

## INDICE

### CONGRESSO INTERNAZIONALE «MUNDUS NOVUS. AMERICA. SISTEMA GIURIDICO LATINOAMERICANO»\*

<i>Ordine dei Lavori</i> .....	pag.	IX
<i>Partecipanti</i> .....	»	XVII
<i>Documento introduttivo</i> .....	»	1

### APERTURA DEI LAVORI

#### *Interventi di Saluto*

PAOLO FAIOLA .....	»	5
ILARIA CARACI .....	»	6
ROBERTO DE MATTEI .....	»	9
BERNARDINO OSIO.....	»	11
PIERANGELO CATALANO .....	»	13

#### *Interventi di Apertura dei Lavori*

PIERANGELO CATALANO <i>Sistema y Ordenamientos: el ejemplo de América Latina</i> .....	»	19
RONALDO REBELLO DE BRITTO POLETTI <i>Conceito Jurídico de Império</i> .....	»	41

### LA FORMAZIONE DEL SISTEMA GIURIDICO LATINOAMERICANO

#### L'UNIVERSALISMO DEL SISTEMA DEL DIRITTO ROMANO E IL NUOVO MONDO

PIERO BELLINI <i>La spartizione alessandrina dell'Atlantico</i> .....	»	59
ANGELA MARIA PUNZI NICOLÒ <i>Le bolle pontificie medievali sulle insulae</i> .....	»	79

\* Si pubblica in questo volume la prima parte degli Atti del Congresso, la seconda verrà pubblicata nei vol. 19-20/2005.

ANNA MARIA LAZZARINO DEL GROSSO <i>Amerigo Vespucci e le società del Nuovo Mondo tra universalismo e suggestioni di utopia</i> .....	87
---	----

#### POPOLI E SPAZIO

ABELARDO LEVAGGI <i>Cómo fue la relación de los indígenas con el territorio</i> .....	105
MERCEDES GAYOSSO Y NAVARRETE <i>Los territorios de los pueblos indios: el problema de legitimidad vs. legalidad</i> .....	115
ÁNGELA CATTÁN ATALA <i>Origen y proyecciones del principio de la bilateralidad de la audiencia. Defensa jurídica de los Indígenas en Chile</i> .....	131
CARLOS RAMOS NÚÑEZ <i>El contrato de enganche: el derecho como un mecanismo de explotación indígena</i> .....	143

#### CITTÀ - MUNICIPI

GIOVANNI LOBRANO <i>Città, municipi, cabildos</i> .....	169
VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI <i>La potestad normativa en la ciudad durante la colonización español</i> .....	193
FRANCESCO SINI <i>Initia Urbis e sistema giuridico-religioso romano (ius sacrum e di ius publicum tra terminologia e sistematica)</i> .....	205
MARCIAL RUBIO CORREA <i>La importancia del municipio democrático para la organización política contemporánea</i> .....	223
LUIGI CAPOGROSSI COLOGNESI <i>La genesi dell'Impero municipale</i> .....	243

## CÓMO FUE LA RELACIÓN DE LOS INDÍGENAS CON EL TERRITORIO

ABELARDO LEVAGGI

SUMARIO: 1 Dos culturas opuestas. Concepto europeo de la relación hombre-tierra.- 2 Concepto indígena.- 3 El régimen de la tierra en el Tawantinsuyu.- 4 Interpretación española del régimen incaico.- 5 Las tierras indígenas en la época republicana.- 6 Relación con la tierra de las culturas nómades.- 7 Conclusión.

### 1. *Dos Culturas opuestas. Concepto europeo de la relación hombre-tierra*

Dos ideas diferentes sobre la relación del hombre con la tierra tenían las culturas originarias del Nuevo Mundo y los españoles, los europeos en general. Tales diferencias se debían a que sus mentalidades y sus cosmovisiones eran distintas. Tan distintas eran que, desde el primer encuentro, entraron en conflicto, y sólo con el correr de los siglos –proceso de transculturación mediante- tendieron a cierta conciliación.

