

LA PROTECCION DE LOS NATURALES POR EL ESTADO ARGENTINO (1810-1950): EL PROBLEMA DE LA CAPACIDAD

ABELARDO LEVAGGI
Universidad de Buenos Aires

1. DELIMITACION DEL TEMA

La condición jurídica de los aborígenes en la República Argentina desde la Revolución de Mayo (1810) es un tema amplio, comprensivo de varios aspectos, que vengo desarrollando paulatinamente.¹ En esta oportunidad consideraré una de las facies del problema: la capacidad jurídica que el Estado Argentino les reconoció, y el derecho sancionado y proyectado a su respecto. Los aborígenes de los que me ocuparé son los que estuvieron de hecho y de derecho bajo la jurisdicción de las autoridades argentinas, y no los que se mantuvieron fuera de ella.

No forman parte, pues, de este estudio cuestiones tales como la capacidad jurídica de las tribus; los tratados que ellas celebraron con los gobiernos argentinos;² su representación por los así llamados "capitanes de amigos";³ la propiedad indígena; el tributo indígena; la reducción de los indios a pueblos, misiones o colonias; los repartos de ellos; sus condiciones fácticas de trabajo; el valor de la costumbre indígena; la más moderna legislación.

Cuando hablo de protección me limito a señalar la existencia de determinadas normas y funcionarios encargados de representar a los indios y de velar por sus intereses. No afirmo que en todo el período estudiado, ni siquiera en alguna etapa del mismo, sus derechos hayan sido reconocidos y garantizados efectivamente. Si en este capítulo inicial tuviera que resumir su situación, diría que fue de desamparo, en general, pero no de un desamparo absoluto, pues se instrumentaron en varias oportunidades medidas tendientes a atenuar esa falta de tutela, que fue tanto jurídica como de hecho.

Dos premisas conformaron el punto de partida del proceso histórico que voy a exponer: una teórica y otra práctica. La premisa teórica, que desenvolveré enseguida, fue el principio de igualdad ante la ley; la práctica, que me reduzco a citar, la calificación del indio por el derecho indiano como persona "miserable" y la actuación consiguiente de los protectores de naturales a fin de asistirlos y suplir la incapacidad relativa de hecho que esa categoría suponía.⁴

¹ Un primer estudio general, "Tratamiento legal y jurisprudencia del aborígen en la Argentina durante el siglo XIX", apareció en: CALIFANO Y OTROS. *El aborígen y el derecho en el pasado y el presente*. Coordinador, Abelardo Levaggi, Buenos Aires, 1990, pp. 245-284. Otro trabajo general, "Muerte y resurrección del derecho indiano sobre el aborígen en la Argentina del siglo XIX" se publicará en: *Jahrbuch für Geschichte von Staat, Wirtschaft und Gesellschaft Lateinamerikas*, 29, Köln-Wien, 1992.

² Elaboré un estudio sobre el asunto, "Tratados entre los gobiernos argentinos y los indios. Contribución a su conocimiento", que se publicará en la *Revista de Historia del Derecho Ricardo Leiva*

ne, Buenos Aires. Además, escribí dos monografías sobre los tratados en la época hispánica: "Aproximación a una fuente singular del derecho indiano: los tratados con los indios", que aparecerá en la *Revista Chilena de Historia del Derecho*, Santiago, y "Tratados entre la Corona y los indios del Chaco", en *Universidad de Navarra, Homenaje a Don Ismael Sánchez Bella*, Pamplona.

³ LEVAGGI, A., "Una institución chilena trasplantada al Río de la Plata: el 'capitán de amigos'", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XIII, Valparaíso, 1989-1990, pp. 99-107.

⁴ Acerca de la condición jurídica, consultar: CASTAÑEDA DELGADO, Paulino, "La condición miserable del indio y sus privilegios", en *Anuario*

2. LA PREMISA IDEOLÓGICA: EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY

La Revolución de Mayo en Buenos Aires –al igual que la cadena de revoluciones hispanoamericanas coetáneas– adoptó como uno de sus postulados básicos el principio de igualdad ante la ley. Factores que hasta el siglo XVIII habían tenido relevancia para extraer de ellos consecuencias normativas diferentes de las de la ley común, o sea, que habían sido considerados causas justificantes de esas diferencias, perdieron semejante virtud ante el pensamiento liberal y, por lo tanto, dejaron de ser motivo de discriminación legal. La sociedad del Antiguo Régimen estaba, ciertamente, plagada de privilegios, muchos de ellos sin más fundamento que la sangre o el nacimiento.⁵

El liberalismo no canceló todos los factores de discriminación. Sólo lo hizo con aquellos que reputó irracionales o que no satisfacían los intereses de la burguesía, es decir, aquellos que la clase dominante no estaba dispuesta a admitir. En tales casos, aun cuando los seres humanos se diferenciaron realmente entre sí por esos rasgos, las consecuencias normativas pasaron a ser las mismas para todos.

