

## Muerte y resurrección del derecho indiano sobre el aborigen en la Argentina del siglo XIX

*Por Abelardo Levaggi*

### 1. RUPTURA INICIAL: DECLARACIÓN DE LA IGUALDAD DE LOS ABÓRIGENES ANTE LA LEY COMÚN

Después de la Revolución de Mayo, que inició el proceso independentista en el Río de la Plata, las primeras declaraciones de las autoridades patrias estuvieron dirigidas a proclamar la libertad e igualdad de todos los indios. No me propongo, en esta ocasión, ocuparme de los motivos que decidieron a esas autoridades a tomar esa determinación. Me limito a señalar el hecho.

No se trató de una manifestación aislada, sino de varias declaraciones coincidentes en ese sentido, resumidas en la ley de la asamblea general constituyente del 12 de marzo de 1813, que ratificó el decreto del 1° de setiembre de 1811, que extinguiera para siempre el tributo que pagaban los indios a la corona de España, y que además declaró “derogada la mita, las encomiendas, el yanaconazgo y el servicio personal de los indios bajo todo respecto y sin exceptuar aun el que prestan a las iglesias y sus párrocos o ministros, siendo la voluntad de esta soberana corporación el que del mismo modo se les haya y tenga a los mencionados indios de todas las Provincias Unidas por hombres perfectamente libres, y en igualdad de derechos a todos los demás ciudadanos que las pueblan”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Emilio Ravignani, *Asambleas constituyentes argentinas*, I (Buenos Aires 1937), p. 24. En 1810 escribió uno de los protagonistas principales de la Revolución de Mayo, Mariano Moreno, acerca de las leyes de Indias, que tenían “un espíritu afectado de

protección y piedad hacia los indios, explicado por reglamentos, que sólo sirven para descubrir las crueles vejaciones que padecían, no menos que la hipocresía e impotencia de los remedios que han dejado continuar los mismos males, a cuya reforma se dirigían; que los indios no sean compelidos a servicios personales, que no sean castigados al capricho de sus encomenderos, que no sean cargados sobre las espaldas; a este tenor son las solemnes declaratorias, que de cédulas particulares pasaron a código de leyes, porque se reunieron en cuatro volúmenes; y he aquí los decantados privilegios de los indios, que con declararlos hombres, habrían gozado más extensamente y cuyo despojo no pudo ser reparado sino por actos que necesitaron vestir los soberanos respetos de la ley". "Sobre la misión del Congreso convocado en virtud de la resolución plebiscitaria del 25 de mayo": *Escritos políticos y económicos*, ed. La Cultura Argentina (Buenos Aires 1915), p. 275. La promulgación del decreto de 1811 fue comentada entonces por Juan Manuel Beruti, "Memorias curiosas": Senado de la Nación, *Biblioteca de Mayo*, IV (Buenos Aires 1960), pp. 3798-3799. La ley de 1813 estuvo inspirada en el decreto de las Cortes de Cádiz del 9 de noviembre de 1812, que aboliera la mita, los repartimientos y todo servicio personal. Vid. Carlos J. Díaz Rementería, "Las Cortes de Cádiz y el indio americano: las normas y su incidencia; el caso andino": *Revista del Instituto de Historia del Derecho "Ricardo Levene"*, 27 (Buenos Aires, 1990), pp. 79-97.

El proyecto de constitución elaborado por dicha asamblea general constituyente incluyó un artículo – el 177 – que decía: "Siendo los indios iguales en derechos y en dignidad a los demás ciudadanos del Estado, serán regidos por unas mismas leyes. Quedan abolidas las que so pretexto de protección, dejaban a estos primitivos americanos en un eterno y degradante pupilaje, a merced de sus atareadores. Queda igualmente extinguido toda tasa y servicio personal, bajo cualesquier pretexto, o denominación que sea. Las tierras de sus mayores, de las que tan solo un precario y oneroso usufructo han gozado hasta el presente, se repartirán en propiedad por suertes proporcionadas, a los padres de familia de las respectivas comunidades, sin más condición que la de cultivarlas. La asamblea constituyente formará inmediatamente los reglamentos necesarios, para que se les dé una educación bastante a ponerlos al nivel de las demás clases civilizadas, entretanto tomará las medidas más prudentes a establecer el buen orden y policía en sus poblaciones, la emulación en el trabajo e industria". José Armando Seco Villalba, *Fuentes de la Constitución Argentina* (Buenos Aires 1943), pp. 267-268. El art. 128 de la Constitución de 1819 prescribió, por su parte, que "siendo los indios iguales en dignidad y en derechos a los demás ciudadanos, gozarán de las mismas preeminencias y serán regidos por las mismas leyes" Vid.: Ricardo Levene, *Historia del derecho argentino*, IV (Buenos Aires 1948), pp. 95-97; Angel Rosenblat, *La población indígena y el mestizaje en América*, I: *La población indígena 1492-1950* (Buenos Aires 1954), pp. 38-44; Carlos P. López Piacentini, *El espíritu indigenista de la Revolución de Mayo* (Resistencia 1960); José J. Biedma, *Crónicas militares. Antecedentes históricos sobre la campaña contra los indios* (Buenos Aires 1975), pp. 151-154; y A. Levaggi, "Tratamiento legal y jurisprudencial del aborigen en el siglo XIX": Califano y otros, *El aborigen y el derecho en el pasado y el presente*. Coordinador: A. Levaggi (Buenos Aires 1990), pp. 245-248, y "La protección de los naturales por el Estado argentino (1810-1950): el problema de la capacidad": *Revista Chilena de Historia del Derecho* (Santiago, en prensa). La misma política se practicó en las demás repúblicas hispanoamericanas. Lucio Mendieta y Núñez, *Las poblaciones indígenas de América ante el derecho actual* (México 1935), pp. 62-66; y Guillermo Bonfil Batalla, "El indio y la situación colonial: contexto de la política indigenista en América Latina": *La situación del indígena en América del Sur*. Coordinación: Georg Grünberg (Montevideo 1972), pp. 21-28.

