovían siquiera, y pedir a su Dios la salvación de sus hijos"*.¹⁴⁷

Roca hizo público su accionar de incumplimiento de la ley que autoriza la expedición, poniendo en duda tanto la legitimidad como la legalidad misma de su accionar: *"la ley 947 dispone el establecimiento de la línea de frontera sobre la margen izquierda de los ríos Negro y Neuquén". "Entendemos que, embarcado Roca en la campaña y no obstante las órdenes oficiales impartidas a Uruburu de no traspasar el río Neuquén ni hostilizar a los indígenas del Triángulo, enfrentando a la flagrante indisciplina de su subordinado y ante el hecho consumado, aceptó y revalidó el cruce, el enfrentamiento y desalojo militares de las tribus, a pesa de las indicaciones de la ley y los debates adversos al empleo de la fuerza. La inmediata expedición al Nabuel que Roca dispuso apenas ascendió a la presidencia ratificó su adhesión a lo actuado. Como si no fuera poco, la siguiente expedición a los Andes confirmó una postura y una decisión. Una guerra fuera del desierto. No autorizada por la Nación. "En el Neuquén Roca actuó ofensivamente y sin el respaldo legislativo. Por todo ello su reiterada acción se encuadra en un genocidio sin atenuantes. No ha de constituir atenuante la pretensión soberbia de conseguir irrestrictamente el acatamiento de la soberanía nacional, de una nación que hasta entonces había existido libre e independiente y a cuyos miembros Roca reconoce como "poseedores del suelo"*.¹⁴⁸

Para 1884 casi la totalidad de los loncos, entre ellos Namuncurá se someten por haber sido vencidos.

La erección del territorio nacional comienza después de expedición. El 16 de octubre de 1884 la Patagonia es dividida en territorios por la ley 1532 de la Nación. Los nuevos territorios serán: Neuquén, Río Negro, La Pampa, Chubut, Santa Cruz y Tierra del Fuego.

El último lonco en rendirse fue Sayhueque "Gobernador de las Manzanas" , reconocido por mapuches y tehuelches, pampas, puelches y araucanos, reconocido a ambos lados de la Peremahuida (cordillera). *"Después de la desbandada de Foyel, el Gral. Vintter envió tres columnas sobre Sayhueque. Intimó la rendición. Y así el 1 de enero de 1885 Sayhueque se presentó en Junín de los Andes al Tte. Cnel. Nadal con 700 indios de lanza y 2.500 de chusma de varias tribus. Esta sumisión puso fin a la guerra."*¹⁴⁹

En 1898 se produce el alzamiento del Lácar, al mando del lonco Curruhinca, que reunió hulliches, pehuenches y picunches . *"Comprende finalmente la inequidad de la conquista y las apropiaciones. Ha madurado en la conciencia y la espera. Algunos de los blancos han sido leales, pero*

unos pocos argentinos no son el Gobierno. Una amarga experiencia posbélica de cercenamientos y humillaciones inesperadas, de rudezas inconducentes de las tropas invasoras, de infatuados empleados gubernamentales, y pretendidos colonos, lo han convencido."¹⁵⁰

Curruhuinca accede a una conversación con el teniente coronel Rudecindo Roca , el cacique explica los fines del alzamiento restitución de tierras y derechos. Roca calla. Al fin le muestra sus efectivos, sus cañones, sus fusiles , sus pertrechos. Luego Curruhuinca se somete.

No obstante la derrota de la última gran guerra contra el indio patagónico, las comunidades hoy siguen de pié, recordando y escribiendo su visión de esta encerrona huinca, para echar luz a la falsificación histórica a que ha sido expuesta y para el fortalecimiento de su identidad.

IX.E. El resguardo de la soberanía por los pueblos indígenas

I.A.1). La consumación del despojo territorial

El ejercicio de la Soberanía para Roca

La Conquista del mal llamado desierto, en realidad, fue la invasión, sin declaración de guerra de una nación a otra, la indígena, sojuzgada por el Estado argentino que avanzó sobre el dominio y territorio indígena.

El problema de la soberanía argentina en estos territorios, para ésta época presenta contradicciones. Por un lado la ley 947 "dispone el establecimiento de la línea de fronteras sobre la margen izquierda de los ríos Negro y Neuquén. Después, se ratificará que las tierras nacionales van avanzar hasta los ríos mencionados"¹⁵¹. Por lo tanto, entiéndese que al sur de esos ríos las tierras no estaban ni conquistadas ni declaradas nacionales" Por otra parte, en los tratados firmados anteriormente con los pueblos indígenas patagónicos, éstos reconocen la soberanía del Estado Argentino y no de Chile en la Patagonia.¹⁵²

En consecuencia podemos decir que Argentina pretendía tener el derecho de soberanía sobre éstos territorios al oriente de la Cordillera, pero como no ejercía la supremacía en esta región esa pretensión se corporizará en invasión y conquista. Antes de ello, los indígenas eran independientes y ejercía la supremacía y la soberanía política sobre esta porción del país. *"Hasta la segunda década del siglo pasado (XIX) no obstante las disputas diplomáticas, el lejano Sur de la Argentina y Chile pertenecía a estos países sólo jurídicamente e históricamente, mas no en la realidad. Para las potencias europeas a su turno, en especial para Inglaterra y Francia, las tierras australes del continente americano era, res nullius, esto es de nadie."*¹⁵³ Este planteo propone la idea de que estas potencias europeas consideraban a estas tierra como aptas para la conquista. Esta conquista de territorial no será por vía bélica, sino por la ocupación de colonos europeos que utilizarán estos campos para la explotación ganadera, No obstante Argentina y Chile seguirán hasta el siglo XX disputándose derechos en pos de intereses creados por ellos mismos.

La Conquista no significó, estrictamente, la soberanía efectiva de Argentina, ya que las tierras de las que fueron despojadas las comunidades, se entregaron a terratenientes, especialmente ingleses, que concentraron la propiedad en grandes extensiones. *"Los intereses de Inglaterra estaban de parte de los latifundistas, muchos de ellos británicos, lo mismo que las poderosas compañías que explotaban la riqueza ganadera de la zona ...en que aparece siniestramente la Patagonia, esa parte integrante del territorio argentino, que sutil y capciosamente escapa a la tutela del Estado, manteniéndose a perpetuidad como feudo ajeno, en que todo es cualquier cosa menos argentino, pero en el que tarde o temprano el sentimiento de nacionalidad habrá de imponerse, restituyéndolo a su verdadera condición estadual."*¹⁵⁴ *Se les quitó a los poseedores de la tierra y se les dio a los cristianos, a los animosos suscriptores de certificados que recibieron el premio del exterminio indígena. ¿Quiénes suscribieron? Claro está, los representantes de la gobernante oligarquía vacuna de terratenientes, hacendados, saladeristas y anexos"*¹⁵⁵ Es así como se produce el ordenamiento territorial en la Patagonia austral donde la insuficiente potestad del Estado dio paso a la consolidación del poder de los latifundistas.

Otra forma de entregar la tierra indígena fue premiar a los expedicionarios con hectáreas de campo por su participación en la empresa de exterminio. La ley 1628 establecerá que: *"Los héroes del desierto tendrán premio. El Congreso resuelve pagarle la hazañosa empresa, a tanto por galones jerárquicos. Y como se trata de dilapidar las tierras que pertenecían a los indios hay que hacerlo inteligentemente. De tal manera a los generales se les entregará quince mil hectáreas; a los coroneles, doce mil; a los capitanes, ocho mil; a los tenientes, mil quinientos; y a los soldados de la tropa, a los que fueron las avanzadas del ejército cien hectáreas a cada uno."*¹⁵⁶

Consolidación del poderío terrateniente

En los territorios más australes de la Patagonia, como las actuales provincias de Santa Cruz y Tierra del Fuego, el fin de éstos fue ganar terreno para la cría de ganado, sobre todo lanar: *"Iniciaron al efecto las primeras operaciones ubicándose en los más productivos campos de pastoreo, introduciendo en ellos animales yeguarizos, vacunos y principalmente lanares y explorando siempre hacia el interior, siempre en busca de más y más ricas tierras, que nunca saciaban su desmesurada ambición y su incontenible codicia."*¹⁵⁷

Para esto se valieron de los más sanguinarios métodos, esta vez no con la "debida autorización legislativa". *"Los latifundistas verdaderos señores de horca y cuchillo, no vacilaron en perpetrar la matanza de los aborígenes, como no titubearían en apoderarse y usufructuar las tierras fiscales; y en contrabandear el ganado, protegidos por funcionarios policiales y administrativos a los que compran o eliminan"*.¹⁵⁸

Dos consecuencias gravísimas a la presencia argentina en esta zona serán, la concentración de territorio, y la despoblación, dos males que aún subsisten como causa de las malas políticas que se iniciaron en esta época. *"El territorio nacional de Santa Cruz, encierra dentro de sus límites más de treinta millones de hectáreas. El Estado conserva solamente una tercera parte de esta tierra. La únicamente inapta para la cría de ganado. Los veinte millones de hectáreas restantes están en poder de poderosos latifundistas extranjeros, constituidos en sociedades anónimas, la casi totalidad de ellas al margen de la ley."*¹⁵⁹ Aquí debemos aclarar que Borrero se refiere a la segunda mitad del siglo XX. La situación actual reviste variaciones, pero no es muy diferente a lo que ocurría en esos tiempos.

La despoblación llevada a cabo, con macabros métodos, en especial la caza del indígena *"Mister Bond cuenta, en ocasiones con orgullo y siempre como chiste, que él fue cazador de indios. Que al principio les pagaban una libra esterlina por cada par de oreja de indio que entregaban. Que como entre los cazadores había algunos blandos de corazón que se conformaban con cortar las orejas de sus víctimas sin matarlas, se cambió el sistema y desde entonces no se pagaba la libra, sino a cambio de la cabeza, los testículos, los senos o algún otro órgano vital de eso que constituía la gran caza de la Patagonia. Menéndez Bethy dueño y señor de Tierra del Fuego, nadie podía oponerse a su concepción de que para "enriquecerse hay que despoblar". El latifundismo del Sur es enemigo declarado de todo aumento de población. A quienes explotan la riqueza ganadera de Santa Cruz no les importa el porvenir de la República. Les interesa el momento. Por eso impiden que se formen poblaciones rurales a base de familias. En las estancias no existen familias, serán un peligro para el latifundismo."*¹⁶⁰

Es así como se da forma a las características estructurales de la demo-geografía del Sur argentino, que hasta estos días sigue en poder de capitales extranjeros que continúan avanzando sobre el territorio.

Métodos de ocupación de los territorios indígenas posteriores a la Conquista del Desierto

Para el desarrollo de este punto reproducimos textualmente parte del documento redactado por el Dr. Darío Rodríguez Duch Abogado del Equipo de Pueblos Indígenas de Río Negro.

a). La desalojo por la fuerza

Por medio de un proceso relativamente rápido desarrollado a partir de la "conquista" se ha ido despojando gradualmente de su territorio de origen a las familias que aún conservaban algo de su tierra y de sus costumbres. Dicho desapoderamiento se realizaba principalmente por medios violentos, configurando verdadera usurpación. Mediante vías de hecho, de los militares primero y de los comerciantes "mercachifles" después, con la connivencia de funcionarios o de personal policial, se utilizaron todos los medios previstos en art. 181 del Código Penal, tales como violencia, engaño, abuso de confianza o clandestinidad, para despojar a los indígenas de la poca tierra que aún quedaba en sus manos.

Los despojantes generalmente los títere de esos poderosos intereses económicos con un cierto conocimiento de la zona, y relaciones a nivel político local, tuvieron distintas posibilidades para los frecuentes casos en los que desearan alguna extensión de tierra y esta tierra estuviera "ocupada" por descendientes de antiguos pobladores del lugar.

En numerosos casos se optaba por el método violento de la destrucción de la vivienda y sometimiento de sus ocupantes. Para esto se empleaban "matones" para que, por medio de las armas, realizaron el trabajo sucio y dispararan sobre las viviendas como paso previo a producir el efectivo desalojo. En varios casos documentados históricamente, estos hombres armados se extralimitaban y se desencadenaba con la muerte de los legítimos poseedores de esas tierras.

b). El avance de los alambrados

Una variante de este primer sistema era el avance de los alambrados durante horas de la noche, los que se mandaban construir por cuenta y orden de estos mercachifles que eran a su vez los únicos que podían pagar a un grupo importante de personas para realizar el tendido de kilómetros de alambrado en el transcurso de una noche. Cuando el peñi despertaba con un alambrado ubicado a escasos metros de su propia casa y cerrándole así gran parte de su campo; su primer y natural actitud era la de cortar las partes de alambre que le impedían el movimiento de sus animales, o romper el candado de alguna improvisada tranquera que se había montado.

La respuesta era inmediata. En cuestión de horas llegaba el usurpador de tierra acompañado por varios policías que levantaban un acta por el delito de "daños" previsto en el art. 188 del Código Penal. Cuando el peñi ¹⁶¹ regresaba con sus animales al lugar que había accedido siempre se le sumaba la figura de "usurpación" prevista en el art. 181 del mismo Código. Si además llegaba a insultar o a defenderse contra quienes lo estaban llevando detenido se le sumaban las figuras de "amenazas" y de "atentado y resistencia contra la autoridad".

Ante la previsible imposibilidad del peñi de contratar un abogado, el mismo quedaba detenido durante días hasta que algún juez resolviera liberarlo por tratarse de

delitos excarcelables, para lo cual en las enormes distancias de la Patagonia pueden transcurrir aún hoy un mes. Al regresar a su hogar ya le quedaba una pequeña parte de su campo original, puesto que todo se hallaba alambrado y con mejoras hechas por el usurpador.

El peñi comenzaba entonces un largo peregrinar por las oficinas públicas de las Direcciones de Tierras, realizando infructuosas denuncias que siempre recibían la misma respuesta negativa, con mayores o menores faltas de respeto por parte de los funcionarios.

c). De usurpador a empleador

Este tercer sistema se empleaba una vez consumado el despojo mediante el tendido de alambrados y posterior ingreso al campo de sus animales, el despojante "invitaba" a las distintas familias de ocupantes originarios a continuar habitando su propia vivienda, construida por ellos mismos y en cuyo emplazamiento venían habitando sus descendientes durante siglos, transformando el carácter de éstos en simples tenedores o "puesteros", considerando a sus viviendas como "puestos" y otorgando a sus ocupantes, un sueldo de parte del improvisado patrón, que pasaba de usurpador a empleador.

Así el usurpador configuraba una situación irregular en la que el antiguo poblador y poseedor legítimo pasaba a quedar en "relación de dependencia" de aquel que le estaba quitando los derechos sobre sus tierras y su propia vivienda pasaba a constituir un "puesto" de la ilegítima estancia así conformada.

Más difícil aun era prever que en virtud de esta figura jurídica, los improvisados "empleadores" serían quienes, muchos años después y cuando el campo no resultara negocio les iniciarían un juicio laboral por desalojo porque iban a necesitar vender el campo a un tercero, teniendo en cuenta que éste último no aceptaría comprar los campos con sus ocupantes dentro.

I.A.2). La problemática de la propiedad comunitaria mapuche

El problema de la tierra reviste características particulares para los pueblos indígenas u originarios. *“La íntima relación existente entre sus comunidades con la tierra no se reduce a su carácter económico como factor de producción. Va mas allá, por tanto, del suelo como sustrato productivo, para integrar una concepción holística abarcadora de aspectos sociales culturales, filosóficos o religiosos, políticos ambientales de esos pueblos, y en la naturaleza que halla cabida en su concepto de territorio.”*¹⁶²

Refiriéndonos especialmente al sur argentino, “es pertinente hablar de tierra mapuche-tehuelche”. Tierras que desde fines del siglo XIX se consideran fiscales, fueron invadidas y arrebatadas, con violencia bélica y violación de tratados preexistentes, al Pueblo Mapuche que las poseía a ambos lados de la Cordillera.

Vemos aquí cómo no se cumple el postulado constitucional de los “pueblos del mundo que quieran habitar suelo argentino” ofreciendo algo arrebatado a los pobladores preexistentes al Estado *“Este proceso siguió varias etapas: Invasión armada, ocupación militar, desalojo material y expoliación formal, colonización exógena. Sin embargo, en ninguno de los supuestos del art. 2524 de nuestro Código Civil figura la guerra como modo de adquirir el dominio. Conducta antijurídica, si la hay, en un estado de derecho, máxime cuando la autoría es responsabilidad del propio Estado.”*¹⁶³

Hoy nos encontramos con un sistema diversificado de tenencia de la tierra mapuche:

Ocupaciones por reasentamiento post-bélico de comunidades: unas con permisos precarios, otras toleradas o simplemente de facto.

Ocupaciones por nuevos desplazamientos de comunidades o grupos y pérdidas de tierras, a causa de obras de utilidad pública represas, expulsiones de Parques Nacionales etc.

Posesiones de tierras legalmente reconocidas por decretos nacionales o provinciales
Los decretos que revisten las siguientes características: título legal de posesión, estabilidad, superficie cierta aproximada, compromiso oficial de mensura y de transferencia de dominio a título gratuito.

Títulos de propiedad comunitaria, a 30 años las primeras reservas en Neuquén y de las 37 comunidades mapuches existentes, sólo cuatro cuentan con título registrado, tres por la Provincia y uno por el Estado Nacional.

Entrega de títulos individuales a pobladores indígenas, la tierra se vuelve ejecutable por simples deudas de almacén, se transforma en un bien adquirible por terceros, se somete a impuestos y ejecuciones fiscales.¹⁶⁴

La jurisprudencia reciente presenta fallos en los que se hace efectivo el reconocimiento a esta manera especial de posesión. El más importante es el de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Awas Tingni” que obliga al Estado de Nicaragua a garantizar los derechos sobre la tierra de esta comunidad e indemnizarlos por costas judiciales. A nivel nacional el fallo del Juez Emilio Riat de Bariloche en el caso “Sade contra Comunidad Indígena Kom Kiñe Mu” declara improcedente la demanda por usurpación que hace la familia Sade contra los integrantes de la Reserva Ancalao, por considerar que éstos habitaban el terreno antes de la venta del mismo a sus actuales propietarios.¹⁶⁵

Es por eso que es imprescindible el otorgamiento de los títulos de “propiedad comunitaria” a las comunidades indígenas, que garantizará la indivisibilidad del territorio ancestral, reconociendo la particular forma de posesión de los pueblos originarios, que a pesar de estar garantizada por la normativa vigente (Convenio 169 OIT, Constitución Nacional art. 75 inc. 17, Ley 23.302 y demás leyes provinciales), es incumplida por parte del Estado, sobre todo por las provincias que siguen entregando territorio indígena al dominio privado.

La propiedad comunitaria los Parques Nacionales y la cogestión:

Los Parques Nacionales, en especial los de la Patagonia, son creados para transformar la soberanía nominal en ocupación territorial de una franja cordillerana que ocupa el 30% de la frontera patagónica con Chile. El aspecto conservacionista es subordinado al cumplimiento de un mandato estratégico-militar de defensa y seguridad, del gobierno liberal de la generación del 80.

El Perito Moreno en el año 1903 dona tierras al Estado, una porción de la importante cantidad que recibió en premio por su papel de relevamiento, espionaje y de diplomacia persuasiva contra los toki (guerreros) y lonko (caciques) mapuches.

El presidente Julio A. Roca las recibe gustoso y se compromete (según Giúdice) a *“...mantener estos espacios lejos de presencias molestas y que no se hagan más obras que aquellas que faciliten comodidad para la vida del visitante culto sobre esta región incorporada definitivamente a nuestra soberanía...”*¹⁶⁶

Como ejemplo de esto, la creación del Parque Nacional Lanín genera una política de expulsión violenta de cientos de familias mapuche sobrevivientes a la barbarie de la “Conquista del Desierto” y que fueron reubicados en un principio en la expropiada Estancia Pulmarí.

El establecimiento de Parques Nacionales en territorio mapuche fue legitimado como estrategia de defensa del “patrimonio nacional”. *“El resto de las tierras productivas de la zona pertenecen a Parques Nacionales, Áreas naturales protegidas o al ejército. En los primeros casos existen pobladores originarios preexistentes a la creación de Parque Nacional en 1934 o del área protegida, que han visto completamente coartado su derecho a la tierra. Se les limita a un número irrisorio la cantidad de animales que pueden tener, teniendo en el mejor de los casos permiso de ocupación, que está destinado al poblador nacido allí antes de 1934 y no es transmisible a sus descendientes.”*¹⁶⁷

En el área de reserva del Parque Nacional se permiten actividades económicas y asentamientos humanos. Así el art. 8 inc. r de la Ley N° 22.351 de Parques Nacionales establece: “La estructuración de sistemas de asentamientos humanos, tanto en tierras particulares como estatales, quedará condicionada a la previa autorización de los planes maestros y de las áreas recreativas, según el caso, no pudiendo los asentamientos exceder el diez por ciento de la superficie de cada reserva. La superficie destinada a tales fines en zonas de frontera deberá fijarse para cada caso en coordinación con el Ministerio de Defensa”.

Eso permite la presencia de las 7 comunidades mapuche (Cayún, Curruhuínca, Aigo, Lafkenche, Raquitué, Ñorkinco y Lefiman) que ocupan alrededor de 24.000 hectáreas.

Al crearse el Parque se otorgaron permisos precarios de ocupación y pastaje (P.P.O.P) a los pobladores que quedaron incluidos dentro del área protegida. El permiso era personal e intransferible y caducaba a la muerte del titular, pero de hecho los descendientes de los titulares continuaron ocupando y utilizando las zonas autorizadas a sus antecesores. Dadas las dificultades planteadas para revertir esta situación, la Administración de Parques Nacionales reconoció formalmente a estos asentamientos en el año 1991, admitiendo la permanencia de los pobladores que cumplían determinadas condiciones (20 años de residencia en el área, preexistencia de un PPOP, y otras).

Desde hace más de 10 años, el Estado nacional, a través del reconocimiento de la preexistencia de los pueblos originarios en la Constitución Nacional, está entregando los títulos de propiedad de las tierras demandadas por las comunidades indígenas. Estas tierras son establecidas en la Carta Magna como intransferibles, indivisibles e inajenables a perpetuidad. En el Parque Nacional Lanín se trata de tierras transferidas en propiedad a comunidades mapuche sujetas a un régimen de propiedad comunitaria. En la actualidad se encuentran bajo este régimen 10.500 hectáreas situadas en la zona oriental de la Reserva Nacional Lanín Zona Lácar, que fueron cedidas por ley a la Comunidad Mapuche Curruhuínca y unas 1.300 has. a la Comunidad Cayún; además se encuentran en proceso de transferencia porciones de los territorios ocupados por las Comunidades Raquithué y Ñorquinco.

En cuanto al tipo de uso por parte de los miembros de la Agrupación, y al control que realiza la APN,” prácticamente no existen diferencias entre las propiedades comunitarias y las tierras fiscales ocupadas por poblaciones y agrupaciones indígenas”.

El origen y la existencia de las poblaciones mapuches dentro del Parque Nacional Lanín son anteriores a la creación del área protegida y al Estado Nacional. Luego de años de conflictos, expulsiones y represión, el presente permite un trabajo conjunto y una responsabilidad compartida sobre los problemas ambientales y sociales. Así, las viejas figuras de demandantes (Pueblo Mapuche) y demandados (Estado Nacional) han dejado lugar a una mesa de “comanejo”¹⁶⁸ que de manera local y general toman decisiones sobre las políticas que se aplican en los territorios Mapuche.

Esta experiencia tuvo un punto de inflexión en el año 2001, después de la realización de un taller sobre “Territorio Indígena Protegido”, donde se acordó la entrega de tierras en propiedad comunitaria al Pueblo Mapuche, entendiendo al territorio indígena como el espacio en el que se desarrolla su cultura.¹⁶⁹

Las tierras declaradas como parques nacionales, monumentos y reservas naturales están sujetos al régimen jurídico de dominio público. Art 2: de la Ley de Parques Nacionales “Las tierras fiscales existentes en los Parques Nacionales y Monumentos Naturales, son del dominio público nacional. También tienen este carácter las comprendidas en las Reservas Nacionales, hasta tanto no sean desafectadas por la autoridad de aplicación”. Algunas comunidades indígenas que habitan dentro de los mismos, poseen “títulos de propiedad comunitaria”, es así como el dominio público y la propiedad comunitaria, coexisten dentro de un mismo ordenamiento territorial sin afectar la soberanía del Estado ni despojar a las comunidades de sus territorios ancestrales.

De esta manera se produce un ensamble entre el dominio público y propiedad comunitaria, coordinado desde la cogestión llevada a cabo por el Estado y las comunidades indígenas sin afectar la preservación del patrimonio natural : " Será política para regularizar la situación jurídica de los pobladores continuando con el mecanismo de entrega de la propiedad de las áreas ocupadas por las mejoras, a aquellos pobladores ubicados en zonas de Reserva Nacional, o equivalente, que adhieran a los programas de manejo sustentables, técnicamente diseñados y monitoreados por la propia APN, u otros organismos competentes indicados por ésta. La propiedad otorgada en este marco estará sujeta a un régimen especial de restricciones al dominio, en particular, respecto a su transmisión, subdivisión, ocupación y usos de la tierra a fin de preservar los valores protegidos.”¹⁷⁰

Otra de las propuestas alternativas para el ensamble de la propiedad comunitaria en las zonas a preservar es la del “territorio indígena protegido”. Una categoría nueva emanada de la Coordinación de Organizaciones Mapuche de Neuquén. *“Es un concepto nuevo que no está incluido dentro de las categorías que manejan las áreas protegidas o los parques nacionales, requiere de una transformación jurídica de esta normativa”.*¹⁷¹ “La diferencia entre un Parque Nacional y un territorio indígena protegido, es que el segundo va a ser un espacio administrado, controlado y de alguna manera regulado por el pueblo mapuche.” El tema de la autogestión del territorio indígena es un aspecto avalado por el Convenio 169 de la OIT. Artículo 15 “ Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.”

Es así cómo desde los pueblos originarios organizados surgen diferentes propuestas para intentar ensamblar la propiedad comunitaria con el orden positivo y las

instituciones que este crea, sin afectar el interés general en un marco de respeto por el resto de la ciudadanía.

I.A.3). **Igualdad, nacionalidad y multiculturalismo:**

El respeto por la pluralidad cultural

Después de 1810 se adoptó en Argentina la idea de nación de la Revolución Francesa “una sola nación”, en ella todos eran iguales ante la ley, de la que deriva que no podía haber una raza inferior a la predominante en él. Todos los nacidos en suelo argentino “son argentinos” como se interpretó en el art. 67 inc. 11 de la Constitución Nacional. y la Ley 348 de nacionalidad y ciudadanía que la reglamentó. Por lo tanto no hay indígenas, ni mestizos, hay argentinos. La condición del indio de esos territorios debía allanarse a la idea de una sola nación de igualdad abstracta.¹⁷²

No obstante la realidad y el derecho (entendiendo este como una “idea impuesta” desde del poder y vista con el lente con el que impone el poder), la mayoría de las veces no coincide, ni siquiera el orden positivo vigente en los mismos períodos históricos, plantea lo mismo.¹⁷³ Como vemos en el art. 67 inc 15 de la Constitución de 1853 establece “conservar el trato pacífico con los indios”, lo cual hace referencia a los tratados, (que vimos anteriormente) consideraban según el derecho de gentes, el reconocimiento de una nación diferente. La proclamada igualdad ante la ley no era tal ya que los indígenas, como vimos anteriormente, eran considerados con estatus jurídico diferente al resto de los ciudadanos: *“Por un lado, asumiendo el pasado colonial y sobre todo la existencia concreta de las comunidades indígenas, la Constitución también sustentaba el principio de la desigualdad cuando regulaba las atribuciones del Congreso en los términos del art. 67 inc.15. El artículo a diferencia de la Constitución de 1819, tenía tres cuestiones: la frontera, el indio y la conversión al catolicismo que poco o nada tienen que ver con la idea de una sola nación y de igualdad.”*¹⁷⁴

La igualdad nunca fue tal, se pretendió homogeneizar diferentes realidades culturales bajo el manto ficticio de una “nacionalidad política” originada con el objeto de unificar civilmente a todos los hombres que se encontraban dentro del territorio que se intentaba organizar. El Derecho como instancia ordenadora de la política participa en este proceso de “ocultamiento ideológico”. *“Por ejemplo de las normas que proclaman la igualdad y libertad formales, enmascarando las desigualdades y limitaciones materiales concretas que afectan a amplios sectores de la sociedad. Y a su vez con su propio discurso alienta y legitima las luchas por esa igualdad y libertad en el imaginario social y en la práctica jurídica”.*¹⁷⁵

Es así como desde el Estado se trató de unificar a la sociedad bajo un régimen legal que disuelva las costumbres o prácticas particulares de los pueblos originarios, tendiendo a la homogeneidad social para facilitar el ejercicio de la hegemonía por parte de los que imponían el orden social “debido” atento a parámetros que propagaban en los hechos la desigualdad.¹⁷⁶

La dimensión progresiva del derecho implica lograr la aceptación por parte de los Estados nacionales de un pluralismo jurídico que supere la visión reduccionista y uniformadora de un positivismo jurídico acérrimo, claramente predominante en la actualidad. Ese pluralismo jurídico implica la aceptación de nuevas fuentes de producción de normas y la recepción del “derecho consuetudinario indígena” y de la “costumbre jurídica indígena, cuestión planteada, cada vez con más fuerza por los pueblos originarios. Se trataría de una pervivencia del derecho indígena, vigente en el Régimen Indiano, donde

los pueblos indígenas gozaban de un régimen legal especial respecto del resto de la población como lo vimos al analizar los antecedentes indianos, respecto a esto Ramella afirma: *“El derecho a la diferencia que hoy se reclama, se declama y se constitucionaliza en el medio de una Constitución con raíces históricas indianas sí, pero también liberales, es una de las formas en que pervive ese derecho indiano, surgido ante el encuentro de una cultura diferente que los obligó a modificar la idea unificadora que predominaba en el Derecho peninsular desde la Baja Edad Media . En la misma forma, los convencionales constituyentes de 1994 enfrentados a los reclamos indígenas tuvieron que modificar el axioma de la igualdad ante la ley, que aunque siga vigente, está suavizado, más que en 1853, por un trato jurídico diferencial a las comunidades indígenas”*.¹⁷⁷

Es así como este enfoque alternativo del derecho no produce una “discriminación inversa” hacia el resto de los ciudadanos, sino es una instancia superadora de la pretendida igualdad jurídica, que desconoce ordenamientos jurídicos y realidades particulares, y pretende dar un paso más en la evolución del Derecho Comunitario Internacional y el Derecho Constitucional hacia el reconocimiento fáctico de las minorías. Bidart Campos respecto a esto observa: *“el actual alcance de la igualdad requiere especificar que una minoría no es igual al resto, todo cuanto tiene de diferente necesita, en reciprocidad, un trato también diferente.”*¹⁷⁸

“Cuando un pueblo ha perdido la vigencia de su derecho tradicional , ha perdido también una parte esencial de su identidad étnica, de su identidad como pueblo, aún cuando conserve otras características no menos importantes de su identidad... La naturaleza del derecho consuetudinario condiciona las relaciones entre dichos pueblos y el Estado, influyendo así en la posición que ellos ocupan en el conjunto de la sociedad nacional. Finalmente el derecho consuetudinario repercute en la forma en que los pueblos indígenas gozan, o por el contrario, carecen de derechos humanos individuales y colectivos incluyendo lo que actualmente se llama derechos étnicos o culturales”.¹⁷⁹

“Al respecto los conceptos emergentes de esta problemática también adquieren una nueva perspectiva de análisis ya que a partir de la “identidad” el objetivo a conseguir ese el multiculturalismo¹⁸⁰ frente a la tendencia del Estado de generar un proceso de estructuración monoétnica de la identidad.”¹⁸¹ “En este aspecto, el rol de los caciques como intermediarios en las negociaciones comunidad-gobierno ofrece importantes perspectivas para delinear las pautas de construcción de una nueva identidad en el marco de una sociedad globalizadora”.¹⁸²

Es así como el reconocimiento de los derechos indígenas no perjudica la noción de nacionalidad argentina, sino la fortalece aceptando la existencia de la pluralidad étnica y cultural en el país, afianzando un clima de respeto y unidad que consolide la idea de nación argentina y un funcionamiento más democrático de la sociedad.

I.A.4). **Los peligros a la soberanía territorial argentina en la Patagonia:**

Importancia geopolítica de la Patagonia :

La Patagonia considerada en su total extensión que abarca los Estados de Argentina y Chile tiene una ubicación geopolítica estratégica: la unión de dos océanos, el Atlántico y el Pacífico, y la cercanía al continente Antártico.

La Patagonia como región ha llegado a transformarse en una suerte de “moda” en muchas naciones del primer mundo, por lo que significa como territorio aún virgen para un mundo industrializado, agonizante por la polución y la aglomeración de personas, es un verdadero “salvoconducto” para quienes cuenten con medios a fin de escapar de cualquier

crisis o conflicto armado que pudiera suscitarse en el hemisferio norte, siempre que no supere un cierto nivel. De este modo se han adquirido las estancias “Pilnañeu”, “Alicurá”, “Leleque” y “El Maitén” por parte de los Hnos. Luciano, Giuliana, Gilberto y Carlo Benneton, quienes totalizan en la región cerca de un millón de hectáreas; la Estancia “Hidden Lake” de 14.000 has, por el inglés Joe Lewis (ex propietario de Hard Rock Caffé y Planet Hollywood), la estancia “San Ramón” de 35.000 hs. del suizo Suchard (propietario de Nestlé). Grandes propiedades en la región andina pertenecientes a Jorge Acevedo (Acíndar), Francisco Perez Compac, Manuel Antelo y familia Yabrán en San Martín de los Andes, Diego Maradona y Amalia Lacroze de Fortabat en Villa la Angostura, Marcelo Tinelli en Cholila y Christopher Lamber en Villa Arelauquen.

Esta región ocupa el 47% del territorio nacional, su superficie es de 1.768.165 km², además se caracteriza por una baja densidad demográfica, 1.8 hab/km². La población de la Patagonia representa sólo el 4.5 % del total de la población del país pero está asentada sobre el 30% de la superficie continental de Argentina. Es también una inagotable fuente de recursos posee el 6% de la superficie del bosque nativo del país, (importante por su biodiversidad y valor paisajístico y además necesario para la conservación del suelo y las cuencas hidrológicas); posee el 21% de la pesca costera del país y el 66% de la pesca marítima de altura; posee minerales como tungsteno, manganeso, cromo, cobre aluminio, plomo, zinc, oro uranio, cuarzo, arcillas, sales, rocas de aplicación como mármol, basalto, caliza etc. El potencial energético está representada por el 20% del total de la energía eléctrica generada en el país, y cuenta con el 85% de las reservas petrolíferas nacionales. Y lo que despierta un notable interés para quienes dirigen el futuro mundial, es que es una fuente inagotable de agua potable garantizada a través de infinitos ríos, arroyos, vertientes y glaciares continentales.¹⁸³

Paradójicamente y a pesar de la dimensión económica que representan estos “grandes inversores” muchas de sus estancias deben grandes sumas a las provincias en carácter de impuesto inmobiliario, argumento por el cual los propios funcionarios desplazaban a los ocupantes indígenas de las tierras fiscales y que supuestamente se solucionaría a partir de la privatización de esas tierras en manos de pobladores solventes.

Se hace indispensable así, alertar sobre los peligros a la soberanía territorial argentina sobre esta región. Que a pesar del “dominio inminente del Estado” establecido en el Código Civil, las administraciones de tierras, locales y provinciales merced a la rentabilidad que reviste la entrega de territorio rico en recursos naturales, en especial los de dominio público como el agua, incumplen la legislación vigente amenazando los derechos del resto de la ciudadanía argentina y perjudicando aún más a las comunidades originarias que siguen siendo víctimas del despojo y del no reconocimiento al derecho de propiedad comunitaria que el Estado no les garantiza.

La supremacía del Estado ejercida sobre el territorio patagónico, garantiza fielmente el desarrollo que lo conduce a un ejercicio político soberano, en pos del bienestar general: *“Los países extensos, si cuentan con variedad de climas dentro de sus fronteras, y al menos depósitos moderados de recursos naturales, tienen la base para el logro de un grado razonable de autosuficiencia, el desarrollo puede así encaminarse en muchas de las direcciones esenciales que conducen al bienestar de un Estado moderno.”*¹⁸⁴

Los peligros inminentes:

No sólo la concentración de la tierra en manos de extranjeros representa un peligro a la soberanía territorial en la Patagonia existen ciertos peligros latentes que no llegan a materializarse pero suponen una amenaza para el futuro.

Tal es el caso del “Canje de deuda externa por territorio” donde la forma de garantizar el pago de la deuda o parte de su cancelación era deshacerse de activos del Estado. *“Cuando ocurrió la anterior crisis de deuda en 1982 al declararse México en default, David Rockefeller le encomendó a Henry Kissinger formara una “Comisión para la deuda externa latinoamericana, cuyo hombre técnico era Alan Greenspan, hoy gobernador del Banco de la Reserva Federal, éste introdujo la idea de resolver el problema proponiendo canjear deuda por empresas públicas, lo que pocos años después conocimos como las privatizaciones en las que Argentina también fue un Leading case a través de la desregulación económica de Menem y Cavallo.”*¹⁸⁵

Más recientemente desde el “Council on Foreign Relations” se viene proponiendo un nuevo concepto el de canje de deuda por territorio. La Patagonia argentina es la candidata natural para hacer un amplio megacanje territorial. El Diario el Cronista Comercial en un artículo titulado “Deuda por Territorios” la propuesta de un asesor del Ex Presidente Duhalde se publica diciendo que *“La idea es transformar el default en inversión directa y que los acreedores se conviertan en propietarios de terrenos donde podrían desarrollar proyectos industriales, agrícolas o inmobiliarios. Así se reduce la deuda y a la vez se reactiva la economía.”*¹⁸⁶

Es así como: *“Desde los centros de poder ya están diseñando el nuevo marco institucional y legal que permitirá encaminar a los Estados “inviabiles” hacia una figura asemejable a la del concurso preventivo de acreedores en el orden privado, para luego arrastrarlos a la quiebra definitiva. Para ello necesitan de una instancia superior equivalente a una corte y a un juez de quiebra; un remozado FMI, BM y Banco Internacional de liquidaciones junto a un internacionalizado Banco de la Reserva Federal, que tendrá aval internacional de disponer de los Activos del Estado quebrado.”*¹⁸⁷

Para demostrar que estas no son “meros temores de enquistados nacionalistas” como propician algunos intelectuales ajenos al interés nacional exponemos a continuación una encuesta realizada por Jorge Giacobbe & Asociados de Buenos Aires hecha en Chubut en octubre del 2002 “... por cuenta y orden de una empresa privada europea que desea conocer si los argentinos están realmente dispuestos a cumplir sus compromisos y la seguridad jurídica y política que le ofrece cada una de las provincias en las cuales piensa realizar una importante inversión, manteniendo el “secreto comercial y profesional respecto a la entidad de la empresa.”¹⁸⁸

Entre las preguntas obtenidas de la página web destacamos:

Pta. 12: “¿Estaría de acuerdo con que la Argentina entregue los derechos sobre sus territorios en la Antártida para cancelar totalmente la deuda externa del país?”

Pta. 14: “¿Estaría de acuerdo con ceder territorios fiscales en Chubut para cancelar la deuda pública provincial?”

Pta. 15 : “¿Estaría de acuerdo en la unificación de Río Negro, Chubut, Santa Cruz y Tierra del Fuego en una sola provincia o región?”

Pta. 16: “¿Cuál es su posición respecto de la propuesta de que Argentina sea administrada económicamente por un funcionario del FMI o de algún otro organismo internacional?”¹⁸⁹

Pta. 17: “Debido a la situación de crisis que vive la Argentina ¿desea irse del país?”

Otro caso que merece destacarse es la creación del “Parque Nacional Marino Monte León” en la provincia de Santa Cruz. Se trata de un complicado entramado de negociaciones por la cual Douglas Tompkins y su esposa Kristin Mc Divit a través de la Fundación Ambientalista “Patagonian Land Trust” firma un contrato de fideicomiso¹⁹⁰ por el cual su testamento “Fundación Vida Silvestre Argentina” adquiere 60.000 has. de tierras en la zona norte de Santa Cruz para luego ser “donada” al Estado para la creación de un Parque Nacional. Este proceso lejos de ser un acto de bondad ambientalista reviste serios peligros a la territorialidad argentina:

Entre otras cuestiones este contrato desconoce las Ley 23.554 de Defensa Nacional, Ley 23.351 de Parques Nacionales y competencias de la Provincia de Santa Cruz. Así mismo el terreno adquirido supera ampliamente el área colindante con la costa marítima, y éste no casualmente limita en uno de sus lados en 12 Km. con el Río Santa Cruz el más caudaloso de la Patagonia.¹⁹¹

“Los extranjeros y sociedades extranjeras si pretenden comprar tierra argentina, deben solicitar una venia o autorización de previa conformidad por parte de la Superintendencia Nacional de Fronteras- Comisión Nacional de Zonas de Seguridad. Tema regido por las Resoluciones 205y 206 de la Superintendencia Nacional de Fronteras”

“Todo el territorio de Santa Cruz está calificado como “zona de seguridad”, lo que reviste importancia al referirnos al territorio objeto de la negociación,”

“El art. 14 de la Resolución 205 de la Superintendencia de Fronteras impone para conceder la venia administrativa, que las sociedades extranjeras envíen o registren de los siguientes antecedentes: datos de integrantes de las sociedades, antecedentes de las compañías y asociaciones, estatuto o contrato social, acta de constitución del último directorio, último balance aprobado. La sociedad extranjera debe especificar cual es el acto jurídico para el cual solicita la aprobación, identificar al inmueble expresar el destino y finalidad de la compra entre otras. La Resolución 206 establece que las personas físicas argentinas y nativas y las personas jurídicas argentinas quedan exceptuados del régimen de previa conformidad establecido” .

De tal manera si bien la sociedad extranjera Patagonian Land Trust debía cumplir con los requisitos de previa conformidad, al adquirirse Monte León utilizando la figura del Fideicomiso por parte de la Fundación Vida Silvestre (sociedad argentina), se evade el recaudo administrativo, a partir de que aparece como compradora la sociedad nacional. Sin embargo, lo hace con fondos de PLT y con la posibilidad de transferirle a PLT la tierra en el caso que Parques Nacionales no acepte la donación. Al término del fideicomiso en caso de que no se pueda elaborar el n de manejo, o en caso de que Santa Cruz no ceda su jurisdicción, o que Parques no acepte la donación, la tierra va derecho a las manos de Tompkins sin pasar por la Superintendencia de Zonas de Seguridad.

Mucha tierra en pocas manos y muchas manos sin tierra

Como veíamos antes, la ocupación territorial de la Patagonia por el Estado, fue aventajada por terratenientes extranjeros. En el caso de la Patagonia septentrional el despojo reviste la “legalidad” de una conquista planeada desde la autoridad política¹⁹², y en otro, el de la Patagonia Austral, la ausencia de ésta deja el poder para proceder al ordenamiento territorial desde la “iniciativa privada” se produce la apropiación de las

tierras de manos de colonos ingleses. En la actualidad el fenómeno se sigue presentado, con matices diferentes pero no variando en su esencia:”En el fondo, el problema sigue siendo el mismo; corporaciones extranjeras y nacionales se quieren repartir la Patagonia para la explotación ganadera, turística y ahora también minera, con la complicidad del Estado argentino. Y para hacerlo deben no solamente destruir el medio ambiente, sino también a sus hijos, los Mapuche, la gente de la tierra”.

Según datos del último Censo agropecuario proporcionados por el Congreso de la Federación Agraria Argentina en el año 2002 unos 4000 terratenientes el 1.3 % del total de propietarios poseen el 43% de la superficie agropecuaria , de esa minoría de propietarios (latifundistas individuales o grupos nacionales y extranjeros), en un país con casi 300.000 productores, poseen propiedades de más de 5.000 hectáreas en adelante. La regulación del Estado en esta materia es precaria y continúa la venta de territorio. En la mayoría de los casos no puede identificarse el origen o la legalidad de los capitales.¹⁹³

Ante la urgencia y el peligro que hoy representan las políticas oficiales que se están poniendo en práctica respecto de esta temática , resulta imprescindible informarse , organizarse y plantear cuanto antes la necesidad de convocar a los distintos actores involucrados, entre los cuales estarán los indígenas a fin de arribar a proyectos viables, que garanticen los derechos de la zona. Los latifundistas extranjeros obtienen éste carácter en contra mismo de la ley de seguridad de fronteras ¹⁹⁴ , que impide tal posibilidad en esas áreas a quienes no sean argentinos, por lo que actúan públicamente a través de prestanombres. Los terratenientes nacionales han conseguido este carácter en situaciones totalmente irregulares y en violación de las mismas leyes de tierras, contando con gran cantidad de “unidades económicas” pertenecientes a la misma persona. Generalmente coinciden con las mejores tierras de estas zonas marginales, desplazando aún más a los pequeños productores hacia las zonas más inhóspitas, frías y desérticas .¹⁹⁵

I.A.5). Soberanía y comunidades indígenas

La simbiosis entre el Estado y las comunidades indígenas:

Con este trabajo planteamos que es posible la coexistencia y simbiosis entre el Estado y los pueblos indígenas que en su interior habitan. La falsa idea de secesión o ingobernabilidad que plantean algunos ideólogos, es útil para seguir negando otro tipo de realidad que plantean enfoques alternativos al derecho y a la política vigente . Las comunidades reconocen la existencia del Estado como una realidad indiscutible a la vez que reclaman por vías legales por su territorio y su forma de vida y organización ancestral : *“Nosotros no aspiramos a convertirnos en un Estado separado. Eso es imposible porque el Estado es una realidad que nadie puede negar. Lo reconocemos tanto que es a él a quien le pedimos el reconocimiento, a él le pedimos la transformación. Si no, pelearíamos por la independencia, y eso no es un planteo indígena. Lo que nosotros le pedimos al Estado argentino es que, así como nosotros reconocemos, él reconozca que nosotros existimos. Ese reconocimiento mutuo es el que se plantea. Lo que el Estado argentino tiene que reconocer es que en su interior alberga a múltiples pueblos, no a uno sólo, y que cada uno de esos pueblos tiene su propio idioma, su propia cosmovisión, su propia organización, su propia filosofía, su propia manera de relacionarse con su entorno natural.”*¹⁹⁶

“Pero el Estado no reconoce el derecho al territorio para ningún pueblo porque asocia territorio a soberanía, presuponiendo que la soberanía es un atributo exclusivo de los Estados. Es por este motivo que la política indígena nacional y provincial reduce la demanda territorial a un problema de tierras y a la correspondiente cuestión legal de la propiedad individual o colectiva, eludiendo el tema central del derecho a la autoridad de un pueblo sobre el espacio que ocupa. En relación al tema de la soberanía, que ligado a

hipótesis de secesión aparece generalmente como el punto más problemático, sostienen que existe dentro de nuestro propio país situaciones de deslinde de competencias o jurisdicciones sobre determinados territorios sin que ello implique la negación de los derechos de Estado sobre la totalidad del territorio nacional: es el caso de las provincias y municipios. Como un ejemplo aún más significativo citan el de los hermanos de Colombia, que han obtenido por la última reforma constitucional la creación de territorios, jurisdicciones y distritos indígenas, sin con esto haber restringido la soberanía ni haber desmembrado el Estado colombiano.”¹⁹⁷

La propiedad comunitaria indígena como resguardo de Soberanía territorial:

Como hemos visto hasta ahora, las comunidades indígenas no son antagónicas a la existencia ni a la soberanía del Estado, y podemos afirmar que el ejercicio efectivo de la propiedad comunitaria puede ser una de las alternativas al resguardo de la soberanía territorial argentina en la Patagonia, que como analizábamos antes, está amenazada por intereses económicos, sobre todo extranjeros.

Si bien la propiedad privada está sujeta a restricciones, y el dominio inminente del territorio es del Estado, la concentración de la tierra, el traspaso incontrolado de la frontera, y las irregularidades en la adquisición de las tierras, así mismo la falta de información respecto al origen de los capitales, las actividades en los dominios territoriales y sus objetivos a futuro atentan a la supremacía que debiera ejercer el Estado en esta región estratégica de nuestro país. *“La tierra que ocupaban los sobrevivientes fue considerada tierra del dominio privado del Estado, tierra fiscal, estableciéndose así una primera discriminación respecto a la aplicación de la propia “ley blanca”, que reconocía y reconoce la adquisición del derecho de propiedad por el transcurso del tiempo a quien posee un inmueble por el lapso que fija la ley. Este es muy inferior por cierto al tiempo de posesión de la tierra por los mapuche. Como estos fueron originarios de la misma. La lógica del vencedor los fue desplazando sin miramientos hacia tierras marginales, en condiciones de mera subsistencia”.*¹⁹⁸

El resguardo efectivo del territorio por parte de la propiedad comunitaria indígena está presente en los términos “enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos” presente en el art. 75 inc. 17 de la Constitución nacional: *“De la misma forma se deberá conciliar el derecho de propiedad privada con el de propiedad comunitaria, volviendo casi a las mercedes reales, o a los vinculados, por la situación de imposibilidad de enajenarla, ser embargada y otros instrumentos que no se entiende si se refieren al derecho a la propiedad individual consagrado en el art. 17”*¹⁹⁹ Éstos conceptos jurídicos toman vida ante la amenaza latente de entrega de territorio nacional como canje de deuda externa, pública y privada: “La ley provincial 3210 de Río Negro también llamada “Fondo Fiduciario” ha sido dictada en octubre de 1998 con el objeto de determinar la transferencia de las tierras fiscales de la provincia de “Río Negro Fiduciaria S.A.” para su “realización o concreción de otras operaciones cuya renta o producido se afectará a la atención del pago de las deudas del Estado provincial y a la afectación como contrapartida provincial de los créditos con la Banca Multilateral (art1)” “El Estado Nacional, a través de una iniciativa del Presidente Duhalde, intentó imponer el mismo criterio a fin de dar en garantía a la Banca Acreedora las tierras fiscales nacionales existentes a lo largo del país, cuyas consecuencias previsibles desencadenarán en una indefectible ola de remates de las tierras inscriptas a nombre de los Estados, con la bandera de algún banco y con gauchos adentro” *“Las provincias patagónicas han emprendido, al mismo tiempo que un avance en la misma política ideada por la ley de fondo fiduciario de Río Negro, una llamativa arremetida destinada a obtener la titularización de estas tierras a favor de quienes cuentan con*

mayor capacidad económica. La intención es clara y confesa: optimizar la recaudación del impuesto inmobiliario,²⁰⁰

Es así cómo la propiedad comunitaria bajo la tutela jurídica del Estado garantizaría la protección a la soberanía territorial argentina en la Patagonia, siendo otro argumento para ésta la presencia de ciudadanos argentinos en áreas fronterizas y territorios escasos en densidad poblacional, los cuales son más propensos a la rapiña del capital extranjero. Y así el Estado seguiría ejerciendo su jurisdicción que como vimos anteriormente pese al respaldo del derecho positivo está amenazada por los manejos de los intereses extranjeros que pueden valerse de los poderíos económicos, políticos y legales foráneos para quebrantar estas garantías.

IX.F. Consideraciones finales

La propiedad comunitaria indígena como concepción nacida de una cosmovisión diferente a la occidental (sobre la cual está cimentada nuestra sociedad argentina) genera tensiones en el ámbito del pensamiento; tanto individual, como social y mucho más en el de la ciencia social, la cual busca racionalizar esta concepción ajustándola a paradigmas que poco tienen que ver con la realidad ancestral de nosotros como pueblos originarios.

En el ámbito de la sociedad es difícil de comprender otra forma de posesión respecto a una “cosa”, como lo es la tierra, lo es mucho más la forma comunitaria de posesión que constantemente es confundida con la propiedad de tipo colectiva propugnada por el marxismo.

La importancia de la tierra para los pueblos originarios deriva de la concepción misma de la existencia del hombre en su relación con Dios y con el universo, en donde no es el hombre quien posee a la tierra, sino “la tierra quien posee al hombre”. Es por eso que para el hombre originario esta es mucho más que un derecho, y al lesionarlo se lo lesiona en la esencia misma de su existencia, su dignidad como hombre.

La historia argentina y la ley misma ignoró esta realidad, atenta a intereses de quienes poseían el poder en ese entonces, el racismo y el etnocentrismo sirvieron de fundamento para justificar la exclusión de los “diferentes” de entonces. Es así como se construye la nación argentina, donde la proclamada igualdad parece cuando ésta afecta al orden establecido o al que se pretende imponer.

Los hechos demuestran que la propiedad comunitaria indígena no obstante estar plasmada en el orden positivo, su implementación y cumplimiento no es garantizada por el Estado, el cual entrega territorios que pertenecen a comunidades aún existentes a magnates extranjeros y nacionales, donde la concentración de la tierra, la apropiación privada de zonas de frontera y terrenos que albergan aguas de dominio público no son males menores que ponen en peligro la supremacía y la soberanía misma del Estado en la Patagonia. Si bien nuestra Constitución plasmó la idea que los habitantes extranjeros puedan habitar nuestro país, (o adquirir propiedad) no se puede concebir esto como apto para la violación de las leyes que resguardan nuestra soberanía territorial, lo expuesto anteriormente demuestra como la idea de frontera y soberanía queda derogada ante los hechos no obstante el orden positivo que las garantizan.

Esta región estratégica geopolíticamente por contener recursos naturales (tal es el caso de la explotación minera en Esquel donde nuestro patrimonio no obstante emigrar al extranjero, se atenta contra nuestro ambiente y contra nosotros mismos), terrenos vírgenes, y entre otros agua potable en importantes dimensiones, hoy es puesta en el centro de una discusión sobre el rol del Estado como garante del bien común, donde este al cumplir con la normativa vigente y asegurar la propiedad comunitaria a los pueblos originarios está contribuyendo a proteger el dominio eminente sobre su territorio, ya que los pueblos originarios nunca plantearon aspiraciones separatistas, además fue demostrado cómo históricamente estos contribuyeron a la defensa de la soberanía territorial. Así también comparten como el resto de la ciudadanía, el respeto por la autoridad pública, siendo ésta la única institución suprasocietal capaz de asegurarle por medio del orden legal y su estructura administrativa el respeto a su existencia y el derecho sobre las tierras que ancestralmente ocupan.

Es así como se produce la simbiosis entre las comunidades originarias y el Estado y que al estrechar esta relación, contribuyen a la democratización, el respeto de la

multiculturalidad y el fortalecimiento de los vínculos que hacen al fortalecimiento y unidad de todos los argentinos.

Esta problemática no queda aquí agotada, este fue un pequeño intento por recorrer un largo camino mucho antes iniciado por nuestros líderes en la defensa de nuestros derechos. MARI CHI WEU!²⁰¹

IX.G. Complementos

I.A.1). Tratados con pueblos indígenas en la época colonial

Tratado del 4 de septiembre de 1779 el Virrey Juan José Vértiz, el fiscal José Pacheco y Gómez y los pampas.

Entre los puntos del mismo se destaca:

"Quiere S. E. que las naciones que son comprendidas en esta paz mantengan sus toldos fijos."

"Establecidos en los puestos no han de poder pasar hacia esta parte de la frontera, de cuyo modo conocerán las tropas españolas que a los que hallen podrán cautivar o matar cuando fuesen encontrados."

"En caso que alguna de esas naciones o caciques y sus indios, quieran hacerse cristianos, se les señalará paraje en la otra banda donde formen un pueblo o ranchos dándoles los auxilios necesarios para empezar a poblar."

Acuerdo del 27 de julio de 1782 entre el Virrey (Junta de Guerra) y el Cacique Cayupilquir

Ante una proposición de Cayupilquir hermano del cacique Lorenzo (pampa). Entre los puntos que propone entre otros, que los indios que potrean en todo el distrito desde Salinas a Magdalena se los mire como amigos responde la Junta de Guerra:

"Respecto a que la extensión de estas campañas es dilatada y que franquea su utilidad, a todas las naciones de indios que pueblan sin perjuicio de nuestros territorios, siempre que se contengan en los que le son proporcionados, se les concede para que puedan potrear desde el fuerte de Chascomús a Rincón del Tuyú y desde el Fuerte Rancho hasta Laguna de Camarones y Canal del vecino y del Fuerte Luján a Pantalén, si ocuparan otra extensión fuera del límite deberán tratarse como enemigos y que faltan a lo estipulado." (Levaggi Ídem p. 128)

En nueva reunión, entre una comitiva formada por 3 indígenas, un cacique, dos chinas y dos cautivas, el Marqués de Loreta, ofrece la respuesta del Virrey para asentar la paz entre otros puntos consiste en "*colocar a sus parcialidades en parajes a propósito de la frontera, dándoles los auxilios necesarios que necesiten para vivir.*"

Tratado de Paz en Cabeza de Buey 3 de mayo de 1790 con el Cacique Lorenzo Acuerdo definitivo del 5 de septiembre de 1790

Se establece "Que el Cacique con todos sus aliados han de establecer sus tolderías en los parajes de la banda norte de las Sierras del Volcán, Tandil Cuello Canú, Telpechán y Tenemiche."

Solidaridad Indígena con motivo de las Invasiones Inglesas

El 17 de agosto de 1806 se presentó en la sala capitular el indio Felipe, en nombre de los indios pampas y tehuelches ofreció gentes, caballos y cuantos auxilios dependían de su arbitrio para oponerles a los "colorados" además de gente para conducir a los ingleses tierra adentro si era necesario. Los capitulares le agradecieron la oferta y le contestaron que la tendrían muy presente.

Felipe volvió un mes después acompañando al Cacique Catemilla. Este les habló de su sentimiento por la pérdida de la ciudad y de su contento por la reconquista. Reiteró la oferta de ayuda. Con el único objeto de proteger a los cristianos de los "colorados" habían hecho las paces con sus enemigos los ranqueles, con quienes estaban en guerra. Esto se obligaron a guardar los terrenos de Salinas hasta Mendoza, e impedir por aquella parte cualquier insulto a los cristianos y pampas a hacer lo propio en toda la costa sur hasta Patagones. Los cabildantes le dieron las más expresivas gracias y los agasajaron.

El 22 de diciembre de 1806 fueron diez los caciques que acudieron al Cabildo. Por medio de un intérprete pronunciaron la arenga siguiente:

"A los hijos del sol: a los que tan largas noticias tenemos de lo que han ejecutado en mantener estos reinos, a los que gloriosamente habéis echado a esos "colorados" de nuestra casa, que lograron tomar por una desgracia, a vosotros que sois los padres de la patria, venimos personalmente a manifestarnos nuestra gratitud, no obstante que por nuestros diferentes enviados os tenemos ofrecidos cuantos auxilio y recursos nos acompañan, hemos querido conocerlos por nuestros ojos y llevarnos el gusto de haberlo conseguido; y pues reunidos en esta grande habitación igualmente vemos a nuestros reyes, en su presencia y no satisfechos de la embajada que os tenemos hechas, os ofrecemos nuevamente reunidos todos los grandes caciques que veis hasta el número de veinte mil de nuestros súbditos, todos gente de guerra, cada cual con cinco caballos, queremos que sean los primeros en embestir a esos colorados que parece aún los quieren incomodar. Nada os pedimos por todo esto y mas que habernos en vuestro obsequio: todo os es debido, pues que no habéis libertado, que tras de vosotros siguieran en nuestra busca: tenemos mucha vigilancia rechazarlos por nuestras costas dando contamos con mayor número de gente que el que os llevamos ofrecido: nuestro reconocimiento en la buena acogida que dais a nuestros frutos, y permiso libre con que daos lo que necesitamos es bastante a recompensarnos con este pequeño servicio: mandad sin recelo, ocupad la sinceridad de nuestros corazones y ésta será la mayor prueba y consuelo que tendremos: así esperamos lo ejecutaréis y será perpetuo vuestro nombre en lo más remoto de nuestros súbditos, que a una vez claman por nuestra felicidad, que deseamos sea perpetua en la unión que os juramos."

Caciques: Chulí, Laguiní, Paylaguan, Cateremilla, Negro y Lorenza, Epumer, Errepuento, y Turuñancú.

Tratado del 2 de abril de 1805 en el Fuerte San Carlos Francisco Rosas y Faustino Anzay como comandante de la Frontera de Mendoza Concertado por el Comandante Miguel Telis Malesis con los Pehuenches

El 2 de abril de 1805 se produjo un parlamento en el que participaron veintitrés caciques y once capitanejos. Entre los puntos acordados se destacan:

"Se manifestaron éstos satisfechos de que nuestras partidas no se dirigen a quitarles sus tierras y esclavizarlos como intentaron persuadirles alguno malévolos."

"Igualmente de que el Rey mira por ellos y desea beneficiarlos y en este concepto franquearon sus tierras para la apertura de los caminos que gustásemos, asegurándonos su libre tránsito.

"Considerándose con derecho a los terrenos que hacen la confluencia de los Ríos Diamante y Atuel cedieron en la posesión de ellos para el abastecimiento del mismo fuerte y población por las ventajas que resultarán de asegurarlos así de sus enemigos y fomentar su comercio con nosotros."

Hecho el acuerdo se procedió a la erección del Fuerte y Valle San Carlos en Mendoza, asegurándose por un prolongado tiempo la paz en la frontera austral mendocina.

Acuerdo en Buenos Aires del 6 de julio de 1806 entre el alcalde Luis de la Cruz y Carripilún

Ante un pedido del Alcalde de Concepción (Chile) quien propuso en Buenos Aires a Carripilún la creación de un camino directo entre Bs. As. y el sur de Chile, el Cacique Pehuenche Carripilum responde:

"Están ahora francas nuestras tierras para que puedan transitar todos los españoles que quieran, ya con el comercio ya sin él, podrán asegurar como quieran el camino, no se les hará perjuicio, sino ante los favores y estimación que podamos, del mismo modo que me prometía experimentarían los nuestros en nuestras tierras que ahora estiman."

Tratados con indígenas en la época patria

Primeras relaciones entre las autoridades patrias y los indígenas. Participación del coronel Pedro Andrés García.

En 1810 se organiza una expedición bajo órdenes del coronel Pedro Andrés García, entre los objetivos mas importantes se destaca que se garantizase puedan seguir los viajes a Salinas Grandes en busca de sal. *"Otro objetivo de mas largo plazo, fue el adelanto progresivo de la frontera hacia el Sur y la radicación de pobladores blancos en las nuevas tierras, asunto que trató García con los caciques principales Epumer, Quintelén, y Victoriano"*.

En la "Memoria" que elevó al gobierno a su regreso expresó lo siguiente:

"Pude con dulzura y buen trato prevenir favorablemente los ánimos de estos caciques y sus aliados, para que se prestasen voluntariamente a nuestros designios ellos se han decidido con gusto a permitirnos la planificación de poblaciones indicadas, y han ratificado su consentimiento personalmente ante este Superior Gobierno".

En 1811 el cacique Quintelén y su sobrino Evinguanau, se entrevistan con las autoridades del Triunvirato. El 5 de octubre fueron recibidos por el presidente, Feliciano Antonio de Chiclana, quien les dirigió una arenga patriótica. Expresó entre otros conceptos, que cualquiera fuese la nación de que procedían o las diferencias de su idioma y costumbres, los consideraba siempre como la adquisición más preciosa. Sin entrar en el examen de las causas que los habían separado, sostuvo que eran *"vástagos de un mismo tronco"*

(...) *Amigos, compatriotas y hermanos*" y exhortó a unirse para "*constituir una sola familia*". Los aborígenes prestaron obediencia a las nuevas autoridades.

El tener del discurso, estaba de acuerdo con la política indigenista adoptada por los gobiernos patrios, consistente en halagar a esa parte numerosa de la población para atraerla a la causa revolucionaria. Del logro del objetivo dependía en gran parte su éxito.

En 1815 doce caciques se pusieron de acuerdo en arreglar con el comisionado gubernamental en un parlamento, lo relativo al adelanto de la frontera, construcción de guardias y otros asuntos de interés común. El gobierno nombró a García pero al remplazarlo por otro comisionado provocó la desconfianza de los indígenas que se opusieron abiertamente a la formación a su frente de nuevos establecimientos.

Parlamento del general San Martín con los pehuenches de Mendoza septiembre de 1816

El general José de San Martín cultivó desde 1814, como gobernador intendente de Cuyo, relaciones amistosas con los pehuenches que ocupaban las laderas orientales de la Cordillera. Cuando preparaba el cruce de los Andes para libertar a Chile, se propuso renovar esas relaciones con la intención de engañar a los realistas chilenos acerca de sus verdaderos planes militares. Era un episodio de la "guerra de zapa" dentro del marco de la guerra de la independencia.

El parlamento se llevó a cabo en la plaza de armas del Fuerte San Carlos. Fray Francisco Inalicán ofició de intérprete. En una nota reservada, que dirigió al gobierno de Bs. As. San Martín señaló el objetivo de la reunión: primero que si se verificaban la expedición a Chile le permitieran el paso por "sus tierras" y segundo que auxiliasen al ejército, con ganados, caballadas y demás a sus alcances a los precios o cambios que se estipularan.

El cacique Ñancuñán, que era el más anciano, le contestó en nombre de las tribus presentes, que, salvo tres caciques, a los que sabría contener, todos aceptaban sus proposiciones. El tratado de alianza fue sellado con el abrazo que se dieron San Martín y los caciques.

No solamente al paso se redujo la ayuda del pueblo pehuenche, también participan de la guerra de zapa enviando mensajeros (werkenes) hacia Chile, y también vaqueanos que los guían por el paso.

Otro de los hechos importantes fue la "Custodia de la Frontera" encargada por San Martín a los pehuenches.

Carta del Fray Francisco Inalicán al General San Martín:

"Tengo el honor de recibir el oficio de V. S. en el que se digna V.S. de participarme los desgraciados sucesos de Chile, y que en esta virtud, quiera V. S. soldar nuestra amistad con nuestros paisanos los pehuenches, haciéndoles un parlamento por medio del señor Comandante de Fronteras, quienes (no dificulto) aceptarán nuestra propuesta; pues no es, la primera vez, que se les ha echo ver, que nos rijan: y así espero en el señor, que serán ellos los fronterizos, que tendremos para con nuestros enemigos de nuestra sagrada causa."
Fortaleza de San Rafael octubre 20 de 1814.

