



REVISTA DE DIFUSIÓN ACADÉMICA

ISSN 2718-6318

Año IV | Número 16 | Diciembre 2023

Derecho Indiano versus Derecho indígena en la organización jurídica nacional argentina: sus consecuencias Parte final.

Víctor Martín Bruzzoni¹

victorbruzzoni@hotmail.com

¹ Abogado, Magister en Psicología Jurídica, Universidad Complutense, Madrid Ex Juez del Trabajo de la Pcia. de Bs As. Ex Docente de la UBA y la UNLZ.

A modo de resumen

En nuestro artículo anterior, destacamos en lo esencial que el contenido de la Constitución Nacional de organización del año 1853, conformó un bagaje homogeneizador de ideas liberales imperantes de época; que ayudo a facilitar un magno proyecto de transformación entre leyes de orden medieval (llámese recopilación de indias, castellanas, etc.) entrelazadas con leyes criollas surgidas de la nueva realidad colonial casi siempre breves, simples en sus formas, que solo regulaban aspectos parciales y transitorios de la vida política o social de la colonia. Y se produjo como consecuencia un nuevo canon: el del constitucionalismo positivo de objetivos de clases dominantes, imposible de redimensionar para el derecho natural indígena. En la esfera de la lucha cotidiana en la América colonial, se travistió entonces el deber ser jurídico y se produjo una emboscada final a este. El mundo liberal produjo como consecuencia, desigualdades que desembocarían en nuevas guerras intestinas.

Es que los hacendados y comerciantes porteños habían descubierto alrededor de los años 20 un nuevo y fértil negocio: la ganadería; actividad que les permitió rehacerse de las pérdidas y quebrantos ocasionados por los efectos combinados de las continuas guerras de la independencia y la competencia de los comerciantes ingleses.

El nuevo sistema aristocrático sin ética, daba origen a nuevas burguesías terratenientes criollas en amplio ascenso en un mundo en formación agroexportador porteño y provincial. Pronto, se transformó en oligarquía conservadora (hegemónica), consolidándose entre los años 1880 y 1914.

Ese pensamiento apagaría la indiferencia social que no acogería a las minorías (por ejemplo, la indígena, etc.), siendo letra muerta y fría percibido aun por los mismos que la formularon (Juan B. Alberdi, por ejemplo). No hubo suficiente fuerza para adoptar una dialéctica de liberación construida, en torno a un potencial transformador común que el mundo antiguo y descubridor tampoco pudo reproducir.

El formalismo de Europa (occidente) sería la nueva estrella argentina, su único discurso pronunciado. Lamentablemente, vendrían tiempos más difíciles para el derecho indígena, arrebatado por el poder económico. La historia del hombre no es sino un largo camino de cadáveres. El hombre es horrible. Se impuso el más fuerte sobre el más débil, pero es algo que hay que relatar en su contexto, porque todavía está ahí, latente....

Contexto

La inspiración ideológica de la Revolución de 1810 devino en tradiciones, lenguajes ilustrados y formas de vocabulario que surgieron conforme las prácticas políticas inauguradas por la Independencia y la conformación de una típica cultura rioplatense que relacionó cultura eclesiástica con cultura ilustrada. Así, se afirmó “La Revolución de Mayo expandió corrientes derivadas de la Ilustración racionalista y sus hombres públicos vieron en ella no sólo un cambio de gobierno sino la oportunidad de validar el pensamiento filosófico en versión republicana. Dentro de este proceso se desarrolló el racionalismo jurídico y se fue elaborando un Derecho de supuestos de “alta jerarquía intelectual”, que creyendo ciegamente en la razón y despreciando la tradición, produjo un cambio abrupto en el que hicieron eclosión las ideas incubadas.”²

Los frutos de la Independencia fueron rápidamente apropiados por los criollos y la oligarquía terrateniente, quienes estaban separados por un profundo abismo social y cultural respecto de los mestizos y, por supuesto, de las masas de campesinos indígenas la mayoría de los cuales -hay que decirlo-, actuaron en los frentes de las luchas independentistas.