Aunque no lo decía expresamente la ley, la declaración de “igualdad de derechos a todos los demás ciudadanos” suponía, entre otras, dos consecuencias que me interesa destacar: uno, que además de los derechos de la generalidad de la población iban a contraer sus obligaciones, y dos, que al quedar sujetos a la legislación común, además de las cargas especiales que recaían sobre ellos, perderían todos los privilegios que hasta entonces les habían reconocido las leyes. Esos privilegios les habían correspondido en cuanto personas “miserables”, categoría jurídica en la que los había encuadrado el derecho indiano<sup>2</sup>.

Dicho con otras palabras, el primer acto de la Revolución fue derogar el estatuto particular construido por la corona de Castilla para los indios, con sus respectivos derechos y obligaciones, y, en virtud del principio de igualdad, someterlos a las mismas leyes que al resto de los habitantes. Omito, por ser ajeno al objetivo de este trabajo, analizar el concepto de igualdad que se invocó como fundamento de la decisión. Asimismo, me abstengo de considerar la relación entre las nociones de igualdad “formal” e igualdad “real” referidas a la persona del indio, como también las consecuencias prácticas que tuvo para él la derogación de su estatuto privilegiado.

Sí me interesa señalar cómo, no obstante esa ruptura inicial con el derecho indiano, con el aparente efecto de su desaparición y reemplazo por un derecho diferente basado en la igualdad total del indio con el blanco, ni esta igualdad tuvo la amplitud y fuerza que daban a entender las palabras, ni aquel derecho – o, al menos, sus principios – fueron desterrados para siempre del sistema jurídico patrio, como tendremos oportunidad de comprobarlo.

Lo que parecía ser un rechazo total y definitivo fue perdiendo vigor a medida que transcurrió el tiempo. En las últimas décadas del siglo afloró una tendencia inversa, que marcó el retorno a las fuentes indianas.

---

<sup>2</sup> Vid.: Constantino Bayle, “El protector de indios”: *Anuario de Estudios Americanos* II (1945), pp. 1–180; Venancio D. Carro, “El indio y sus derechos y deberes según Francisco de Vitoria”: *Revista de Indias* 24 (1946), pp. 253–269; Paulino Castañeda, “La condición miserable del indio y sus privilegios”: *Anuario de Estudios Americanos* XXVIII (1971), pp. 245–335; Charles R. Cutter, *The “Protector de Indios” in Colonial New Mexico, 1659–1821* (Albuquerque, New Mexico 1986); Alfonso García-Gallo, “La condición jurídica del indio”: *Estudios de Historia del derecho privado* (Sevilla 1982), pp. 167–177, Marta Norma Oliveros, “La construcción jurídica del régimen tutelar del indio”: *Revista del Instituto de Historia del Derecho “Ricardo Levene”* 18 (1967), pp. 105–128; y Carmen Ruigómez Gómez, *Una política indigenista de los Habsburgo: el protector de los indios en el Perú* (Madrid 1988).

Superado el conflicto ideológico al que había dado lugar la guerra de la independencia, la legislación española sobre el indio obtuvo el reconocimiento que en el primer momento de la Revolución le había sido negado. Se puede decir que el proceso histórico no siguió un curso lineal sino circular, que en parte lo llevó a “ritornare all’antico”.

## 2. RECONSTRUCCIÓN PAULATINA DEL ESTATUTO PARTICULAR: LOS TRATADOS CON LOS INDIOS

Las leyes patrias, unas veces en forma expresa y otras en forma tácita, acostumbraron a distinguir a los indios incorporados – así fuese parcialmente – a la vida civilizada, y que habitaban de fronteras adentro, de los que no habían abandonado su modo de vida originario, y residían casi siempre de fronteras afuera, manteniendo o no relaciones con los gobiernos y la población blanca (indios amigos o pacificados, y enemigos o rebeldes).