La igualdad proclamada operó una homogeneización de los individuos frente al derecho. El ignorar, o determinar que se ignorasen, dichos rasgos, que evidentemente los distinguían, pero que se había propuesto cancelar, los hizo más iguales en teoría. Sólo en teoría, y sin tener en consideración la incidencia negativa que una igualdad meramente formal podría tener –como la tuvo– en la superación o atenuación de las diferencias reales.⁶ De los dos aspectos involucrados: el jurídico y el social, le dio preferencia al primero sobre el segundo.

La Revolución Francesa gritó con más fuerza que otros movimientos sociales contemporáneos la palabra “igualdad”.⁷ El abate Sieyès fundamentó ese derecho “del hombre y del ciudadano” en la sesión de la Asamblea Nacional del 21 de julio de 1789.

“Existen, es cierto –dijo–, grandes desigualdades de medios entre los hombres. La naturaleza hace fuertes y débiles; concede a unos una inteligencia que niega a otros. De esto se sigue que habrá entre ellos desigualdad de trabajo, desigualdad de producto, desigualdad de consumo o de goce; pero no que pueda haber desigualdad de derecho”.

“Teniendo todos un derecho proveniente del mismo origen, se deduce que el que invadiese el derecho de otro, franquearía los límites de su propio derecho;

de Estudios Americanos, XXVIII, Sevilla, 1971, pp. 245-335; GARCÍA GALLO, Alfonso, “La condición jurídica del indio”, en *idem*, *Estudios de historia del derecho privado*, Sevilla, 1982, pp. 167-177; y OLIVEROS, Marta Norma, “La construcción jurídica del régimen tutelar del indio”, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, 18, Buenos Aires, 1967, pp. 105-128. En especial, sobre el protector de naturales: BAYLE, Constantino, “El protector de indios”, en *Anuario de Estudios Americanos*, II, 1945, pp. 1-180; CUTTER, Charles R., *The “Protector de indios” in Colonial New Mexico, 1659-1821*. Albuquerque, University of New Mexico, 1986; y RUIGOMEZ GOMEZ, Carmen, *Una política indigenista de los Habsburgo: el protector de los indios en el Perú*, Madrid, 1988.

⁵ En el “Ensayo sobre los privilegios”, Emmanuel-Joseph Sieyès combatió tanto los que tenían por objeto una dispensa de la ley como la atribución del derecho exclusivo a alguna cosa. Cito: E.-J. SIEYÈS, *¿Qué es el estado llano?* Precedido del “Ensayo sobre los privilegios”. Madrid, 1950. Por su parte, Jean-Jacques Rousseau había investigado con la misma intención el origen de la desigualdad. Cito: ROUSSEAU, *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*. Buenos Aires, Aguilar, 1956.

⁶ LAPORTA, Francisco J., “El principio de igualdad: Introducción a su análisis”, pp. 14-15, en *Sistema*, 67, Madrid, 1985.

⁷ La Declaración de la Independencia de los Estados Unidos había dicho: “Sostenemos como verdades evidentes que todos los hombres nacen iguales, que están dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables...”.

se deduce que el estado de cada uno debe ser respetado por todos los otros, y que este derecho y este deber no pueden no ser recíprocos. Luego el derecho del débil sobre el fuerte es el mismo que el del fuerte sobre el débil".⁸

Inspirados en esas ideas, los gobiernos patrios abolieron la legislación indigenista dictada por España por considerarla incompatible con la nueva condición de ciudadanos libres de los indios, titulares de los mismos derechos que la población blanca. Mariano Moreno, el "numen" de la Revolución de Mayo, dijo en 1810, ironizando sobre los "decantados privilegios de los indios, que con declararlos hombres habrían gozado más extensamente".⁹

El vocero de la Revolución en el norte, Juan José Castelli, en una proclama que dirigió el 5 de febrero de 1811 a los indios del Virreinato del Perú dijo, a su vez: "sabad que el Gobierno de donde procedo sólo aspira a restituir a los pueblos su libertad civil, y que vosotros bajo su protección viviréis libres, y gozaréis en paz juntamente con nosotros esos derechos originarios, que nos usurpó la fuerza... jamás dudéis, que mi principal objeto es libertaros de su opresión [se refería a los realistas], mejorar vuestra suerte, adelantar vuestros recursos, desterrar lejos de vosotros la miseria, y haceros felices en vuestra patria".¹⁰

El órgano periodístico de la Primera Junta pudo expresar ufano que "en el lenguaje de nuestra jurisprudencia el indio es ciudadano y se halla bajo la protección de las leyes".¹¹

Una serie de resoluciones fueron adoptadas desde entonces con el propósito no tan solo de igualar al indio, sino más aún, con el de halagarlo, con la manifiesta intención de atraerlo a la causa de la Revolución con la cual no se sentía todo lo consustanciado que se esperaba. Además de disposiciones especiales referidas al tributo, servicio personal y derechos de ciudadanía, se declaró su libertad civil e igualdad en general.