Pero hay que separar la paja del trigo. Una cosa era el trato al indio, otra fue su incorporación política a la sociedad reinante. La situación de los indios en las nuevas sociedades republicanas como la nuestra fue definida por su posición en la estructura económica, pero también por la concepción que de ellos tenían las élites gobernantes y sus intelectuales (muy distinta de los españoles conquistadores) y que se plasmó en la ideología de la nación y del Estado.

² Tau Anzoátegui, Víctor, Las ideas jurídicas en la Argentina (siglos XIX-XX), Buenos Aires, Editorial Perrot, 1977

Los indígenas adquirieron las libertades y los derechos de los demás sectores de la población esto es cierto, pero también fueron objeto de aplicación de leyes y reglamentos especiales que los mantuvieron en situación de marginalidad e inferioridad con respecto al resto de la población. Aunque se les “concedía” la igualdad jurídica, las comunidades indias no podían disfrutar de las mismas libertades políticas y cívicas debido a la situación de inferioridad intelectual y económica, discriminación y subordinación política que las caracterizaba. Sin embargo, la subordinación y explotación de los indios persistió, fundamentalmente por medio de los sistemas de tenencia y explotación de la tierra. El concepto de Estado y cultura nacional era manejado por las clases altas, la aristocracia terrateniente, los elementos burgueses urbanos. El modelo de nación moderna que iba de la mano con el desarrollo de la economía capitalista se encontraba vigentes en las democracias liberales de Occidente, según los lineamientos planteados por franceses, británicos y norteamericanos. La construcción del Estado argentino implicaba -en términos de la teoría política clásica-, la existencia de un gobierno que fijara las reglas de juego y un territorio con límites definidos en los que se instalara una población que acatará las reglas establecidas, sin perjuicio de que ya dentro de sus límites se encontraran establecidos los pueblos originarios. Las poblaciones indígenas eran consideradas un obstáculo para la integración nacional y, por lo tanto, una amenaza para el legítimo lugar que las élites nacionales creían ocupar entre las naciones civilizadas del mundo adoptándose conceptos europeos, en especial franceses y norteamericanos como se dijo.

Los principales líderes intelectuales de la época menospreciaron abiertamente las culturas indígenas y mestizas, considerándolas inferiores a la cultura dominante de la época. El sistema educativo para el indígena salvo excepciones fue nulo. Se encontraba dominado plenamente por el viejo modelo colonial elitista español. Por ello, también dijimos que las poblaciones indígenas subordinadas habían sido incorporadas a la economía neocolonial como mano de obra servil, y un rígido sistema de estratificación y segregación las mantenía fuera del proceso político. Todo, a pesar de que la mayoría de ellos se habían convertido al catolicismo.

Luego de la sanción de la Constitución Nacional con la incorporación en el año 1860 de Buenos Aires, se produjo el paradigma clásico: “civilización o barbarie”. Comenzó

-silenciosamente- primero el corrimiento territorial y aislamiento del indígena. Se materializó en la creación de una serie de unidades regionales cerradas de orden tribal que se manejaban con costumbres y tradiciones propias, vagamente interrelacionadas y basadas en una economía agraria parcialmente auto-suficiente descrita como semifeudal pero los nuevos residentes no eran ciudadanos plenos, tenían restringidos sus derechos. Luego, su exterminio por el desarrollo de las extensas campañas al desierto, al Chaco, etc., que limpiaron el terreno para los ganaderos y los nuevos pioneros y empresas agrícolas en un proceso del cual quedó la sombra del indígena. Se imitaba el modelo de proceso colonizador que funcionó eficazmente en la historia de Estados Unidos, en donde no faltó una dosis importante de racismo. Los que sobrevivieron fueron enviados a trabajar en el empedrado de las calles porteñas o rosarinas, otros murieron de viruela o de otros males y fueron arrojados en el Río de la Plata a fosas comunes, sin nombre. La historia se repetiría. Miles de hombres fueron trasladados al Tucumán para el trabajo en los ingenios azucareros; a Entre Ríos para el laboreo de los campos o incorporados a la milicia. Las mujeres y los niños fueron distribuidos en las ciudades para el trabajo doméstico y fueron pocos los que se redujeron en las reservas, cuyas tierras fueron objeto de continuos despojos por medios violentos en los años siguientes con engaños o abusos.³ Era preciso que los indígenas dejaran de ser pescadores, cazadores y recolectores y que se transformaran en asalariados en especie. Esta visión, se extendió incluso entre el creciente número de mestizos, esa población biológicamente mezclada que devendría en elemento étnico mayoritario en muchas naciones de América Latina. Luego, vendría el proceso de mejora del "linaje biológico" de la población, mediante la inmigración masiva de europeos. Gobernar era poblar. El fuerte proceso inmigratorio europeo; el surgimiento de un tipo de campesinado más expansivo y de acción dinámica, el nacimiento del gaucho; los procesos de desarrollo cultural y social caracterizados por influencias foráneas y el mestizaje más claro y definido en este país, entre otros factores, determinaron la disminución y arrinconamiento de los indígenas a determinadas áreas poco favorables para su vida y desarrollo.