A esta segunda categoría de indios, las autoridades patrias, desde el principio de la Revolución, le aplicaron el método de la celebración de tratados de paz y amistad, tal como lo habían hecho anteriormente las autoridades españolas. Los tratados fueron, pues, una institución jurídica indiana que siguió vigente. Confirmando esa política, la constitución nacional, dictada en 1853, fijó entre las atribuciones del congreso el “conservar el trato pacífico con los indios” (art. 67, inc. 15).

Ya en 1811, el coronel Pedro Andrés García, que encabezó la expedición a las Salinas Grandes en busca de la sal, le escribió a su regreso al gobierno de Buenos Aires, que “nadie negará que los caciques podrán tratar libremente con nosotros y celebrar pactos valederos. Los caciques Quinteleu, Epumur y Victoriano nos ofrecen sus tierras, desean formalizar tratados, éstos no contendrán ninguna condición irritante, serán igualmente provechosos a los interesados. ¿Quién, pues, nos disputará la facultad de efectuarlos legítimamente? ¿Quién negará la justicia con que podemos rechazar las agresiones de cualquier tribu que intente perturbarnos en el goce de los derechos adquiridos por un legítimo y solemne pacto con los caciques amigos?”<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Oficio del 26. 11. 1811. Pedro De Angelis, *Colección de obras y documentos relativos a la Historia antigua y moderna de las Provincias del Río de la Plata IV*, (Buenos Aires 1969), p. 288. Vid.: Comando General del Ejército. Dirección de Estudios Históricos, *Política seguida con el aborigen (1750-1819) I*, (Buenos Aires 1973),

Los tratados se solían celebrar en medio de un “parlamento” al cual asistían los caciques por una parte, y el representante del gobierno por la otra. Uno de esos parlamentos se llevó a cabo el 27 de noviembre de 1819 en el paraje nombrado Manuel Mapu, distante de la ciudad de Buenos Aires de ciento ochenta a doscientas leguas en rumbo al oeste sudoeste. Participaron varios jefes de la nación ranquel, el comisionado gubernamental Feliciano Antonio Chiclana, y dos lenguaraces.

Después de un cambio de palabras, según informó Chiclana al gobierno, les significó

“que, en prueba de la amistad y unión con Buenos Aires, no debían dar entrada en su país a los españoles europeos, como a nuestros capitales enemigos que trataban de esclavizarnos; a lo que respondió Carripilón que comprendían las miras de los maturrangos, que sabían eran nuestros tiranos, a quienes jamás protegerían . . . Propuse . . . que, para que esta amistad fuese sólida, el gobierno supremo se comprometía a dar providencias para que algunos ladrones o malhechores de los nuestros no les robasen ni perjudicasen en sus haciendas; y que esto mismo les exigía en nombre del gobierno, pues teníamos repetidas experiencias de robos que los indios hacen en las estancias de nuestras fronteras . . .

Carripilón . . . contestó: que los caciques jamás consentían en los robos y que los ladrones eran indios sueltos que a ocultas de ellos robaban las fronteras; y que así, consentían en que el gobierno supremo diese orden para que se les persiguiese hasta matarlos; a lo que repuse que nuestro gobierno nunca entraría en hacer justicia por sí solo y que lo más acertado sería que ellos los aprehendiesen y remitiesen para castigarlos y escarmentarlos.

Propuse . . . que a consecuencia de la amistad y unión que se acababa de pactar, en ningún tiempo y por ningún motivo debía la nación ranquela auxiliar ni proteger a los montoneros que, como enemigos del orden, se habían sustraído de la obediencia y subordinación a nuestro gobierno; y que, por lo tanto, no debían sostener aquellos rebeldes, y sí contribuir a que el gobierno los castigase como merecían, en lo que convinieron los indios prometiendo no franquearles gente, ni cabalgaduras, ni permitirles existir en sus tierras.

Ultimamente propuse que, para estrechar la amistad y unión, convendría sacar las guardias; a lo que respondieron que de antemano ya habían convenido en que se pusiesen nuestras fronteras de la banda oriental del Salado. Repliqué que, no habiendo aguadas competentes al oriente del Salado, jamás podría allí verificarse población, y que era de necesidad que ésta se hiciese al oeste, la distancia de dos o cuatro leguas de las márgenes del río Salado. Sobre este punto discutieron los caciques largo rato y al fin convinieron en que se adelantasen las guardias de Luján, Salto y Rojas al

---

pp. 413–430. A los tratados con los indios les dediqué hasta ahora tres estudios, todos en prensa: “Aproximación a una fuente singular del derecho indiano: los tratados con los indios”: *Revista Chilena de Historia del Derecho*; “Tratados entre la Corona y los indios del Chaco”: *Homenaje a Don Ismael Sánchez Bella*, Universidad de Navarra, Pamplona; y “Tratados entre los gobiernos argentinos y los indios. Notas para su estudio”: *Revista del Instituto de Historia del Derecho “Ricardo Levene”*.

oeste del Salado, con tal que en ellas sólo se pusiese la fortaleza y algunas pulperías para comerciar con los indios, a quienes se les habría de auxiliar con cabalgaduras y carne. Con lo que se concluyó la sesión . . .”<sup>4</sup>

Otros tratados contemplaron el libre tránsito y comercio recíprocos, la devolución de cautivos, la formación de reducciones de indios, la incorporación de éstos al ejército con grados, uniforme y ración, etc.