Por decreto del 12 de marzo de 1813 la Asamblea General Constituyente hizo pública su voluntad de que "se les haya y tenga a los mencionados indios de todas las Provincias Unidas por hombres perfectamente libres, y en igualdad de derechos a todos los demás ciudadanos que las pueblan".¹² La Constitución de 1819 ratificó 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" (art. 128).¹³

Un personaje de la época, Juan Manuel Beruti, anotó en 1811, en sus *Memorias curiosas*, respecto de los indios: "Ahora sí que principian a sentir su libertad, sus derechos y la dignidad de hombres libres e iguales a los demás de las naciones libres y civilizadas... Ahora se miran los indios tratados como hombres, y no como bestias, y dignos de todo aprecio, y capaces para ejercer toda función de honor...".¹⁴

⁸ SANCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Los derechos del hombre en la Revolución Francesa*, México, 1956, pp. 114.

⁹ "Sobre la misión del Congreso convocado en virtud de la resolución plebiscitaria del 25 de mayo", pp. 275, en MORENO, M., *Escritos políticos y económicos*. Ordenados y con un prólogo por Norberto Piñero, Buenos Aires, 1915.

¹⁰ CARRANZA, Neptalí, *Oratoria argentina*, I, Buenos Aires, 1905, pp. 35-37.

¹¹ 24-1-1811. *Gaceta de Buenos Aires (1810-1821)*. Reimpresión facsimilar, II, Buenos Aires, 1910, p. 509.

¹² RAVIGNANI, Emilio, *Asambleas constituyentes argentinas*, I, Buenos Aires, 1937, p. 24.

¹³ Su fuente fue el art. 177 del proyecto de Constitución de la Asamblea General Constituyen-

te de 1813. SECO VILLALBA, José Armando, *Fuentes de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, 1943, p. 267.

¹⁴ SENADO DE LA NACION, *Biblioteca de Mayo*, IV, Buenos Aires, 1960, p. 3.798. La bibliografía sobre el indio y la Revolución de Mayo es amplia. Incluye: BIEDMA, José J., *Crónicas militares. Antecedentes históricos sobre la campaña contra los indios*, Buenos Aires, 1975, pp. 151-152; COMANDO GENERAL DEL EJERCITO. DIRECCION DE ESTUDIOS HISTORICOS, *Política seguida con el aborigen (1750-1819)*, I, V. 1, Buenos Aires, 1973, pp. 395 y ss.; GONZALEZ, Julio V., *Filiación histórica del gobierno representativo argentino*, II, Buenos Aires, 1938, pp. 392-397, 429-431 y 477-479; LEVAGGI, A., "Tratamiento..." cit., pp. 245-247; LEVENE, Ricardo, *Historia del derecho argentino*, IV, Buenos Aires, 1948,

Los otros gobiernos hispanoamericanos adoptaron una actitud idéntica.¹⁵ Es que no fue la descrita una posición peculiar, sólo aceptada por algunos grupos dirigentes: fue la opinión unánime de los revolucionarios, desde México hasta Chile, en su común afán reivindicatorio de los derechos de los aborígenes, que suponían conculcados por la legislación india, considerada indiscriminadamente.

Esa suposición, unida a la creencia en el dogma de la igualdad ante la ley, determinó por efecto lógico la abolición, en principio, de dichas leyes y la sujeción del indio a la ley común: la ley del hombre libre. "...al realizarse la independencia —escribe Lucio Mendieta y Núñez—, nada de extraño tiene el que los jóvenes países recién libertados llevaran al extremo las ideas de igualdad y abolieran las leyes especiales por creer que se oponían a tales ideas".¹⁶

En México, un bando de José María Morelos, de 1813, dispuso anular la "jerigonza de calidades, indio, mulato, mestizo, tente en el aire, etc, y que sólo se distinguiese la regional, nombrándose todos generalmente americanos"; y el Plan de Iguala de 1821 estableció que "todos los habitantes de Nueva España, sin distinción alguna de europeos, africanos ni indios, son ciudadanos..." (art. 12).¹⁷