³ Hernández 1992; Rodríguez Duch 2003

En ese contexto, muchos de los conflictos existentes entre las distintas facciones de la clase dirigente expresaban fuertes tensiones. El Estado se hizo fuerte y centralizador (preferido por las clases medias urbanas y la burguesía emergente), en contraposición a intereses regionales centrífugos y a menudo separatistas, que eran fundamentalmente de orden agrario. La idea de la formación de una cultura nacional no alterándose en ningún momento era la percepción de la época. Se transformó en un arma ideológica al servicio del centralismo representado en términos generales por liberales, progresistas y modernizadores de la época. Una profunda y persistente división comenzó a existir entre los pequeños grupos dominantes, dueños ya de la tierra y las minas con el campesinado indígena, institucionalmente completamente subordinado ocupando los peldaños más bajos de la estructura socioeconómica nacional como se dijo.

Continuidad indiana en los otros ámbitos del derecho

Zorraquin Becu al estudiar las fuentes del derecho argentino, afirmó que “gran parte del derecho castellano-indiano continuó en vigor durante muchas décadas, hasta que paulatinamente se fueron sancionando las reformas que en definitiva lo derogaron totalmente.”⁴

En los otros campos del derecho esa tradición indiana es mayor que en lo referente a la organización política y administrativa nacional. Por ejemplo, en el campo del derecho civil, continuaría rigiendo por largo tiempo el ordenamiento anterior a la Revolución Colonial, hasta que se concretó la Codificación nacional. En materia civil esa vigencia se mantuvo hasta el 1° de enero de 1871, época en que entró en vigencia el código correspondiente a esta rama del derecho sancionado en el mes de septiembre de 1869. Su autor, Vélez Sarsfield, elaboró una obra conservadora y reformista a la vez, reflejada en una organización monocultural ajena a la costumbre jurídica indígena, pues se mantuvo fiel a su idea de que las leyes deben adecuarse a las costumbres urbanas del país en el cual rigen, por lo cual se inclinó por consolidar las leyes existentes siempre que no hubiera alguna necesidad y-o

⁴ RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, “Las fuentes del derecho argentino (siglos XVI a XX), en Revista de Historia del Derecho, núm. 1 (1973), Buenos Aires, 1974, pp. 331 y siguiente. 50 acuerdo con el no siempre recordado artículo 21 de la ley 48 del 14 de septiembre de 1863.

contradicción que aconsejara modificarlas, la cual no debía provenir de principios ideológicos sino de criterios que surgieran de la realidad. Por ello, si bien el código civil contuvo transformaciones importantes con relación al derecho de época, ellas eran requeridas por la naturaleza del estado de desarrollo de aquella sociedad. Esa hábil combinación de elementos tradicionales y de novedades doctrinarias, surgió claramente del estudio del código comparándolo con la legislación entonces vigente. Su autor, no dejó de señalar en las notas antecedentes de leyes romanas o de Castilla entre otras. A pesar de ello el codificador fue criticado. Vélez por ejemplo replicó a uno de ellos, el hacedor de la Constitución: “Si el doctor Alberdi hubiera recorrido siquiera ligeramente mi proyecto de Código habría encontrado de que la primera fuente de que me valgo son las leyes que nos rigen. El mayor número de los artículos tienen una nota de una ley de Partidas, del Fuero Real, de las Recopiladas”.⁵

La ley 48. Remora del derecho híbrido

El 25 de agosto de 1863 el Congreso Federal sancionó la Ley Nacional N° 48 que se encuentra vigente, que organizó la jurisdicción y competencia de los tribunales federales en nuestro país. La norma, fue elaborada por los jueces de la primera Corte Suprema de la historia nacional, basada en el modelo norteamericano de la “Judiciary Act” del año 1789.