El español era heredero del concepto romano de dominio, con las modificaciones que le introdujo la edad media en orden a permitir la concurrencia de varios intereses, y en consecuencia de varios derechos, sobre la misma cosa, partiendo de la *summa divisio*: dominio directo-dominio útil. Pero fuera de esta adaptación a las necesidades de la sociedad medieval, el dominio seguía exigiendo como condición *sine qua non* la posesión. No había dominio pleno sin posesión. Prescindo de la cuestión, planteada entre otros por Paolo Grossi, extraña al asunto que trato, de si la relación entre el hombre y las cosas se construye desde el sujeto o desde el objeto<sup>1</sup>.

*Corpus* y *animus* protegidos por el *ius* conforman el dominio, tal como lo concibe la tradición romana y lo receptó el Derecho castellano-indiano. Según Paulo (D. 41.2.3.1), "alcanzamos la posesión con el cuerpo y con el ánimo, y no solamente con el ánimo, o con el cuerpo". La aprehensión material de la cosa, mediante actos visibles a los ojos de todos, adquisitivos de la posesión, era considerada un requisito esencial. Como escribe Alejandro Guzmán, la posesión civil –es decir, la tenencia como

---

<sup>1</sup> P. GROSSI, *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*, traducción y prólogo de A. M. López y López, Madrid, Civitas, 1992.

dueño- era el complemento de hecho del dominio y su manifestación externa,- además de la condición necesaria para que el dueño de la cosa pudiera usarla, disfrutarla y disponer materialmente de ella<sup>2</sup>.

Fuera la visión de la propiedad de la tierra comunitaria o individualista, su razón de ser está, en el modelo europeo, en la satisfacción de las necesidades sentidas por la organización socioeconómica de la cual participa. Si ésta experimenta cambios, también cambia el sistema de propiedad. El derecho del individuo existe en función de esa organización. Según John Locke, "la tierra y todo lo que hay en ella le fue dado al hombre para soporte y comodidad de su existencia- [...] Toda porción de tierra que un hombre labre, plante, mejore, cultive y haga que produzca frutos para su uso, será propiedad suya"<sup>3</sup>.

## 2. Concepto indígena

En el mundo indígena, otra era la idea que se tenía de la tierra. Esta idea es compartida por todas las culturas originarias. En ellas la esfera de lo sagrado determina la de todas las categorías culturales. Los actos religiosos contienen supuestos éticos y jurídicos que tales culturas, de ningún modo, intentan separar para darles tratamiento formal diferenciado, a la manera europea. Los conceptos ético-jurídicos constituyen una parte inseparable de su *corpus* mítico-religioso<sup>4</sup>.

Un ejemplo claro de la noción que tenían dichos pueblos de la relación hombre-tierra es la conocida carta del jefe piel roja de la tribu Suwamish, Sheatl, al presidente de los Estados Unidos Franklin Pierce, enviada en el año 1885, como respuesta a su oferta de compra de tierras de la tribu.

“¿Cómo podéis comprar o vender el cielo, el calor de la tierra? –le dijo-. Esta idea nos parece extraña. No somos dueños de la frescura del aire ni del brillo del agua. ¿Cómo podríais comprarlos a nosotros? Habéis de saber que cada partícula de esta tierra es sagrada para mi pueblo. Los muertos del hombre blanco se olvidan de su tierra natal cuando se van a caminar entre las estrellas. Nuestros muertos jamás olvidan esta hermosa tierra porque ella es la madre del hombre de piel roja. Somos parte de la tierra y ella es parte de nosotros. Esto lo sabemos: la tierra no pertenece al hombre, sino que el hombre pertenece a la tierra”.

<sup>2</sup> A. GUZMÁN, *Derecho privado romano*, I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, 482.

<sup>3</sup> J. LOCKE, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, traducción, prólogo y notas de C. Mellizo. Buenos Aires, Alianza Editorial, 1990, 56 y 60.

<sup>4</sup> M. CALIFANO, "El concepto de acto ético-jurídico y la percepción del blanco entre los Mashco (Perú)", en CALIFANO EA., *El aborigen y el Derecho en el pasado y el presente*, Buenos Aires, UMSA, 1990, 45.

Con argumento semejante, en el otro extremo del continente, en 1825, indígenas bonaerenses le reclamaban al gobierno argentino la devolución de tierras que les habían sido ocupadas, alegando ser “nuestras, que el Ser Supremo nos ha dado para vivir en ellas, y que ningún poder humano tiene derecho de quitarnos”<sup>5</sup>.

