



REVISTA DE DIFUSIÓN ACADÉMICA

ISSN 2718-6318

Año III | Número 12 | Diciembre 2022

Derecho Indiano versus Derecho de los Guaraníes en la época de la Conquista Española

Víctor Martín Bruzzoni ¹

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.

Introducción

Hace aproximadamente 10.000 años, durante el período Neolítico, se produjo quizá la principal revolución económica y social de la historia de la humanidad. En distintos puntos del planeta, hombres y mujeres lograron desarrollar, aunque de manera incipiente la agricultura y ganadería, descubierta después en forma independiente en América. La propiedad privada y el Estado, las dos instituciones más importantes, originó complejas estructuras sociales jerárquicas que evolucionaron y que mantuvieron gracias al prestigio, el respeto religioso y la amenaza de imperios transatlánticos. Los monarcas desarrollaron estrategias para concentrar poder y amasar fortunas. Pero ello, trajo infortunios sufridos hasta la actualidad: desigualdad social y económica.

Se produjo el descubrimiento de América: un encuentro de diferentes mundos preexistentes. El 12 de octubre de 1492 tuvo un significado político, social civilizatorio y universal, distintivo. Se supuso un nuevo orden mundial, de allí el significado del “descubrimiento”. Por una parte, Europa tuvo que redefinir sus fronteras de expansión económica; y, por la otra, se inició un sistema sociopolítico de explotación novedoso. A partir de esta realidad, mientras en Europa el feudalismo estaba concluyendo y comenzaba el precapitalismo, el control político de las tierras ubicadas en el lejano y medio oriente denominado “América” así llamada por el conquistador, representaba la oportunidad de nueva dominación: un nuevo orden concéntrico donde los países periféricos dependen de las decisiones de los centrales. Esta relación denominada “colonialismo” pervive aún en las instituciones y la estructura social de América Latina. La conquista se movió entonces en dos campos definidos y antagónicos. Para Europa, se logró exportar del mundo civilizado los avances científicos y las “supuestas” instituciones modernas; para los pueblos sometidos por la fuerza, un lento proceso de asimilación institucional e ideológica. En realidad, ocurrió una invasión y exterminio físico y cultural que luego continuaría por idiosincrasia de la época. Los pueblos de la América India se resistieron y la Colonia presentó tensiones de orden político y social que concluyeron con movimientos independentistas. Por una parte, la Corona española intentó imponer su poder y su sistema de privilegios, esencialmente a través de las “Leyes de indias” que

analizaremos y, los pueblos indígenas, resistieron en la medida de sus posibilidades y variadas estrategias. Algunas veces reaccionando violentamente y otras, usando las mismas instituciones opresivas para darles distinto significado político y social. Lo cierto es, que a partir de varios procesos que comenzaron desde el inicio de la Conquista los pueblos naturales prehispánicos fueron perdiendo humanidad, libertades, participación política y derechos.

Hechos históricos, los cronistas de la colonia

Paraguay fue descubierto en el año 1524 por el adelantado español Alejo García, formando la “Provincia Gigante de las Indias”. En cambio, la primera fundación de la Ciudad de Buenos Aires tuvo lugar el 3 de febrero de 1536, es decir, 20 años después del descubrimiento del Río de la Plata por Juan Díaz de Solís. Entre el descubrimiento y los siguientes hechos históricos, los nombres más conocidos de aquella época fueron Sebastián Gaboto, Pedro de Mendoza, Garay, Solís, Alvar Núñez Cabeza de Vaca, Juan Salazar de Espinoza, Juan de Ayolas, Domingo Martínez de Irala y otros. Fueron gravitantes en la actuación de la fundación de fuertes y pueblos que levantaron en alianza con las comunidades indígenas, en esta zona, con Indios Carios guaraníes.²

Uno de ellos el capitán Juan de Ayolas, explorando el río Paraguay erigió el Fuerte “Corpus Christi”, el 15 de junio de 1536. Continuó por el mismo río donde fundó otro fuerte el de “La Candelaria”, zona en la cual quedó su lugarteniente, Martínez de Irala. Desde allí, Ayolas se dirigió a buscar la Sierra de la Plata y, en Bolivia, recogió un gran botín con el que regresó al fuerte, donde fue asesinado por los indígenas. Mendoza envió a Juan de Salazar y Espinoza a buscarlo. Cuando se enteró de lo acontecido a la expedición, Salazar fundó la casa fuerte “Nuestra Señora de la Asunción”, el 15 de agosto de 1537, con la idea que afianzar una cabecera para las expediciones que recorrían la zona. Se ubica cercana a la bahía en la desembocadura del río Pilcomayo en el río Paraguay. Regresó a Buenos Aires para notificar lo sucedido al Adelantado. Cansado y enfermo Mendoza

² (Boletín Informativo, 13-11-16, “Breve reseña histórica del Paraguay”, Cultura Paraguaya.)

delegó su autoridad en Martínez de Irala y decidió regresar a España. Falleció en el trayecto.³

¿Qué más sabemos?