No considero ahora la vigencia que tuvieron los tratados, y su violación por ambas partes. Su sola celebración puso de manifiesto que, pese a las declaraciones solemnes de igualdad, a lo menos los indios no asimilados recibieron un trato diferente al del resto de la población: se les reconocían sus autoridades, personería para tratar en un pie de igualdad con los gobiernos nacional o provinciales, su existencia como “nación” aunque ocupando territorio argentino, y se les aseguraban algunos derechos exclusivos.

Los juristas que se detuvieron a analizar la naturaleza de esa institución se manifestaron, generalmente, desconcertados. Parecían tratados internacionales pero no podían serlo – a su juicio – porque no se celebraban con otro estado. Manuel Augusto Montes de Oca reflexionaba que los indios no constituían una nación extranjera, ni podía imaginarse en la teoría o en la práctica, que dentro de los límites territoriales del estado existiese una nación con personalidad política en el derecho internacional. Su conclusión era que debían hacerse “simplemente, con el fin de atraerlos a la civilización; de incorporarlos a la sociabilidad argentina”<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Héctor Juliáñez, *Condición jurídica de los indios* (Buenos Aires 1896), pp. 64–65, nota; Rómulo Muñiz, *Los indios pampas* (Buenos Aires 1931), pp. 111–114; y Lorenzo Massa, *Historia de las misiones salesianas en La Pampa, República Argentina I* (Buenos Aires 1967), pp. 122–123.

<sup>5</sup> *Lecciones de derecho constitucional*. Notas tomadas de las conferencias del doctor M. A. Montes de Oca por Alcides V. Calandrelli, I (Buenos Aires 1917), p. 330. El ministro Francisco Ortiz trató de minimizar la importancia de los tratados al afirmar que no eran formales: “todos los convenios con ellos han sido verbales: darles una cantidad de animales, de alimentos, para que no dañaran o robaran a las poblaciones. Esos convenios, los han cumplido mientras han querido y mientras han sido bien atendidos, o mientras no se les ha presentado la ocasión de hacer una invasión . . . entre nosotros no ha habido ninguna clase de relaciones internacionales, diremos así, con los indios. No ha habido ninguna clase de tratados que los haya puesto en condiciones de beligerantes ni de naciones extranjeras”: Congreso Nacional, *Diario de sesiones de la Cámara de Diputados. Año 1885* (Buenos Aires 1886), sesión del 24. 8. 1885. Mal informado estaba el ministro al afirmar que todos los tratados habían sido verbales. Hubo decenas de tratados escritos.

Es curioso que los juristas, en sus esfuerzos por definir la naturaleza de los tratados, se inclinaron a compararlos con los que celebrara el gobierno de los Estados Unidos de Norte América con las tribus indias de su territorio, y que se olvidaran de los propios antecedentes indianos, que eran su verdadero origen, y con los cuales no había existido solución de continuidad. Es decir, que se seguía practicando la vieja institución indiana sin tener conciencia clara de ello. La corriente avasalladora del modelo constitucional norteamericano les impedía – también en ese caso – ver la realidad.

### 3. RECONOCIMIENTO DE SUS USOS Y COSTUMBRES

La cédula de Carlos V a los caciques de la Verapaz, del 16 de agosto de 1555, les había admitido sus “buenas leyes y buenas costumbres”, para que pudieran continuar rigiéndose por ellas. Lo mismo hizo la ley recopilada II, i, 4, con carácter general. Los naturales perdieron el privilegio cuando los gobiernos patrios los igualaron en derechos y obligaciones a los demás habitantes. Podemos preguntarnos, sin embargo, si el principio de igualdad ante la ley fue interpretado siempre de manera de no reconocerles validez a los usos y costumbres de las comunidades no sometidas plenamente a la jurisdicción argentina.

Si la regla general era la aplicación de las leyes extranjeras como incorporadas a las relaciones de derecho, con la excepción de las que afectaban los intereses públicos de los estados, decía el catedrático de derecho internacional privado Amancio Alcorta, ¿por qué razón no aplicar también las reglas formadas por los usos y costumbres de los pueblos no civilizados?<sup>6</sup>

En una oportunidad, el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Buenos Aires adoptó ese criterio y, tácitamente, volvió a darle vigencia a la cédula de Carlos V. La justicia civil había iniciado el procedimiento de la sucesión del cacique Luis Melinao, cuya tribu residía en el pueblo de Bragado merced a uno de los tratados concertados con el gobierno provincial. Discutida la jurisdicción del juez, y pedido informe al ministro de gobierno, Juan S. Fernández, éste, por oficio del 26 de febrero de 1869, manifestó que en los tratados no había ninguna previsión sobre el particular, pero que “dadas las

---

<sup>6</sup> *Curso de derecho internacional privado I* (Buenos Aires 1887), p. 42.

condiciones en que se encuentran hoy esas tribus respecto, no sólo a su modo de ser, sino a sus relaciones con las autoridades del país, sería de alta conveniencia social y política, librar a ellas, y para ante ellas mismas, la gestión de estos intereses, evitándoles así el abandono de sus toldos para recurrir a los tribunales, ahorrándoles al mismo tiempo la dilación y crecidos gastos que origina siempre la formación y tramitación de un expediente, y haciéndoles, por consiguiente, más aceptable una civilización, cuyas prácticas no han podido aún conocer, ni apreciar debidamente”.