Un indígena de hoy sigue pensando lo mismo: "los mapuce expresamos en nuestro nombre la auto identificación cultural como gente de la tierra, *ce* de *mapu* [...]. Nuestra concepción va más allá del carácter económico como factor de producción, le da a nuestra demanda por la tierra un sentido y una dinámica que engloba la totalidad de nuestra existencia [...] es el lugar donde se encuentran y viven *pu newen*, las fuerzas que dan vida a la naturaleza ya la civilización mapuce [...]. *Wallmapu* se refiere al concepto de visión de mundo mapuce. Todo lo que la vista alcanza a ver, como nuestros mayores lo representaron <sup>6</sup>.

A la visión predominantemente economicista, utilitaria, del europeo, el indígena le opone la suya metafísica. Pero esto no debe entenderse como que nunca, en ninguna circunstancia, aceptaron desprenderse de tierra alguna. Las fuentes prueban que, *v. gr.*, en 1794 el cacique araucano Collancura vendió tierras al español Nicolás del Río, y que esa venta fue el inicio del proceso de expansión de la colonización hispano criolla hacia la Araucanía. Tal proceso incluyó donaciones de tierras hechas por los caciques con el fin de consolidar la paz lograda entre ambas partes<sup>7</sup>.

Otro ejemplo. Por un tratado celebrado en 1857 entre la provincia de Buenos Aires y el cacique Yanquetruz, éste reconoció “que sus antepasados cedieron por tratados al antiguo gobierno del rey de España las tierras que se conocen por de Patagones”. Además, puso “a disposición del gobierno de Buenos Aires una extensión de trece leguas” para que formara una población destinada a “procurar la civilización y adelanto de los indios”<sup>8</sup>.

En 1826, los comisionados bonaerenses Fernando y Angel de la Oyuela, después de tratar con los indígenas la devolución de las tierras que les habían sido ocupadas por la fuerza, informaron a las

---

<sup>5</sup> A. LEVAGGI, *Paz en la frontera. Historia de las relaciones diplomáticas con las comunidades indígenas en la Argentina (Siglos XVI-XIX)*, Buenos Aires, UMSA, 2000, 198.

<sup>6</sup> TAIÑ KIÑÉ GETUAM, "Wall Mapuce. Territorio y recursos naturales", en M. CARRASCO y C. BRIONES, "*La tierra que nos quitaron. Reclamos indígenas en Argentina*", Buenos Aires, Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat e IWGIA, 1996, 31-32.

<sup>7</sup> P. CERDA-HEGERL, *Fronteras del Sur. La región del Bío Bío y la Araucanía chilena, 1604-1883*, Temuco, Instituto Latinoamericano de la Universidad Libre de Berlín y Ediciones Universidad de la Frontera, s/a, 98.

<sup>8</sup> LEVAGGI, *Paz en la frontera* cit., 289.

autoridades de la predisposición favorable de éstos a enajenar una parte de las tierras, lo cual tenía la ventaja de que “los indios jamás vuelven a ocupar el territorio que han enajenado por su voluntad y conveniencia”<sup>9</sup>.

Dada la premisa ideológica de la cual partía el aborigen, era imposible traducir a categorías europeas, fundadas en otra cosmovisión, su relación con la tierra, y establecer si se trataba de un derecho de dominio, de usufructo o de posesión. Sólo con violencia ideológica, no deliberada, sino involuntaria, se podía intentar, y se intentó en la práctica, como diré más adelante, trasladar al vocabulario jurídico español dicha relación.

En un plano operativo, empírico, es necesario distinguir entre el vínculo con la tierra de las culturas indígenas sedentarias, que tenían real posesión de ella, y las culturas nómades, que sólo la tenían virtual.

### 3. *El régimen de la tierra en el Tawantinsuyu*

Como ejemplo de cultura sedentaria tomaré el Tawantinsuyu, el Imperio de los Incas. ¿Cuál era su régimen de la tierra? En el tiempo de los españoles, varios autores intentaron describir ese régimen. Lo hicieron influidos unas veces, de modo inconciente, por su percepción europea –por lo tanto, deformada- del mundo indígena, y otras veces movidos por los intereses materiales de la Corona o por los suyos propios. Pero no faltaron cronistas, en particular de la época del virrey del Perú Francisco de Toledo, quienes, como opinó Ronald Escobedo Mansilla, percibieron el fenómeno de forma “inteligente, muy cercana a la realidad prehispánica ya sus supervivencias, desprovista, en mayor medida de lo que generalmente se supone, de prejuicios occidentales”<sup>10</sup>. Los estudios etnológicos actuales nos ofrecen un conocimiento más preciso aún de aquella realidad.