Que de esta primera expedición dio testimonio Ulrico Schmidel en sus escritos “Viaje al Río de la Plata”, considerada la primera crónica de viaje de carácter testimonial. (Web “Biografías y Vidas, Enciclopedia biográfica en línea”). En relación con la acción bélica, en forma abreviada, Ulrico expresó:

“...los indios asaltaron nuestra ciudad de Buenos Aires con gran [poder](#) y [fuerza](#). Eran como veintitrés mil hombres, y pertenecían a cuatro naciones, una llamada Querandís, otra Guaranís, la tercera Charruás, la cuarta Chana-Timbás. Tenían la intención de matarnos a todos, pero Dios Todopoderoso no les concedió tanta gracia, aunque consiguieron quemar nuestras casas, pues estaban techadas con paja...Mientras parte de los indios marchaban al asalto, otros tiraban sobre las casas con flechas encendidas, para que no tuviéramos [tiempo](#) de atender a ambos y salvar nuestras casas...” (Padula Jorge E., Letralia, Tierra de Letras, 2006, Año XI, n° 148, “Un periodista sin periódico”)

Los primeros testimonios de las conquistas de dos grandes territorios, México y del Río de la Plata, son relatados por dos simples navegantes, quienes dieron su visión sobre los acontecimientos que vivieron. Desde su perspectiva personal, cuentan sus impresiones en primera persona en un estilo castizo peculiar. Tanto Bernal Díaz del Castillo como Ulrico. Éste, en 1567, publicó en Baviera el texto que relata sus vivencias en lengua mezcla de alemana, hispana e indígena.

Eran simples soldados, sin la cultura de los grandes capitanes, adelantados y clérigos que firmaron muchas otras crónicas, todos atraídos por supuestas riquezas en Las Indias. Quizas, hayan escrito para legitimar los proyectos de apropiación territorial. Esa potente noción proyecta una situación contemporánea hacia un pasado inmemorial, que se nutría del lenguaje exagerado y parcial de las fuentes coloniales.

³ Boletín Informativo”, 15-8-21, Consulado del Paraguay, Fundación de Asunción “Madre de Ciudades”)

Seguimos: Domingo Martínez de Irala gobernó la actual capital de Paraguay, lugar que convierte en el primer asentamiento permanente del Río de la Plata. Ordenó despoblar Buenos Aires y concentrar a los habitantes en Asunción, que durante años fue Capital de la región virreinal. Desde esta base, los conquistadores españoles fueron controlando gradualmente el territorio comprendido entre los ríos Paraná y Paraguay.

Allí conoció Álvaro Núñez las noticias sobre la muerte de Ayolas (el gobernador dejado por Mendoza), el abandono de Santa María del Buen Ayre (Argentina), la huida de la colonia española, y el traslado de población de la capital a Asunción (Paraguay). Decidió entonces, tras enviar expediciones de reconocimiento, llegar por tierra hasta Asunción siguiendo la ruta que había abierto Alejo García, quince años antes.

Los primeros cronistas de Indias se enfrentaron a un mundo insólito por desconocido. Hombres de comienzos del Renacimiento todavía vinculados a la Edad Media influenciados por la religión, las leyendas, los libros de caballerías, los mitos y los libros de viajes. La unión y mezcla de todos los géneros más otros como tratados y discursos, contribuyen a que la crónica colonial se convierta en un género híbrido, parcial en su análisis de época.

Se moviliza la confluencia de voces hispanas y prehispanas: todo en un enriquecimiento mutuo propiciado por la invasión, por la conquista. La literatura inyecta sus propios tónicos verbales y corre paralela al contenido legal. Posibilita el asomo de un tipo literario más integrador. Basta releer a los historiadores oficiales de Indias: Díaz del Castillo, López de Gómara, Fernández de Oviedo, para corroborar hasta qué punto la realidad de un mundo nuevo había movilizado el enriquecimiento de la lengua.

“En cualquier caso, se trata de un mestizaje lingüístico tan natural, ideológico y prolífico como el de la sangre, similar en cierta manera al sincretismo religioso aplicado férreamente. Algo que realmente solo ocurrió en el ámbito social y cultural único de la conquista de América por parte de españoles y portugueses y que constituye un paradigma histórico: el más digno fundamento de una coexistencia

que prevaleció a pesar de tantos expolios culturales, atropellos doctrinarios, desmanes sin cuento.”⁴

Diferencia en los derechos

Hablar del derecho indígena es hablar de algo consuetudinario, solo superado por la fuerte presión del derecho escrito romano y español. La influencia del derecho indígena en el indiano fue tan grande, que se consideró de manera supletoria para los locales. Altamira analizando esta cuestión, insinuó dos hipótesis: por un lado, afirma que la legislación indiana empleó con frecuencia la voz costumbre para designar el fenómeno consuetudinario, y, por otro, señala que para mencionar este hecho se utilizaban términos como uso, usanza, estilo, orden, etc. (Altamira, Rafael “La costumbre jurídica”, 1903, pág. 31.)