Los tratados en el territorio de Mendoza "*Fueron proyectados y luego firmados con los principales caciques indios con el objeto de mantener una paz duradera, reconociendo éstos la soberanía de la República Argentina sobre todo el territorio nacional y a su vez el Gobierno reconoce a las tribus la*

posesión tranquila de esas tierras que ocupan y les entregará anualmente a las tribus amigas, las vituallas mas necesarias para su mantenimiento y también caballos".

Estas relaciones demuestran la solidaridad del pueblo pehuenche el la gesta sanmartiniana, convirtiéndose en los primeros "centinelas de la frontera", lugar que después pasará a ocupar Gendarmería Nacional. Demostrando así un antecedente histórico que junto a la solidaridad con motivo de las invasiones inglesas, los pueblos indígenas de la frontera pampeano-patagónica hicieron un valiosísimo aporte a la consolidación de la soberanía nacional.

Acuerdo entre Feliciano Chiclana y los ranqueles en Mamul Mapú el 27 de noviembre de 1819

El director supremo José Rondeau se hizo representar por el coronel Chiclana. Tendría la misión de obtener el consentimiento de los indígenas bonaerenses para extender la línea de frontera más al sur. El 27 de noviembre se efectuó el parlamento en la toldería de Lienan, rumbo al sudoeste de Bs. As. Asistieron Carripilún, Payllarín, Quinchún, Millan, Flumiguan, Neguelche, Neyguan, Payllañan, Paupai, Quintén, Huilipan, Hilario, Pedro, Lorenzo Recuento y Nicolás Quintana.

Entre las proposiciones estaban:

"Que no debían dar oído, a las persuasiones que les hiciesen los indios chilenos a sus amigos, sobre abrigar a los europeos españoles, que andan entre ellos dispersos, y mucho menos permitirles, que pasasen por sus territorios a invadir nuestras fronteras".

"Que para estrechar la amistad y unión, convendría sacar las guardias."

Con respecto a la última proposición, recordaron haber ya convenido en que las fronteras se pusiesen en la banda oriental del río Salado. Chiclana observó que ahí no había aguadas competentes, por lo que jamás podría verificarse población; que de necesidad tenía que ser en la margen occidental, a dos o cuatro leguas del río. Los caciques discutieron largo rato, hasta que se pusieron de acuerdo en el adelanto de las guardias de Luján, Salto y Rojas al oeste del Salado, con tal de que sólo se pusiese la fortaleza y algunas pulperías para comerciar con ellos.

Tratados con los pampas en la estancia "Miraflores" de Francisco Ramos Mejía el 7 de marzo de 1820

En las negociaciones de la recién constituida provincia de Bs. As. con los pampas actuó como intermediario el estanciero Ramos Mejía, fue uno de los primeros en establecerse allende el río Salado, en Marihuincul.

El 7 de marzo en su estancia, el brigadier general Martín Rodríguez, en representación del gobierno bonaerense, y los caciques Ancafilú, Tacuman, y Trirnn, por ellos y por otros confirmaron la paz. Fue suscrito un documento que entre otros puntos establece:

"Se declara por línea divisoria de ambas jurisdicciones el terreno que ocupan en esta frontera, los hacendados, sin que en adelante pueda ningún habitante de la provincia de Buenos Aires internarse más al territorio de los indios."

"Los indios respetarán las posesiones y territorio de los hacendados del Sud, como propiedades de la Provincia de Buenos Aires, y ésta la de los indios ultra

de las posesiones territoriales expresadas en el artículo cuarto en que se demarcan los límites respectivos."

No obstante el acuerdo, la paz llega a romperse a causa de la guerra civil que enfrentaba el país. Surgen nuevos acuerdos de alianza y de compromiso con el gobierno de Bs. As.

Misión del coronel García en 1822 para celebrar paces con los pampas, huilliches y ranqueles

La sesión central se efectuó el 27 de abril en la toldearía del cacique Pablo. Participaron los caciques pampas Lincón, Avonué, Pichiloncoy, Epuan, Mañabilú, Chañapan, Pitry, Califiau, Neculpichuy, Llanqueleu, Cachul, Huillentur, Acaliguen, Anepan, Trngnin y Quiñefoló; y los huilliches Llampileo o Negro, Churlaquén, Napaló Nigiñil, Sebastián y Canilié.

García propuso que el comercio se hiciese únicamente por tres puntos de la frontera, restricción con la que no estuvieron de acuerdo. Además, les recordó la conformidad prestada en 1815 para el adelanto de la frontera. No sólo la negaron sino que pidieron el retiro de la tropa de Patagones y , dentro del año , el de todas las estancias y familias situadas al sur del Río Salado.

"El cacique Negro se quejó por el despojo de las tierras que habitaban desde el cabo San Antonio hasta las faldas del Volcán. No obstante la injusticia padecida habían decidido retirarse al río Colorado".

Como consecuencia de esa misión y de la recomendación de García de avanzar la frontera mas allá del río Salado, Rodríguez emprendió su segunda expedición contra los indios." *En su transcurso fundó el fuerte de la Independencia Tandil, que se convertiría en una base de capital importancia para la conquista del sur bonaerense. Entre enero y mayo de 1824 Rodríguez hizo una tercera expedición que alcanzaría hasta Bahía Blanca".*

No obstante los tratados y parlamentos los oficiales de la frontera divagaban entre las relaciones de amistad y la lucha con los indígenas, según las circunstancias y las órdenes del gobierno.

Tratado de la laguna del Guanaco el 20 de diciembre de 1825 entre los ranqueles y Buenos Aires, Córdoba y Santa Fe

A raíz del problema de los malones, los rehenes de ambos bandos, y otros problemas comunes a estas tres provincias. Se decide establecer un tratado de paz con los ranqueles comandados por el Cacique Millan y cincuenta caciques, por el lado de los gobiernos lo firman Azpillaga, Bargas como comisionados de Bs. As. y Pedro de Bengolea como representante de Córdoba y Santa Fe. Entre uno de los puntos principales se destaca:

"Que los terrenos comprendidos desde la sierra del Volcán, Tandil y Curicó por no pertenecer a la nación de ellos, sólo debe convenirse con los huilliches que son los dueños de dichos terrenos."

Gestión de paz de Mateo Dupin en el sur de Bs. As. Parlamento con los caciques pampas y tehuelches del 23 y 24 de febrero de 1825

El parlamento se realizó en la toldearía del cacique Negro, concurrieron Dudué y Enequilé, Potí, Mahica, Tenindin, Anchilevi, Chelene y por los tehuelches Dedué, Werkén,

Basilio, Quesni y Cani, para el representante bonaerense Dupin una de las intenciones de los indios era la siguiente:

"La destrucción del fuerte de la Independencia, edificado en tierras que el Ser Supremo nos ha dado para vivir en ellas, y que ningún poder humano tiene derecho de quitarnos".

La Paz quedó asentada, pero esta pretensión de los indígenas no fue correspondida.

Parlamento de los hermanos de la Oyuela en Bahía Blanca

A los comisionados el gobierno les dio las instrucciones verbales siguientes : el acuerdo pasaría por la devolución a los indios de las tierras del Tandil, pero sin demoler el fuerte de la Independencia. Las tribus que fueran a poblar esas tierras serían gratificadas periódicamente.

En Bahía Blanca reunidos treinta y nueve caciques, recordaron su temor a ser engañados y despojados de sus tierras.

En Bs. As. el comisionado fue sorprendido por la noticia que Juan Manuel de Rosas con dos ejércitos estaba tirando la frontera con bases muy diferentes a las convenidas. De la Oyuela fue constituido como rehén.

Las conversaciones llevadas a cabo por los hermanos se habían basado en el reconocimiento del derecho de propiedad de los naturales de las tierras del Tandil. Prefirió el accionar de Rosas, y se apoderó de éstas por su propia autoridad.

Los comisionados fijaron su posición en el siguiente manifiesto, que es un planteo jurídico del problema de las tierras indígenas de aquella época:

"La Comisión, al proponer la primera base en fuerza a las tenaces reclamaciones de los caciques habitantes y antiguos poseedores de dichos campos, tuvo en vista los principios proclamados y las instituciones que nos rigen, entre las que se encuentra, ser inviolable y sagrada la propiedad: es verdad que la guerra entre naciones es un justo título para adquirir; pero también lo es cesando aquélla, se devuelven las ciudades, tierras etc. si no hay indemnizaciones por parte del conquistador a la nación propietaria. Sean dichas tierras propias de los indios fronterizos e incuestionable derecho de propiedad o adquiridas por el derecho de la guerra, siendo como son reclamadas indemnizando a la provincia de su pérdida, la devolución es conforme a la justicia y a las leyes de las naciones".

Vemos aquí como aunque el Gobierno proclamaba ciertos principios, que si bien chocan con la cosmovisión de los pueblos indígenas, y se encuadra dentro del Liberalismo que le da origen a todas estas nuevas instituciones como la propiedad, cuando se ponen en juego sus intereses y objetivos las leyes que los materializan se convierten en letra muerta.

Tratado del arroyo Epecuén del 25 de abril de 1826 Juan Manuel de Rosas y los pampas y tehuelches

Para relacionarse con los pampas y tehuelches Rosas se valió de algunos indios que vivían en su estancia "Los Cerrillos". El lenguaraz Valdebinito, su mujer y la india Tadea, fueron encargados de llevarles sus proposiciones. Entre las que se encuentra:

"Que la guardia de Tandil se conservaría. Que por la línea de frontera se reconocería en adelante la que arrancando del Rincón de Lobos, pasase por el Volcán hasta Tandil, y trayendo de Tandil el rumbo de Picún-gulutu partiese por la mitad el arroyo Azul, el de Tapalqué, en dirección al Fortín Mercedes. Que esta línea serviría para fijar los puntos de comercio, y para respetar para siempre los campos de aquel lado de las guardias, por de los indios y los cristianos los de este lado. Que a los caciques que convenciesen ser dueños del Volcán, Tandil, Arroyo Azul y Tapalqué se les compensaría por las tierras en modo público en términos claros".

Ya en Bahía Blanca, Rosas dijo que *"...otra no sería jamás la línea de frontera que la que ya estaba trazada; que el Gobierno así como había levantado la guardia del Tandil, sin que ellos la hubiesen podido evitar, ni destruir, que levantaría las más que conviniesen a la seguridad de la campaña en la nueva línea. Que eligiesen entre la amistad obsequiosa, conveniente y generosa, o la fuerza."*

Resultado de la Asamblea:

"Unánimemente han convenido en la permanencia de la guardia de la Independencia en el Tandil, en el reconocimiento de la nueva línea de frontera, y en que se coloquen sobre ellas las demás guardias".

En Epecuén Rosas es representado por los comisionados Ulloa, Bargas y Barrera con los caciques Paplo, Nicolás y Coñopan. Respecto a los territorios establece lo siguiente:

"Que respecto a los terrenos de sierra del Volcán, Tandil y Curicó, que ellos no tienen intervención, que el Gobierno entienda con los cacique a quien pertenecen, y que por lo que respecta a las guardias que trata de hacer el Gobierno puede hacerlas en el Salado."

Tratos en 1846-1847 Relación con los pehuenches de Mendoza

El Gobernador Pedro Pascual Segura, le dio posesión de los campos situados entre los ríos Malargüe y Grande y Agua Nueva. Bajo las mismas condiciones una parte del campo al sur del Río Malargüe fue cedida al capitán Epuñan, y otra al sur del Río Grande al cacique Nahuel Ñire, nombrado por el gobierno Cacique Gobernador de las tribus instaladas al sur del río Barrancas.

La política pacifista fue continuada por las nuevas autoridades después de la sanción de la Constitución Nacional en 1853, en su artículo 64 inc. 15 establecía:

"conservar el trato pacífico con los indios".

No obstante estos deseos, *"...comenzó a oírse voces disconformes, reclamando sacarlas de la pasividad que guardaban y promover el avance de la frontera y la ocupación del territorio indígena para incorporarlo a la actividad productiva"*.

Se iniciaba el tiempo en que el poderoso caudillo huilliche Juan Cafulcurá, dominó con su presencia el temible escenario de la frontera, tras haber unido en una confederación a la gran familia mapuche hasta entonces dispersa. Constituían esa familia los ranqueles, puelches, picunches, huilliches del Colorado y sus propios huilliches salineros.

Negociaciones de los gobiernos de Mendoza y Córdoba. Tratado con los ranqueles celebrado en Río Cuarto en octubre de 1874

El coronel Baigorria encabezó la delegación indígena enviado por Cafulcurá los hijos de Pichún y representantes de Calvañ. Alvarado representante de Santa Fe resume entre otros puntos de las bases ajustadas:

"Se garantizan la propiedades territorial de los indios, y completa seguridad de personas y bienes con ansias libertad para que puedan ir a las Provincias de la Confederación, con comercio o a buscar trabajo como ellos quisiesen."

Arreglos de Paz entre el comandante Benito Villar y el cacique Ranquel Yanketruz, Bs. As. 24 de mayo de 1857

Bs. As. se había separado de la Confederación, y pactaba con los indígenas por su cuenta. Villar estuvo encargado por el gobierno de Valentín Alsina de suscribir el acuerdo que establecía:

"El cacique Yanketruz, reconoce que sus antepasados cedieron por tratados al antiguo Gobierno del rey de España las tierras que se conocen por Patagones hasta San Javier."

"Dicho cacique pone ahora a disposición del Gobierno de Bs. As., una extensión de trece leguas, desde San Javier sobre la margen norte del Río Negro, para que en el límite de dichas trece leguas pueda el gobierno formar una población que se denominará Guardia de Obligado y que será destinada a procurar la civilización y adelanto de los indios."

"El gobierno de Bs. As. encarga al cacique formar con su gente dicho pueblo, en terreno de labranza y de manera que él pueda estar a la vanguardia de Patagones."

"Se declara al cacique José Yanquetruz, comandante en Jefe de todo el territorio de la Pampa aldeaña a Patagones."

Convención de paz entre el general Manuel Escalada y Catriel formalizada en Azul el 25 de octubre de 1856

Escalada como representante del gobierno de Bs. As. y Catriel envía a sus emisarios y los de Cachul. En el texto se estipuló:

"Las tribus de estos caciques, con la venia y consentimiento del Gobierno se establecerán al oeste del arroyo de Tapalqué, en un área de veinte leguas de frente y veinte de fondo, cuyos límites se fijarán por el ingeniero del Ejército, si es posible que sean naturales, y con asistencia de ellos, los cuales el general en jefe, se los dará en propiedad a las mencionadas tribus, para que vivan allí pacíficamente ejerciendo su industria y cultivando la tierra para su sustento."

"El gobierno concede espontáneamente al cacique mayor Con Juan Catriel el título de General y Cacique Superior de las Tribus del Sud, y al Cacique Juan Manuel Cachul el de teniente coronel".

Catriel ratificó todo por escrito estableciendo:

"Y por cuanto a nuestros campos quedan por V.S. reconocidos a nombre del Superior por legítima propiedad de la sierra de Curamalal hasta la de Bayucurá. Sirviendo esta última de límite para ambos sin poder traspasar esta línea ni los cristianos a esta parte ni los indios a la otra, por ningún pretexto y solamente podrán unos y otros pasar a comercio, y por cuanto a ocupar nosotros nuestros campos, lo haremos cuando nos convenga y bajo las condiciones pactadas".

El territorio que se le reconocía estaba aún en discusión. Los límites ambicionados por Catriel y Cachul no eran aceptados por Escalada. Respecto a este punto quedará en suspenso hasta que lo arreglen directamente con el gobierno.

Tratados entre la provincia de Buenos Aires y las tribus de Pedro Melinao e Ignacio Coliqueo en 1860

La tribu de Pedro Melinao acordó con Bs. As. *"...establecerse en Bragado, obediente a las autoridades con la obligación de prestarle servicio militar. Por ley del 9 de septiembre de 1863 la provincia, en una de sus primeras decisiones le concedió a Melinao y a su tribu la propiedad de dos leguas cuadradas de tierra que ocupaban en el partido de Bragado"*.

Mediante dos leyes una de 1866 y otra de 1868 la provincia le *"concede al cacique Coliqueo en propiedad dos leguas, de tierra en Bragado y cuatro leguas mas respectivamente."*

En la Cámara de Diputados se genera un debate para Varela *"Estas concesiones de grandes latitudes producen la holgazanería, y es la división de la tierra la que hace industrial al hombre."* A su juicio la propiedad comunitaria de la tierra era una especie de "mano muerta".

Para Moreno era un problema que la tierra fuera común: *"Sería necesario que aceptaran costumbres de que no tienen ideas para dividir la propiedad.() no podemos imprimir nociones del derecho en personas que tienen ideas tan distintas"* Diario de sesiones Diputados Bs. As. 1868.

En la misma época por una ley provincial dictada a pedido de los capitanejos Martín, Francisco y Manuel Rondeau, les fue acordada, a ellos y a su tribu, la propiedad de cuatro leguas de terreno que poblaban en el partido de 25 de mayo, *"prefiriéndolos a cualquier otro que no tenga legítimo derecho reconocido"*.

En apoyo del proyecto, sostuvo el senador Miguel Estévez Sagú: *"¿Quién puede tener mejor derecho a la tierra que estos naturales que desde remotas generaciones han sido siempre los dueños de ella?"*

Ni esa ley ni otras semejantes reconocieron a los indígenas un derecho originario de propiedad. Siempre obraron la provincia y la nación como legítimos dueños. Y fue en ese carácter que les cedieron graciosamente determinadas extensiones.

Tratado entre Murga y Valentín Sayhueque Patagones 1863

El Comandante De Patagones, por pedido del Presidente Mitre formaliza un tratado con el Cacique manzanero Sayhueque en el que se estipula:

"Si el Gobierno de la República Argentina determinase explorar el río Negro u ocupar algún punto militar en todo el curso de él, el Cacique Sayhueque le prestará todos los auxilios que le sean posibles, los que le serán debidamente remunerados y pagados por el Gobierno."

Tratado entre el Presidente Mitre y Changallo Chico Bs. As. 1863

Este pacto fue firmado en Buenos Aires José María Chagallo. El 23 de septiembre con Mitre, que concibe entre otros:

"Si el Gobierno de la República Argentina determinase explorar el Río Negro u ocupar algún otro punto militar, el cacique le prestará todos los auxilios que le sean posibles los que serán debidamente remunerados y pagados por el Gobierno."

Tratado entre Naupichú y el comandante LLano Bahía Blanca 18 de diciembre de 1864

Se establece como punto:

"El cacique Naupichú vendrá situarse con toda su tribu en las inmediaciones de Bahía Blanca, en el punto que esta Comandancia le señale y a las inmediatas órdenes de dicha Comandancia."

Relación entre el Gobierno de Mendoza y los naturales de Malargüe

Muerto el cacique Fraipan en 1864, los malargüinos recurrieron al Comandante Yrrazáball de San Rafael. El cacique sucesor fue Acuyano quien presentó un pedido al Gobierno de Mendoza. Fue reconocido y a su instancia el Gobernador y a su instancia el Gobernador ratificó *"la ocupación y disfrute que dicha tribu tiene concedida en los campos situados al Sur de esta ciudad."* (Resolución del Gobernador Carlos Gonzáles Mza. 20 de mayo de 1865)

Tratado entre los tehuelches Francés y Casimiro Biguá en Bs. As. el 15 de julio de 1865 y el 5 de julio de 1866

Juan Cornell, "Jefe encargado de atender las tribus amigas" suscribe con los tehuelches situados cerca de la colonia galesa de Gaiman en Chubut, estipula:

1° "El cacique llamado Francés ha cedido las tierras de su pertenencia al Gobierno Nacional Argentino comprendidas en el río Chubut desde su desembocadura por una y otra margen tierra adentro, hasta donde le convenga tomar posesión, con una zona de veinte o más leguas de diámetro, partiendo de las costas del mar."

3° "Se obliga asimismo situarse con sus tribus cerca de dicha Colonia en un lugar conveniente de tierras de labranza, con el fin de custodiar la población y oponerse con su gente y armas a toda invasión de indios ladrones, o de extranjeros que tomen posesión del territorio argentino."

5° " Los caciques llamados Santa Cruz el uno, y Vicente Yagues el otro se obligan por su parte con sus ambas tribus, a ser súbditos del Gobierno Argentino enarbolando su bandera, y poniéndose a las órdenes del cacique Chagallo Chico quien ya tiene tratados y está subordinados a las autoridades del Gobierno en la Comandancia de Carmen de Patagones y situarán sus tolderías en lugar conveniente, por los caminos de Valcheta, custodiando y

estorbando las invasiones de los indios ladrones por el territorio de aquella frontera".

Tratado entre el Comandante Luis Piedra Buena y el Cacique tehuelche Casimiro en los territorios desde Chubut hasta el estrecho de Magallanes en Bs. As. el 5 de julio de 1866

Como consecuencia de la gestión de Piedra Buena se firmó un tratado con características distintas del anterior, por los mayores beneficios acordados a los tehuelches, sin duda por el alto valor estratégico de las tierras que ocupaban." *Es digno de resalto en ambos documentos, la afirmación de la soberanía argentina sobre la Patagonia. También, que de acuerdo con la Constitución Nacional, se retomaba la senda de la evangelización de los naturales*".

1° "El cacique mayor Don. Casimiro autorizado por los caciques y demás jefes ya expresados, declara que: Habiendo nacido sus antepasados y ellos mismos en el Territorio Argentino que se comprende en la parte oriental de las Cordilleras de los Andes hasta el Estrecho, reconocen por su Gobierno al Nacional Argentino, se declaran sus súbditos y obedecerán como tales a las autoridades de su dependencia en Patagones".

2° "Declaran que ellos no reconocen como Territorio Chileno al lugar que hoy ocupa la colonia chilena en Punta Arena, porque saben por tradición que sus antepasados y los datos que han tomado de los extranjeros que frecuentan sus puertos, que el Gobierno Argentino ha sido y es al que le pertenece todo el Territorio Patagónico hasta el estrecho."

3° "Declaran asimismo, que han resuelto, él y sus jefes formar un pueblo, o colonia con sus propias tribus en el lugar denominado Puerto San Gregorio, al cual le llamarán La Argentina, admitiendo y subordinándose él y sus jefes al Comandante Político y Militar que el Gobierno Nacional mandare para gobernar dicho pueblo".

4° " El cacique Don. Casimiro pondrá en práctica la fundación del mencionado pueblo tan luego como regrese a su destino llevando los útiles al Gobierno le dé para construir una casa, y enarbolarán en ella el pabellón argentino".

12° "Al cacique mayor Don. Casimiro, como jefe encargado por el Gobierno para guardar las costas y el Territorio Patagónico al Sud."

Tratado de Paz entre el Coronel Lucio V. Mansilla y un representante de Mariano Rosas el 22 de enero de 1870

Este acuerdo llevado a cabo en territorio indígena fue arreglado de acuerdo al siguiente punto entre otros:

1° "Compra de la tierra, desde mi actual línea de frontera hasta la laguna del Cuero, tirando una línea que, partiendo de la actual frontera de Mendoza, pase por dicha laguna y llegue hasta la actual frontera de Buenos Aires."

En el Fuerte Sarmiento se firma el 22 de enero de 1870 estipula que:

8° "Los caciques arriba mencionados (ranqueles), reconocen que los límites de la República Argentina por el Sud son el Estrecho de Magallanes, por el naciente el mar y por el poniente la Cordillera de los Andes, el Gobierno Nacional reconoce a las tribus Mariano Rosas y Baigorrita la posesión tranquila de las tierras que ocupan actualmente mientras dure el presente tratado de paz."

9° "Los caciques arriba mencionados se obligan a no ocupar al Sud del río Quinto con tolderías"

20° "El Gobierno Nacional se obliga a no avanzar la línea de frontera Sud y Sud Este de Córdoba, durante el término de cinco años, estableciendo dentro de las veinte leguas de tierra que se refiere el art 9 fuertes o fortines, pero podrá consentir el establecimiento de colonias o estancias".

25° " Los cacique Mariano Rosas y Baigorrita a nombre de sus respectivas tribus no podrán ahora ni en ningún tiempo hacer cesión o venta, ni las tierras que ocupan actualmente ni de las que llegasen a ocupar más al Sud en lo sucesivo a ninguna nación o tribu de indios extranjeros".

26 ° "El Gobierno Nacional permitirá si lo desean los cacique enarbolar en sus toldos la bandera nacional".

27° "En caso de invasión extranjera los indios de Mariano Rosas y Baigorria se declararán aliados del Gobierno Nacional comprometiéndose a empuñar las armas en defensa de la República".

Tratado entre el Gobierno Nacional y el araucano Limonao firmado en Buenos Aires el 13 de octubre de 1869

El Gobierno Nacional por una parte y por otra la Comisión del cacique Limonao compuesta de sus dos hijo Huyebal y Mariano Ruiz, enviados por el presente tratado han convenido los artículos siguientes:

1° "El cacique Limonao con toda su tribu se declara súbdito argentino, y reconoce en el Gobierno General el dominio y soberanía que tiene en todo el territorio de la República, que se comprende por la parte oriental de los Andes hasta terminar en el Estrecho de Magallanes."

2° "No reconoce dicho cacique y su tribu ningún dominio ni autoridad en los caciques Calfucurá y Reuque, ni en ningún otro cacique natural del país o de Chile, titulándose dueños de los territorios pertenecientes a esta República, de una y otra banda del Río Negro, Isla Choelechoel el río Neuquén y el Limay."

3°"Como tales súbditos argentinos el cacique y toda su tribu formarán una colonia agrícola militar en Choelechoel o Patagones donde el Gobierno General les designe".

9° "Se le concederá un área de campo en propiedad suficiente para toda la tribu, sea en el mismo Choelechoel, o más adentro donde el terreno sea más a propósito para el cultivo y para la cría de ganados, les serán donada en propiedad".

En este y otros tratados pese a la donación del terreno, nada dice respecto a la forma de propiedad comunitaria, cabe suponer que se concede como propiedad privada.

Relaciones entre el coronel Francisco de Elía y el cacique pampa Cipriano Catriel. Convenios de cooperación en Azul el 9 y 15 de octubre de 1872

Llegado al Azul a mediados de 1870 el coronel Francisco de Elía, con el cargo de comandante general de la frontera del Sur, tuvo una entrevista con Catriel, quien vivía en esos campos entre los arroyos Azul y Tapalqué. Se convino lo siguiente:

3° "Se estipuló de común acuerdo y con la aprobación de todos los caciques presentes quienes se prestaron muy gustosos de cooperar a la defensa y resguardo de la frontera(...)"

En 1872 el diputado José María Jurado, socio de la Sociedad Rural Argentina, institución que había tomado con interés el problema indígena presentó en la Legislatura un proyecto de distribución de tierras con el fin de corregir la situación irritante en que se encontraban.

El 22 de noviembre la provincia sancionó la ley de concesión en propiedad a Catriel y su tribu, de veinte leguas cuadradas en el partido de Azul. Se distribuirían entre ellos a propuesta del poder ejecutivo, no podrían enajenarlas por diez años, y pasado de ese tiempo, sólo con autorización gubernativa.

Tratado del teniente Liborio Bernal celebrado en Carmen de Patagones el 1 ° de agosto de 1872 con Quempill y Jaucamil y otro con Ñancucho.

En ambos tratados fue reconocido cacique y jefe de los campos de Patagones el sargento mayor Miguel Linares, vinculado por acuerdos con el gobierno nacional desde 1869. Entre los arreglos se destaca:

2°" Habiendo dispuesto el Gobierno Argentino explorar el Río Negro en todo su curso, los caciques se comprometen a prestar todos los auxilios que les sean posibles, los que serán debidamente remunerados y pagados."

Tratado entre el comandante jefe de frontera Segovia y el cacique pehuenche Purrán, Llancaqueo y Aiyal

El cacique José Félix Purrán, cuyas tierras estaban situadas al sur de las de Cepé, envió a Segovia una comisión para entrar en los preliminares de un tratado. Además fueron representantes de Llancaqueo y Aiyal. El 11 de agosto fu suscrito el tratado, en el que se establece:

2° "Siendo reputado como neutral, por los tratados celebrados con las tribus del cacique Caepé, el campo intermedio de la línea de fronteras hasta la margen izquierda del Río Grande, está convenido con el citado cacique que el jefe de la frontera podrá establecer fortines..."

6° "El Gobierno Nacional se compromete a hacer respetar la ocupación del terreno fijado al sur del río Neuquén para residencia de las tribus, en el cual podrán vivir pacíficamente bajo el amparo del Gobierno..."

9° "Los caciques se comprometen a no dejar pasar por sus territorios ninguna invasión dirigida contra las poblaciones de la República Argentina, y dar aviso de cualquier otra que aunque no deba pasar por sus territorios, tengan noticia de que se dirige contra las referidas poblaciones, cooperando con sus armas a las órdenes del jefe de frontera para impedir o castigar la invasión".

10° "Los caciques signatarios de este tratado reconocen la soberanía de la República Argentina, y el Gobierno Argentino reconoce a las tribus del Cacique Purrán y demás la posesión tranquila de las tierras que ocupan hasta el límite fijado por el artículo primero, mientras dure el presente tratado de paz."

Tratado con los picunches Quempumil, Yancamil y Guenupil en Carmen de Patagones el 1 de septiembre de 1874

En dicho tratado se establece :

1° "Que los caciques Quempemil, Yancamil y Guenupil, se obligan a venirse a poblar la Costa del Río Colorado en el paraje que el jefe de Patagones les indique, debiendo traer, cuatrocientos cincuenta indios de lanza y más con sus familias."

2° "Quedan obligados los cacique a hacer la defensa de Patagones y Bahía Blanca como el jefe les ordene."

3° "Es obligación de los caciques hacer descubiertas sobre los campos de Salinas Grandes para saber cuándo intentes invadir".

El 16 setiembre de 1874 a título de Gobierno Indígena de las Manzanas el cacique huilliche Sahueque solicitó al gobierno nacional un nuevo tratado. Su segundo José Antonio Lonco-Chino , expone la propuesta:

1° "Se obliga esta gobernatura apoyar la defensa de Patagones, Bahía Blanca, Azul, Colorado, Tandil y principalmente la bandera argentina y hacer respetar las poblaciones que se hallan pobladas de los hijos del país tanto de extranjeros dentro de los límites de mis propiedades"

Convenio celebrado entre Nicolás Levalle y Juan José Catriel en Azul en 1875

El jefe de la frontera sur Nicolás Levalle celebró un convenio con Catriel en el fuerte Lavalle el 1° de setiembre de 1875, en los términos que siguen:

4° " El gobierno pondrá a disposición del cacique general Catriel, Agrimensores para medir y delinear los campos a donde situarse su tribu."

Alsina informó al Gobernador Casares la presencia de la tribu entre Azul y Tapalqué, había provocado la desvalorización de la tierra, porque los pobladores la consideraba una amenaza para sus intereses.

Según Ebelot, Alsina le impuso la misión de trazar una población "en pleno desierto" dotarla de escuela, rodearla de chacras y quintas , e instalar en ella la tribu.

Convenio de paz celebrado con Melicurá en Patagones el 21 de setiembre de 1875

Este convenio establecía:

- 1° "El cacique Melicurá se obliga a venirse a poblar la costa del río Negro, en el paraje que el Jefe de Patagones le indique debiendo traer por lo menos setenta indios de lanza y armas con sus familias."
- 2° "Queda el cacique obligado a hacer la defensa de Patagones cuando el jefe se lo ordene."
- 3° "Es obligación del cacique hacer descubiertas sobre los campos de Salinas Grandes para saber cuando intentan invadir."

Convenio en Bahía Blanca entre el teniente coronel Cerri y el tehuelche Maripán en agosto de 1875

Actúa como intermediario Francisco Iturra y establecen:

"El referido cacique acompañado de todos sus indios que pasarán tal vez de doscientos con sus respectivas familias, vendrán a establecerse sobre la costa del Sauce Chico del otro lado en el punto que el Gobierno estime conveniente cediéndole para que puedan tener sus pastoreos, seis leguas de campo."

"Harán el servicio extraordinario que el Jefe de la Frontera disponga, y se presentarán al mismo caso de invasión de sus caballos y lanzas para combatir con los invasores sean ellos cualesquiera, y además vigilar la parte que corresponde de esa frontera."

Petitorio de Manuel Namuncurá el 3 de mayo de 1875

Namuncurá establece un petitorio en Junín a las autoridades de frontera y establece:

1° " El cacique Gral. Don Manuel Namuncurá por su posición pide que la línea de fortines que se halla en su punto que permanece no sea movida más afuera por ser lindera con los campos heredados de su posición y que consta haberlos defendido por sus antecesores; como ser Carué, Arroyo del Pescado y del Pihué y del Sauce y Gueminir y Puhan."

Adelantándose a una expedición que tenía preparada para el año siguiente Alsina le avisó a Namuncurá que era una exploración científica y que nada tenía que ver con ellos. El cacique responde: *"como todavía no nos hemos dado la mano derecha para quedar definidos los acuerdos de paces se ordena una disposición que*

grava a nuestro estado de los indios en quitarnos el campo de Carhué sin haberse vendido, siendo campo heredado de mi finado padre que tanto ha trabajado en tiempo de la Independencia, ha peleado en contra de los indios que no querían ser amigos con los cristiano estableciendo sus posiciones en los campos que ha sabido defender y por ser campos heredados los defiende. No permitiré el avance un paso más de la línea de fortines."

No hubo tratado y en 1876 el ejército ocupó los campos de Carhué.

Es así como comienzan a ser los tratados meros formalismos, los engaños comienzan en ellos, y a pesar que los jefes indios lo saben, ya saben que perderán su territorio.

Último tratado entre Sayhueque Gobernador de las Manzanas y Zeballos en 1878

Durante la expedición exterminadora de Roca este acuerdo se suscribe y establece:

"Reconocimiento de la propiedad de la tierra que ocupan sus indios y promesa de ayudarlos en su conservación y defensa"

Para Roca era el único cacique que merecía ser considerado por su conducta siempre , fiel y cuya tribu nunca había figurado en malones. Lo nombró Gobernador de las Manzanas para que hiciera cumplir entre las poblaciones indias de su dependencia *"todas las prescripciones transmitidas y lo demás que convenga ordenar en lo sucesivo"*.

Uriburu tenía ordenes de invitar a los caciques Purrán y Sayhueque a un parlamento en Choelechoel para arreglar un tratado y contrariando esas órdenes, decidió atacar a las comunidades. *"Ese fue el comienzo de la ocupación del Neuquén y el fin de toda posibilidad de nuevos tratados en esa frontera. Consumada su desobediencia, Roca en vez de castigar a su lugarteniente convalidó su conducta"*.

Juárez Celman decreta en 1887:

1º "De las reservas de tierras nacionales al Sud del Río Negro se destinan veinte mil hectáreas para ser distribuidos y adjudicados a las tribus de indios sometidos."

4º "La adjudicación se hará a perpetuidad, con la condición que no podrán ser enajenados por los indios, sino después de veinte años de posesión en las condiciones que establece este acuerdo".

Luego se conceden terrenos a Namuncurá, Pichihuica y Trapailaf, pero las leyes no se dictaron a favor de las tribus sino de las familias de los indios El propósito fue *"suprimir esa comunidad en que viven aún los grupos de población india de la Pampa como medio de civilizarlos, indicándoles que van a poseer terrenos de su propiedad y con el fin de suprimir futuras necesidades."* como lo decía el Senador Carlos Doncel

Es así como se termina con la organización comunitaria de los pueblos del sur, condenándolos a la exclusión que hoy vuelven a reclamar.²⁰²



Lonco Pincén en 1878 AGN

I.A.2). **Legislación en materia de propiedad comunitaria**

CONVENIO 169 "SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES" ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

La Conferencia General de la OIT es convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo congregada en dicha ciudad el 7 de junio de 1989.

FUENTES:

- _Declaración Universal de los Derechos Humanos
- _Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
- _Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- _Instrumentos Internacionales sobre prevención de discriminación
- _Convenio 107 Protección Internacional de pueblos indígenas y tribales de países independientes

Este convenio fue redactado considerando la evolución del Derecho Internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales de todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia.

Se reconoce las aspiraciones de estos pueblos 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 de los Estados en que viven.

Se observa que 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 y que sus leyes valores y costumbres han sufrido a menudo una erosión.

Se recuerda la contribución de los pueblos indígenas a la diversidad cultural, la armonía social y ecológica de la humanidad y la cooperación y comprensión internacionales.

ORGANISMOS COLABORADORES:

Organización de las Naciones Unidas

Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, Ciencia y Cultura

Organización Mundial de la Salud

Instituto Indigenista Interamericano

Sancionado el 27 de junio de 1989.

TIERRAS:

Al aplicar el Convenio los gobiernos deberán respetar la importancia que para las culturas y los valores espirituales de los pueblos reviste su relación con las tierras o territorios y los aspectos colectivos de esa relación (Art.13 inc.1).

La utilización del término tierras incluye el concepto de territorio que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que ocupan los pueblos (Art. 13 inc.2).

Se deberá reconocer el derecho de propiedad y posesión sobre la tierra que tradicionalmente ocupan. También se deberán tomar medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos pero a los que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y su subsistencia. Con atención a pueblos nómadas y agricultores itinerantes (Art.14 inc.1).

Se deberá tomar medidas para determinar las tierras que los pueblos ocupan tradicionalmente para garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. (Art.14 inc.2)

Se deberá instituir procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para decidir la reivindicación de las tierras (Art. 14 inc.3).

Los derechos de los pueblos a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse. Comprende el derecho a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. (Art.15 inc.1)

En caso que pertenezca al Estado la propiedad de los recursos naturales, deberán

establecer procedimientos con miras a consultar a los pueblos, a fin de determinar si sus intereses se verán perjudicados y en qué medida, antes de autorizar la explotación de los Recursos. También los pueblos deberán participar siempre que sea posible en los beneficios de tales actividades y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades (Art.15 inc.2).

Los pueblos no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan. (Art. 16 inc.1).

Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación sean necesarias, sólo deberá efectuarse con su consentimiento dado libremente y con pleno conocimiento de la causa (Art.16 inc.2).

Los pueblos deberán tener derecho a regresar a sus tierras tradicionales cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado. (Art.16 inc.3).

Cuando el retorno no sea posible dichos pueblos deberán recibir tierras cuya calidad y estatuto jurídico sea por lo menos iguales a los que ocupaban anteriormente y permitan subvenir sus necesidades y garantizar su desarrollo. (Art. 16 inc.4).

Deberá indemnizarse a personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento. (Art.16 inc.5).

Las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos establecidas por los mismos deberá respetarse. (Art. 17 inc1).

Deberá consultarse siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras, a transmitir otra forma sus derechos sobre otras tierras fuera de su comunidad (Art.17 inc.2)

Deberá impedirse que personas extrañas puedan aprovecharse de sus costumbres o del desconocimiento de las leyes para arrogarse la propiedad, la posesión o uso de las tierras pertenecientes a ellos. (Art.17 inc.3).

La ley deberá prever sanciones apropiadas contra la intrusión no autorizada en sus tierras y todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas (Art.18).

Los programas agrarios nacionales deberán garantizar condiciones equivalentes a los de otros sectores de la población a efectos de : asignación adicional de tierras cuando las tierras sean insuficiente para garantizarles la subsistencia o hacer frente a su crecimiento numérico, otorgamiento de medios necesarios para el desarrollo de las tierras (Art.19).

Este Convenio fue reglamentado en Argentina por le Ley N° 24.071 del año 2001.

I.A.3). **CONSTITUCIÓN NACIONAL REFORMA DE 1994**

La Constitución Argentina establece como atribución del Congreso según el Art. 75 inc. 17

Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos (Nota la preexistencia es con respecto al Estado Argentino).

Garantizar el respeto a su identidad y al derecho a una educación bilingüe e intercultural.

Reconocer la personería jurídica de sus comunidades.

Reconocer la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan.

Regular la entrega de otras aptas y suficientes para su desarrollo humano.

Ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos (Nota en oposición al Art. 17 inc. 2 del Convenio 169).

Asegurar su participación en la gestión de los recursos naturales y demás intereses que los afecten.

Las provincias ejercen concurrentemente estas atribuciones, pudiendo sancionar leyes complementarias.

Se detecta un gran avance respecto a la Constitución de 1853 que establecía como puntos principales: "Prever a la seguridad en la frontera, conservar el trato pacífico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo. (Art. 67 inc. 15) "En la cual el vocablo indio en el Constitucionalismo liberal reconoce su existencia con un estatus jurídico al menos de indios independientes, los consideraba naciones con las cuales se pactaba o se guerreaba."²⁰³

I.A.4). **LEY NACIONAL N° 23.302 "Sobre política indígena y apoyo a comunidades aborígenes"**

Esta surge de un proyecto del Diputado Nacional Fernando De la Rúa, iniciado en el período 1973-1976. Es sancionada en 1985 y reglamentada en 1989.

Establece la creación del Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI), como entidad descentralizada con participación indígena, actualmente dependiente del Ministerio de Desarrollo Social.

Define al ámbito de aplicación: las comunidades indígenas y establece los requisitos para la obtención de la personería jurídica y su inscripción en el Registro de Comunidades Indígenas.

Se declara de interés nacional el apoyo a los aborígenes y las comunidades indígenas existentes en el país y su defensa y desarrollo para su plena participación en el proceso sociocultural de la nación.

El INAI deberá ejecutar:

Una Política de Promoción Económico Social basada en la adjudicación de tierras a las comunidades y de fomento de organización de cooperativas y mutuales.

Una Política Educativa que compatibilice el respeto de las tradiciones propias (lengua materna, artesanía, creencias religiosas y demás modalidades culturales) con los conocimientos que les permitan su incorporación a la vida nacional.

Una Política Sanitaria en la que converjan la medicina moderna y los recursos medicinales tradicionales.

Una Política de Vivienda que tenga en cuenta los apoyos financieros necesarios y el aprovechamiento de técnicas tradicionales de construcción.

I.A.5). **ANTEPROYECTO DE LEY "Emergencia de la propiedad comunitaria indígena"**

Presentado por la Diputada Nacional Marta Maffei, el 29 de septiembre del 2004 a la Comisión de Población y Recursos Humanos y el 28 de octubre a la Comisión de Justicia.

Se declara en todo el territorio nacional, por término de 4 años la emergencia en materia de propiedad y posesión de tierras que tradicionalmente hubieran sido ocupadas por comunidades indígenas, cuya personería jurídica estuviese registrada ante el Registro de Comunidades Indígenas, organismo provincial competente o por aquellas preexistentes que aún no estén registradas pero manifiesten voluntad de hacerlo (Art. 1).

Suspéndase por término de duración de la emergencia el trámite de ejecución de sentencia de desalojos dictadas en proceso judiciales que afecten el dominio y/o posesión de esas tierras por parte de esas comunidades indígenas. la posesión de la comunidad indígena debe ser ancestral, pública y con una continuidad mínima de 1 año inmediato al anterior al 6 de septiembre del 2004 (Art.2)

Dentro de los 2 primeros años contados a partir de la sanción de la presente norma, el INAI deberá realizar un censo y posterior registro de las familias e individuos que integran las comunidades, delimitación del territorio donde se asientan actualmente y los que ocupaban con anterioridad a ser desplazados o expulsados, la situación dominial de las mismas y la actividad principal que desarrollan (Art.3).

Las comunidades que con posterioridad al 6 de septiembre hayan sido desalojadas, despojadas o expulsadas de su territorio serán reubicadas de inmediato y transitoriamente en los mismos predios. Cuando esta no resultare factica o jurídicamente posible serán reubicados en aquellos otras que la comunidad acepte voluntariamente, según el Art. 16 inc. 4 del Convenio 169 de la OIT, por el término que dure la emergencia de esta Ley (Art. 4).

I.A.6). **JURISPRUDENCIA: Fallos sobre propiedad comunitaria indígena que sientan precedente**

I CASO AWAS TIGNI Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Sentencia de la Corte Interamericana en el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua (31 de agosto del 2001), se ha convertido en un hito para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas en el ámbito internacional. Por primera vez un tribunal internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, falló a favor de los derechos colectivos a la tierra y los recursos naturales de una comunidad indígena.

Awas Tigni es una comunidad indígena mayagna perteneciente al municipio de Waspam. Desde 1995, la comunidad tiene un contencioso con el Gobierno Nicaragüense en torno a los derechos de propiedad de su territorio tradicional. En ese año, el Ministerio de Ambiente y los Recursos Naturales, sin consultar a la Comunidad y sin su consentimiento, otorgó una concesión forestal a la empresa maderera SOLCARSA, alegando que las tierras de la Comunidad eran "tierras nacionales". Mientras tanto el Gobierno desatendió repetidamente las demandas de la Comunidad para que demarcara y titulara su territorio ancestral. La ausencia de títulos de tierras en el área donde se encuentra Awas Tigni, debida a la inacción del gobierno, generó mucha incertidumbre acerca de los límites del territorio de la Comunidad en relación con las comunidades vecinas al tiempo que permitió la entrada de colonos en ese territorio.

Con la asesoría legal del Centro de Recursos Jurídicos para los Pueblos Indígenas y el apoyo de la oficina regional del Grupo Jurídico Internacional de Derechos Humanos, la comunidad llevó su caso ante las distintas instancias administrativas y judiciales. Ni el Tribunal de Apelaciones de Matagalpa ni la Corte Suprema de Justicia brindaron una protección judicial efectiva a la Comunidad. Una vez agotados todos los recursos jurídicos internos, la Comunidad tuvo que recurrir a los mecanismos internacionales de protección de los Derechos Humanos. Desde 1996, el caso fue considerado por la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, de la Organización de los Estados Americanos. La Comisión promovió la negociación entre el Estado y la Comunidad, pero éstas nunca llegaron a buen término. En vista a que el Gobierno no atendió sus recomendaciones, en mayo de 1998 la Comisión se vio obligada a llevar el Caso ante la Corte Interamericana. La Corte dictó sentencia el 31 de agosto de 2002, fallando a favor de la Comunidad Awas Tigni y al mismo tiempo a favor de los derechos de los pueblos indígenas de todo el Continente Americano.

A-El derecho a una protección Judicial Efectiva

En su Sentencia la Corte concluyó que la Comunidad no vio atendidas sus alegatos en contra de la concesión ilegal del gobierno o de su demandada de titulación, y que como consecuencia el Estado violó el derecho de la Comunidad a la protección judicial efectiva, tal y como se reconoce en el Art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Ante la amenaza de la concesión al SOLCARSA, la comunidad presentó en 1995 un primer amparo por vía de hecho ante el Tribunal de Apelaciones de Matagalpa, que fue desestimado irregularmente. El recurso de amparo presentado por vía de hecho ante la Corte Suprema de Justicia demoró un año, cinco meses y seis días, cuando el plazo establecido en la Ley de Amparos es de 45 días. Un segundo recurso de amparo interpuesto por la Comunidad ante el Tribunal de Apelaciones de Matagalpa tardó 11 meses y siete días en resolverse, y el Tribunal no se pronunció sobre el fondo de las alegaciones. A la luz de estos hechos, la Corte concluyó: "En consideración de los alcances de la razonabilidad del plazo en procesos judiciales, el procedimiento que se siguió ante las diversas instancias que conocieron de los amparos en este caso desconoció el principio de plazo razonable consagrado en la Convención Americana. Los recursos de amparo resultarán ilusorios e inefectivos, si en la adopción de la decisión sobre éstos incurre en un retardo injustificado.

El Estado tiene la responsabilidad de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, así como la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales.

El Poder Judicial se encuentra vinculado por las obligaciones internacionales asumidas por Nicaragua en materia de Derechos Humanos. En consecuencia, es su responsabilidad la de garantizar la plena efectividad de los derechos de los pueblos indígenas a su tierra y los recursos, reconocidos no sólo en la Convención Americana, sino en la Constitución

Política y la Ley de Autonomía. Y ello con independencia de la legislación interna de desarrollo. Los derechos no deben ser solo reconocidos sino garantizados.

B-El derecho a la propiedad de la tierra y los recursos

La Corte falló a favor de las pretensiones de la Comunidad, dictaminando que Nicaragua había violado su derecho a la propiedad de la tierra y los recursos, reconocido en la Constitución Política de Nicaragua (Art. 5,89 y 180) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Corte considera que de acuerdo al Art. 5 de la Constitución, los miembros de la Comunidad tienen un derecho de propiedad comunal sobre las tierras donde actualmente habita, sin perjuicios de otras Comunidades Indígenas. Sin embargo, la Corte advierte que los límites del territorio sobre los cuales existe tal derecho de propiedad no han sido efectivamente delimitados y demarcados por el Estado, que ha creado un clima de incertidumbre a la Comunidad en cuanto no saben con certeza hasta donde se extiende geográficamente su derecho de propiedad y consecuentemente desconocen hasta dónde pueden usar y gozar libremente de los respectivos bienes. La Corte estima que el Estado a violado el derecho al uso y goce de los bienes para los miembros de la Comunidad toda vez que no ha delimitado y demarcado su propiedad comunal y que ha otorgado concesiones a terceros para la explotación de recursos ubicados en un área que puede llegar a corresponder total o parcialmente a los terrenos sobre los que deberá recaer la delimitación, demarcación y titulación correspondiente.

Como consecuencia de las violaciones señaladas de los derechos consagrados en la Convención en el presente caso, la Corte dispone que el Estado deberá proceder a delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a los miembros de la Comunidad, en un plazo máximo de 15 meses, con la plena participación y tomando en consideración el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de la Comunidad. Mientras no se hayan delimitado, demarcado y titulado las tierras de los miembros, Nicaragua se debe abstener de realizar actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su equiscencia o su tolerancia, afecten la existencia el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan o realizan sus actividades los miembros de la Comunidad Awas Tingni.

C- Indemnización y Costas Judiciales

El daño inmaterial ocasionado debe ser además reparado por vía substitutiva, mediante una indemnización pecuniaria. La Corte estima que el Estado debe invertir por

concepto de daño inmaterial, en el plazo de 12 meses, la suma total de U\$S 50.000 en obras o servicios de interés colectivo en beneficio de la Comunidad Awas Tigni, de común acuerdo con ésta y bajo la supervisión de la Comisión Interamericana.

La Corte considera que es equitativo otorgar, por conducto de la Comisión Interamericana, la suma total de U\$S 30.000 por concepto de gastos y costas en que incurrieron los miembros de la Comunidad y sus representantes, ambos causados en los procesos internos y en el proceso internacional ante el sistema interamericano de protección. Para el cumplimiento de lo anterior el Estado deberá efectuar el respectivo pago en un plazo de seis meses contado a partir de la notificación de esta sentencia.

EL CASO AWAS TIGNI

Y LOS DERECHOS TERRITORIALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Los pueblos indígenas tienen un derecho de propiedad colectivo que las que tradicionalmente usan y ocupan. El derecho propiedad del Art. 21 de la Convención Americana incluye también sistemas tradicionales indígenas de tenencia de la tierra.

El fundamento del derecho a la tierra de los pueblos indígenas es su propio derecho consuetudinario. Los derechos no emanan de un acto de reconocimiento del Estado se basan en la costumbre y las prácticas tradicionales. Por lo tanto, los pueblos indígenas tienen derechos sobre sus territorios tradicionales independientemente de que cuenten o no con título formal de propiedad. No existe sólo un modelo de uso y goce de los bienes... Pretender que únicamente existe una forma de usar y disfrutar de los bienes, equivaldría a negar a millones de personas, la tutela del derecho de propiedad, substrayéndolos así del reconocimiento y la protección de sus derechos esenciales que se brindan a las demás personas. Lejos de asegurar la igualdad, se establecería una desigualdad contraria a las convicciones y a los propósitos que inspiran el sistema continental de derechos humanos.

El derecho de los pueblos indígenas es de carácter colectivo la Constitución Política de Nicaragua reconoce el derecho de los pueblos indígenas a "mantener las formas comunales de propiedad de sus tierras y el goce, uso y disfrute de las mismas".

Los gobiernos violan los derechos de los pueblos indígenas cuando autorizan el uso y aprovechamiento de tierras y recursos indígenas sin su consentimiento. Independientemente de la existencia o no de título de propiedad, nadie tiene derecho a ocupar la tierra la tierra de los pueblos ni usar sus recursos sin haberles consultado previamente y sin su consentimiento. La concesión a la empresa Solcarsa constituía una violación a este derecho. Lo mismo puede decirse e todos aquellos casos en los que los gobiernos aprovechan, directamente o a través de concesiones a terceros, los recursos naturales existentes en tierras indígenas tratando a éstas como si fueran "tierras nacionales".

El derecho de los pueblos indígenas a la tierra se hace efectivo con la demarcación y titulación efectiva de esas tierras. La Corte considera que en Nicaragua no existe un procedimiento adecuado para delimitar, demarcar y titulas las tierras comunales

indígena. La Corte impuso al Estado el deber de llenar este vacío. La Corte decide que el Estado debe adoptar en su derecho

interno las medidas legislativas, administrativas o de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo, efectivo de delimitación, demarcación y titularización

de las propiedades de comunidades indígenas acorde al derecho consuetudinario de, los valores, los usos y costumbres de éstas.

II CASO "SADE CONTRA COMUNIDAD INDÍGENA KOM KIÑE MU"

Este fallo corresponde al Juez Emilio Riat de la III Circunscripción Judicial de Río Negro del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería N°5 en la Ciudad de San Carlos de Bariloche el 12 de agosto del 2004.

La familia Sade demandan el desalojo de sus inmuebles rurales ubicados en la Sección IX de Río Negro a Herminia Vila, Patricio Vila, Pantaleón Vila, Ernesto Napal, Iglesia Evangélica Asamblea de Dios y demás ocupantes que hubiera porque ninguno tiene derecho a ocuparlos después de extinta la relación que mantuvieron contra Ernesto Sade.

Los demandados excepto la Iglesia opusieron excepciones y pidieron el rechazo de la demanda porque integran la Comunidad Indígena Kom Kiñe Mu de la reserva Ancalao con derecho a la propiedad comunitaria y ancestral de esas tierras de modo que la cuestión debe resolverse en un proceso petitorio o posesorio en vez que un proceso de desalojo donde se debaten derechos personales, además que ninguna de las partes tiene legitimación para ese proceso ya que los actores invoca títulos nulos y los demandados no tienen obligación personal de entregar la cosa a pesar de que se extinguiera la relación porque laboral porque tienen su posesión ancestral y adquirieron la propiedad por prescripción.

El Juez consideró que la propia ley reconoce la ocupación de la Comunidad Ancalao en la IX región de Río Negro. Según el Art.2 de la Ley Provincial 2.644447 del 17/06/1993 "los integrantes de la Reserva indígena Ancaleo,...ejercen la ocupación real y efectiva de los predios colocados bajo reserva (Sección IX de la Provincia de Río Negro).

La Constitución rionegrina admite la preexistencia de la cultura aborígen (Art. 42 y 14) el Convenio 169 /1989 sobre Pueblos Indígenas y tribales de Países Independientes de la OIT, aprobado por ley 24.071 reconocen la propiedad sobre la tierra que los indígenas ocupan tradicionalmente.

Finalmente la propia Constitución Nacional admite desde 1994 "la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos, y reconoce la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan." (Art. 75 inc. 17).

Se reconoce también que Herminia Vila y Ernesto Napal integran con su familia la comunidad indígena que ocupa tradicionalmente los campos involucrados en este caso de acuerdo con el Consejo de Desarrollo de Comunidades Indígenas CODECI autoridad de aplicación de la ley provincial 2287 (ley integral del indígena rionegrino, con funciones consultivas y resolutivas).

Recuérdese que se entenderá como "comunidades indígenas a los conjuntos de familias que se reconozcan como tales por el hecho de descender de poblaciones que habitaban el territorio nacional en la época de la conquista y se denominará indígenas o indios a los miembros de esa comunidad." (Art.2 ley 23.302).

Es irrelevante que la comunidad todavía no haya concluido el trámite administrativo para obtener la personería jurídica porque ésta no es condición para ejercer el derecho reconocido a las tierras. Al contrario, el reconocimiento de la personería es otro derecho garantizado en vez de una obligación.

La comunidad de los demandados posee las tierras en cuestión porque así lo reconocen las propias normas tanto constitucionales como legales. Compréndase: "la posesión comunitaria de los pueblos indígenas no es la posesión individual del Código Civil

Por mandato de la Constitución nacional, toda ocupación tradicional de una comunidad indígena debe juzgarse como posesión comunitaria aunque los integrantes hayan ejercido por sí los actos posesorios típicos de la ley inferior (Art. 2384 del Código Civil).

La posesión comunitaria y la propiedad comunitaria de los indígenas son categorías jurídicas nuevas que requieren alguna adecuación normativa. Pero el derecho reconocido por el constituyente es plenamente operativo. En las XVIII Jornadas Nacionales

de Derecho Civil se concluyó " que la posesión y propiedad indígena son conceptos nuevos y peculiares que afectan al concepto mismo de derecho real." Se recalcó su rango constitucional supremo, diferenciado y autónomo del derecho civil inferior. "La protección consagrada para la propiedad de las comunidades indígenas argentinas por el Art. 75 inc. 17 C.N. hace innecesaria e inconveniente su inclusión en el Código Civil, ya que ello implicaría una desjerarquización no requerida por el poder constituyente."

Por eso se ha propuesto por ejemplo que la propiedad comunitaria sea un dominio público reservado a la población de cada comunidad o a cierta entidad no estatal que la represente. (ver Cassagne, "Derecho Administrativo).

Es trivial que los demandados hayan nacido o no en el lugar específico que hayan tenido residencia continua o intermitente , que hayan trabajado la tierra para sí o para otro etc. Es incluso intrascendente que alguno de ellos haya reconocido circunstancialmente la posesión de otro, porque se trata de un derecho irrenunciable desde que es inajenable (Art. 75 inc. 17).

Es altamente improbable que los integrantes de una comunidad indígena hayan realizado actos posesorios típicos del código civil

después de la Conquista y la inmigración por las características y secuelas de ambos fenómenos históricos. (ver Ramella Susana "Ideas demográficas argentinas 1930-1950 Una propuesta poblacionista elitista, europeizante y racista").

Se concluye que los demandantes Vila y Napal tienen título para poseer ya que la propia ley los legitima en tanto integrantes de Una comunidad indígena. El vocablo título no debe entenderse en sentido documental o formal como instrumento probatorio de dominio, sino como causa legítima de la transmisión o adquisición de un derecho real. Aquí la causa legítimas es la ocupación tradicional de una comunidad indígena preexistente al Estado.

Que los actores también ostentan títulos pero posteriores a la posesión tradicional y comunitaria de los demandados y con límites mal confeccionados que invaden la zona reconocida a la Reserva Ancalao por el decreto del 17/11/1900 de acuerdo con lo informado por la autoridad de aplicación de la ley 2.287.

Que la cuestión excede el marco de un proceso de desalojo donde sólo puede ventilarse la obligación personal de restituir el inmueble.

Que el desalojo es improcedente porque la posesión de los demandados es necesariamente anterior a los títulos de los actores ya que incluso es anterior a la formación misma del Estado que los confirió /Art. 2789 del Código Civil).

FALLO FINAL: Debe rechazarse la demanda por todo lo expuesto. Emilio Riat Juez.

III FALLO " COMUNIDAD KOLLA DE COCHINOCA, JUJUY"

La Comunidad Kolla de Cochinoaca habita en 24.000 has. ubicadas a 50 Km. de Abra Pampa en la Provincia de Jujuy, reclama ante el la Cámara Civil y Comercial de Jujuy a cargo de la Jueza María Rosa Caballero de Aguilar el "título de propiedad comunitario" sobre las tierras ocupadas por ellos.

La jueza se expide el 14 de septiembre del 2001 con un fallo que hace posible que el Registro Inmobiliario otorgue el "título de propiedad colectiva" a 33 familias kollas de Jujuy.

La jueza toma como antecedente un Decreto 18.341 de 1949 por el que se expropiaron tierras jujueñas de Tumbaya, Tilcara, Valle Grande, Humahuaca, Cochinoaca, Rinconada, Santa Catalina y Yavi. Allí se aplicó un régimen de explotación y adjudicación a los habitantes que incluía la prohibición de enajenar las tierras.

Se presentaron pruebas sobre el carácter comunitario de la misma, se hicieron pericias sobre el terreno, la existencia de costumbres y antepasados para demostrar el carácter ancestral de la ocupación de la tierra y la existencia de una comunidad y no de individuos particulares que la pedían. La comunidad cuenta con Personería Jurídica N° 307-G 96 otorgada por el INAI el 22 de abril de 1996.

Se fundamenta que "la tierra ha sido transmisible de generación en generación, configurándose la acción de posesión de padres a hijos hace cientos de años." Que "la cosmovisión del pueblo indígena es la armonía de vivir con su Madre Tierra (Pachamama)

Esta relación es espacial, cultural y espiritual con los territorios es en forma colectiva y está reconocida por el Convenio 169 de la OIT ratificado por nuestro país." "El grupo de familias es una comunidad indígena debidamente registrada y como tal posee, lengua, religión conservación de sus costumbres, identificación al grupo y voluntad de pertenencia comunitaria al suelo".

La Constitución "no establece un derecho desde entonces (1994), sino que declara su preexistencia y pretende se haga efectivo garantizando entre otros el derecho a la propiedad de la tierra en forma comunitaria."

IX.H. Citas bibliográficas

- 1 Susana T. Ramella; *El monismo jurídico en Alberdi*, en Revista de Historia del Derecho, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Bs. As.; 1996 p. 201
- 3 Cit. en José María Rosa; *Historia Argentina*, Tomo 5, Editorial Oriente, Bs. As.,
- 4 Bertrand Jouvenal, *La Soberanía*, Editorial Rialp, Madrid, 1957 p. 230
- 5 Oppenheim, *Derecho Internacional Público*, cit en Julio Morzone, *Soberanía Territorial Argentina*, Editorial De Palma, Bs. As., 1982 p. 235
- 6 Pablo Ramella, *La Internacional Católica Normas de Derecho Internacional Público en el Derecho Constitucional*, 3º ed., Editora Desalma, Bs. As., 1993, p. 114
- 7 Isidoro Ruiz Moreno, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Tomo II, Editorial El Ateneo, Bs. As., 1934, p. 8
- 8 Alfred Verdross, *Derecho Internacional Público*, 5ta ed., Editorial Aguilar Madrid,
- 9 J. Morzone, *Soberanía ...* cit. p. 27
1967, p. 212
- 10 ídem, p. 27
- 11 Ídem, p. 9
- 12 Verdross, *Derecho Internacional*, cit. p. 212
- 13 Pablo A. Ramella, *Derecho Constitucional...*, cit. p. 552
- 11 Ídem, p. 9
- 14 Ídem, p. 552
- 15 Paolo Grossa, *Propiedad y propiedades. Un análisis histórico*, Editorial Civitas, Madrid, 1992, p. 33 y 34
- 16 Locke *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, Cap.V, Editorial Aguilar Madrid, 1969, Traducción de Amando Lázaro Ros p. 23
- 17 Ídem., p. 24
- 18 Ibídem.
- 19 P. Grossa, *Propiedad...*, cit. p. 42
- 21 Locke, *Ensayo...* cit. p. 23
- 22 Ídem., p. 23
- 23 Ídem., p. 24
- 24 Ídem., p. 24
- 25 Ídem., p. 24
- 26 Grossi, *Propiedad...*, cit. p. 59
- 27 Pablo A. Ramella, *Derecho Constitucional...* cit. p. 535
- 28 Ecurra Marta, *Manual de Doctrina Social de la Iglesia*, Editado por la Comisión Católica Argentina, Bs. As., 1984, p. 114
- 29 Ídem., p. 115

1981 p 534

30 Pablo A. Ramella, *Derecho Constitucional...*, cit, p. 554

31 Ídem., cit. p. 554

32 Carlos Marx y Federico Engels; *Manifiesto Comunista 1848*; Reedición Duodécima, Editora Ateneo, Bs. As., 1974, p. 92

33 Ídem p. 93

34 Grossi, *Propiedad...* cit. p. 60

35 Equipo Nacional Pastoral Aborigen, *Los nichís flor de la tierra*, 2000

36 Grossi *Propiedad...* cit. p. 62

37 Convenio N° 169 Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes Organización Internacional del Trabajo 1999

38 Endepa, *Huarpes, la tierra es la madre nuestra*, Mendoza, 2001

39 Ídem.