Hay que tener presente que los incas –los quechuas-, que impusieron su dominación a muchos otros pueblos originarios del Perú, crearon un Estado poderoso, cuyo interés estaba por encima de todo interés privado, y en el cual eran totalmente extrañas las ideas de libertad y de derecho personal. El

---

<sup>9</sup> LEVAGGI *Paz en la frontera* cit., 202.

<sup>10</sup> R. ESCOBEDO MANSILLA, *Las comunidades indígenas y la economía colonial peruana*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 1997, 39.

súbdito era un sujeto de obligaciones, no de derechos. Nada le estaba permitido reclamar para sí. Todo, incluida la mujer, lo recibía por merced del inca<sup>11</sup>.

El inca –escribió José de Acosta en el siglo XVI- dividía todas las tierras en tres partes. La primera parte era para la religión, y el fruto se destinaba a los sacrificios y al sustento de los sacerdotes. La segunda parte era para el propio inca, y de ella se sustentaban, además, sus servidores y parientes, los señores, las guarniciones y los soldados. La tercera parte la daba el inca a la comunidad. De ella, “ningún particular poseía cosa propia, si no era por merced especial del Inca, y aquello no se podía enajenar, ni aun dividir entre los herederos. Estas tierras de comunidad se repartían cada año, ya cada uno se le señalaba el pedazo que había menester para sustentar su persona, y la de su mujer y sus hijos, y así era unos años más, otros menos, según era la familia”<sup>12</sup>.

Según otro autor célebre, Gaspar de Escalona Agüero, el rey de España, por haber sucedido al inca en el gobierno del territorio, era “señor absoluto, y dueño de él, como ellos lo fueron, en cuanto a la propiedad, y directo dominio, sin que sus habitantes, y naturales tuviesen entonces más que tan solamente una precaria, y temporal posesión de las tierras, que por los dichos monarcas se les repartían, para que las labrasen, y sembrasen, y el fruto, y semillas que cogiesen, fuese por tercias partes para el Imperio, para sus ídolos, y templos, y para el sustento particular de los vasallos”.

En otra página dice que las tierras eran cultivadas para beneficio: primero, de las viudas y huérfanos; segundo, de cada súbdito, y tercero, de los curacas y príncipes, y que ésa era una división igual a la, también tripartita, hecha por Rómulo, conforme Tito Livio, a favor del culto, de la república y de los ciudadanos<sup>13</sup>.

Modernos estudios coinciden en afirmar la división tripartita de las tierras del Tawantinsuyu, a favor del Estado, del culto y de las comunidades. Respecto de éstas, se considera probable que los incas

---

<sup>11</sup> R. D. RABINOVICH, “*El publicismo como característica del Derecho del Tawantinsuyu*”, en CALIFANO E. A., *El aborigen cit.*, 9-22.

<sup>12</sup> J. DE ACOSTA, *Historia natural y moral de las Indias* [1590], reimpresión, II, Madrid, Ramón Anglés, 1894, libro 6º, cap. XV, 185-187.

<sup>13</sup> Gaspar DE ESCALONA AGÜERO, *Gazophilacium Regium Perubiculn* [1647], Madrid, 1775, libro II, parte II, cap. XVIII, 207-208; y libro I, cap. XXV, 76, respectivamente. Antes que Escalona, Juan de Matienzo había manifestado que, de las tierras dedicadas al sol y al inca, el rey de España podía “disponer como legítimo sucesor” (J. DE MATIENZO, *Gobierno del Perú*, Buenos Aires, Facultad de Filosofía y Letras, 1910, II: 11, 172), y Juan de Solórzano Pereira, que las tierras, montes, pastos y yaguas eran y debían ser “de su real corona, y dominio, como antiguamente sabemos que lo era del despótico, y absoluto, que usaban en la Nueva España los

hayan tolerado la vigencia de tenencias y derechos locales de la época preincaica, mas la doctrina oficial que propagaron fue que todo era materia de concesión suya, una concesión solemnizada por la colocación de mojones a cargo de un enviado imperial. Traducida esa situación a términos europeos, se dijo que el dominio era del inca y sólo el usufructo de las comunidades. Si bien los incas toleraron el derecho de las comunidades a conservar sus tierras de cultivo, una vez deducidas las del Estado y del culto, por considerar que esa tolerancia se debía a una concesión suya, se reservaron el derecho de quitarles lo otorgado si incurrían en rebeldía<sup>14</sup>.