La posición del ministro era revolucionaria. Suponía apartarse del dogma de la igualdad ante la ley, tal como había sido entendido desde 1810. Así lo interpretó el fiscal de la primera instancia, Villegas, que le negó relevancia a la situación de los indios respecto de los demás habitantes para alterar el principio legal. “La excepcionalidad que para ellos se pide – opinó –, sólo puede nacer de su no sometimiento a la ley común y este sometimiento no produce para los habitantes de un país, sino obligaciones; pero nunca derechos parecidos a estado independiente”.

No obstante, el fiscal de la alzada, Torres, no sostuvo su posición, y se plegó a la tesis innovadora. Consideró que los principios comunes no podían aplicarse estrictamente a las tribus. “Ellos viven como independientes – afirmó –, y se consideran nuestros aliados en nuestro territorio, conservando todos los usos y costumbres del desierto que no han querido abandonar; y que altas conveniencias exigen, por ahora, que no se les obligue a ello. Aún no ha llegado el tiempo en que esas tribus sometidas, queden completamente sujetas a nuestra jurisdicción, y gocen también de los derechos todos del ciudadano, y cumplan con los deberes y cargas del mismo”.

El tribunal, por su sentencia del 19 de mayo, se adhirió al dictamen de su fiscal<sup>7</sup>. El carácter absoluto con que había sido proclamada la igualdad del indio cedía ante la realidad, y abría la puerta al reconocimiento de excepciones. El cambio de criterio importaba una vuelta al derecho indiano. Después de medio siglo de Revolución se admitía que aún no había llegado el tiempo en que las tribus sometidas

---

<sup>7</sup> *Revista de Legislación y Jurisprudencia* 2 (Buenos Aires 1869), pp. 201–209. El mismo criterio sostuvo el juez Luis Beláustegui en 1873: Agustín de Vedia, *Constitución argentina* (Buenos Aires 1907), pp. 296–297, nota. Vid.: Levaggi, “Tratamiento”, pp. 249–250.

quedasen sujetas completamente a la ley común, y que sus individuos gozasen de todos los derechos del ciudadano.

#### 4. LA BARBARIE COMO FACTOR DE DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD DE HECHO. EL PROTECTORADO DE NATURALES

En otro aspecto importante, el de la capacidad, se volvió también al derecho indiano. Para éste, los aborígenes eran seres libres pero incapaces relativos de hecho, lo mismo que los menores. Al igual que éstos, no tenían capacidad para contratar ni estar en juicio sin la presencia de su representante legal, el protector de naturales. Declarada la igualdad ese régimen quedó derogado, mas en la segunda mitad del siglo se sintió la necesidad de restablecerlo, así como la obligación de trabajar, de la que con tanto estrépito había sido liberado el indio al principio de la Revolución.

A raíz de la campaña militar emprendida contra las tribus del sur en 1879, el presidente Nicolás Avellaneda dictó el decreto del 22 de agosto de ese año. Comenzaba diciendo que debía proveerse a la colocación de las familias y menores indígenas aprehendidos, y designarse al funcionario encargado de prestar ese servicio. Consideraba que “en el estado y condición de aquéllos, el estado debe velar por su educación y bienestar, hasta que se hallen en aptitud de procurarse a sí propio los beneficios de la civilización”, y que era al defensor de pobres e incapaces a quien le correspondía “velar por la ventajosa colocación de aquellos que por su estado de ignorancia deben ser considerados como incapaces”. Como en el derecho indiano, la ignorancia o rusticidad de los indios pasaba a ser un factor relevante para la discriminación legal. La diferencia estaba en que en 1879 resultaba difícil compatibilizar ese concepto con el de igualdad ante la ley<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Ya el gobernador de Buenos Aires, Juan Manuel de Rosas, por decreto del 29. 12. 1829 le había agregado al título del defensor de pobres y menores el de protector de naturales [*Registro oficial de la Provincia de Buenos Aires. Año de 1829* (Buenos Aires 1874)], pp. 145-146. David Bushnell piensa que ese decreto simbolizó un grado de interés paternalista en los indios, en oposición al criterio liberal ortodoxo de la igualdad de trato: *Reform and Reaction in the Platine Provinces 1810-1852* (Gainesville, Florida 1983), p. 56. En Salta, por una ley del 3. 1. 1859, se restableció la protectoría para representar a los indios en los asuntos relativos a las tierras que ocupaban: Gavino Ojeda, *Recopilación general de las leyes de la Provincia de Salta I* (Salta 1929). Desarrollé “in extenso” el asunto en Levaggi, “La protección”.