40 www.lafogata.com

41 Endepa, *Huarpes ...* cit.

42 www.lafogata.com

43 A. Levaggi, *La recepción del sistema jurídico castellano por los sistemas indígenas en Hispanoamérica*, Academia Puertorriqueña de Historia, 1992, p.142

44 A. García Gallo, *El pluralismo jurídico en América Española 1492-1824* en Ídem . Estudios de Derecho Indiano Madrid 1987 cit. en Levaggi *La recepción...* cit. p. 143

45 Gracilazo de la Vega, *Comentarios reales de los incas*, Bs. As., 1943, cit. en Levaggi *La recepción...*, cit. p.145

46 A. Levaggi, *La recepción...*, cit. p.163

47 R. Konetzke, *América Latina II. La época colonial*, Historia Universal siglo XXI, Madrid, 1972, pp. 21-22-28 cit. en Levaggi *La recepción...*, cit. p. 146

48 Juan de Solárzano Pereira, *Política Indiana* ,Libro I Cap. IX y X ,Editora Biblioteca de Autores Españoles, Madrid 1972,pp. 87-1055 cit. en Levaggi *La recepción....*cit. p. 46

49 Castañeda Delgado, *La teocracia pontificia y la Conquista de América*, Victoria, 1968 cit. en Levaggi *La recepción...*, cit. p.147

50 Manzano Manzano, *La adquisición de las Indias.* p. 154-155 cit. en Levaggi *La recepción...*, cit. p.148

51 Levaggi *La recepción...cit.* p. 148

52 Ídem. p.148

53 García Gallo *La condición jurídica del indio* pp. 745-747 en Ídem *Los orígenes...* citado por Levaggi en *La recepción...* , cit. p.149

54 Ídem., p. 150

55 A. Levaggi, *La recepción...*, cit. p.153

56 Mario Góngora, *El derecho común ante el Nuevo Mundo*, cit. en Levaggi *La recepción...*, cit. p. 147

- 57 Levaggi La recepción..., cit. p.160
- 58 El Consejo Real y Supremo de Indias, t II. Sevilla ,7-1947 ,cit. en A. Levaggi La recepción... cit. p.161
- 59 A. Levaggi Tratamiento legal y jurisprudencia del aborigen Argentina siglo XVI, UMSA ,Bs. As. 1999, p. 234
- 60 Ídem. p 235
- 61 Ídem. p. 235
- 62 Ídem. p.236
- 63 Ídem. p.236
- 64 A. Levaggi La paz en la frontera Historia de las relaciones diplomáticas con las comunidades indígenas en Argentina siglos XVI y XIX, Editorial Dunken, Bs. As., 2000 . p. 18
- 65 Es necesario aclarar que si bien se utiliza la palabra territorio considerado como propio para los “pueblos libres” es imposible negar que el territorio de los pueblos sometidos no lo fuera, por lo menos de derecho.
- 66 Levaggi La paz..., cit. p.18
- 67 Ídem. p. 19
- 68 Ídem. p. 19
- 69 Documento: *Avisen al mundo que somos Nación Mapuche*, Coordinadora Meli Wizan Mapu Sgo. Santiago de Chile, 2005
- 70 García Gallo Teoría y Leyes de la conquista Madrid 1979 cit.333 en Levaggi Los tratados entre la corona y los indios y el plan de conquista pacífica, Revista Complutense de Historia de América N° 1981, Editorial Complutense, Madrid, 1993 p. 83
- 71 Historia de las Indias, Libro III Cap. 57 p. 84 cit. en Levaggi Los tratados..., cit. p.84
- 72 Curruhuinca-Roux, *Las matanzas del Neuquén*, Editorial Plus Ultra, Bs. As.,1985 p. 27
- 73 Ricardo Levene Manual de Historia del Derecho Argentino Bs. As. 1945-1931 cit. en Curruhuinca-Roux *Las matanzas...*, cit. p..27
- 74 Ídem. p. 28
- 75 O'Donell, *La otra cara de la invasión*, en Revista El Federal N° 5, agosto 2004, p. 80
- 76 José Hernández Aregui, *¿Qué es el ser nacional?*, Editorial Plus Ultra, Bs. As., 1973, p.43
- 77 Istúan Sazdi Len Borja Guatiao, *los primeros tratos de Indias*, en IX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Actas y Estudios I Madrid 1991 p. 438-450 cit. en Levaggi Los tratados..., cit. p 86
- 78 Ídem. p. 86
- 79 Levaggi, *La paz...*, cit. p. 137
- 80 Ídem. p.143
- 81 Ídem. p.251
- 82 A. Levaggi, *Tratamiento...*, cit. p. 245
- 83 A. Levaggi, *La protección de los naturales por el Estado argentino (1810-1950) El problema de la capacidad*, en Revista Chilena de Historia del Derecho, Sgo. De Chile, 1990-1991, p. 446

- 84 Ídem. p. 449
- 85 Laporta Francisco, *El principio de igualdad: Introducción a su análisis*, pp. 14-15 en Sistema p. 67 Madrid 1985 cit. en Levaggi *La protección* p.449
- 86 Piñeiro, *Moreno escritos políticos y económicos*, 1810-1821 Bs. As. Reimpresión 1915, p. 275
- 87 Emilio Ravignani, *Asambleas Constituyentes argentinas*, T. I, Bs. As. 1937 p.24
- 88 *Reflexiones sobre el Reglamento de la Institución y Administración de Justicia* El Censor 25/2/1812
- 89 Levaggi *Tratamiento...*, cit. p.247
- 90 Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados Agosto de 1985 Bs. As. 1886 cit en Levaggi *Tratamiento...*, cit. p. 248
- 91 Levaggi *Tratamiento...*, cit. 451
- 92 Mallie Augusto, *La ciudad de Quilmes. Antecedentes documentales para su Historia*, AGN, Bs. As., 1942 p. 353
- 93 Palombo Guillermo, *Santiago Avendaño (1834-1871) una vida entre la civilización y la barbarie*, en Revista Militar 705, Bs. As., 1981 pp. 63-68
- 94 Levaggi *Tratamiento...*, cit. p.455
- 95 Ídem. p.455
- 96 Ídem. p.277
- 97 Ídem. p. 277
- 98 La Nación, Bs. As. 8/3/1878 cit. en Levaggi *Tratamiento ...*, cit. p.278
- 99 Congreso Nacional Diario de Sesiones cit. en Levaggi *Tratamiento...*, cit. p. 278
- internacional del trabajo
- Patagonia a fines del siglo XIX .El caso de Miguel Ñancucheo Nahuelquir*. Montevideo, 1995 Rico 2000 cit. p.1059
- 100 Levaggi *Tratamiento...*, cit. p.278
- 101 Cit. en González Calderón *Derecho Constitucional Argentino* II Bs. As.1931
- 102 Fallos 316 cit. en Levaggi *Tratamiento...*, cit. p.280
- 103 Archivo General de la Nación (AGN) Acuerdos IV II p.277 cit. en Levaggi *Tratamiento...cit. p. 280*
- 104 AGN, Acuerdos IV II p.277 cit en Levaggi *Tratamiento...*, .cit. p. 280
- 105 Levaggi *La paz...*, cit. p.142
- 106 Levaggi *Tratamiento...*p. 280
- 107 Levaggi *La paz...*p.174
- 108 F. Rafael Vellattaz, *El cacique Nacuhan* ,Revista de la Junta de Estudios Históricos de Mendoza N°6 TII Mza. 1979, p. 567
- 109 Ana Edelmira Castro, *La Frontera Interna de Mendoza 1810-1820 Antecedentes Históricos*, Ministerio de Cultura y Educación, Mendoza 1985 p.16
- 110 Levaggi *La paz...*, cit. .p. 177

111 Cabe resaltar que la custodia se refiere a la frontera externa de Argentina, la colindante con Chile , hasta ese entonces dominada por las fuerzas realistas que permanecían en constante asedio hacia estas tierras.

112 Levaggi *La Paz...*, cit. p. 177

113 Ídem. p. 194

114 Levaggi *La Paz...*, cit. pp. 201-202

115 Debemos aclarar que aquí la propiedad privada de la tierra se menciona como un ejemplo lícito, no así en los casos de concentración de grandes extensiones, propiedad privada en áreas de frontera o estratégicas como pueden ser los terrenos que albergan aguas de dominio público, esta problemática será tratada más adelante.

116 Currhuinca Roux *Las matanzas...* cit. p. 112

117 A. Levaggi *La paz...*cit. p. 120

118 Ídem. p. 215

119 C. De la Vega, *Consultor de Historia Argentina*, TII, Editorial Delma, Bs. As., 1994 cit. 312-314

122 Ídem. cit.241-242

123 Ídem. cit.241

124 Enrique Pistolletti, *Introducción a la Teoría Sociológica*, Editora Universitaria, Bs. As., 1982 p. 48

125 E. Pistolletti, *Introducción...* cit. p. 50

126 Levaggi *Las dos políticas...*cit. p. 240-241

127 cit. Levaggi *Las dos políticas...* cit. p. 241

128 Juan Sisino Pérez Garzón en compilación de J. Aróstegui, C. Buckruker y J. Sabórido *El mundo contemporáneo Historia y problemas* Editorial Biblos Bs. As. 2000 cit. p. 235

129 Currhuinca-Roux *Las matanzas...* cit. p. 117

130 Ídem. p. 117

131 Ídem. p. 117

132 Congresos Nacional Diario de Sesiones Cámara de Diputados 1879 Bs. As. 1879 p.678

133 Currhuinca.-Roux *Las matanzas...*cit. p. 129-130

134 Ídem. p. 137

135 Ídem. p.138

136 E. Zeballo *La conquista de 15.000 leguas* 1878 cit. 374-375 en Currhuinca-Roux *Las matanzas...* cit. p. 138-139

137 Currhuinca-Roux *Las matanzas...* cit. p. 142

138 Ídem. p 143

139 Ídem. p 143

140 Ídem. p 145

141 Ídem. p.146

- 142 Álvarez Gregorio, *El ocaso de Purrán*, Bs. As. 1968, p. 320 cit. en Curruhuinca-Roux *Las matanzas...*cit. p. 146-147
- 143 Refiérase Purrán a los indios chilenos de Voroa
- 144 Curruhuinca-Roux *Las matanzas...*cit. p.160
- 145 Cft. Ídem. p.161
- 146 Roca “Memoria” 1879 en Curruhuinca-Roux *Las matanzas...* cit. p 161
- 147 El Nacional Bs. As. 20/3/1889 en Curruhuinca-Roux *Las matanzas...*cit. p 168
- 148 Curruhuinca-Roux *Las matanzas...*cit. p. 170-171
- 149 Ídem. p.175
- 150 Ídem.. p. 192
- 151 Curruhuinca Roux *Las matanzas....*p.137
- 152 Uno de los objetivos fundamentales de la Conquista del Desierto lo constituyeron las pretensiones del Estado chileno hacia el territorio argentino colindante con la Cordillera de los Andes, lo mismo puede decirse de la masacre de obreros en Santa Cruz en 1921. Ambas fueron hechas con la justificación de “peligro a la soberanía argentina” en la Patagonia.
- 153 Lewin Boleslao ¿Quién fue el conquistador patagónico Julio Popper? Editorial Plus Ultra, Bs. As., 1971, p.17
- 154 Borrero José María *La Patagonia trágica* Editorial Americana Bs.As. 1967 cit.p. 7
- 155 Curruhuinca-Roux *Las matanzas...* p. 207 Que los latifundios sean ingleses afecta directamente a la soberanía argentina, la explotación lanera destinada a las manufacturas inglesas, presentan a Argentina como una economía dependiente dentro del sistema imperialista de división
- 156 Idem cit.p. 208
- 157 Borrero Idem cit. pp 42-47
- 158 Idem cit. p. 7
- 159 Idem cit. p. 75
- 160 Idem cit. p. 76
- 161 En lengua “Mapudungún” significa hermano.
- 162 *Enfoque Jurídico de la Tierra Indígena* Universidad Nacional del Comahue-Confederación Mapuche Neuquina Neuquén 1999 p. 203
- 163 U N . Comahue. Idem cit.p. 203
- 164 Dr. Rodríguez Duch *Conflictos territoriales de los pueblos indígenas en la Patagonia* Coordinadora Mapuche Río Negro Viedma 2001 p. 2
- 165 Cfr. estos fallos en complementos al final del trabajo.
- 166 Luis Giúdice en *Enfoque...* p 203
- 167 Rodríguez Duch *Los conflictos...p.5*
- 168 El comanejo es una instancia política de decisión conjunta entre el Parque Nacional Lanín, la Administración de Parques Nacionales, y comunidades mapuches que alberga el Parque que son siete en total y la Confederación Mapuche Neuquina sobre la gestión y

manejo del territorio y recursos de las comunidades en jurisdicción del Parque Lanín. Es la primera experiencia de este tipo en el Sistema Nacional de Áreas Protegidas.

169 Extraído del documento *El proceso intercultural del comanejo entre las comunidades mapuches y el Parque Nacional Lanín* Lic. Nadine Osidala, Tco. Forestal Marcelo Fernández. Área de Comanejo con comunidades mapuches Departamento de Conservación y Manejo P. N. Lanín setiembre del 2003

170 Plan De Cogestión Institucional de A. P. N.

171 CALF *La revista del Neuquén Julio 1999* N° 232 p. 19

172 Susana T. Ramella *Una Argentina racista...* p.232 en base a ideas de Touraine y Minc.

173 Dice respecto a esta Tapia Valdéz "La objetividad en cuanto a ética del quehacer científico, es una meta difícil de alcanzar en un campo como el nuestro, donde la serenidad necesaria para observar los hechos y analizar las normas es perturbada por un equilibrio inestable entre lo político y lo jurídico . Esa es la dificultad inherente al estudio del Derecho Constitucional, una rama jurídica que nace donde la revolución se consolida. Hay más subjetividad , más contenido axiológico y más intereses concretos normativizados en el apretado y breve lenguaje de una Carta Suprema que en el resto del ordenamiento jurídico. Por ello , nos será imposible encontrar un método que impida nuestra personal interferencia con el objeto de nuestro conocimiento " en *Evolución de la Organización Constitucional en América Latina (1850-1975)*, TII Sudamérica u España Coordinador Gerardo Gil de Valdivia y Jorge Valdez Tapia, Universidad Autónoma de México, México, 1979 p. 79

174 S. Ramella *La pervivencia de la desigualdad en el orden de la igualdad jurídica* XIII Congreso de Internacional de Historia del Derecho Coordinador Luis . E. González Vale San. Juan de Puerto

175 U.N. Comahue CMN Idem cit. p. 309

176 Cfr. Diego Iturralde Instituto Indigenista Interamericano cit. en *Enfoque jurídico...*p. 140

177 S. T. Ramella *La pervivencia...*pp. 1083-1084

178 Germán Bidart Campos *Tratado elemental de Derecho Constitucional* Bs. As. Ediar. 1995 cit. en Ramella *La pervivencia...*p. 1081

179 Rodolfo Stavenhagen del Instituto Interamericano de Derechos Humanos en Derecho Consuetudinario Indígena en *Enfoque...*p. 141

180 Multiculturalismo en el sentido que proscribiera la búsqueda de la homogeneidad social y las leyes universales de funcionamiento social. En la sociedad es el respeto de todas las culturas

181 Tamagnini Marcela en *El Estado y la estructuración monoétnica de la identidad*. Jornadas Interescuelas Departamento de Historia CONICET, Uruguay 1995

182 Del Río Walter *Persecución, desarraigo e incorporación de los pueblos indígenas de la Nord-*

183 En el año 1997 el Secretario de Comercio, Industria y Minería de la Nación invitaba en Londres a comprar campos argentinos a "precios ventajosos" datos extraídos de INDEC Y SAGPYA

184 Morzone J. *Soberanía...*p. 14

185 Norman Bayley *El cerebro del mundo: la cara oculta de la globalización* Ediciones El Copista Córdoba 3era Ed. 2001.p. 444

186 El Cronista Comercial Bs. As. 18/5/2002 p. 12

187 Adrian Salbuchi *Argentina privatizada o el inminente canje de deuda por territorio Cuadernos del Movimiento por la Segunda República Córdoba* 2002 p.8

188 *Información en base al correo electrónico lanzado por la periodista Liliana Venanzi de FM 21 Caleta Olivia Santa Cruz bajo el título SOS Patagonia*

189 El FMI administra la economía nacional desde 1957, más precisamente desde la presidencia de Frondizzi

190 El fideicomiso crea lo que se llama “patrimonio de afectación” que no puede ser tocado, embargado, por los acreedores del titular o dueño del fideicomiso. Los fideicomisos son garantías para sus titulares.

191 Expuesto en base *al Análisis de Contrato de Fideicomiso sus modificaciones y acuerdos posteriores entre Patagonian Land Trust, Fundación Vida Silvestre Argentina y Administración de Parques Nacionales* del Dr. Cesar Amaya Caleta Olivia 2003

192 Solamente en 1885 el Estado Argentino repartió 40750.471 has. entre 511 personas. Si se amplía el cálculo, desde el inicio de la ofensiva en 1875 hasta la consolidación en 1903 las tierras regaladas o vendidas a bajo precio ascienden a 41.787.023 has. entre 1843 personas muchos de ellos extranjeros.

193 Congreso Federación Agraria Argentina 30 de junio al 1 de mayo del 2004. En la mayoría de los casos de compra de territorio, los capitales provienen de fundaciones, sobre todo ambientalistas, donde los contratos son basados en el régimen de propiedad vigente en EE.UU.

194 La ley de Defensa Nacional 23.554 tiene por finalidad garantizar de modo permanente la soberanía e independencia de la Nación Argentina, su integridad territorial y capacidad de autodeterminación, proteger la vida y la libertad de sus habitantes. El art. 4 establece: “Declárese la conveniencia nacional de que los bienes ubicados en la zona de seguridad pertenezcan a ciudadanos argentinos nativos. La Comisión Nacional de Zonas de Seguridad ejercerá en dicha zona la policía de radicación con relación a las transmisiones de dominio, arrendamientos, o locaciones o cualquier forma de derechos reales o personales en virtud de los cuales deberá entregarse, la posesión, tenencia de inmuebles, cuyo efecto acordará o denegará las autorizaciones correspondientes.

195 Rodríguez Duch *Conflictos...* p. 8

196 Jorge Nahuel Confederación Mapuche Neuquina *Neuquén para chicos y grandes* Neuquén julio 1999 p. 5

197 U. N. Comahue CMN Idem cit.p. 338

198 Rodríguez Duch Idem cit. p. 8

199 Susana Ramella Idem cit. p. 1082

² A. Negrietto; *Pensamiento de Carl Smith*; Bs. As., Universidad de Buenos Aires 2000 p. 1

20 Pincemín, *La paz y el dinero. Hacia la reforma de la propiedad capitalista*, Forum Empresarial Gremial, Bs. As., 1972, p. 19

200 Rodríguez Duch Idem cit. p. 8

201 Para los mapuche “diez veces estamos vivos”.

202 Los tratados expuestos son síntesis de la obra de Abelardo Levaggi *La Paz en la frontera. Historia de las relaciones diplomáticas con las comunidades indígenas siglo XVI a XVIII*.

203 S. T. Ramella “Una Argentina racista...”, cit. sobre ideas de A. Levaggi .Cit. p. 36

Prueba de esto serán los pactos existentes en el país anteriores y posteriores a la organización política de Argentina.

IX.1. *Índice bibliográfico y documental*

J. ARÓSTEGUI, C. BUCHKRUKER Y J. SABÓRIDO, *El mundo contemporáneo. Historia y problemas*; Editorial Biblos; Bs. As.; 2001

JOSÉ MARÍA BORRERO, *La Patagonia trágica*; Editorial Americana; Bs. As.; 1967

ANA EDELMIRA CASTRO, *La frontera interna de Mendoza 1810-1820 Antecedentes Históricos*; Ministerio de Cultura y Educación Mza.; 1989

CURRUHUINCA ROUX; *Las matanzas del Neuquén*; Editorial Plus Ultra; Bs. As. 1985

J.C. DE LA VEGA; *Consultor de Historia Argentina T III* Editorial Delma; Bs. As.; 1994

EZCURRA MARTA; *Manual de Doctrina Social de la Iglesia*; Editado por la Comisión Católica Argentina; Bs. As.; 1982

PAOLO GROSSA; *Propiedad y propiedades un análisis histórico*; Editorial Civitas Madrid; 1992

BERTRAND JOUVENAL; *La soberanía*; Editorial Rialp; Madrid 1957

ABELARDO LEVAGGI; *Historia del Derecho Argentino (Castellano, Indiano, Nacional, Judicial, Civil, Penal) T II*; Editorial Desalma; Bs. As.; 1987

A. LEVAGGI; *Las dos políticas indigenistas de Avellaneda: antropología cristiana y evolucionismo darwinista*; Signos Universitas XV 30; Bs. As.; U. Salvador 1996

A. LEVAGGI; *La paz en la frontera. Historia de las relaciones diplomáticas con las comunidades indígenas; en Argentina. Siglos XVI-XIX*; Editorial Dunken; Bs. As.; 2000

A. LEVAGGI; *La protección de los naturales por el Estado Argentino 1810-1950 El problema de la capacidad*; en Revista chilena de Historia del Derecho Santiago de Chile; 1990-1991

A. LEVAGGI; *La recepción del sistema jurídico castellano por los sistemas indígenas en Hispanoamérica*; Academia Puertorriqueña de Historia; 1992

A. LEVAGGI *Los tratados entre la Corona y los indios y el plan de conquista pacífica* en Revista Complutense de Historia de América N° 1981 Editorial Complutense Madrid 1993

A. LEVAGGI; *Tratamiento y jurisprudencia del aborigen en la Argentina del Siglo XIX*; UMSA; Bs.As.; 1990

BOLESLAO LEWIN; *¿Quién fue el conquistador patagónico Julio Popper?*; Editorial Plus Ultra; Bs. As.; 1974

JOHN LOCKE; *Ensayo sobre el Gobierno Civil*; Editorial Aguilar; Madrid; 1969

MARX-ENGELS; *Manifiesto Comunista 1848*; Reedición duodécima; El Ateneo; Bs. As.; 1974

JULIO MORZONE; *Soberanía territorial Argentina*; Editorial Depalma; Bs. As.; 1982

A. NEGRIETTO; *Pensamiento político en Carl Smith*; UBA; Bs. As.; 2000

PINCEMÍN; *La paz y el dinero Hacia la reforma de la propiedad capitalista.*; Forum empresarial-gremial; Bs. As.; 1972

ENRIQUE PISTOLETTI ; *Introducción a la Teoría Sociológica*; Editorial Universitaria de Bs As.; 1982

PABLO A. RAMELLA; *Derecho Constitucional*; Editorial Depalma; 3° Ed. Bs. As.

P. RAMELLA ; *La Internacional Católica, Normas de Derecho Internacional Público en el Derecho Constitucional*, 3 ed. Depalma; Bs. As. 1993

SUSANA T. RAMELLA; *El monismo jurídico en Alberdi*; en Revista de Historia del Derecho , Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho Bs. As. 1996

S. T. RAMELLA; *La pervivencia de la desigualdad en el orden jurídico de la Igualdad* ;en XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano ;Coordinador Luis E. González Vale; San Juan de Puerto Rico; 2003

S. T. RAMELLA; *Una Argentina racista. Historia de las Ideas acerca de su pueblo y su población (1930-1950)*; FCPyS UNCuyo e INCIHUSA-CRYCIT; Mendoza 2004

JOSÉ MARÍA ROSA; *Historia Argentina* ;T V Editorial Oriente; Bs. As. 1981

ISIDORO RUIZ MORENO; *Lecciones de Derecho Internacional Público*; T II Editorial Ateneo Bs. As. 1934

F. RAFAEL VELLATAZ ;*El cacique Ñancuñán*; Revista de la Junta de Estudios Históricos de Mendoza; N°6 T II Mza. 1979

ALFRED VERDROSS; *Derecho Internacional Público*; Editora Aguila; Madrid 1957

DOCUMENTOS

Universidad Nacional del Comahue – Coordinadora Mapuche Neuquina *Enfoque jurídico de la tierra indígena*. Neuquén 1999

Dr. Rodríguez Duch, Parlamento Mapuche Río Negro, *Conflictos territoriales indígenas en la Patagonia* Viedma 2001

Dr. César Amaya, *Análisis jurídico de contrato de fideicomiso Parque Acuático Monte León* Caleta Olivia 2002

Pablo Melipil, *Legado del mensaje de San Martín y O' Higgins: La segunda y definitiva Independencia*. Comunidad Pehuenche Mapudungún Mza. 2002 en 3° Encuentro Sanmartiniano Argentino y Latinoamericano

X. EL DERECHO A LA DIFERENCIA EN LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA DE 1994. HACIA UN NUEVO PARADIGMA ANTROPOLÓGICO

Susana T. Ramella

Doctora en Historia, Investigadora del CONICET y Profesora Titular de la Universidad Nacional Cuyo, Mendoza, Argentina. suramella@yahoo.com.ar

X.A. *Introducción*

El derecho a la diferencia conmueve el paradigma antropológico del derecho a la igualdad. Enfrenta conceptos y valores que estructuraron la mentalidad que se ubica en la raíz del orden jurídico adoptado por los estados. Tan arraigada está la idea de la igualdad que, a diferencia de los indígenas, los afroamericanos de los EE.UU la demandan, como lo evidencia la vigencia y continuidad de la lucha de Martin Luter King (A.Mathews, 2006: CD). Por ello, la diversidad ofrece más resistencias al entendimiento que a su reconocimiento formal. El convencimiento de la existencia de leyes generales y universales, tanto científicas como jurídicas, terminaron imponiendo pautas uniformes de vida y de pensamiento (Krotz, 2002). De ahí la dificultad de consolidar un nuevo paradigma que involucre al *otro*, al distinto.

Ante la emergencia concreta de las diversidades humanas en sus variados espacios geográficos, sociales, culturales, étnicos, desde la entohistoria, etnología, la antropología social, se intentó explicarlas. Pero, en general, desde el propio pensamiento y cultura, desde el modelo y esquemas aprendidos, como dice Touraine (1997:169) “la imposición de un modelo supuestamente progresista y científico no sólo destruyó los grupos étnicos, sino dejó en la marginalidad a las minorías”. Marginalidad política-social e ignorancia científica. Encerrados en la caverna de Platón no los percibían como personas y menos como sujetos de derechos.

Tras la idea de comprender cuáles fueron y son las dificultades que presenta el ensamble o sustitución de paradigmas, este trabajo se propone circunscribirlo al análisis del paradigma jurídico antropológico. Sobre él decantaron las diferentes corrientes y teorías filosóficas. Implícita o explícitamente parten de una concepción de persona, que se cristaliza jurídicamente desde Roma hasta un presente que rescata la persona en los derechos humanos y en su identidad gregaria como pueblo.

Esta cuestión nos conduce al análisis de la última reforma constitucional argentina de 1994, en su doble hermenéutica, diría Giddens (Schuster 2002:31), las interpretaciones igualadoras y las diferenciadoras, palabras que se expresan en el derecho y corresponde investigar, porque no hay nada tan cerca del derecho como el lenguaje (Tinant, 2006). Juntamente con la indagación de los discursos de las fuentes nacionales e internacionales que precedieron la reforma, de los emitidos por los convencionales en el momento de sancionar el reconocimiento de la preexistencia étnica de los pueblos indígenas, como de las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales posteriores a ella. Con esta metodología intentamos demostrar las resistencias a la consolidación de un nuevo paradigma jurídico, junto a la emergencia del mismo. Entendiendo con Schuster (2000:29) que las teorías relevantes de un paradigma no son refutadas de una vez y para siempre, sino que tienen un largo proceso de acumulación, de debate primero, para muy lentamente reemplazar el antiguo paradigma por el nuevo.

X.B. La persona en los distintos ordenamientos jurídicos

Si la significación etimológica del término antropología se define como el “estudio del hombre” (Greenberg; 1974:391), entonces es necesario comenzar por analizar la concepción del hombre que han tenido los diferentes sistemas jurídicos. No se descuida que en esa aparente simplicidad del objeto de estudio, se refleja toda la complejidad de temas y campos sobre los que se expande el ser humano en sus componentes biológicos, sociales, culturales y por ende ha dado lugar a múltiples definiciones de las “ciencias antropológicas” como bien denomina Krotz (2002:28)²⁷⁴. Porque, indudablemente, ese hombre en singular, genérico, universal, de la abstracción etimológica no existe. Existe el hombre concreto, agregado en sociedades o pueblos y sobre ellos se forjaron las diversas concepciones filosóficas y jurídicas

Este enfoque nos permitirá introducirnos en la discusión que se percibe hoy en los análisis de la alteridad jurídica. Dificultad que muchas veces proviene de la sujeción a cánones uniformes de pensamiento, que impiden reconocer en el otro, en el distinto, a un ser humano como él. Ya sea por diferencias físicas, culturales o socioeconómicas; expresadas en palabras, signos, simbologías que el analista no comprende. Los seres humanos vivimos inmersos en construcciones de la realidad que dificulta entenderla en su verdadera dimensión (Berger y Luckmann, 1998).

Esto nos llevó a abordar la evolución del concepto de persona y a su vez, cómo fue establecida en los diferentes sistemas jurídicos. Desde las filosofías del colonialismo e imperialismo tanto del medioevo, como del positivismo y el darwinismo. Confrontándolas con la concepción de los pueblos indígenas.

I.A.1). Del caput a la persona en Roma

La percepción de su misma especie, casi de sí mismo, que tuvo el hombre a través de los tiempos y su aplicación como sujeto de derecho, pasó desde la inexistencia del término persona (Derecho Romano primitivo) reemplazado por el vocablo *caput*, sujeto de derechos civiles; siguió por las Institutas de Justiniano, para quién los atributos de la personalidad y sus derechos derivaban de los concedidos por la naturaleza al hombre y por ende, las leyes que sustrajeran al hombre sus derechos, eran consideradas antinaturales, tal el caso de la esclavitud. (Levaggi, 1987:96-97).

I.A.2). La persona en el pluralismo jurídico medieval

En una apretada síntesis y, como tal sujeta a muchas simplificaciones y por lo mismo riesgos de no presentar en toda su magnitud dicho orden jurídico, pero fundada en los numerosos estudios realizados en el tema²⁷⁵ es importante destacar lo siguiente:

La idea de Justiniano permanece reafirmada por el cristianismo, en tanto, dice Clavero (1994:6), las bases en que se definía el ordenamiento, más que derecho era una teología. Los seres humanos, las personas, como hijos de Dios, tenían una igualdad substancial y

²⁷⁴ De las múltiples definiciones el autor la entiende como “la ciencia de la alteridad sociocultural”.

²⁷⁵ Hay numerosa bibliografía sobre este tema, entre otros los que se refieren a la historia del derecho español: Alfonso García Gallo, Francisco Tomás y Valiente; al derecho constitucional comparado: Manuel García Pelayo, Guido de Ruggiero; como a la historia del derecho argentino: Abelardo Levaggi, Ricardo Zorraquín Becú, Víctor Tau Anzoátegui.

desigualdades reales que derivaban del pueblo al que pertenecían, y dentro de cada reino o pueblo, a su condición social o estamento, a la situación familiar, la religión, el sexo, la edad. Según esas condiciones era el grado de libertad y capacidad que tenían las personas. En tanto, “en el mundo feudal –dice Guido de Ruggiero (1944:1)- la libertad nace de una cierta igualdad (...) Sin una cierta paridad de condiciones en el interior de cada orden o grupo, no sería posible hablar de libertad y derecho”

Es decir existe una relación jerárquica entre los estamentos: unos privilegiados –nobleza y clero- y un tercer estamento sólo definido negativamente por exclusión de los otros. Hay una idea de persona, concreta, corporizada en seres singulares y, por lo tanto, diferentes de los otros. De ahí las desigualdades sociales y la heterogeneidad como fundamento de la sociedad estamental. La persona se realiza mediante la pertenencia a un grupo: familia, estamento, gremio. El grupo lo protege de las arbitrariedades del poder, llámese señor feudal, rey, otros gremios, otros estamentos. Lo ampara porque dentro de cada grupo la persona, supuestamente, es igual a las demás. Esto no significa que cada grupo tuviera sus propias normativas, ni un derecho propio, sino que obedecían a una normativa fundada en los principios teológicos que los involucraba a todos (Clavero, 1994:6).

La rigidez de esta estructura social se mantuvo casi sin variantes desde el siglo XIII al XVIII, salvo la incorporación de la nobleza de *robe* a la nobleza de *sangre*, a la que accede el burgués enriquecido mediante la compra de los títulos. Esa estructura está contemplada jurídicamente en un orden caracterizado como particularismo jurídico. Es así porque los derechos y libertades son considerados como privilegios y franquicias que otorga diferencialmente el rey o señor feudal a los grupos, estamentos o entidades corporativas. No tienen un carácter ordenador, general para todos. Se manifiesta mediante contratos específicos en orden a cada estatus diferencial (De la Peña 2002:52-56)²⁷⁶.

Los derechos son un complejo de derechos subjetivos heterogéneos. Tienen un pluralismo de fundamentos porque responden a situaciones diferentes. Pero, significan la sujeción al poder, en todos los aspectos –religiosos, sociales, económicos, políticos- es decir, el rey es el que otorga dichos derechos.

Cuando Castilla se enfrenta a la realidad indígena en el “Nuevo Mundo”, se le plantea el problema de si los indígenas tenían “alma” y por ende, si eran personas y debían tener la capacidad de ser hombres libres, o si por el contrario podían estar sujetos a esclavitud, como pedía Colón. Para dirimir esa situación se reunieron en Burgos (1512) teólogos y juristas con el objeto de resolver la sujeción o no de los indígenas al señorío de los reyes.

Desde esos tiempos se plantearon dos posiciones. Por un lado, están aquellos que sobrestiman la común dignidad de hijos de Dios de los indígenas, fundados en el derecho natural, en Santo Tomás, San Pablo (Cfr. Corintios, 12, 3-7. 12, 13) y el derecho de gentes, hoy internacional. Sobresalen en este punto Antonio de Montesinos, Fray Bartolomé de las Casas, Francisco de Vitoria. Por otro lado, están aquellos como Ginés de Sepúlveda, López de Palacios Rubios quienes imponen su pensamiento de la condición humana de los indígenas, libres sí, en cuanto a su calidad de personas, pero incapaces relativos de hecho, menores de edad, rústicos, considerados “miserables” y sujetos a encomienda aunque no a esclavitud. Estrictamente era una condición de siervos, de vasallos del rey. “Les compete el beneficio –decía Solórzano Pereira- ...

²⁷⁶ Henry Maine, refiriéndose al cambio de la sociedad feudal a la liberal y las diferencias del *derecho antiguo* con el de la modernidad, ve una línea que expresa así “es el paso de la sociedad de estatus a la sociedad de contrato”. Lo cual puede parecer contradictorio con nuestra referencia a la idea de contrato. Pero mientras aquí se expresa el contrato específico, particular, entre el poder y el estamento o grupo, el de Maine hace referencia a ese contrato social genérico y universal de Hobbes, Locke, Rousseau.

(de) estar libres de tutelas... sus pleitos se han de determinar breve y sumariamente, y sin atender las escrupulosas fórmulas del Derecho...". (Levaggi, 1986:105). O, como dice Clavero (1994:13) "los jueces podían actuar sumariamente y a su arbitrio, sin atenerse ni a los procedimientos ni a los preceptos del derecho (...) ni tampoco siquiera de las costumbres, aunque conviniese que se mirara a éstas".

No mencionamos aquí los hechos en que se aplicaba o se violaban los ordenamientos de la época, ni si el trato fue caritativo o brutal, nos interesa destacar el trato jurídico diferencial, propio de una sociedad estamental, asentada en un orden jerárquico, y una organización jurídica fundada en los particularismos. Entendemos que hoy se ha iniciado el camino hacia el reconocimiento particularizado y no genérico pero dentro de un orden jurídico hegemónico que pretende la igualación. Por ello las dificultades de coordinación de ambos paradigmas, como se verá más adelante.

I.A.3). **De la persona al individuo homogeneizado en el liberalismo**

Con la Ilustración, el racionalismo, el liberalismo, surge un Estado cuya base humana si bien es la población, está constituida por individuos, cuyos valores son superiores a los colectivos o mejor dicho, comunitarios. Los individuos no son entendidos como seres concretos, como personas individualizables, sino que es un individualismo genérico, abstracto, que no existe en la realidad corporizado en éste o en aquel, sino es un desprendimiento racional que conceptualiza al hombre en su sustancia, de ahí la idea de igualdad y de libertad, como conceptos participables en todo hombre. (García Pelayo, 1959:144-146)

Indudablemente se plantea esta situación ante los privilegios estamentales que obstaculizaban el ascenso social a la burguesía desde fines de la Edad Media, pero sin pretender hacer desaparecer las desigualdades producto de las diferencias personales, físicas o religiosas, sino aquellas desigualdades que tenían origen en la estructura política y social medieval. Por ello, con el tiempo, e imbuido el liberalismo del darwinismo social, ante iguales condiciones prevalecerá el más fuerte, el más rico, el más poderoso, justificando de este modo grandes desigualdades sociales.

Lo mismo ocurre con la libertad. Es una libertad despersonalizada a diferencia de la libertad como privilegio del mundo feudal.

De ahí que Savigny formule el concepto abstracto de persona como sujeto de derechos o con capacidad de adquirir derechos como fueron establecidos en diferentes estructuras jurídicas.

En un trabajo anterior (S. Ramella, 2003:1049-1084) analicé el proceso de construcción de esa idea en los antecedentes constitucionales desde 1810 a 1853, con referencia a la idea de igualdad y desigualdad en dichos textos, en especial, el estatus jurídico de los indígenas. Ahora interesa destacar cómo asimiló la Constitución Argentina de 1853 ese concepto de persona formulado por Savigny.

El art. 16, vigente todavía hoy, establece: "la Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley..." Y el Código Civil argentino (1871), dictado en consecuencia de dicho artículo define a la persona como "todos los entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones" (art. 30). De modo tal que había personas de existencia real y personas jurídicas, de existencia ideal.

A esa concepción liberal se suma la idea evolucionista de Spencer precedida por la de Malthus y Darwin, fundada en la disipación del movimiento de modo que lo simple deviene en complejo, lo homogéneo en heterogéneo y en todos los seres la génesis, termina en la individuación, cuyo representante es el hombre, el más perfecto del universo. Ese planteo

biólogo, lo proyecta a los pueblos o razas según los denominaba Spencer. En ese orden de cosas, Europa y en especial Inglaterra había llegado a su máxima evolución por su complejidad e individuación, mientras que aquellos otros pueblos que no lo lograran sucumbirían. De lo que se deducía la superioridad e inferioridad de personas y pueblos, según fuera la posibilidad o no de manejar recursos económicos, cuestión que estaba biológicamente incorporado al ser, según Spencer.

Con esta incorporación, como señalamos en otra obra (S.T. Ramella, 2004) el individuo estaba sujeto a los determinismos que condicionaban su capacidad jurídica. Por ello decíamos que a todo ser humano que no se le reconozca su naturaleza racional, su autonomía, su libertad psicológica, su simple libertad, la posibilidad de autoabastecerse económicamente o, la capacidad de adquirir derechos, no es considerado persona, ni filosófica, ni jurídicamente.

En el caso de los indígenas hay que distinguir dos situaciones. Al momento que se sanciona la Constitución y el Código Civil había dos categorías de indígenas, a los fines del ordenamiento jurídico. Los que vivían en el territorio sobre el cual Argentina ejercía la supremacía territorial y estaban sojuzgados en nombre del Estado argentino, porque bajo el axioma de la igualdad ante la ley, eran argentinos, es decir, no existían identificados como indígenas en la mentalidad de los constituyentes, ni de los constitucionalistas, ni de los censistas. Por eso, hasta 1966 no fueron censados como tales y por eso decía el constitucionalista González Calderón, comentando el art. 16 de la Constitución: “De donde se infiere que no puede haber en el país una raza inferior a la predominante en él”. (González Calderón, 1921: 45)

Fuera de ese territorio, allende la frontera “*interior*” como se denominaba, manteniendo la idea de la Corona borbónica que la distinguía de la exterior, con las connotaciones que el Derecho Internacional le otorga al término (Verdross; 1963:104)²⁷⁷, habitaban otros pueblos indígenas, no dominados ni por los españoles ni por la Argentina independiente, con los cuales se pactaba. Se firmaban tratados de no agresión entre ambas *naciones*, como corresponde denominarlas, pero sobre los que no ejercía la supremacía territorial, poder que ejercían los indígenas. Argentina alegaba tener la soberanía sobre dicho espacio geográfico, por esa razón los juristas no los consideraban tratados internacionales, aunque lo parecían, porque no encuadraban a las comunidades indígenas dentro del concepto de Estado, ni de nación (Levaggi; 2000)²⁷⁸. Por ello, en las atribuciones del Congreso Nacional, art. 67, inc. 15, la Constitución establecía: “Proveer a la seguridad de las fronteras, conservar el trato pacífico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo.” Contradiciendo el artículo de la igualdad ante la ley.

Después de 1880, con la mal llamada “conquista del desierto”, que no era desierto porque estaba habitado por indígenas, Argentina ejerció efectivamente la supremacía. Desde esa fecha, los indígenas además de exterminados en un número considerable, dejaron de ser tales, para convertirse en argentinos. Sin embargo, las diferencias reales y culturales colisionaban contra la abstracción de la igualdad y de una sola nación y la legislación y jurisprudencia los considerará incapaces relativos de hecho, en forma similar al derecho indiano.

²⁷⁷ “La soberanía territorial –dice- se suele equiparar a la supremacía territorial. La verdad que estos dos conceptos no son idénticos. Cabe que un Estado posea la soberanía territorial sobre un territorio en el que otro Estado ejerza simultáneamente la supremacía”.

²⁷⁸ Es una obra precedida por varios artículos sobre los tratados con los indígenas durante la dominación española y en la época independiente. En EE.UU. y en otros países americanos, también se firmaban tratados. Es interesante consignar acá lo que interpreta el citado internacionalista Verdross: Los indígenas “son relativamente independientes, no son sujetos de L. D. I. Los tratados que con ellos o con otros príncipes indígenas se concierten no son tratados internacionales; y las alianzas de protección con ellos no dan lugar a un protectorado jurídico-internacional

I.A.4). **Vuelta a la persona desigual para igualarla ante la ley**

El siglo XX, poco a poco, va a ir resignificando la idea de igualdad y de diferencia casi, como diría Minc (1993) en una vuelta a la Edad Media. Así fue con el constitucionalismo social y con el Estado Social de Bienestar, pero todavía inmersos en la idea de igualdad tratando de combinarla con la idea de las desigualdades sociales.

Se apela a la equiparación como elevación del inferior. Se lo llama discriminación positiva. Estrictamente, perdura en esa equiparación y en ese término la idea de igualdad. Si con Uribe Vargas (1996) decimos que el constitucionalismo del siglo XIX desplegó sólo la libertad de la bandera de la Revolución Francesa, con el constitucionalismo social, se despliega la bandera de la igualdad. Sin embargo, hay una inflexión a ese principio de igualdad porque se atiende a grupos diferenciales por su situación laboral, sexo o edad. Con lo cual esos nuevos ordenamientos quitan la primacía al individuo, por una idea más social y, por qué no, grupal, estamental. Ya no es el individuo abstracto, sino el grupo, como en el medioevo. Incipientemente se va introduciendo la idea de diferentes condiciones y realidades.

Se hará hincapié en algún elemento que identifique o distinga a las personas. Según sea la cualidad común que se adopte, las personas serán al mismo tiempo iguales y desiguales. Bien dice Otto y Pardo (1983:347) “dos individuos son iguales, esto es, pertenecen a una misma clase lógica, cuando en ellos concurre una cualidad común, un *tertium compartionis* que opera como elemento definitorio de la clase, y son desiguales cuando tal circunstancia no se produce”. Esto supone, desde el punto de vista jurídico, un conjunto ilimitado de posibilidades lógicas que van desde el tratamiento absolutamente igual al tratamiento absolutamente desigual.

Surge también la necesidad de volver a definir a la persona que deja de ser individuo para mostrar su faceta gregaria.

Podetti fundado en Boecio dice: “la persona es sustancia individual de naturaleza racional (...) es desde el punto de vista ontológico, el ser subsistente, plenamente incomunicable, dotado de naturaleza racional. La sustancia es referible al ser que existe por sí y en sí, dotada de totalidad y plena autonomía. (...). La condición humana, como propia de la persona en cuanto ser racional y trascendente, es de privilegio y eminencia; pero a la vez es de fragilidad y dependencia” (Podetti, 1982:1-2).

En este contexto los indígenas comienzan a ser percibidos como grupos diferenciales. Pero existe todo un proceso que va desde la idea de respeto a las diferencias como propuestas de tipo declarativas y en reuniones académicas a la que asistieron argentinos, desde el Primer Congreso indigenista, celebrado el 19-4-1940 en Patzcuaro, México, hasta el expreso reconocimiento de las diferencias en los tratados internacionales, ratificados por Argentina, aunque por momentos en forma contradictoria.

I.A.5). **La concepción holística de los indígenas respecto de los seres humanos.**

Norma Cocha (2005:20), descendiente del pueblo mapuche, habitante del sur de Argentina, explica “El hombre indígena posee una cosmovisión particular sobre el mundo (*raqizquam*), el universo constituido por dios, la naturaleza y el hombre, forma parte de un *todo armónico*, un holismo que funciona a partir de un ciclo vital. En el que la tierra unida a la naturaleza, dios y el universo nos da la vida, esta relación es mucho más que una relación material, es un vínculo espiritual que da forma a su cultura; donde su cultura moldeará el tipo de relación con la tierra *que es madre*.” Para los *nichis*, otro pueblo indígena habitante del norte argentino: “La verdad es que somos parte de esta tierra. Vivimos aquí desde siempre, desde el

principio. Cuando Dios hizo el mundo nos puso a vivir aquí, somos nacidos de la tierra como los árboles. La tierra nos pertenece porque nosotros pertenecemos a la tierra”.

Esta concepción podría decirse que es un bricolage (Sierra y Chenaut; 2002: 145)²⁷⁹, producto de la fusión y asimilación de tradiciones propias de los indígenas y de creencias y valores de los conquistadores. En realidad, es así. Pero es una fusión en la que pervive su cultura ancestral junto con la castellana medieval, por el mismo lenguaje que utilizan, junto a la cultura europea y americana europeizada de la modernidad.

La pureza étnica es una utopía, lo mismo la cultural. Decimos esto porque muchos consideran que los indígenas no muestran una pureza étnica ni cultural y, por esa razón, no pueden reclamar ser descendientes de pueblos originarios. Más aún, sobre las categorías estatales propias del Estado nación de la modernidad la confrontan con la idea de pueblo originario. Le niegan al pueblo mapuche, la posibilidad de declararse originario, por provenir antiguamente del sur de lo que hoy es Chile. Sin comprender, ni conocer el art. 32 del Convenio 169 de la OIT que, expresamente, relativiza la fijeza de las fronteras para las relaciones entre los pueblos indígenas habitantes de distintos estados limítrofes, como es el caso de los mapuches.

Por otra parte, cuando se hace referencia a la alteridad cultural es con las palabras, vocablos, de la cultura propia del que escribe. O, como dice Foucault “¿en qué condiciones ha podido reflexionar el pensamiento clásico las relaciones de similaridad o de equivalencia entre las cosas que fundamentan y justifican las palabras, las clasificaciones, los cambios?” (1968:9)

Esta es la paradoja. Hablamos de étnias, razas, occidente, naciones, pueblos, propiedad, territorio, religión, espiritualidad, Dios, identidad, personas etc. con una terminología cultural greco latina, concediéndole a esos signos una universalidad que no poseen. Desde sus construcciones teóricas presumen entender la cultura propia y la extraña, al otro, al diferente. Éste, a su vez, utiliza las mismas palabras, dejando atrás el idioma originario. Por eso Cocha resignifica entre paréntesis el término mundo en mapuche. Indudablemente es para ser entendido, pero también porque se ha producido el bricolage. (Briones; 1998:148)²⁸⁰ Bien dice Salas (2004:39) siguiendo a Foucault: “Bajo las identidades gramaticales y semánticas más manifiestas se puede definir un *umbral*, a partir del cual ya no hay equivalencia y hay que reconocer la aparición de un nuevo enunciado”

Por eso, en el mundo jurídico actual se debe explicar que ese *individuo* como tal, si bien es sujeto de derechos, no es un ser abstracto, sino situado en un grupo social, étnico, como lo hace Villoro (2002), entre otros.

Los pueblos europeos y americanos influidos por Europa tienen una visión antropocéntrica desde la cual construyen sus ideas, su ordenamiento jurídico, el Estado, la sociedad. Se entiende que es un universo homogéneo, sujeto a regularidades, propias del paradigma científico de la modernidad, agudizado por el positivismo. De ahí la idea de igualdad ante la ley, de sometimiento del hombre, de los pueblos, a esas leyes naturales supuestamente descubiertas por la razón, pero que en realidad, son creaciones del hombre.

En la visión indígena, el hombre no es el rey de la creación, tampoco es de “privilegio y eminencia”, como dice Podetti, sino sólo un componente más del universo. Esto tiene otras implicancias, sin pretender caer en analogías entre categorías de distinta índole, esa visión nos

²⁷⁹ Las autoras se refieren con este término a la interpretación de Falk Moore respecto de los chagga, en el sentido que el derecho consuetudinario es un producto del colonialismo.

²⁸⁰ Sobre esta utilización del lenguaje y sus dificultades para el entendimiento de la alteridad cultural confróntese, para el caso específico de la alteridad cultural a Claudia Briones.

sugiere una aproximación con la idea de la evolución cósmica, como la plantea Hawking (1988), para quien el hombre estaría prefigurado con una anticipación de 15 mil millones de años.

Dejando atrás la concepción antropocéntrica del evolucionismo darwiniano y spenceriano, el hombre estaría imbricado con los demás seres vivos y junto a la materia en ese universo. Ya no sólo por diferentes culturas creadas por él mismo, sino en una conjunción de materia y vida que lo acerca a los planteos ecológicos, cuestión que desde hace relativamente muy poco tiempo la cultura que se le dice *occidental* están empezando a plantearse (Ribas, 1997)²⁸¹. De ahí su idea de pertenencia a la tierra y no de poseedores de la tierra, por eso su respeto a la biosfera, como algo común a todos los seres animados e inanimados. Como dice Luis Macas (2006:6) “la naturaleza no es un compuesto de mercancías (...) los indios tampoco estamos para adornar museos (...) somos hombres y mujeres del maíz, de la yuca, del viento, hijos del páramo...”

Esto último, si uno lo analiza epistemológicamente y se aleja de las certidumbres, como propone Prigogine (1996), de las regularidades, de la preeminencia humana, para entrar en una situación más cercana a la teoría del caos y propia de la física cuántica y no de la física tradicional mecánica, en la que se estructuró el pensamiento europeo y *occidental*, podría verse una similitud con la percepción de los indígenas sobre el universo. Porque la física cuántica “privilegia al todo sobre la parte, habla de *variables no locales*, de un sistema de *bi-partículas*, afirma la existencia de una correspondencia casual entre partículas separadas por grandes distancias. (...) Un mundo de cambio incesante donde el caos se traduce en orden o se enmascara en simetrías, el azar es siempre una forma de la necesidad, y el fragmento pierde su autonomía caprichosa en la interconexión de todos los fenómenos.” (Massuh,1994:182-183) Como dice el autor citado, Capra lo vincula al hinduismo, y él a lo místico, a lo religioso en tanto Hawking y los físicos cuánticos, debaten con Dios y se preguntan si él o un big bang son los creadores del universo. Los indígenas lo describen, ya vimos, como un todo armónico y espiritual, creado por Dios.

X.C. Hacia la construcción de un nuevo paradigma jurídico antropológico

Los precedentes internacionales, nacionales, jurisprudenciales, los comentarios que despertó la constitución reformada en 1994 y la misma Asamblea Constituyente, que pasamos a desarrollar, muestran cómo conviven distintos paradigmas, de ahí que decimos que se va hacia un nuevo paradigma pero que todavía no está consolidado.

I.A.1). Argentina ante los derechos indígenas en el Derecho Internacional. Del dualismo al monismo jurídico.

En la primera mitad del siglo XX, Argentina se negaba a aceptar en los foros internacionales la existencia de minorías. Estaba imbuida del modelo hegemónico construido simbólicamente significando en el Estado una nación, donde todos sus habitantes son iguales ante la ley. Junto a un proceso de asimilación de las grandes corrientes inmigratorias europeas que habían arribado antes de la Primera Guerra Mundial y seguían arribando en el período de entreguerras. En la Sexta Conferencia Panamericana (diciembre de 1927) instruyó a sus representantes en la siguiente forma “Los señores delegados tendrán especialmente en cuenta el espíritu liberal de nuestra legislación”. Poco después, en las Conferencias de Roma y la Interparlamentaria de Río de Janeiro, da instrucciones más explícitas “No aceptarán ningún

²⁸¹ Respecto de la ambigüedad del término *occidente* y cultura occidental, bien se pregunta el autor, si *occidente* es un concepto étnico, cultural, geográfico, religioso, histórico.

enunciado que importe trasladar a América las cuestiones referentes a minorías, o que pretenda crear una situación de privilegio”. (Legón,1961:106).

Estas advertencias de las autoridades a sus delegados ante conferencias internacionales solamente está vislumbrando el problema inmigratorio, no el indígena. Los indígenas en ese imaginario, eran argentinos, no un pueblo diferencial, minoritario, por ello como se dijo, no eran censados como sí lo eran los inmigrantes. No obstante, la idea de una Argentina compuesta socialmente por un “crisol de razas”, famosa frase que circulaba y circula todavía hoy en el imaginario colectivo, es producto de esa idea hegemónica, que englobaba a las distintas nacionalidades de los inmigrantes, amalgamados de modo tal que, aunque no se nacionalizaran o ciudadanizaran, se habían fundido, como los metales, en un solo pueblo y en una sola nación. Debe reconocerse que ese flujo inmigratorio, que para 1914 representaba el 30 % de la población, tuvo una convivencia no conflictiva, a pesar de algunas descalificaciones a determinados pueblos europeos. Pero, en general, fue pacífica e integradora, producto de matrimonios e hijos entre criollos y migrantes. Además, como el resto de la ciudadanía argentina gozaban de todos los derechos civiles, e incluso de los políticos si obtenían carta de ciudadanía, cuestión que no se exigía (S. T. Ramella, 2004).

En realidad, en los otros países americanos tampoco reconocieron a los pueblos indígenas como minorías y en los países europeos habitados por personas provenientes del Asia o África, antiguas colonias de dichos estados, tampoco se reconocen a esos habitantes como minorías (Stavenhagen, 2002:182).

Las dos guerras mundiales pusieron en discusión el jusinternacionalismo vigente desde el siglo XIX. Se estaba en el convencimiento, aunque los hechos demostraran otra cosa, que los estados tenían una soberanía que se presumía absoluta y que los amurallaba impidiendo las interferencias de otros estados. No se pensaba en organismos supranacionales a los cuales delegar ciertas porciones de decisión, que se entendían propias y exclusivas de los órganos nacionales, ni en la aplicación directa de normas comunitarias. Se consideraba que había dos órdenes jurídicos diferentes: el nacional y el internacional. Este último no podía entrar en conflicto con el derecho interno de los estados, no tenía supremacía, ni los tratados internacionales podían aplicarse directamente a los habitantes del país. Es la teoría dualista del derecho internacional público (DIP). Pero esa separación teórica en las relaciones internacionales, cambió de signo, por la teoría del monismo jurídico y empíricamente por la formalización de la Sociedad de la Naciones y de la ONU.

Juan Bautista Alberdi (1870), un pionero intelectual de esta doctrina, si bien precedido por otros filósofos y juristas, entiende que el sujeto del DIP no son los Estados sino las personas, anticipándose a la construcción de los derechos humanos y su protección internacional. “El derecho es uno y universal –decía- en virtud de esa generalidad del derecho, todo acto en que un hombre lo quebranta en perjuicio de otro hombre, es un doble ultraje hecho al hombre ofendido y a la sociedad toda entera, que vive bajo el amparo del derecho; y todo acto en que un Estado lo quebrante en daño de otro Estado es igualmente un doble atentado contra este estado y contra la sociedad entera de las naciones.” (Alberdi: 1874). En Europa, como en Argentina, diversos autores idearon la formalización de este principio (Kant, Kelsen, Mirkin Guetzévitch, Alberdi, Díaz de Cisneros, Pablo A. Ramella). Se debe destacar que los monistas se inspiraron en los filósofos escolásticos como Vitoria. Cuestión que vuelve a rememorarse en los constituyentes que lo citan expresamente (Ernesto Maeder, Convención Nacional Constituyente 1994: Exp. 305 – en adelante CNC 1994) como en los planteos jurídicos antropológicos referentes al indígena (Stavenhagen, Villoro) y que, como dice Foucault fueron menospreciados por la modernidad, entendiendo los burgueses que la historia comenzaba con ellos (Foucault, 1968:357)

No nos referiremos a todo el proceso por el cual Argentina y América Latina paulatinamente fueron incorporando los principios del derecho comunitario, como también se denomina al monismo y nos remitimos a trabajos anteriores (S. Ramella, 1996). Pero sí se deben mencionar los convenios firmados con la OIT desde 1936, que expresamente reglamentaban un trato diferencial y protector de los trabajadores indígenas, hasta llegar al reconocimiento de los pueblos en 1989. Así también el reconocimiento de minorías étnicas, en los tratados firmados en la ONU. Todos ellos serán presentados como fuentes de la constitución reformada en concordancia con ellos.

Cabe mencionar los siguientes convenios: OIT:Nº. 50 (1936) que reglamentaba el sistema de reclutamiento de los trabajadores indígenas, Nº 64 (1939) sobre contratos escritos para los trabajadores indígenas; Nº 104, 1955, protección por incumplimiento de los contratos; Nº 107 de integración y protección de poblaciones indígenas, ratificado por la ley 14.932 (1959); Nº 169 (1989) sobre “Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”, reunión convocada en Ginebra, cuyo art. 2.1. dice: “los gobiernos (deberán) desarrollar con participación de los pueblos interesados, una acción coordinada, proteger sus derechos y garantizar su integridad.” Dicho Convenio, Argentina recién lo ratificó en 1992 por la ley 24.071 y entró en vigencia, ya sancionada la reforma, en junio de 2001. Pero cabe destacar que en 1985 se sancionó la ley Nº 23.302 denominada de “Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes”, con un carácter más bien de política social destinado a proteger los indígenas como grupo diferencial, sí, pero en un sentido similar a los derechos sociales del Estado de bienestar, con la salvedad de reconocerle la propiedad de las tierras que tradicionalmente ocuparan. La autoridad de aplicación de esta ley fue el I.N.A.I. (Instituto Nacional de Asuntos Indígenas) creado en consecuencia de la ley.

Asimismo y también citados como fuentes por los convencionales, se enumeran todos aquellos tratados que tutelan los derechos humanos. No nos introducimos en el debate, reseñado por Stavenhagen (2002:180), sobre si el criterio al establecerlos fue individualista o comunitario, pero es importante decir que los indígenas se sienten tutelados por ellos. Tales, El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966-1977), sobre minorías étnicas, derecho a su cultura, religión, idioma; la Declaración sobre la raza y los prejuicios raciales (1978), que en su art. 27 reconoce expresamente el derecho a la diferencia, al decir: “Todos los individuos y los grupos tienen derecho a ser diferentes, a considerarse y ser considerados como tales”; el Pacto de San José de Costa Rica, que concede personería jurídica a las comunidades indígenas; el Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe, aprobado en Madrid 1992, cuyo art. 1 dice: “establecer un mecanismo destinado a apoyar procesos de autodesarrollo de los pueblos, comunidades y organizaciones indígenas de América Latina y el Caribe.”. Todos ellos incorporados a la Constitución de 1994 con jerarquía superior a las leyes y con rango constitucional en tanto se refieran a los derechos humanos.

Desde el punto de vista constitucional, al incorporar dichos tratados al texto constitucional, asume la doctrina monista del DIP por lo que desde Alberdi, habían bregado los monistas argentinos. En cierta manera, aún antes de esa incorporación, la visión de esa doctrina, desde que se ratificó la Convención de Viena de los Tratados (1969, por ley 19.865/1973), de por sí ya quedaba incorporado al derecho interno, porque en su artículo 27 estipula: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.”. No obstante era conveniente su incorporación constitucional, porque antes de 1994 el pensamiento doctrinal y jurisprudencial, fue vacilante, remiso a aceptar esta nueva interpretación del derecho internacional. Recién en el fallo Ekmekdjianm, Miguel vs. Neustad y otros, (“Fallos”, 257-99 y 271-7) la Corte Suprema de Justicia de la Nación confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno, asumiendo la doctrina monista del DIP. Pero los juristas, en muchos casos, siguen siendo renuentes a aceptar el monismo.

Se debe advertir, que cuando nos referimos al monismo como un orden jurídico mundial, no significa establecer un sistema hegemónico, impuesto a todos los pueblos coercitivamente. Se dice esto porque también se denomina monismo al orden jurídico interno, que no acepta el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas. La doctrina monista internacional es un sistema profundamente humanista, refrendado por acuerdos, pactos y tratados, libremente suscriptos por los estados del mundo. Asentado en el humanismo, tutelador de los derechos humanos. Es verdad, que el gran avance de esta doctrina fue considerar un derecho supranacional para tutelar a la persona sobre el Estado, aunque sin considerar los pueblos o naciones intraestados. Este aspecto es lo que hoy reclaman los pueblos indígenas no sólo ser amparados en sus derechos personales, individuales, sino también como pueblos. Concebir al Estado no sólo compuesto por individuos sino también por pueblos. Y en este aspecto viene el debate sobre la autodeterminación de los pueblos que se planteó hacia 1960 en la Declaración sobre descolonización, cuestión que no abarcaba a los pueblos indígenas. (Cfr. Clavero, 1994:76)

X.D. Constitución de 1994: entre el igualitarismo y el particularismo del derecho

En la última reforma constitucional realizada en 1994, Argentina al igual que numerosas constituciones en América Latina (M. Gómez, 2002:240), introduce el reconocimiento del derecho a la diferencia, aunque con la ratificación de muchos de los tratados vistos y por la Convención de Viena, ya estaba, en principio, obligada a ello.

La reforma surgió del Pacto de Olivos entre las dos fuerzas políticas mayoritarias. Unión Cívica Radical y Partido Justicialista, ratificado por la ley 24.309. En él acordaron introducir, entre otras modificaciones, “garantizar la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, por reforma del inc. 15 del art. 67.” (Art. 3, letra LL).

El inciso mencionado es parte de las atribuciones del Congreso Nacional contenidas en el art. 67 (luego de la reforma, art. 75). Dado que es una garantía que involucra derechos debería haber sido establecida en la parte dogmática de la constitución como, por ejemplo, lo hace la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su extenso y reglamentarista art. 2, modificado el 14-8-2001. En la reforma argentina no fue así por dos razones. Primero, porque se acordó que la reforma fuera parcial destinada solamente a modificar la parte orgánica y no la dogmática. En segundo lugar, porque era la única referencia a los indígenas en la constitución a reformar y dio la posibilidad, sin romper el acuerdo, de incluir la garantía y derechos específicos y diferenciales de los indígenas dentro de las atribuciones del Congreso. Era una cláusula histórica, como se reseñó ut supra que, aunque la doctrina no lo reconociera ni lo reconocía, colisionaba con el artículo 16 de la igualdad ante la ley ante el trato diferencial que autorizaba al Congreso a mantener con los indígenas independientes, lo cual entró en desuso después del sometimiento de dichos pueblos al Estado argentino.

En la Convención se presentaron 84 proyectos provenientes de todas las bancadas políticas, sólo un despacho en minoría que fue retirado en el momento de la votación. Lo cual demuestra que hubo coincidencias generales al reconocimiento de los pueblos indígenas, en su identidad y su cultura. El artículo fue votado por unanimidad y con la presencia, en las barras, de numerosos representantes de pueblos indígenas procedentes de distintas provincias argentinas, en especial de aquellas provincia incorporadas después de la conquista en 1880: (Pilagá, Wichí, Toba, Mocoví, Guaraní, Kolla, Calchaquíes, Huarpes, Chañés, Mapuches, Rancuches, Tehuelches y Onas). Los que, por su parte, habían presentado a la Convención numerosos documentos que avalaban su posición y fueron expresamente citados por los convencionales. Entre ellos: la Declaración de los Representantes de los pueblos Indígenas reunidos junto al

Equipo Nacional de Pastoral Aborigen (ENDEPA) que reclamaba la imperiosa necesidad de “establecer el derecho a ser considerado diferente” (CNC 1994: Exp. 317).

El texto reformado (art. 75, inc.17) establece: “Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respecto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.” Que se complementa con el inc. 19 del mismo artículo por el cual se faculta al Congreso a “dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural...”

Es un texto escueto si se lo compara a otras constituciones latinoamericanas y muy distinto de la Propuesta para la nueva Constitución Política del Estado de Bolivia, elaborado por la Asamblea Nacional de Organizaciones indígenas originarias, campesinas y de colonizadores de Bolivia (agosto 2006) que significa dice Sarela Paz (RELAJU 2006:1), “la posibilidad de pensar un nuevo proyecto de sociedad, (por el cual) los pueblos indígenas se convierten en un elemento constitutivo de la nación”. En el caso argentino, sería como dice la misma autora, sólo el reconocimiento dentro del modelo neoliberal de sociedad que intenta ampliar y democratizar a los discriminados, entre ellos los indígenas.

No obstante no llegar a un replanteo de un proyecto de sociedad como pretende la propuesta boliviana, la introducción en la Constitución Argentina no fue tan pacífica como la unanimidad de la votación pareciera hacer suponer. Por ello, para analizarlo me ocuparé: A) del reconocimiento de la preexistencia étnica y cultural, en tanto se hizo hincapié en la diferencia como en la igualdad y contiene la idea de identidad y de una educación bilingüe. B) En el concepto de pueblos indígenas argentinos como sujetos del derecho internacional y nacional, que involucra a los conceptos de nación y soberanía. C) En la propiedad comunitaria en función de los fallos y sentencias posteriores. Porque, entendemos, son los puntos más conflictivos en el que colisionan dos paradigmas jurídicos aunque convivan en el mismo texto constitucional. La interpretación general del discurso de los convencionales, de la doctrina y de la jurisprudencia nos lleva a visualizar en los términos, en los giros idiomáticos, en el léxico y en la retórica utilizada, si bien no un choque de paradigmas, al menos una incompreensión y por momentos descalificación del anterior o del nuevo paradigma como inconciliables.

I.A.1). **Reconocer la preexistencia étnica.**

Las primeras convenciones constituyentes del siglo XIX, para imponer el paradigma de la igualdad, debieron explicar qué significaba la igualdad ante la ley, concientes que se enfrentaban al particularismo diferencial de los derechos y libertades concedidos como privilegios en el Antiguo Régimen. Así también los constituyentes de 1994, más próximos al reconocimiento de la diversidad, tuvieron que explicar qué significaban los derechos “otorgados” si lo entendemos como una vuelta al particularismo jurídico, o los derechos “reconocidos” si nos centramos en el paradigma jurídico liberal.