#### 4. Interpretación española del régimen incaico

La traslación al vocabulario ya las instituciones jurídicas españolas, nunca perfecta, de las relaciones de los incas y de sus súbditos con la tierra dio lugar a varias interpretaciones ya conflictos de intereses. Informado el rey de España que los incas habían sido dueños de las tierras, que concedían *ad libitum* y *pro tempore* a sus vasallos, se declararon sucesores legítimos de tales derechos<sup>15</sup>. Felipe II manifestó “haber Nos sucedido enteramente en el señorío de las Indias, y pertenecer a nuestro patrimonio, y Corona real los baldíos, suelos y tierras [de ellas]”<sup>16</sup>.

La doctrina consideró que, si bien el rey era señor de las tierras, no era menos cierto que los naturales tenían un verdadero dominio, derivado de título tan firme y respetado cual era la posesión antigua en que se encontraban. Cuando la posesión era inmemorial, se interpretaba que tan largo período de tiempo equivalía a concesión de la tierra por el príncipe. En cambio, los bienes no poseídos por nadie, situados en el reino, se presumían de propiedad del rey. Para conciliar los intereses regios con los de los naturales una de las soluciones que se dieron, basada en la experiencia medieval del dominio dividido, sobre todo en la enfiteusis, fue la siguiente: al rey le competía el dominio directo, y a los indígenas el dominio útil. En virtud del dominio directo, el soberano podía adjudicar tierras, sin por

---

Motezumas, y en el Perú los Incas" (J. DE SOLÓRZANO PEREIRA, Política indiana, Madrid, 1647, libro VI, cap. XII, 991).

<sup>14</sup> J.V. MURRA, La organización económica del Estado Inca, traducción de O. R. Wagner, México, Siglo Veintiuno, 1980, 66-67 y 77.

<sup>15</sup> A. ALMEYDA, "La constitución de la propiedad según el jurista indiano [José Perfecto de Salas]", en *Revista Chilena de Historia y Geografía*, 97, Santiago de Chile, 1940, 108-109.

<sup>16</sup> Recopilación de Indias, IV.12.14. Felipe II en 20 de noviembre de 1578 y en El Pardo en 1º de noviembre de 1591.

eso perderlo. Si los terrenos concedidos quedaban vacantes, el derecho revertía a la Corona. A su vez, en virtud del dominio útil, el indígena podía usufructuar libremente las tierras. Lo que no siempre se le reconoció fue la facultad de disposición. Escalona, v. gr., los juzgaba sólo “precarios poseedores y nudos usufructuarios”<sup>17</sup>. Esta opinión podía ser correcta en el caso de las tierras concedidas efectivamente por la Corona, mas no era aplicable a aquellas que los indígenas poseían desde tiempo inmemorial.

El visitador general del Perú, Francisco de Saavedra Ulloa, distinguió en 1574 cuatro clases de tierras: 1) las que el inca se había reservado en propiedad y posesión; 2) las repartidas por el inca, en uso y usufructo, a sus vasallos para que las cultivaran; 3) las repartidas a perpetuidad a comunidades, y 4) las conservadas por sus dueños desde antes de la conquista incaica. A juicio del visitador, en los dos primeros casos era indudable el derecho de propiedad heredado por el rey, pero en los otros dos, la propiedad la tenían quienes poseían la tierra. Sobre la repartida a perpetuidad los amparaba la usucapión. En cuanto a la poseída desde antes del Imperio de los Incas, sólo con violencia podían haber sido despojados de alguna, y la violencia determinaba la nulidad del acto<sup>18</sup>.