En Chile, el bando supremo de Bernardo O'Higgins del 4 de marzo de 1819 declaró que los indígenas, en lo sucesivo, debían ser llamados "ciudadanos chilenos y libres" como los demás habitantes, con quienes tendrían igual voz y representación, concurriendo por sí mismos a todo acto civil.¹⁸ Como si esa declaración

pp. 95-97; LOPEZ PIACENTINI, Carlos P., *El espíritu indigenista de la Revolución de Mayo*, Resistencia, 1960 (sólo se refiere al período inmediato a la Revolución en pp. 5-9); MINISTERIO DEL INTERIOR. COMISION HONORARIA DE REDUCCIONES DE INDIOS. Publicación N° 1. *La situación actual de los indios argentinos frente a los decretos N° 240 de la Junta Provisional Gubernativa de las Provincias Unidas del Río de la Plata, setiembre 1° de 1811, y N° 436 de la Asamblea General Constituyente, marzo 12 de 1813, confirmados por el Congreso Nacional de Tucumán, sesión de agosto 5 de 1816 e involuados por la Constitución de la Nación, art. 67, inc. 15*. Buenos Aires, 1935; ROSENBLAT, Angel, *La población indígena y el mestizaje en América*, I: *La población indígena 1492-1950*, Buenos Aires, 1954, pp. 38-44; VARELA, Luis V., *Historia constitucional de la República Argentina*, II, La Plata, 1910, pp. 292-294; y ZERDA, Wellington F., "Relaciones de los indios de las pampas con los primeros gobiernos patrios (1810-1815)", en ACADEMIA NACIONAL DE LA HISTORIA, *II Congreso Internacional de Historia de América*, II, Buenos Aires, 1938, pp. 559-569. Sobre el decreto de las Cortes de Cádiz del 9-11-1812 —antecedente del decreto de la Asamblea General Constituyente del 12-3-1813— y otras cuestiones, ver: DIAZ REMENTERIA, Carlos J., "Las Cortes de Cádiz y el indio americano: las normas y su incidencia: el caso andino", en *Revista de Historia del Derecho Ricardo Levene*, 27, Buenos Aires, 1990, pp. 79-97.

¹⁵ Indica los rasgos comunes de la política indigenista latinoamericana en momentos históricos sucesivos: BONFIL BATALLA, Guillermo, "El indio y la situación colonial: contexto de la política indigenista en América Latina", en *La situación del indígena en América del Sur (Aportes al estudio de la fricción inter-étnica en los indios no-andinos)*. Coordinación: Georg Grünberg. Montevideo, 1972, pp. 21-28.

¹⁶ *Las poblaciones indígenas en América ante el derecho actual*, México, 1935, p. 63.

¹⁷ ROSENBLAT, ob. cit., pp. 44-45.

¹⁸ "El Director Supremo del Estado de Chile de acuerdo con el Excmo. Senado declara: El gobierno español, siguiendo las máximas de su inhumana política, conservó a los antiguos habitantes de la América bajo la denominación degradante de naturales. Era ésta una raza abyecta, que pagando un tributo anual, estaba privada de toda representación política y de todo recurso para salir de su condición servil. Las leyes de Indias corregían estos abusos disponiendo que viviesen siempre en clase de menores bajo la tutela de un funcionario titulado 'Protector General de Naturales'. En una palabra, nacían esclavos, vivían sin participación de los beneficios de la sociedad y vivían cubiertos de oprobio y miseria. El sistema liberal que ha adoptado Chile no puede permitir que esa porción de nuestra especie continúe en tal estado de abatimiento. Por tanto declaro que para lo sucesivo deben ser llamados ciudadanos chilenos, y libres como los demás habitantes del Estado, con quienes tendrán igual voz y representación, concurriendo por sí mismos a la celebración de todo contrato, a la defensa de sus causas, a contraer matrimonio, a comerciar, a elegir las artes a que tengan inclinación, y a ejercer la carrera de las letras o de las armas, para obtener los

no hubiera sido suficiente, el tratado de Tapihue, celebrado el 1º de enero de 1825 entre el cacique Mariluan y el comandante Pedro Barnachea, que puso fin a la guerra sostenida desde 1813 entre araucanos y criollos, les reconoció a aquellos los mismos derechos de los demás chilenos.¹⁹

No obstante las declaraciones insistentes de igualdad, las propias autoridades revolucionarias rioplatenses no tardaron en dictar disposiciones claramente discriminatorias, favorables en apariencia a los indios, pero que de todos modos entraban en colisión con aquella premisa y con la derogación hecha de los privilegios (no sólo de las cargas) de que antes habían gozado.²⁰

Un ejemplo de ello, que me limitó a citar porque no es oportuno desenvolver aquí, fue la representación especial que les dio el decreto de la Junta Grande del 10 de enero de 1811 y la ley de la Asamblea General Constituyente del 26 de abril de 1813, pese a que no tuvo consecuencias prácticas.²¹ Además, la Constitución de 1819 estableció que el Cuerpo Legislativo promovería “eficazmente el bien de los naturales por medio de leyes que mejoren su condición hasta ponerlos al nivel de las demás clases del Estado” (art. 128). ¿Eran compatibles aquella representación privativa y esta cláusula especial, destinada a mejorar su condición y no la de otros sectores sociales también postergados, con el principio de igualdad en sentido liberal?