La base para la aceptación de la costumbre debe buscarse de la contradicción existente en el propio Corpus Iuris Civilis: mientras que Julianus defendía que las leyes podían ser abrogadas no solo por la decisión del legislador, Ulpiano por el contrario, afirmaba que la “Diuturna consuetude” toma el lugar de la ley. (JULIANUS, In fine, D.I.3.32. “ Código V TII, 53.2)⁵

Los historiadores del derecho indiano no han entrado de fondo en el estudio del Derecho indígena, aparte de su dificultad porque excede con mucho su ámbito de conocimiento. Pero esta limitación, debe ser superada en cuanto implica negar la evidencia del conocimiento del origen de la influencia de la costumbre en el Derecho Indiano. ¿Como sería posible conocer el Derecho natural y como negarnos a conocer el Derecho romano del que pasó hacia tiempo? Lo mismo acontece entre el Derecho indígena e indiano.

García-Gallo fue quien realizó el aporte más importante para el conocimiento del Derecho indígena, al menos como punto de partida para estudios más modernos, afirmando que el derecho consuetudinario no se ha enfrentado con las leyes de india, ha coexistido con ellas.⁶

⁴ (Ferrás Graciela Liliana, “Ricardo Rojas: “Mestizaje y alteridad en la construcción de la sociedad argentina”, 2010, págs. 9-36.- Rev. Sociedad y Economía No. 18.-)

⁵ Fernando Suárez “La costumbre indígena en el derecho indiano”. (Autor Cit. págs. 123 y 125

⁶ (García -Gallo, “Génesis y desarrollo del derecho indiano”, pág. 125.)

Las fuentes que permiten estudiar la costumbre indígena son fundamentalmente dos: la influencia que directa o indirectamente haya podido recogerse en el Derecho Criollo y la antropología que, a través del estudio de las costumbres y modos de vida de los pueblos indígenas, permiten dilucidar sus auténticas prácticas jurídicas.

Otro de los que más importancia dio al Derecho indígena fue Solorzano. Destacaba la riqueza y diversidad de las costumbres, que “no menos diferentes suelen ser”. Especialmente, invoca las prácticas del derecho consuetudinario, atribuyéndoles fuerza legal en cuanto a los servicios que podían prestar los indios.⁷

Confrontación entre el derecho positivo y el natural

El derecho natural prescribe conductas que se consideran valiosas y positivas en sí por su sola existencia, mientras que el derecho positivo regula conductas que adquieren valor debido a la propia calificación y producción que el derecho hace de ellas sus representantes.

El derecho natural no es más que una parte de la ética y la negación positivista de la existencia del derecho natural. Se basa en la negación del conocimiento y sentido de la ética. Así sucedió con el “derecho de indias” al considerar al aborigen “miserable”. Los conquistadores ignoraron que los principios del derecho natural indígena llevan implícito la idea de justicia que engendraba a través de la costumbre; aunque un orden jurídico positivo es un orden netamente empírico creado e impuesto por el legislador pero que no hace referencia a la validez de la norma que se aplica.)⁸

El mismo Ricardo Levene, en su “Introducción a la Historia del Derecho indiano”, obra mencionada en el párrafo nº 250 de la Metodología de García-Gallo publicada en el año 1924, escribía que «el Derecho indígena sobrevivió después de la conquista española e inspiró la legislación indiana más de lo que

⁷ (Don Juan de Solorzano Pereyra, 1703, “Político indiana, Amberee, pág. 109.)

⁸ (Alf Ross, “El concepto de la validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, pág. 212 y sigs.

comúnmente se admite».⁹ Y también que: «se advierte le enorme influencia ejercida por el despliegue de las costumbres de los naturales de América, si se tiene presente que no pocas instituciones legisladas por España se refieren sustancialmente a modalidades típicas de la organización de los indios», señalando, por ejemplo, que «el régimen tributario impuesto a los indios por los españoles se erigió sobre la base de la organización existente» . (Idem págs. 35-36.)

En suma: se ha desarrollado al lado del derecho legal un tipo de derecho que es consuetudinario cuya importancia no es licito desdeñar.¹⁰

Por último, no debemos olvidar la influencia del derecho indígena en la emancipación criolla como forma de cortar el cordón umbilical entre el extranjero y el Río de la Plata. Ello no tuvo oficialmente reconocimiento histórico. Pero en realidad, ¿cuáles eran esos derechos que se aplicaron en la Colonia? Veamos.