El primero de mayo de 1853 y bajo la presidencia de Urquiza, la Confederación Argentina sanciona la Constitución Nacional, sin la presencia de la provincia de Buenos Aires que se unirá recién con la reforma operada en 1860.

Tras la Batalla de Pavón, Bartolomé Mitre asumió la presidencia nacional en 1862 y comenzó la tarea de instituir el Poder Judicial de la Nación de acuerdo a las exigencias de la Constitución. Este objetivo se llevó adelante a través de cuatro normas, la más importante la ley 27 de organización y competencia de la justicia nacional, llegó en octubre de ese año y estructuró la justicia federal.

⁵ RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, “La formación intelectual de Vélez Sarsfield”, en Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, N° 15 (1964), Buenos Aires, 1965, pp. 156-178. Reproducido en RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ, Estudios de Historia del Derecho, tomo III, Buenos Aires, 1992, pp. 407-434.

Al día siguiente a la sanción de la ley 27, Mitre elevó al Senado los pliegos de Valentín Alsina, Francisco de las Carreras, Salvador María del Carril, Francisco Delgado, José Barros Pazos y Francisco Pico, para que éste les diera su acuerdo e integrar de ese modo por primera vez nuestro máximo tribunal. Dicho acuerdo llegó el día 18 de octubre de 1862.

Es que la ley 48 representó la consagración de la Corte Suprema como "el intérprete final de la Constitución", como ella misma se definió en sucesivos casos que le llegaron por la vía de otra de las creaciones de la referida norma: su legendario artículo 14, creó una vía impugnatoria contra las sentencias provinciales ante la justicia federal.

Tras la sanción de la referida norma, el 15 de octubre de 1863 la Corte Suprema pudo dictar su primer fallo en la causa "Miguel Otero c/ José H. Nadal, su ejecución"⁶. Es que en el momento de enfrentar su aplicación funcional los enunciados legales indianos volvían a desnudar su falta de autonomía y su insuficiencia estructural. Su puesta en práctica se complementaba con la "epiqueya" -la cual no debe traducirse sin más como equidad, sino, tal como la Real Academia Española continúa definiéndola en nuestros días, como una "interpretación moderada y prudente de la ley, según las circunstancias de tiempo, lugar y persona"- . De este modo, las leyes sólo alcanzaban un sentido operativo pleno una vez "perfeccionadas" con la intervención de esa epiqueya, a partir de la cual sufrían una verdadera metamorfosis. En definitiva, y como resultado de las aludidas interacciones con elementos externos, los enunciados legales como la indicada ley, adquirirían dimensiones normativas que no resulta posible inferir a partir de una lectura restringida al contenido que únicamente contemplaban sus textos."⁷ Recordemos, también, que los enunciados legales indianos se articulaban de acuerdo con una textura abierta, como expreso Tau Anzoátegui.⁸ Agregaríamos: textura que venía de la Colonia al permitir, Confederación mediante, que el centralismo pueda distribuirse con las provincias que se formaban. De aquí, que el Derecho indiano

⁶ Palabras del Derecho, Art. Web

⁷ Sobre esta dimensión llama la atención con agudeza Cuenca Boy, F. (2006), p. 19, mencionado en "Leyes justas y ajustadas en el Derecho Indiano.---" Algunas claves para comprender unos enunciados normativos integrados a una cultura jurídica diferente Por Ezequiel Abásolo Universidad Católica Argentina, web

⁸ Tau Anzoátegui, V. (1992). Casuismo y sistema, p. 316.

quedó destinado por la fuerza de las cosas a pervivir -aun parcialmente- más allá del agotamiento de sus fuentes, así también tuvo que recibir sus propios influjos de otras fuentes como la americana por ejemplo en este caso. Esto demuestra el carácter heterogéneo de nuestra juricidad.