Aparentemente, las exigencias de éste no iban más allá de la proclamación para todos los hombres de los mismos derechos y de asegurarles también a todos la misma protección legal. Un artículo publicado en 1816 en “La Prensa Argentina” de Buenos Aires sostuvo, en ese sentido, que el objetivo de la sociedad política era “que las leyes... fuesen iguales, esto es, que ni ellos mismos ni otro cualquiera pudiese hacer alguna cosa que no fuese permitida por la ley al resto de la comunidad: y éste es el único respecto en que los hombres pueden ser iguales, el de la protección de la ley”.²²

La cuestión que no se plantearon los dirigentes de entonces, al menos explícitamente, pero que subyacía en el citado art. 128 de la Constitución de 1819, fue la de las consecuencias prácticas que produciría la declaración de igualdad en

empleos políticos o militares correspondientes a su aptitud. Quedan libres desde esta fecha, de la contribución de tributos. Bernardo O’Higgins” BENGGOA, José, *Historia del pueblo mapuche (Siglos XIX y XX)*, Santiago, Chile, 1985, p. 146, nota 27).

¹⁹ GUEVARA, Tomás, *Historia de la civilización de Araucanía*, III, Santiago de Chile, 1902, p. 117. En el Perú, el general José de San Martín, por decreto del 27-8-1821, después de afirmar que “sería un crimen consentir que los aborígenes permaneciesen sumidos en la degradación moral a que los ha reducido el Gobierno Español”, ordenó —entre otras medidas— que “en adelante no se denominará a los aborígenes, *indios* o *naturales*: ellos son hijos y ciudadanos del Perú, y con el nombre de *peruanos* deben ser conocidos” BUS-TAMANTE CISNEROS, Ricardo, *Condición jurídica de las comunidades de indígenas en el Perú*, Lima, 1919, pp. 29-30. VELASCO NUÑEZ, Manuel D., *Compilación de la legislación indigenista concordada*, Lima, s/a [1959].

²⁰ En confirmación de la tesis de la similitud del proceso legislativo en Hispanoamérica, la ley chilena del 14-3-1853 mandó en su art. 1º que “toda compra de terrenos hecha a indígenas de terrenos situados en territorio de indígenas debe

verificarse con intervención del Intendente de Arauco [la Intendencia había sido creada por ley del 2-7-1852] y del Gobernador de Indígenas del territorio respectivo que el Intendente comisione especialmente para cada caso. La intervención del Intendente o del funcionario comisionado por él, tendrá por objeto asegurarse de que el indígena que vende presta libremente su consentimiento, de que el terreno que vende le pertenece realmente y de que sea pagado o asegurado debidamente el pago del precio convenido” (*Bengoa*, ob. cit., pp. 158-159).

Según José Aylwin Oyarzún, esta ley restrictiva puso término al período de igualdad jurídica instaurado a comienzos de la República (“Tierra mapuche: derecho consuetudinario y legislación chilena”, 343, en STAVENHAGEN, Rodolfo e ITURRALDE, Diego, (compiladores), *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, México, 1990). Si así fue realmente, la situación difirió de la del Río de la Plata, donde no hubo solución de continuidad en este aspecto con el derecho anterior a la Revolución.

²¹ GONZALEZ, J.V., *ibídem*.

²² “Igualdad”, 2-7-1816, en *Biblioteca de Mayo*, cit., VII, p. 6155.

personas pertenecientes a culturas totalmente distintas de la europea. Para los indios, poseedores de otra cosmovisión, dicha declaración no les reportaba ningún beneficio práctico. A esta misma conclusión parece que quiso llegar el escritor que en el periódico la "Crónica Argentina" asentó que a la clase oprimida de los indios la política "apenas puede conceder una igualdad metódica en sus derechos".²³ Ello es así si entendemos por igualdad "metódica" una igualdad meramente teórica o abstracta.