El Derecho Indiano de la Conquista

El poderío material, la gloria, las riquezas, los honores y recompensas no sólo podían alcanzarse, a través del desarrollo de un tipo de justicia que convierta la ocupación española en duradera, agradable a los ojos de Dios y de la Corona. Este sentimiento, apareció desde un comienzo en el Estado hispano y fue trasplantado a América como continuación del que imperaba en la Península Ibérica a pesar de sus crisis internas. Para comprenderlo, es preciso conocer la trascendencia e importancia que el imperio español le otorgó a la justicia en el territorio de las Indias. Fue colocada por encima de todas las virtudes, puesto que la comprende y perfecciona y, por encima de los demás fines que el Estado podía ambicionar. Sabían los españoles que la libertad o la riqueza sólo se afirma en un régimen justiciero y bajo el imperio de la ley. El prestigio o la grandeza de la monarquía aspiraba a crear un orden justo. El carácter legalista de los reyes de la España imperial, acentuado por la desconfianza que siempre le tuvieron a sus autoridades delegadas lo imponía en la época.

⁹ (Autor cit., "Introducción a la Historia del Derecho indiano", pág. 34, Idem págs 35-36

¹⁰ . (Web, OTS CAPDEQUI, J. M., "Historia del Derecho español en América y el Derecho indiano", pág. 88.)

Surgió así un tipo de justicia en el Virreinato, tímido en sus inicios, vacilante durante todo el siglo XVI, inspirada en las normas de los antiguos derechos común y medieval castellano. Tardó más tres siglos en desarrollarse. La ley es hija del suplicio. Su aplicación se convirtió en modelo y reconocimiento de poder. Nació, formalmente, tres meses y medio antes de que Cristóbal Colón zarpara del puerto de Palos de Moguer en su primer viaje de descubrimiento y fue esencialmente de derecho público. Intentaba administrar los gobiernos temporal y espiritual en las Indias, ajustando la vida de los pobladores a sus fines económicos, religiosos, ideológicos y políticos. En el derecho privado, solo rigió en temas muy puntuales: el domicilio, la estabilidad familiar, el orden sucesorio, es decir, aquello que le interesaba solo a la doctrina católica. Fue casuista como todos los de su época y particularista en contraste con la Europa legal, lo que provocó un fuerte “desviamiento de la vida política”.

Entregada para su aplicación en el año 1635, la “Recopilación de Leyes de Indias”, no era más que un conjunto de disposiciones legislativas (ordenanzas, reales cédulas, instrucciones, capítulos de carta, bulas y autos acordados, capitulaciones, decretos, reglamentos y todo tipo de mandamientos de gobernación) que promulgaron los monarcas españoles o sus autoridades delegadas (virreyes, por ejemplo), tanto en España como en América. Era aplicada con carácter general o particular en todos los territorios de las Indias Occidentales. Estuvo compuesta por 7.308 leyes, principalmente Reales Cédulas. La abundante legislación era contradictoria y ajena a la realidad social de la región impuesta. Su fundamento: para el buen gobierno en el Nuevo Mundo. Como se advierte en sustancia, la Recopilación estuvo inspirada en el modelo de tradición romanista-canónica. Previamente fue sometida a múltiples discusiones, revisiones e incorporaciones de disposiciones y, finalmente, fue promulgada en 1680 por el rey Carlos II para regir en todos los dominios de ultramar de la Corona. La particularización como se dijo constituyó la regla. Ello originó, el hecho que, ante el cúmulo de disposiciones dispersas, tratara de “estructurar la vida jurídica de los territorios con visión uniforme”. Al carecerse de un plan político, el derecho indiano fue una legislación de ensayo y error producida esencialmente por los virreyes y demás funcionarios que dieron luz a un derecho indiano paralelo “a la criolla”, a causa del dictado de normas locales adecuadas a las

distintas necesidades imperantes. Es decir, lentamente se transformó hasta llegar a integrar las peculiaridades del Nuevo Mundo descubierto.

Su objetivo primordial fue la “evangelización de los naturales”. La procuración de la salvación eterna de las innumerables multitudes de paganos, descubiertos en la conquista por españoles y portugueses. Preocupación, que quedó asentada con carácter obligatorio en las llamadas “Bulas Alejandrinas” (en especial la segunda: “Inter Caetera”), que se reflejó, más tarde, en la legislación indiana.

Los juristas y teólogos españoles de la primera mitad del siglo XVI, dieron lugar a una polémica de alto nivel que involucró varios problemas: el de la validez de los títulos de dominio que tenía España sobre los territorios descubiertos y posteriormente conquistados (polémica de los justos títulos); el de la condición jurídica que debía dársele a los indígenas; y la posibilidad de hacerles la guerra, en caso de que éstos no quisieran ser sometidos ni cristianizados. Era una preocupación no sólo por la religiosidad imperante de la época, sino también por la fuerte contribución económica de la iglesia católica, por ejemplo, la Donación Pontificia del Nuevo Mundo hecha por el Papa Alejandro VI a los Reyes Católicos.¹¹

Efectuada poco tiempo después del descubrimiento, quedó reconocida en el marco del Derecho Común europeo a través del “Tratado de Tordesillas”, año 1493.