Consecuencias

El chileno Lastarria⁹ consideró que la razón por la cual Latinoamérica no pudo entrar al progreso, fue por que los españoles no conquistaron la América para colonizarla como ocurrió en Estados Unidos, sino para apoderarse de sus metales preciosos. A este vicio, se unió el desprecio que sintieron por el dueño natural de la tierra americana quien junto con el "mestizo", "negro", "mulato", etc., tuvieron que soportar los trabajos más duros y degradantes, mientras los españoles y criollos se apartaban del trabajo y se enriquecían gracias a aquellos. En los países hispanos como el nuestro, la élite intelectual estaba dividida generalmente entre grupos tradicionales y conservadores, fuertemente identificados con la herencia española y católica, y los elementos modernizadores y progresistas, que rechazaban esa tradición, considerándola como feudal y retrógrada. Deseaban al mismo tiempo incorporar a la cultura nacional algo de la ilustración francesa, del racionalismo británico y del pragmatismo y empirismo norteamericano. Sin embargo, en la medida en que las presiones políticas y económicas asociadas al destino manifiesto de los americanos empezó a sentirse en su desarrollo, el sistema comenzó a cruji.

Las nuevas generaciones de intelectuales "latinos" se volvieron más críticos respecto al modelo cultural angloamericano. Sobrevino entonces una tendencia a "mirar hacia adentro", con el objeto de buscar las raíces culturales y la identidad, no en modelos extranjeros sino en sus propias sociedades, en su composición étnica e histórica. La búsqueda de raíces, de una identidad propia, en contraposición a la simple transposición y adaptación de modelos culturales franceses, británicos o norteamericanos a las circunstancias nacionales. Pero ya era tarde y la dominación se había enquistado. Así, se dio una profunda contradicción en este proceso de evolución cultural entre la búsqueda de una verdadera identidad "americana" y el

⁹ En 1860 publicó una novela fantástica en clave política, titulada *Don Guillermo*, que es la primera novela escrita en Chile.

casi desesperado anhelo de "progreso" y "modernidad". Esto último suponía deshacerse de las trabas de un degradante pasado colonial y feudal para acoger los valores y las instituciones importadas de Europa y Estados Unidos. A su vez, la búsqueda de una verdadera identidad americana significaba el rechazo a los modelos extranjeros impuestos de manera artificial y la elaboración de lo que podría llamarse una "cultura nacional". Esta contradicción ha caracterizado la historia cultural de América Latina por siglos y permanece aún en el centro de los grandes debates culturales de la actualidad. Otra de las contradicciones importantes en este proceso se fue dando entre la necesidad de una cultura nacional, por un lado, y la integración a una cultura regional o continental, por el otro. Mirar hacia adentro no sólo significó el rechazo a modelos extracontinentales -aun cuando estos modelos no fueron nunca realmente rechazados- sino, por el contrario, activamente incorporados y absorbidos por la cultura latina a lo largo de un proceso que ha representado ambigüedades permanentes y persistentes en el desarrollo de su cultura. Mirar hacia adentro significó también, subrayar lo distintivo de lo nacional frente a los rasgos culturales comunes compartidos con otros países. Esta situación, sin embargo, no fue de ninguna manera producto de decisiones subjetivas o arbitrarias por parte de las élites culturales del continente, sino el resultado de la fragmentación política y cultural que tuvo lugar tras el resquebrajamiento del imperio español. Tres siglos de dominio colonial habían creado en América Latina una estructura económica y una administración política fuertemente centralizadas, cuyo principal éxito había sido, sin embargo, incorporar regiones dispares en una red de unidades funcionales interrelacionadas. Había más contacto e intercambio entre las provincias americanas del imperio español durante la época colonial, que entre los Estados independientes de la región durante el siglo XIX y principios del XX: Contrariamente a lo que ocurrió en los Balcanes un siglo más tarde cuando, después del resquebrajamiento de los imperios otomano y austro-húngaro, cada una de las naciones preexistentes pudo finalmente establecer su propio Estado, en Latinoamérica los nuevos Estados fueron a menudo creados para satisfacer las ambiciones de líderes políticos o militares, o de pequeñas camarillas económicas dominantes, y la tarea de formar una nación que diera contenido y sustancia a ese cascarón político y militar fue dejada para después. La elaboración de una cultura nacional se transformó en un objetivo primordial de los nuevos Estados de América