No faltaron, sin embargo, quienes con más realismo tuvieron conciencia de las dificultades prácticas que podía ocasionar el principio bajo examen si se lo aplicaba indiscriminadamente. Vicente Pazos Kanki, una figura singular de la época, entre las críticas que formuló al Reglamento de Institución y Administración de Justicia de 1812 incluyó la supresión de los casos de corte —uno de cuyos beneficiarios habían sido, precisamente, los indios—, con el argumento que "sin esta clase de reservas, sería imposible la igualdad de derechos en toda especie de gobierno; porque aún en la más perfecta democracia hay imbéciles, y fuertes, hay miserables, y poderosos, hay pobres, y ricos; y cuando los primeros litigan con los segundos, en llamarlos la ley a presencia del poder sumo por caso de corte no hace más que equilibrar la balanza, poniéndose de parte del desvalido tanto, cuanto baste para igualarlo con el fuerte".²⁴

Dos eran los conceptos de igualdad que estaban en danza: un concepto teórico, formal, abstracto, correlativo quizá con la noción de justicia conmutativa; y otro práctico, realista, concreto, correlativo a su vez con la justicia distributiva, para la cual la igualdad tiene que referirse a méritos y necesidades efectivos, y tiende, podríamos decir, a una nivelación no formal sino de contenidos.

El discurso y la normativa revolucionarios se expresaran únicamente en términos de igualdad teórica. No obstante, la realidad hizo valer sus fueros y, sin que por eso se modificara el principio ni se establecieran excepciones expresas a su respecto, a veces se produjo de hecho un abandono del mismo ante necesidades acuciantes para cuyas demandas se carecía de una respuesta satisfactoria, pero que no podían ser ignoradas.

La disparidad cultural —no racial— fue el fundamento de las leyes de Indias sobre los indios. Ese factor —la cultura—, al que se le había atribuido relevancia para generar consecuencias normativas diferentes, lo perdió con la revolución "igualitaria". Sin embargo, tal pérdida no fue total. Siguió operando como causa justificante de discriminaciones legales.²⁵ Los propios indígenas volvieron a ser objeto de una legislación especial. Paulatinamente se reconstruyó, en buena parte, su estatuto particular.²⁶ De todos modos, los efectos negativos para ellos que produjo la derogación de la legislación tutelar anterior fueron irreparables.²⁷

²³ Cit. en "Carta remitida del Tucumán", en *El Censor*, Buenos Aires, 19-12-1816 (*Biblioteca de Mayo*, cit., VIII, p. 6960).

²⁴ "Reflexiones sobre el Reglamento de Institución y Administración de Justicia", en *El Censor*, 25-2-1812 (ídem, VII, p. 5808).

²⁵ Considero su aplicación en materia de derecho de sufragio en: "Tratamiento..." cit., pp. 247-249.

²⁶ Desarrollo esta línea argumental en: "Muerte y resurrección...", cit.

²⁷ Muchos autores coinciden en el juicio de que la Revolución, lejos de mejorar su situación, la empeoró. Escribe el peruano Roberto Mac Lean y Estenós: "Al advenir la República, bajo el soplo del liberalismo y al calor de los impulsos igualita-

rios, se abolieron las leyes protectoras, dictadas por el Consejo de Indias, y se les otorgó la ciudadanía, reconociéndolos plenamente, sin taxativa alguna, como sujetos de derecho y emancipándolos de toda tutoría. El título de 'ciudadano' otorgado al indio, expoliado por todos los abusos, víctima de todas las acechanzas, despojado de sus tierras y de sus legítimas pertenencias, sin armas legales para defenderse, tuvo entonces —lo sigue teniendo hasta ahora— todo el sarcasmo del INRI en la cruz" "Planteamientos y soluciones del problema indígena", p. 223, en *América Indígena*, XVIII-3, México, 1958. Es la opinión, también. —entre otros—, de: CHAVEZ OROZCO, Luis "Las instituciones democráticas de los indígenas mexicanos en la Época Colonial". pp. 366-369, en *Amé-*

3. RECONOCIMIENTO DE LA INCAPACIDAD RELATIVA. INSTRUMENTACION DE LA REPRESENTACION LEGAL

La declaración de igualdad hecha a favor de los indios suponía, lógicamente, que gozarían de la misma capacidad que los blancos. Empero no fue así. Desde el primer instante fueron afectados, como antaño, por una incapacidad relativa de hecho semejante a la de los menores, y necesitada, por lo tanto, de una representación legal para actuar en derecho.

Es decir, que en este punto su situación no cambió pese a las apariencias en contrario. El derecho patrio, lo mismo que el indiano, estableció su incapacidad de hecho y le dio una representación. El legislador fue consciente de la minoridad mental del indio, medida con el patrón de la civilización europea, y de la necesidad consiguiente de tener un protector o defensor que lo asistiese para no ser perjudicado en sus intereses. Comprobamos, pues, no sin sorpresa, que después de 1810 continuó funcionando la protectoría de naturales.

El fiscal de la Cámara de Apelaciones, ex Audiencia, siguió desempeñando esa función anexa.²⁸ Con motivo de la celebración de elecciones de oficios concejiles en el pueblo de naturales de Quilmes, y el pedido de algunos vecinos blancos de que fuera el pueblo "españolizado", Pedro José Agrelo, que ejercía el cargo, emitió un dictamen el 2 de julio de 1812 favorable a mantenerlos en aquella "regalía", "como lo han hecho constantemente aun en los tiempos en que debían gozar una más rigurosa observancia las leyes que se les habían puesto como neófitos".