Esto merece una aclaración. No se planteó así en la Convención, porque directamente se prefirió el término *reconocer* sin mayores disquisiciones. Pero sí se ha observado que *otorgar* sería considerado como un privilegio al estilo, agregamos por nuestra parte, de los fueros medievales. Por ende, la mejor forma de identificar estas cláusulas es *reconocer*, porque de esa forma se reconoce la historicidad y antigüedad de los derechos que siempre tuvieron los indígenas. En cambio de decir *otorgar*, se estaría diciendo que son derechos nuevos (M.Gómez, 2002: 244)

En verdad, como personas, como pueblo, es correcto el reconocimiento. Entendiendo que son derechos naturales, propios de toda persona y de todo pueblo. No obstante, el hecho de que ese reconocimiento emane de una ley o constitución, en forma diferencial, se asemeja a la idea de *otorgar* por parte del poder constituyente del Estado. Esa discusión sobre esos términos es una muestra más de las ambigüedades que surgen al ensamblar dos paradigmas diferentes. Porque reconocer es una forma de volver al jusnaturalismo antropocéntrico del Estado moderno. Otorgar, por otra parte, también se inscribe en ese antropocentrismo, desde un poder dispensador de derechos y libertades. Es decir, estrictamente, ninguna de las dos palabras respondería al reclamo indígena. Tal vez, la expresión más adecuada sería el reconocimiento de las particularidades propias de la condición de indígena, no como individuo sino como comunidad. Aunque se debe ser conciente que siempre estaremos utilizando términos propios del paradigma que decimos está cambiando. Esta es la dificultad que desarrolla Said respecto del paradigma antropológico que surgió con los antropólogos colonizadores, frente a nuevas concepciones de cultura que formulan los antropólogos de los países colonizados (Said, 1996).

Los convencionales, por su parte, hacen referencia a los antecedentes históricos del siglo XIX, desde dos perspectivas. Unos, alegaron que los indígenas estaban comprendidos en el principio de igualdad y sólo se debía “estimular en ellos la conciencia sobre los deberes emergentes de su condición de ciudadanos argentinos (...) y promover su participación en la vida nacional” (Augusto Alasino) y como tal “no puede colocar a los individuos en mejores condiciones que todos los demás habitantes” (Alberto Natale) y que se debía promover la integración y asimilación. (CNC, Exps. 1329, 1018, 1429).

En el mismo sentido se manifiestan algunos doctrinarios: “Todo el artículo o su mayor parte es violatorio del artículo 16 de la Constitución, porque consagra expresamente prerrogativas de sangre y de nacimiento de las que no goza ningún otro argentino.” (Segovia, 1995:340). O, simplemente, que no era necesario incorporar dicha reforma porque en el tema religioso *promover* no era *imponer* (Sarmiento García, 1995:28) En forma análoga se expresa Basterra (2005:354) comentando la Constitución paraguaya. “La población indígena tiene un estándar superior que en otros países americanos” por el hecho de poder sujetarse a sus normas “consuetudinarias” para la regulación de la convivencia interior. Derecho comunitario, dice, que va en detrimento de los derechos individuales y es lesivo para el resto de los ciudadanos paraguayos”.

Es decir, unos y otros, no son proclives a aceptar los cambios que de hecho se han producido y mantienen su pensamiento sujeto al paradigma individualista de la igualdad.

Otros convencionales, en mayor número, apelan a “expandir en la Argentina el fundamental concepto de diversidad” (Alfredo Bravo) o “igual derecho a ser considerados diferentes” (Bibiana Babbini). Señalan la contradicción del art. 16 con el art. 67, inc. 15 de la C.N.1853, con los siguientes términos: “discriminatorio”, “excluyente” del principio de igualdad a los indígenas y que su conversión al catolicismo fue una forma de “asimilacionismo”, “aculturación”, “homogeneizante” (Exp.1322 y 619). Están planteando, como lo haría Habermas (1998) la ausencia del derecho sin legitimidad ni validez., pero también lo están haciendo desde el paradigma de la igualdad al referenciarlo al artículo 16.

Expresamente el convencional José Ficoesco dice: “La igualdad proclamada en las constituciones es una utopía no habrá verdadera igualdad sino se reconoce el *derecho a la diferencia* (...) la igualdad es una forma más de conquista y colonización (...) lo que debe cambiar, lo que de hecho está cambiando, es la idea de un Estado cultural y racialmente homogéneo, para dar paso a un modelo en el cual pueden convivir los pueblos con iguales derechos y (...) diversas culturas. Esto es un Estado multiétnico y pluricultural” (CNC 1994: Exp.790-956).

Así quedó planteado el tema de nación homogénea versus reconocimiento de la existencia de otras naciones y otros pueblos, dentro del Estado argentino, que se verá en el

punto siguiente o, en otras palabras una nación pluricultural y pluriétnica como dice el convencional y el tratado firmado y ratificado por Argentina. Pero como la construcción de una realidad igualitaria predominaba en algunos convencionales y consideraban que era un atentado a los principios democráticos y de igualdad de los derechos civiles, el convencional Daniel Peña explicó: “La igualdad ante la ley implica relatividades provenientes de las distintas identidades culturales; nadie puede ser obligado a vivir a contrapelo de él mismo. La igualdad ante la ley de los aborígenes debe constar de una atracción integradora a toda la Nación y de una promoción legal al fortalecimiento de su identidad cultural... no deben sentirse extranjeros” (Exp. 752)

Bidart Campos (1995:377), constitucionalista, a diferencia de los doctrinarios vistos anteriormente, considera que la “igualdad requiere especificar que una minoría no es igual al resto, todo cuanto tiene de diferente necesita, en reciprocidad, un trato también diferente”. Igualmente se expresa Robledo (2005:22)

I.A.2). **Pueblos indígenas**

Todo el inciso 17 está destinado a los pueblos indígenas. Podría entenderse que los indígenas como personas no estarían incluidos en el reconocimiento de los derechos individuales. Este es el conflicto que emana de las continuidades y de las rupturas de un paradigma. Los vocablos pueblo y nación, junto a ellos Estado, soberanía, desde épocas inmemoriales estuvieron cargados de connotaciones valorativas y por qué no, emotivas, en primer término. Sobre esos sentimientos, diremos, se construyeron las justificaciones racionalizadas por numerosos autores procedentes de diversos campos disciplinarios. Así la teoría del Estado, la ciencia política y el derecho interno e internacional, dieron lugar a las conceptualizaciones de dichos términos. Desde Bodin, Bossuet, el mundo moderno y, en especial, después de la Revolución Francesa, construyó esas nociones con certezas propias del racionalismo científico dándoles un carácter único y universal. Hoy la pregunta que está en la base del reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas es: si la persona es la única que debe considerarse sujeto de los derechos humanos o, también, lo pueden ser los pueblos.

En otro trabajo desplegamos las diferentes interpretaciones dadas a través de la historia a los conceptos de nación, de soberanía, de pueblo (S. Ramella, 2004), nos remitimos a él y acá observamos que el monismo sobrepuesto al dualismo jurídico avanzó sobre el DIP clásico al considerar sujeto del derecho internacional, además de los estados, a las personas protegiéndolos de los Estados, o en palabras de Verdross (1963:76) “el sujeto responsable (colectivamente) no es el Estado como organización, sino el pueblo (populus) organizado en Estado.” Pero reconoce que si bien en esos términos pueblo no coincide con su concepto étnico, ésta categoría también tiene significación jurídico-internacional en el derecho a las minorías, no organizadas como Estado.

Así como Verdross para llegar a esa idea, recurre al derecho de gentes de Grocio y Vitoria, igualmente hoy, Villoro (2002:218) acude a ellos y a la concepción medieval para coincidir con el monismo, en la distinción del pacto entre los miembros de una comunidad histórica y el pacto que supone el anterior, aceptando sujetarse a un poder común. De esta forma concilia ambos órdenes en el ámbito del DIP, la autodeterminación de los pueblos y de los Estados.

En la misma forma, el Convencional Julio Aráoz, ante los proyectos que reclamaban el reconocimiento del derecho a la diferencia, lo soluciona aplicando el principio federal: “está basado –dice- en considerar al Estado como sociedad no solamente de individuos, sino también de comunidades que deben tener autonomía (en forma similar a las provincias argentinas) para la consecución de sus bienes comunes particulares, en tanto resulten compatibles con el bien común nacional”. (CN,1994: Exp.1018)

Cabe destacar que ni los mismos pueblos indígenas que reclamaron ser reconocidos como tales y ser considerados diferentes, dudan de que están bajo la sujeción de la Nación Argentina. La Asociación Indígena de la República Argentina (AIRA) en su misma denominación está señalando la pertenencia, pero para que no hubiera dudas declararon: “Como primitivos habitantes, somos y nos sentimos pueblos integrantes de la Nación Argentina, aceptando sus límites políticos y jurídicos, su unidad territorial y la organización constitucional de la República” (CNC 1994:Exp. 921). El sólo hecho de reclamar ante la Convención para que se incorpore el reconocimiento como pueblos, el derecho a la diferencia, como la presentación ante ella de dicho documento, está poniendo en evidencia que se consideran sujetos a ese otro poder común.

Por supuesto la doctrina constitucional considera que su alcance es confuso, que además de darle a los indígenas un estatus jurídico diferente y no como individuo sino como pueblo, se “estaría admitiendo la existencia de *otra Nación* dentro de la Nación Argentina...” (Segovia, 1995:334). Precisamente ese es el *quid*, se está reconociendo otra nación. Fue así desde la política indiana en adelante, aunque no se explicitara. Al no haberse aclarado, hoy produce confusión en algunos. Claro que hay un cúmulo de definiciones del vocablo nación, según las categorías desde las cuales se lo analice. El concepto que utiliza el autor está enmarcado en la idea de Sieyès (1789) definido como “cuerpo de asociados que viven bajo una ley común y representados por una misma legislatura”. Es decir, un Estado, una nación, y en esta el pueblo tiene una identidad de lengua, raza, tradición, idioma, cultura, etc.. Concepción en cuyo nombre, se desencadenaron las más cruentas guerras. Definición que entra en conflicto con una conceptualización más real, que ya Alberdi (1837:122) había formulado: hay nación “por la conciencia profunda y reflexiva de los elementos que la constituyen”. Es decir está planteada como “conciencia”, “autoidentificación”, “sentimiento” de pertenencia nacional (Convenio OIT 169). (Carrasco, 2001)

Desde el monismo del DIP se ha preguntado también si “¿es justo que perdure el Estado-nación?”²⁸² (P. Ramella, 1994: 123-130) entendiéndose que el DIP no puede fundarse en una red de políticas nacionales, sino en una visión política de la *civitas máxima*, un fin social internacional que reconoce la existencia de la colectividad humana.

De esa forma lo entienden los pueblos indígenas. Una pertenencia originaria a su nación mapuche, toba, etc, y subsidiariamente a la República Argentina. Y ellos como personas dentro de su comunidad están comprendidos y tutelados por los ordenamientos referidos a los derechos humanos. Concepción esta que no alcanzan a vislumbrar los que siguen ateniéndose a la idea de Estado nación único, homogéneo, como dice Briones (1998).

I.A.3). Propiedad comunitaria versus propiedad individual

El núcleo de las constituciones surgidas con el ideario iluminista de la Revolución Francesa es la propiedad individual y privada. “El individualismo burgués –dice Grossi - se configura cada vez más concretamente como individualismo posesivo (es) el nuevo sujeto-individuo, liberado de las embarazosas incrustaciones comunitarias” Sobre ella se estructuran todos los demás derechos y se organiza el Estado. Para ese ideario, la propiedad está insita en la naturaleza humana, es un derecho natural. El hombre proyecta su personalidad sobre los bienes y las cosas. Tan simbiótica es esta relación en su concepción antropológica que no sólo es condición de riqueza del sujeto sino de la misma libertad del hombre. De esa forma se desvincula del poder del Estado, como de los hechos económicos regulados por él. (Grossi, 2004:128)

²⁸² George Burdeau y Jellinek plantean el carácter polémico del Estado Nación y la Soberanía.

Mentalidad receptada en los códigos civiles desde el de Napoleón. Éstos, salvo algunos artículos referidos a la familia, están proyectados a garantizar la propiedad privada individual. Si bien tuvo una pequeña inflexión con el constitucionalismo social al declararla en función social, se mantuvo la idea de la proyección de la persona sobre los bienes. (S.Ramella, 2006).

De ahí que, de entre todos los reconocimientos dados por la Constitución de 1994 a los pueblos indígenas, el reconocerles *la posesión y propiedad comunitaria de las tierras* y declararlas inenajenables y no sujetas a gravámenes ni embargos es lo que más resistencias produce.

Para los pueblos indígenas, como bien interpreta Morita Carrasco (2001:3) las tierras “son más que un medio u objeto de producción”. En efecto, ya vimos que es la *madre tierra* y como tal, dice la Coordinadora Mapuche Neuquina: “La íntima relación existente entre sus comunidades con la tierra no se reduce a su carácter económico como factor de producción. Va más allá, por tanto, del suelo como sustrato productivo, para integrar una concepción holística abarcadora de aspectos sociales, culturales, filosófico o religiosos, políticos ambientales de esos pueblos, y en la naturaleza que halla cabida en su concepto de territorio” (1999:203) Por ello, bien reclama Cocha (2005:58) es imprescindible el otorgamiento de los títulos de “propiedad comunitaria” a las comunidades indígenas “que garantizará la indivisibilidad del territorio ancestral”.

La diferencia es substancial. Si para el individualismo, la propiedad, las cosas, los bienes reciben la sombra del individuo, que en esa mentalidad antropocentrista convierte en absoluta y sagrada, porque él, el individuo, la sacraliza. Para los indígenas, siguiendo con la metáfora de la sombra, a la inversa, la propiedad comunitaria proyecta su sombra sobre ellos. Como dicen los mapuches, los configura en su identidad y cultura, por eso es madre y por eso también es sagrada para ellos, pero en esas condiciones, el territorio los sacraliza a ellos juntamente con la naturaleza que los comprende también.

Sin detenernos en lo fáctico y las formas en que los pueblos indígenas fueron despojados y son despojados de su tierra, ni en lo que significó el alambrado, su conversión en peones de campo, los desalojos de que son objeto, ya tratados por otros autores (Carrasco, 2001). Como tampoco en su preocupación porque su discurso ecológico fue sustraído y tergiversado con otras intenciones, fundamentalmente intereses extranjeros y apropiativos de los recursos naturales argentinos dentro de sus territorios ancestrales - tal el acuífero del Iberá y Guaraní (“La Nación”, Bs.As., 20-8-2006) o el Parque Nacional en la estancia de Monte León (Cocha 2005)-, nos interesa detenernos en algunos de los planteos jurídicos realizados en pro o contra las comunidades indígenas y comprobar las dificultades de este ensamble de paradigmas jurídicos que produce en los jueces sobre todo.

En la retórica utilizada en los fallos y sentencias en las que se tiene que dirimir y, a veces, aplicar el principio constitucional de la propiedad comunitaria, los jueces que no pueden sustraerse al modelo civilista de la propiedad privada - en la que fueron formados y siguen siendo formados en las facultades de derecho-, se observa en algunos más que en otros, la perplejidad a la que se enfrentan ante la interpretación de una constitución que contiene ambos principios jurídicos y un Código Civil que sigue valorando la propiedad privada.

La valorización de la posesión y propiedad comunitaria de los indígenas, sobre la privada, considerada como “categorías jurídicas nuevas que requieren, por supuesto, alguna adecuación normativa”, se destaca en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Minería N° 5, Tercera Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, San Carlos de Bariloche, 12-8-2004, en el caso “Sede, Alfredo y otros c/ Vila, Herminia y otros S/ Desalojo”²⁸³

²⁸³ La demanda de desalojo de una comunidad indígena es representada por Sede y otros. Además, se debe advertir que el Juzgado está enclavado en la región patagónica en la cual hasta 1880 habitaban varios pueblos indígenas.

Dice el Juez Emilio Riat: “la misma constitución nacional también admite.... la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan. Se han ensayado muchos criterios, pero rige en nuestro derecho el criterio amplio del artículo 1 del Convenio 169/OIT (ley 24.071)... [al que transcribe y aclara párrafos después] “La posesión comunitaria de los pueblos indígenas no es la posesión individual del código civil. Por mandato categórico e inequívoco de la Constitución Nacional, toda ocupación tradicional de la comunidad indígena debe juzgarse como posesión comunitaria aunque los integrantes no hayan ejercido por sí los actos posesorios típicos de la ley inferior (art. 2384 del código civil). Es la propia constitución la que nos dice que esas comunidades han poseído y poseen jurídicamente por la sencilla razón de preexistir al Estado y conservar la ocupación tradicional. (...) Más aún, los derechos reconocidos por los constituyentes son absolutamente operativos. Y debe respetarse no bien se detecta una comunidad que persiste en su ocupación tradicional, aunque la adecuación normativa no esté completa.”

Finalmente el juez Riat expresa: “En fin, el derecho objetivo ha cambiado y exige que el problema indígena se resuelva ante todo con las nuevas normas de derecho público dictadas a propósito supletoriamente, con las viejas normas del derecho privado.” Lo cual advierte las dificultades que tuvo que enfrentar el juez para proteger este derecho comunitario sobre el individual, mostrando cómo en forma incipiente está emergiendo el nuevo paradigma, aunque no hace ninguna referencia al derecho a la diferencia sobre el de la igualdad.

En el fallo: “Comunidad aborígen de Quera y Aguas Calientes – Pueblo Cochinota v. Provincia de Jujuy, P/ Ordinario (Prescripción Adquisitiva)” Expediente N°: B-36.559/98; Cámara Civil y Comercial de la Provincia de Jujuy, Sala 1ª, 14/9/2001; JA 2002-III-702. 2ª Instancia.- San Salvador de Jujuy, septiembre 14 de 2001 (www.bioética.org consulta 9/2004). María Rosa Caballero de Aguiar, a diferencia del juez Riat, falla en consecuencia del derecho civil común, no obstante reconocer la normativa constitucional. Así se expresa al referirse a la prescripción fundada en el Código Civil: “Decimos ello, en tanto y en cuanto la comunidad aborígen que ha obtenido recientemente su personería jurídica, no se trata estrictamente de un sucesor universal o particular en los términos del derecho privado, pero debemos tener en cuenta que nos encontramos con que *nuestro derecho positivo ha incorporado un concepto nuevo de propiedad, el de propiedad comunitaria*, conforme el cual, el ejercicio de la posesión no se hace por una persona física determinada, sino por el grupo que forma esa comunidad (arts. 2º, 7º, 9º y ccs. de la ley 23.302 y ley 24.071, así como arts. 2 y 3 de la ley provincial 5030, modificados por la ley 5131).”.

Además como la Provincia²⁸⁴, es decir el fisco, era la titular del dominio, concluye desde una retórica civilista, con los siguientes términos: “En resumen, de la prueba testimonial receptada y de la inspección ocular antes referida, no quedó duda de que la posesión de las tierras requeridas, no sólo es comunitaria, sino que es pacífica, continua e ininterrumpida, desde tiempos inmemoriales, así como que dicha posesión la ejercieron animus domini y colectivamente”.

²⁸⁴ En este caso, las comunidades indígenas pervivieron a pesar de que el territorio ocupado por ellos, en la conquista el dominio eminente estaba en manos de los españoles primero y de Argentina después. En 1877 en el caso “Jujuy v Campero”, la provincia de Jujuy reclamó para sí tierras poseídas por un descendiente de encomenderos. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, hizo lugar a la demanda fundada en la ley 1, título 9, libro 6 de la Recopilación de Indias. Sin embargo, en 1929 las mismas tierras fueron reivindicadas por Guarí como descendiente de indígenas contra la provincia de Jujuy. En este caso, la Corte rechazó la demanda alegando que los indígenas sólo tenían una especie de dominio útil o de usufructo, cuando el propietario era el Inca, luego España y posteriormente la Provincia.

En su voto, sobre el mismo caso, Víctor Eduardo Farfan, muestra más que su par de Cámara, la mentalidad civilista, sin ni siquiera mencionar la propiedad comunitaria, porque dice atendido al Código: “Para que la posesión por 20 años autorice a prescribir el dominio a favor de quién lo haya realizado, es menester que sea pública, quieta, pacífica, continuada, ininterrumpida y con animo de dueño (arts. 2351, 2363 2384, 2373, 2405, 2408, 2445, 2449, 2479, 2480, 2481,2524 inc.7, 3448, 4015,4016 del C.C.).”

Hay otros fallos, como el del caso "Guarda Fidel s/Usurpación", Expediente N° 428/04, Juzgado de Instrucción en lo Criminal y Correccional N° II. Secretaría N° IV; San Carlos de Bariloche, 10 de noviembre de 2004, que al igual que el anterior se asienta en el Código. Pero su retórica, a diferencia de los anteriores, tiene términos y frases que inducen a pensar en una minimización de los valores que alegaron los mapuches, pueblo al que pertenecía Guarda. Por ejemplo, hace referencia a lo manifestado por el abogado defensor de Guarda, en este tono: “efectuó una pormenorizada descripción de los instrumentos públicos que registran la presencia de sus ancestros desde hace muchísimos años atrás en el lugar, así como de los valores que *suponen para la comunidad Mapuche de la cual forman parte, el cuidado de la naturaleza -en este caso, de los pocos árboles existentes en el sitio-, y la protección del cementerio que aloja a sus parientes y seres queridos.* (...) Entiendo que no se han constatado los daños a los que aludiera el denunciante.” Con lo cual interpreto una cierta descalificación en especial porque no se refiere a la operatividad de la cláusula Constitucional y resuelve el litigio en términos legales y no constitucionales.

Por último interesa presentar otro caso sobre inconstitucionalidad, porque en el fallo del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Neuquén, del 3 de junio de 2004, sobresale, tanto en este Tribunal como en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, explicaciones que indudablemente demuestran la conflictividad entre los paradigmas que la Constitución Nacional contiene en su texto. El fallo “Comunidad Mapuche Catalán y Confederación Indígena Neuquina c/Provincia de Neuquén s/Acción de inconstitucionalidad”, Expediente N° 1090 – Neuquén”, referido a la omisión del gobierno provincial por no consultar debidamente a los pueblos indígenas, por la ley que ordenaba erigir un municipio en su territorio. Consulta ordenada por la Constitución Nacional. No obstante ello, el Tribunal considera, con cita de argumentos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 264-94 y 302:60), que: “los derechos fundados en cualquiera de las cláusulas de la Constitución Nacional tienen igual jerarquía, por lo que la interpretación de ésta debe armonizarlas, ya sea que versen sobre los llamados derechos individuales o sobre atribuciones estatales”. El Tribunal entiende que la Constitución “es una estructura coherente y, por lo tanto, ha de cuidarse en la inteligencia de sus cláusulas, de no alterar en este caso el delicado equilibrio entre la libertad y la seguridad (...) debemos poner de resalto que efectuando una interpretación armónica e integradora de los distintos derechos emergentes de las cláusulas constitucionales en aparente tensión, este Cuerpo concluye que no advierte *prima facie* la violación de la garantía constitucional que los accionantes invocan.”

En los términos del fallo “igual jerarquía” de los derechos, una “estructura coherente”, “aparente tensión” y “armonización”, se advierte el conflicto que produce las distintas generaciones de derechos que se van incorporando a la Constitución. El Tribunal lo resuelve, avalado por la Corte Suprema, sobreestimando, a nuestro juicio, como antes lo hiciera la Corte en el caso Guarí v. Provincia de Jujuy, las atribuciones estatales por sobre los derechos de los pueblos indígenas. La interpretación se inclina más hacia el orden igualitario de la originaria constitución que al de las diferencias contenidas en la última reforma.

Bien dice Luciana Álvarez (2006) “En los fallos judiciales (...), el derecho a la identidad cultural no posee una potencialidad afirmativa en el sentido de otorgarle existencia y derechos a los “distintos” sino de evitar la privación de derechos por el hecho de la diferencia, es decir evitar la discriminación. Lo distinto no es reconocido como tal, sino que no es excluido por ser tal.” En efecto, los casos vistos, aún en aquellos que reconocen sus derechos comunitarios se

sentencian o fallan, según el derecho común, no como ordena la Constitución Nacional, salvo la primer sentencia mencionada.

X.E. Consideraciones finales

En la panorámica enunciación de los diferentes paradigmas antropológicos, centrados en la persona habidos en el tiempo largo de la historia de la humanidad, estimamos haber mostrado la dificultad que conlleva todo cambio de percepción que tiene el hombre sobre sí mismo y cómo la recepción de esas concepciones en el ordenamiento jurídico fue un proceso lento, trabajoso y discutido, que en forma confusa fue reconstruyendo el pasado, resimbolizándolo, pero nunca destruyéndolo totalmente.

Sobre la Constitución del siglo XIX (1853) se fueron sedimentando durante un siglo y medio hasta 1994 ideologías de distinto signo, derechos en sus diversas generaciones: individuales, sociales, comunitarios. Así, junto al derecho a la igualdad, interpretado como la igualdad de los iguales por la burguesía, se le suma el tratamiento jurídico desigual a determinados grupos sociales. Esto significó una equiparación de condiciones económicas, que bajo el axioma de la igualdad en abstracto, se había ignorado y con el darwinismo, inferiorizado, pero sin abdicar del principio igualitario.

La reforma de la Constitución Argentina en 1994 introduce un nuevo paradigma a los anteriores: el derecho a la diferencia. Pero convive con la concepción individualista, con la de igualdad ante la ley, con la propiedad privada, con resabios del régimen indiano, como en otros contextos constitucionales latinoamericanos y europeos. Esto es lo que produce las diferentes interpretaciones del mismo texto constitucional. El ensamble de cosmovisiones y principios axiológicos de distinta filiaciones, propio de un sistema en transición, es lo que deja perplejos a muchos constitucionalistas que están ateniéndose al “mito de la constitución” racional normativa.

De modo tal que se puede decir que se va *hacia* un nuevo paradigma jurídico antropológico, pero que no está establecido definitivamente. Está en una bisagra en la que compiten: la igualdad con la diferencia; la propiedad privada con la comunitaria; una sola nación y una sola cultura dentro de un Estado homogéneo con el multiculturalismo, las plurinaciones dentro del mismo Estado; la legislación general y universal con el particularismo jurídico; los sujetos de derechos individuales con los sujetos plurales de derechos; el dualismo jurídico del DIP con el monismo jurídico del derecho comunitario; el Estado como sujeto del derecho internacional con la persona como sujeto del mismo sobre el Estado y también con los pueblos como sujetos junto con la persona, resguardándose del poder del Estado, en el derecho comunitario.

Finalmente, una reflexión sobre el particularismo jurídico. Los constituyentes de 1994, enfrentados a los reclamos indígenas, tuvieron que modificar el axioma de la igualdad ante la ley que, aunque siga vigente, está moderado por un trato jurídico diferencial a las comunidades indígenas. Entendemos que ese principio es la piedra angular del orden jurídico, tanto del reformado como del nuevo.

Nominamos ese nuevo orden: particularismo, como se caracteriza al sistema jurídico medieval, porque tiene reminiscencias medievales. De ahí la rememoración que se hace de los filósofos, jusinternacionalistas escolásticos. Pero también por eso el conflicto que produce para un mundo jurídico que creyó, como bien dice Foucault, que la historia comenzaba con el ascenso de la burguesía, sin pensar en la pervivencia del pasado. Claro que hoy, distanciándose del medioevo, en este particularismo que caracterizamos como pluralista, los derechos diferenciales no se deberán considerar como privilegios que disfruta una parte (estamentos, gremios, sexos) en detrimento de otros que integran el todo. Simplemente, se trata de identificar y proteger la dignidad diferencial de un grupo de personas, que por sus características culturales

se diferencian de otras personas, de otros grupos y del todo. Todo esto no atenta contra el respeto de esas otras alteridades existentes en el conjunto humano multinacional, incluso, dentro de los mismos pueblos indígenas.

En definitiva, ese particularismo pluralista conmueve la idea de nación única, homogénea, asimilada a raza, a lengua, a cultura bajo el axioma de la igualdad ante la ley. Y conmociona las teorías históricas, jurídicas, antropológicas, políticas fundadas en las certidumbres, regularidades, ante lo caótico del particularismo y sobre todo, por la concepción indígena de que el hombre es sólo parte de un todo armónico.

X.F. Bibliografía citada

- Alberdi, Juan Bautista, 1879, *El crimen de la guerra*. Bs. As., Jackson.
- Alberdi, Juan Bautista, 1837, *Fragmento preliminar al estudio del Derecho*. Introducción y notas de Ricardo Grinberg, 1984, Bs.As., Biblos.
- Alvarez, Luciana, 2006, “Continuidades y resistencias en los procesos de transformación del status jurídico del indígena en Argentina. Los caminos de la igualdad y la diferencia”, Ponencia en las XXI Jornadas de Historia del Derecho Argentino, organizadas por el Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Córdoba 20-23 de septiembre.
- Basterra, Marcela I., (2005) “Los derechos fundamentales y el Estado. Multiculturalismo, minorías y grupos étnicos”, en *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles*, Libro en reconocimiento al Dr. Germán J. Bidart Campos, Víctor Bazán (coordinador), Bs. As., EDIAR.
- Berger, Peter L. y Luckmann, Thomas, 1998, *La construcción social de la realidad*, Bs.As. Amorrortu.
- Bidart Campos, Germán, 1995, *Tratado elemental de derecho constitucional*, Bs.As., EDIAR.
- Briones, Claudia 1998, *La alteridad del “Cuarto Mundo”. Una deconstrucción antropológica de la diferencia*, Serie Antropológica, Editorial del Sol.
- Carrasco, Morita, 2001, “Informe Anual CELS – Centro de Estudios Legales y Sociales”.
- Clavero, Bartolomé, 1994, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, Madrid, Siglo XXI
- Cocha, Norma, 2005, *La propiedad comunitaria indígena como resguardo de soberanía territorial argentina*, Tesina de grado inédita elaborada bajo mi dirección, aprobada en abril de 2006, en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, U.N.Cuyo, Mendoza, Argentina.
- Convención Nacional Constituyente, 1994, *Publicación en CD-Rom*, Ministerio de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales.
- Coordinadora Mapuche Neuquina, 1999, *Enfoque jurídico de la tierra indígena*, Neuquén, Universidad Nacional del Comahue.
- De la Peña, Guillermo, 2002, “Costumbre, ley y procesos judiciales en la antropología clásica: Apunte introductorias”, en Esteban Krotz (Ed.), *Antropología Jurídica: Perspectivas socioculturales en el estudio del Derecho*, Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana, Barcelona – México
- De Otto y Pardo Ignacio, 1983, “El principio general de igualdad en la Constitución española”, en Instituto de Cooperación Iberoamericana, El colegio de México, *Igualdad, desigualdad y equidad en España y México*, IV Encuentro Hispano Mexicano de Científicos Sociales, organizado con la colaboración de la Fundación José Ortega y Gasset, Toledo/España.
- De Ruggiero, Guido, 1944, *Historia del liberalismo europeo*, Madrid Ed. Pegaso
- García Pelayo, Manuel, 1959, *Derecho Constitucional comparado*, Quinta Edición, Manuales de la Revista de Occidente, Madrid.

- Gómez, Magdalena, 2002, “Derecho indígena y multiculturalidad” en Esteban Krotz (Ed.) *Antropología Jurídica: Perspectivas socioculturales en el estudio del Derecho*, Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana, Barcelona – México.
- González Calderón, Juan A., 1921, *Derecho Constitucional argentino*, T.II., Bs.AS., Lajouane.
- Greenberg, Joseph H., 1974, “Antropología, Ambito”, en *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, dirigida por David L. Sills, Aguilar, vol I, Bilbao.
- Grossi, Paolo, 1986, *Historia del Derecho de propiedad. La irrupción del colectivismo en la conciencia europea*, Presentación de Bartolomé Clavero, Barcelona, Editorial Ariel.
- Habermas, Jürgen, 1998, *Facticidad y validez*, Madrid, Editorial Trotta.
- Hawking, Stephen, 1988, *Historia del Tiempo. Del Big Bang a los agujeros negros*, Bs.As. Crítica, Grupo editorial Grijalbo.
- Krotz, Esteban, 2002, “Sociedades, conflictos, cultura y derecho desde una perspectiva antropológica”, en Esteban Krotz (Ed.) *Antropología Jurídica: ...cit.*
- Legón, Faustino, 1961, *Tratado de Derecho Político General*, t. II, Estructura y funciones en la Teoría del Estado, Ediar, Bs.As.
- Levaggi, Aberlardo, 2000, *Paz en la frontera, Historia de las relaciones diplomáticas con las comunidades indígenas en la Argentina (siglos XVI – XIX)*, Bs.AS., Universidad del Museo Social Argentino.
- Levaggi, Abelardo, 1987, *Manual de Historia del Derecho Argentina (Castellano – Indiano/Nacional)*, t. II, *Judicial, Civil, Penal*, Bs.As., Depalma.
- Macas, Luis, 2006, “Las nacionalidades y los pueblos no estamos en venta ni estamos para adornar museos”, en *Ley de biodiversidad*, Quito, Ecuador, CONAIE.
- Massuh, Víctor, 1990, *La flecha del tiempo. En las fronteras comunes de la ciencia, la religión y la filosofía*, Bs.As., Ed. Sudamericana.
- Mathews, Audrey L., 2006, “Martin Luther King’s Legacy and Impact on Social Equity Policies” presentación en diapositivas para *Eight Annual International Cross, Cultural Research Exchange Conference*, August 6-13, 2006, Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, Argentina.
- Minc, Alain, 1993, *La nueva Edad Media*, Madrid, Ediciones Temas de Hoy.
- Paz, Sarela “Los derechos colectivos frente al debate constitucional: los pueblos indígenas y la asamblea constituyente en Bolivia”. Ponencia presentada al V Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica. Mesa de trabajo: Constitucionalismo multicultural y derechos indígenas, Oaxtepec, México, 2006.
- Podetti, Humberto, 1982, *Política social. Objeto y principios básicos. Desarrollo social. Políticas sectoriales*, Bs.As., Astrea.
- Prigogine, Ilya, 1996, *El fin de las certidumbres*, Santiago de Chile, Ed. Andrés Bello.
- Ramella, Pablo Antonio, 1994, “Integración regional y soberanía nacional”, II Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional 1980, en Pablo Antonio Ramella *Autobiografía y selección de escritos jurídicos*, H. Senado de la Nación, Buenos Aires.

- Ramella, Susana T., 2006, “La función social de la propiedad en la Constitución de 1949. Una mentalidad representada en el constitucionalismo social de la época”, presentado a las XXI Jornadas de Historia del Derecho, Córdoba, 20-22 de septiembre.
- Ramella, Susana T., 2004, *Una Argentina racista. Historia de la ideas acerca de su pueblo y su población (1930-1950)*, Mendoza, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Cuyo.
- Ramella, Susana T., 2003, “Pervivencia de la desigualdad en el orden de la igualdad jurídica” en González Vale, Luis E. (Coord.) *Actas de Derecho Indiano. Estudios II*, XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano realizado el 21 al 25 de mayo en San Juan de Puerto Rico.
- Ramella, Susana T., 1996, “El Monismo Jurídico en Alberdi”, en Revista Historia del Derecho N° 24, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Bs. As.
- Ribas, Armando P. 1997, ¿Quién es Occidente?. Reflexiones acerca de la cultura occidental, su identidad, sus orígenes y su destino, E. Atlántida, Bs.As., México.
- Robledo, Federico Justiniano, 2005, “A diez años de la reforma de la Constitución Nacional y la inclusión de los derechos indígenas argentinos”, en *Debates de Actualidad*, Asociación Argentina de Derecho Internacional, Año XX, N°195, mayo/noviembre de 2005.
- Said, Edgar W., 1996, “Representar al colonizado. Los interlocutores de la antropología”, en González Stephan, (comp.) *Cultura y Tercer Mundo 1*, Cambios en el saber académico. Caracas, Editorial Nueva Sociedad.
- Salas, Rubén Darío, 2004, *El discurso histórico-jurídico y político institucional en clave histórico-hermenéutica. Del clasicismo ilustrado a la Post-Modernidad*, Bs. As. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.
- Sarmiento García, Jorge H., 1995, “Soberanía, Autonomía, autarquía región y comunidad indígena en la reforma” en Sarmiento García, J. H (Comp.), *La reforma Constitucional interpretada*, Bs. As., Depalma
- Schuster, Federico, 2002, “Teoría y método de la ciencia política en el contexto de la filosofía de la ciencia posempirista” en Revista de Reflexión y Análisis Político, Posdata 6 julio/2000 (págs. 11-36)
- Segovia, Juan Fernando, y Segovia, Gonzalo, 1995, “La protección de los indígenas” en AA.VV. *Derecho Constitucional de la Reforma de 1994*, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, TI. Bs. AS., Depalma
- Sierra, María Teresa y Chenaut, Victoria, 2002, “Los debates recientes y actuales en la antropología jurídica. Las corrientes anglosajonas”, en Esteban Krotz (ed.), *Antropología Jurídica...cit.*
- Sieyès, Emmanuel, (1789) *¿Qué es el Tercer Estado?.* Prólogo y notas de Marta Lorente Sariñena y Lidia Vázquez Jiménez, 1989, Madrid, Alianza.
- Stavenhagen, Rodolfo, 2002, “Derecho internacional y derechos indígenas”, en Esteban Krotz (ed.), *Antropología Jurídica...cit.*

- Tinant, Eduardo Luis, 2006, "Sobre la dimensión temporal de la persona y el derecho, en Revista Electrónica Mensual de Derechos Existenciales, Dr. Ricardo Rabinovich Berkman, N° 55, julio, Bs. As.
- Touraine, Alain, 1997, *¿Podremos vivir juntos?. La discusión pendiente: El destino del hombre en la aldea global*, Bs.As., Fondo de Cultura Económica.
- Uribe Vargas, Diego, 1996, *El derecho a la Paz*, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia, Santafe de Bogotá.
- Verdross, Alfred, 1963, *Derecho Internacional Público*, 4ªed., en colaboración con kart Zemanek, Traducción de Antonio Truyo y Serra, Madrid, Aguilar.
- Villoro, Luis, 2002, "Multiculturalismo y derecho", en Esteban Krotz Editor, *Antropología jurídica...cit.*

EL PODER Y LA PROPIEDAD

Jorgelina Bustos Arlín

XI. LA PROPIEDAD SUI GENERIS DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y EL PODER DE LA INFORMACIÓN.

XI.A. Las teorías de la comunicación frente al poder y la propiedad

El desarrollo general del estudio de la *comunicación de masas* ha definido la problemática de los *media* sobre la base de la concepción (comprensión, explicación, caracterización) del mundo social realizado por los teóricos de la sociología moderna y contemporánea. Por ello, los profundos desequilibrios en el conocimiento de nuestro objeto de estudio fundan sus raíces en las mismas contradicciones del desarrollo de las ciencias sociales, y agrega una dificultad más al complejo, laxo y dinámico objeto que es la **comunicación social**.

Es así que conceptos estelares tales como ‘poder’ o ‘propiedad’ asumen su dimensión singular, según en el lugar teórico en que nos situemos. Si bien la problemática de los medios ha sido abordada desde diversas teorías (tecnológicas, políticas, sociales, economicistas, etc.) en la historia de la investigación en comunicación de masas se han privilegiado –o han permanecido como referentes– dos líneas significativamente diferenciadas: la línea funcionalista (empirista-estructural-funcionalista) de base positivista con figuras como Merton, Lazarsfeld, Lasswell, Wright, Bell, entre otros; y la línea teórica crítica de base marxista -no ortodoxa- que se identifica históricamente con el grupo de estudiosos del *Institut für Sozialforschung* de Frankfurt dirigido por Max Horkheimer, en el que participan Adorno, Marcuse, Benjamín, Habermas. (De Fleur/Ball-Rokeach 1986; McQuail 1990/1993; Moragas Spá 1993; Wolf 1991).

Para la línea funcionalista el concepto de poder en la comunicación de masas ocupa un lugar secundario puesto que entiende a la sociedad con una dinámica dentro de la cual los individuos y las instituciones interactúan en ella tienen normas reguladoras y otros tipos de vínculos que limitan a cada entidad su hegemonía, siempre con relación a las demás. La trama de relaciones que se produce entre los individuos y/o entidades es relativamente estable, independiente de las propias voluntades o de las identidades de los participantes en donde las unidades constitutivas tienen acciones o papeles determinados y diferenciados; de modo que, si relacionamos con **el poder de los medios de comunicación**, este tipo de teorías sociológicas relativizarán el poder que puedan ejercer los medios, dado que se trataría de una entidad social que actúa en armonía con las demás y ese propio ritmo, esa propia mecánica, le impediría sobreactuar en el ejercicio del poder. Habría una autorregulación en la cual **el equilibrio y la estabilidad se realizan a través de las relaciones funcionales que los individuos y los subsistemas accionan en conjunto**. En este sentido Parsons²⁸⁵ habla de ‘tendencias a la homeostasis’.

El subsistema específico ‘*medios de comunicación*’ también debe estudiarse desde estas categorías de análisis. Sus estudios son conocidos como la *Mass Communication Research* cuyos orígenes coinciden con la expansión de la prensa y la radio en el contexto de la crisis de 1929.

²⁸⁵ Nisbet, Robert. La formación del pensamiento sociológico. Amorortu 1970.

Estos estudios se han caracterizado por su empirismo y por su voluntad de aplicación, pero al mismo tiempo **establecen los límites del sistema comunicativo que mejor se adecua al sistema liberal y a su régimen jurídico**. Al respecto, McQuail (1993:118) expresa que *‘El funcionalismo-estructural, por tanto es al mismo tiempo flexible y un tanto vacío de respuestas específicas a los interrogantes que se plantean acerca de los medios y el poder. Una teoría de la “dependencia de los medios de comunicación”, esencialmente funcionalista, formulada por Ball-Rokeach y DeFleur (1976), trata de la dependencia relativa de las audiencias respecto de los medios de comunicación de masas (en comparación de otras fuentes de información) en tanto variable que se debe determinar empíricamente. Esta teoría sostiene que cuanto más confianza deposite la audiencia en los medios informativos de comunicación de masas y cuanto mayor sea el estado de crisis o la inestabilidad en que se halla sumida una sociedad, mayor será, probablemente, el poder que revistan los medios (o el poder que se les conceda).’*

Funcionalismo-estructuralismo también soslaya del tema de la **propiedad** de los medios, cuestión que impide analizar satisfactoriamente el vínculo indisoluble entre ambos conceptos; de allí que iniciáramos explicando la problemática del **poder**. Más aún, cuando desarrollemos la diversidad de propiedades que puede implicar la propiedad de medios, y que derivan, también, en diversos tipos y/o niveles de poder.

En consecuencia la perspectiva funcionalista no nos sería válida para la presente investigación puesto que los tópicos de nuestro interés han sido escasamente jerarquizados; lo cual no significa que descartemos otros aportes del funcionalismo, particularmente sobre los aspectos cognitivos de los sujetos, tales como *efectos a largo plazo* o el estudio de los *efectos* conocido como hipótesis de los *‘usos y gratificaciones’*. (McQuail 1990/1993; Moragas Spá 1993; Wolf 1991).

Cabe destacar que bajo esta perspectiva teórica se desarrollaron importantes estudios sobre la comunicación política internacional y especialmente para los países del Tercer Mundo, entre los cuales nos encontramos, y por los cuales nuestras investigaciones han sido vastamente influenciadas.

El funcionalismo (o estructural-funcionalismo) para la investigación en comunicación no tuvo una continuidad de jerarquía en las investigaciones, puesto que en los años cuarentas la teoría crítica, representada por la *Escuela de Frankfurt* marca otro panorama. Entiende que **en la sociedad se producen pugnas constantes de poder dado que la sociedad está constituida básicamente por las relaciones de producción en la sociedad capitalista** (que es la que vivimos desde el siglo XVIII), y esas relaciones de producción –es decir propietarios de las maquinarias e instrumentos y empleados que trabajan para esos ellos-, trae en sí una asimetría fundamental en la distribución de la riqueza y de los bienes, aspectos asociados directamente con las condiciones de poder entre uno y otro lado.

Cabe aclarar que la *Escuela de Frankfurt* se dedicó particularmente al estudio de las **relaciones entre cultura y sociedad**, puntualmente, al estudio de la *cultura de masas*; aunque a partir de sus propuestas alternativas críticas se abrieron las puertas para que otras corrientes, como la ***Teoría Política-económica de la comunicación***, se incluyera en las preocupaciones de líneas posteriores en la investigación, tal es el caso de la *Escuela de Birmingham* –fundada en la Universidad homónima bajo el nombre de *Centre for Contemporary Cultural Studies*- por Richard Hoggart, junto a Stuart Hall, Raymond Williams y E. P. Thompson, entre los más destacados. Ambas escuelas, aunque con significativas diferencias respecto a la cultura y al proceso de la comunicación de los medios masivos, abordan problemas y ofrecen singulares y enriquecedoras perspectivas, tradicionalmente olvidados por los estudios funcionalistas, como

es el caso de las condiciones económicas y de las estructuras de poder que derivan de los medios de comunicación modernos.

Es indudable que en décadas posteriores (a los 40/50) se incluyeron otras miradas con aportes de las ciencias sociales, aunque la línea crítica prospera particularmente con la incorporación de la socio-semiótica y del análisis del discurso, líneas teóricas que colaboraron positivamente para superar el **posible reduccionismo economicista** que pudieran pautar, inicialmente, los seguidores de la teoría marxista; puesto que la complejidad de los medios de comunicación demanda, también, abordajes complejos y exige indudablemente la inclusión de otras varias referencias, además de las relaciones de producción en el marco de la sociedad de consumo.

Las nuevas concepciones propusieron nuevos abordajes metodológicos que pudieron dar cuenta de modo más satisfactorio el **espacio pluridimensional** de los medios de comunicación: de la propiedad material, del manejo y uso de lo simbólico en el ámbito discursivo, y del mundo de las representaciones (individuales y sociales) e imaginarios en los contextos sociohistóricos de referencia. Sin excluir, el reconocimiento de los difícilmente explicables -y menos aún demostrables- **procesos de interpretación de los sujetos**. En este ámbito intervienen también otros complejos procesos socio-cognitivos cuyo tratamiento está en ciernes con el aporte de las teorías psicológicas referidas a la cognición de los sujetos, consideradas fundamentales a nuestro juicio dentro de los procesos comunicacionales mediáticos.²⁸⁶

Para la investigación que nos ocupa, en virtud de lo expuesto, es imprescindible situarnos en la línea teórica crítica puesto que nos permite desarrollar un constructo teórico desde lo complejo y lo diverso, pero que no soslaya el papel de la economía en el desarrollo de los *media*, puesto que se instalan masivamente en una etapa de producción industrial de desarrollo capitalista que ofrece un modo singular de organización social caracterizado por un dominio de un sistema abstracto de relaciones de cambio (oferta y demanda).

XI.B. La propiedad sui generis de los medios de comunicación

La **hipótesis central de nuestro trabajo conjunto** es que existe una pervivencia del Antiguo Régimen en la territorialización del poder, que desvanece el concepto de propiedad del Código Civil en la heterogeneidad de propiedades. Y en el caso de la propiedad de los medios de comunicación el concepto de 'territorialidad' asume un nuevo perfil -que describiremos a continuación- acorde a las nuevas máscaras con que se constituyen **la propiedad y el poder** en este caso. Y particularmente en el último medio siglo en occidente en que la situación de posguerra marca el inicio de un nuevo modelo en las relaciones económicas, incrementado en la propuesta neoliberal global desde los ochentas.

La economía de mercado, desde los comienzos de la comunicación masiva (años 40/50), permite el fuerte vínculo de los medios de comunicación con el consumo (primero publicidad, luego marketing, hoy comunicación estratégica). El vínculo *consumo-mercado-persuasión-medios*, resulta estelar para el nuevo modelo económico de base keynesiana que permite el ingreso de sectores sociales que antes no integraban este tipo de ámbito de

²⁸⁶ Los procesos complejos sobre la interpretación han sido abordados desde diferentes disciplinas. A modo de ejemplo destacamos los nombres de Umberto Eco 1977, 1993, 1998, 1999; Farol 1985; Bruner 1994, 1998; Verón 1996; Wertsch, J. 1991.

intercambio capitalista. Cierta estado de bienestar de las masas le permite el acceso a bienes, cuyo primer acercamiento es ofrecido por los medios de comunicación. Si bien este es un tema que tiene peso propio para otra investigación, es importante hacer esta referencia, puesto que **estas relaciones permitieron a los empresarios de los medios de comunicación situarse en un lugar de privilegio, ya no tan sólo por el poder de la información en las relaciones políticas, sino también por el nexa que significaba cierto funcionamiento mediático en el imaginario del consumo de las grandes masas.**

Los incrementos económicos de industriales y empresarios de diferentes productos –indumentaria, automóviles, electrodomésticos, etc.- que se insertaban en el mercado, estaban ligados a las ganancias y el lugar de poder que fue adquiriendo el empresariado de los medios. **Esta proporción directa, instala a los medios de comunicación en un lugar central dentro de la lógica que ha impreso el modelo económico en los últimos años.** Vale decir que también ha padecido –y gozado- de la necesidad de la reconversión en términos tecnológicos y en términos de nuevas formas de sobrevivencia en el mundo de los negocios mediante agrupamientos, cárteles, monopolios y oligopolios; tal como lo hace cualquier empresa que pretende mantenerse y crecer dentro de los cambios actuales. Incluso dentro de los cambios económicos y políticos (economía neoliberal y Estado –modesto) el empresariado de los medios ha sabido diversificar su oferta, incursionando en otros ámbitos económicos extra-mediáticos. En este punto es importante destacar que la propiedad particular de un medio otorga prerrogativas singulares para potenciar negocios en otros ámbitos.

De lo expuesto se desprende la conveniencia de señalar que la propiedad como bien social, tal como la entenderían los teóricos de lo moderno reflejado en el Código Civil referido, dentro del empresariado mediático, es particularmente susceptible de análisis, puesto que sólo el conocimiento del andamiaje y funcionamiento mediático²⁸⁷, puede dar respuesta a un modelo de propiedad *sui generis* que implica un poder de semejante especie.

En apartados posteriores explicaremos las características peculiares de este sector empresario con propiedades y poder, cuyo material de riqueza cobra formas físicas, en idéntico estilo a la industria automotriz o indumentaria, que puede representarse en edificios, maquinarias, papel prensa, herramientas tecnológicas, etc., pero también de forma inmaterial como lo es el ‘flujo informativo’. Sin embargo, no es conveniente desatender el valor agregado del material simbólico aportado por el **poder de ser propietario del bien social que es la información, y de posicionarse como distribuidor equitativo de la misma.**

En este segmento proponemos explicar las razones por cuales situamos a los medios de comunicación dentro del sistema de empresas, con su vaivenes y lógicas dentro del mercado, a la vez que procuramos sistematizar la labor *periodístico-empresaria* a fin de fundamentar las razones por las cuales ponemos en tela de juicio la idea de que los medios cumplen la función de distribuidores de la información de modo ‘objetivo’ tal como intentan – los mismos medios- instalarlo en el sistema de creencias. Creencias todas, al fin, que aportan

²⁸⁷ Es conveniente aclarar la dificultad que representa la expresión ‘medios de comunicación’ en un sentido global puesto que cada medio (radio, diario, televisión) tiene su singularidad operativa y semiótico-discursiva. Diferentes modos de producción y lenguajes (palabras, sonidos, imágenes fijas o en movimiento, etc.). Sin embargo, los elementos de la gráfica que se trabajan en el siguiente apartado, son susceptibles de aplicar a otros medios dadas su características genéricas básicas.

un *plus* al sistema empresario mediático cuyo comportamiento muchas veces está reñido con el **uso de la propiedad como bien social**, tal como está instalado en le imaginario colectivo a diferencia de otro tipo de empresas.

XI.C. La propiedad material

Con la finalidad de organizar el despliegue textual de nuestro objeto, intentaremos explicar el rol que ocupa **la propiedad** material (física) en el mundo actual. Cabe aclarar que las elaboraciones teóricas vertidas en el presente apartado, no requieren situar específicamente la problemática en un lugar físico (país o continente), puesto que la globalización económica ha instalado estos funcionamientos de mercado en cualquier lugar del mundo que se haya incorporado al modelo neoliberal. Los capitales no tienen fronteras y las inversiones en este rubro tienen precedente inespecífica.

La noción de propiedad, en tiempos en que la gráfica era dominante, el nombre propio de sus dueños otorgaba credibilidad y ética a la información. A partir de la diversificación de la propiedad también se produjo una diversificación de propietarios. Sólo si es conveniente, a modo simbólico puede mantenerse un apellido (casos argentinos: Mitre, Herrera de Noble, Calle, etc). En este complejo y significativo cambio, la tecnología jugó un papel fundamental, puesto que si bien exigió reconversiones también permitió el ingreso a la propiedad de otros bienes culturales, ligados con la propiedad de los medios. Si duda que este 'nuevo negocio' atrajo también la atención de empresas sin trayectoria periodística, y consecuentemente, sin tradición ética ni comprensión de la singular 'materia prima' que significa la información.

Ignacio Ramonet, conocido investigador en temas de libertad de expresión²⁸⁸ y, a la sazón, director del Diario *Le monde diplomatique*, expresa su preocupación frente a los 'gigantescos conglomerados' que se apoderan de los medios de comunicación. En el ámbito internacional, señala que 'Estados Unidos, donde las normas contra las concentraciones en el campo audiovisual se abolieron en febrero de 2002, América Online ha comprado Nestcape, la revista Time, la Warner Bros y la cadena de información CNN; General Electric, la empresa mundial más importante por su capitalización bursátil, se ha hecho con la NBC; la firma Microsoft de Bill Gates reina en el mercado de los programas informáticos y quiere conquistar el de los videojuegos con su consola X-Box, mientras que con su agencia Corbis domina el mercado de la fotografía de prensa; la News Corporation de Rupert Murdoch ha asumido el control de algunos de los periódicos británicos y estadounidenses de mayor difusión (*The Times*, *The Sun*, *The New York Post*) y posee una red de televisión por satélite (BskyB), una de las cadenas de televisión de Estados Unidos (Fox) y una de las principales empresas de producción de películas (20th Century Fox)'.

Agrega que 'en Europa, Bertelsmann, la mayor editorial del mundo, ha adquirido RTL Group y controla actualmente en Francia la cadena de radio RTL y la cadena de televisión M6; Silvio Berlusconi posee las tres cadenas privadas de televisión más importantes de Italia y controla, como Presidente del Consejo, el

²⁸⁸ www.larebellion.org Ignacio Ramonet es un militante de la libertad de expresión ligada a la democratización. Por ello proclama sus ideas tanto en publicaciones orgánicas como en publicaciones alternativas. Inició la práctica de Observatorio de Medios, entidad que puede ser constituida por cualquier grupo de ciudadanos que deseen ofrecer otros puntos de vista respecto de la información ofrecida por los grandes medios comerciales.

conjunto de las cadenas públicas; en España, el Grupo Prisa controla el diario El País, la Cadena SER, el canal codificado Canal Plus y un polo de editoriales.'

Por otras fuentes alternativas²⁸⁹ (obviamente las cadenas comerciales no lo explicitan satisfactoriamente) es sabido a través de especialistas de 'media watch' como Norman Solomon que *'reducen el grupo propietario a seis grandes corporaciones -en los '60 eran mas de 40-, señalando que los capitales corporativos se entrecruzan en alianzas de poder que controlan terceras corporaciones mediante participaciones accionarias bajas y sofisticados enroques de capitales. Por ejemplo, AT&T posee 8% de New Corp. (Fox). A su vez, Janus Corp. está presente en el 5% de Liberty Media y en 6% de AOL TW (CNN. Gigante que a su vez, pertenece en 4% a Liberty Media, en 18% a New Corp. y en 1% a Viacom, a su turno controlada en 68% por National Amusement.*

El magnate mediático Rupert Murdoch controla News Corp. (Fox) con 30%, en alianza con 8% de AT&T, en tanto el Grupo Bruxelles detenta el 25% de Bertelsmann. Hay polémica porque Murdoch, cuya insignia es el canal Fox, pide aprobación federal para comprar Direct TV, gigantesco proveedor de señales por satélite, donde participa -entre otros- el venezolano Gustavo Cisneros Rendiles, dueño principal de la cadena hispana Univisión y de los canales ChileVision de Santiago y Venevisión de Caracas.

Estos datos son elocuentes para realizar una simple transpolación respecto de nuestro país en el marco de una economía globalizada.

El hecho de que los medios de comunicación pudieran acceder a un mundo de objetos impredecibles —e inacabables— como la llamada 'infocomunicación', en los años noventas en nuestro país y América Latina, incluso implicó que pudiera pasar a manos privadas empresas y activos del sector de las telecomunicaciones de los Estados nacionales.

XI.D. Algunas referencias sobre Argentina

Durante la década de los '90, particularmente las radios y los canales de televisión tuvieron un profundo proceso de concentración. Así, este importante espectro de la comunicación en Argentina, queda en manos de grupos reducidos afines al gobierno. Este proceso fue financiado con los mismos criterios de créditos que acumuló durante 10 años la *Convertibilidad*, pero también con un acumulado de inversión publicitaria que durante los '90 llegó a alcanzar los 20 mil millones de dólares, casi dos tercios de los cuales quedaron en la radio y en la televisión.

La ley 23.696 -de Emergencia Económica y Reforma del Estado- fue el primer paso hacia la concentración. A partir de esta ley se llama a privatizar todos los medios del Estado que no pertenezcan al Servicio Oficial de Radiodifusión (SOR), entre ellos, los canales 13 y 11 de la Capital Federal. Además permitió que las sociedades anónimas pudieran ser licenciatarias de medios. Aunque uno de los aspectos más preocupantes fue que la nueva legislación permitía a los empresarios dedicarse a otras actividades comerciales, además de la radiodifusión. La ley anterior 22.285/80 establecía que sólo podían ser licenciatarios sociedades comerciales constituidas 'únicamente' para

²⁸⁹ Ernesto Carmona de Argenpress . 2004 en www.rebellion.org

la explotación de la radiodifusión. Cuestión fundamental, en este tipo de empresas, a fin de no favorecer otros negocios mediante la información-noticia.²⁹⁰

Desde el poder político se estableció este sistema de grupos, funcional al proyecto político. Hay que recordar las privatizaciones del año 89, donde Roberto Dromi modificando un sólo artículo de la Ley de Radiodifusión logró romper con los esfuerzos para evitar los monopolios de la información.

En 1992 se firma el Tratado de Promoción y Protección de inversiones Recíprocas con otros 33 países por el cual los capitales de esos Estados son considerados como si fueran argentinos. Con la inclusión de los tratados internacionales a la Constitución en 1994, este acuerdo permitió el ingreso de capitales extranjeros a la esfera mediática.

A partir de allí se fueron conformando varios grupos *multimedia* que adquirieron cuanto pequeño o gran medio pudieron, para luego concentrarse aún más fusionándose o agrupándose en grandes *pools* mediáticos. El punto culminante de este proceso de concentración se dio con el dictado del decreto 1005/99, por el cual se le permite a cada licenciataria hasta 24 licencias. Las mismas se pueden transferir o vender; y se accede a la conformación de redes permanentes. Es así que se forman pocos grupos que tienen en su poder la mayoría de los medios de comunicación de la Argentina.

La caracterización de ‘mercancía’ que otrora la Escuela de Frankfurt le adjudicara a los contenidos de los medios de comunicación, parece tener cada vez mayor vigencia, puesto que, tal como dice Mattelart (2003), la prioridad ya no es la *información-noticia*, sino la mayor audiencia posible, en consecuencia, todo se acerca más al entretenimiento *‘sin profundizar realmente ni en las raíces, ni en las repercusiones de la información’*.

Al término del gobierno menemista el sistema de medios no fue alterado. Santiago Gándara, profesor de la UBA, dice que *“Los decretos de la última década favorecen a los grandes empresarios, los cuales en retribución, apoyan a ciertos políticos. No hay controles para los medios. No hay arbitraje. El Estado es parte de los grupos empresarios”*. (Revista Noticias 2005)

En la última semana de gobierno, el ex Presidente de la Nación, Eduardo Duhalde, mediante un Decreto de necesidad y urgencia²⁹¹ con el objeto de que los Estados provinciales, previa autorización del Poder Ejecutivo Nacional, pudieran prestar un servicio de televisión abierta y un servicio de radiodifusión sonora por modulación de amplitud (AM). Respecto de los Municipios, podían hacerlo por modulación de frecuencia F.M. Además, el decreto, permite que estas nuevas estaciones emitan publicidad de acuerdo al artículo 71 de la Ley de Radiodifusión.

Esta decisión de ex –presidente (posiblemente impelido por razones políticas coyunturales) generó el inmediato rechazo de la Asociación Radiodifusoras Privadas Argentinas (ARPA) y de la Asociación de Tele radiodifusoras Argentinas (ATA), las que pidieron la derogación inmediata de la norma al presidente de la Nación, Néstor Kirchner, por considerarla un claro atentado contra los medios de comunicación

²⁹⁰ Este aspecto es muy importante de cuidar puesto que existen múltiples formas, expresas o encubiertas para favorecer un emprendimiento comercial mediante el uso y la credibilidad que tienen las publicaciones mediáticas en la opinión pública.

²⁹¹ Decreto N° 1214/2003, el cual sustituye el artículo 11 de la ley 22.285 de Radiodifusión

privados.

Al asumir Kirchner se reinició el impulso para debatir sobre la urgencia de legislar sobre una nueva Ley de Radiodifusión, precisamente por la concentración empresaria que también afecta la propiedad de los medios. Sin embargo, los grandes grupos económicos que invierten en Medios también tienen fuerte impacto en la política, por ello es poco probable que se logre la independencia informativa necesaria en las democracias.

Tibiamente en julio de 2005, la Cámara de Diputados sancionó una ley con el objeto de proteger 'bienes culturales', y se tomaron mediadas como: limitar al 30% la participación foránea en el paquete accionario de medios de comunicación; permitir la integración de capitales extranjeros como si fueran nacionales; eximir a las firmas periodísticas de poder ser adquiridas por su acreedor o un tercero si ingresa en concurso preventivo.²⁹²

Como se puede inferir el tema de la propiedad en los medios de comunicación es de complejidad mayúscula, por ello, en el marco de la presente investigación, sólo se presenta el problema, puesto que **el objetivo es aportar elementos de juicio –dentro de un conjunto de nociones aplicadas de propiedades y poder- para verificar la contigüidad (discursiva y práctica) de ambos términos, además del distanciamiento de la propiedad y propiedades de nociones políticas y sociales con sentido distributivo, inherente a un régimen democrático. Por ello, hablar de comunicación- medios y democracia es crucial en las actuales coordenadas respecto a la 'propiedad' y el 'poder' de los medios de comunicación.**

La información, durante mucho tiempo, en el marco de las democracias, fue un recurso de los ciudadanos frente a los abusos del poder. Esta imagen, aún prevalece en el imaginario social y muchas veces es usada para obtener aún más poder y ganancias. Habitualmente los ciudadanos se informan por los medios, pero es muy poco probable que los medios aporten esta compleja trama económica de poder. Incluso excede la presente, hacer un análisis respecto del impacto de esta transformación del mercado *mediático-infocomunicacional* en la información y conocimiento de los ciudadanos por la calidad de la información misma (veracidad, objetividad, transparencia, ética, etc.), y por el acceso diferencial a la información que tiene países con estructuras sociales extremadamente desiguales.

En síntesis, **dimensionar la propiedad de los medios tanto en valores materiales como simbólicos es una tarea inmensa** –por no decir de esfuerzos baldíos-, por ello a modo de situar la problemática particularmente en nuestro país, podemos aportar algunos datos de intercambios empresarios. Sin embargo cabe aclarar que el **mapa de los medios** que presentamos a continuación corresponde al año 2004, por lo tanto ha perdido vigencia. Incluso en el caso de aportáramos un mapa reciente, es muy probable que careciera de exactitud al momento de la lectura, puesto que **el movimiento constante de inversiones en este campo produce cambios de porcentajes y de nombres; aunque no altera la**

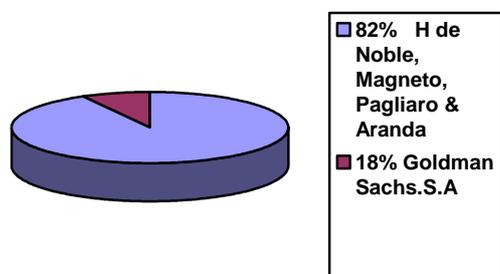
²⁹² Esta ley es conocida como 'Ley de Industrias Culturales', y según versiones periodísticas fue para frenar la eventual toma de 'Clarín' por parte de sus acreedores extranjeros. (NOTICIAS: 35: 2005)

esencia del problema. Incluso, haciendo la salvedad de que no se han incluido inversiones de los propietarios en otro tipo de propiedades, tales como bancos, industria de la construcción, empresas de servicios vitales, tales como agua o energía, entre otras.

La siguiente información correspondiente a setiembre de 2004, corresponde a www.diariosobrediaros.com.²⁹³

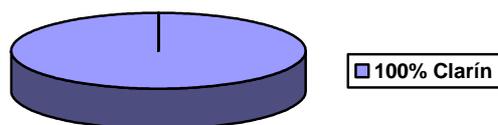
XI.E. MAPA DE MEDIOS DE LOS PRINCIPALES GRUPOS DE MEDIÁTICOS EN LA ARGENTINA

- Composición accionaria Grupo Clarín:



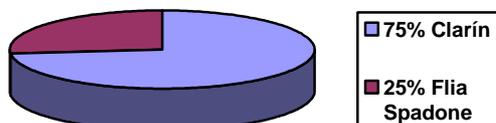
- Medios Gráficos

- Canal Arte Gráfico Editorial Argentino SA (AGEA)

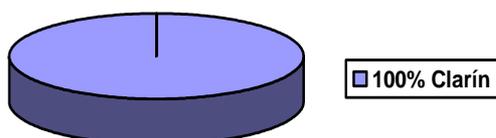


-Diario Clarín; Diario Olé; diario La Razón (75% Grupo Clarín, 25% Familia Spadone)

²⁹³ Diario sobre Diarios (DsD) es una publicación del Grupo Consenso S.A., editora también de la publicación electrónica Revista x Revista, todas nacidas en el primer semestre del año 2000.