La Corona reconoció el derecho de propiedad de los naturales, de acuerdo con lo sostenido por Francisco de Vitoria: “los bárbaros eran, sin duda alguna, verdaderos dueños pública y privadamente, como los cristianos, y [...] tampoco por este título pudieron ser despojados de sus posesiones, como si no fueran verdaderos dueños, los príncipes y las personas particulares. Y grave cosa sería negar a ellos, que nunca nos hicieron la más leve injuria, lo que no negamos a los sarracenos y judíos [...]”<sup>19</sup>. Lo reconoció a pesar de la oposición de algunas autoridades locales y de particulares.

Las mercedes de tierra hechas a los españoles solieron incluir la cláusula “sin perjuicio de naturales, y siendo con perjuicio sea visto no serle hecha la dicha merced”. Como las justicias locales, encargadas de averiguar si los indígenas recibían o no perjuicio, respondían invariablemente que no, el virrey Francisco de Toledo ordenó que fuesen citados todos los del lugar, que se les explicara en su lengua el objeto de la diligencia para que pudieran oponerse si resultaban perjudicados, y que quien decidiera si

---

<sup>17</sup> F. SILVA VARGAS, *Tierras y pueblos de indios en el Reino de Chile. Esquema histórico-jurídico*, Santiago, Universidad Católica de Chile, 1962, 33-34.

<sup>18</sup> C. DÍAZ REMENTERÍA, "El patrimonio comunal indígena: del sistema incaico de propiedad al de Derecho castellano", en CALIFANO E.A. *El aborigen* cit., 110-111.

<sup>19</sup> "Relección de los indios recientemente descubiertos", en F. DE VITORIA, *Derecho natural y de gentes*, traducción del P. L. Getino, Buenos Aires, Emecé Editores, 1946, 160-161.

lo sufrían o no fuera el propio virrey<sup>20</sup>. No obstante precauciones como ésa, por las muchas tierras que se repartieron –según Antonio de León Pinelo- “sintieron los indios algún perjuicio en las suyas: siendo desde los principios lo más encargado, que no se diesen, ni vendiesen en perjuicio de tercero, ni daño de los naturales”<sup>21</sup>.

##### 5. *Relación con la tierra de las culturas nómades*

Hasta ahora, me ocupé del Tawantinsuyu, como ejemplo de cultura sedentaria. En las culturas nómades, como las de la Pampa y Chaco argentinos, y Araucanía chilena, la situación fue diferente. Los signos externos de propiedad de esos pueblos, sus “actos posesorios”, nada tenían de común con los cánones europeos. Se consideraban legítimos dueños de sus sitios de asentamiento periódico, territorios de caza, zonas de recolección y de pesca, de sus casi imperceptibles cementerios, etc. Eran todos lugares que permanecían de modo “indeleble en la memoria histórica de estos pueblos”<sup>22</sup>.

El español, moldeado en el Derecho romano, no comprendió ni admitió, no pudo comprender porque una barrera ideológica se lo impedía, que sobre esos lugares tuvieran los indígenas un verdadero derecho de propiedad, equivalente al suyo. Ese español dio pruebas elocuentes en América de flexibilidad mental, de adaptación a instituciones y costumbres extrañas, mas así fue cuando esas instituciones y costumbres no eran demasiado contrarias a sus esquemas mentales. Y en dichos esquemas no cabía la idea de que el asentamiento eventual, la caza, recolección, pesca y aun los apenas perceptibles enterramientos fueran signos de propiedad. Por lo tanto, tuvieron esas tierras por baldíos, sin dueño privado; ergo tierras de la Corona<sup>23</sup>.

No obstante esa dificultad grave, a veces, por medio de tratados, reconocieron el derecho de los naturales, de permanecer en esas tierras y de disfrutarlas, sin que tenga importancia saber (si fuera

---

<sup>20</sup> J. M. MARILUZ URQUIJO, *El régimen de la tierra en el Derecho indiano*, 2ª edición, Buenos Aires, Instituto de Historia del Derecho “Ricardo Levene”, Editorial Perrot, 1978, 25-26.

<sup>21</sup> A. DE LEÓN, *Tratado de confirmaciones reales. 1630*, con introducción de D. L. Molinari, reproducción facsimilar, Biblioteca Argentina de Libros Raros Americanos, Buenos Aires, Facultad de Filosofía y Letras, 1922, parte II, cap. XXIII, § 24-25, f° 171 vuelta.

<sup>22</sup> TAIÑ KINÉ GETUAM, “Wall Mapuce...” cit., 65.