"La proposición de españolizar los pueblos de indios –sostuvo–, si quiere decir que a los españoles solos se les conceda toda la representación, e intervención en la administración, y los indios queden reducidos a una clase servil, y aun privados de la corta autoridad que entre ellos mismos les concedía el antiguo gobierno, es una cosa diametralmente opuesta a los principios que hemos proclamado: y la generosa idea que V.E. justamente se ha propuesto de elevarlos del abatimiento en que yacían, exige españolizarlos de otro modo, esto es, no sólo manteniéndoles aquella representación, sino realizándosela, y dándoles sucesivamente mayores ensanches, según lo permita su civilización, y su cultura, y los consiguientes puros enlaces, y relaciones que ella debe proporcionarles en adelante."

"No por esto pretenderá el ministerio –agregó– que el juez, y cabildo de naturales de los Quilmes tome conocimiento por ahora de los asuntos de españoles que ocurran. No sería esto mengua, principalmente para los españoles americanos; pero por desgracia criados los indios en la humillación, y en la ignorancia, no están capaces de una tal administración."

O sea que en la práctica, a estar a la opinión del fiscal protector, su situación no variaba, pues si por un lado habló de "elevarlos del abatimiento", por el otro, como criados en la humillación y en la ignorancia, no los consideró capaces de regir a los españoles. El Triunvirato gobernante –formado por Feliciano Chiclana,

rica Indígena, III-4, 1943; MENDIETA Y NUÑEZ, ob. cit., pp. 63-66; *idem*, "El tratamiento del indio", pp. 115-116, en *América Indígena*, IV-2, 1944; ROSENBLAT, ob. cit., pp. 48-49; BERLIN, Heinrich, "El indígena frente al Estado", 276, en *América Indígena*, IV-2, 1944; VELASCO NUÑEZ, ob. cit., pp. XII-XIV; LIPSCHUTZ, Alejandro, "La 'comunidad' y el problema indígena en Chile", pp. 185-186, en *América Indígena*, XX-3, 1960; y CARMONA LARA, María del Carmen, "La evolu-

ción del pensamiento jurídico en México respecto al derecho indígena", p. 221, en *Memoria del IV Congreso de Historia del Derecho Mexicano (1986)*, I, México, 1988.

²⁸ Hasta 1810, cuando los fiscales fueron dos, esa función le correspondió al del crimen. LEVAGGI, A., *Los escritos del fiscal de la Audiencia de Buenos Aires, Manuel Genaro de Villota*, Buenos Aires, 1981, pp. 26-27.

Juan Martín de Pueyrredón y Bernardino Rivadavia—, poseído por ansias libertarias, arrasó con el estatuto particular de esos indios. El 14 de agosto declaró al pueblo “libre de toda clase de personas: su territorio por de la propiedad del Estado: se derogan, y suprimen todos los derechos y privilegios que gozaban los pocos indios que existen en dicha población”.²⁹

La disolución de las comunidades indígenas, proyectada desde antes de la Revolución, fue una constante en ese siglo. Fue uno de los procedimientos por los cuales perdieron sus tierras, pero no es un tema para ser tratado en este estudio.³⁰

La figura institucional del protector de naturales tendió a borrarse y su lugar fue ocupado por más de un siglo por la del defensor de incapaces o menores.³¹ Si bien no conozco ninguna actuación concreta en virtud de la cual se haya decidido el cambio, parece probable que lo motivara una razón de economía o, tal vez, el tan mentado principio de igualdad, entendido en este caso como la asignación a los indios de la misma representación que a los demás incapaces. Sin embargo, si este fue el motivo, ¿dónde quedó la declaración de igualdad, no precisamente con los incapaces, sino con los hombres libres?

Puede conjeturarse que la transferencia de esta función a los defensores se operó en todas las provincias, es decir, que fue una práctica uniforme, aunque no simultánea. Todavía hacia 1832 Juan Escalante fue ratificado como protector de los naturales de las reducciones del Rosario y Asunción, en Mendoza, por decreto del gobernador Pedro Nolasco Ortiz, y en ese carácter actuó en defensa de sus tierras.³²

En cambio, en otras partes, los defensores de menores venían desempeñando esa representación desde hacía varios años. Está documentado, por ejemplo, que el regidor defensor de menores de Tucumán peticionaba ante el gobernador Nicolás Laguna, en 1823, a nombre de los indios de Amaycha.³³ En Buenos Aires, el decreto de Juan Manuel de Rosas del 29 de diciembre de 1829 prescribió que el defensor de pobres y menores “reuniera” el título de protector de naturales.³⁴

²⁹ MALLIE, Augusto E., “La ciudad de Quilmes. Antecedentes documentales para su historia”, en ARCHIVO GENERAL DE LA NACION, *Papeles del Archivo*, Buenos Aires, 1942, pp. 353-383. Ver: SORS, Guillermina, *Quilmes colonial*, La Plata, 1937, pp. 79-82 y 143-144; y BUSHNELL, David, *Reform and Reaction in the Platine Provinces 1810-1852*, Gainesville, Florida, 1983, pp. 14-15.