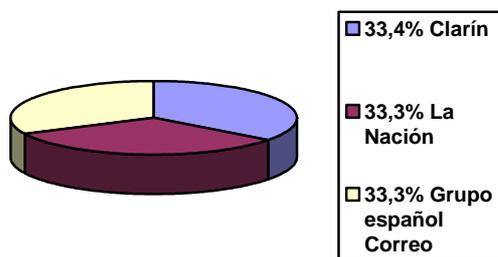
-Revistas Genios; Elle Argentina; Elle Decoración; Elle Novias (a las tres Elles las controla mediante Editora de Revistas SA). Artes Gráficas Rioplatense (fascículos, libros, etc.).



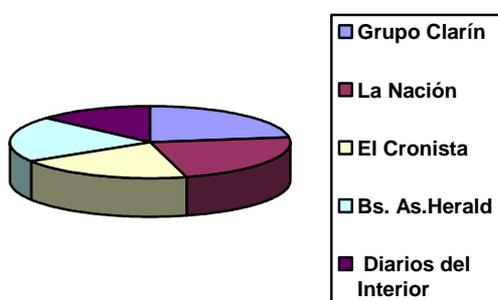
Impripost (Impresión y distribución). Grupo Clarín y Organización Techint.



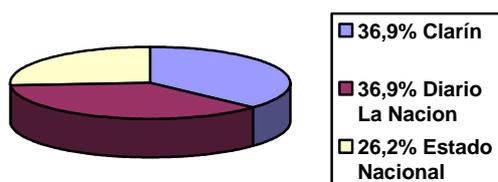
- CIMECO (Compañía Inversora en Medios de Comunicación) 33,4 % Grupo Clarín; 33,3% Diario La Nación; y 33,3% el español Grupo Correo). Controla: Diario La Voz del Interior (Córdoba); Diario Los Andes (Mendoza). Revista Nueva (dominical, asociados con otros diarios del interior).



- Agencia Diarios y Noticias (DyN) (controla Grupo Clarín; La Nación, asociados con El Cronista, Buenos Aires Herald y 13 diarios del interior del país).

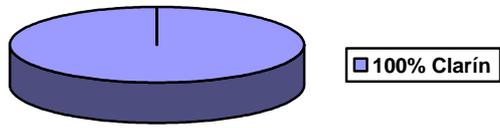


- Papel Prensa S.A. (36,9% del Grupo Clarín; 36,9% diario La Nación y 26,2% Estado Nación).



- Diario Página /12. Su editor responsable es Fernando Sokolowicz. Las versiones más serias relacionan al matutino y sus subproductos al CEO de Clarín, Héctor Magnetto. La empresa La Página S.A. no ha brindado información oficial al respecto.
 Diario Rosario /12

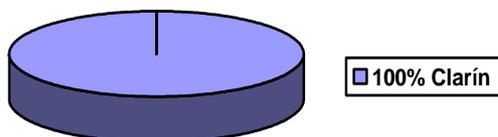
Televisión



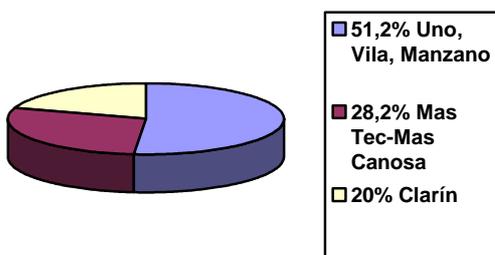
- Canal 13 (Artear SA)
- Señal Volver
- Señal Magazine
- Señal TN (Todo Noticias)
- Señal TyC Sports
- Señal TyC Max
- Canal 12 (Córdoba)
- Canal 7 (Bahía Blanca)
- TVC Pinamar
- MTV Miramar
- TSN Necochea

Televisión Paga

- Multicanal



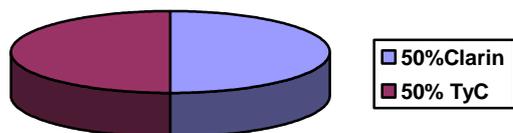
- Supercanal Holding (51,2% Grupo Uno -Vila - Manzano- ; 28,2% MasTec – Mas Canosa - ; 20 % Grupo Clarín).



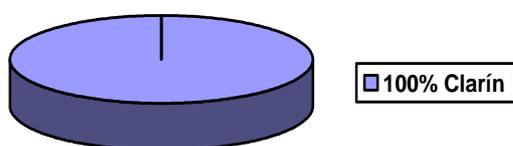
- Cablevisión. (50% HMT&F , 25% Clarín y 25% el Empresario David Martínez).



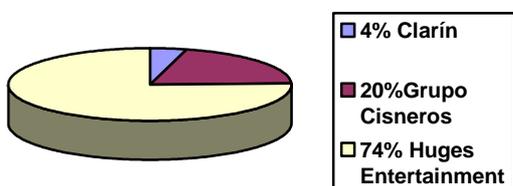
- Trisa (Telered Imagen SA / Televisión Satelital Codificada SA) 50% Grupo Clarín; 50% Torneos y Competencias). Transmisión de fútbol, partidos en vivo o diferidos.



- Teledeportes SA (Transmisión y merchandising de clubes)

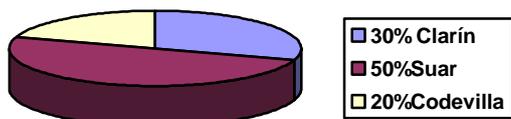


- Televisión Satelital paga: Direct TV (74% Hughes Entertainment; 20% Grupo Cisneros y 4 % Grupo Clarín (a través de Raven Media Investment).

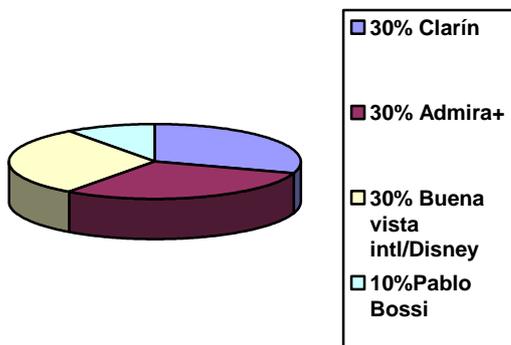


Productoras

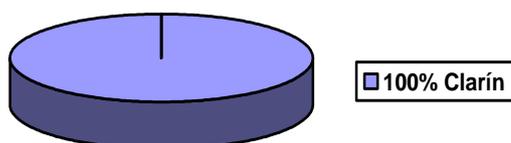
- Pol - Ka (30 % Grupo Clarín)



- Patagonik Film Group SA (30% Grupo Clarín; 30% Admira; 30 % Buena Vista - Internacional /Disney; 10 % Pablo Bossi).



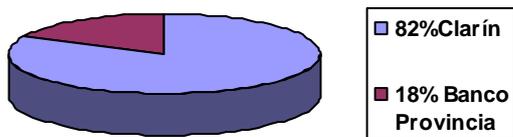
Emisoras radiales



-	Radio	Mitre	(AM	790)
-		FM		100
-	Gen		FM	101,5.

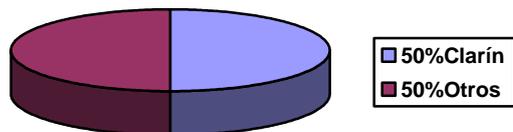
Digitales e Interactivos

- PRIMA - Primera Red Intercativa de Medios Argentinos - (82% Grupo Clarín y 18 % Banco Provincia).



- PRIMA Do Brasil (se desconoce su % de participación)
- Proveedor Ciudad Internet.
- Clarin.com (Clarín Global)
- Ubbi (Clarín Global)

Telecomunicaciones

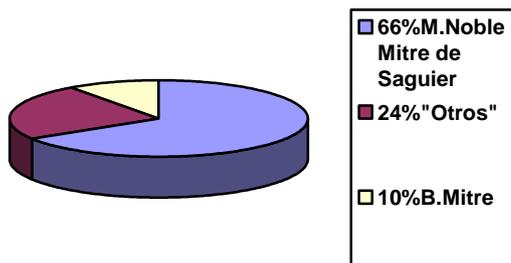


- Audiotel SA (50% Grupo Clarín). Llamadas telefónicas concursos y otros.

Otros

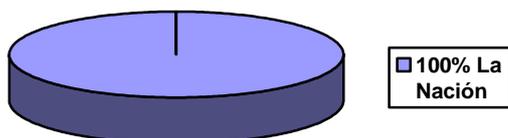
- Ferias y Exposiciones Argentinas SA
- GC y Gestión Compartida SA.
- Ferias y Exposiciones Argentinas SA.
- Fundación Noble.

• **Composición accionaria Diario La Nación**

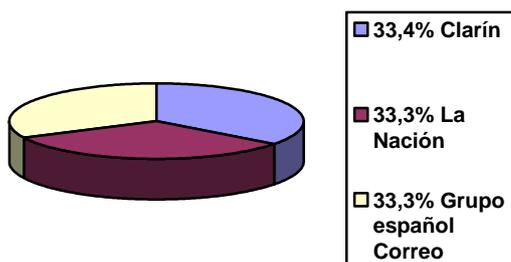


❖ Gráficos

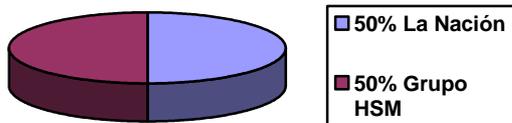
- Diario La Nación SA



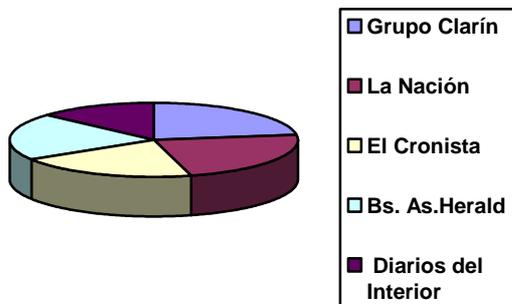
- CIMECO (Compañía Inversora en Medios de Comunicación (33,4 % Grupo Clarín; 33,3% Diario La Nación; y 33,3% el español Grupo Correo). Controla: Diario La Voz del Interior (Córdoba); Diario Los Andes (Mendoza).



- Revista Gestión (50 % La Nación y 50% Grupo HSM)



- Revista Rolling Stone (lo comparte con Ediciones La Urraca se desconoce composición).
- Revista Lugares
- Revista Ahora Mamá.
- El jardín en la Argentina.
- Agencia Diarios y Noticias (DyN) (controla Grupo Clarín; La Nación, asociados con El Cronista, Buenos Aires Herald y 13 diarios del interior del país).



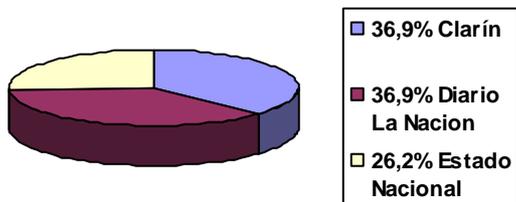
Digitales e Interactivos

- La Nación On Line (portal)

Otros

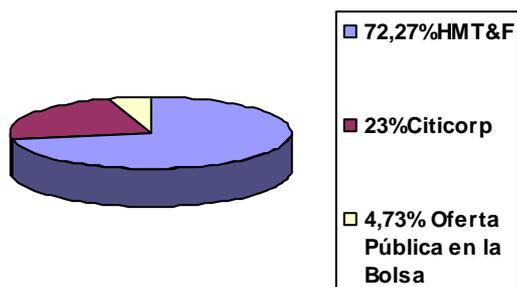
- **Papel Prensa S.A.** (36,9% del Grupo Clarín; 36,9% diario La Nación y 26,2% Estado Nación).

- Exposiciones Activas.



• **Composición accionaria Grupo Hicks, Muse, Tate & Furst Incorporated (HMT&F)**

4,73% en oferta pública en la Bolsa. Actúa como fondo de inversión.



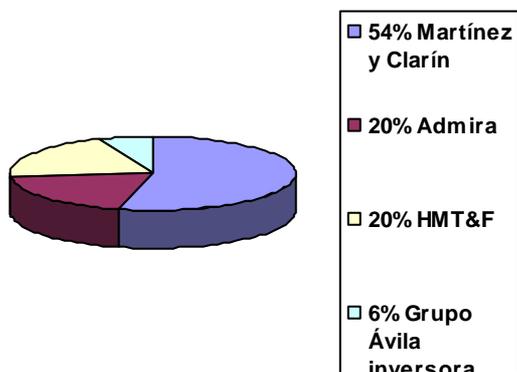
Gráficos

- Editorial Atlántida (57% Grupo Vigil y 43 % HMT&F). Comprende a medios Gráficos e Interactivos. Gráficos: revistas Billiken; Para Ti; Gente; Paparazzi y Rebelde Way.



Televisión

- Torneos y Competencias (54% Martínez y Clarín; 20 % Admira; 20 % HMT&F y 6% Grupo Ávila Inversora).



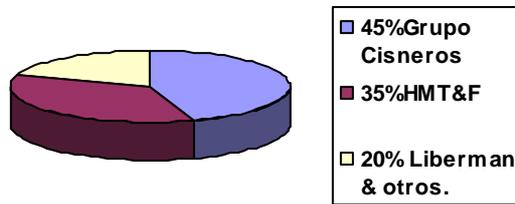
- Cablevisión. (50% HMT&F , 25% Clarín y 25% el Empresario David Martínez).



- Transmisión de fútbol, partidos en vivo o diferidos. Señal TyC Sports; Señal TyC Max. Teledeportes SA (Transmisión y merchandising de clubes).

- Señales: Space; I- Sat; Infinito; Locomotion; Cl@se; HTV; Much Music; Venus; Playboy TV; FTV y distribuye la señal de Crónica TV al interior del país.

Productoras

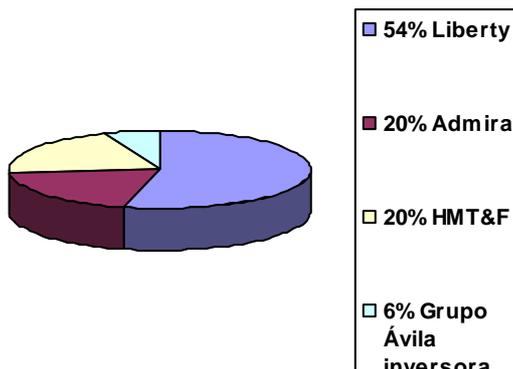


- Claxon Interactive Group (45% Grupo Cisneros; 35% HMT&F; 20 % accionistas fundadores del portal El Sitio, es decir, Guillermo Liberman, Roberto Vivo, IMPSAT, Ricardo Verdaguer y Roberto Cibrián).

Digitales e Interactivos

- El
- Teledigital (se extiende en la
- Portales de las
- Agritotal.com.
- Fibertel Internet
- Sitio Digital Channel
- Cupido.net
- Patagonia) Digital
- revistas

• Composición Accionaria Torneos y Competencias



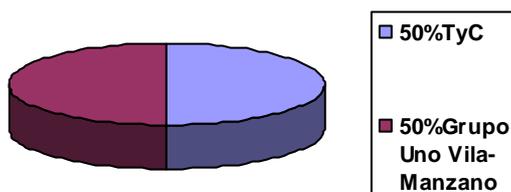
Gráficos

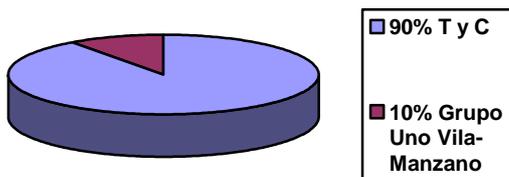
- Revistas El Gráfico (50 % Torneos y Competencias y 50 % Grupo Uno Vila - Manzano) - Revista Golf Digest.

- Revista Poder & Sociedad.

Radios

- La Red (90 % Torneos y Competencias y 10% Grupo Uno Vila - Manzano).

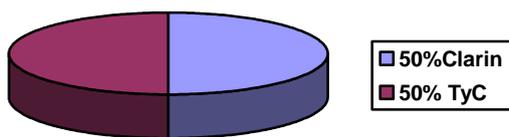




- FM Pop 101.

Televisión

Clarín; - Trisa (Telered Imagen SA / Televisión Satelital Codificada SA (50% Grupo Torneos y Competencias).
50%



- Señal TyC Sports
- Señal América TyC Max.
- América TV.

Productoras

- Teledeportes SA (Transmisión y merchandising de clubes)

- Entrada Plus

• **ADMIRA (ex Telefónica Media de Telefónica de España)**

Composición accionaria: El 100% pertenece a Telefónica Internacional, dominada por Telefónica de España.



Gráficos

- Editorial García Ferré (50% Admira, 50% García Ferré).

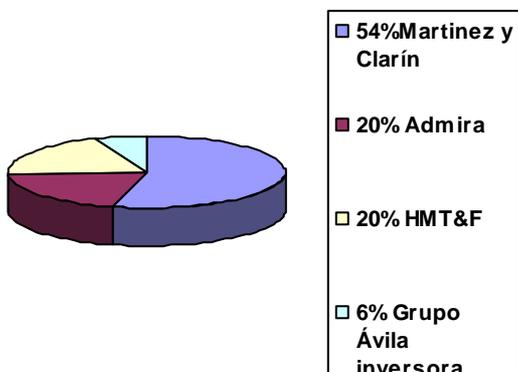


Rádios

- Radio Continental (AM 590)
 - Radio FM Hit 105.5

Televisión

- Canal 11 Telefé Buenos Aires
 - Ocho Canales en el interior del país.
 - Torneos y Competencias (54% Martínez y Clarín; 20 % Admira; 20 % HMT&F y 6% Grupo Ávila Inversora).

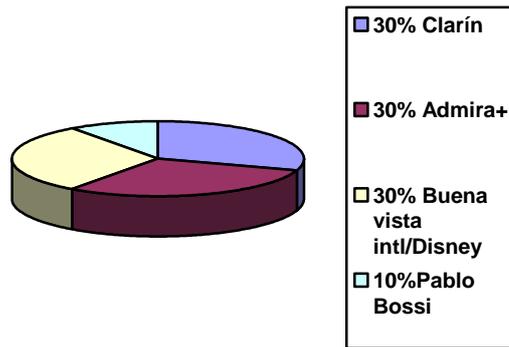


Televisión por cable

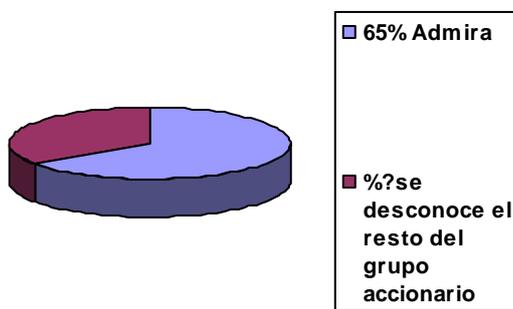
- Trisa (Telered Imagen SA / Televisión Satelital Codificada SA) (50% Grupo Clarín; 50% Torneos y Competencias).
 -Señal TyC Max. Teledeportes SA (Transmisión y merchandising de clubes).

Productoras

- Patagonik Film Group SA.



- P&P Endemol (65% Admira, se desconoce el resto).



Digitales e Interactivos

- Proveedor Internet Advance
- Portal Internet Terra

Telecomunicaciones

- Telefónica de Argentina
- Telefonía celular Movistar

Otras

Sprayette (72% Admira, se desconoce el resto)



- Liberty Argentina

Televisión

- América Pramer SA
- Elgourmet.com Sports
- Europa Europa
- Films and Arts
- GemsTV
- Magic Kids
- Plus de P+E
- Río la Plata
- Cosmopolitan TV

Gráficos y audiovisual

-Torneos y Competencias (54% Liberty; 20 % Admira; 20 % HMT&F y 6% Grupo Avila Inversora).

- Abarca medios gráficos: El Gráfico (50 % Torneos y Competencias y 50 % GrupoUno Vila - Manzano) y la revista Golf Digest.

- Y medios audiovisuales: La Red (90 % Torneos y Competencias y 10% Grupo Uno Vila - Manzano). TV por cable: Trisa (Telered Imagen SA / Televisión Satelital Codificada SA) (50% GrupoClarín; 50% Torneos y Competencias). Transmisión de fútbol, partidos en vivo diferidos. Señal TyC Sports; Señal TyC Max. Teledeportes SA (Transmisión ty merchandising de clubes).

América Multimedios

• Composición accionaria: 50,5 % Grupo Avila Inversora; 49,50% Grupo Uno Vila / Manzano.

Gráficos

- Diario Ámbito Financiero (80 % Julio Ramos, 20% Grupo Ávila Inversora).

Televisión

- Canal 2 América TV La Plata, Buenos Aires (se supone que el 73 % Grupo Avila Inversora; 17% Eduardo Eurnekian).

- 4 Canales del Interior del país.

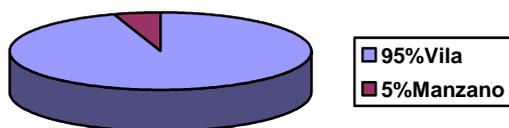
- Señal Cablevisión Noticias (CVN) (Se supone que 73 % Grupo Avila Inversora; 17% Eduardo Eurnekian).

Radio

- La Red

• Según trascendidos (diciembre de2005) el grupo Vila, habría adquirido la mayoría de las accionaria de América multimedios.

• Grupo Uno - Vila / Manzano



Gráficos

- Revista El Gráfico (50 % Torneos y Competencias, 50% Grupo Uno).
 - Uno Gráfica: Diario Uno; Primera Fila
 - Diario La Capital (Rosario. Multimedios La Capital).
 - El Ciudadano (Rosario. Multimedios La Capital)

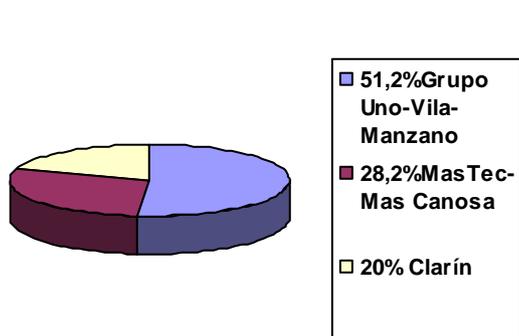
-El Ciudadano(Mendoza)
 - Diario Uno (Entre Ríos)
 - Diario Nueva Hora (De Multimedios La Capital)

Radio

- La Red (90 % Torneos y competencias y 10% Grupo Uno Vila - Manzano).
- Radio Rivadavia (Luis Cetrá y Grupo Uno se desconoce %)
- AM Nihuil
- FM Brava
- FM Latinos
- FM Montecristo
- FM Ayer
- Rosario Difusión SA SA (LT3)
- Voces SA (LT8)
- FM Cadena 100.
- FM Estación Del Siglo.
- FM Meridiano.
- LT15 Radio del Litoral (Concordia)
- LT 41 Radio Gualeguaychú
- LT 39 Radio Victoria

Televisión

- Supercanal Holding (51,2% Grupo Uno -Vila - Manzano- ; 28,2% MasTec - Mas Canosa -; 20 % Grupo Clarín). Del 51,2 % del Grupo Uno: 97,3% Familia Vila; 2,7% Manzano a través de Integra Financial Services.



- Canal 7 (Mza.)
- Canal 6 (San Rafael)
- Canal 2 (Santa Fe).

Distribuidoras/ Señales y Cables locales

- Señal Cablevisión Noticias (CVN).
- Horizonte (Mza.)
- Supercanal (Mza.)
- Supercanal (La Rioja)
- TV (Mza.)
- CTC Cable (San Rafael)
- Telecable (Godoy Cruz)
- Su Canal (Luján de Cuyo)
- Pehuenche Cable (Malargüe)
- Cablevideo
- Señales Canal 4; Canal 11 y Río Canal. +

Digitales

- La
-

Interactivos

- Capital.com
- Arlink

Telecomunicaciones

- Supertelco SA

• **Editorial**

Perfil

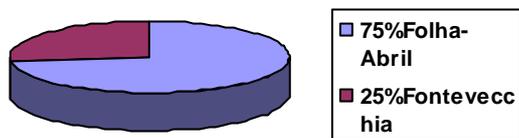
Composición accionaria: Familia Fontevecchia.

Revistas

- Noticias
- Caras
- Weekend
- Mía y Mía Extra
- Descubrir
- Supercampo
- Semanario
- Claro
- Look
- Salud Vital
- Joker
- Crucigramas
- Cazador
- Parabras (en sociedad con Editorial Abril de Brasil).
- El Cacerolazo (asociado con Editorial La Urraca)

Digitales **Interactivos**

- UOL - Sinectis Argentina (75% sociedad Folha - Abril; 25 % Fontevecchia)
- UOL.com.ar



Otros

- Instituto Perfil
- Fundación Grupo Perfil
- Grupo Amfin SA

Gráfico

-Ambito Financiero.

Digitales

- Ambito Web
- Grupo Hadad / Moneta
- ❖ Se desconoce le porcentaje accionario que poseen cada uno de ellos.

Gráficos

- Diario Grupo Infobae
- Revista El Infocampo
- Federal

Radio

- Radio 10 (AM 710)
- Radio Mega (FM 98.3)
- Amadeus (FM 103.7 San Isidro, Bs. As.)

Televisión

- HFS Media
- Canal 9 del TV, Buenos Aires.
- Canales del interior del país.

Digitales e Interactivos

- Infobae.com

• **Editorial Atlántida**

Composición accionaria: 57% Grupo Vigil; 43 % HMT&F.

Revistas

- Para Billiken
- Para Ti
- Gente
- Chacra
- Paparazzi
- Rebelde Way

Digitales e Interactivos

- Atlántida Digital
- Portales de las revistas
- Agritotal.com

Radio

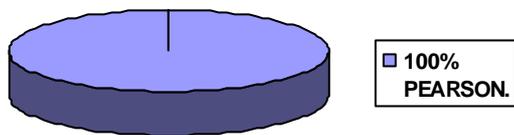
- Radio El Mundo, AM coproducción de Carlos Fioroni
- FM Radio Disney

• **Grupo Recoletos**

❖ Composición accionaria: grupo con sede en España dominado por Pearson.

Gráficos

- Diario El Cronista



Revistas

- Apertura
- Target
- Information Technology

Digitales e Interactivos

- Cronista.com
- Apertura.com

• **Grupo CIE Rock & Pop**

Radios

- AM Splendid (AM 990)
- FM Rock and Pop (FM 95.9)

- Rock and Pop Net (repetidora)
- AM América
- FM Aspen Classic 102.3
- AM Del Plata
- FM La Metro
- FM San Isidro Labrador 95.5
- Nueva Radio Belgrano (AM) 950)
- Radio Libertad

Otros

- Teatro Opera (Buenos Aires)
- Zoológico de Buenos Aires
- Latin Entertainments

• **Grupo Aldrey Iglesias**

Gráfico

- Diario La Capital de La Prensa
- Diario La Capital de Mar del Plata

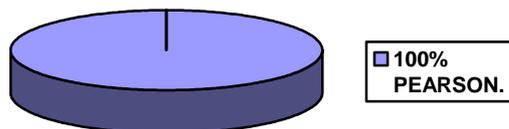
Radio

- LU6 Radio Atlántica
- LU9 Radio Mar del Plata

Televisión

- Cable Dos La Capital

• **Grupo Lerner**



Gráfico

- Revista Veintitrés (Controlada por Ipesa, Jorge Lanata tiene un porcentaje muy inferior a través de Grupo Tres Comunicación)
- Garbo
- TV Guía
- Vivir Mejor
- Como estar bien
- Quien Vivir
- Saber Pronto
- Mujer Única

Otros

- Planta Impresora Ipesa

- **Grupo Pierri**

Radio

- Cadena FM Energy 101.1

Televisión

- Canal Telecentro 26 TV Cable

Telecomunicaciones

- Telecentro 2 Locutorios Vías

Otros

- Papel Tucuman SA

- **Grupo Héctor García**

Gráfico

- Diario Crónica (ediciones matutinas y quinta y sexta vespertinas).
- El Atlántico (Mar del Plata)

Televisión

- Crónica Tv.

- **Editorial Televisa**

Gráfico

- PC Cosmopolitan Magazine
- Mecánica Popular Vanidades
- Marie Claire
- National Geographic (en español)

- **Capital Intelectual**

❖ Composición accionaria: Se desconoce los porcentajes que retienen sus propietarios, Hugo Sigman y Ariel Granica. Sigman vinculado a laboratorios Ellea, entre otros.

Gráfico

- Le Monde Revista Diplomatique (en TXT español)

- **Charleston Publishing C.O.**

Gráfico

- Buenos Aires Herald

- **Grupo Kraiselburd**

Gráfico

- Diario El Día (La Plata)
 - Diario El Plata
 - Agencia Noticias Argentinas (NA)

Radio

- FM La Diez
 - FM Redonda

Televisión

- Canal de Deportivo
 - Canal de Noticias
 - TV Selectiva
 Management Herald

- **Grupo Ideas del Sur**

Radio

- AM 1030 Del Plata
 - RadioUno FM 103.1.
 - RadioUno Satelital
 - FM Sinfo.

Productoras

- Ideas del Sur

- **Grupo Massot**

Gráfico

- Diario La Nueva Provincia

Radio

- AM LU2 Radio Bahía Blanca
 - FM Dos

En manos de quién está la propiedad de los medios en Argentina?

Sería muy valioso poder hacer un mapa de dueños de medios **fidedigno**, pero para ello es imprescindible obtener información que no está al alcance del investigador común, precisamente por la forma de agrupamientos, movimientos e inversiones que permite el actual modelo económico global.

Podemos obtener 'versiones' respecto la constitución de ciertos grupos, tales como: *en 2003 los dueños de La Nación eran los titulares de la banca off shore, Barton Corp.* La empresa nunca fijó posición al respecto, sin embargo hoy puede haberla recuperado.

En 2005 se especuló que la llamada 'Ley de industrias culturales' fue dictada para evitar la enajenación de 'Clarín', sin embargo, ese mismo año, aparece dicho Grupo –junto con *Martínez*– como compradora de 'Liberty Argentina'. Igualmente, ¿quién es el grupo 'Martínez'?

Es habitual observar diferencias sustanciales entre los diarios 'Clarín' y 'Nación', sin embargo el Grupo CIMECO, se constituye como 'Compañía Inversora en Medios de Comunicación', integrada, precisamente por el 33,4 % Grupo Clarín; 33,3%

Diario La Nación; y 33,3% el español Grupo Correo.

Si atendemos a Grupos extranjeros: **'Grupo Admira'**, presuntamente de Telefónica Internacional dominada por Telefónica de España, a la vez, es propietario en altísimos porcentajes de importantes Medios argentinos (ver gráficos). O el **Grupo Mas-Canosa** radicado en Miami y socio-inversor con Vila-Manzano. O Grupos supuestamente menores como **'Grupo Correo'**, también de España o **Grupo Fhola** de Brasil, asociado a Grupo Fontevecchia a través de Uol-sinectic. También nos preguntamos a quién pertenece el Grupo **Hicks, Muse, Tate & Furst Incorporated (HMT&F)**, también propietarios de altos porcentajes en diferentes medios y propietario, a la vez, del **90% de 'Torneos y competencias'**, supuestamente, de capitales argentinos ligado a Avila y al Grupo Vila-Manzo. O también el caso de 'Grupo Recoletos' con sede en España al igual que el 'Grupo Lerner' pero, a la vez, dominado por Pearson. ¿Podemos poner en tela de juicio el 30% permitido por la Ley de protección a los bienes culturales?

También hay casos como 'Capital intelectual', en cuya composición accionaria se desconocen los porcentajes que retienen sus propietarios, Hugo Sigman y Ariel Granica; pero Sigman está vinculado a laboratorios Ellea, entre otros. O 'Grupo City Corp' asociado a Moneta al igual que Telefónica. O cuando Manzano se integra como accionista a través de 'Financial Services'. Sin descartar apellidos como Eurnekian, Cisneros o Techint, ligados a grandes inversiones, muchas de ellas obtenidas desde el amparo de los últimos gobiernos de turno.

Entonces, la aparente multiplicidad de dueños no es tal, puesto que los grupos accionarios están ligados entre sí en este tipo de inversiones, incluso tienen intereses comunes en otros rubros. Los Medios de Comunicación son parte de sus intereses y se sirven de ellos siempre que les sea necesario. El denominador común es que los medios ya no pertenecen, en realidad, a nombres propios. Pertenecen a 'Grupos' económicos, lo cual implica fuerte capacidad de inversión y de poder económico, que excede toda posibilidad de propiedad familiar exclusiva, tal como es dado a conocer públicamente, particularmente por razones de historia y si conviene para otorgar prestigio. Los intereses económicos que aplican a otros rubros, son aplicados igualmente al rubro 'informativo', hecho que lo sitúa dentro de círculos empresarios cuyo mayor interés es mantener el *status quo*. Informar aquello que no afecte sustancialmente sus propios lugares en el mundo de las finanzas y sus cuotas de participación en la política.

Salvo que esta 'materia prima' es vital para la constitución de las democracias modernas. La 'libertad de prensa' hoy sólo es un gesto desgastado que beneficia únicamente al grupo empresario, puesto que la democracia se sustenta en la democracia informativa, y sólo será posible cuando se democratice la propiedad mediática.

En los siguientes apartados, intentaremos explicar los fundamentos de estas aseveraciones.

La pregnancia de la propiedad material en los flujos de la información

Tal como hemos mencionado, este singular tipo de propiedad no resulta aséptica respecto de la 'materia prima' que circula por sus intereses: 'la información', 'la noticia'. Aquello que cada día atendemos o leemos para intentar comprender el mundo y sus acontecimientos. Así, es de destacar la dificultad de este caso para separar la propiedad física del dominio de los flujos informativos, vale decir: la propiedad material del poder de distribuir/controlar la información.

En un sentido actualizado de ‘territorialización’²⁹⁴ en el engranaje de los medios de comunicación, puesto que es innegable la pregnancia de la propiedad material en los flujos de la información, considerados inmateriales. Dice Nicholas Garnham (1993:111)²⁹⁵ que ‘*en una formación social en que las relaciones sociales no fuesen abstraídas en una relación de cambio, se mantendría una relación teórica distinta entre lo abstracto y lo concreto*’. Por ello **hoy resulta inseparable la actividad económica de la empresa mediática y la producción cultural**, vale decir que nuestro análisis considera axial el **entrecruzamiento de lo ideológico con las rutinas profesionales y técnicas inherentes a la producción y circulación mediática**; observables en aspectos tales como: la selección de las fuentes, la distribución de la información, las estrategias semiótico-discursivas, entre otras, con relación al impacto cognitivo en las audiencias y la consecuente creación de imaginarios y corrientes de opinión en la vida social.

En la percepción social que se tiene sobre los medios de comunicación este entrecruzamiento es escasamente visible, consecuencia de ello **se ha naturalizado la imagen institucional sobre la imagen empresaria**²⁹⁶, al que se le atribuye, más bien, una axiologización positiva puesto que, en este proceso imperceptiblemente se recupera la memoria histórica de haber enfrentado otros poderes (económicos o políticos) cuando algún medio en algún momento de la historia enfrentó a quienes las masas no podían hacerlo. La historia de la prensa –en tanto medio tradicional– efectivamente tiene hitos de avanzada frente a gobiernos despóticos y es conocido desde la instrucción primaria la creación de periódicos por parte de figuras señeras que padecían la censura a la libertad de ideas (casos de Moreno o Sarmiento). Ese rol alternativo, y hasta revolucionario, no es precisamente lo que permaneció en el tiempo en el sistema de los medios de comunicación en nuestro país, sin embargo **ha quedado en los imaginarios un reconocimiento particular a los medios de comunicación que le otorga prerrogativas significativas al momento de interpretar los contenidos de los mismos**. De allí la importancia del reconocimiento los procesos cognitivos sociales y del en el sistema de creencias en temas relacionados con **el poder** (en lo material y en lo mental) de quien es propietario de medios de comunicación.

Por ello definir los medios produce una sensación de ambigüedad que también tiñe la investigación, puesto que resulta muy difícil calificar el tipo de poder que otorga ese tipo de propiedad por ello trataremos de realizar una descripción interpretativa de los diferentes aspectos que configuran el ‘sistema de medios’ considerando su complejidad en el contexto actual. Con el objeto de situarnos en una línea de pensamiento, resulta importante destacar ciertas palabras de Adorno (1959)²⁹⁷, que aunque lejanas en el tiempo nos resultan premonitorias al referirse al estudio de las audiencias y sugería que ‘*no habría que estudiar la actitud de los oyentes sin considerar en qué medida dichas actitudes reflejan esquemas más amplios de comportamiento social y, más aún, en qué medida son condicionados por la estructura de la sociedad considerada como un conjunto*’ (El subrayado es nuestro)

²⁹⁴ Cuando decimos actualizado referirnos a que puede tener escaso, o ningún espacio físico y sin embargo tener un gran valor de mercado, aunque tampoco excluye la posibilidad de que los propietarios de los medios de comunicación en su rol empresario, obtengan tierras, acuíferos, entre otros.

²⁹⁵ Nicholas Garnham. ‘Contribución de la economía política a la comunicación de masas’ en Moragas Sociología de la comunicación de masas. Tomo I. Barcelona 1993. GGMassMedia. Ediciones Gili.

²⁹⁶ La expresión corriente de que los medios son ‘el 4º poder’, raramente se vincula con un poder que favorece a quien posee la empresa. En diversas encuestas se considera importante el poder de los medios frente al otros poderes. Esto podría implicar una falta de asociación entre: mundo empresario y medios de comunicación.

²⁹⁷ Adorno T. *On a social Critique of Radio Music*. En Berelson y Janowitz (Ed.) Nueva York FreePress. 1959. Citado en Wolf, M. La investigación de la comunicación de masas. Barcelona. Piadós 1991.

El sistema de medios en el proceso de producción/circulación de la noticia

Tradicionalmente se ha estudiado la noticia o la información periodística de modo singular, parcelado, sin incluirla como parte de un **sistema complejo** cuya actividad se realiza según procesos propios de una labor cotidiana, aunque la materia prima de esa actividad pueda tener asignada socialmente, la idea de *noticia/novedad*. Es corriente relacionar la denominación ‘noticia’ con ‘algo nuevo’, llamativo, distinto al acontecer habitual. Sin embargo el producto ‘información’, ‘noticia’, etc., debe ser descripto y entendido **como parte de un engranaje productivo en el cual es imprescindible incluir el tipo de institución que la procesa y por el que circula**. Esa maquinaria enunciativa compleja de la que forma parte la información/noticia constituye el discurso periodístico. Tanto el texto como el contexto – factores extratextuales- constituyen el campo real de la descripción analítica del discurso. En el cual, además, no puede descuidarse el ámbito socialhistórico en el que se produce, puesto que este tipo singular de *materia prima*: **el acontecimiento se transforma en ‘noticia’ en interacción con los contextos señalados**.

Cada medio es un sistema en sí mismo porque tiene sus propios lenguajes y tecnologías, pero la interdependencia de los distintos medios de comunicación forma un macro-sistema que funciona muy interrelacionadamente. Si bien nos encontramos con un macro-sistema heteróclito, ya que cada medio de comunicación tiene unas características tecnológicas que condicionan su modo de producción de circulación y de consumo, a la vez, es un sistema bastante homogéneo, integrado a las reglas del sistema en el que se inserta, que viene a cumplir funciones que interrelacionan todo tipo de conocimiento disperso en la sociedad al **erigirse como portadores de la información**. Lo hacen en nombre propio y también de otras instituciones que no tienen la capacidad de operar en la esfera pública y llegar a todos los sectores sociales.

Hablamos de una institución extremadamente compleja en sí misma por las múltiples funciones, sectores e intereses que la constituyen. **Esta complejidad no admite definiciones abarcadoras, puesto que ofrecer una caracterización genérica, nos privaría de distinguir aspectos que bien podrían ayudar a explicar ciertos funcionamientos que impactan en la significación de la información**. Son empresas, servicio público, agentes de socialización, mediadores sociales, mediadores entre el poder político y las audiencias, instrumentos de participación democrática, formadores de opinión pública, articuladores de lo público, referentes de las normas sociales, entre tantas otras funciones, **hecho que nos permite *prima facie*, establecer que estamos ante una institución con gran poder**.

Aunque hay diferencias importantes entre los distintos medios (gráfica, radio, televisión) y también de acuerdo al tipo de sociedad en la que se insertan, tienen un comportamiento de conjunto en virtud de cuestiones operativas, de procedimientos, técnicas y de la identidad social, que capitalizan como consecuencia del valor social concedido por razones históricas y culturales.

La institución/empresa

En primer lugar proponemos la descripción de una de sus facetas más relevantes, aunque mejor velada: la de empresa. Los medios son empresas que operan a modo de industria pero este rasgo es escasamente percibido por las audiencias, mientras que socialmente prevalece el perfil de institución de *servicio público*. Esta estrategia posibilita situar a la información en un lugar supuestamente *neutral*, lejos del poder que efectivamente ésta representa.

Como empresas tienen capacidad para convocar numerosos servicios de otras industrias (eléctrica, electrónica, de diseño, de moda, textil, de cosmética, de la construcción); para contratar numerosos empleados (ya sea en cargos gerenciales, administrativos o profesionales, principalmente, del periodismo y la comunicación); para ser productoras de bienes y servicios; etc. No podemos dejar de mencionar el negocio de la publicidad y las ganancias que aportan los clasificados y avisos fúnebres. Esto sin contar con las diversas inversiones que pudieran tener en otros emprendimientos empresarios con rubros diferentes al de la información.

El comportamiento empresario tiene idénticas características que cualquier tipo de organización con fines de lucro en el marco de la sociedad de mercado. Sin embargo, mediante diversas estrategias de posicionamiento social (ya sea desarrollando actividades sociales o acompañando acciones culturales), han logrado construir a través del tiempo una imagen de servicio y no de organización económica atravesada, también, por la lógica de la oferta y la demanda.

Razones inscriptas en el imaginario social le conceden la función de ‘servicio’ a actuaciones enmarcadas, en realidad, en la función empresaria. Son diversos los ejemplos, tales como publicación de solicitadas, farmacias de turno, convocatorias o llamados a concursos, entre tantas otras cuestiones que necesariamente deben ser comunicadas al público y que no siempre pueden ingresar en el ítem de ‘gratis’. Un caso particular, son los *avisos fúnebres* en la gráfica, por la mezcla de factores que se entrecruzan en un suceso privado pero que termina siendo necesariamente extensivo a lo público: el *aviso* de un hecho que, a la vez, convoca otras adhesiones y que, además, cataliza el *plus* para cierta representatividad social (según los apellidos o rangos). Es conocida la difícil delimitación entre lo público y lo privado: sin embargo estas imprecisiones son muy bien aprovechadas por los medios en el aspecto comercial. La distinción es clara: lo que es de interés privado tiene un costo, y generalmente, alto.

Cabe agregar que la complejidad que la caracteriza también obedece a la difícil identificación del tipo de propiedad que la constituye, la cual no siempre se corresponde con objetos materiales (muebles e inmuebles), puesto que la información es también propiedad inmaterial (flujo) con notable valor y referencialidad en el orden simbólico.

Otro rol, tal vez el más reconocido socialmente, es el de *institución* porque ha primado en la percepción pública el desarrollo de actividades de producción cultural e informativa. En esta faceta, los medios han adquirido una forma estable, una estructura y un conjunto de funciones y expectativas por parte del público en general, aunque presentan rasgos especiales respecto de otras instituciones sociales. Tal vez, el más jerárquico es la de ser una institución productora y distribuidora de *conocimiento* expresado en la información que posee (‘noticia’) y en la instalación de ideas y expresiones culturales en la que asume la sanción del saber, procurando manifestar su sintonía con las demandas de la sociedad. Esta facultad es compartida con muy pocas instituciones públicas, tales como la escuela o la iglesia. El factor *conocimiento* adquiere socialmente un alto valor de cambio generando así un poder adicional.

Asimismo, la posibilidad de ser una institución que conecta personas entre sí y que *ofrece canales* para amplificar la información relativa a otras personas, más allá del tiempo y de las distancias, sitúa a los medios en otro lugar singular.

Al operar generalmente en la esfera pública, también toman el carácter de institución abierta a todos los públicos y sectores, vale decir, que tratan asuntos de interés público y se dirigen a amplias audiencias. Estos públicos diversos participan *voluntariamente*, a diferencia de otras instituciones sociales que tienen socios, régimen de contribuciones o reglas de selección (clubes, escuelas, iglesias). Esta adhesión aparentemente facultativa, sin embargo es motivada por razones inherentes a la condición social de los sujetos, tales como: conocer lo que

acontece a su alrededor –política, sucesos- participar en las cuestiones públicas, recabar información sobre diferentes servicios asistenciales o culturales, etc.

Otro rasgo distintivo es que ofrecen entretenimiento y diversión sumados a las numerosas funciones que describimos. Esto también los configura como una institución multifacética como pocas y les permite disimular, en términos económicos, las ganancias que genera sus diversos espacios, tales como: a) la industria del espectáculo, representada por *shows*, programas concursos, premios, participación mediante llamados telefónicos o por correo postal, etc.; b) la industria del video; c) la producción de series o telenovelas; d) el negocio de la música y el audiovisual (videoclips, C.Ds); e) entre otros. Si bien usar el término ‘industria del entretenimiento’ puede obtener cualquier análisis sobre los efectos culturales que pueden ser de diversa índole, puesto que los hay incluso de excelente nivel, no podemos dejar de señalar cierto ocultamiento permanente –por parte de ellos- de los aspectos gerenciales y comerciales que tienen los medios masivos en este quehacer. Es muy poco frecuente que los medios ofrezcan imágenes públicas de los propietarios/empresarios en debates inherentes al mundo de los negocios.

La dimensión empresaria imprime fuertes sesgos a la dimensión institucional, sin embargo, socialmente prevalece esta última. Al parecer, la noción de ‘ambigüedad’ con la que McQuail define el carácter de los medios masivos con relación a la cultura (ni *apocalípticos*/ni *integrados* de Eco) se extiende a su naturaleza misma, por la capacidad de enmascarar ciertas actuaciones interesadas desde lo económico, y sin embargo, de presentarlas como la expresión de respuestas a demandas humanas, tanto sociales como individuales.

Al referirnos ut-supra a la capacidad de *ofrecer canales* para interrelacionar a individuos y grupos, en realidad es una oferta cuya necesidad es inherente a la noción de sociabilidad. La interacción social necesita de mediadores con capacidad para *relacionar* a las personas de modo amplificado tanto para la cobertura de transacciones comerciales (ventas, compras, alquileres, contratos, trabajos) como para dar a conocer diversas situaciones incluso no comerciales, tales como noticias/avisos fúnebres, servicios de salud o servicios sociales diversos. En cualquiera de los casos, la *oferta de canal* raramente está exenta de costos.

Esta dimensión de intercambios no es exclusiva de las personas físicas sino que es extensiva a otras instituciones y particularmente a la institución estatal en sus diferentes niveles (provincia, municipio, etc.). McQuail (1993:65) dice al respecto que ‘... *la institución está invariablemente unida al poder del Estado a través de algunos de sus usos habituales y de mecanismos legales...*’. En apretada síntesis, esto significa que el Estado tiene obligación de hacer públicos sus actos en tanto administrador de la cosa pública, agente de contratación, árbitro de cuestiones privadas, etc., actuaciones que implican necesariamente una relación comercial obligatoria con los dueños de esos *canales*. Esta pauta publicitaria genera, a menudo, situaciones con distribución inequitativa entre los medios más importantes y los medios más pequeños, hecho que **obliga a los gobiernos a establecer relaciones dependientes con los medios de mayor influencia e impacto en la opinión pública.**

Reflexiones a modo de conclusión

Las referencias acotadas pretenden explicar las **relaciones entre la propiedad y propiedades con el poder** en el caso de los medios masivos de comunicación. De ello se desprenden problemáticas sustantivas, tales como ‘verdad’, ‘sistema de creencias’, ‘ciudadanía’, entre otras; todas ellas vinculadas a las nociones de propiedad en el marco de las sociedades modernas en tanto bien social.

Esta descripción supone internarse en **modos de funcionamiento capaces de tejer poder, imagen y reconocimiento sobre la base de la peculiar propiedad mediática.**

Incluso con preocupación, decimos que ese **poder** muchas veces se presenta con los velos de 'la institución', 'la cultura' y 'el bien social'.

Es conveniente destacar asimismo, que las funciones de los medios han estado sujetas a los vínculos posibles con la sociedad respectiva, y en algunos momentos de su historia han cumplido roles de avanzada. Incluso tienen de antemano una calificación positiva por el solo hecho de 'proveer' información a sectores que no tienen acceso a ella. Esa historia de algún modo los legitima, por eso cabe aclarar que las observaciones realizadas en el apartado anterior remiten, en términos genéricos, a una actualidad epocal, al contexto de la globalización económica en el que desarrollamos este trabajo. Describir los mecanismos de producción de la noticia con el objeto de explicar la **influencia de la propiedad material en el sentido de la materia prima con que opera** por la particular capacidad de efectuar cambios cognoscitivo entre los individuos, rotulada como *la función establecedora de agenda*, que no es otra cosa que ordenar jerárquicamente el 'acontecer' de nuestro mundo que impacta sobre nuestro sistema de creencias. Asimismo tienen un fuerte impacto en la generación de la 'opinión pública' y más aún en la actualidad puesto que por razones de extensión de las poblaciones, creciente individualismo, pérdida de espíritu gregario en general, ligado **al hábito de informarse por los medios ya cristalizado en la cultura**, uno de los escasos modos de conocer la 'realidad' distante (la que no podemos conocer de modo directo) es a través de los medios de comunicación.²⁹⁸

XI.F. Bibliografía

ADORNO, T. *On a social Critique of Radio Music*. En Berelson y Janowitz (Ed.) Nueva York FreePress. 1959. Citado en Wolf, M. *La investigación de la comunicación de masas*. Barcelona. Paidós 1991.

ANGUITA, Eduardo. 2005. "*Grandes Hermanos. Alianzas y negocios ocultos de los dueños de la información*". Buenos Aires

De Fleur/Ball-Rokeach 1986

ECO, Umberto. 1999. *Kant y el ornitorrinco*. Barcelona. Lumen

ECO, Umberto. 1977. *Tratado de Semiótica general*. Barcelona. Lumen.

ECO, Umberto. 1998. Los límites de la interpretación, 2ª ed., Barcelona, Lumen, 1998.

ECO, Umberto. 1993. *Lector in fábula. La cooperación interpretativa en el texto narrativo*, 3ª edic. Barcelona. Lumen.

GARNHAM, Nicholas. 1993. 'Contribución de la economía política a la comunicación de masas' en Moragas *Sociología de la comunicación de masas. Tomo I*. Barcelona 1993. GGMassMedia. Ediciones Gili.

McQUAIL, Denis. 1993. *Introducción a las teorías de a comunicación de masas*. 2ª Edición revisada y ampliada. México. Paidós Comunicación.

MATTELART, Armand. 1993. *La comunicación-mundo. Historia de las ideas y de las estrategias*. Madrid. Fundesco.

²⁹⁸ No negamos la progresiva inclusión de las 'TICs' / Internet en este tipo de conductas pero los medios masivos comerciales -no alternativos- todavía son los que marcan las principales referencias de lo social.

MORAGAS SPA. Comp. 1993. *Sociología de la comunicación de masas*. Barcelona. G. G. MassMedia

NISBET, Robert. *La formación del pensamiento sociológico*. Amorortu 1970.

QUIRÓS, Fernando. 1998. *Estructura internacional de la información*. Madrid. Síntesis

WOLF, M. *La investigación de la comunicación de masas*. Barcelona. Paidós 1991.

REVISTA 'NOTICIAS'. Julio y Noviembre de 2005. Bs. As. Editorial Perfil.

Sitios webs.

Ernesto Carmona de Argenpress . 2004 en www.rebelion.org

www.bibliotecavirtualnoamchomsky.com

www.diariosobrediaros.com.ar

www.revistanoticias.com.ar

www.rebelion.org

Carlos Gustavo Ortiz

XII. LA POSESIÓN DE LA VIVIENDA COMO DERECHO INALIENABLE

XII.A. Introducción:

A partir de la observación de procesos de urbanización que han tenido lugar en general, en diversos países latinoamericanos, y de manera específica en Argentina, la planificación en materia urbana se ha desarrollado en relación a modalidades de gestión propia de los países desarrollados, sin tener en consideración las realidades particulares latinoamericanas, caracterizadas por la existencia de contextos de escasos recursos; por lo cual se ha carecido del respaldo económico para efectuar las inversiones necesarias. Por tal razón, surgieron ciudades fragmentadas, donde actualmente se observa la coexistencia de espacios, diseños y características de la ciudad moderna del mundo desarrollado donde se asientan los grupos de mayor poder adquisitivo, con un remanente urbano periférico en que prevalecen críticas condiciones de pobreza, precariedad y exclusión social.

En estos escenarios se observa el incremento demográfico y del número de asentamientos inestables (objeto de análisis de esta investigación) conformados por grupos poblacionales, excluidos del sistema, geográfica, social y culturalmente, que se asientan en terrenos, por lo general, desocupados, por sus propietarios o por el Estado mismo.

En el país, el modelo de desarrollo capitalista periférico produjo, además de las desigualdades sociales, un manifiesto descenso en la calidad de vida de los sectores medios y bajos. Entre 1963 y 1974 el PBI global creció a una tasa anual media del 4% y el PB Industrial aumentó a un índice positivo del 7%. A la vez, hacia el final del período citado, la elevación significativa del salario real retrotrajo los niveles de participación del capital y trabajo en el reparto del ingreso nacional a porcentuales de veinticinco años atrás: 50% para cada uno de los factores productivos. Según estudios de la CEPAL (Comisión Económica para América Latina) se establecía que la población urbana situada por debajo de la línea de pobreza, consistía en 1970 en el 5%.²⁹⁹

Los ajustes estructurales que se produjeron ya a partir de la segunda mitad de la década de los 70, desencadenaron una serie de efectos regresivos en el concierto económico y social de la Nación e incidieron, entre otras cosas, sobre la evolución de las características urbanas y fundamentalmente habitacionales del país.

Las transformaciones generadas obligaron a un cuestionamiento de los problemas que en el ámbito de las aglomeraciones tenían lugar, tomando en cuenta la existencia de un 85% de la población habitando en conglomerados ciudadanos.

América Latina experimentó desde principios de los 90, un pronunciado cambio en el modelo sustitutivo de importaciones enfocado en el mercado interno con un manifiesto rol protagónico del Estado en dirección del desarrollo³⁰⁰, dando lugar a una apertura económica

²⁹⁹ Roffman Alejandro; "Replanteo de la cuestión urbana ante el ajuste estructural" del libro "La urbe latinoamericana: balance y perspectiva a la puerta del tercer milenio", Consejo de Desarrollo científico y humanístico, UCV, Fondo Editorial Acta científica, Caracas, Venezuela, 1993, p269

³⁰⁰ Bustelo, Eduardo; "Expansión de la Ciudadanía y Construcción Democrática", en Todos entran. Propuestas para sociedades más incluyentes, UNICER, Santillana, Colombia, 1998, 9

apoyada en las exportaciones dirigidas hacia el mercado externo y en el cuál el sector privado adquirió notoria presencia con el repliegue del Estado a un plano secundario. Surgió una nueva relación entre el sector estatal y privado, asentado en la crisis del antiguo arquetipo que se centraba en la administración del Estado sobre la sociedad civil.

A partir de los ajustes estructurales producidos en estas décadas, se observó una precarización de las tareas laborales y consecuentemente de los sectores asalariados originados por la quiebra de industrias vinculados a las producciones regionales. Estos procesos trajeron aparejado una fuerte disminución de la capacidad adquisitiva, incidiendo en la dificultad del acceso a la propiedad de la vivienda. Las oportunidades diferenciales de los distintos grupos sociales para el acceso a los bienes y servicios públicos, la escasez y heterogeneización de las condiciones habitacionales, en el marco de las políticas urbanas y de vivienda, incrementaron las posibilidades desiguales de apropiación de la ciudad.

La falta de disponibilidades del Estado y del sector privado con proyectos para revertir situaciones relacionadas a este “hábitat deficitario”, la implementación del sistema de libre mercado como doctrina y el consiguiente crecimiento demográfico incrementaron el índice de exclusión de diferentes estratos poblacionales, generando diversos mecanismos de expropiación material y simbólica; en determinados sectores del campo social (previsión, educación, salud y vivienda). El conflicto manifiesto contribuyó, en el caso de la vivienda, a ocupaciones de tierras públicas y privadas, con el consiguiente aumento de residentes de los asentamientos inestables.

En esta investigación se sostiene; como anticipación de sentido que, los asentamientos humanos se vinculan a condiciones de segregación y la manifestación de calidades de vida diferenciales en un escenario de inequidad social.

El propósito central consiste en comprender aquellos procesos políticos, económicos y sociales que han tenido lugar en nuestra sociedad durante las últimas décadas, incidentes en el crecimiento del número de poblaciones en condiciones de precariedad, describir las categorías jurídicas existentes para el análisis de las relaciones sociales de propiedad y los mecanismos de control ejercidos desde el Estado.

La metodología utilizada combina estrategias cuantitativas, con el análisis, procesamiento e interpretación de datos secundarios; y cualitativas, con técnicas como entrevistas en profundidad con actores sociales clave. La primera parte se refiere a un análisis centrado en los condicionamientos sociológicos, históricos y jurídicos referidos al problema de la incorporación de determinados sectores sociales al régimen de la propiedad privada. La segunda parte, contempla la implementación de políticas sociales referidas a la vivienda como derecho natural. Se consideran distintas vertientes en el abordaje de estas realidades teniendo en cuenta perspectivas liberales, monetaristas y keynesianas como una forma de aproximación a la complejidad del fenómeno.

XII.B. PRIMERA PARTE. EL DERECHO A LA PROPIEDAD DE LA VIVIENDA

I.A.1). Asentamientos poblacionales irregulares

La propiedad como derecho natural:

La propiedad privada es considerada un derecho natural de la persona, proclamada en 1789 durante la Revolución Francesa, adoptada durante 1810 por la revolución de mayo en la Argentina y elevada al rango constitucional en 1853. Hay que aclarar que, el tema de la

propiedad privada, no de otro tipo de propiedad, se remonta a Locke, antes de la revolución francesa y como derecho natural es reconocida por la Biblia (citada por Locke) y por supuesto por todos los escolásticos, como Santo Tomás; en este caso era la propiedad en función social.

En el continente americano la consideración resulta similar, sin embargo en casi todos los países de América Latina, la concreción de este derecho resulta diferencial para una notoria franja de la población.

Diferentes autores han analizado las causas que condujeron a una transformación de los sistemas sociales y económicos de la sociedad mundial en los últimos 30 o 40 años del siglo XX, con consecuencias tan disímiles para los distintos países.

En el caso de los latinoamericanos ahondaron los conflictos y carencias que arrastraban desde muchos años antes que surgieran estos cambios. A la pobreza estructural se le sumaba la pobreza por falta de ingresos que permite determinar la evolución de la franja de los denominados “nuevos pobres”.

Coraggio y Ziccardi afirman que las condiciones políticas, económicas y tecnológicas se han transformado profundamente en todo el mundo en las últimas décadas, y seguramente lo seguirán haciendo en el futuro próximo. Los factores principales de esa evolución consisten en: la integración regional, la globalización de los mercados mundiales y las nuevas tecnologías de automatización y procesamiento de información. Agregan luego, que “en ese escenario, la necesidad o la presión para reformar el Estado afecta a todos los países haciéndose sentir también a nivel municipal. Los municipios se enfrentan al desafío de mostrar su eficiencia como ámbitos de decisión y a la vez dar un contenido democratizante a las tendencias de descentralización, tiene que ofrecer a las empresas buenas condiciones para el desarrollo de sus actividades y la vez, proporcionar a sus ciudadanos buenas condiciones de vida y de trabajo. Y por momentos esos objetivos parecen ser contradictorios entre sí.”³⁰¹

A su vez Manuel García Pelayo sostiene que “en resumen, Estado y sociedad, ya no son sistemas autónomos, autorregulados, unidos por un número limitado de relaciones y que reciben y envían insumos y productos definidos, sino dos sistemas fuertemente relacionados entre sí a través de relaciones complejas...no es pues extraño, que hoy estemos ante una cierta decadencia de la teoría del Estado que tiende a ser sustituida por la teoría del sistema político que engloba factores estatales y sociales y que más que ante dos términos definidos nos encontramos con lo que los norteamericanos denominan “complejo público-privado”, en el cual varias funciones del Estado se llevan a cabo por entidades privadas a la vez que éstas no pueden cumplir sus fines privados sin participar en las decisiones estatales.”³⁰²

La adquisición de viviendas a través de planes estatales o privados se restringe a sectores pequeños por la escasez de la inversión y limitados proyectos orientados hacia la clase media y baja, que no cubren la necesidad de albergues que la demanda exige. Además, el nivel adquisitivo del asalariado, agrega otro eslabón a una sociedad signada por grandes diferencias sociales.

Esta dificultad en el acceso a la vivienda constituye una de las razones por las cuáles en varias ciudades latinoamericanas se produce la ocupación de terrenos fiscales o privados, para la construcción de asentamientos que permite a estos grupos poblacionales poseer un espacio, aún de manera precaria.

³⁰¹ Coraggio, José Luis; Ziccardi, Alicia. “Políticas sociales urbanas a inicios del nuevo siglo”, documento publicado en el seminario internacional realizado en Montevideo, en 1999, 5.

³⁰² Pelayo, Manuel García. “Las transformaciones del Estado Contemporáneo”, Alianza Editorial, 2º Edición, B.A, 1991, p.25

En estas capitales el tipo de hábitat, villas o favelas que predomina, según Schteingart (1986) está constituido por “asentamientos que surgen por lo general en la periferia y cuyos rasgos comunes son, en su origen, la falta de servicios, la precariedad de la vivienda y la imposibilidad de la mayor parte de sus residentes de ser sujetos de créditos, de programas públicos o privados de vivienda terminada; otra característica es la tenencia de la tierra en forma irregular, sin embargo, esta situación no se presenta en todos los casos y varía de un país a otro”³⁰³.

Las ocupaciones directas han tenido también su correlato en áreas rurales, pero en medida inferior a la urbana.

Distintos centros de investigación han analizado la evolución de los hábitats populares y las conclusiones obtenidas permitieron detectar su gravitación dentro de las áreas urbanas estudiadas.

El desarrollo y proporción en relación al total de habitantes de las ciudades latinoamericanas se ilustra a continuación; basado en los datos correspondientes a los censos de las mismas con el total de pobladores de asentamientos irregulares, excluyendo a aquellos de las cuáles solamente se posee información parcial

Cabe destacar que los datos considerados corresponden al aumento en el número de pobladores de estos asentamientos en relación al crecimiento demográfico, teniendo en cuenta las décadas mencionadas al comienzo de este trabajo, en el momento en que su número se incrementa notoriamente, en relación a procesos históricos, políticos y económicos acontecidos en los diferentes países latinoamericanos:

Importancia del hábitat popular en algunas ciudades latinoamericanas

Ciudad	Población Total	Población en Hábitat Popular	%	A.I o V.m.
Zona Metropolitana Ciudad de México	2.372.000 (1952)	330.000 (1952)	14	a.i
	4.475.000 (1970)	4.475.000 (1970)	46	a.i
	9.729.000 (1970)	7.200.000 (1980)	50	a.i
	14.445.000 (1980)	7.200.000 (1980)		
Región Metropolitana. Río de Janeiro	2.940.000 (1957)	650.000 (1957)	22	a.i
	3.326.000 (1961)	900.000 (1961)	27	a.i.
	4.383.000 (1971)	13.149.000 (1971)	30	a.i.

³⁰³ Clichevky, Nora; “Construcción y Administración de la ciudad latinoamericana”; Buenos Aires, 1997, 351

Recife	79 2.000 (1961)	396 .000 (1961)	0	i.
	1.0 61.000 (1970)	530 .000 (1970)	0	i.
Área Metropolitana Buenos Aires	6.500.000 (1956)	112.000 (1956)	1,7	v.m
	8.300.000 (1971)	433.917 (1971)	5,2	v.m
	9.700.000 (1981)	304.000 (1981)	3,1	v.m
Área Metropolitana de Lima	(1961)	360.000(1961)	21	a.i
	2.800.000 (1969)	1.000.000 (1969)	36	a.i.

Nota: a.i: Asentamientos irregulares; v.m.: villas miseria

Fuente: Cuadro VI.I Construcción y Administración de la ciudad latinoamericana

Nora Clichevsky

Otros datos: Por ejemplo, Bogotá, en 1969 poseía un 60% de su población ubicada en asentamientos inestables. Mientras tanto en Caracas, en 1980, el 50% de sus habitantes estaban centrados en “barrios de rancho”, constituyendo también asentamientos inestables.

En el estudio sobre situación del hábitat popular y su composición social se sustenta que “en la mayoría de los casos analizados, una parte importante de la población que habita los asentamientos irregulares (entre el 40 y el 55%) es originario de la ciudad donde está asentado, y por lo tanto no es migrante”³⁰⁴

Existen excepciones como el caso de San Pablo, en donde los migrantes, constituyen entre el 83 y 92% de la población de los asentamientos irregulares.³⁰⁵ En tanto, una parte importante de los habitantes asalariados, pertenece a la categoría de obreros en Monterrey, San Pablo, Lima y Caracas.

I.A.2). Procesos de expropiación en la ciudad

Los distintos grados de desarrollo económico de los países, constituyen elementos referenciales en el momento de analizar la evolución social y, dentro de ella, el proceso de urbanización que experimenta una región o un país en particular.

Como un ejemplo muy significativo, en el crecimiento de la calidad de vida y aumento de la población urbana, en la última década del siglo XX, encontramos a: China, República de Corea, Taiwán y todo el Asia suboriental, que fueron países con la más alta tasa de crecimiento económico, durante los 80 y 90, comparados con cualquier región del planeta.³⁰⁶

El ingreso sostenido de sus economías permitió la construcción de viviendas, el ascenso social y educacional de sus habitantes.