El conflicto entre la teoría de la ley y la realidad se puso en evidencia en 1899. A raíz de que un grupo de aborígenes del territorio de Formosa, representados por el defensor de incapaces, fueron contratados por un empresario, y trasladados a Buenos Aires, con el propósito de embarcarlos rumbo a Francia, para exhibirlos en la exposición internacional que tendría lugar en 1900, el gobierno nacional retuvo a los indios, impidió su embarque, y dispuso la revisión del contrato. El empresario dedujo entonces un recurso de “habeas corpus” en favor de los indios, y el asunto llegó a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia Nacional.

El procurador general de la nación, Sabiniano Kier, hizo esfuerzos para conciliar la libertad e igualdad de los aborígenes con el tratamiento restrictivo que se les había aplicado. “Reconozco y acepto para los indios la aptitud y el ejercicio de todos los derechos que la constitución y leyes nacionales consagran en favor de todos los habitantes de la República”, afirmó, pero a renglón seguido introdujo la excepción: “tratándose de menores o incapaces por su falta de inteligencia y medios de comprensión y de expresión de la voluntad, no ha debido prescindirse de los medios supletorios que establecen las leyes para la representación legal en los actos y contratos que puedan afectar su persona y bienes”. La ley los había provisto de un representante necesario, el defensor de incapaces, y él había celebrado el contrato. Sin embargo, no consideraba bastante esa representación.

La Corte, por mayoría de sus miembros, decidió el 3 de octubre de 1899, que el acto del poder ejecutivo era legítimo, porque conduciría a “poner a los indígenas en situación de hacer manifestación de voluntad con entera libertad respecto a su presente y futuro, ya por sí mismos o ya por sus representantes necesarios si debieran ser habidos por incapaces en las condiciones de la ley”. No quiso reconocer su incapacidad, sólo la admitió en forma hipotética, pero al convalidar el procedimiento del poder ejecutivo aceptó tácitamente su condición de incapaces.

Quien, en cambio, en el único voto disidente, obró con lógica rigurosa, aunque la conclusión fuera moralmente objetable, fue Octavio Bunge. Para él, debió suponerse que los indígenas, quienes podían apreciar mejor que nadie su conveniencia, deseaban el cumplimiento del contrato, “desde que ni ellos personalmente, ni sus representantes legales han deducido ninguna acción tendente a desvirtuar los efectos del mencionado contrato”<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Congreso Nacional, op. cit., Año 1904, I, 1904, pp. 63–147.

El derecho indiano, por más realista, había resuelto mejor el problema que la forma alambicada en que se sintió obligado a hacerlo el estado argentino, atado por normas ilusorias de igualdad, que no estaban de acuerdo con el nivel cultural de los aborígenes.

En la tendencia a reconocer la incapacidad relativa de los indios, y a resolver jurídicamente el problema, se ubicó el importante proyecto de ley nacional del trabajo del ministro y humanista Joaquín V. González, del 6 de mayo de 1904. Uno de sus títulos, el X, estaba dedicado al trabajo de los indios, y entre sus fuentes figuraban las “leyes de Indias, muchas de cuyas disposiciones satisfacen plenamente, en el siglo XVI, las exigencias más avanzadas de los reformistas contemporáneos”. Era el mayor elogio que les podía tributar.

El proyecto – nunca convertido en ley – atribuía a los fiscales la función y el título de “defensores de indios” (art. 273). Ponía a su cargo el “ejercer respecto de los indios que no han abandonado por completo la vida semisalvaje, y en cuanto no se halle encomendado a las autoridades militares, las funciones del ministerio público, velando por la justa aplicación de las leyes a todos los actos de la vida civil en que intervengan o que les interesen, amparándolos en sus derechos ante cualquier juez o tribunal, y contra cualquier persona, corporación o empresa que con ellos contrate o utilice sus servicios” (art. 274, inc. 1).

Además, debían asistir a la formación de los contratos que concertasen, procurar su protección y bienestar, velar por su buen trato, ejercitar en su favor los derechos y acciones necesarios ante las autoridades administrativas y judiciales, asumir su defensa en toda causa criminal, y procurar su libertad cuando fuesen ilegalmente retenidos o tratados<sup>10</sup>.

La intención era rodear a los aborígenes de un estatuto particular, que respondiera a su grado de desarrollo cultural, y evitara que fueran víctima de abusos.

---

<sup>10</sup> *Fallos de la Corte Suprema de Justicia Nacional* 81 (Buenos Aires 1901), pp. 246–256. Se ocupó del asunto el diario “La Nación” de Buenos Aires los días 30. 8.; 1, 3 y 26. 9., y 23. 10. 1899. Comentó el caso Miguel Angel Garmendia, “Ensayo sobre legislación de indios”: *Revista Nacional* XLV (Buenos Aires 1908), pp. 82–85. Vid.: Levaggi, “La protección”.