Por último, completaba las lagunas y ausencias producidas dentro de una norma específica con legislación de valor supletorio como “Las Siete Partidas” del rey Alfonso XI de Castilla (siglo XIV). En ellas, las costumbres indígenas se incorporaron también “secundum legem”, es decir como “miserables” del derecho. -

En la Europa del medioevo, existieron dos corrientes político-ideológicas encontradas. Por un lado, la corriente cesarista que postulaba la supremacía del poder civil. Por el otro, la teocrática que quedaba su ejercicio al sumo pontífice, la autoridad más alta tanto en el orden espiritual como en el temporal. Esta última, fue la que prevaleció en España después de un sinfín de cuestionamientos,

¹¹“(Frank Aspe Figueroa, “Historia del Derecho: “La práctica hace al maestro”)

estudios, alegatos y juntas que pasaron a la historia con el nombre de “Juntas de Valladolid”, y que tuvieron la influencia de personajes de la talla de Bartolomé de Las Casas, Juan Ginés de Sepúlveda, Domingo de Soto, Juan López de Palacios Rubio, Francisco de Vitoria y otros. La conclusión a que llegaron fue que dichas “bulas alejandrinas” constituían, aunque no el único, si el mejor título que poseía Castilla para justificar sus dominios sobre el Nuevo Mundo, no sólo en fundamento sino también en justificación de la conquista. El tema se actualiza, al margen, en el año 2022, un grupo de indígenas canadienses antes de la misa papal del perdón, desplegaron una pancarta en francés, en el cual le solicitaban al actual Papa Francisco, rescindiera la “doctrina del descubrimiento” compuesta de una serie de bulas papales vigentes del siglo XIV (años 1455 y 1493 de los Papas Nicolás V y Alejandra VI), en el cual bendecían la apropiación “*terris nullis*” (tierras de nadie), confiscadas a los nativos indígenas. (Cabrejas Cristina, Artículo Periodístico, Diario “El Día” de La Plata, 29-7-22)¹²

El Derecho Indígena

“Que se guarden las leyes que los indios tenían antiguamente para su gobierno, y las que se hicieren de nuevo. Ordenamos y mandamos, que las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía, y sus usos y costumbres observados y guardados después que son cristianos, y que no se encuentren con nuestra sagrada religión, ni con las leyes de este libro, y las que han hecho y ordenada de nuevo, se guarden y ejecuten...”¹³

La situación jurídica del indígena americano tiene su punto de partida en su consideración como persona, noción que estuvo en la base del establecimiento de su condición de vasallos libres de la corona de Castilla. En efecto, desde el reconocimiento de la condición de vasallaje, recogida en la Real Cédula de 1503, hasta su ampliación en las Leyes de Burgos de 1512, que asimilaron a los naturales a “personas menores” del Derecho Común, vasallos libres implicó el establecimiento de una igualdad jurídica fundamental en el mundo indiano, en forma independiente de lo étnico y cultural, motivada justamente por el

¹² (Frank Aspe Figueroa, “Historia del Derecho: “La práctica hace al maestro”)

¹³ Gomez Bernal Beatriz, “El Derecho Indiano, clasificación y características”, Revista de Ciencia Jurídica, año 4 n° 7, pág. 183, Rec. Indias, II.I.4

reconocimiento del señalado carácter ‘personal’ de los naturales. Los conquistadores evaluaron al indígena por sus carencias: sociedad sin estado, sin escritura, aparentemente sin historia. Esta desigualdad jurídica conllevó la aplicación de la distinción estamental castellana, de modo tal que los caciques fueron reconocidos como nobles y el resto al común, el vasallaje estableció un vínculo directo de los indígenas con el Rey, al igual que con todos los otros habitantes de la sociedad indiana, aunque en el caso de los naturales, esa relación estuvo signada por su consideración como personas “miserables en derecho”, es decir jurídicamente incapaces y por tanto comparables con las viudas y los huérfanos de la época. Ello también por considerar que eran paganos y practicaban la brujería. Aunque el solo propósito de la clase dominante fue en la letra, dictar legislación para intentar protegerlos de los abusos, pero “el derecho indígena siempre se ha considerado como no indiano”.¹⁴

La brujería cuya discriminación era imputada a los indígenas por los conquistadores, no era más que una transgresión que tuvo que ver con el ámbito espiritual y las creencias específicas de las comunidades indígenas, dentro de las cuales juegan un papel importante la existencia de ancianos, brujos o chamanes, producto de las construcciones socio-culturales que tiene como fin último mantener el equilibrio del sistema social, entre lo permitido y las anomalías del alma...Estos casos, tenía lugar cuando se reconocía a una persona, hombre o mujer de tener poderes sobrenaturales (mbaekua) “mágicos”. La decisión respecto a si la comunidad debe o no juzgar a este tipo de personas, se tomaba a través de las consideraciones que puede realizar el ipayeo, persona que gozaba de poderes sobrenaturales, pero los utiliza para hacer el bien al prójimo. Se podía corroborar esta decisión, por intermedio de los sueños que tienen las personas en los que puede aparecerse la figura del mbaekua. Esto ratifica la dimensión sobrenatural de esta transgresión, que no solo transcurre en un plano de realidad distinto al indiano, sino que para su identificación también se debe recurrir al ámbito espiritual. Por todo esto, se trató de una transgresión difícil de comprobar, razón por la cual se solucionaba de forma muy reservada, sin ley.