³⁰⁴ Clichevsky, Nora; Ibidem; 355

³⁰⁵ Op. Cit., 353

³⁰⁶ Informe Mundial sobre asentamientos inestables, Tomo I Centro de Naciones Unidas sobre Asentamientos Humanos

La realidad macroeconómica mundial ha consolidado estructuras que se originaron en distintas vertientes. El muestrario crematístico ofrece: el desarrollo de las diversas variantes del liberalismo económico (neoliberalismo, monetarismo etc...); el Capitalismo de Estado -con planificación centralizada- y la economía mixta -aplicada en mayor o menor medida por las naciones industrializadas.

Existen autores que ubican a las ideas de John Keynes, como otra variante del Capitalismo, sus aportes dieron origen al Keynesianismo. Consiste en una teoría que no reniega del liberalismo, pero que impulsa a la participación del Estado. Sus conclusiones aportaron instrumentos de política económica que fueron utilizados por los EE. UU. para superar la Depresión de 1929, y también por diferentes Estados Europeos y Latinoamericanos, en el período de entreguerras y después de la II Guerra Mundial, con el propósito de aumentar la producción y consecuentemente la demanda, lo que originaría incremento del empleo y en el ingreso del asalariado, que repercutiría con un mayor poder adquisitivo y evolución de los mercados.

Esta corriente ha perdido vigencia como resultado de los cambios que experimentó el sistema capitalista en las décadas finales del siglo pasado.

Los componentes ideológicos en los que fundamenta su ideario en neoliberalismo, expresa los que sostuvo el capitalismo clásico: propiedad privada de los medios de producción y la iniciativa particular para desarrollar esa producción con la finalidad de obtener beneficios. Otros principios que sostiene es la libertad de mercado, para que en un sistema de competencia acudan la oferta y la demanda sin restricciones, la libre contratación de trabajo, el comercio exterior carente de trabas arancelarias y retenciones, que impidan o dificulten el desplazamiento de importaciones y exportaciones; la libre circulación de capitales, para permitir incrementar la producción y por consiguiente los dividendos, en la concepción ortodoxa del liberalismo económico. Los recursos resultan distribuidos por el mercado a través de la oferta y la demanda de los bienes. El Estado reduce su presencia al de proveedor de servicios públicos como por ejemplo: seguridad, educación y subsidio de la salud; no interviene en la estrategia de la producción y tampoco establece pautas para reglar precios y salarios.

Estos conceptos del liberalismo, continuados por el neoliberalismo, no tuvieron aplicaciones puras en su totalidad en ningún lugar del planeta. Existieron modificaciones, transgresiones o contradicciones en los mismos centros en los que tuvo su origen. Así por ejemplo, en la implementación de los principios del librecambismo han sido rigurosos para su aplicación en los países periféricos. Sin embargo, los industrializados crecieron al amparo del proteccionismo, lo cuál continúa ocurriendo en la actualidad.

El colapso de 1929 obligó a modificar principios, entre ellos el *laissez faire* (dejar hacer) y permitir en casos excepcionales la intervención del Estado para equilibrar la oferta y la demanda. Nació así el neoliberalismo.

En la década de 1970, los países desarrollados padecieron altas tasas de desocupación, una severa crisis producto del alza del petróleo y la presencia de recesión e inflación (estanflación). Imposibilitados de superar esta situación recurrieron a las antiguas recetas económicas liberales, que se tradujo en el monetarismo, cuyo mentor Friedman, lo formuló en 1960. El diseño teórico resulta igual al del liberalismo: libre competencia, librecambismo, apertura del mercado, etc...Introdujo la necesidad de regular el crecimiento de la masa monetaria para frenar la inflación. Sustenta que la actividad monopolística u oligopólica es un componente distorsivo para el funcionamiento del mercado, pues impide la libre competencia. Afirma que la presencia del Estado en la economía debe ser nula y el apoyo a planes sociales escaso o debe desaparecer, porque altera la libertad del mercado.

Entre los principios que sostiene resulta contrario a la presencia de los sindicatos, quienes al impulsar la distribución del ingreso producen inestabilidad. El ingreso de esta corriente política económica a América Latina en la década del 70 necesitó del apoyo y resguardo de gobiernos dictatoriales, como los de Argentina, Chile y Uruguay; pero posteriormente sus herramientas continuaron teniendo influencia y gravitación en las decisiones de gobiernos democráticos. También fue eje económico del Gobierno de Ronald Reagan en los 80 en Estados Unidos y en el de Margaret Thatcher en Gran Bretaña. Estos países consiguieron estabilizar sus economías, estabilizaron el superávit fiscal y comercial; pero existieron fuertes restricciones en las políticas sociales.

En cambio, un panorama opuesto, es el observado en América Latina, en donde la implementación de políticas económicas neoliberales en las dos últimas décadas del siglo XX, desencadenó la desaparición de espacios de inserción laboral, cesantías masivas, cierres de fábricas e industrias, el descenso de los ingresos y el empobrecimiento de sectores medios y bajos. A esto se le agregó un permanente ajuste económico, producto de deudas externas e internas. Coraggio sostiene que “a finales del siglo XX el rol de los Estados Nacionales se ve debilitado por la creciente liberación del mercado y el consecuente aumento del peso de las empresas multinacionales..el aumento de la competencia indirecta en el mercado laboral mundial y el surgimiento de instancias supranacionales, como por ejemplo, la Unión Europea y la influencia creciente de los organismos financieros internacionales sobre los Estados de América Latina.”³⁰⁷

El conjunto de dificultades reseñadas impactó en el campo social, y dentro de las secuelas provocadas, redujo las posibilidades de construcción de viviendas, también las disponibilidades y calidad de los hábitats, asimismo escasa inversión en infraestructuras y servicios. Las monedas no pudieron sostener su valor real y la depreciación por la inestabilidad y la carencia de solvencia que los respaldara, se tradujo en inflación que creció rápidamente en algunos países. El crédito desapareció, o disminuyó, con altas tasas de intereses.

Dentro de este panorama, la inversión, o la inyección de capitales, que permitieran reactivar estas economías al borde del colapso, no se produjeron.

Los negocios a largo plazo desaparecieron, por la dificultad de sostener una amortización prolongada, que en definitiva, otorgan rentabilidad a los proyectos para la construcción de viviendas, vías de comunicación, energía, etc...

Si bien el contexto que se menciona se refiere a América Latina, donde las economías experimentaron de manera homogénea la depresión producida por las políticas aplicadas, a lo que se agregó, la corrupción estructural existente, la situación era similar en aquellas naciones que conformaron la Unión Soviética, Europa del Este y las del Africa.

Si en este marco, de restricciones acotamos la observación a América Latina se obtendrá la similitud de carencias en el desarrollo social de los diversos países que la componen. El empobrecimiento de los estados para afrontar necesidades de toda índole, producto de endeudamientos y transferencias de divisas a prestamistas extranjeros produjo ajustes y luego más restricciones, endeudamientos, por solicitud de nuevos préstamos, para el pago de deudas anteriores.

Las dificultades para transformarse de productores de materia prima en exportadores de elementos manufacturados con valor agregado, los ubica como receptores de un casi permanente déficit en las balanzas comerciales en sus relaciones con los países industrializados.

³⁰⁷ Coraggio, José Luis. Op cit., conclusión.

Las estructuras impositivas, con pocas excepciones, continúan siendo inequitativas; porque la recaudación tributaria se obtiene a través de fuertes cargas que no discriminan la capacidad económica del contribuyente. Este es un sistema aplicado también en la Argentina, con el objeto de recaudar la mayor cantidad posible y equilibrar sus presupuestos generalmente deficitarios o insuficientes por carencias de recursos.

En la Argentina, en 1972 hubo un intento de aplicar, como política de Estado, para solucionar las carencias habitacionales, la construcción de vivienda de “interés social”, que permitieran atenuar el déficit de los hábitats populares. Para ese fin se habilitó el FONAVI (Fondo Nacional de Viviendas). Años después se instituyeron los recursos destinados al fondo con que solventaría su desarrollo. El caudal era considerable y estaba dirigido a “aquellos grupos carentes de vivienda que no pueden acceder a ella, ya sea por el ahorro personal o por el crédito que fijen las operatorias del Banco Hipotecario Nacional (BHN)”.

Posteriormente, la crisis que sufrió el sistema previsional, impulsó al Estado Nacional y a los Estados Provinciales a firmar un acuerdo que permitió destinar el 15% de la masa de impuestos coparticipables destinados al FONAVI, Se entregaba para cubrir gastos previsionales de la Nación, la que fue ratificada por la ley 24130. Las sucesivas modificaciones que tuvo el FONAVI, por problemas financieros y políticas que cambiaron el criterio inicial, fue diluyendo el objetivo para el cuál había sido creado. El acceso a sus operatorias y recursos se tornó cada vez más complejo por la demanda de requisitos que se encuentran alejados de las posibilidades reales de los aspirantes.

Al recorrer los caminos tomados en este continente para superar las dificultades en el campo habitacional se observa como los distintos gobiernos latinoamericanos que desarrollaron y practicaron los ajustes, dejaron en ámbitos privados la atención de lo que usualmente fue responsabilidad del Estado, con el concepto del “libre mercado” quién en teoría reduciría costos, y aumentaría la eficiencia, sin tener en cuenta que la presencia estatal servía para corregir desigualdades originadas en la distribución del ingreso.

En tanto la actividad privada, salvo excepciones, ocupó franjas que reeditarán utilidades y no presentaran márgenes de alto riesgo. Como consecuencia, el gasto público en vivienda decayó aún más, la construcción para sectores de menores ingresos tuvo un desarrollo muy atenuado y para los de estrato medio prácticamente desapareció. De acuerdo a un informe de la CEPAL de 1997, “entre 1980 y 1990, se duplicó el número de pobres que viven en áreas urbanas, y en el último quinquenio se incrementó en alrededor de un 10% más. Un ritmo similar tuvo el crecimiento del número de indigentes. Esta urbanización de la pobreza es una de las características más importantes de este fenómeno en América Latina en los últimos decenios... Los problemas sociales, ecológicos y sanitarios están aún más interconectados entre sí, que en los países industrializados y el mayor grado de polarización social se reflejó en una marginalización urbana mucho más marcada. La falta de vivienda accesible sigue llevando al hacinamiento en viejos edificios centrales, pero sobre todo a establecerse en asentamientos ilegales en los márgenes de la ciudad por medio de la ocupación espontánea u organizada de terrenos públicos o privados”³⁰⁸

En algunos países, como el caso de Chile en los 80, la presencia del sector privado ha orientado su interés hacia la fracción de mayores recursos. Al activarse esta participación, complementada con la utilización de fondos a largo plazo provenientes de empresas del seguro y capitales de la jubilación privada, permitió al Estado chileno reordenar sus cuentas y reiniciar la construcción de la vivienda destinadas a variados grupos sociales.

³⁰⁸ Informe de la CEPAL, “Políticas sociales urbanas a inicios del nuevo siglo”, 27

I.A.3). **Asentamientos irregulares en Mendoza**

El desarrollo urbanístico de las más importantes ciudades mendocinas se ha realizado sobre las mejores tierras cultivables que posee la provincia, que se sabe, está ubicada en una zona desértica. Se presumiría que el cuidado de los recursos naturales que resultan escasos, deberían ser extremados para que en la convivencia entre las producciones agrícolas y los centros poblados exista un equilibrio que permita el crecimiento de ambos, considerando que un elemento tan básico como el agua, está acotado, sin posibilidades de estirar o aumentar su cantidad de acuerdo a las necesidades del momento.

Sin embargo, no se han tomado las prevenciones con el rigor que la situación requiere. Se han construido paliativos, como son los diques para reservorio de agua, se impermeabilizaron canales, para evitar pérdidas por filtraciones, fueron establecidas para regular el consumo de este recurso.

El crecimiento demográfico se produce de manera permanente y necesita mayor cantidad de recursos para asentarse, desarrollarse y crecer comunitariamente, pero se propaga a expensas de espacios en los que obtiene sus medios de subsistencia y en donde la sociedad, en este caso las arcas provinciales, recaudan bienes que servirán para su transformación en servicios y trabajo. Por lo tanto, resulta indispensable la realización de una planificación rigurosa que contemple un crecimiento urbanístico ordenado.

El fenómeno de los asentamientos inestables no resulta desconocido en Mendoza. En la periferia de la capital de la provincia y en los alrededores (Luján, Las Heras, Godoy Cruz, etc...) hubieron núcleos humanos hasta la década de los setenta y comienzo de los 80, constituidos por asalariados que no podían adquirir sus viviendas a través de los medios crediticios habituales y optaban por los sistemas de “ayuda mutua”, muy en boga en esos momentos y destinado a esta franja de trabajadores.

Este sistema consistía en el aporte económico de un banco estatal, y el trabajo en la construcción de la vivienda lo proporcionaba el futuro propietario, con la supervisión de un profesional aportado por el Estado. La evolución del crédito se realizaba de acuerdo al préstamo que percibía el deudor. Además existían otros sistemas de viviendas populares, en el que el Estado financiaba su adquisición con amortizaciones a largo plazo.

Dentro de este paisaje urbanístico también coexistían conglomerados humanos asentados en tierras fiscales, sin ningún tipo de servicios básicos (electricidad, agua potable, gas etc...), originados y ubicados dentro de la marginalidad –producidos por la ausencia de trabajo e ingresos muy reducidos o labores temporales y estacionales sin protección social- Eran las denominadas “villas miseria”.

A partir del último tercio de la década de los 70, estos asentamientos empezaron a crecer rápidamente, producto del cambio económico que se gestó entonces y que trajo aparejado, como una de sus múltiples consecuencias, la quiebra de las economías regionales. Se produjo una nueva migración de los habitantes de campaña hacia las ciudades, en la búsqueda de mejores condiciones de trabajo para continuar su vida laboral, y ante la escasez del mismo, un alto porcentaje de los migrantes terminó ubicándose en esos “bolsones”, los cuáles empezaron a proliferar de manera indiscriminada; como había ocurrido en los años siguientes a 1930

Al no producirse un cambio en el panorama económico que permitiera absorber a estos grupos nuevamente, no existió la posibilidad de reducir el n° de barrios, de sus pobladores y revertir sus condiciones de vida.

En la década de los 90, se produjo una profundización de las políticas recesivas, la venta y concesión de empresas del Estado y privadas; y el cierre de fuentes laborales. Estos

procesos acentuaron el ingreso de grupos sociales a esos conglomerados marginales, y en Mendoza, empezaron a proliferar notoriamente ubicándose en zonas de alto riesgo en relación a fenómenos naturales como inundaciones, aluviones. Los asentamientos se producían en el piedemonte, cauces secos de ríos o en los márgenes de los canales, transformándose situaciones coyunturales en estructurales.

I.A.4). **Diagnóstico social de algunos asentamientos de Mendoza**

Si realizamos un diagnóstico situacional sobre algunos de estos asentamientos del piedemonte en la provincia de Mendoza en el 2006 podemos mencionar las siguientes características:

a) Asentamiento Talcahuano³⁰⁹:

Grupos familiares completos: 75%

Grupos familiares incompletos: 25% (familias monoparentales)

Estado civil del jefe de hogar: 57% solteros

31% casados

8% separados

2% viudos

2% divorciados

Nivel de instrucción del jefe de hogar:

PC: 32%

PI: 31%

SI: 23%

Sin Instrucción: 4%

Sin calificación laboral: 90% de la población

Actividad Laboral de jefes de familias: 57% cuentapropistas

31% beneficiarios de algún plan social

Ingreso promedio del grupo familiar: oscila entre 200y 450\$

El 100% de los hogares percibe un ingreso que se encuentra por debajo de la canasta básica de alimentos.

El 95% de los hogares presentan déficit habitacional por distintos motivos: o son ocupantes de hecho de la vivienda que ocupan, o no poseen provisión de agua por cañería ni retrete con descarga de agua, o poseen materiales de vivienda precarios o viven en condiciones de hacinamiento (77%)

b) Talcomín:

³⁰⁹ Datos provenientes del aporte de Dirección de la Vivienda en la Municipalidad de Godoy Cruz, 2006

Existe una operatoria del IPV para la construcción de 80 viviendas con su respectiva urbanización. Esto se está realizando en Carola Lorenzini y Corredor del Oeste.

Este asentamiento limita al Norte con el Zanjón Frías, al Sur con la Fábrica Talcomín, al Este con calle San Vicente y al Oeste con calle Talcahuano.

Sus inicios se remontan a 1978, cuando en el extremo norte de los terrenos de la fábrica se instalaron casillas para algunos obreros. Se le fueron sumando otras construcciones precarias del personal obrero y otras familias que provenían de los barrios sociales existentes en el entorno vecinal. En el asentamiento Caserón Velez Sárfeld viven 40 familias provenientes de barrios aledaños a la zona y del B° la Gloria.

El asentamiento cuenta con servicios básicos de agua potable, red eléctrica y red de gas en condiciones deficientes en un 80%. Son servicios utilizados de manera clandestina, provenientes de la periferia. En su interior no existen calles trazadas, aceras o desagües pluviales superficiales.

El tamaño medio de los hogares posee aproximadamente 4 miembros. El 59% se compone de familias tipo. Un 30 % de las familias son numerosas.

El 80% de los grupos familiares conforman un grupo familiar completo; en tanto el 20% restante resulta ser incompleto (monoparentales).

Existe un 66,25% de la población en condiciones de hacinamiento lo cuál dificulta el desarrollo de aptitudes y actitudes fundamentales en el desarrollo psico-social.

La actividad laboral de jefes de hogar consiste, entre los primeros lugares, en un 40% de cuentapropismo, con un 18% de beneficiarios de algún plan social. El 22% son empleados en tanto el 3% no posee ocupación. Los co-titulares de la propiedad presentan en un 47% como amas de casa del total de cotitulares.

El ingreso promedio del grupo familiar consiste en 400\$, por debajo de la canasta básica de alimentos. La mayoría de estos grupos presenta un ingreso inferior al 43%.

El 100% de los hogares presenta necesidades básicas insatisfechas, ubicándose en la línea de la llamada pobreza estructural.

El 95% de las viviendas son deficitarias; con un 42% de hacinamiento y 25% de hacinamiento crítico (más de tres personas por cuarto).

c) Santiago del Estero:

Este asentamiento inestable se encuentra enmarcado por la siguiente trama urbana:

Norte: Zanjón Frías

Sur: calle Santiago del Estero

Este: calle San Vicente

Los orígenes del asentamiento se remontan a más de 30 años provenientes de barrios sociales y asentamientos inestables vecinos. En la actualidad habitan 86 familias con las necesidades básicas insatisfechas.

No existe red de agua potable, red eléctrica ni de gas. Son utilizados de manera clandestina. No posee calles urbanizadas ni aceras ni desagües pluviales superficiales.

La mayoría de los grupos familiares son numerosos (+ 48%), tipo (46%), el resto se constituye por familias unipersonales.

Este asentamiento se caracteriza por poseer un marcado protagonismo de la mujer como jefe de hogar: el 36% de jefatura de la mujer, la masculina el 64%

El 71% se constituye por Familia Nuclear Completa y monoparentales un 23%. La edad del jefe de hogar se sitúa mayoritariamente en el intervalo comprendido entre 36 a 50 años con un 40 % aproximadamente.

Existe un 40% de cuentapropistas, le siguen empleados públicos y changarines con un 13% respectivamente. La mayoría de la población percibe ingresos entre 300 y 500\$, le siguen los intervalos enter 151 y 299\$; y entre 501 y 750\$.

El 100% de los pobladores presenta necesidades básicas insatisfechas y 97% de las viviendas en condiciones de déficit habitacional. El 3% no sabe o no contesta, y se verifica un 54% de la población en condiciones de hacinamiento.

d) Campo Pappa:

Su expansión y organización espacial se han desarrollado fuera de las instituciones formales de la arquitectura y el urbanismo oficial. Su consolidación se vincula a la venta de residuos sólidos urbanos.

El paisaje urbanístico se fue desarrollando alrededor de las antiguas ripieras de manera espontánea y no planificada sobre terrenos públicos y privados.

De esta manera se observa:

- Red vial intrincada y confusa con calles estrechas, de tierra, mal estado de circulación, discontinuas, sin sendas peatonales, permitiendo el tránsito en un solo sentido y posibilitando sólo el tránsito peatonal.
- Alumbrado público parcial y deficiente
- Terreno en pendiente posibilitando el arrastre de aguas pluviales
- Suministro de gas y cloacas inexistente
- Suministro público de agua.
- Dificultad para recolección de residuos debido al estado de calles.
- Carencia de arbolado público y espacios verdes
- Viviendas con mampostería de ladrillo y adobe, techos de madera, chapa, caña y barro. No son antisísmicas
- Conexión ilegal del servicio eléctrico en la mayoría de las viviendas.
- El suministro de agua potable en las viviendas se realiza de manera clandestina por medio de una red informal de mangueras flexibles.

Este asentamiento cuenta actualmente con una población de 900 familias que se caracterizan por tener necesidades básicas insatisfechas, escaso grado de capacitación laboral, bajo o nulo nivel educativo, malnutrición y altos índices de violencia.

La zona presenta pasivos ambientales y vulnerabilidades sociales muy marcadas, detectándose las siguientes problemáticas:

- Acopio clandestino de basura que mantiene un núcleo urbano-marginal difícil de modificar en sus pautas de conducta.

- Contaminación generada por incendios (espontáneos e intencionales), afectando otros sectores de Godoy Cruz y Departamentos vecinos.
- Deficiente manejo del problema de la basura en el Departamento.
- Contaminación atmosférica generada por incendios espontáneos e intencionales.
- Contaminación del suelo, producto de antiguos y actuales vaciaderos de RSU a cielo abierto sin control.
- Problemas epidemiológicos detectados en la población en contacto con residuos, especialmente de piel y vías respiratorias.

XII.C. Procesos vinculados al crecimiento y expansión de los asentamientos mencionados

El proceso de instalación e incremento en el n° de habitantes de estos asentamientos se ha vinculado a distintos factores: entre ellos naturales y de índole políticos-económicos-sociales. Así por ejemplo el aluvión del 70, el terremoto en Mendoza en 1985 y la crisis del 2001 señalaron un punto de inflexión en su crecimiento.

La exclusión resultante con la implementación del modelo económico de la última década del siglo ha generado en estos grupos descenso social, imposibilidad de acceder a bienes materiales y simbólicos; y una desesperanza adquirida al haberseles negado la posibilidad de decidir sobre sus proyectos de vida con el deterioro en relaciones ocupacionales y de subsistencia, nuevas dinámicas vinculares con el entorno y dentro de la propia familia; con la manifiesta carencia de un eje articulador como el trabajo.

En estos asentamientos se suelen observar familias numerosas que no responden al modelo tradicional: mayor cantidad de cohabitación, monoparentales con el consiguiente incremento de roles dentro el ámbito doméstico; mayor cantidad de miembros relacionados a la generación de ingresos y las prácticas económicas con estrategias funcionales de supervivencia.

La vulnerabilidad de los asentamientos, responden a una realidad social con un sistema democrático restringido, en el cuál algunos grupos del conjunto social se encuentran fragmentados, con carencias manifiestas en las necesidades básicas; es decir, se posicionan en un lugar de desafiliación, en palabras de Castell, experimentando el deterioro o la separación a la concreción de los derechos, y por lo tanto al ejercicio pleno de la ciudadanía.

XII.D. Antecedentes y fundamentos sociales y jurídicos del derecho a la propiedad

El acceso a la vivienda resulta definido por el Estado de Bienestar como Derecho, y por ende asume rango constitucional. Este derecho encuentra diversas modalidades que van desde la propiedad hasta la ocupación ilegal amparada o tolerada por el estado, pasando por una serie de situaciones intermedias en las que dicho derecho sufre limitaciones temporales, contractuales, o de otra índole³¹⁰

Castell agrega “En otras palabras, el derecho al espacio conlleva diversas externalidades estrechamente ligadas a la localización de la vivienda o la infraestructura

³¹⁰ Oszlak, Oscar “Merecer la ciudad. Los pobres y el derecho al espacio urbano”. Cedes-Humanitas, Buenos Aires, 1991, 24.

económica, tales como la educación, la recreación, la fuente de trabajo, la atención de la salud, el transporte o los servicios públicos. (...)”³¹¹

Por lo tanto “el derecho al espacio urbano debe entenderse, lato sensu, como un derecho al goce de las oportunidades sociales y económicas asociadas a la localización de la vivienda o actividad. Perder o sufrir la restricción de ese derecho puede suponer, además del eventual desarraigo físico, el deterioro de las condiciones de la vida material en cada uno de los planos en que existían externalidades vinculadas con la localización espacial”³¹².

La necesidad del espacio habitacional y la carencia de respuestas de fondo al problema ha significado que los gobiernos latinoamericanos, permitan o toleren soluciones coyunturales basadas en la existencia de asentamientos transitorios e ilegales, en terrenos fiscales y/o privados por parte de sectores de la población, que a partir de tal radicación acceden de igual manera, aunque precariamente, a la atención a la salud y educación que el Estado dispone en zonas aledañas a la ocupada.

La instalación resulta usualmente temporaria debido a que en los asentamientos se producen desalojos y la historia se reinicia en otros espacios territoriales.

N. Clichevsky, sostiene que la radicación se asocia al objetivo de regular dos “transgresiones” de diferente orden: consolidar la urbanización del hábitat, regulando el proceso de urbanización; y asegurar la regularización del dominio, garantizando el acceso a la propiedad de la tierra”.³¹³ Siguiendo a esta autora, la primera trasgresión “se basa en la falta de títulos de propiedad (o contratos de alquiler); la segunda en el incumplimiento de las normas de construcción de la ciudad”³¹⁴

Dentro de los objetivos y principios de la segunda Conferencia de las Naciones Unidas sobre asentamientos Humanos (Hábitat II), se sostiene “La aplicación del Programa de Hábitat en particular, mediante las leyes nacionales y las políticas, programas y prioridades de desarrollo, es derecho soberano y responsabilidad de cada Estado de forma compatible con todos los derechos Humanos y las libertades fundamentales, incluido el derecho al desarrollo, teniendo en cuenta la importancia de los diversos valores éticos y religiosos, antecedentes culturales, convicciones filosóficas de los individuos de sus comunidades, respetándolos cabalmente y contribuyendo al pleno disfrute de todos los derechos humanos a fin de lograr los objetivos de vivienda adecuada para todos y desarrollo sostenible de los asentamientos humanos”.³¹⁵

A lo cuál se agrega que “Nosotros, los Estados participantes en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II), suscribimos una visión política, económica, ambiental, ética y espiritual de los asentamientos humanos basada en los principios de igualdad, solidaridad, asociación, dignidad humana, respeto y cooperación. Adoptamos los objetivos y principios de una vivienda adecuada para todos y el desarrollo sostenible de los asentamientos humanos en un mundo en proceso de urbanización. Creemos

³¹¹ *Ibidem*, 24.

³¹² Martínez, Clarisa. “Juegos de reconocimiento del derecho al espacio urbano en la Ciudad de Buenos Aires. El caso de la política de radicación de villas” en Revista de Estudios Sobre Cambio Social año IV. Número 16 Instituto de Investigaciones Gino Germani. Facultad de Ciencias Sociales. Universidad de Buenos Aires- Argentina, 2002.

³¹³ Clichevsky, Nora (1997): Regularización dominial: ¿solución para el hábitat popular en un contexto de desarrollo sustentable? En: Cuenya, Beatriz; Falú, Ana: Reestructuración del Estado y política de vivienda en Argentina. CEA-CBC. UBA. Buenos Aires, 229.

³¹⁴ *Ibidem*, 8

³¹⁵ 2º Conferencia de Naciones Unidas sobre asentamientos Humanos, capítulo II, artículo 24.

que el logro de esos objetivos contribuirá a que el mundo sea más estable y equitativo y a que esté más libre de injusticias y conflictos y ayudará a alcanzar una paz justa, general y duradera...”³¹⁶

Algunos de los fundamentos que enmarcan y justifican la existencia de la propiedad privada reconocen orígenes bíblicos y otros se encuentran apoyados en reflexiones y teorías de pensadores, filósofos etc... que han consolidado un cimiento, que salvo excepciones ya no es cuestionado y sí aceptado como derechos de todo individuo . Los foros supranacionales, como Naciones Unidas, le han dado nivel planetario, desarrollando conferencias y comisiones, para que sean considerados como Derechos del Hombre.

La propiedad privada presenta una doble función: social e individual. El ejercicio del derecho a la propiedad supone limitaciones y obligaciones por parte del propietario, reglamentadas por el Estado en beneficio del bien común. La Constitución argentina manifiesta una ideología de corte individualista y liberal. En “Derecho Civil y Villas Miseria” los autores sostienen que “la sanción para quien no cumple con la función social de la propiedad, nos revela el derecho de propiedad como absoluto en nuestra legislación, reconociéndose como único límite (al margen de la expropiación por causa de utilidad pública y las restricciones y límites al dominio - artículos 2611 a 2660 CC- entendidas como deber de buena vecindad) el abuso del derecho –artículo 1071 CC.- lo cuál reduce la función social de la propiedad, al ejercicio regular de la misma.”³¹⁷

Paolo Grossi señala “El régimen de la propiedad no sólo es fruto de expresión de unas estructuras sino que es expresión de una mentalidad, con todas sus nevaduras de cultura y civilización, y que produce una noción jurídica específica, de aquel universo específico como el derecho, accesible a través de peculiaridades y del todo suya representaciones técnicas.”³¹⁸

John Locke al referirse a la propiedad, advierte que el hombre tiene el derecho a defender su existencia, apelando a todos los elementos que la naturaleza le entregó para su supervivencia. Reflexión, que según este autor, está inspirada en “la Revelación”, salmo CXV16, que afirma “Dios otorgó el mundo a Adán y Noé, y a sus hijos, es claro que Dios entregó la tierra a los hijos de los hombres y se la dio en común a todos los seres humanos”³¹⁹. Locke agregó que Dios entregó la tierra al hombre, pero también le confirió raciocinio, para saber cómo utilizarla en provecho y sustento propio; pero a su vez, como propiedad suya, le agregó trabajo y esfuerzo para servirse de ella.

En el vínculo tierra-hombre se resalta un valor agregado: el trabajo; en tanto resulta tal porque consolida la concepción de propiedad al unir la naturaleza con el esfuerzo humano.

Pablo Ramella agrega: “La propiedad es una proyección de la personalidad (Calmon), una consecuencia del derecho del trabajo, de la formación moral del individuo de sus necesidades y de la organización social en que él se desenvuelve; participa de la categoría de los derechos primarios, considerados inherentes a la personalidad, porque no es creación de la ley, pues no es el Estado el que atribuye el derecho de poseer, porque éste precede al Estado.”³²⁰

El Centro de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (Hábitat), afirma que la interdependencia e indisolubilidad de todos los derechos constituye un principio aceptado desde hace ya tiempo. En realidad, esto significa que el respeto a los Derechos Civiles

³¹⁶ *Ibíd*em capítulo 25

³¹⁷ Ganún, Ricardo; Ruggieri María Delicia; Cazabán Alejandro; Ruiz, Alejandra. “Derecho Civil y Villas Miseria”, p.3

³¹⁸ Grossi, Paolo; “La propiedad y las propiedades”, pag. 13

³¹⁹ Locke. “Ensayo sobre el Gobierno Civil”, cap. V, editorial Aguilar Madrid, 1969, Traducción de Armando Lázaro Ros, p. 23

³²⁰ Ramella, Pablo A. Derecho Constitucional, Bs.AS., Depalma, 1982, p.552

y Políticos está tan íntimamente unido a los Derechos económicos, sociales y culturales, que un verdadero desarrollo económico y social no puede tener lugar sin las libertades cívicas y políticas.

El Derecho a una vivienda adecuada constituye uno de los derechos económicos, sociales y culturales que ha despertado una creciente atención e impulso entre los organismos que promueven los derechos humanos. Por ejemplo, el artículo 1 del Convenio Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconoce el derecho que toda persona tiene a un nivel de vida adecuado, que incluya el alimento, el vestido y la vivienda; y el mejoramiento de dicho nivel. Agrega que los derechos del niño y de la mujer se encuentran muy estrechamente ligados al derecho a la vivienda. Se estima que “más de mil millones de personas en todo el mundo viven en viviendas inadecuadas y que el número de personas consideradas sin hogar sobrepasa los cien millones”³²¹

XII.E. Consideraciones finales:

Las reformas económicas que se produjeron en América Latina en las décadas de los 80 y 90 del siglo XX, tuvieron profundas incidencias en el campo social y una acentuación de la precariedad habitual de los segmentos habitacionales, educacionales y laborales existentes en el área.

La concentración de la riqueza, en un continente caracterizado por poseer la peor distribución de ingresos en el mundo, en donde el 20 % más rico tiene una relación de 8.1 a 32.1 veces mayor que el 20 % más pobre (PNUD, 1994) y en donde, según la CEPAL (1994), 94 millones de habitantes no cuentan con los recursos para alimentarse apropiadamente, por no superar con sus ingresos la línea de pobreza.

Ello acrecentó la inequidad, segregación y una volatilidad social, ya mencionada y analizada en este trabajo, pero que los informes y estudios realizados por el Plan de Acción Regional de América Latina y el Caribe sobre Asentamientos Humanos (Hábitat II) efectuado en Santiago de Chile en 1995, señala y remarca como el marco económico apropiado por la mayoría de los países, gravitó negativamente en los presupuestos dedicados al campo de lo social. Expresa que el gasto en viviendas, comúnmente menor al resto de los componentes sociales, a partir del cambio de los ochenta, el desembolso para la política habitacional descendió aún más, tanto en relación al PBI, como el referido al ingreso “per cápita”.

También informa que el déficit habitacional, a comienzos de los 90, oscilaba entre 18 y 20 millones y que otros 20 millones requerían de mejoras y reparaciones de emergencia; que para mantener el déficit existente y no agravarlo era necesaria la construcción de 500 mil viviendas anuales y al sumar a esta cantidad a los hogares que se forman, la construcción debería ascender a casi 3 millones de viviendas por año. En promedio, agrega que, de cada 100 hogares latinoamericanos, 60 habitan en viviendas adecuadas, 22 en viviendas que necesitan mejoras y 18 en viviendas irrecuperables o en casa de allegados o de familiares.

En la Argentina las evaluaciones a partir del decreto 690/92, del Poder Ejecutivo Nacional, apreciaban que el déficit de viviendas llegaría a los 3 millones en 1992 en todo el país.

³²¹ Centro de Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos, “Día Mundial del Hábitat”, 3 de octubre de 1994.

En tanto, en la provincia de Mendoza, el déficit en 1991, era calculado que llegaría a las 110 mil viviendas.³²²

En 1987 fue presentado un proyecto de construcción de 100.000 soluciones habitacionales: “La solución al déficit histórico y al incremento anual no tiene una sola respuesta. Se debe crear un sistema de soluciones, que adelantando el esfuerzo solidario, posibilite que al cabo de cuatro años de gestión estén enmarca 100.000 viviendas, en un espectro que va desde la casa terminada, lista para habitar, hasta la provisión de terrenos con infraestructura. Esto nos permite decir que no vamos a garantizar 100.000 viviendas terminadas sino 100.000 soluciones ...”,³²³ de las cuáles 25.000 estaban destinadas a carenciados, 55.000 a sectores medios y 20.000 para sectores medios alto. No fue el tequila, sino la hiperinflación la que por esos años modificó la realidad hasta paralizar la operatoria del hipotecario, hasta llegar a provocar la desaparición de los fondos del plan sismo en medio de un terremoto económico similar al telúrico que les dio origen en 1985. Las 100.000 viviendas prometidas se redujeron a 13.000 construidas ó a 27.500, contando las licitadas y aquellas por construirse hasta fines del 91³²⁴.

La enorme desigualdad en los ingresos, uno de los problemas sociales por los que transitan los países latinoamericanos, es reflejada por las notables diferencias que se constatan dentro de los centros urbanos. El confort y equipamiento en un sector; y las carencias y dificultades para sostener una vida digna en otro. Algunos ejemplos, residentes de los barrios de alto nivel de vida, en San Pablo, vivían en promedio, 12,3 años más que las personas que residían en favelas en 1970. En este mismo año, menos de la mitad de los hogares de Pudahuel, una e las comunas más pobres de Santiago de Chile, estaban conectadas a cloacas, en tanto que todos los residentes de Providencia, una de las comunas de más altos ingresos de la capital chilena, tenían conexión cloacal.

En 1978, en Bogotá, el ingreso medio de los jefes de hogar en las comunas con población de alta renta, era 10 veces mayor, que los jefes de hogar de los municipios con población más pobre.

En Lima, un censo realizado en el quinquenio, 1986-1990, expuso que la tasa de mortalidad infantil, era del 18 por 1000 nacidos vivos entre madres con educación superior y/o universitaria y de 73 por 1000, entre las que tenían educación primaria incompleta o carecían de ella.

El inventario de situaciones similares a las manifestadas podría continuar de manera interminable; mientras el sistema distributivo de los ingresos, no exhiba modificaciones y se mantenga el actual o tenga retrocesos, como los hubo en varios países durante los años posteriores a los 80.

La existencia y prevalencia de un orden distributivo extremadamente concentrado, sumado a ingresos que solamente permiten cubrir necesidades básicas de los grupos familiares, sin capacidad de ahorro, ponen en evidencia que un alto porcentaje de la pobreza, es originada por lo injusto del sistema distributivo y las relativas mejoras, no permiten remontar un permanente ascenso en la distribución del ingreso.

³²² Lentini de Inchaurreaga, Mercedes; Paván de Di Paolo, Nora Beatriz, “Principales articulaciones legales sobre el problema de la vivienda. 1983-1991”, Facultad de Ciencias Políticas, UNCuyo, 1993

³²³ Partido Justicialista “Un plan de gobierno para todos los mendocinos, 1987-1991”, p.10

³²⁴ Sivera, Marcelo: Libro verde. “Enderezar paredes en los barrios”. Extraído del suplemento económico del diario Los Andes, 9/8/98, página 3.

Esa incapacidad para generar ahorros en los estratos medios y bajo de la población, además la imposibilidad de acceder a créditos para construir o adquirir la vivienda, por insuficiencia de los salarios para adquirir préstamos, constituye lo que se observa en el “Plan de la vivienda para inquilinos” presentado por el gobierno Nacional Argentino durante 2006, programado para que los individuos o grupos familiares que alquilan viviendas puedan poseer la suya, a través de préstamos que tendrían financiamiento bancario, con lazos que oscilaban entre 20 y 30 años para devolver esos créditos.

La imposibilidad de completar los requisitos pedidos por los bancos prestamistas, entre lo que se encontraba cubrir la relación ingreso de la persona y/o grupo familiar, con el monto del préstamo solicitado de acuerdo al valor de la vivienda a adquirir y también el porcentaje que la cuota a pagar, incidiría sobre el ingreso personal y/o grupal durante esos años, trabó cantidad de solicitudes, hasta tal punto que la publicidad sobre el plan gubernamental desapareció de los anuncios oficiales y los préstamos otorgados en todo el país, hasta los primeros meses del 2007, resultan escasos y no superarían el 10% de las solicitudes.

El Estado como prestador de los servicios colectivos y específicamente en relación a la vivienda, y la carencia de políticas concretas eficaces en este sentido señalan una contradicción que remite a las “ocupaciones ilegales” como el punto de encuentro entre la legalidad social que asegura su acceso y la ilegalidad, al no otorgarse mecanismos adecuados para su concreción efectiva.

Coincidiendo con la afirmación de D’Azebruk en el Congreso Obrero de Reims de 1896: “Como se respeta el vestido que llevo, como nadie tiene derecho a quitármelo, aunque sea para pagar una deuda, tampoco puede quitarse a un hombre su casa, porque ella es vestido de piedra que cubre a su familia”³²⁵

³²⁵ Pablo A. Ramella, “Derecho Constitucional”, BS.As. Depalma, 1982, p.351

XII.F. BIBLIOGRAFÍA:

- AUGÉ, M. *“Los no lugares. Espacios del anonimato. Una antropología de la sobremodernidad”*, Editorial Gedisa, 1998.
- BAUDRILLARD, J. *“Una sociedad de consumo”*, Ediciones 70, Lisboa, 1991
- BECCARIA, Luis y Lopez, Néstor (compiladores). *“Sin Trabajo: las características del desempleo y sus efectos en la sociedad argentina”*. UNICEF Losada. 1997.
- BUSTELO, Eduardo; “Expansión de la Ciudadanía y Construcción Democrática”, en Todos entran. Propuestas para sociedades más incluyentes, UNICER, Santillana, Colombia, 1998
- BOURDIEU, Pierre, y Wacquant, Loïc J. D. *“Respuesta por una antropología reflexiva.”* Grimaldo. España, 1995.
- CASTEL, Robert. *“La metamorfosis de la cuestión social. Crónica de un asalariado”* Editorial Paidós, México- Bs. As.- Barcelona, 1999.
- CASTEL, Robert. *“La dinámica de los procesos de marginalización: de la vulnerabilidad a la exclusión.”* En el espacio institucional 1. Ed. Lugar. Bs As 1991.
- CASTRO, Graciela. *“Los nuevos actores sociales en tiempos de globalización. De la Utopía a la Acción”*. San Luis. Kairos. Año 3. N° 3. 1° semestre de 1999.
- CASTRO. Graciela. *La cotidianidad y el espacio urbano*. San Luis. Kairos. Año 4. N°7. 2° semestre de 2000.
- CELA, Jorge. *“Antropología de la pobreza urbana”*. En revista Novamérica. N° 72.
- CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NACIONES UNIDAS, *“Derechos Humanos y trabajo social”*, manual de 75 páginas. New York y Ginebra, 1995 (2ª edición).
- CEPAL. *“Los grandes cambios y la crisis”*. Santiago de Chile, 1991.
- CONSTITUCIÓN NACIONAL. Artículo 75. Buenos Aires .1996
- CLICHEVSKY, Nora “Regularización dominal: ¿solución para el hábitat popular en un contexto de desarrollo sustentable?” En: Cuenya, Beatriz; Falú, Ana: Reestructuración del Estado y política de vivienda en Argentina. CEA-CBC. UBA. Buenos Aires.
- CLICHEVSKY, Nora; “Construcción y Administración de la ciudad latinoamericana”; Buenos Aires, 1997, 351
- CORAGGIO, José L, *“La promoción del desarrollo económico en las ciudades: el rol de los gobiernos municipales”*. Programa URB-AL, Montevideo, 2001.
- CORAGGIO, José L. *“Hay que pensar en sistemas productivos”*. Revista Micronica, n° 1, 2002.
- CORAGGIO, José L. *“La construcción de una economía popular como horizonte para ciudades sin rumbo”*. En: Serie Ponencias. Instituto Fronesis. Quito. 1993
- CORAGGIO, José Luis; Ziccardi, Alicia. “Políticas sociales urbanas a inicios del nuevo siglo”, Documento publicado en el seminario internacional realizado en Montevideo, en 1999.
- DE LA VEGA, Juan Carlos. *“Diccionario Consultor Político”*, Librograf. Editora, Buenos Aires, 1984.

- DE LOMNITZ, Larissa. *“Como sobreviven los marginados”*. Siglo XXI Editores México 1987.
- GARCÍA DELGADO, Daniel “De la cultura igualitaria al individualismo competitivo” Grupo Editorial planeta. Bs As. 1993.
- GARCÍA DELGADO, Daniel “Estado, Nación y Globalización”, Bs As. Grupo Ed. Planeta. 1993.
- Índice de Pobreza de Capacidad. Dirección de estadísticas e Investigaciones Económicas. Gobierno de Mendoza .1999.
- KLEIN, Emilio. *Mercados Laborales,” Estratificación y Desigualdades Sociales. Una Mirada sobre la Situación en América Latina”*. SIEMPRO, 2001
- KLIKSBERG, B. *“Pobreza el drama cotidiano”*. CLAD, TESIS. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, 1.995.
- Constitución Nacional (Edición con la Reforma de 1994 y las Convenciones de los Derechos Humanos)
- LENTINI De INCHAURRAGA, Mercedes; Paván de Di Paolo, Nora Beatriz, “Principales articulaciones legales sobre el problema de la vivienda. 1983-1991”, Facultad de Ciencias Políticas, UNCuyo, 1993
- LO VUOLO, Rubén. –*“Contra la exclusión”*, Ed.Miño y Dávila. Bs As. 1995.
- LO VUOLO, Rubén. *“La modernización excluyente”*, Ed. Losada Bs. As. 1993
- MARTINEZ, Clarisa. “Juegos de reconocimiento del derecho al espacio urbano en la Ciudad de Buenos Aires. El caso de la política de radicación de villas” en Revista de Estudios Sobre Cambio Social año IV. Número16 Instituto de Investigaciones Gino Germani. Facultad de Ciencias Sociales.Universidad de Buenos Aires-Argentina.
- MINUJIN, A. y otros.*Cuesta abajo*, UNICEF. Losada. Buenos Aires 1992.
- OSZLAK, Oscar, *“Merecer la ciudad. Los pobres y el derecho al espacio urbano”*. Cedes-Humanitas, Buenos Aires, 1991.
- PARTIDO JUSTICIALISTA “Un plan de gobierno para todos los mendocinos, 1987-1991 , p.10
- PELAYO, Manuel García. “Las transformaciones del Estado Contemporáneo”, Alianza Editorial, 2º Edición, 1991.
- RAMELLA, Pablo A., Derecho Constitucional, BS.As. Depalma, 1982
- ROFFMAN Alejandro; *“Replanteo de la cuestión urbana ante el ajuste estructural” del libro “La urbe latinoamericana: balance y perspectiva a la puerta del tercer milenio”*, Consejo de Desarrollo científico y humanístico, UCV, Fondo Editorial Acta científica, Venezuela, Caracas, 1993
- ROSANVALLON, Pierre.” *La nueva era de las desigualdades sociales”*, Ed. Manantial. Bs. As.1995.
- SITUACIÓN y Evolución social de Mendoza. *“Dirección de estadísticas e investigaciones económicas”*. Gobierno de Mendoza. 1998
- TENTI FANFANI, Emilio, *“Cuestiones de exclusión social y política”* En “Desigualdad y exclusión”, Ed. Losada, 1993.
- TORCUATO Di Tella, Hugo Chumbita, Susana Gamba, Paz Guajardo; *“Diccionario de Ciencias Sociales y Políticas”*, Emecé Editores, S.A., 2001, Argentina

- VASILACHIS De Gialdino, Irene, Forni Floreal, Gallart, María Antonia. "*Métodos cualitativos II. La práctica de la Investigación*". Centro Editor de América Latina. Buenos Aires. 1992.
- VASILACHIS De Gialdino, Irene. "*Métodos cualitativos I. Los problemas teórico- epistemológicos*". Centro Editor de América Latina. Buenos Aires. 1992.

XIII. El poder del Estado por el suelo y el poder de “algunos propietarios” en el uso del suelo. Un análisis político- institucional del desordenamiento territorial de Mendoza.

María Belén Levatino

XIII.A. Introducción

La presente investigación se inserta en el proyecto “*Poder, Propiedad y Propiedades en la Argentina*” dirigido por la doctora Susana Ramella. Entendemos que el poder constituye la médula de todo fenómeno político, es imposible pensar en términos políticos sin referirnos a su presencia. Sin embargo, la modernidad nos acostumbró a pensar en el Estado no como una forma histórica de la representación del poder político sino como el objeto de lo político, el desafío que nos plantea la globalización es recuperar nuestra facultad para dilucidar el poder más allá de los esquemas estatales. Este enfoque permite estudiar el rol del Estado en la determinación de las decisiones públicas y sus posibilidades reales de autonomía frente al poder económico. Entendemos que el tema del ordenamiento territorial ahonda la problemática del poder sobre la base de la necesidad de reconstituir la capacidad del sector público para planificar, ejecutar y controlar políticas públicas participativas de desarrollo territorial.

El ordenamiento territorial implica una limitación al ejercicio del derecho de propiedad, porque pretende compatibilizar los diferentes usos del suelo (residencial, industrial, agrícola, turístico, minero, etc.) con las aptitudes de cada territorio para alcanzar el desarrollo sustentable. Hasta el momento, los sucesivos cambios en la gestión de los organismos provinciales y municipales; la falta de coordinación en las políticas y los vacíos en la legislación, han potenciado (entre otros poderes) el de la especulación inmobiliaria en torno a la propiedad de la tierra, especialmente en el área metropolitana del Gran Mendoza.

El objetivo general del presente trabajo es abordar desde una perspectiva político-institucional los problemas del ordenamiento territorial que se instituyen en torno a la debilidad del poder del Estado para compatibilizar el derecho de propiedad con el desarrollo sustentable de la provincia de Mendoza. En este sentido, nos plantemos los siguientes interrogantes:

- ¿Cuáles son las relaciones entre poder, propiedad y ordenamiento territorial?
- ¿Cómo se han manifestado los problemas de ordenamiento territorial en Mendoza?
- ¿Cuáles son las causas jurídicas, políticas, administrativas y económicas del debilitamiento del poder del Estado en el ordenamiento territorial?
- ¿Por qué la ocupación del pedemonte mendocino se ha producido en contraposición a la legislación vigente?

La metodología de trabajo orientada a responder estas inquietudes se organizó en torno a un análisis de las normas nacionales, provinciales y municipales, relacionadas con el ordenamiento territorial de Mendoza, en combinación con una interpretación de fallos judiciales y entrevistas a los siguientes funcionarios públicos: Enrique Saieg, Director de Obras Privadas y Catastro de la Municipalidad de Las Heras; Diego Raúl Kotlik, Director de Planificación Urbana y Ambiente de la Municipalidad de Godoy Cruz, Ana María Sedevich, Jefa del Departamento de Agrimensura de la Municipalidad de Godoy Cruz; Jorge Moreno,

Director de Planificación Urbana de la Municipalidad de la Ciudad de Mendoza; Gladys E. Ruiz de Lima, Jefa de División de la Municipalidad de la Ciudad de Mendoza y Vicente Oscar Abate, Jefe de Proyectos de la Dirección de Planificación de Guaymallén.

XIII.B. Vinculaciones entre Ordenamiento territorial (OT) Poder y Propiedad.

No existe una definición unívoca de ordenamiento territorial, en la mayoría de las publicaciones consultadas se cita la definición de la Carta Europea de la Ordenación del Territorio según la cual constituye, a la vez, una disciplina científica, una técnica administrativa y una política pública³²⁶. Sin embargo, Massiris Cabeza lo define con mayor precisión como “*un proceso y un instrumento de planificación, de carácter técnico-político-administrativo, con el que se pretende configurar, en el largo plazo, una organización del uso y ocupación del territorio, acorde con las potencialidades y limitaciones del mismo, las expectativas y aspiraciones de la población y los objetivos de desarrollo*” (Massiris Cabeza, 2002: 3).

Méndez Vergara recalca que a pesar de que el ordenamiento territorial está regulado en Latinoamérica desde la década del sesenta, por “*un conjunto de leyes de carácter orgánico que, incluso, representan una limitación legal a las actuaciones sobre la propiedad privada, al libre juego de las fuerzas del mercado y a la afectación de recursos naturales...*” (2000: 281), no ha representado una solución integral a los problemas sustantivos que afectan a la sociedad, a la configuración territorial y al ambiente en general. Por lo que prefiere usar el concepto de “*ordenación territorial-ambiental*” como una modalidad de articulación de los procesos de ocupación y uso del territorio con el manejo ambiental.

Ya sea que nos refiramos al ordenamiento territorial o a la ordenación territorial-ambiental, lo importante es destacar que ambos requieren lograr una visión del futuro del territorio compartida por el sector científico, los distintos niveles de gobierno y la población involucrada. Lo que confiere mayor complejidad a estos conceptos es que la ubicación de las actividades en el territorio depende directamente de cómo los diferentes actores ejercen sus recursos de poder, por tanto no es sorprendente relacionar los problemas de OT con consideraciones de tipo político, económico y organizacional (Vega Mora, 1997; 2001). Por esta situación, entendemos que es de vital importancia estudiar las vinculaciones entre el poder, propiedad y OT.

Las relaciones entre el poder, la propiedad y el Estado ya han sido analizadas por clásicos como Rousseau, Lockes y Hobbes, de los cuales se puede inferir cómo el poder estatal constituye una garantía al derecho de propiedad privada. Foucault propone que el poder no debe concebirse como una propiedad sino como una estrategia, en este sentido nos advierte: “*(...) que sus efectos de dominación no sean atribuidos a una “apropiación”, sino a unas disposiciones, a unas maniobras a unas tácticas, a unas técnicas, a unos funcionamientos; (...) Hay que admitir en suma que este poder se ejerce más que se posee, que no es el privilegio adquirido o conservado de la clase dominante, sino el efecto de conjunto de sus posiciones estratégicas efecto que manifiesta y a veces acompaña la posición de aquellos*

326 “Como disciplina científica, se debe basar en un análisis interdisciplinario; como técnica administrativa, es una acción voluntaria de intervención en los diferentes aspectos que involucra un modelo de organización territorial y como política pública, es la expresión coordinada espacial de la política económica, social y ecológica, una política que atraviesa transversalmente las políticas intersectoriales, que requiere una visión interjurisdiccional y un proceso continuo e interactivo entre el mercado y el Estado, los sectores privados y públicos”. (Comunidad Económica Europea, citado por UNCuyo, 2006:5)

que son dominados” (1987: 33). Este convencimiento del poder actúa en la conquista del espacio territorial cuando una unidad productiva busca el lugar idóneo para alcanzar sus objetivos y logra que los organismos públicos articulen el territorio dándole una forma apta para su localización. (Foucault, 1980d).

Para el filósofo francés toda relación de fuerza implica una relación de poder y cada relación de poder reenvía sus efectos a un campo político del que forma parte. Con lo cual considera que la teoría del Estado y el análisis tradicional de los aparatos de Estado no agotan sin duda el campo del ejercicio y del funcionamiento del poder³²⁷. Se aparta de la noción puramente jurídica del poder, que para él se identifica con una ley que privilegia sobre todo la fuerza de la prohibición³²⁸. En este sentido, se pregunta: “*si el poder fuera más que represivo, si no hubiera otra cosa que decir no, ¿pensáis realmente que se lo obedecería? Lo que hace que el poder agarre, que se le acepte, es que no pasa simplemente como una fuerza que dice no, sino que de hecho la atraviesa, produce cosas, induce placer, forma saber, produce discursos; es preciso considerarlo como una red productiva que atraviesa todo el cuerpo social más que como un instancia negativa que tiene como función reprimir*” (1980 e: 182). Las conexiones entre poder y saber adquieren significación en el índice de *competitividad territorial*, por el cual los científicos y académicos miden la posición relativa de un territorio respecto de otro. Esto le permite a los empresarios, evaluar (en términos relativos) las posibles localizaciones para sus emprendimientos y a los políticos, tener una noción de cuáles obras públicas deben realizar y qué mecanismos de gestión pueden mejorar para tener una mejor posición en relación a sus rivales (Bozzano, 2004).

Otro autor que analiza el poder es Galbraith (1990). Su enfoque parte de identificar las fuentes principales del poder en la personalidad, la propiedad y la organización; en este sentido asocia cada una de ellas con diferentes tipos de poder: *condigno, compensatorio y condicionado*. Remite el poder condigno a un castigo o una sanción, consiste en lograr la sumisión mediante la habilidad para imponer una alternativa a las preferencias del individuo o grupo que sea lo suficientemente desagradable o dolorosa como para éste abandone otras preferencias. El segundo, se ejerce a través de la oferta de una recompensa afirmativa concediendo algo que tiene valor para el individuo que se somete. En cambio, “*el poder condicionado se ejerce cambiando la creencia, la persuasión, educación y el compromiso social a lo que parece natural, apropiado y correcto, hace que el individuo se someta a la voluntad de otro u otros*”(1990: 20). La diferencia con los otros tipos de poder es que en este último el individuo no es consciente de su obediencia, este aspecto nos permite conectarnos con otros conceptos como la concepción de hegemonía de Gramsci entendida

³²⁷ El modelo que ha sido impuesto al pensamiento jurídico- filosófico de los siglos XVI y XVII, reduce el poder al problema de la soberanía, en cambio el análisis del poder de Foucault gira en otra dirección, en el sentido de que acentúa el hecho de que entre cada punto del cuerpo social, entre un hombre y una mujer, en una familia, entre un maestro y su alumno, entre el que sabe y el que no sabe, pasan relaciones de poder que no son la proyección pura y simple del gran poder soberano sobre los individuos; son más bien el suelo movedizo y concreto sobre el que este poder asienta las condiciones que posibilitan su funcionamiento.

³²⁸ Reconoce que en *Historia de la locura en la época clásica* (1961) le sirvió la concepción tradicional del poder como mecanismo esencialmente jurídico, con su letanía de efectos negativos, ya que durante el periodo clásico el poder se ejerció sobre la locura bajo la forma de exclusión o rechazo. Sin embargo a partir de los primeros años de la década del setenta a raíz de las experiencias en las prisiones se convenció que el análisis del poder no debía hacerse en términos de derecho sino de tecnología, de táctica y de estrategia, esta concepción es la que impera en sus obras posteriores como *Vigilar y Castigar* (1974) y la *Historia de la sexualidad* en sus tres tomos: *La voluntad de saber* (1976); *El uso de los placeres* (1984) y *La inquietud de sí* (1984).

como la dirección política intelectual y moral o la manipulación social de la realidad descripta por Berger y Luckmann (1991).

Galbraith identifica la personalidad como la cualidad de certidumbre física, mental y moral u otro rasgo personal, que da acceso a uno o más instrumentos de poder; en las sociedades primitivas, la personalidad se hacía patente principalmente a través de la fuerza física para infligir el poder condigno, en cambio en los tiempos modernos guarda una asociación primaria con el poder condicionado. Con respecto a la propiedad o riqueza, a menudo se la asocia con la sumisión condicionada, pero el principal consorcio de la propiedad es el poder compensatorio porque proporciona el ingreso para comprar la sumisión. En cambio la organización, que es la fuente de poder más importante en las sociedades modernas, tiene su relación más prominente con el poder condicionado, ya que de ella proviene la persuasión necesaria y la sumisión resultante de sus propósitos, pero, a su vez, también tiene acceso al poder compensatorio a través de las propiedades que administran.

Destaca que de las tres fuentes de poder, la propiedad es en apariencia la más directa porque actúa mediante la compra franca y clara de la voluntad de las personas. En el caso del uso del suelo las oportunidades para utilizar este tipo de poder actúan en dos sentidos. Uno visible cuando, por ejemplo, se vota una excepción a una ordenanza en cualquier Concejo Deliberante y otra invisible, cuando se soborna a un funcionario público para que omita u altere alguna información que favorece a un particular. Sin embargo, para Galbraith la propiedad ya no tiene su influencia principal, como en el pasado mediante el poder compensatorio en la compra de parlamentarios, sino en el acondicionamiento especial por vía de los medios de comunicación³²⁹.

También, nos parece oportuno incluir la diferenciación que hace Lukes (1985) entre dos enfoques: *“el poder sobre”* y *“el poder para”*, los cuales a nuestro juicio no son antagónicos sino complementarios. En el primero, el poder constituye una relación de un individuo o una organización sobre otro individuo u organización; este último autor encuadra en este tipo tres concepciones del poder:

En la primera, *“A tiene poder sobre B en la medida que puede conseguir que B haga algo que de otra manera no haría”* (Dalh citado por Lukes, 1985: 5). En esta definición es de suma importancia determinar quién prevalece efectivamente en las decisiones concretas de la comunidad, las cuales llevan implícitas una noción de conflicto directo observable entre diferentes preferencias concientes de la gente. Por ejemplo, se puede utilizar este concepto para analizar cómo los vecinos y propietarios de terrenos cultivados del Valle de Uco, a través de diferentes manifestaciones, consiguieron que los legisladores sancionaran la ley 7.627, que suspende los cateos mineros a cielo abierto hasta que se apruebe el Plan Ambiental contemplado en la ley 5.961 (Boggia, Los Andes: 14/12/06). En este caso están presentes los dos elementos que integran esta concepción; en primer lugar, la presión que constituyó un factor determinante en la votación de los legisladores y en segundo lugar, el conflicto de intereses entre minería y agricultura³³⁰.

En la segunda, el poder actúa cuando *“A consagra sus energías para crear o reforzar aquellos valores sociales y políticos y prácticas institucionales que limitan el alcance del proceso político a la consideración*

³²⁹ Para una mayor profundidad del tema, ver el trabajo de Jorgelina Bustos, "La propiedad sui generis de los medios de comunicación y el poder de la información"

³³⁰ La relación entre minería y agricultura no siempre es antagónica, existen antecedentes internacionales que demuestran la convivencia de las dos actividades. Sin embargo, el control del Estado en la Argentina no tiene el mismo poder que en estos países, por lo tanto es lógico que la comunidad agrícola sienta concientemente que sus intereses están siendo amenazados.

pública solamente de los problemas que son relativamente inocuos para A” (Bachrach y Baratz citado por Lukes, 1985: 11). De esta forma A consigue que B no ponga en el tapete cualquier problema que pueda afectar sus preferencias. En esta concepción la noción de conflicto no tiene un papel relevante, esto nos permite analizar el poder tanto en la “*adopción de decisiones*” como la “*adopción de no decisiones*”, en las cuales las demandas de cambio en la actual distribución de beneficios dentro de la comunidad no son consideradas en los procesos donde se toman las decisiones o se truncan en la fase de ejecución. En este sentido, podemos ver cómo el tema del ordenamiento territorial ha entrado y salido de la agenda política a lo largo de casi más de treinta años sin que se diseñara una política de Estado seria o se sancione una ley marco en la materia.

Por último, también A ejerce poder sobre B cuando influye en sus necesidades genuinas, modelándolas y determinándolas (Lukes, 1985). Con este poder se alcanza analizar, por ejemplo, cómo los emprendedores de barrios privados utilizan la propaganda en los medios de comunicación para captar compradores, muchos de los cuales creen que dentro estas instalaciones no estarán expuestos a la delincuencia. Esta estrategia de marketing consiste en construir a partir de valores como el contacto con la naturaleza, la libertad y el status social, un escenario ficticio como solución a los problemas concretos de seguridad. Sin embargo, los hechos nos demuestran que los delitos no reconocen las fronteras de los barrios privados (López, Los Andes: 18/01/07; Manitta, Los Andes: 22/06/04).

Para Lukes si ponemos el acento no en determinar cuál de los componentes de la relación se impone sobre el otro, sino en los efectos de esta relación en el contexto social y reforzamos la idea del rol institucional³³¹ del poder en cuanto a la cohesión del grupo en miras a lograr un fin objetivo común, se encuentran otras definiciones del término como:

- *“El poder depende de la institucionalización de la autoridad y es concebido como un medio generalizado de movilizar las adhesiones o la obligación de cara a una acción colectiva eficaz. En cambio la amenaza de medidas coercitivas, o de coacción sin legitimación o justificación no puede ser considerada como uso de poder”.* (Parsons, citado por Lukes 1985:32).
- *Hannah Arendt: “El poder no es nunca la propiedad de un individuo; pertenece a un grupo y existe solo mientras permanece unido al grupo. Cuando decimos que alguien está en el poder, nos referimos efectivamente a que tiene poderes de un cierto número de personas para que actúe en su nombre”* (Arendt, citado por Lukes 1985:32).

Según Lukes estas últimas enunciaciones ignoran el aspecto conflictual del poder (esto es que se ejerza sobre personas), a diferencia de Arendt y Parsons, considera que “*el poder puede ser o no una forma de influencia, según que intervengan o no sanciones...*”. Entendemos que este criterio no es del todo cierto porque el poder actúa tanto por el convencimiento como por la fuerza independientemente de la presencia de penalidades. También establece que la influencia y autoridad pueden ser o no una forma de poder, según que intervengan o no un conflicto de intereses, en este sentido afirma: “*La autoridad consensual sin conflicto de intereses, no es, por lo tanto, una forma de poder*”(1985:38). Si aplicamos el enfoque del “*poder para*” en el análisis del ejemplo de la minería en el Municipio de San Carlos, el poder girará en torno a: ¿cómo los propietarios de terrenos cultivados se agruparon para lograr la ley 7422 que amplió la zona de reserva natural de la Laguna del Diamante?; ¿qué alternativas consideraron?; ¿quiénes

³³¹ “la institución es la consolidación permanente, uniforme y sistemática de conductas, usos e ideas, mediante instrumentos que aseguran el control y cumplimiento de una función social (...) la institución nace cada vez que, en el seno de una determinada colectividad, las voluntades individuales, comulgando en una idea directriz o coligándose según una necesidad, participan en una misma empresa y se someten, para su realización, a una autoridad y reglas comunes” (Lucas Verdu, 1973:125).

ocuparon el rol de líderes?; ¿cómo lograron el apoyo de la opinión pública local y provincial?; etc.(Badaloni, Los Andes: 07/09/05). En cambio, si aceptamos las críticas de Lukes, en este caso, no habría un verdadero poder ya que dentro de este grupo no existe conflicto de intereses. Si bien es cierto que el rechazo a la explotación minera es un factor de cohesión interna, también es verdad que al evaluar cómo van a materializar sus objetivos deben, necesariamente, tener en cuenta quiénes son los que toman las decisiones y enfocar sus fuerzas sobre este sector. Consideramos estos enfoques como distintos momentos de un mismo proceso, en dónde el <<*poder sobre*>> debe necesariamente tener una intención y el <<*poder para*>> requiere inevitablemente poseer mecanismos para imponer su voluntad en el contexto social, sin embargo ambos enfoques acentúan aspectos diferentes de una misma situación.

El hilo conductor que une la complejidad del estudio del poder con el OT radica en que tanto el sector público (Estado y Organizaciones de la Sociedad Civil), como los agentes productivos privados son agentes de la red de poder que estructura el territorio. Ante la omisión del accionar del Estado es común que se imponga el desorden de la rentabilidad territorial sobre los intereses superiores de la sociedad. Aunque en algunos casos, existe una cierta complementariedad entre el interés privado y los objetivos del OT; cuando los propios agentes económicos privados demandan más regulaciones para tomar las decisiones de localización de sus inversiones (Hildenbrand, 1996). También, en algunos casos, la Sociedad Civil ejerce el poder para enfrentar determinadas situaciones vinculadas con el OT, al respecto nos referiremos a tres ejemplos concretos.