<sup>23</sup> MARILUZ URQUIJO, *El régimen cit.*, 30-31.

posible, que no lo es) qué pensaron en esos casos los españoles de tales derechos y a cuál de sus instituciones jurídicas los asimilaron.

Uno de esos tratados fue el famoso, celebrado entre el gobernador del Tucumán Gerónimo Matorras y el cacique del Chaco Paikín, en 1774. El art. 1º dispuso que “por cuanto ocupan estos territorios que han poseído sus antepasados, en los cuales como criados en ellos gozan de buena salud por ser acomodado el benigno temperamento a sus pocas ropas, que tienen para vestirse; y que de sus ríos y lagunas se proveen de pescado, en los campos de caza, y de los árboles distintas frutas especialmente de algarroba y chañar en que consisten sus alimentos, se les ha de dejar y mantener en dicha posesión”<sup>24</sup>.

Otro tratado fue el concertado en 1793 entre el gobernador de Chile Ambrosio Higgins y los araucanos. Su gran mérito radica en que, a diferencia de otros documentos, definió con claridad y justicia los derechos de ambas partes: "manteniendo Su Majestad a todos los indios de los cuatro Butalmapus [partes] en la posesión de las tierras que comprenden, ha conservado siempre sobre éstas el dominio alto que como a Soberano dueño de todo le corresponde"<sup>25</sup>.

Quedó reconocido que el derecho de los indígenas no era únicamente de usufructo, sino que en el plano del Derecho privado su dominio era pleno, y el rey carecía de toda participación, limitándose el derecho de éste al dominio eminente o soberano, vale decir, al plano del Derecho público.

## 6. *Las tierras indígenas en la época republicana*

Después de la independencia, además de las múltiples estrategias que se emplearon para despojar a los naturales de sus tierras, y cuando el solo dominio útil ya no tenía el valor que le había concedido el Antiguo Régimen, se tendió a limitar sus derechos al solo usufructo y en una condición precaria.

El código civil de Bolivia de 1831 admitió el usufructo a favor de las comunidades hasta por treinta años (art. 353), y el del Perú de 1852, el censo enfiteútico por "Una, dos o más vidas" (art. 1890). Esto presuponía, como decía el código peruano, que el dominio podía estar distribuido entre "dos dueños:

<sup>24</sup> LEVAGGI, Paz en la frontera cit., 82.

<sup>25</sup> LEVAGGI, Diplomacia hispano-indígena en las fronteras de América. Historia de los tratados entre la Monarquía española y las comunidades aborígenes, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, 152.

uno directo, como el dueño del terreno a quien se paga un canon en reconocimiento del dominio; y otro útil, como el dueño del uso y de los frutos que está obligado a pagar el canon" (art. 463).

La corte suprema de justicia argentina, en 1929, aunque admitió que “no se puede discriminar con precisión el verdadero régimen de vinculación del hombre con la tierra en el Imperio Incaico, ni afirmar que él fue uniforme en toda su vasta extensión”, declaró, con relación a las comunidades, citando autores, que “jamás hubo *propiedad* en el sentido que las leyes romanas, españolas y argentinas tuvieron siempre”, sin intentar siquiera una definición de esa relación desde la perspectiva etnológica.

La comunidad –a su juicio- había sido “simple usufructuaria [...], la propiedad inmueble, tal como se considera en el Derecho moderno, no existió; estaba desprovista de los caracteres jurídicos de este derecho: absoluto, exclusivo y perpetuo [...]. no hubo en el antiguo Perú y sus dependencias otro propietario territorial efectivo que el inca [...] las comunidades de indígenas [...] sólo tenían, sobre una tercera parte, una especie de dominio útil o de usufructo”. Las leyes de la Recopilación de Indias definieron y protegieron el dominio indígena, “pero ese dominio no es, como no lo era durante el periodo pre colonial, el del Derecho romano, ni de las leyes de Partida, ni del código civil argentino”. Únicamente se les adjudicaba o reconocía el dominio útil, siendo de la Corona el dominio “no sólo eminente, sino también efectivo, público y privado”, y en este dominio había sucedido la Nación Argentina.

Roma e America N° 18, 2004, pág 105-114.

Si pubblica in questo volume la prima parte degli Atti del Congresso Internazionale «*Mundus Novus. America. Sistema giuridico latinoamericano*»