¹⁴ (García-Gallo, Alfonso, 1970, “Metodología de la Historia del Derecho indiano”, Santiago de Chile, págs. 19-20, parágrafo 11)

La figura del chamán constituyó junto al mburuvichá una estrecha dualidad de poderes coordinados, si bien a este correspondía convocar una agrupación de gente con el objeto de llevar a cabo levas migratorias en busca de nuevas tierras o de ofensivas periféricas, las decisiones debían siempre estar respaldadas por la aprobación del chamán, quien a través de su nexo con lo sobrenatural podía predecir el éxito o fracaso de las empresas a realizar. Mantenían poder de resolución de conflictos y de articuladores con la justicia común, aunque ello no está comprobado.¹⁵

La justicia indígena, tenía dos “niveles” de aplicación a su comunidad. Un primer nivel, era el tratamiento del caso entre autoridades comunales y los implicados.

El segundo nivel, se trataba de procedimientos para la resolución de conflictos graves que estaba ejercida por la autoridad comunal y directiva (lo constituía “un espacio donde hombres y mujeres, comunarios y comunarias, tomaban decisiones para mejorar la calidad de vida de sus habitantes. En este espacio se planificaba la realización de trabajos, se organizaba y definía responsabilidades de los comunarios, se coordinaba entre comunarios y con otras instituciones y, también se solucionaba problemas interfamiliares e inter-comunales). Tenía como misión convocar a ambas partes y escuchar el conflicto para luego tomar una decisión. Las sanciones eran de orden moral, explicándole al implicado que sus acciones estaban afectando la imagen de la comunidad, de su familia y del mal ejemplo que les están dando a sus hijos y los demás jóvenes. Es decir, la justicia indígena se juzgaba con amor (mboroaiu) y no con odio o venganza. Contrario de los españoles que habían traído una justicia punitiva.

En consecuencia, la justicia indígena es fundamentalmente reflexiva, transparente, sin fisura, hecha a imagen de sus aspiraciones. Su finalidad se orientaba a generar una vida armónica, privilegiando el interés de sentirse bien colectivamente, de generar un clima de convivencia que posibilite la generación de paz y contribuya a materializar la buena vida comunitaria. Estos son elementos centrales que mantienen y fortalecen las normas de su convivencia. Cuando se

¹⁵ . Quelca Marcelo A. y Santiago Puerta, “Justicia indígena en tierras bajas: Comunidades guaraníes de Charagua”.

transgreden las normas de la comunidad con robo, daño a la vida de las personas u otros que traspasan los límites de convivencia, la justicia indígena castigos morales y reparadores como última alternativa. Además es colectivista, porque está fundamentada no solo en lo que el hombre comunitario apruebe, porque su fuerza reside en la naturaleza del hombre. Piensa al hombre no como individualidad sino como conjunto a diferencia del conquistador. La costumbre es ley: su obligatoriedad no depende de la legitimación escrita como la Recopilación. Hay en definitiva un derecho costumbrista y ancestral que se transmite oralmente. Vale más la palabra que lo escrito.

Estas fueron sus bases y la legitimidad de sus acciones. Para ellos, la moral inspira las reglas jurídicas y regula directamente algunas materias. Les resulta difícil separar la moral del Derecho. La importancia de la moral es mayor. Por el contrario, el derecho natural complementaba al derecho común, más cuando este último se impuso por la fuerza frente a nuevas situaciones de dominación. Su legitimidad proviene porque la justicia en forma preexistente formaba parte de la estructura organizativa de la comunidad expresada por transmisión.

Las leyes Nuevas del año 1542, a propuesta de Fray de Las Casas, en la que se declaró la regla general de protección a los indígenas, expresó:

“ordenamos y mandamos que, de aquí en adelante por ninguna causa de guerra ni otra alguna ... se pueda hacer esclavo indio alguno, y queremos sean tratados como vasallos nuestros de la corona de Castilla, pues lo son”. Que los indios sean libres y no sujetos a servidumbre”; “que sean castigados con rigor los encomenderos que vendieren sus indios”; “que los caciques y principales no tengan por esclavos sus sujetos”.¹⁶ Antes, se les reconoció lo que hoy se llamarían los derechos civiles, es decir, casarse con quien quisieran (1515), libertad de labranzas y ocupaciones, comercio libre a contento de las partes, tener mercados y testar. Los alcances e implicancias de tales nociones fueron perfilándose en la tarea teológico-jurídica de la época, ya de la Segunda Escolástica. -

¹⁶ (Libro VI, dedicado completamente a los indios en “Recopilación de Leyes de India”.)