## 5. LA ACCIÓN MISIONERA Y LA FORMACIÓN DE REDUCCIONES

Una señal más de la pervivencia de los principios de la legislación indiana fue la acción misionera, que si debilitada en las primeras décadas, a raíz de las guerras libradas por la independencia, y de la guerra civil, fue reemprendida con nuevo vigor en la segunda mitad del siglo, al impulso de la constitución nacional, que depositó en el congreso la facultad de promover la conversión de los indios al catolicismo (art. 67, inc. 15). Múltiples iniciativas fueron adoptadas en esos años, casi todas por parte de la Iglesia Católica, especialmente por las órdenes religiosas de franciscanos, lazaristas y salesianos<sup>11</sup>.

Un interesante proyecto oficial fue el presentado en 1873 por el ministro Nicolás Avellaneda, que retomaba la política civilizadora de España. Recordaba en sus considerandos “lo que se ha escrito en los últimos años sobre las razas inferiores destinadas irrevocablemente a ser absorbidas y devoradas por las razas superiores, únicas capaces de fundar sobre un territorio nuevo, el asiento duradero de su establecimiento social”, y rechazando esa idea evolucionista preconizaba “otra solución que recomiendan ejemplos conocidos en la historia de nuestro continente, que es al mismo tiempo la divisa de la caridad cristiana y un precepto de la constitución”.

El poder ejecutivo nombraría una comisión encargada de dirigir los trabajos concernientes a promover la civilización de los indios. Las misiones o reducciones de indios establecidas y por establecerse quedarían sujetas a la vigilancia y dirección del prelado metropolitano y de la comisión. “Las misiones se establecerán formándose centros de poblaciones, situados en los puntos que se juzguen más convenientes, construyéndose habitaciones para los indios, los edificios necesarios para el servicio de los misioneros, el culto y la educación, y

<sup>11</sup> José Alumni, *El Chaco. Hechos y figuras de su pasado* (Resistencia 1951); Arnaldo Canclini, “La conquista espiritual: el aporte protestante”: Academia Nacional de la Historia, *Congreso Nacional de Historia sobre la Conquista del Desierto III* (Buenos Aires 1980), pp. 85–97; Carlos Conci, *Las misiones salesianas en la Patagonia* (Rosario 1930); Santiago Luis Copello, *Gestiones del arzobispo Aneiros en favor de los indios hasta la conquista del desierto* (Buenos Aires 1944); Raúl A. Entraigas, *El Padre Fagnano, el hombre, el misionero* (Buenos Aires 1945); Idem, *Los salesianos en la Argentina* (Buenos Aires 1969); Massa, op. cit.; Pascual Paesa, *Patirú Domingo. La cruz en el ocaso mapuche* (Rosario 1964); Pedro Pellicci, *Relación histórica de las misiones del Chaco* (Génova 1862); Quirico Porreca, *Relación trienal de las misiones franciscanas ... Enero de 1894* (Buenos Aires 1894); y Antonio de Pou, *Misiones franciscanas en la Argentina* (Rosario 1926).

proveyéndose a los indios de todos los útiles de labranza, a fin de que se dediquen a ella, bajo la dirección de los misioneros” (art. 3)<sup>12</sup>.

El proyecto no fue sancionado, pero ello no fue óbice para la eficacia de la labor misionera, que se llevó a cabo en gran escala, particularmente en el Chaco, la Pampa y la Patagonia.

Relacionado con la política misionera – pero no sólo con ella – puede considerarse el retorno a otra de las instituciones indianas: la reducción. Como en el caso anterior, estuvo en el centro de la mayoría de los proyectos y realizaciones de esa época dirigidos a asimilar a los indios. La ley 817 de 1876, de inmigración y colonización, conocida como “ley Avellaneda”, la incorporó a su articulado. El poder ejecutivo debía procurar “por todos los medios posibles el establecimiento en las secciones de las tribus indígenas, creando misiones para traerlas gradualmente a la vida civilizada, auxiliándolas en la forma que crea más conveniente y estableciéndolas por familias en lotes de cien hectáreas” (art. 100). Era el mismo pensamiento del proyecto de 1873.

El tema de la formación de reducciones o pueblos de indios fue discutido ampliamente en la Cámara de Diputados en 1885, con motivo del análisis del proyecto del poder ejecutivo (Julio A. Roca-Benjamín Victorica) que preveía la colocación de las tribus existentes en los territorios nacionales a inmediaciones de los ejidos de las poblaciones o colonias civilizadas que se levantasen. Les señalaba una suerte de terreno proporcionada a su número, y les suministraba elementos de labranza y animales para su sustento.

La mayoría de la Cámara se apartó de la opinión del poder ejecutivo, y se inclinó a radicar las familias indígenas en las poblaciones o colonias existentes y futuras, integradas con el resto de la población.