Latina, una vez que se apaciguaron los desórdenes políticos del periodo pos-independentista y que pudo alcanzarse cierta estabilidad económica. Tres razones primordiales sustentan la importancia de este objetivo. En primer lugar, era necesario legitimar el poder político. Los dirigentes de las distintas facciones revolucionarias, los dictadores militares, los caciques regionales empujados por las circunstancias a desempeñar papeles de importancia nacional, los falsos "emperadores" autoinvestidos y los representantes electos por el puñado de "notables" que controlaban el proceso político durante el periodo de Independencia -es decir, más o menos durante todo el siglo XIX-, necesitaban más que los atavíos externos de autoridad para dejar su huella en la historia. Hablaban y actuaban en nombre de la "nación" o del "pueblo", esa entidad abstracta que, de hecho, aún no existía. Necesitaban una nación en cuyo nombre pudieran legitimar el poder que habían obtenido, en cuyo nombre pudieran tratar como iguales a otros Estados, y para cuyo beneficio y bienestar habían sido electos, designados, ungidos o llamados por el pueblo a hacer una revolución. De tal manera que allí en donde había un Estado, tenía que haber una nación, y en donde había una nación debía existir una cultura nacional. Las élites intelectuales recogieron ese guante. En segundo lugar, la construcción nacional era importante porque tras el desmembramiento del imperio español en América, los nuevos y aún débiles Estados eran fácil presa para las ambiciones expansionistas e imperialistas de británicos, franceses y norteamericanos. Si ninguna de estas potencias fue capaz de establecer un dominio formal y permanente sobre las naciones latinoamericanas, ello se debió fundamentalmente a las rivalidades existentes entre ellas mismas (y la unilateral Doctrina Monroe de Estados Unidos), y se originaron formas indirectas de dominación política y económica sobre los nuevos Estados en vez del dominio colonial directo. El nacionalismo y la cultura nacional devinieron poderosos instrumentos destinados a fortalecer a los nuevos Estados ante las ambiciones de imperios extranjeros y de vecinos hostiles. No hay duda respecto al hecho de que países como Paraguay, Perú, Ecuador, Colombia, Chile, Bolivia, Guatemala, Panamá y México desarrollaron y fortalecieron su conciencia nacional a raíz de su resistencia ante las invasiones extranjeras que sufrieron, o bien como resultado de guerras con estados vecinos y de su rechazo a ser incorporados en unidades políticas más amplias. En tercer lugar, el desarrollo de la conciencia nacional y, con ello, de la

cultura nacional, se transformó en una cuestión imperativa para la construcción del aparato de estado (administración pública) y de la economía nacional (desarrollo económico). Y es aquí en donde encontramos la tercera contradicción importante en la evolución cultural de las naciones latinoamericanas como la nuestra. Es la que existe entre el concepto de cultura nacional, tal como ha sido adoptado por las élites intelectuales y políticas, y la cruda realidad de estructuras sociales y económicas fragmentadas, desintegradas y sumamente polarizadas, así como, en algunos países, una composición de la población altamente diferenciada en términos étnicos y culturales. Algunas veces pareciera cristalizarse un proyecto histórico nacional, haciendo converger esa "voluntad" nacional o popular tan anhelada por los nacionalistas románticos del siglo XIX. Pero más a menudo la "cultura nacional" representaba los deseos coherentemente articulados de la clase dominante, heredera de la administración colonial y desesperada de desarrollar mecanismos destinados a excluir del aparato político a las masas populares llámese mestizas, indias, etc.

Para consolidar todo ello se necesitó la sanción de una Constitución, leyes que contuvieran y legitimaran el poder construido hasta ese momento, pero a costa del brillo y del esplendor de las minorías con sus idiomas, costumbres, tradiciones, cosmovisión, producción artística y organización social.

En definitiva, nuestro país posee todos los recursos necesarios para avanzar hacia prácticas más sustentables, se requiere acuerdos entre gobiernos, sector privado y ciudadanía. Se requiere de un trabajo holístico, integral, inclusivo, con la participación de todos los sectores y todos los actores.