Ahora bien, todo derecho proteccionista es discriminador. Sólo se ampara o protege a quienes considera inferiores. Así consideró España a los pobladores de las Indias y por eso les otorgó ese sistema jurídico tutelar. Para lograrlo echó mano de instituciones y figuras del “ius commune”. El caso que se cita con mayor frecuencia es el de la asimilación del indígena con el púber menos de edad del derecho romano quien, para ciertos efectos jurídicos era sometido a una especie de tutela: la cúratela del menor de 25 años.

El libro VI de la Recopilación de las Leyes de las Indias citado es el mejor ejemplo, aunque encontramos muchas más disposiciones legislativas protectoras de los indios a lo largo de la misma. Por otra parte, todo derecho proteccionista busca siempre la equidad. Quizás no entendida literalmente como la justicia del caso concreto, pero sí entendida con la finalidad de crear un estatuto jurídico que trate igual a los iguales y proteja a los que considere desiguales por pertenecer a segmentos distintos de la población. Como ya se ha dicho, en el derecho indiano fue la población indígena considerada desigual. De ahí, que se generara una amplísima legislación tendente a dominarla. Paralelo al indiano, hubo un derecho y también una literatura indígena auténtica, esencialmente no escrita por falta de adaptación, subestimación y difusión del discurso oficial dominante. Se componía de órdenes emanadas de las diversas autoridades por ejemplo de la comunidad guaraní así como de sus costumbres pre-existentes. La cultura de transmisión generacional es rica con diversas manifestaciones y ha ido fortaleciendo su identidad en el tiempo patrio.

Era aplicado el derecho indiano por ejemplo a los guaraníes en el Virreinato siempre que no vaya contra su derecho natural, la religión católica ni se atente contra los derechos de la Corona española. Es decir, limitada, sumida por el poder del ¿discurso? dominante. El derecho indígena, era entendido como la doctrina ética y jurídica que postulaba la existencia de derechos humanos fundados o determinados solo en la naturaleza humana. Propugnaba la existencia de un conjunto de derechos universales, anteriores superiores e independientes al derecho escrito, al derecho positivo.

Conclusión

Como consecuencia de lo dicho, el “indianismo” fue la fuerza centrípeta que surgió de los arcanos del territorio del Río de la Plata para nutrir con su salvia las venas “desiertas” de la Monarquía. Este desigual indianismo en el encuentro con el conquistador tomó la forma de “nacionalismo” y luchó contra el cosmopolitismo por la autonomía espiritual de las fuerzas activas del lugar contra las fuerzas exóticas. Aquí es donde, más allá de reconocer la necesidad y la inclusión de los “otros”, para la Constitución del “nosotros”, esta idea de una fuerza centrípeta, como fuerza activa llamada “indianismo” –genius loci del suelo ‘americano’– enfatiza un fundamento étnico de nacionalidad con el tiempo.

A lo largo del recorrido hispánico hubo un desencuentro -exprofeso-, entre lo indiano y lo exótico, entre lo autóctono y lo foráneo. Se advierte en la Colonia una cultura hegemónica por un lado (la del conquistador) y la del marginal (indiada) por el otro. Esta mezcla, que dibuja la particularidad de sus componentes entre naturales y europeos permitió una colonización jurídica no real, que luego históricamente con la mestización será fuente de grietas como “civilización y barbarie”, etc., que darán en la revolución emancipatoria -en parte, identidad al hombre del latino del sur.(Ferras Graciela L., “La desacralización del homo europeus”, 2010, en comentario “ Ricardo Rojas mestizaje y alteridad en la identidad”, Revista Sociedad y Economía n* 18, págs. 9-36). Diríase también que, con la Conquista, había nacido una nueva burguesía y un pronunciado militarismo. La “presunta” igualdad que se quiso imponer en las Indias se había esfumado.

Bibliografía primaria

Alf Ross, “El concepto de la validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural”, 2017, Mexico, reed., pág. 212 y sigs.

Altamira, Rafael “La costumbre jurídica”, pág. 31.

Web, Bejarano López Julia, “Las claves del arte popular: Ticio Escobar”, pág. 143)

Boletín Informativo, 13-11-16, “Breve reseña histórica del Paraguay”, Cultura Paraguaya.

Boletín Informativo”, 15-8-21, Consulado del Paraguay, Fundación de Asunción “Madre de Ciudades”

“Biografías y Vidas, Enciclopedia biográfica en línea”, Ulrico Schmidel en sus escritos “Viaje al Río de la Plata”

Bueno Wilson, “Mar Paraguayo”, ed. Interzona

Cabrejas Cristina, Artículo Periodístico, Diario “El Día”, 29-7-22.-

Don Juan de Solorzano Pereyra, 1703, “Político indiano, Amberee, pág. 109.

Web, Enriz Noelia, 2010 “Tomar asiento. La concepción y el nacimiento mbyá guaraní”.