El primero, se refiere a la lucha de la unión vecinal Nuestra Señora de los Milagros por alcanzar el sueño de una vivienda digna. Esta historia comienza en el año 1995 cuando se construye el barrio Jardín Victoria, ubicado en el pedemonte de Godoy Cruz (Mendoza) sobre un terreno que antes de ser rellenado con tierra y piedra era un basural. Con el tiempo, el material orgánico -que servía de “base”- se descompuso por lo que las casas se hundieron y agrietaron. Es curioso, como detalló Osvaldo Nieto (presidente de la unión vecinal) que “*la Cooperativa Villa Marini (constructora del barrio) obtuvo la aprobación de la obra por parte de la Municipalidad de Godoy Cruz, del IPV (Instituto Provincial de la Vivienda) y del ITIEM (Instituto de Tecnología e Investigación de Materiales) sin que se manifestaran objeciones de consideración*”³³² (Guerrero, Los Andes: 07/08/02). En el 2000 las autoridades del municipio declaran a trece casas como inhabitables con lo cual se determinan que el barrio debe ser demolido y construido en otro lugar; pero recién luego de que los integrantes de la Unión vecinal difundieran sus problemas a los medios en agosto de 2002 y que se manifestaran en octubre del mismo año con una carpa frente al IPV, se agilizaron los trámites para la compra del terreno. El conflicto para los vecinos terminó en julio de 2005 cuando se mudaron al nuevo barrio (Guerrero, Los Andes: 06/07/05). Sin embargo, para el Estado el problema quedó pendiente ya que nunca se castigó a los responsables de dilapidar los fondos públicos en la construcción en ese terreno.

En el segundo caso, el poder se relaciona con la facultad que reconoce, el artículo, 43 de la Constitución Nacional, a las organizaciones de protección de los derechos de tercera generación, para presentar una acción de amparo a la justicia; la cual decidirá sobre la constitucionalidad de la norma en que se funda el acto que amenaza a estos derechos. La entidad ambientalista Oikos presentó en febrero de 2003 un amparo para frenar la explotación de hidrocarburos en la Laguna de Llacanelo, porque consideraba que se afectaba la superficie de la zona protegida por el Régimen Áreas Naturales Provinciales Ambientes Silvestres (ley 6045). El 4 de marzo del mismo año la jueza María Mercedes

³³² Las denuncias que se presentaron al Concejo Deliberante luego de la construcción de este barrio casi le cuestan el juicio político al ex intendente Rubén Montemayor.

Herrera, a cargo del Juzgado provincial número 15, suspendió la vigencia de la aprobación del estudio de impacto ambiental para la explotación petrolera y ordenó paralizar las actividades de la empresa Repsol YPF en el área. Las razones que sustentan esta decisión se fundan en que los planos presentados por el gobierno y la empresa no constituyen una prueba suficiente para avalar que las perforaciones se harán fuera de la zona de reserva, que expresamente prohíbe la explotación de hidrocarburos. La Primera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minas confirmó el fallo de primera instancia, por lo que el Gobierno provincial, a través del Fiscal de Estado y Repsol YPF presentaron recursos de inconstitucionalidad y casación a la Suprema Corte de Justicia, la cual ratificó las actuaciones en las instancias anteriores, en palabras textuales del fallo: *“La falta de esta definición clara, admitida expresamente por la resolución impugnada (art. 71) es la que ha fundado las sentencias de primera y segunda instancias. Nosotros ... coincidimos con ambos fallos. La “reserva fáunica Laguna Llanquanelo” no ha sido delimitada y existen importantes indicios que demuestran que esa determinación es esencial porque son numerosas las pruebas que ponen de manifiesto que está muy lejos de ser una mera sospecha su afectación directa por el proyecto autorizado por la resolución impugnada”*. (11-03-2005; LS348 - Fs.245)

El último ejemplo, es necesario destacar el accionar de la Universidad Nacional de Cuyo que través del *“Informe Multidisciplinario e Interinstitucional. Bases Científicas para una Ley Marco de Ordenamiento Territorial y Usos del Suelo”* que aglutinó las objeciones y los aportes de más de cien investigadores vinculados con el OT que fueron determinantes para el archivo de dos proyectos de ley de OT, uno con media sanción de diputados y otro con media sanción de senadores. Las principales falencias denunciadas eran: la confusión de términos científicos y de mecanismos jurídicos, el aumento del poder que tienen los emprendedores sobre los barrios privados, al permitirles prestar los servicios públicos y cobrar por ellos y otorgarles ventajas impositivas a cambio de donar calles y plazas. También, permitía la urbanización en zonas agrícolas o el pedemonte sin restricciones, ya que derogaba los artículos de las normas que establecen un control más riguroso por parte del Estado como la ley de loteos.

XIII.C. Manifestaciones del desordenamiento territorial en Mendoza

Elena María Abraham y Aldo Rodríguez Salas (2006) muestran que en la base de casi todos los problemas ambientales de Mendoza, se encuentran los desequilibrios territoriales originados por la concentración económica y demográfica típica de los asentamientos de las zonas áridas y semiáridas, con recursos limitados de agua y suelo. A su vez, el *Informe sobre Desarrollo Humano 1996* de la Provincia de Mendoza³³³, reconoce que el fuerte desequilibrio territorial; obedece a un modelo de concentración de actividades públicas y privadas en el área metropolitana del Gran Mendoza (UNCuyo, 1996). A más de diez años de redactarse este informe se ha podido comprobar sus advertencias sobre la profundización de efectos no deseados por la comunidad como: aumento de presión sobre las demandas de empleo; contaminación del ambiente; inseguridad; falta de agua, salud, vivienda y caminos; aumento de los costos de los servicios; pérdida de la calidad de vida, etc. Cada uno de estos efectos repercute y agrava la situación de los otros, por ejemplo la expansión descontrolada de los espacios urbanos sobre sectores agrícolas, atenta contra las posibilidades fácticas de satisfacer los servicios sanitarios, que resultan más caros e ineficientes por la falta de planificación³³⁴. A su

³³³ Realizado en forma conjunta por el Gobierno de la Provincia de Mendoza, la Cámara de Diputados de Mendoza y la Universidad Nacional de Cuyo.

³³⁴ Al respecto, el informe técnico N° 096-05 del EPAS, solicitado por la Legislatura Provincial, alerta de que ni OSM SA, ni los Municipios Operadores como Maipú, han presentado a este organismo algún Plan Maestro que permita evaluar el futuro crecimiento de sus sistemas de desagües cloacales, el cual está totalmente colapsado por la conexión de nuevas áreas servidas sin las inversiones necesarias.

vez, la perforación de líquidos cloacales a partir de los pozos sépticos ubicados sobre los acuíferos libres afecta el desarrollo humano y de calidad de vida de los que habitan estas tierras.

En este contexto, existen zonas con denominación en origen para vinos que están siendo parceladas y destinadas por completo a nuevas urbanizaciones (Consejo Empresario Mendocino, 2001). Entendemos que el cambio de valor de uso de la tierra es resultado de la combinación entre, la ausencia de políticas del gobierno que preserven el equilibrio entre las distintas actividades productivas y la especulación inmobiliaria, la cual es alentada por el aumento constante de la demanda de la población urbana por adquirir terrenos en zonas rurales. (A. Álvarez: 2000).

Otra característica de las tendencias urbanísticas que repercute en las posibilidades de solucionar el problema del desequilibrio territorial es el grado de segregación que separa a dos sectores de distinta procedencia económica, social y cultural en el mismo territorio del pedemonte. Por un lado, podemos encontrar a los grupos sociales bajos que ocupan asentamientos inestables, con litigios por la tenencia de la tierra y que desarrollan estrategias de supervivencia en torno a ripieras, basurales a cielo abierto y depósitos de escombros; y por el otro, se localizan los barrios privados que contienen a los grupos sociales altos, los cuales mantienen un acceso controlado a los recursos paisajísticos y naturales significativos de la zona como las que se ubican dentro de las propiedades de Dalvian, Palmares y otros emprendimientos privados.

A su vez, los impactos negativos directos e indirectos que ocasiona el crecimiento descontrolado de la urbanización, también impactan en el colapso de la red de accesos a la ciudad de Mendoza. El corredor del oeste que conecta el sur con el norte del Gran Mendoza y otras obras puntuales, no son suficientes para paliar la falta de provisiones en materia de obra pública vial, por parte tanto del gobierno provincial como de los municipios.

Para sintetizar los principales problemas de OT, combinamos la información de las entrevistas a los funcionarios públicos municipales con las expresiones relevadas en los Foros Municipales de Ordenamiento Territorial y Usos del Suelo³³⁵ realizados entre los meses de agosto y noviembre 2006. Notamos que en cada área se destacan los diferentes situaciones vinculadas con el territorio.

En primer lugar, en las zonas urbanas abundan los problemas vinculados con la trama vial (congestionamiento, mala señalización, propensión a accidentes) y con la contaminación del aire producida, en gran parte, por la concentración del transporte público de pasajeros. Además de presentar una escasa densificación urbana en zonas con servicios (excepto en Capital) y una incompatibilidad de usos del suelo dentro del municipio y en zonas limítrofes (residencial-industrial; residencial-cementerios; residencial-basurales; residencial-aeropuertos). También son comunes los problemas relacionados con la ubicación de depósitos o vertederos de residuos, tratamiento de efluentes contaminantes cloacales y el colapso en la prestación de servicios básicos.

En segundo lugar, en las zonas suburbanas se enfatizan: el crecimiento descontrolado sin infraestructura básica; la instalación de basurales clandestinos en grandes predios (donde existen generaciones que trabajan y viven de la basura); los problemas relacionados con los tipos y permisos de obra frente a la imprecisión de los límites entre zonas urbanas o suburbanas; la carencia de normativas preventivas referidas a los cambios de uso del suelo en las zonas presionadas por la demanda inmobiliaria de uso residencial; etc.

³³⁵ Organizados por la Comisión Permanente de Temáticas Municipales y coordinados por la doctora María Elina Gudiño María Elina, la agrimensora Ana María Sedevich y la licenciada María Belén Levatino.

En tercer lugar, en las áreas rurales los problemas se relacionan con: el fraccionamiento indiscriminado de la tierra de uso agropecuario; la falta de equipamiento e infraestructura para la atención de la población dispersa y/o saturación del equipamiento e infraestructura existente; las dificultades para la preservación de áreas naturales protegidas y/o con valores patrimoniales; la vulnerabilidad de las áreas rurales por especulación inmobiliaria (edificación en zonas irrigadas); etc.

Finalmente, en las zonas de secano predominan los problemas limítrofes departamentales; la falta de vías de comunicación y de servicios básicos; las acciones antrópicas que producen desertificación; la inexistencia o fallas en la implementación de los Planes de Manejo en las áreas protegidas; los basurales a cielo abierto; los litigios relacionados con la propiedad y tenencia de la tierra; el aumento de la desertificación y la cría de animales destinados al consumo humano sin las condiciones fitosanitarias adecuadas; la extracción de áridos sin ningún tipo de control, la construcción de viviendas en terrenos inestables con riego aluvional y sísmico

XIII.D. Análisis político-institucional de las causas del desordenamiento territorial en Mendoza

El núcleo de los problemas de ordenamiento territorial se vincula íntimamente con la propiedad y el uso del suelo. La presión del uso del suelo urbano sobre el rural, genera un proceso que se conoce como *transmutación de la renta del suelo*, Curtit (2003) expresa que este fenómeno se produce por la crisis económica que sufren los pequeños o medianos productores ante la imposibilidad de invertir en tecnología para mantener su nivel de competitividad. En esta situación los agricultores deben decidir entre dos alternativas: ser absorbidos por los grandes productores o subdividir la tierra en parcelas de tipo urbano, en este dilema, la segunda opción es más rentable para el propietario. Sin embargo, esta elección no es la mejor si se la mide en relación a los costos sociales que trae el acondicionamiento de los servicios necesarios para la vida urbana en ese terreno. La tierra, al igual que el trabajo, constituye una fuente de plusvalía porque en lugar de ser un bien de uso “*es un capital especial del cual se pueden obtener beneficios extraordinarios por el sólo hecho de poseerla; es una inversión improductiva para la sociedad en su conjunto y lucrativa para su dueño*” (Clichevsky, citado por Curtit 2003: 70). Sin embargo, también puede ser fuente de minusvalía cuando existen externalidades negativas que disminuyen el valor de su propiedad, como por ejemplo, la instalación de una planta de tratamientos de residuos urbanos en las adyacencias de un barrio.

Da Mattos (1998) expresa que en la actualidad la mayoría de las políticas urbanas reconocen las tendencias del mercado como el principal indicador para determinar la cantidad de terreno que requerirá el desarrollo de las actividades urbanas y la dirección del crecimiento. Si relacionamos esta situación con el poder que se asienta sobre el convencimiento inconsciente, entendemos cómo el mercado segrega y disgrega a la población urbana. Al respecto, un especialista en planificación y gestión urbana nos indica que el mercado “*por una parte presenta como un hecho natural la apropiación desigual de los bienes urbanos: la segregación espacial resulta ser la forma natural de las preferencias de localización; cada cual se ubica en el lugar que le corresponde de acuerdo con sus aspiraciones, limitadas por sus recursos (..)*”, y por otra “*disgrega a la población urbana incorporándola individualmente como propietarios, consumidores y productores*” (Rodríguez, citado por Curtit 2003: 80). También es necesario recalcar que el poder del mercado no se ejerció siempre con la misma intensidad “*hasta hace no muchos años, las acciones públicas ejercían un cierto control redistributivo, actuando como atenuante de las tendencias privadas sobre el territorio*” (Curtit, 2003: 81). Las plazas, las calles y veredas anchas, el arbolado público, las acequias y las dimensiones del Parque General San Martín, son algunos testigos físicos de la importancia que tuvo la planificación del espacio público en Mendoza.

Para Rosatti la planificación territorial implica *“un actuar sobre algo y ese algo sobre el que se actúa es siempre de alguien”* (2006:253). Si la propiedad es del Estado la complejidad de las decisiones estriba en lograr la coordinación entre los distintos niveles de gobierno para garantizar la continuidad de los planes. En cambio, cuando ese “alguien” afectado por el ordenamiento territorial es un particular (o un grupo de ellos), el nivel de complejidad aumenta, ya que se debe primero avalar el principio constitucional de inviolabilidad de la propiedad (art.17 de la CN). Sin embargo, esta garantía no debe ser interpretada como absoluta, perpetua o exclusiva, ya que como todo derecho es susceptible de regulación para garantizar su ejercicio. Por ejemplo, el Código Civil argentino previó que *“las restricciones impuestas al dominio privado sólo en el interés público, son regidas por el derecho administrativo”* (art. 2611); también el artículo 2326, reformado por la ley 17711, autorizó a las autoridades locales para que reglamenten la superficie mínima de la unidad económica con el objetivo de evitar el perjudicial minifundio y la excesiva división de la tierra. Hasta el momento la Legislatura de Mendoza no ha ejercido este poder, el cual de aplicarse correctamente promovería que en el traspaso de la tierra de generación en generación se obtengan márgenes de ganancia competitivos para el sector agrícola.

Las causas jurídicas del desordenamiento territorial se vinculan con la ausencia de una legislación marco de OT tanto a nivel nacional como provincial. La Constitución Nacional contiene preceptos importantes que deben ser receptados por las futuras leyes como, por ejemplo, la libre navegación de los ríos (art.26), la referencia al desarrollo sustentable y la distribución de competencias entre nación y provincias en materia ambiental (art. 41), la participación en la gestión de los recursos naturales (art. 75 inc. 17), la garantía del principio de autonomía municipal conjuntamente con la regulación provincial de su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero³³⁶ (art.123) y el dominio originario de las provincias de sus los recursos naturales (art.124).

Es importante destacar que la Ley General del Ambiente No. 25.675 dedica un tratamiento al Ordenamiento Ambiental del Territorio³³⁷. Establece respecto a la localización de las distintas actividades humanas que deberá considerarse en forma prioritaria tanto la vocación de cada zona o región como la distribución de la población según sus características particulares. Sin embargo, esta ley ha sido simplemente declarativa y no ha garantizado herramientas legales concretas para luchar contra los desequilibrios regionales. En el caso de

336 Es posible precisar el sentido de cada uno de estos ordenes de la siguiente forma: el institucional: supone la facultad de dictarse su propia carta fundamental mediante una convención convocada al efecto; el político: elegir a sus autoridades y regirse por ellas; el administrativo: la gestión y organización de los intereses locales, servicios, obras, etc.; y el económico – financiero: organizar su sistema rentístico, administrar su presupuesto, y contar con recursos propios.

³³⁷ Art. 9: *“El ordenamiento ambiental desarrollará la estructura de funcionamiento global del territorio de la Nación y se generan mediante la coordinación entre jurisdicciones, entre los municipios y las provincias, y de éstas y la ciudad de Buenos Aires con la Nación, a través del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA); el mismo deberá considerar la concertación de intereses de los distintos sectores de la sociedad entre sí, y de éstos con la administración pública”.*

Art. 10: *“El proceso de ordenamiento ambiental, teniendo en cuenta los aspectos políticos, físicos, sociales, tecnológicos, culturales, económicos, jurídicos y ecológicos de la realidad local, regional y nacional, deberá asegurar el uso ambientalmente adecuado de los recursos ambientales, posibilitar la máxima producción y utilización de los diferentes ecosistemas, garantizar la mínima degradación y desaprovechamiento y promover la participación social, en las decisiones fundamentales del desarrollo sustentable”.*

Mendoza éstos últimos tienen sus raíces fundamentalmente en la organización política que establece nuestra Constitución. La conformación de los cuerpos representativos de la Legislatura Provincial basada en una representación proporcional distrital, agrupa departamentos de muy diferente problemática, territorio y población y genera una sub-representación política de vastos sectores de la provincia como Santa Rosa, La Paz, Lavalle y Malargüe. Como una inevitable consecuencia de esta representación territorial distorsionada, hay una desequilibrada distribución de recursos, fundamentalmente de los provenientes de la coparticipación municipal, situación que agudiza los desequilibrios en favor de aquellos sectores más densamente poblados³³⁸. En consecuencia, dichas zonas cuentan con la ventaja de la realización de mayor obra pública y radicación de actividades económicas, lo que sienta las bases para una fuerte emigración poblacional desde las zonas rurales a la ciudad. Así se pone en funcionamiento un proceso de concentración en el área metropolitana que se reconstruye permanentemente y que se resume en la ecuación más población, más representación política, más actividades.

El confuso marco jurídico del ordenamiento territorial y usos del suelo en Mendoza se compone por un enjambre jurídico, en el cual conviven un sinnúmero de normas, las cuales regulan (en algunos casos con criterios contradictorios e idealistas) diferentes aspectos de la gestión ambiental- territorial. Dentro de esta legislación se distingue:

- La Ley Orgánica de Municipalidades de 1934 que regula las competencias municipales conforme a la sección séptima de la Constitución Provincial
- El Decreto ley 1447/75 que establece la normativa que regula las expropiaciones por causa de utilidad pública en Mendoza.
- La ley de loteos 4341 de 1979³³⁹ que norma el fraccionamiento de loteos urbanos o suburbanos con o sin edificación y determina que el contralor y vigilancia en el cumplimiento y ejecución del proyecto y de las obras de infraestructura, estarán a cargo respectivamente del Consejo de Loteos a través del departamento de fraccionamiento de la Dirección Provincial de Catastro y de la municipalidad correspondiente.
- La ley 4.626 de 1982 de Tierras Fiscales Provinciales rurales en zonas de frontera que regula la delimitación, el registro, adjudicación, uso y cesión de las tierras provinciales, fiscales, rurales en zonas fronterizas.
- La ley 4886 de 1983 que define el área pedemontana y establece el uso, fraccionamiento y ocupación del suelo de la Zona Oeste del Gran Mendoza. Determina la zonificación, dividiendo al Piedemonte en 13 zonas y establece los usos permitidos en cada una.
- La ley 5.961 de preservación del ambiente de 1992 que, entre otros temas, establece los principios de la política ambiental de la provincia y los municipios, crea el Consejo de Ambiente y regula los procedimientos para la evaluación de impacto ambiental.
- La ley 5.970 de tratamiento de residuos urbanos de 1992 que determina la erradicación de todos los basurales a cielo abierto y los microbasurales en terrenos baldíos que se encuentren dentro de los límites de la provincia de Mendoza.

³³⁸ Sin embargo, hay municipios rurales que por tener regalías petroleras han incrementado fuertemente sus recursos financieros luego de la devaluación de la moneda en el 2002.

³³⁹ Los trámites que establece esta ley se tornan excesivamente burocráticos y las multas que teóricamente desalientan su trasgresión son insignificantes a la luz de la devaluación de nuestra moneda, ya que están fijadas en pesos moneda nacional.

- Ley 5804 de Expropiación de Terrenos para Conservación del Sistema Ecológico de la zona oeste de Mendoza de 1992. Esta ley tiene como principales objetivos: mejorar las condiciones de vida de la población del Gran Mendoza, restablecer y preservar el sistema ecológico natural y paisajístico del Oeste de Gran Mendoza; mejorar las defensas antiluvionales del sistema de escurrimiento que afecta al Gran Mendoza; recrear el parque aborigen; ampliar las posibilidades del turismo, miniturismo y esparcimiento y hacer factible la observación y conocimiento de los importantes yacimientos arqueológicos del Divisadero Largo.
- El Decreto 1.939/96 de Ordenamiento Territorial y Usos del Suelo. Establece la prioridad de llenar los vacíos urbanos en los municipios, también que se declara de Interés Provincial el uso y explotación de la infraestructura y que el Ministerio de Ambiente y Obras Públicas promoverá que en la Ley de Ordenamiento Territorial y de Usos del Suelo se incorporen los mecanismos institucionales necesarios para abordar la problemática del área metropolitana en forma integral, considerándola como una unidad de gestión. También determina que el Ministerio de Ambiente y Obras Públicas convocará a la Comisión Reguladora del Piedemonte, creada por Decreto N° 1077/1995, a fin de elaborar un proyecto de Código Urbano en el que se establezcan las normas que regulen la ocupación del área. En palabras textuales dice: *“Hasta tanto se apruebe la regulación referida, prohibase todo asentamiento, ocupación, fraccionamiento, loteo, urbanización en el área regulada por la Ley N° 5804. Las excepciones a esta prohibición deberán ser establecidas por consenso unánime de los miembros permanentes de la Comisión Reguladora del Piedemonte”*.

En el marco legal algunos aspectos son tratados en forma muy general, otros dejan lugar a contradicciones entre leyes relativamente antiguas y otras más nuevas o entre diferentes instituciones. A su vez, cada municipio cuenta con una o más ordenanzas de zonificación de su territorio, las cuales en algunos casos, no son compatibles con las de los municipios vecinos; lo que es peor, es que los Concejos Deliberantes establecen tantas excepciones a las ordenanzas que se pierde el objetivo de las zonificaciones. Al respecto, Alberto Montbrum expresa que este tipo de ordenanzas por su naturaleza general pueden admitir excepciones. Pero, recalca a su vez, que este recurso *“implica un alto grado de confianza de los vecinos en sus gobernantes. Si hay intereses económicos detrás de las excepciones, se instala la desconfianza y el descreimiento”* (Los Andes, 03/10/05).

Uno de los ejemplos que nos dejan dudas es la excepción por la cual la Municipalidad de la Capital permitió, en julio de 2005, la construcción de un edificio, de siete pisos en pleno corazón del Área Fundacional. A pesar de que la misma municipalidad gastó en 1991/92 alrededor de U\$S 3.500.000 de aquella época, para restaurar el escenario colonial de la Plaza Pedro del Castillo y estableció la ordenanza 3.153/93 que instituye, en su artículo 44° que no se pueden levantar edificios de más de dos pisos en esa zona. El objetivo olvidado por los concejales que votaron por unanimidad la excepción a la norma, es proteger la arquitectura de la zona, las ruinas jesuíticas de San Francisco y la Cámara subterránea de la plaza. La principal excusa de los ediles fue que el edificio estaba destinado a la clase media, porque la mayoría de los departamentos son de viviendas financiados a través del Banco Nación por el Programa Inquilinos del IPV (Los Andes, 25/07/05). Lo cierto es que el IPV y el municipio podrían haber localizado estas viviendas en otros vacíos urbanos de la ciudad, y de esta forma evitar que en el futuro se permitan otras excepciones a emprendimientos privados de mayor envergadura que se apropien gratuitamente de la inversión pública.

Otra de las raíces institucionales del desordenamiento territorial, que repercute en el campo político y de gestión son las competencias entre los municipios y los organismos

provinciales. Al respecto, se debe tener en cuenta que si bien el texto de la Constitución Provincial no habla expresamente de autonomía o autarquía municipal; se puede decir que tampoco está exento de atributos de poder. Por un lado, su autonomía institucional está limitada por la Ley Orgánica de Municipalidades (art. 199). Por otro, tiene autonomía política en la elección de sus autoridades por el pueblo (art. 198), la facultad para juzgar su validez o nulidad (art. 200 inc. 1°), nombrar comisiones honorarias (art. 200 inc. 5) y dictar ordenanzas y reglamentos dentro de las atribuciones conferidas por la Constitución Provincial y la Ley Orgánica de Municipalidades. Tiene la autonomía administrativa, en la administración de los intereses y servicios locales (art. 197), la facultad para nombrar su personal (art. 200 inc. 2) y tener a su cargo el ornato, la salubridad y la vialidad pública respetando las leyes provinciales (art. 200 inc. 3). Por último, posee una cierta autonomía económica-financiera para votar y administrar su propio presupuesto y examinar y resolver sus cuentas y remitirlas al Tribunal de Cuentas de la provincia (art. 200 inc. 4). Sin embargo, esta última reviste un carácter relativo, ya que se establece que las municipalidades no pueden crear impuestos ni contribuciones de ninguna clase salvo tasas por servicios (art. 199 inc. 6) y tampoco pueden contraer empréstitos, ni enajenar, ni gravar los edificios destinados a servicios públicos municipales sin autorización previa de la legislatura (art. 202 inc. 3).

También, la Constitución Provincial deja por sentado explícitamente que los poderes que confiere exclusivamente a las municipalidades no podrán ser limitados por ninguna autoridad de la provincia (art. 209).

De lo expuesto se desprende que, a pesar de las limitaciones institucionales, los municipios constituyen el órgano de gobierno local y como tal tienen asignada una cuota de poder territorial, por lo tanto constituyen un agente importante para la configuración de los espacios territoriales, especialmente desde que la crisis del Estado-Nación ha puesto en primer plano el concepto de descentralización³⁴⁰. Si bien la descentralización se caracterizó principalmente por la concentración de recursos y la transferencia de funciones, también es cierto que en el caso de la política habitacional de Mendoza los principales obstáculos no fueron económicos, sino de capacidad de gestión de los municipios, por lo cual a partir del 2000 el IPV fortaleció el control de los proyectos presentados por los departamentos a este organismo.

A su vez, el escenario político en el que deben gestionar los gobiernos locales se conforma por la conjunción de factores de poder como: circunstancias partidarias, color político de los distintos niveles de gobierno, presiones internas y externas, momento económico, grado de consenso de los funcionarios ante la población, etc. (Molina de Buono, 2003). La complejidad para el OT se incrementa, si se analiza que los emprendimientos privados significan un agregado importante para las arcas municipales, y pueden potenciar las posibilidades de desarrollo, pero para que esto suceda, es necesario la participación y control de la sociedad local en los procesos de gestión. La relación de inmediatez con la comunidad es un aspecto a favor en relación a las posibilidades de participación (Ábalos y Levatino, 2005); sin embargo, si no existe una voluntad política de informar y consultar a los vecinos es muy difícil que esta participación se haga efectiva.

³⁴⁰Para el diccionario Espasa Calpe (2005) significa "*aquella acción de traspasar funciones, servicios y atribuciones de la Administración Central a las corporaciones locales o regionales*". Para Tocqueville constituye un elemento decisivo de la política democrática liberal, al punto de considerarla como uno de los remedios inexorables para salvar al régimen democrático de los peligros que la acechan desde su misma conformación, a su vez, también es defendida por autores partidarios de la monarquía como Maurras (Ramella Pablo: 1971).

El OT requiere (en un Estado Federal como el nuestro) plantear círculos virtuosos entre Nación-Provincia- Municipio, ya que el territorio atraviesa los distintos niveles de gobierno. Para solucionar las cuestiones que afectan a un número indeterminado de comunidades locales, y que se relacionan con problemas supramunicipales³⁴¹, no se puede confiar en el planteamiento regional de la celebración de convenios. Coincidimos con Rosatti (2006) en que plantear esta alternativa sería partir del supuesto endeble de que todos los municipios vecinos se encuentran en el mismo grado de desarrollo y comparten los mismos problemas. Por otro lado, también puede resultar ineficaz, porque todo planteamiento regional requiere la visión de conjunto que únicamente posee un centro de decisión político mayor que el municipal. A su vez, confiar la regulación de todos los problemas supramunicipales a la instancia de decisión nacional o provincial deviene igualmente ineficaz, porque falta el grado de proximidad, de contacto que permite dar respuestas eficientes.

En relación a la administración pública, el contexto organizacional en el que las oficinas municipales y provinciales gestionan el OT se caracteriza por: el desequilibrio entre las funciones encomendadas y los recursos disponibles; la ausencia de una política general de recursos humanos que garantice la carrera administrativa y la selección por concursos; la escasa difusión de las normas que regulan los distintos procedimientos; la ambigüedad en la secuencia y el tratamiento de la documentación y la cultura organizacional que genera la creación de compartimentos estancos. El arquitecto Canepuccia sostiene que hay muchos profesionales que trabajan en el OT en las comunas del Gran Mendoza, pero que generalmente trabajan en forma disociada porque no existe un plan director: *“Los municipios, individualmente, sí tienen alguna planificación, pero a nivel metropolitano no está coordinado...”* (Los Andes, 14/05/04).

De las entrevistas realizadas a los funcionarios y técnicos vinculados con el OT de los municipios de Las Heras, Godoy Cruz, Guaymallén y Capital, se pudo constatar que en relación a la formulación de una política de OT municipal, Godoy Cruz, es el único departamento que tiene un expediente con algunos elementos que nos permitirían evaluar si realmente existe o no una política pública de OT. Sin embargo, Diego Raúl Kotlik, director del área, dijo que prefirió, junto con el intendente, no dar a conocer esta información a la población, en palabras textuales: *“el vecino está absolutamente cansado de las promesas y de las propuestas”* En otra parte de la entrevista manifiesta: *“El ciudadano de Godoy Cruz participa mucho es muy exigente, no te pide un plan estratégico sino que cumplas con los servicios (...) nosotros no generamos propuestas que no podamos cumplir”*. Destaca la utilización del presupuesto participativo como un medio para corroborar la efectividad de la planificación municipal con las necesidades de los vecinos.

Con relación al municipio de Capital Jorge Moreno, director de planificación urbana, señala tener una política pero que no está plasmada en ningún documento, a su vez, Gladys Ruiz de Lima, miembro del equipo de profesionales del área con treinta años de experiencia en el municipio, desconoce que exista esta política. En el caso de Guaymallén no se pudo entrevistar a la directora de planificación, pero sí a Vicente Oscar Abate (profesional de planta). Este municipio tiene la particularidad que luego de más de diez años de ser justicialista en las últimas elecciones paso a ser radical. Esto tuvo consecuencias en la administración municipal, según las expresiones del entrevistado: *“no se continuó con la ejecución del plan estratégico, el mismo quedó en manos de la Secretaría de Hacienda para su archivo, y se contrató al CRICYT para que se encargue de un nuevo diagnóstico para luego diseñar una nueva política”*. No critica el trabajo de consultoría, que lo considera muy bueno, sino el tiempo que se pierde para solucionar los problemas. También reveló lo incómodo que se siente el personal de planta cuando asumen las nuevas autoridades. Por su parte, Enrique Saieg, Director de Obras Privadas y Catastro de la Municipalidad de Las

³⁴¹ Rosatti considera que un problema es supramunicipal cuando el contenido de los intereses locales supera los servicios públicos locales.

Heras, manifestó sinceramente que no tiene una política de OT, ya que los problemas cotidianos dificultan la planificación a largo plazo.

Los objetivos y funciones formales de las áreas con competencias en el OT, son similares en los cuatro departamentos. Destacándose los de planificar los usos adecuados de acuerdo a la compatibilidad de las actividades desarrolladas dentro del Departamento; elaborar Planes de Ordenamiento Territorial y Planes Ambientales y controlar todas las acciones que se realizan en su territorio. Sin embargo, la mayor parte del tiempo se abocan a funciones administrativas vinculadas a emprendimientos de particulares, inspecciones de obras, estudios de factibilidad de suelo, control de loteos y fraccionamiento. Con lo cual, se reducen notablemente las acciones vinculadas a la planificación urbana del OT, y aun en menor medida se atiende la planificación de zonas suburbanas, rurales y de secano.

Los problemas más relevantes de gestión en los municipios, se relacionan con la falta de recursos monetarios y humanos, que le permitan tener un mejor control sobre aquellas zonas que no son aptas para la construcción de viviendas, para el asentamientos de villas, por el alto riesgo aluvional o sísmico de los terrenos, también manifiestan una desarticulación comunicacional entre las dependencias municipales, y la burocracia que alimenta los circuitos de corrupción.

Las herramientas de gestión que disponen para solucionar los problemas son escasas, dado que la mayoría no cuenta con información precisa y sistematizada, lo que refleja la falta de planificación por parte de los municipios, cartografías desactualizadas y falta de indicadores para la toma de decisiones. Por ejemplo en los municipios con áreas de secano, se manifiesta la ausencia de estudios a escala micro, para identificar potencialidades y limitaciones del territorio indispensables para una planificación adecuada, sustentable y sostenible.

Por ultimo, cuando se indagó sobre el nivel de vulnerabilidad del Estado frente a las presiones del sector privado en las acciones u omisiones estatales relacionadas con el OT y uso del suelo, todos los entrevistados reconocen la debilidad del sector público.

En resumen, por todos los antecedentes nacionales, provinciales y municipales mencionados deducimos que las causas de los problemas de OT se relacionan con la deficiente gestión pública. En este sentido, la situación de nuestro país y particularmente la de Mendoza, coincide plenamente con el análisis que hace Massiris Cabeza (2002) sobre las políticas de OT de quince países latinoamericanos, en las que se puede detectar seis obstáculos comunes:

- a) El OT plantea la necesidad de articulación con las políticas sectoriales; esta unión aunque subyace en la conceptualización de las normas ha estado ausente en la práctica.
- b) No existe una organización propia para la gestión del ordenamiento, ni un marco legal que regule, con visión integral, la planificación del territorio. La misma es, normalmente, realizada por organismos de carácter ambiental, de desarrollo social y/o urbanismo, con lo cual es notable la dispersión de competencias públicas en una multiplicidad de órganos de distinto rango y naturaleza que operan de manera inorgánica, descoordinada, con paralelismo y ambigüedad de funciones y de responsabilidades.
- c) Inexperiencia en el trabajo interinstitucional y tendencia a pensar el territorio desde una perspectiva sectorial, ausencia de una cultura del trabajo coordinado, interdisciplinario y abierto, que facilite el intercambio fluido de información entre los distintos organismos que participan en la gestión.
- d) Débil visión prospectiva de las políticas latinoamericanas de OT. No es suficiente formular objetivos de largo plazo, sino que éste se debe convertir en una guía efectiva para las acciones del presente, aspecto que implica una continuidad en los planes en el tiempo, la cual presenta serias limitaciones por la inexistencia de una cultura político-administrativa que valore los

objetivos de largo plazo. Por lo general se actúa y planifica el futuro en función de los períodos de gobierno.

e) La participación ciudadana dista mucho aún de ser activa y decisiva, debido a la incredulidad frente al proceso y de cierto temor de los ciudadanos a involucrarse (fundamentalmente en Estados como Colombia o Brasil en donde hay grupos que controlan parte del territorio). Adicionalmente, ha existido en muchas administraciones municipales cierto desinterés por promover la participación social.

f) Ausencia de una cultura de la planificación participante y el escaso dominio de metodologías de consensos y de resolución de conflictos en los procesos de concertación, que permitan, por ejemplo, evitar que los actores poderosos impongan sus intereses individuales por encima del interés colectivo.

XIII.E. IV Poder, ilegalidad y vulnerabilidad estatal en el pedemonte mendocino

Como entendemos haber demostrado anteriormente, uno de los problemas de ordenamiento territorial más graves desde el punto de vista del riesgo aluvional³⁴² y sísmico es la construcción en el área del pedemonte, que a pesar de contar con una regulación específica, la misma ha sido transgredida tanto por el sector público como por el privado.

En este caso, analizaremos en profundidad la situación de los emprendimientos privados Quintas de San Isidro y Balcones de Cerro Arco, cuyas propiedades están en el curso del río que lleva su mismo nombre. Dentro de los propietarios de estas casas hay personas que han comprado de “buena fe” o ingenuamente y se han visto damnificadas al no poder acceder económicamente a un terreno en otro lugar, y otros que han invertido una suma considerable de dinero en levantar una casa lujosa en un terreno barato que no cuenta (por el momento) con los servicios de agua potable, luz y gas natural y que además, tampoco contempla las condiciones para resguardar su propiedad de los riesgos hídricos. Esto quedó confirmado por los aluviones del mes de enero de este año que derrumbaron las precarias defensas aluvionales que los emprendedores habían construido.

Por este hecho, algunos vecinos de San Isidro culpan a los loteadores por no haber realizado las defensas aluvionales reglamentarias; otros, como Sergio Rizzo (ex-presidente de la unión vecinal de El Challao) pone el acento en los organismos públicos: *“El lunes vamos a solicitar a Hidráulica que construya nuevas defensas, aunque ya las tendrían que haber realizado”*. En el mismo sentido, la esposa de Horacio Dumit, uno de los loteadores expresa: *“Hicimos las defensas correspondientes, pero es la provincia o la Municipalidad (de Las Heras) las que deben encargarse de esas obras, y no lo han hecho”* y afirma que: *“Es la rotura de una represa en la Estancia San Isidro la que ha provocado esta corriente. Lo que pasa es que ellos son poderosos y nos van a echar la culpa a nosotros”* (Guerrero, Los Andes: 26/01/07). Con omisión, de la situación particular del empresario Vila, propietario de la estancia mencionada, que por la magnitud de su poder requiere una investigación aparte³⁴³; este comentario nos suscita dos interrogantes: ¿por qué se permitió

³⁴² Los aluviones en el pasado han provocado graves daños con considerables pérdidas en vidas y destrucción de viviendas. En enero de 1970, vastos sectores del Gran Mendoza se vieron afectados por una repentina avenida de agua generada en la zona pedemontana de Godoy Cruz, Capital y Luján por una lluvia de extraordinaria cuantía: 25 personas perdieron la vida ese día, otras desaparecieron, miles de viviendas se vieron afectadas y las pérdidas tanto en bienes privados como públicos se calcularon en muchos millones de pesos.

³⁴³ Este empresario es uno de los dueños de importantes medios de comunicación, tiene acciones en Obras Sanitarias Mendoza y administra el barrio privado Dalvian.

que se construyeran viviendas en el cause del Río San Isidro? y ¿dónde están los controles de los organismos públicos?. La respuesta a la primer pregunta es que la familia Dumit, dueña de los terrenos cuestionados, también pertenecen al grupo de personas poderosas de Mendoza y respecto al segundo, Luis Guisasola (Director de Hidráulica) indicó que el barrio Balcones del Cerro Arco nunca presentó ante esa dependencia el informe de defensa aluvional para ser aprobado o rechazado, como marca la ley de loteos 4341(Castro, UNO: 26/01/07).

En la primer parte de la presente investigación, nos referimos al acondicionamiento subliminal de la población por los medios de comunicación. En este caso aludiremos a una nota en, donde se lee: *“En mayo de 1996, la comuna de lasberina interrumpió la continuación de esos loteos, pero los emprendedores apelaron y la Justicia hizo lugar al recurso de no innovar presentado por los vendedores”* (Los Andes, 26/02/2007) Estas palabras expresan una información que no es del todo cierta porque la clausura del loteos se realizó por medio de la ordenanza N° 52 en 1993 y si bien el Decimocuarto Juzgado Civil de la Primera Circunscripción Judicial, en marzo de 1994 declaró una medida preventiva de no innovar, el recurso de amparo favoreció a la Municipalidad, tanto en esta instancia, como en la Cámara Segunda de Apelaciones en la Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario (en julio del mismo año), como en la Suprema Corte de Justicia (en noviembre de 1995). Por lo cual se desprende que la jurisprudencia avala la constitucionalidad de la norma en la que se funda la clausura de los loteos.

En el visto de la ordenanza N° 52/93 se deja constancia que en la propiedad de los Señores Ricardo y Horacio Dumit, se está ejecutando la construcción de un loteo y edificaciones; que están efectuando movimientos de suelo con obstrucción de causes aluvionales y destrucción de la flora protectora natural contra la erosión en una zona de alto riesgo aluvional; que el loteo carece de aprobación por parte del Municipio a partir del mes de septiembre de 1992, cuando la resolución 2077/92 de la Intendencia Municipal se emplaza a los responsables a presentar: certificado de no inundabilidad expedido por la Dirección de Hidráulica, planos de curvas de niveles, constancia de autorización de perforaciones de agua por el Departamento General de Irrigación y constancia de realización de trámites ante la Dirección de Catastro Provincial y el Consejo de Loteos; que la Dirección de Hidráulica dictamina que no deberá continuar ningún trabajo de urbanización, hasta tanto no se apruebe el proyecto de obras de defensa aluvional y colectores de desagüe de la cuenca; que no existe antecedentes de cómo se resolverá la provisión de agua potable ni evacuación de afluentes cloacales sin la contaminación de suelos altamente permeables en una zona de descarga acuífera y que a la fecha los trabajos se continúan con la perforación de dos pozos para la provisión de agua y se han efectuado veinticuatro edificaciones. Mediante estos avales el Concejo Deliberante ordena al Departamento Ejecutivo proceder a la inmediata clausura, sin permitir el ingreso a la zona individualizada como Terrazas de San Isidro y Balcones de Cerro Arco, por razones de seguridad pública e higiene de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 79 y 80 de la ley n° 1079.

Al respecto el fallo de la Cámara de Apelaciones reafirma el fallo en primera instancia sosteniendo que es facultad del Concejo Deliberante la prevención de las inundaciones (art. 79 inc 3 de la ley 1079) y que para ello debe exigir la documentación del organismo provincial correspondiente, por lo tanto la medida de ningún modo puede ser tachada de arbitraria o ilegal. También este fallo se refiere a la falta de autorización del DGI de la perforaciones de los pozos de agua, a la ausencia de un estudio técnico de OSM que sustente la existencia de agua –en cantidad y calidad suficientes- para dotar a setecientos adquirentes de lotes y a la denegación provisoria de energía eléctrica por parte de la Municipalidad, en virtud de que no hay en el expediente ninguna documentación técnica de algún organismo oficial que permita visualizar que la propiedad se encuentra en vías de solucionar el fraccionamiento clandestino en plazos razonables. Uno de los argumentos de la familia

Dumit es que la Municipalidad ha permitido a otros particulares construir en la zona, a lo que los jueces alegan *“el solo expediente de afirmar que por ser irregulares las situaciones denunciadas, no puede servir para admitir que todo debe ser irregular, clandestino, permisivo, antirreglamentario e ilegal. Es inaceptable la pretensión de que se convalide una situación irregular con el argumento que hay otras situaciones similares, también irregulares.”* (29-07-1994 LS085-Fs 49).

Los apelantes también reclaman en esta instancia que su caso debe regirse por la ley 5249 de Regulación de Loteos Clandestinos y no por la ley 4341. Sin embargo, la justicia entiende que el objetivo de esta ley 5249 de octubre de 1987 es: *“solucionar aquellos loteos o fraccionamientos que por diversas causas están funcionando...”*, es decir que ya se conformaron al momento de su dictado. Coincidimos plenamente con el juez, en que de no admitirse esta interpretación, tendríamos que aceptar que la ley fue sancionada para alentar la irregularidad, porque de esta forma se eluden los controles que establece la ley de loteos.

El fallo de la Cámara fue confirmado por la Suprema Corte de Justicia en virtud de que los jueces de grado no han omitido pronunciarse sobre la constitucionalidad de la norma con lo cual rechazan el argumento de los apelantes de que solo se limitaron a analizar los hechos; que no existe discriminación en que la municipalidad les exija certificaciones de otras reparticiones públicas³⁴⁴; que no consta en el expediente un estudio serio de cómo se va a proveer agua en calidad y cantidad suficiente y que la determinación si debió aplicarse la ley 4341 o la 5249 es una cuestión ajena al recurso de inconstitucionalidad.

A pesar de la contundencia de los fallos analizados los loteos clandestinos se multiplicaron diametralmente en los años siguientes, sin que la Municipalidad de Las Heras ejerciera el poder que la legislación y la justicia le reconocieran. Cuando le preguntamos al ingeniero Enrique Saieg, director de Obras Privadas y Catastro, sobre estas irregularidades nos respondió que en esto están las responsabilidades de varias gestiones, que tienen una persona sumariada por alterar algunos expedientes y que tampoco tienen recursos para controlar el cumplimiento de la legislación, ya que solamente cuentan con una movilidad que no es apta para el pedemonte. Las excusas no son suficientes, ya que la cadena de responsabilidades políticas y administrativas no involucran solamente a un empleado en particular, además estas casas requieren un tiempo prudencial para su construcción por lo que la carencia de movilidad no es un atenuante para la ineficiencia del control.

En 2005 el ex- concejal del Municipio de las Heras, Roberto Vélez, impulsó unas reuniones entre el Ejecutivo municipal, Vialidad Provincial, Hidráulica, Subsecretaría de Infraestructura para el Desarrollo, EPAS, EPRE, Edemsa, vecinos y la sucesión Dumit. Como resultado de esos intercambios, el Concejo Deliberante aprobó la ordenanza N° 64/ 2005 (que no menciona en absoluto a la ordenanza 52/93). En sus aspectos fundamentales la ordenanza del 2005 se refiere la falta de servicios básicos en el terreno de San Isidro, responsabilizando a la comercialización de lotes fuera del ordenamiento legal en vigencia; y los poderes públicos que no han actuado con la energía necesaria para impedir que se ponga en peligro a los habitantes de la zona y a los del Gran Mendoza. En tal sentido, dispone que el Ejecutivo municipal arbitre los medios para obtener de la Dirección Provincial de Catastro, de otros ámbitos estatales y de los vecinos información relevante para conformar un registro actualizado de la situación dominial y de la infraestructura.

También se dispone notificar a la sucesión Dumit para que presente cálculo pluvioluminal y de obras, visado por la Dirección de Hidráulica y solicita a este organismo un informe

³⁴⁴ Sostiene el mismo pronunciamiento de la cámara, si la Dirección de Hidráulica demora arbitrariamente la aprobación, el administrado debe interponer ante esa repartición los remedios correspondientes y no atacar de ilegal la resolución municipal.

acerca de la situación en la cuenca de San Isidro y de los eventuales riesgos humanos y materiales, una inspección en el sector a efectos de constatar la existencia de modificaciones de los desagües naturales e información acerca de las obras necesarias a realizar y/o a reconstruir (con cargo a los loteadores).

La norma en el artículo n° 8 establece algún mecanismo de control sobre el ejecutivo, requiriéndole que le informe las razones por las cuales los vecinos del sector han obtenido del Municipio habilitaciones provisorias para las instalaciones eléctricas que han posibilitado la existencia del tendido que atiende el servicio de la Estancia San Isidro. Sin embargo, no aclara qué organismo será el encargado de recolectar la información y en que plazos serán remitidas al concejo.

Roberto Vélez expresa que *“aunque obran otros muchos antecedentes al respecto, desde mayo del 2006 nada se hizo en lo que a la implementación de la ordenanza respecta. Pese a las recomendaciones científicas y alertas periódicas, los Dumit siguen loteando. Y se siguió construyendo. Ahora aparecieron las Nuevas Quintas de San Isidro”* (Velez, Los Andes: 06/02/07). Con lo cual denuncia el incumplimiento de los deberes de funcionario público, al respecto el artículo 203° de la Constitución Provincial determina que los miembros de las municipalidades, responden personalmente, no sólo de cualquier acto definido y penado por la ley, sino también por los daños y perjuicios que provengan de la falta de cumplimiento de sus deberes. En este caso, permitir las urbanizaciones ilegales de una zona tan sensible para la seguridad de las personas que habitan o transitan aguas abajo constituye un caso concreto para la aplicación del artículo citado.

Con respecto a todas las urbanizaciones en el pedemonte existen posiciones encontradas. Hay sectores que se oponen rotundamente a que se sigan expandiendo los emprendimientos inmobiliarios; y aconsejan construir en los vacíos urbanos y las ex fincas agrícolas cercadas por la urbanización, las cuales son imposibles de recuperar para uso agrícola por problemas de contaminación, desechos cloacales, etc. El arquitecto Gottfried (1999) explica que la urbanización privada de 5000 hectáreas en el pedemonte no va a constituir ninguna solución habitacional, porque va dirigida a los sectores de mayores recursos, y si tenemos en cuenta que en las urbanizaciones impermeabilizamos el 25% de la superficie disponible, tenemos 1.200 hectáreas que por cada milímetro de lluvia nos arrojarían 10.000 metros cúbicos de agua. La pregunta que debemos hacernos es ¿Dónde llevamos esta cantidad de agua?

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que el 70% del agua potable se pierde por cloaca, unos 900 a 1.300 milímetros anuales y que lo más probable es que afloren en sectores bajos ya construidos. Desde el punto de vista de la ingeniería obviamente existen soluciones para todos estos problemas (canales, puentes, defensas, forestaciones, etc.) pero se plantean el interrogante fundamental: ¿Quién se hace cargo de los costos?

Otros, ponen el acento en que se puede construir en el piedemonte, por ejemplo, el Instituto Nacional del Agua, a través de su Centro Regional Andino, ejecutó en el 2004 el proyecto Sustentabilidad Hidrológica de Urbanizaciones en el Piedemonte (Los Andes, 18/04/06). Con este proyecto se verificaron las implicancias desfavorables que producen las urbanizaciones de tipo convencional en el piedemonte, en el escurrimiento pluvial en la zona urbana de aguas abajo, ya que generan caudales un 88% superiores a los que produce la cuenca en su estado natural. El estudio permitió comprobar que a través de un diseño urbanístico no convencional y con las obras apropiadas las condiciones hidrológicas mejoran sustancialmente ya que el porcentaje mencionado baja al 30%.

Se pone en evidencia que no es un problema científico sino económico y de gestión. En el primer caso, nos preguntamos: ¿quién paga estas obras?, ¿los emprendedores a través de la internalización de los costos o el Estado (ósea todos los ciudadanos) a través de su externalización? En relación a la gestión, cabe profundizar en ¿cómo el Estado va a

planificar, dirigir y controlar las urbanizaciones para que el interés particular no se imponga sobre el bien común de todos los habitantes de Mendoza?

XIII.F. Consideraciones Finales

Como se cree demostrar en el presente trabajo existe una marcada asimetría de poder entre el sector público y el de “algunos propietarios” en el uso del suelo. Esto constituye un obstáculo al cual nuestro país, y particularmente nuestra provincia, deben enfrentar si desean transformar el crecimiento económico en desarrollo sustentable, de otra forma, la expoliación irracional de los recursos naturales para satisfacer las necesidades de las generaciones presentes afectarán las posibilidades de satisfacción de las generaciones futuras.

El problema principal no es la ausencia de una ley marco de OT, a nivel nacional y provincial, sino la inercia por la cual se toman las decisiones públicas ante la falta de planificación a largo plazo y la influencia desmedida de “algunos propietarios” en la configuración del territorio. En este sentido, la propiedad de la tierra se convierte en una fuente de especulación, para la cual el Estado se convierte en un socio que invierte en los servicios públicos que incrementan el valor del suelo. Esto genera una concentración de actividades y recursos de algunas zonas privilegiadas, en desmedro de otras menos atractivas para los propietarios de capitales, lo cual se transforma en un círculo nocivo que reproduce constantemente desequilibrios territoriales.

Para afrontar estas situaciones, desde el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, se está trabajando para conformar el Plan Argentina 2016 con el objetivo de sentar las bases para una política nacional de OT de cara al bicentenario de nuestra independencia. En Mendoza, la mediatización sobre los proyectos de ley de OT y uso del suelo, la participación activa por parte de la Universidad Nacional de Cuyo y demás organismos nacionales, como así también de universidades privadas y centros de investigación vinculados al tema, colaboraron en el posicionamiento de la temática y abrieron el debate en este sentido: ¿Qué modelo de ordenamiento territorial se requiere para el desarrollo sustentable de la provincia de Mendoza?

Sin embargo, para que el uso el suelo sea compatible con el desarrollo sustentable se requiere que esta recepción del tema en la agenda pública, se transforme en mecanismos concretos de participación de todos los sectores afectados en el diseño, ejecución y control de una política pública de desarrollo territorial provincial. Lo cual requiere, además del poder de los legisladores y otros funcionarios públicos, el ejercicio del poder por parte de los grupos sociales que normalmente no son tenidos en cuenta en la configuración del territorio.

Entendemos que la falta de coordinación entre los distintos niveles de gobierno constituye la base de todos los problemas de capacidad estatal y potencia la vulnerabilidad del Estado a los sectores poderosos. Por lo tanto, es fundamental que se articulen las acciones provinciales con las estrategias delimitadas por la política de desarrollo humano y ordenamiento territorial del Estado Nacional y, con las políticas públicas territoriales de los municipios. En este escenario los procesos de integración municipal y regional son necesarios, entre otras razones, porque en el caso del uso del suelo se deben compatibilizar las reglamentaciones ya que una propiedad puede atravesar varias jurisdicciones o puede afectar, como en el caso del emprendimiento en la Cuenca de San Isidro, a los departamentos aledaños.

A pesar de las ventajas sociales que genera el OT, si no existe un compromiso del sector político sostenido en el tiempo para transformar los mecanismos de control y gestión dentro del Estado es difícil que se desarrollen las condiciones para hacer viables estos cambios

sociales. Sin embargo, como decía Maquivalo “la política es el arte de lo posible” si nos resignamos a que el poder se ejerce solamente por los que son propietarios de los recursos económicos, que compran las voluntades para influir en las decisiones públicas, nos condenaremos a padecer eternamente que unos pocos profundicen consecuencias siniestras en nuestros territorios.

XIII.G. Bibliografía

- ÁBALOS, María Gabriela y LEVATINO, María Belén (2005). Asimetrías en la construcción del poder de las instituciones municipales argentinas. Análisis de la autonomía municipal en el derecho público provincial frente a las posibilidades de participación ciudadana. VII Congreso Nacional de Ciencia Política de la Sociedad Argentina de Análisis Político en CD.
- ABRAHAM, Elena María y RODRÍGUEZ SALAS, Aldo (2006). “Política Ambiental en la Provincia de Mendoza. Contenidos y Alcances de la Programación Ambiental”. *Revista Aportes para el Estado y la Administración Gubernamental*. Asociación de Administradores Gubernamentales <http://www.ag.org.ar/a12_03.htm>[consulta: 28/08/06]
- ÁLVAREZ, Ana (2000). La redefinición territorial del Área Metropolitana de Mendoza en el contexto de los actuales procesos de transformación. *Revista Geo notas*, volumen 4, número 4 <<http://www.dge.uem.br/geonotas/vol4-4/mancini.shtml>>[consulta: 30/08/06]
- BADALONI, Roxana (Los Andes: 07/09/05). Senadores aprobó la ampliación de la Reserva Laguna del Diamante <<http://www.losandes.com.ar/nota.asp?nrc=272384>>
- BERGER, Peter y LUCKMANN, Thomas (1991). *La construcción social de la realidad*, Amorrortu, Buenos Aires
- BOGGIA, Analía (Los Andes: 14/12/06) Bajo presión, Diputados frenó la actividad minera metalífera <http://www.losandes.com.ar/2006/1214/sociedad/nota353149_1.htm>
- BOISIER, (2001). 2001: la odisea del desarrollo territorial en América Latina. La búsqueda del desarrollo territorial y de la descentralización, [en línea] <<http://www.top.org.ar/Documentos/BOISIER%20Sergio%20-%202001%20La%20odisea%20del%20desarrollo.pdf#search='Work%20BOISIER'>>
- BOZZANO, Horacio (2004). *Territorios reales, territorios pensados, Territorios posibles*. Espacio Editorial, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- CASTRO, María Belén (UNO: 26/01/07). Una tormenta se concentró en El Challao y desbordó un cauce. <<http://www.unomendoza.com.ar/2007/01/26/nota136894.html>>
- Consejo Empresario Mendocino (2001). Plan estratégico Mendoza 2010. Guía del Diagnóstico preliminar <<http://www.oikosredambiental.org.ar/docmdz2cem.pdf>>
- CRICYT (2006). Declaración del CRICYT en relación con la propuesta de ley de “Desarrollo y ordenamiento territorial, distribución de usos del suelo y división de la tierra” <www.cricyt.edu.ar/pdf/Ley_OT_Cricyt.pdf>

- CURTTI, Guillermo (2003). Ciudad, gestión local y nuevos desafíos ambientales, CIAM, Espacio, Buenos Aires.
- DA MATTOS, Carlos (1998). “Reestructuración, globalización, nuevo poder económico y territorio en el Chile de los noventa” en Globalización y Territorio, Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile.
- FERNÁNDEZ, Arturo (1996). “La renovada centralidad del concepto de poder en la Ciencia Política de los años noventa”, en Gaveglío y Manero Fernández: Desarrollos de la teoría política contemporánea, ediciones Homo Sapiens, Rosario.
- FOUCAULT, Michel (1980) “Verdad y Poder” en Microfísica del poder, La Piqueta, 2º edición, Madrid.
- FOUCAULT, Michel (1987) Vigilar y Castigar el nacimiento de la prisión, duodécima edición, siglo XXI editores s.a. México.
- GALBRAITH John Kenneth (1990). Anatomía del poder. Edivisión, México.
- GOTTFRIED, Edgardo (1999). “Urbanización del Oeste, un mal necesario?” <http://1999.arqa.com/informa/mendoza8.htm> Boletín Informático de la SAM enero de 2000 <<http://1999.arqa.com/informa/mendoza8.htm>>.
- GUERRERO, Francisco (Los Andes: 06/07/05) Barrio que se hunde: inician mudanza a las nuevas casas <<http://www.losandes.com.ar/nota.asp?nrc=260329>>
- GUERRERO, Francisco (Los Andes: 07/08/02) Las casas del barrio Jardín Victoria se hunden y los vecinos viven con miedo <http://www.losandes.com.ar/2002/0807/portada/nota84793_1.htm>
- GUERRERO, Francisco (Los Andes: 26/01/07). Un aluvión azotó loteos de El Challao http://www.losandes.com.ar/2007/0126/sociedad/nota358486_1.htm
- HILDENBRAND, Andrea (1996). Política de ordenación del territorio en Europa, Universidad de Sevilla, Consejería de Obras Públicas y Transportes de la Junta de Andalucía. Colección Kora.
- LOPEZ, Mario Justo (1983) Introducción a los estudios políticos, Depalma, Buenos Aires.
- LÓPEZ, Rolando (Los Andes: 18/01/07) Roban joyas y dinero de la casa de una fiscal en el barrio Dalvian <http://www.losandes.com.ar/2007/0118/policiales/nota357465_1.htm>
- LOS ANDES 14/05/04. “Un arquitecto mendocino remodela la ciudad de Santa Cruz de la Sierra”. <http://www.losandes.com.ar/2004/0514/sociedad/nota187643_1.htm>
- LOS ANDES 18/04/06. “Ley de ordenamiento territorial para usos del suelo y drenaje pluvial urbano” <http://www.losandes.com.ar/2006/0418/opinion/nota311451_1.htm>
- LUKES, Steven (1985). Poder: un enfoque radical. Siglo XXI de España, Madrid.
- Manitta, Sebastián (Los Andes: 22/06/04). “Para algunos investigadores, los barrios privados atraen el crimen” http://www.losandes.com.ar/2004/0622/sociedad/nota194849_1.htm
- MARTÍNEZ, Adriana y IGLESIAS Alicia (200-). Elementos jurídico-normativos de la ordenación ambiental del territorio en Argentina. Significado de la escala local de gestión. <<http://www.cica.es/aliens/gimadus/12-13/DERECHO%20AMBIENTAL%20ARGENTINO.htm>>

- MASSIRIS CABEZA, Ángel (2002). Ordenación del territorio en América Latina. Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales, Universidad de Barcelona, ISSN: 1138-9788, Depósito Legal: B. 21.741-98, Vol. VI, núm. 125, 1 de octubre de 2002 en web <<http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-125.htm>>
- MÉNDEZ VERGARA, Elías (2000). Ordenamiento territorial-ambiental: desarrollo responsable y sostenible. *Revista geográfica venezolana*, ISSN 1012-1617, Vol. 41, N° 2, 2000, pags. 281-301
- MOLINA DE BUONO, Gladis (2003) Puntos de vista sobre el territorio municipal. Límites para el desarrollo local, V SEMINARIO NACIONAL DE REDMUNI LA REFORMA MUNICIPAL PENDIENTE PERSPECTIVAS Y PROSPECTIVAS <http://www.inap.gov.ar/redes/docs/ponencias_v_seminario/molina.PDF>
- MONTBRUM, Alberto. (Los Andes, 03/10/05) Usos ya abusos <http://www.losandes.com.ar/nota.asp?nrc=277174&nprt=1>
- PRODIA (200-) Ordenamiento territorial de la provincia de Mendoza <<http://www.dsostenible.com.ar/situacion/prodia-1/ordenamiento-mdza.html>>
- RAMELLA, Pablo (1971) Replanteo del federalismo, 1ª ed., Depalma, Buenos Aires.
- ROSATTI, Horacio (2006). Tratado de Derecho Municipal, 1º ed., t. 1º, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.
- UNIVERSIDAD NACIONAL DE CUYO (1996). Informe sobre desarrollo humano 1996 de la Provincia de Mendoza: Gobierno de la Provincia de Mendoza, H. Cámara de Diputados de Mendoza y Universidad Nacional de Cuyo <http://www.desarrollohumano.org.ar/IDHArgentina/96_arg/mendoza/mendoza.html>
- UNIVERSIDAD NACIONAL DE CUYO (2006). Informe Multidisciplinario e Interinstitucional. Bases Científicas para una Ley Marco de Ordenamiento Territorial y Usos del Suelo <<http://www.uncu.edu.ar/contenido/skins/unc/download/Bases%20Cientificas%20para%20una%20Ley%20Marco.pdf>>
- VEGA MORA, Leonel (1997): Gestión Medioambiental Sostenible: un enfoque sistémico para la protección global e integral del medioambiente. Tesis Doctoral en Ingeniería Ambiental, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, España.
- VEGA MORA, Leonel (2001). Gestión Ambiental Sistémica: un Nuevo Enfoque Funcional y Organizacional para el Fortalecimiento de la Gestión Ambiental Pública Empresarial y Ciudadana en el Ámbito Estatal. s.l: SIGMA.
- VELEZ, Roberto (Los Andes:06/02/07) El pedemonte y los aluviones <http://www.losandes.com.ar/2007/0206/opinion/nota360008_1.htm>
- ZOIDO NARANJO, Florencio (1998) Geografía y ordenación del territorio. Barcelona: Íber, Didáctica de las ciencias sociales. Geografía e Historia, n° 16, Nuevas fronteras de los contenidos geográficos, p. 19-31 <<http://www.ub.es/geocrit/sv-77.htm>>

Viviana E. Ocaña.

XIV. TEMA: LAS FORMAS MODERNAS DE CONTROL SOCIAL: LA PROPIEDAD PRIVADA Y LA PENA COMO EXPRESIONES DEL PODER.

XIV.A. Conceptos teóricos:

A efectos de fundamentar teóricamente la investigación acerca de los cambios en el control social, se intentará definir los conceptos fundamentales relacionados al tema.

En efecto, para hablar de *control social*, es preciso comprender el alcance del concepto por cuanto se encuentra relacionado a todas las actividades humanas y constituye una construcción social desde el punto de vista de *Berger y Luckman*³⁴⁵. En efecto los autores han analizado la construcción de la realidad como objeto de la empírica sociológica a partir de la vida cotidiana la que se presenta para los hombres como una realidad que es interpretada dándole un significado subjetivo. No obstante, la realidad tiene componentes de pensamiento y acciones con características objetivas y subjetivas que no se pueden considerar científicas. En efecto, la descripción de la realidad comprende actos de conciencia que son de carácter individual y que dependen del grado de conciencia que se tiene de un hecho o de un estado específico la que se desarrolla de diferentes formas según su propia realidad, compuesta por un sinnúmero de realidades encadenadas o no. Sin embargo, la máxima acción de la conciencia tiene lugar cuando se trata de lo cotidiana que se presenta sin posibilidad de ser ignorado. Se compele a prestarle atención aunque tenga una cierta regularidad, con un orden preestablecido con objetos que han sido designados con significados al hecho de tener conciencia de ellos a partir del lenguaje o sistema de signos con significados. Este mundo se comparte con otros sin los que no se puede dar significación con los se aceptan objetivaciones previas que se ordenan según el interés y la proximidad de estos hechos. Aunque los significados no se correspondan en el tiempo o en la perspectiva, se puede considerar a la vida cotidiana como una realidad de muchos hombres, con un sentido, común a todos acerca de lo que es la realidad. Se da sin verificaciones para dudar se debe hacer un proceso adicional, es decir, un análisis filosófico.