El ministro Francisco Ortiz defendió la idea originaria, basada en que la civilización no podía entrar de golpe entre los indios, y que debían seguirse las prácticas establecidas por los españoles, y en los Estados Unidos. De la historia colonial extraía la enseñanza de que la proximidad de los indios a los centros civilizados podía serles perjudicial, “porque en este contacto inmediato no están siempre sujetos a los tratamientos pacíficos que deben usarse con ellos para convertirles gradualmente a la civilización, consultando sus necesidades, sus costumbres y respetándoles en lo que se considere que les pertenezca”<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Copello, *op. cit.*, pp. 36–39.

<sup>13</sup> Congreso Nacional, *op. cit.*, *Año 1885*, sesiones del 19 y 24. 8. 1885.

El proyecto no tuvo sanción, ni tampoco la tuvieron los proyectos alternativos que se presentaron, mas la idea no fue abandonada. Entre otras obras, tres decretos del año 1900, del 10 de abril, 4 de mayo y 13 de julio, autorizaron a los misioneros franciscanos del colegio de San Carlos de Santa Fe, del de San Diego de Salta, y del de la Merced de Corrientes, para fundar otras tantas misiones en Formosa<sup>14</sup>. Al comenzar la centuria actual el régimen jurídico de los aborígenes era más parecido al de la época hispánica de lo que había sido en los primeros tiempos de la Revolución. Era un índice del fracaso de la política “igualitarista” aplicada por ésta, y que en la práctica se había revelado como insostenible<sup>15</sup>.

### RESUMEN

La Revolución de Mayo en el Río de la Plata – y lo mismo las demás revoluciones ocurridas a comienzos del siglo XIX en Hispanoamérica – proclamó, entre otros principios liberales, el de igualdad ante la ley. En su nombre, declaró a los indios iguales al resto de la población libre y derogó su estatuto particular, propio de la condición de incapaz relativo de hecho en que lo había constituido el derecho indiano. El indio fue para las leyes igual al criollo pero en la práctica siguió siendo diferente porque, desde el punto de vista antropológico, nada había cambiado en él. Fue así que, a pesar de que el principio de igualdad nunca se abandonó, su estatuto legal anterior fue reconstruido poco a poco. Desde los primeros años se celebraron tratados con las naciones fronterizas, después se reconoció la vigencia de sus usos y costumbres, se los consideró incapaces de hecho a causa de su “falta de inteligencia”, se los puso bajo la tutela de un protector, y se los reunió en reducciones

---

<sup>14</sup> *Leyes nacionales, decretos y demás resoluciones que se refieren a la administración y gobierno de la Capital Federal y Territorios Nacionales de la República Argentina*. Recopilación ordenada y dirigida por Angel V. Andrada I (Buenos Aires 1927), pp. 372–392.

<sup>15</sup> En la memoria presentada al Congreso de 1899 el ministro del Interior, Felipe Yofre, sostuvo que “ha debido seguirse aquí el ejemplo de los Estados Unidos, donde las tribus, consideradas como pueblos, bajo la dependencia y tutela de la Nación, gozan de derechos y privilegios y son tratadas como una sociedad política distinta y separada de las otras, capaz de manejar sus propios asuntos y de gobernarse a sí misma”: *Memoria presentada al Congreso Nacional de 1899 por el Ministro del Interior ... I* (Buenos Aires 1899), pp. 28–29.

y misiones para civilizarlos. A fines del siglo una parte importante de aquel estatuto estaba vigente otra vez.

### ZUSAMMENFASSUNG

Die Mai-Revolution am Río de la Plata proklamierte ebenso wie die übrigen hispanoamerikanischen Revolutionen zu Beginn des 19. Jahrhunderts neben anderen liberalen Prinzipien die Gleichheit vor dem Gesetz. In diesem Sinne wurden die Indianer dem Rest der freien Bevölkerung gleichgestellt und der Sonderstatus der Indianer, der gemäß ihrer relativen Unmündigkeit im spanischen Recht der Kolonialzeit festgelegt worden war, wurde aufgehoben. Der Indianer war nun laut Gesetz dem Kreolen gleichgestellt, während er in der Praxis nach wie vor anders lebte, denn hatte sich doch vom anthropologischen Standpunkt betrachtet in ihm nichts geändert. So kam es, daß der frühere gesetzliche Status Schritt für Schritt wiederhergestellt, das Gleichheitsprinzip aber niemals aufgegeben wurde. Seit den ersten Jahren der Unabhängigkeit schloß man Verträge mit den Grenzstämmen, erkannte die Geltung ihrer Gewohnheiten und Bräuche an; man hielt die Indianer für unfähig aufgrund ihrer „fehlenden Intelligenz“, stellte sie unter die Vormundschaft eines Schutzherrn und faßte sie in Reduktionen und Missionen zusammen, um sie zu „zivilisieren“. Am Ende des Jahrhunderts war ein wichtiger Teil jenes Sonderstatus der Kolonialzeit wieder gültig.