Frank Aspe Figueroa, “Historia del Derecho: “La práctica hace al maestro”

Ferras Graciela Liliana, “Ricardo Rojas: “Mestizaje y alteridad en la construcción de la sociedad argentina”, 2010, págs. 9-36.- Rev. Sociedad y Economía No. 18

Ferras Graciela L., “La desacralización del homo europeus”, 2010, en comentario “ Ricardo Rojas mestizaje y alteridad en la identidad”, Revista Sociedad y Economía n° 18, págs. 9-36.-

García -Gallo, “Génesis y desarrollo del derecho indiano”, 1972, pág. 125, “Introducción al derecho indiano”

García-Gallo, Alfonso, 1970, “Metodología de la Historia del Derecho indiano”, Santiago de Chile, págs. 19-20, parágrafo 11.-

Gómez Bernal Beatriz, “El Derecho Indiano, clasificación y características”, Revista de Ciencia Jurídica, año 4 n° 7, pág. 183, Rec. Indias, II.I.4

Levene Ricardo, "Introducción a la Historia del Derecho indiano", obra mencionada en el párrafo nº 250 de la Metodología de García-Gallo, publicada en el año 1924,

Web, OTS CAPDEQUI, J. M., "Historia del Derecho español en América y el Derecho indiano", pág. 88.

Padula Jorge E., Letralia, Tierra de Letras, 2006, Año XI, n* 148, "Un periodista sin periódico"

Quelca Marcelo A. y Santiago Puerta, "Justicia indígena en tierras bajas: Comunidades guaraníes de Charagua".)

Rama, Ángel, 2002, "Ciudad Letrada", págs.. 51-52

"Recopilación de Leyes de India", Libri VI

Bibliografía consultada

B. Melià, "Del Guaraní de la historia a la historia del Guaraní", en: *El Paraguay inventado*. Asunción, Cepag, 1997, p. 31-39

Césaire, Aimé. 2006. *Discurso sobre el colonialismo*. Madrid: Akal.

Chakrabarty, Dipesh. 2008. *Al margen de Europa. Pensamiento poscolonial y diferencia histórica*. Barcelona: Tusquets.

Chukwudi Eze, Emmanuel. 2001. "El color de la razón: la idea de 'raza' en la antropología de Kant". En *Capitalismo y geopolítica del conocimiento: el eurocentrismo y la filosofía de la liberación en el debate intelectual contemporáneo*, compilado por Walter D. Mignolo, 201-251. Buenos Aires: Signo.

Dante Ramaglia "Revolución e indigenismo en la independencia de América del Sur" (2008).

De Oto, A. y Quintana, M. M. 2010. "Biopolítica y colonialidad. Una lectura crítica de *Homo sacer*". *Tabula Rasa* 12: 47-72. DOI : [10.25058/20112742.384](https://doi.org/10.25058/20112742.384)

Dussel, Enrique. 2000. "Europa, modernidad y eurocentrismo". En *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, compilado por Edgardo Lander, 41-53. Buenos Aires: CLACSO.

DOI : [10.19176/rct.v0i4.14105](https://doi.org/10.19176/rct.v0i4.14105)

Echeverría, Bolívar. 2010. *Modernidad y blanquitud*. México: Era.

Fanon, Frantz. 1973. *Piel negra, máscaras blancas*. Buenos Aires: Abraxas.

Fanon, Frantz. 2007. *Los condenados de la tierra*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Mignolo, Walter (Comp.). *Capitalismo y geopolítica del conocimiento. El eurocentrismo y la filosofía de la liberación en el debate intelectual contemporáneo*. Buenos Aires: Ediciones del Signo, 2001. [[Links](#)]

Mignolo, Walter. "El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura. Un manifiesto". En: Santiago Castro Gómez y Ramón Grosfoguel. *El giro decolonial Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007: 25-46. [[Links](#)]

Mignolo, Walter. "La opción decolonial: desprendimiento y apertura. Un manifiesto y un caso", *Tabula Rasa*, n. 8, enero-junio 2008: 243-281. [[Links](#)]

Mignolo, Walter. *La idea de América Latina. La herida colonial y la opción decolonial*. Barcelona: Gedisa, 2007. [[Links](#)]

Nicolás Casullo titulada *El debate modernidad posmodernidad* (1989).

Quijano, Aníbal. "Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina". En Edgardo Lander (comp). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2003: 201-246. [[Links](#)]

Quijano, Aníbal. "Colonialidad del poder. Cultura y conocimiento en América Latina". En: Walter Mignolo. *Capitalismo y geopolítica del conocimiento. El eurocentrismo y la filosofía de la liberación en el debate intelectual contemporáneo*. Buenos Aires: Ediciones del Signo, 2001: 117-137. [[Links](#)]

Ramaglia, Dante. "Revolución e indigenismo en la independencia de América del Sur". En: Rodrigo Páez Montalbán y Mario Vázquez Olivera. *Integración latinoamericana. Raíces y perspectivas*. México: UNAM, 2008: 73-98. [[Links](#)]

Said, Edward. *Cultura e imperialismo*. Barcelona: Anagrama, 1996. [[Links](#)]

Todorov, Tzvetan (2003) *Nosotros y los otros*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno editores.