La vida cotidiana se presenta sin problemas cuando se mantiene la rutina presentándose la dificultad cuando esta se rompe y cuando lo común con los demás se quiebra. Hay zonas limitadas de realidad a la que se accede transitoriamente retornándose a la vida cotidiana; del mismo modo se puede acceder a otro tipo de significados no comunes que se intentan transmitir siendo "un reducto de realidad" Lo intersubjetivo está dado por la temporalidad y el espacio los que son limitados y continuado con una secuencia determinada y con tipificaciones determinadas que permiten darle identidad a algo o alguien. Estas tipificaciones pierden identidad a medida que se alejan de la proximidad "cara a cara". ***“La estructura social es la suma de las tipificaciones y de las pautas recurrentes de interacción establecida por intermedio de ellas”***.³⁴⁶

La realidad de la vida cotidiana está compuesta por objetivaciones a través de las que se accede a ella siendo el lenguaje el más importante sistema de signos con significación de la sociedad humana. Se puede desprender de los hechos próximos y no perder la significación que perdura en el tiempo como depósito de significaciones a las que objetiva para comprensión de los demás haciendo comprensible lo subjetivo ya que es la referencia la realidad. Construye símbolos, los recupera para presentarlos objetivamente en la vida cotidiana. Así, el

³⁴⁵ Berger y Lukman.: *“La construcción social de la realidad”*. Bs. As. Amorrortu. 1994.

³⁴⁶ Ob Cit, pag 52

conocimiento de la vida cotidiana se estructura con distintos niveles según su relevancia, siendo común a todos aunque con distintos grados de significación.

En este sentido, entendemos que es una forma de pautar una convivencia entre sujetos, lo cual varía sustancialmente según el momento, el lugar, las situaciones concretas y fundamentalmente, según la distribución del *poder*. Con relación al mismo, los debates aún persisten por cuanto el poder tiene diversas y variadas formas, pero su definición, también relativizada por los procesos históricos y sus circunstancias, ofrece más que confirmaciones, interrogantes acerca de su sustancia. En efecto, en la Modernidad, este concepto se funde con la idea de consolidar el Estado y la democracia lo cual diluye la conformación del poder del Medioevo.

Es necesario revisar otros conceptos complementarios a efectos de comprender las modificaciones de uno y otro, según el proceso histórico. El Estado Moderno desde su surgimiento como ordenamiento político y social reorganiza la vida de la nueva comunidad constituyendo una de las conquistas más preciadas de la Modernidad. Por ello, el control social moderno es la ***“forma de normalizar o naturalizar las conductas sociales”*** a través de la socialización, proceso sutil o informal que uniforma a la sociedad en sus deseos, conductas, pensamientos, valores, etc, a través de todas sus instituciones reconocidas o bien, el ejercicio manifiesto de violencia o fuerza, ejercido a través del Sistema Penal. Es ***el conjunto de sistemas normativos (religión, ética, costumbres usos, terapéuticas y Derecho.- entendido en todas las ramas en la medida que ejercen ese control reproductor, pero especialmente la penal; en sus contenidos tanto manifiestos como en sus “no contenidos”) cuyos portadores a través de procesos selectivos (esterotipia y criminalización) y mediante estrategias de socialización (primaria y secundaria o sustitutivas) establecen una red de contenciones que garantizan la fidelidad (o en su defecto, el sometimiento) de las masas a los valores del sistema de dominación; lo que por razones inherentes a los potenciales tipos de conductas discordantes, se hace sobre destinatarios sociales diferencialmente controlados según su pertenencia de clase”***.³⁴⁷

En efecto, para comprender la consolidación del Estado Moderno hay que recordar que este proceso comprende fases culturales, sociológicas, políticas y sociales que comienzan a manifestarse desde distintos ángulos para dar por resultado una nueva institucionalidad creada en base a las nuevas demandas surgidas entre el Siglo XVIII y XIX y así superar las formas de poder, convivencia, pensamientos, penalidades y disciplinamientos del Medioevo. ***“El Estado es una relación social e instancia política de articulación de las relaciones sociales, que implica un sistema de dominación, comprende además un conjunto interdependiente de instituciones que conforma el aparato donde se condensa el poder”***.³⁴⁸ De este modo, le cabe al Estado una gran cantidad de roles en la regulación de las relaciones sociales, ya que debe promover el crecimiento económico, asegurar la satisfacción de necesidades fundamentales planificando y asignando recursos, papel más destacado durante el denominado Estado de Bienestar o de Providencia en tanto su rol fundamental se plantea dentro de su intervención en la distribución de la riqueza. Este período del Estado abarca parte del Siglo XX, él que termina con un Estado totalmente diferente al planteado. Es decir, su protagonismo varía según los momentos históricos definidos por el proceso productivo. El Estado Moderno se ha formado en el desarrollo de la administración burocrática y asume el

³⁴⁷ Citado por María D. Puebla en : *“Clínica de la vulnerabilidad y garantismo constitucional. Aplicación a niños y jóvenes”*. Tesis de Maestría, Univ. Internacional de Andalucía. 1998-1999. Pág. 40: Aniyar de Castro, Lolita: *“Conocimiento y orden social: Criminología como legitimación y Criminología de la Liberación”*. Publicación del Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia. Venezuela. 1981.

³⁴⁸) Fleury, S: *“Estado sin ciudadanos”*. Lugar Editorial. BsAs. 2002

monopolio de los intereses públicos. También se une a él, una economía destinada a sustentarlo financieramente.

En el proceso de emergencia de una nueva sociedad, hay un pensamiento basado en la razón que define esta nueva forma de ver el mundo para los países centro-europeos.

Las formas de poder adquieren otra significación dentro de un contexto que paulatinamente se prepara para una época emancipatoria. A partir de algunos interrogantes: *¿es el poder una propiedad?, es una relación? ¿ la propiedad es la que confiere poder? Quién lo ejerce? Algunos lo poseen en desmedro de otros? es positivo o negativo?, tiene que emplear la fuerza o la coerción cuando hay conflictos?.. Estos interrogantes dan lugar a una amplia gama de manifestaciones y teorizaciones acerca del poder y sus formas realizadas a partir de fuertes críticas hacia el pensamiento medieval. ¿quién define la autoridad? ¿qué le da legitimidad?*³⁴⁹³⁵⁰ De allí que varios teóricos de los siglos XVIII se ocuparan de operacionalizar este concepto, para darle cabida a una alternativa diferente a la del mundo feudal basado en la fé y el poder eclesiástico.

En el nuevo proceso caracterizado por la combinación de factores (materias primas de las colonias, esclavitud, mercantilismo), se concentra el poder a partir de esta concepción económica basada en el “capital”. Concepto que da lugar a grandes cambios en todos los aspectos de la vida social, política, cultural y económica de los países centrales.

El capitalismo como concentración de poder, fundamentado por Marx, define además, formas de disciplinamiento social. *“Ejercida o sutil, la disciplina aparece indudablemente como la forma normal, normalizada y normalizante de la subordinación del trabajo al capital”*.⁶³⁵¹³⁵² Como forma de subordinación o como condición necesaria para el desarrollo del capital, es un elemento de subordinación importante que da lugar a formas no manifiestas, tal es el trabajo asalariado, y el funcionamiento fabril, es decir, la disciplina en el proceso de la manufactura.

Las formas de control social de la nueva sociedad sufren al compás de la composición racional del poder, la idea del Contrato Social, sostenido por **Rousseau**; mediante el cual los hombres nacían libres, pero tácitamente se sometían al poder del Estado a través de sus leyes para lograr la convivencia. El Estado es entonces, el responsable de la convivencia armónica, imponiendo normas no manifiestas y leyes formales que definen la relación social. Varios teóricos de la Modernidad le dan forma al nuevo eje ordenador, el Estado, para evitar la *“guerra de todos contra todos”* ya que *“el hombre es el lobo del hombre”* señalando el pensamiento de **Hobbes**.

Es decir, como lo explica **Lolita Aniyar de Castro**, la idea de control social *“ parte del concepto de que hay un consenso social sobre la Ley. Esto es una derivación evidente de la tesis del contrato social, necesaria en su momento, para proteger una burguesía*

³⁴⁹ Gaudemar, Jean Paul. “ Preliminares para una genealogía de las formas de disciplinamiento en el proceso capitalista ” En Espacios de Poder. Castel Robert., Fonzelot, J; Foucault, M; Y otros. Ediciones La Piqueta. Bs. As., Año 1994 Pág. 107.

³⁵⁰ Foucault,, M. y otros. “ Espacios de Poder” Ed. La Piqueta. Año 1994 Pág. 86.

*en ascenso que requería de seguridades reforzadas por la imagen de un orden jurídico nacional e incontestable, producto de la voluntad mayoritaria ”.*⁷⁵³

Debe recordarse que el Estado Moderno es producto de la Racionalidad, la misma que insistió en que lo político debía pertenecer a hombres “racionales” y propietarios, excluyendo a mujeres, niños, pobres, de quienes se sospechaba incapacidad para lo político. La única manera de poner freno a las necesidades y reclamos de la sociedad civil era a través del “derecho” o sistema legal, debidamente legitimado para hacer uso del “poder de policía” del Estado frente al incumplimiento del contrato tácito del individuo y el Estado. Esta construcción racional siempre hizo hincapié en la propiedad privada como símbolo de la libertad y la racionalidad. Acoplado este concepto con el de **democracia**, dicha racionalidad podía tambalear pues el supuesto de la igualdad favoreció las luchas de quienes quedaron excluidos en primer término de esta nueva concepción. A pesar de ello, ninguno de los principios de la democracia liberal logró plasmarse plenamente pues la igualdad y la libertad quedaron sujetas a otra lógica más poderosa que la democrática y a la que ésta debió supeditarse, es decir, el capitalismo. A ello se debió que los mecanismos de control del Estado también reflejaran las necesidades de un sistema en plena evolución que requería orden y obediencia.

El control social es un mecanismo por el que a través de distintos instrumentos, se naturaliza o normaliza un determinado orden social. Cada época ha sido identificada por un tipo específico de estos mecanismos que buscan la uniformidad y la conformidad social y que irremediamente se vinculan al momento socio-económico y político por el que atraviesan. Es decir, la imposición de reglas de convivencia se refieren a la aceptación de un modelo político y económico; por ende, el control social se definirá por la calidad de las resistencias al modelo. Si bien todo grupo humano impone sus reglas y el consecuente castigo a la desobediencia, es la aparición del Estado Moderno el que legitimó dicho castigo por parte del mismo, dándole especial importancia al aspecto legal que esta función requería. En efecto, son numerosos los autores que señalan este inicio del castigo o uso y monopolio de la fuerza por parte del Estado relacionándolo al origen del mismo, y sobre todo de la democracia. Desde **TOCQUEVILLE** hasta **KELSEN**, desde **MARX** a **WEBER**, la mención de esta función ha resultado merecedora de atención, logrando un desarrollo importante de los mecanismos científicos, sociales y políticos que pusieron en marcha la imposición de normas y el castigo a su transgresión.

Sutil, autoritario, intimidatorio, violento y brutal, latente o manifiesto, el control social se convirtió en la preocupación mayor del poder por cuanto esta construcción está asechada por quienes lo padecen. La democracia fue un intento de frenar formas despóticas de poder señalando la importancia de respetar derechos cuya negación debe estar fundamentada en ley. El ordenamiento coercitivo que utiliza la fuerza, mientras no se esclarezca el grado de prohibición que esta fuerza tiene, es un elemento disgregador, de dudosa capacidad para pacificar; lo cierto es que el Estado de Derecho no es sinónimo de Estado de Paz. Tanto **HOBBS**, **LOCKE** y **ROSSEAU** como clásicos de la Modernidad se refirieron a la posibilidad de legitimar la violencia del Estado a través del derecho. A fines del Siglo XX, **ROSANVALLON** y **FITOUSSI** entre otros analizan la necesidad de replantear tanto la democracia como la justicia, las normas y la política pues no han logrado hasta ahora detener la mayor violencia, es decir, la desigualdad.

Para **BERGALLI**, la Modernidad tiene una responsabilidad mayor: *“construyó mitos, lanzó imágenes y produjo instrumentos que sirvieron para que una reducida franja de europeos pudiera trazar diferencias y establecer distancias con aquellos otros millones*

7 ANIYAR DE CASTRO, Lolita. “Democracia y Justicia Penal”. Ediciones del Congreso de la República. Caracas. Año 1992. Pág. 15.

de individuos que, o bien no tuvieron ocasión o bien no estuvieron preparados para comprender la racionalidad occidental". "La locura y el delito fueron dos grandes invenciones modernas, anidadas en el Renacimiento y el Ancien Regime que permitieron el control de algunos pocos sobre otros muchos. Sobre estos dos grandes mitos se instauró la Gran Segregación.⁸

Del mismo modo, De SOUSA SANTOS ⁹ analiza los ambiciosos proyectos de la Modernidad, el de la Regulación y de la Emancipación pero por déficit en el cumplimiento por el exceso de promesas, el proyecto socio-cultural y político de esta etapa quedó truncado, además de manifestar un sinnúmero de contradicciones. Así, el impacto de las transformaciones del mercado repercuten en el Estado aunque éste debiera desenvolverse en forma autónoma. Resulta en esta última etapa histórica, una unidad de análisis obsoleta, desbordada por los problemas que por su debilitamiento, gira a formas autoritarias. En permanente contradicción para buscar caminos, en la era de la desregulación y flexibilización, el Estado se torna rígido e inflexible frente a las necesidades trasladando la inmovilidad a la sociedad. Esta, con la mayor cantidad de opciones conocidas, cada vez puede elegir menos, asediada por inseguridades, desprotección, y temor. Además, en la construcción de lo subjetivo, las tensiones de la Modernidad se instalan en la construcción del "sujeto libre y autónomo", que por el principio igualitario se universaliza sin diferencias, lo cual produce una selectividad con marcadas secuelas que el "sujeto ciudadano", portador de derechos tampoco puede superar.

El desarrollo jurídico se establece como la base del Estado, al que dará fundamentos para sus funciones, especialmente con la relacionada al disciplinamiento social, y el poder punitivo, o castigo a quien desobedece.

XIV.B. Derecho moderno y poder:

El Derecho se construye en la historia desde la perspectiva social en tanto debe regular las relaciones humanas. Por ello, su desarrollo muy acelerado durante la Modernidad, nace para justificar este nuevo orden europeo que suponía romper con esquemas de dominación feudales. Uno de los principios elementales del derecho fue su corte "garantista", es decir, una estrategia destinada a dar forma a las nuevas dimensiones del gobierno, la "**democracia**" y su desarrollo dentro del constitucionalismo. Para el análisis jurídico de ambas doctrinas se tiene en cuenta el **Modelo Garantista** del **Prof. L. Ferrajoli** quien explica la necesidad de contextualizar los problemas para su explicación la que en otro contexto y tiempo no es útil. Intentar aplicar un modelo explicativo creado en un lugar, a otro distinto equivale a darle a dicho modelo validez universal- "**El modo de pensamiento sustancialista que es el del sentido común- y del racismo- y que conduce a tratar las actividades o las preferencias propias de determinados individuos o determinados grupos de una sociedad determinada en un momento determinado como propiedades "sustanciales", inscriptas de una vez y para siempre en una especie de esencia biológica o- lo que tampoco mejora-cultural, conduce a los mismos errores en la comparación ya no entre**

8 Bergalli, R: , R: "La caída de los mitos". Ed. José M. Bosch. Barcelona. 1995.pag. 6

9 De Souza Santos. Boaventura: "De la mano de Alicia: lo social y lo político en la posmodernidad", Ed. Siglo del Hombre, Ediciones Uniandes, Universidad de Los Andes, Bogotá, 1998.

sociedades diferentes, sino entre períodos sucesivos de la misma sociedad".¹⁰³⁵⁶. El autor hace mención a la distancia entre la norma y la realidad. explicitado los componentes del proceso para dar cuenta del por qué de los cambios normativos importantes en materia de derechos y su escasa repercusión en la realidad y además, la construcción de una forma de gobierno democrática a partir del constitucionalismo moderno, pero con serias dificultades para convertir lo formal en real. También **Alessandro Baratta** expresa con relación a lo político: *"El concepto dominante de política se refiere a la administración de la estructura económica y social existente. La política como administración. En este caso la dinámica política está subordinada a la estática de las relaciones de producción y de poder existente a través del uso del derecho y la Constitución material... los sujetos de la política son los políticos y no los ciudadanos. El concepto de política como proyecto no enfatiza tanto la estructura económica y jurídica de la sociedad como "forma formata" sino la sociedad como "forma formans"*.¹¹³⁵⁷. El autor también coincide con Ferrajoli en la necesidad de revertir las formas democráticas puramente formales ya que estima que la política desde lo tecnocrático se construye a partir de los políticos; cuando es concebida democráticamente, esta construcción parte de los ciudadanos.

Del mismo modo, se anticipó que la lectura de la aplicación de las doctrinas cada una en su tiempo con sus consecuencias se puede realizar desde el "modelo garantista" de **L. Ferrajoli** ya que permite visualizar cómo se construye una norma y él por qué de su inoperatividad en cuanto al impacto en la sociedad. En efecto, **Ferrajoli** expone acerca de *"el punto de vista externo"*, es decir, las pautas que desde lo valorativo le dan contenido a la norma. Este sistema de valores construyen el andamiaje necesario que dará luz a prácticas acorde a un ideario axiológico que le dio origen.

El Derecho no es una práctica aislada, sino que surge en un orden social del que da cuenta y al que debe dar cuenta. Es decir, no nace de sí mismo sino de un conjunto de razones o situaciones que lo provocan. La legalidad es una construcción social que le otorga capacidad de ordenar legítimamente lo social pero sin renegar de ese origen. El Derecho forma parte de la sociedad a quien debe proteger del poder del Estado. Este es el sentido garantizador del modelo que define a los derechos y las garantías, como *"la ley del más débil"*. La concepción del autor ha contribuido a dar más sustancia a la democracia por cuanto desmenuza la constitucionalidad a punto de brindarle sentido ya que no es un tema sólo normativo sino además *"valorativo" o "sustancial"*. Esta dimensión es la que revoluciona el constitucionalismo y lo saca de su aletargamiento ya que la legitimidad de la democracia ahora está fuertemente condicionada a la tutela y efectividad de los derechos. Es esta vinculación la que permite un concepto de la constitucionalidad más flexible, acorde a la realidad y respondiendo a las exigencias de la sociedad. A partir de ello, **Ferrajoli** señala diferentes crisis del derecho que abarcan desde la de "legalidad" o ausencia de control desde un estado que desprotege a sus ciudadanos por intereses propios, la del "Estado social", relacionada con la inflación de leyes originadas por la presión de demandas sociales pero que no se cumplen, y la del Estado nacional, es decir, la alteración de los lugares de la soberanía. De allí en más relaciona la crisis del derecho con la crisis de las democracias contemporáneas con un notorio *"debilitamiento de la función normativa del derecho"*.³⁵⁸ *"Podemos llamar "modelo" o "sistema garantista", por oposición al paleopositivista, a este*

10 Ferrajoli, Luigi: "Derechos y garantías. La ley del más débil"- Editorial Trotta-Madrid. 1999.

11. Baratta, A: Función instrumental y función simbólica del Derecho Penal". Vol. II Giufré. Milán. 1990. pag. 19

12-Ferrajoli, L. Ob. Cit. Pág. 17

13. Ob.cit.

14. Capella, J: La fruta prohibida". Trotta..1984

sistema de legalidad, al que esa doble artificialidad (punto de vista externo y valorativo) le confiere un papel de garantía en relación con el modelo legítimo. Gracias a él, el derecho contemporáneo no programa sólo sus formas, sino además sus contenidos sustanciales, vinculándolos a los principios y valores inscriptos en sus constituciones. 12. El Paradigma del estado constitucional de derecho-o sea el modelo garantista, no es otra cosa que la doble sujeción del derecho al derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia.13

El mismo autor señala, en cuanto a los derechos, algunas inconsistencias teóricas graves. En efecto, distingue el derecho de libertad desde la personal a la del pensamiento, expresión, prensa, etc, los derechos de autonomía privada, los cuales permiten estipular contratos y ejercer acciones en tribunales, y el derecho a la propiedad. . ***“La confusión más llamativa es, con seguridad, la inclusión de la propiedad privada en la misma clase de los derechos de libertad y autonomía. La propiedad, como el derecho de crédito y los demás derechos patrimoniales, no es en absoluto universal en el mismo sentido de los demás: humanos, civiles, políticos y sociales...a diferencia de los demás derechos, que son indisponibles e inalienables, pues quedan sustraídos tanto al mercado como al ámbito de las decisiones políticas, e incluso de las decisiones tomadas por la mayoría, y al igual que los demás derechos patrimoniales ,la propiedad es por naturaleza, disponible, es decir, alienable, negociable, transigible”14***

La inclusión de la propiedad como derecho, sin dudas se relaciona a la necesidad de mantener un ejercicio del poder basado en la misma. Es decir, la propiedad privada en su consideración de “derecho” constituye un claro reflejo de la posibilidad de mantener el control sobre quienes no la poseen. Es decir, forma parte de la estructura del control social moderno. Es por ello que se diferencia del resto de los derechos, de carácter intransigibles e inalienables, lo cual sólo se explica en relación a una clara función de control o disciplinamiento social. Quienes ***no la poseen*** deben respetar reglas específicas sobre la “propiedad” de orden inviolable según el Derecho, de los ***poseedores*** o dueños de un derecho limitado a quienes tienen o manejan el capital. De allí su carácter selectivo y por ende, desigualitario..

XIV.C. El sistema penal y el ejercicio de poder:

La pena es la imposición de un dolor y la máxima expresión de la coerción estatal. En el desarrollo de su historia resalta ineludible su relación con lo político y económico ya que no se trata sólo de un tecnicismo jurídico sino de una función con un alto grado de ideología.

Las formas que la sociedad ha instrumentado a través de los valores para luchar contra el delito han variado sustancialmente en tanto han mantenido el vínculo mencionado. El capitalismo originario necesitó mano de obra, cuyo resultado fue la instauración de las “casas de trabajo” (work house), convertidas en cárceles cuando esta mano de obra quedó desempleada y excluida, constituyendo un nuevo peligro social. La Revolución Industrial, con gran secuela de muertes, ha dado lugar a formas de castigo a través de las instituciones de encierro, a la ya conocida ***“institución total”***, basada en la segregación social a la que algunos autores críticos han denominado la “nueva forma de holocausto”. La privación de libertad, siendo ésta el máximo principio de la Modernidad, se instala como el peor de los castigos y su evolución no parece haber tenido cambios rasgos sustanciales desde el Siglo XVII hasta este fin de Siglo XX.

Los autores de la Modernidad pensaron en medios punitivos que favorecieran la defensa social. La misma se puede llevar a cabo por medios de la eliminación de factores criminógenos en base a la posibilidad de considerar científicamente las posibilidades de reinserción a la vida social a quienes han delinquido. Sin embargo desde el punto de vista de varios autores críticos, ***“existe***

una curiosa falacia en la lógica de un pensamiento semejante; ello por que resulta imposible contraponer la “venganza” o la “retribución” a la defensa de la sociedad. Cada grupo social, cada sociedad políticamente organizada, impone penas a quienes violenta sus reglas. Reglas que se han desarrollado por que la sociedad ha creado valores sociales cuya agresión debe ser combatida”¹⁵

Las causas del anquilosamiento de las estructuras penales, desde lo dogmático a lo instrumental, hoy se muestran con total crudeza frente a la inoperancia de un sistema que ha funcionado al amparo de lo legal y legítimo, sin tener los mínimos reparos para guardar las formas.

A modo de definición, diremos que el Sistema Penal constituye el poder punitivo institucionalizado del Estado. Si se analiza la operatividad real del Sistema, puede comprobarse un mecanismo deficiente que ha trabajado con conceptos erráticos. Su objetivo concreto es la prevención de la conducta delictiva, lo que sin embargo no ocurre en tanto su puesta en marcha es posterior, pero además, las incoherencias internas le restan legitimidad.

El Derecho Penal es una parte de los mecanismos sociales que tiene por finalidad obtener determinados comportamientos individuales en la vida social. Las sociedades realizan una selección de comportamientos desviados que serán objeto del derecho Penal. Es una imposición que procura mantener el equilibrio, en teoría, del orden social. Sin embargo, está dirigido a una grupo de personas previamente seleccionadas en razón de la misma condición social. Lo que quiere decir, que en general, el derecho penal y su estructura orgánica, el Sistema Penal, está preparado para captar sólo una parte de quines delinquen o transgreden las normas, quienes reúnen características relacionadas, en general, a su condición social. Es un Derecho de autor, es decir, se basa en la selección, en éste y no en el acto en sí mismo. En general, el proceso de criminalización o señalización social precede al delito.

En efecto, como se menciona, los sistemas punitivos se relacionan a las fases del desarrollo económico lo cual condiciona el proceso de selección del Sistema Penal lo cual forma parte del control y disciplinamiento que lo sostiene.

“Aún en el caso de las grandes ciudades, su reducida dimensión no permitía una inmigración masiva de artesanos y comerciantes. Forzados a permanecer fuera de los límites de la ciudad, los extranjeros se convierten en delincuentes, vagabundos y mendigos, constituyen las bandas de asaltantes. Ninguna política social fue puesta en práctica para enfrentar tal situación. Mientras más se empobrecían las masas, más severas se tornaban las penas que intentaban desviarlas de delito”¹⁶ Con la transición hacia el capitalismo se comienza a construir un nuevo discurso que dará lugar a una Derecho Penal orientado hacia las clases bajas. A efectos de hacer más efectivo el control social de las masas desposeídas. Esto es un inicio de lo que se daría en llamar “derecho penal de autor” es decir, la importancia del delito está dada por la calidad o categoría de quien lo comete y no por el acto en sí mismo. (derecho penal de acto).

Desde el punto de vista económico y social, el rápido ascenso de la hizo necesario priorizar el tema de la propiedad como eje central de las relaciones de poder. De hecho, esto permite diferenciar muy notoriamente la calidad de las penas según la clase social..

Los autores mencionados, en su investigación relacionan la mano de obra como factor de regulación de las penas, por cuanto con la disminución del precio de la fuerza de trabajo, se redujo el valor de la vida humana.

15. Ob.cit.

16. Rusche y Kirchheimer. “Pena y estructura social.” Temis. 1984

“El sistema penal actúa a manera de hambruna o terremoto artificial, destruyendo a quienes las clases dominantes consideran inútiles para la sociedad” 17.³⁶¹

Los cambios en los métodos punitivos se modifican lentamente hacia el siglo XVI ya que la pena de prisión podría utilizarse como capacitación de mano de obra. Inicialmente fueron la galeras y el trabajo forzado que fue el precursor de la pena actual.

Es el afianzamiento del capitalismo el que da lugar a la necesidad de obtener mejores réditos de la privación de libertad, a modo de ejercicio o adaptación al trabajo. El mercantilismo proveyó de nuevas mercancías, aumentó el consumo y se extendió la demanda de bienes y de mano de obra. El Derecho Penal pone en evidencia la relación directa entre el castigo o penas sobre la violación de la propiedad. Es así que surgen los “delitos contra la propiedad”, es decir, una forma de control sobre quienes no la poseen..

XIV.D. Antecedentes de la prisión o cárcel:

La primera institución que se creó bajo el objetivo de limpiar las calles de mendigos y vagabundo, tiene origen en Londres en 1555. La necesidad de disciplinar en una nueva categoría social, el trabajo, condujo a las autoridades a crear las Casas de trabajo, una denominada **Poorhouse** o casa de pobres y las **Workhouse**, o casa de trabajo. Esta combinación permitió disciplinar a miles de sujetos que habían quedado fuera del proceso capitalista que se gestaba y a quienes se recuperaba como fuerza de trabajo. Su utilización se realizaba a través de las autoridades o bien eran entregadas a empresarios privados.

Esta forma de disciplinamiento social permite a la vez, mejorar la mano de obra, aumentar capital y hacer **limpieza social**. Sin dudas la privación de libertad es una forma de castigo surgida de las necesidades de un modelo económico que se desarrollaba rápidamente con grandes dividendos por lo cual urgía resolver la adaptación forzada de gran parte de la población que no participaba en las riquezas. Como hecho ilustrativo, las casa de corrección tenían como objetivo “promover la producción textil y remediar la carencia de tejedores en el país” (Spandau, Holanda). La necesidad se basó en crear una forma de control social acorde a las necesidades del momento.

La necesidad de varones con condiciones para el trabajo, que en ese momento, siglo XIV, era el eje del mercantilismo, surgió de la emergencia de guerras navales y de allí la necesidad de utilizar prisioneros e imponerlas como castigo. Es así que dicho castigo se basa en consideraciones económicas más que penales, ya que la necesidad de fuerza del trabajo justificó esta modalidad. Tal fue el éxito de esta empresa que se determinó el mínimo de la pena en 10 años, en tanto se consideraba que el aprendizaje y utilidad justificaban la permanencia en el trabajo. La liberación dependía de su capacidad para el mismo. Se condensaban ideas iniciales del sistema carcelario: las galeras servían como trabajo, castigo y prevención. El destierro constituyó otra forma de conformar grupos que se trasladaran a colonias lejanas con la idea de trabajar en ellas. La expansión colonial de España, Portugal e Inglaterra permitió el desarrollo de esta práctica. En vez de la ejecución, se deportaba a quienes cometían delitos contra la propiedad, es decir, a la mayoría.

La pena se modifica según las necesidades de l momento, pero gradualmente aparecieron las primeras formas de graduarlas según el daño ocasionado. **Beccaria**, en su famosa obra “**Del delito y de las penas**” propone dicha graduación a efectos de mitigar los efectos de la crueldad e inhumanidad que se utilizaban hasta entonces, con fines persuasivos. El mismo autor refiere: “**¿cuáles son estas leyes que debo respetar, uqe significan una gran distancia entre el mi persona y el rico?... ¿ quien ha hecho estas leyes?... Hombres ricos y poderosos que no**

17. Ob. Cit

se han dignado jamás a visitar la choza del pobre... Rompamos esos vínculos fatales para la mayoría y útiles para algunos pocos e indolentes tiranos"...18³⁶². Admite de esta forma, el vínculo entre el hurto y el orden social basado en la propiedad privada. Además, y a pesar del desarrollo teórico de la justificación de las penas, la práctica judicial de la época negaba derechos a los pobres. En primer lugar, eran castigados por un delito contra la propiedad, generalmente hurto, castigado con pena pecuniaria que no podía pagar, por lo cual terminaba confinado. Los derechos de la Modernidad, igualdad y libertad quedaron supeditados al status económico. Especialmente con una nueva legislación "contra vagos" lo cual permitió un uso arbitrario de la justicia, en general, en manos de propietarios. *"...Y a pesar de que el poder de los poseedores de las tierras era desproporcionadamente grande, estos vieron en la administración de la justicia penal en interés común de todas las categorías superiores: la conservación de la propiedad como objetivo social de primer orden" 19³⁶³*

La cárcel existe sólo para custodia de los hombres y no para su castigo. Este fue un principio dominante de parte de la Edad media y más aún en la Modernidad. Sin embargo, las condiciones de insalubridad y castigo fueron siempre la característica esencial. Hasta nuestros días, subsisten las serias deficiencias del sistema carcelario en tanto su presupuesto conlleva contradicciones. En principio eran lugares donde se alojaban a detenidos a la espera de juicios, además, su encarcelamiento se debía a la falta de recursos para hacer frente a la pena pecuniaria. De allí el círculo cerrado sobre el cual aún no hay respuestas eficaces. Las descripciones que realiza un filántropo inglés, J. Howard, acerca de las cárceles de Espora en el Siglo XVIII, son las mismas que se pueden describir hoy. Hacinamiento, falta de higiene, ausencia de recursos mínimos, mala alimentación, etc, son mencionados en *"El estado de las prisiones"* 20³⁶⁴ del mencionado autor..

Tanto los métodos de corrección combinados como la gradualidad de la pena fue modificándose a la par de los nuevos conceptos de la Modernidad acerca de los bienes protegidos y valorados, sobre todo la libertad.. Pero las precursoras de la cárcel moderna son las casas de corrección ya que la explotación laboral constituía el objetivo principal. Además, muchas de las penas de destierro o muerte se sustituían por trabajo forzado. De ese modo, la cárcel constituye una forma punitiva pero además, un soporte al nuevo modelo productivo, es decir, el sistema penal como parte del programa mercantilista del Estado Moderno.

Los autores de la época no ahorraron justificaciones para la imponer la privación de libertad que se convirtió en le columna vertebral del sistema penal. Las bases teóricas de la cárcel no resultan suficientes por cuanto los problemas no se han resuelto a pesar de las grandes teorías desarrolladas. Una de ellas, la de le pena, es la base teórica que sustentó durante tres siglos, la función de la cárcel.

En efecto, la *Teoría de la Pena* se basa en dos postulados: la pena como forma de *prevención especial* y como forma de *prevención general*. La primera apuesta a la disuación de quien ha delinquido a través de la privación de libertad y la segunda apunta la disminuir la posibilidad de delinquir de toda la sociedad quien se persuade de la inconveniencia de la conducta delictiva.

No obstante la base filosófica y teórica, nunca se ha demostrado que los fines mencionados se cumplieran. De hecho, la prevención especial falla por cuanto hay un alto índice de reincidencia, de modo que las causas de la misma van más allá de la existencia o no de la pena. En cuanto a la prevención general, es imposible tener un dato confiable acerca de por que no

18. Beccaría, C: "Del delito y de las penas". .

19. Rusche y Kirchheimer: Pena y estructura social. Temis. 1984. pag. 112

³⁶⁴ Howard, J: "El estado de las prisiones" 1789.

se delinque. El problema es más complejo y no termina en la disuasión de la privación de libertad.

La Modernidad, con su eje en la racionalidad, es el momento más importante en cuanto a la gradualidad e las penas ya que se logra consenso acerca de la necesidad de considerar que el castigo debe ser proporcional al daño causado. La realidad de las prisiones da claras pautas que dicha proporcionalidad está sólo en la duración temporal de las penas pero el daño de la privación de libertad en la mayoría de los casos es mayor al provocado por el delito por las condiciones reales de la misma.

Una de las dimensiones que se tuvo en cuenta también fue la influencia del pensamiento de la Iglesia Católica, por cuanto aludía a la necesidad de que la pena fuera proporcional al daño, con la fuerza de la expiación como tema central, ya que el castigo se fundaba en la necesidad del arrepentimiento. Este concepto se toma más tarde, como síntoma o característica de una buena rehabilitación o resocialización. Sin embargo, la humanización no es tal para Capella: ***“La ley judía del talión: ojo por ojo, diente por diente, ha presidido en Occidente el sistema punitivo penal de manera general hasta la época moderna. Sin embargo la penalidad occidental se ha visto agravada por el componente teológico-ecclesial y su representación del “infierno”...es falsa la idea de la humanización del derecho occidental debido a la influencia cristiana...”***²¹³⁶⁵³⁶⁶

Los avances modernos acerca de la pena como el principio de racionalidad, son un producto de la revolución burguesa. La sofisticación del proceso penal fue parte del poder económico para proteger la extensión del mismo sobre todo en la lucha contra las clases inferiores cuyos delitos siempre estuvieron relacionados al hurto y robo, es decir, contra la propiedad privada. Lo que equivale a decir que esta lucha y el desarrollo del gran andamiaje jurídico legal sigue sosteniendo a la propiedad privada como eje del poder.

De allí que uno de los temas y preocupaciones que datan del origen de la cárcel como institución de castigo se relaciona a la reinserción luego de la deprivación social, lo cual hasta la fecha no ha obtenido los resultados esperados aún cuando se han teorizado numerosas líneas de pensamiento que críticamente observan a la cárcel como un error teórico y fáctico. Si bien el pensamiento crítico surge como se mencionara con la idea misma de la privación de libertad, señalándose sus inconvenientes a través de toda la historia (como lo hizo Howard), es en el Siglo XX cuando surge el pensamiento “abolucionista” del sistema penal teniendo en cuenta la imposibilidad de lograr los objetivos propuestos y básicamente por su estructura violenta. Sin embargo, no aparecen hasta la fecha alternativas viables o intermedias que puedan dar soluciones claras, más humanitarias y sobre todo, que logren el objetivo en cuanto a la prevención de nuevos delitos.

21 Capella, J: “La fruta prohibida” Trotta. 1997

**SOPORTE TÉCNICO Y LA FORMACIÓN DE RECURSOS HUMANOS:
SELECCIÓN BIBLIOGRÁFICA, DOCUMENTAL Y EPISTOLAR**

Adolfo R. Medalla Araya

Vista la necesidad de proveer insumos a las distintas líneas de investigación del presente proyecto, se procedió a seleccionar bibliografía, documentos y cartas existentes en el Archivo Pablo A. Ramella, y referidas a la temática del proyecto.

Antes de describir el proceso de selección y los resultados obtenidos, creemos necesario aclarar que dicho proceso fue posible gracias a una etapa previa, desarrollada desde hace algunos años. En este sentido podemos remitir al informe del proyecto de investigación denominado **“Aportes del nacionalismo a las características movimientistas del peronismo 1945 – 1955”**, en el cuál se describió el proceso de restauración, reorganización, inventario y sistematización de los documentos archivados.

Cabe aclarar que, si bien el inventario ha sido concluido a nivel de manuscritos originales artículos periodísticos y trabajos de autores varios, por lo cual se cuenta con datos sobre el tipo de documento, su ubicación física, la fecha en que fue producido y la temática que aborda, no contamos aún con un inventario exhaustivo del archivo epistolar, dado que el mismo se realiza en forma paralela a la digitalización y duplicación del archivo en formato digital.

Es por ello que el período histórico seleccionado es 1930-1960, tan sólo 30 años de un archivo que abarca consta 63 años de la vida de su propietario. Por otra parte es necesario aclarar que en este período el banco de correspondencia no es tan abundante. Esto se debe en parte a las diversas responsabilidades en la vida del propietario (funcionario público, político, preso político, abogado profesional, escritor, militante católico y padre de una numerosa familia), motivo por el cual se observa más interacción con sus interlocutores en algunos períodos más que en otros, siendo más prolífico en los años de su madurez.

Es así que, utilizando la sistematización adoptada, se realizó una minuciosa búsqueda de bibliografía, documentos y cartas que pudieran contener referencias sobre la relación entre poder y propiedad.

El relevamiento bibliográfico dio como resultado la elaboración de fichas eruditas que luego fueron utilizadas para la transcripción de citas.

La recopilación de fuentes documentales y epistolares, para su posterior análisis de los investigadores, arrojó como resultado una serie de documentos de los acompañamos tres cartas junto al presente informe (8-02-1949, 17-01-1949, 14-01-1949). El reducido número de cartas y el período histórico en que están concentrada pondría tener múltiples explicaciones, sobre todo centradas en la vida y las ideas del propietario y sus interlocutores, pero contextualizando las cartas, podemos decir que el tema de la propiedad no concentró la atención de los interlocutores, salvo, en los días previos a la reforma constitucional.

Acompañamos además un documento que responde una encuesta sobre reforma constitucional, donde PAR expone alguna de sus ideas referidas la definición y el alcance del derecho de propiedad.

A modo de cierre de esta breve presentación, podemos agregar que la presente selección ha tenido por objeto compartir y divulgar la interpretación de hechos, en la forma en que fueron percibidos, registrados y expuestos por sus contemporáneos.

A. RELEVAMIENTO BIBLIOGRÁFICO

Perón, Juan D. La propiedad, 24-6-1948, en *La Reforma de la constitución*, Presidencia de la Nación, t.I, p.45.)

“Hay que cambiar el antiguo sistema de explotación, no como lo quieren los comunistas, sino en forma atemperada. El régimen capitalista es un abuso de la propiedad. La solución comunista es la supresión de la propiedad. Nosotros creemos que la solución no es la supresión de la propiedad sino la supresión del abuso de la propiedad. NO hay que suprimir la propiedad, como dicen los comunistas; y estamos en la tarea de suprimir los abusos, para cuya realización necesitamos la ayuda de todo el mundo....”

Chávez, Fermín, Perón y el peronismo en la Historia Contemporánea, Tomo II, Editorial Oriente, Buenos Aires, 1984, pp 185 y 176

“Perón afirmaba –dice- la justicia social no puede ser realizada por el gobierno de una nación que no posea el dominio de sus propias riquezas desde que la justicia social es fundamentalmente de redistribución de bienes y, ante todo, de bienes materiales...” se exige que "el uso y propiedad de los bienes que forman el patrimonio de la comunidad se distribuyan con equidad.”

“Perón vino a reintegrarle al hombre común marginado su capacidad política y a convertir en protagonista al "descamisado" y al "cabecita negra", para instalar una columna vertebral nueva en el proceso político- social de los argentinos. Y lo hizo forzando en gran medida una integración, para crear lo homogéneo en lo heterogéneo...En noviembre de 1946, el presidente puso énfasis en afirmar que sin "conciencia social" no hay verdaderas "conquistas sociales"

Angel Gabriel Borlenghi (Ministro del Interior), Diario de Sesiones, C. de Senadores, Reunión 42º, agosto 27 de 1948, t.III, 1948, p.1379.

Sesión se trata el tema de la Reforma Constitucional, y sobre la propiedad, luego de enmarcarlo en las ideas sociales:

“El régimen de la propiedad privada, que sólo contempla el interés y el beneficio de su titular, con total desconocimiento de los intereses de la comunidad, debe ser reajustado. El dominio, tal como ha sido definido y regulado por el Código Civil constituye un derecho antisocial. Pero el espíritu que inspiró en la materia al codificador, no es otro que el que fluye de la Constitución. La ley civil no podrá ponerse a tono de las exigencias actuales mientras no se actualicen las normas de la Constitución, que fijan el ámbito dentro del cual puede desenvolverse la actividad legislativa. Es indispensable regular el derecho de propiedad, atendiendo desde luego, a las legítimas facultades del propietario, pero conciliándola con los intereses de la sociedad y condicionado su ejercicio a las exigencias del bien común. Es indispensable crear un sistema de normas económicas fundamentales, que, sin llegar a la confiscación ni al colectivismo permitan o faciliten una prudente regulación de la riqueza, dando lugar a la formación de patrimonios particulares que aseguren el bienestar del mayor número de hombres o familias. Porque no es tolerable que en un país donde existen tantas grandes fortunas, haya quienes no pueden satisfacer sus necesidades mínimas o lograr el mínimo de comodidades a que todo hombre tiene derecho.”

“Ha de tenderse a que la propiedad rural deje de ser un bien de renta, facilitando su adquisición a quien es capaz de fecundarla con su esfuerzo.”

.... “La reforma de la constitución estará, pues, inspirada por los principios básicos del cristianismo. El reconocimiento de los derechos esenciales a la

personalidad humana, al amparo jurídico y económico de los desheredados, el afianzamiento de la solidaridad social, basada en los dictados de la justicia y clamor al prójimo...”

B. RELEVAMIENTO DOCUMENTAL

ANTEPROYECTO Aprobado por el Consejo Superior del Partido Peronista y presentado al H. Congreso de la Nación.

Art. 20: “La Nación garantiza la propiedad **como función social** y, en consecuencia, la misma estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad general. Asimismo, se adoptarán las medidas necesarias para el fraccionamiento de los latifundios; para el desarrollo de la pequeña propiedad agrícola en explotación; para la creación de nuevos centros de población con las tierras y aguas que les sean indispensables y para el fomento agrícola ganadero... (Luego habla de la expropiación, confiscación esta prohibida)” (p.147)

ENCUESTA SOBRE REVISIÓN CONSTITUCIONAL, hecha en la facultad de Derecho UBA, no se indaga sobre la propiedad de ningún tipo.

Elguera, profesor de Derecho Romano:

“Los derechos de propiedad no pueden tener la amplitud que consagra el art. 17 de la Constitución, que responde a un criterio excesivamente individualista, cuyo corolario es el art. 2513 C. Civil, que nos dice que el propietario puede hasta “destruir” y “degradar” la propiedad.

“Tales postulados no responden a nuestra verdadera tradición jurídica hispano-romana, sino a doctrinas filosóficas circunstanciales y a interpretaciones del derecho francés.

“En el derecho romano clásico y justineano la propiedad debía responder a su **función social** y los derechos del propietario debían desenvolverse dentro de ese marco, no cabiendo el derecho de destruir un edificio... o dejarlo abandonado sin que pudiese utilizarse toda su capacidad locativa, extendiéndose el dominio en el espacio y en profundidad en la medida de esa función (S.C. Hosidiano, S.C. Volusiano-D. 9.2.29-1, D.39.2. 46 y 48, D.18.1.52-C.8.10.12 (cita a Mommsen y Marquardt, Ihering, Elguera “Limitaciones impuestas por el interés social al derecho de propiedad en Roma... y propone sustituir el art. 17 por: “Los derechos patrimoniales son inviolables, dentro de los límites de las necesidades sociales a que ellos responden y nadie puede ser desposeído de los mismos, sino en virtud de sentencia fundada en ley o de expropiación por razones de utilidad pública fundada en ley que la establezca y previa indemnización. El dominio del suelo y las construcciones de su superficie o debajo de ellas sólo se extienden en el espacio aéreo y en el subsuelo hasta donde las necesidades de aquel lo requieran y el propietario podrá disponer del mismo en la medida de la función social de él, conforme a las leyes que reglamenten el ejercicio de ese derecho. Los derechos creditorios no podrán establecerse contra el interés social, las buenas costumbres o la buena fe. Los derechos intelectuales o de invención siempre serán temporarios.

No hay derechos patrimoniales irrevocablemente adquiridos contra las leyes de orden públicos.”

Siguiendo ese criterio entiende que **“la tierra pública nunca debió enajenarse** en forma permanente, sino únicamente en forma temporaria o revocable, ya fuere en usufructo, enfiteusis o en propiedad fiduciaria, por un período no mayor de cien años. Y propone: “El Estado no podrá enajenar la tierra pública, ni efectuar concesiones, sino en forma temporaria”. Ps. 112-115

Juan M Bargallo Cirio, adjunto Derecho político

Difícil dice es imaginar una estructura totalmente nueva para la Constitución. La parte dogmática es un planteo de los derechos de los derechos individuales frente al Estado.

“Nuestra circunstancia histórica actual es aún tributaria del proceso de hechos e ideas de la C. 1853. El “riguroso planteo liberal ha debido abrir paso a nuevas concepciones sociales y a una forma distinta de entender la vida comunitaria, pareciera que la parte dogmática debe pulirse en alguno de sus enunciados más categóricos... No pretendo que la Constitución haya de rendirse a la circunstancia histórica... (pero) las garantías individuales fueron la reacción obligada frente al absolutismo del Estado moderno que en obstinada lucha debeló el ordenamiento estamental anterior. El ordenamiento de los feudos y los fueros, de las corporaciones, las cortes y los estados generales. ... “Al amparo de una libertad jurídica solo formal, atenta únicamente a resguardar autonomías y no a asegurar el cumplimiento de los verdaderos fines humanos, los resortes del poder fueron copados, primero por quienes concentraron los medios de producción, luego por quienes acapararon y dispusieron de la moneda. La libertad sirvió sucesivamente de pantalla, a la explotación económica y a la dictadura de las finanzas”

“...**digo derecho de las personas y no del individuo**, pues considerar al hombre sólo como individuo es disminuirlo, pues se prescinde de su ser espiritual y de su específico fin, nociones ambas contenidas directa o indirectamente en la voz persona a partir de la antigua y consagrada definición de Boecio” (52)

Sobre la propiedad: “Considero que el derecho de **propiedad individual debe mantenerse**, pero su enunciado ha de contemplar la función ministerial en que la propiedad y las cosas materiales se encuentran con respecto al ser humano. La propiedad cumple **su función de resguardo de la libertad y seguridad de individuos y familias**. La propiedad anónima constituye en cambio una anomalía, profundamente odiosa por otra parte cuando se aplica a la propiedad de la tierra. El capital desvinculado del hombre se hace inhumano.” Se refiere a los holdings, trusts, etc. (p56)

Miguel Ángel Bercaitz Máximo Gómez Forques y Carlos Mouchet adjuntos de Derecho Administrativo, Dcho. Const., e introducción al dcho e historia externa del derecho argentino.

En las tres últimas décadas **la Constitución ha validado actos gubernativos que “traducen una concepción de la misión y fines del Estado muy diversa del sentir individualista y liberal** de los autores del Estatuto (...) Pero quizá **se ha tocado el límite de lo que puede hacerse sin desgarrarla** (...) Sería riesgoso, además, **deferir a la interpretación jurisprudencial el reconocimiento de**

facultades que admitidas hoy podrían serle negadas mañana, y de las que es preciso investir al Estado para el cumplimiento de su función tutelar de los bienes morales y materiales de la comunidad nacional” (66)

Propiedad privada **“La Constitución debe reconocer la propiedad privada; la ley determinará los modos de su adquisición, goce y transmisión con el fin de asegurar su función social y de hacerla accesible para todos, inclusive mediante la división de latifundios.”**

Mediante una cláusula de tal amplitud, el Congreso podrá dictar leyes que juzgue necesarias para regular el ejercicio del derecho de propiedad conforme con el principio de justicia social, que estimamos debe constituir la idea rectora de la Constitución.” (68)

Proponen modificar los derechos de autor y de invención porque dicen que al asimilarlos a la propiedad significa limitar su amparo a los aspectos puramente patrimoniales, desconociendo el carácter de derechos de la personalidad. Respecto de los trusts o holdings, empresas consorcios financieros, no deben lesionar el bien común. Debe prohibirse la constitución de sociedades con acciones al portador que permiten ocultar la concentración en determinadas manos de poderes financieros que perjudican a la economía nacional hasta amenazar la seguridad del Estado. Los servicios públicos sólo serán concedidos a empresas con capitales exclusivamente levantados en el país y dirigidas por ciudadanos argentinos. (69)

Angel C. Berisso, Titular Derecho Administrativo,

Garantías individuales: “Sin perjuicio de mantenerlas en su sentido filosófico y jurídico, no podrán amparar situaciones que impliquen un menoscabo para los intereses de la sociedad. La libertad y los derechos individuales serán garantizados por la constitución siempre que se ejerzan en función de la comunidad.

Nada más triste que ver insinuarse en una Sociedad el egoísmo y la codicia como móvil de las acciones de los individuos y de las clases. Merced a determinadas fuerzas irracionales que obran en la historia, la excesiva protección individualista ha dado origen a un clima de asilamiento moral económico y, aún jurídico...

“Luego, si el fondo ontológico de los derechos individuales tiene jerarquía absoluta, su ejercicio no puede admitirse con igual categoría. Si ellos deben actualizarse dentro de una sociedad, su ejercicio individual no puede concebirse en otra forma que en función de esa sociedad.”

“La propiedad, en consecuencia, no podrá constituir un elemento egoísta e inhumano adecuado a la explotación del hombre por el hombre. La libertad, los derechos y las garantías que asegure la Constitución Nacional, so pretexto de protección individualista no podrán ampara situaciones antisociales.”

Carlos Cossio, adjunto Filosofía del Derecho:

“Economía planeada pero con subsistencia de los derechos individuales. Esto significa definir con firmeza una cuarta posición, diferente del individualismo manchesteriano, del comunismo ruso y del totalitarismo centro-europeo” ... **“La dirección estatal de la vida económica debe limitarse a las necesidades fundamentales de la población de masa,** es decir, que al hombre trabajador se le ha de asegurar, de derecho, lo siguiente” alimentación, alojamiento, educación tiempo para, seguro de desempleo, enfermedades y vejez... Pero nada dice de la propiedad. (107)

Fernando Legón, titular de derecho Civil escritor de “Tratado de los derechos reales en el Código y en la Reforma”, T. VI, cuarta parte y Tratado integral de la expropiación pública, cap. VII.

“Como que la actividad (alias libertad) y la propiedad quedan reconocidas, pero condicionadas a las leyes que reglamenten su ejercicio (arts. 14 y 17 y demás concordantes de la constitución actual), es lógico pensar que, lo primordial, se halla a salvo, a pesar de las profundas transformaciones de todo orden (jurídico, político, sociológica, económica) a que asiste la Nación en particular y el mundo en general” (130)

“Pero como no basta (así lo entiendo) que la constitución no sea un obstáculo para las nuevas leyes... sino que es necesario (para que no resulte anodina: gobernada desde abajo, en lugar de regir ella desde arriba) que sirva de cauce de guía segura, se impone un reacondicionamiento a las actuales circunstancias....

“**La propiedad (que no es pero que tiene una función social)**, , sujeto a desaparición o a subrogación real por sentencia fundada en ley o por expropiación, cuando la necesidad de la perfección social lo requiera”

Modifica el art. 17 así: “La propiedad, que no es, pero que tiene una función social, es un derecho autárquico, dedicado, estable, sometido a las leyes que reglamenten su ejercicio, y a la privación o subrogación real por sentencia fundada en ley o por expropiación –calificada por ley –cuando la necesidad de la perfección social lo requiera” 131

“Hago notar especialmente, dos cosas: que insisto en que la propiedad no es pero tiene una función social, porque esa salvedad nos aparta del transpersonalismo “**duguitiano**”, juntamente con la abolición de los derechos subjetivos. Y que intercalo la palabra “perfección” social, porque éste mi concepto ha sido acogido ya por la novísima ley de expropiación de orden nacional”. (131)

Jorge Llambías, adjunto derecho civil.

Solamente art. 14 “usar y disponer de la propiedad de modo conducente al bien común” 151

Carlos Moyano Llerena, adjunto Economía Política

“En los aspectos económicos es donde ese conflicto, entre las garantías individuales y las sociales, se pone de relieve con mayor claridad. Las dificultades de encontrar una fórmula de conciliación son, por cierto, considerables...

“véase, por ejemplo, lo que ocurre con el derecho de propiedad, **pedra angular de la estructura económica de nuestra sociedad**. Las excepcionales salvaguardias con que se ha rodeado a este derecho en el régimen vigente han dado pie, sin duda, a los más grandes abusos y a los mayores perjuicios con el bien común.” (159)

“La doctrina reconoce hoy la necesidad de que la propiedad desempeñe cumplidamente **la función social** que le corresponde. Pero la formulación concreta de las limitaciones que el derecho individual debe sufrir en atención al bien social es tarea difícil y harto peligroso. Porque si en el texto constitucional se inserta una

norma de contenido demasiado amplio y general, se corre el riesgo de que su interpretación se llegue a anular este derecho natural, básico para la vida humana.” (160)

“Las garantías individuales deben referirse a los derechos naturales que aseguran el cumplimiento de los fines propios de la persona humana. La Constitución deberá pues rodear de las máximas garantías la propiedad de todos los habitantes de la Nación. Pero esto de ningún modo implica que esas mismas garantías hayan de hacerse extensivas a los sujetos de derecho que no son personas de existencia físico, sino simples creaciones de la ley, realizadas en atención a determinadas ventajas sociales. Así como la ley crea a las personas de existencia ideal, puede también estatuir todo clase de limitaciones a sus derechos, inclusive al de propiedad; que en este caso ya no es natural, puesto que el sujeto es, por definición artificial. Todavía no hay (o no conozco) ninguna escuela filosófica que defienda “la dignidad de la persona jurídica”.

“A mi juicio esta distinción tiene una importancia no sólo teórica sino eminentemente práctica. Las limitaciones al derecho de propiedad que interesan desde el punto de vista de la economía nacional se refieren esencialmente a los bienes de producción. Y éstos, debido a la estructura de la moderna economía capitalista son propiedad –cada vez en mayor medida- de personas jurídicas y no de personas física.” (160)

Juan Antonio Villoldo, titular de ingreso Historia Universal.

“Por constituir la propiedad institución fundada en el bien de la persona individual, **el estado propenderá a difundirla en el seno de las masas, pero el uso que de ella se haga no puede lesionar el bien común de la multitud.**” (207)

Alfredo R. Zuanich, adjunto de dcho. Administrativo derechos sociales y del trabajador,

además “el derecho de propiedad privada debe enunciarse como función social, Deben mantenerse las garantías establecidas en el art. 17 para casos de expropiación.” 217

C. RELEVAMIENTO EPISTOLAR

JULIO QUEVEDO MENDOZA Mza. 14-01-1949 (Carpeta 212)

“...Con el Rector de la Universidad [Nacional de Cuyo] habíamos conversado sobre la conveniencia de que la nueva Constitución dispusiera que las minas sean de propiedad de exclusiva de la Nación, pensamiento nuestro que veo concretado en uno de los artículos que contiene el proyecto. Empero no concuerdo con la redacción que se le ha dado. El mismo principio debe estar estructurado en una

forma muy clara y más genérica. Si Ud. Tiene interés podría hacerle llegar mi pensamiento con respecto a ese sentido, igual que los motivos que en que fundo mi discrepancia.

En la Convención actuará con usted el rector de la Universidad Dr. Irineo Cruz. Días pasados conversando con el Decano de Filosofía Prof. Toribio Lucero, coincidíamos en que creía conveniente y muy grato para nosotros, que usted y el Dr. Cruz estrecharan vínculos dada las grandes afinidades que existen entre ustedes. En efecto se trata de un hombre muy capaz, esencialmente católico (...) amen de ser buen peronista. (...)"

HUGO CESAR DE LEÓN San Juan 17-01-1949 (Carpeta 210)

"He leído con gran interés el proyecto de reformas a la Constitución Nacional, presentado por el general Perón a los convencionales de la mayoría. En muchos aspectos es ponderable por el fundamento social-cristiano que las inspira. Sin embargo considero que algunos derechos no quedan definidos claramente conforme a los principios católicos y que esa oscuridad representa un grave peligro en la Constitución, que puede utilizarse como hábil instrumento para la mala acción, por gobernantes que carezcan de inspiración cristiana.

"En el art. 14 con el título de la familia dice: "El Estado adoptará todas las medidas necesarias para la protección de la maternidad y de la infancia...". Indudablemente esto tiene una gran inspiración cristiana, aisladamente considerando. Pero vinculándolo con el título transcrito, parecería que se consagra el fundamento necesario, para que luego el código civil legisle sobre la familia natural en el mismo plano que la legítima. Creo que el título citado, obliga a fin de evitar confusiones, que se formule en forma expresa el reconocimiento de la familia sobre la base del matrimonio (así, a secas sino se puede conseguir la consagración del vínculo indisoluble). La fórmula propuesta por el General Perón, si no niega, por lo menos ignora la familia; pues esta no se define por la maternidad ni por la infancia, ya que una y otra pertenecen también a las relaciones adventicias que nada tienen que ver con la familia. Desde este punto de vista vendría a ser una fórmula netamente individualista, que como todos los absurdos de tal filosofía conduce al socialismo, con mucho más lógica que la empleada por aquella; desaparecida la familia como las sociedades profesionales, el hombre pierde apoyo y protección, resultando absorbido por la sociedad. Creo que la fórmula pudo ser así: El Estado reconoce la familia constituida en base al matrimonio legítimo, y adoptará las medidas necesarias para la protección de la maternidad...." etc.

"Con relación a la propiedad, en el proyecto, el Estado se desentiende del aspecto privado de la misma. Resulta peligroso y contrario a la doctrina cristiana, que el Estado garantice la propiedad como "función social", enumere todas sus restricciones y cargas y no diga nada de la garantía que debe acordar a la propiedad privada como atributo de la persona y de la familia. Yo creo que todos los derechos naturales, como el de la propiedad son inviolables, y no se diga que se trata de limitar el concepto individualista; porque aquello que es contrario al bien común no puede ampararse en el derecho natural, de manera que nosotros al sostener la legitimidad del derecho individual lo hacemos en la medida que autoriza la equidad o ley natural, la cual armoniza perfectamente con la función social. Definir sin decir una palabra del aspecto individual o personal, parece ser

sumamente peligroso, sobre todo cuando se trata de la Constitución del país en el punto consagrado a garantizar el derecho de

propiedad: el silencio con relación a la faz señalada, podría llevar a su negación. Mi humilde fórmula es esta: La Propiedad como atributo de la persona humana, es inviolable; en función social está sometida a todas las cargas, restricciones y obligaciones que la ley determine, en orden al bien común.”

“En lo que se refiere al derecho de la ancianidad, creo que bastaba con consignar el inciso “a”. Lo demás está asegurado por el carácter genérico de la fórmula y en los derechos del trabajador.

“Le hago llegar mis felicitaciones por las reformas que Vd. Propone al proyecto presentado por el Gral. Perón. Muy bien inspiradas, justas y sólidamente fundadas. Creo que si son admitidas y se pudieran introducir las que me permito señalarle, la Constitución sería ampliamente satisfactoria para el catolicismo y para toda la gente que piensa con un sentido de justicia social. Supongo que habrá recibido copia de la declaración hecha por la Corporación de Abogados Católicos, que le dirigí oportunamente al Senado.”

“Le deseo mucho éxito en su labor, que desde aquí apoyamos con nuestras oraciones. Si Vd. Le parece que fuera oportuno organizar alguna campaña y hacer llegar peticiones a la Convención, en el sentido que le he dicho, avíseme.

“Le saluda afectuosamente su amigo y hno. En Xto. “.

HUGO CESAR DE LEÓN San Juan 8-02-1949 (Carpeta 210)

“(…) Me imagino las dificultades y hasta las torturas espirituales que tendrá que padecer Vd. Y los demás católicos que le acompañan dentro de la Convención. Pero no pierdo las esperanzas de que esos esfuerzos y dolores, acompañados con las organizaciones de toda la Iglesia Argentina, mueva al Señor para que haga posible que en la estructuración de nuestra Carta Magna, resulten garantizados los derechos de la Iglesia y reconocida la integridad de la familia legítima. La propiedad privada siempre será factible defenderla, merced a la interpretación que surge de otros preceptos relacionados con el que critiqué en mi anterior

Advertí el error de Tribuna en lo que respecta a su posición con relación al derecho de patronato. Con los amigos comentamos el punto y todos comprendimos que se trataba de un error del diario. Leí las nuevas reformas que propone el anteproyecto de Constitución. La que se refiere al patronato me pareció una fórmula muy hábil.”

FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN 1948-1955

Informe parcial de Actividades

En ésta primera etapa de la ejecución del Proyecto de Investigación “Poder y Propiedad”, dirigido por la Dra. Susana Ramella, mi función ha sido la búsqueda de Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación durante el período 1948 – 1955, que se refirieran de modo especial a la temática de la propiedad.

Para ello recurrí a la Biblioteca de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, a los tomos de *Fallos*, editados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Antes de introducirme en los fallos seleccionados, quisiera hacer mención al contexto histórico del período de búsqueda. Desde mediados del '48 muchos de los casos resueltos por la Corte son referidos a la expropiación de empresas. Expropiación por parte, del Estado Nacional, como por parte de las provincias. Obviamente esto circunscrito en el marco de las políticas justicialistas-keynesianas, de propiedad de las empresas públicas por parte del Estado. En 1949 la Reforma de la Constitución Nacional, con la introducción del Constitucionalismo Social a la Carta Magna Nacional. Con la llegada de la Revolución Libertadora, en 1955, Aramburu deroga ésta última reforma y declara vigente el texto constitucional de 1853, con sus reformas de 1860, 1866, 1898.

Sobre un total de mas de **1000 fallos** leídos, sin contar dictámenes y sentencias, en mas de **10 tomos**, he seleccionado los siguientes, referidos específicamente al objeto de nuestra investigación:

1	CSJN	24 de noviembre 1948	"Provincia de San Luis v. Cía. de electricidad Los Andes S.A."	Fallos	212:325
---	------	-------------------------	-------------------------------------------------------------------	--------	---------

Alberto César Molina

2	CSJN	3 de Marzo de 1949	“Corporación de transportes de la ciudad de Buenos Aires v. Cía. de ómnibus “La Capital”	Fallos	213:187
3	CSJN	7 de Marzo de 1949	“Gutiérrez y de la Fuente Ltda.. c./ Gobierno de la Nación s./ cobro de pesos”	Fallos	213:224
4	CSJN	7 de Marzo de 1949	“Juan Bueno v. Victorio Vollenweider”	Fallos	213:239
5	CSJN		<i>No se encontraron menciones útiles a la investigación</i>	Fallos	214
5	CSJN	3 de Mayo de 1950	“Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Weil y Cía. c./ Del Sel Ltda.. S. A. Industrial y Comercial, R. y N.”	Fallos	216:570
6	CSJN	11 de Mayo de 1950	“San Miguel, José S s./recurso de amparo”	Fallos	216:611
7	CSJN		Final de tomo. Conceptos. Expropiación.	Fallos	216:769
8	CSJN		Concepto de la defensa nacional que surge del contenido de la Constitución	Fallos	229: 5
9	CSJN		<i>No se encontraron menciones útiles a la investigación</i>	Fallos	231
10	CSJN		<i>No se encontraron menciones útiles a la investigación</i>	Fallos	232
11	CSJN		<i>No se encontraron menciones útiles a la investigación</i>	Fallos	233
12	CSJN	29 de Febrero de 1956	“Armando Enrique Fernández v. SA Pablo Casale Ltda..	Fallos	234:100
13	CSJN	23 de Marzo de 1956	“Marín, Jorge Albelino c/. La Equitativa del Plata,. Soc. An., de Seguros”	Fallos	234:217

Sobre el contenido de cada uno de los fallos, de los cuales hay copias de cada uno, solo haré mención de manera particular al, caso “Juan Bueno v. Victorio Vollenweider”

El Sr. Victorio Vollenweider solicita el desalojo de su locatario rural de Juan Bueno. Aunque está en vigencia leyes que mandan a suspender la ejecución de desalojos, la corte considera el alegato referido a que el arrendatario ha omitido el cumplimiento de la obligación contractual de extirpar abrojo y el sorgo de Alepo (enfermedades vegetales)

Esto daña la integridad de la propiedad. Y dice textualmente la Corte:

“ésta en el orden natural que el uso a que la locación da derecho no ha de ser nunca abusivo, es decir con perjuicio o desmedro del fin propio del bien arrendado”... “vulneran substancialmente la propiedad no sólo en orden a la integridad del derecho del dueño sino también desde el punto de vista de la finalidad social o bien común al que deben subordinarse el uso de las cosas. Y es obvio que no puede invocar necesidad alguna del locatario que justifique, así sea solo transitoria y excepcionalmente, la prolongación de semejante estado de cosas creado por su culpa...”³⁶⁷

³⁶⁷ Fallos, 215: 244, 245