³⁰ BUSHNELL, ob. cit., 38, pp. 42-43, 84-85 y 191-192. Algunas consideraciones lize en “Tratamiento...” cit., pp. 256-261.

³¹ Algunas noticias sobre la institución hay en: KLUGER, Viviana “El defensor general de menores y la Sociedad de Beneficencia. La discusión de 1887 en torno a sus atribuciones”, en *Revista de Historia del Derecho*, 17, Buenos Aires, 1989 pp. 411-430. La autora fija en 1814 el año de creación del ministerio pupilar sin tener en cuenta su larga existencia en el derecho indiano. A este respecto: LEVAGGI, A., “El régimen civil del menor en la historia del derecho argentino”, pp. 303-309, en *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, 23, Buenos Aires, 1972.

En Córdoba, por decreto del 26-4-1814, Francisco Antonio Ortiz de Ocampo ordenó que “la propiedad de ganados y tierras de los naturales serán protegidas por los jueces de la campaña”

(Archivo Histórico de Córdoba, Gobierno, caja 39, carp. 2, fs. 339-340. Ver: PEÑA, Roberto I., “Los jueces pedáneos en la provincia de Córdoba (1810-1856). Algunos aspectos de sus atribuciones”, pp. 130-132, en *Revista de Historia del Derecho*, 2, 1974).

³² ACEVEDO, Edberto Oscar, *Orígenes de la organización judicial de la provincia de Mendoza*, Buenos Aires, 1979, pp. 142-143.

³³ Archivo Histórico de Tucumán, secc. Administrativa, vol. 30, fs. 72. El 22-6-1847 el defensor general de pobres y menores de Tucumán, José Posse, reclamó ante ese gobierno por un decreto que había dictado, desfavorable para los indios del pueblo de la Ramada, y por el despojo que sufrieron (idem, secc. Judicial Civil, serie A, caja 64, exp. 17, fs. 21-22).

³⁴ *Registro oficial de la Provincia de Buenos Aires. Año de 1829*, Buenos Aires, 1874, pp. 145-146. Habría que averiguar si hasta esa fecha el cargo de protector se había mantenido separado. En todo caso, a la luz de lo que vengo exponiendo, y de lo que expondré, es infundada la hipótesis de David Bushnell sobre que el decreto de Rosas fuera una expresión paternalista opuesta a la posición liberal ortodoxa sostenedora del tratamiento igualitario (ob. cit., p. 56).

4. LA REPRESENTACION DE LOS INDIOS EN LA SEGUNDA MITAD DEL SIGLO XIX. LOS DEFENSORES DE MENORES E INCAPACES. UN CASO JUDICIAL RESONANTE

La Constitución Nacional, sancionada en 1853, declaró que todos los habitantes del Estado, incluidos por consiguiente los indios, eran iguales ante la ley, sin que se admitiesen prerrogativas de sangre (art. 16). Por otro lado, con relación a los indios no sometidos aún, dijo que era atribución del Congreso proveer a la seguridad de las fronteras, conservar el trato pacífico con ellos, y promover su conversión al catolicismo (art. 64, inc. 15).

No autorizó, pues, ninguna clase de discriminación respecto de los aborígenes en orden a su capacidad. Se situó, en este punto, en la misma línea de los antecedentes patrios. No obstante, también como ocurriera en la etapa preconstitucional, siguieron siendo asimilados a los menores. Los defensores de éstos representaron los intereses de aquéllos siempre que esa gestión no se le encomendara a otro funcionario.

Un decreto del gobernador salteño Dionisio Puch, del 20 de enero de 1857, asignó a las "autoridades locales" la atención de los indios domiciliados en la provincia "a fin de que no se les maltrate ni se les engañe en sus convenios".³⁵ Poco después, una ley del 3 de enero de 1859 estableció formalmente el cargo de "protector de indios", que desempeñaría el síndico procurador de la Municipalidad en los departamentos limítrofes del Chaco, el del Concejo en la capital, y el padre conversor en las misiones mientras se mantuviesen en la condición de neófitos (art. 5º). Su deber sería "representarlos en común o individualmente en todos los asuntos y casos en que la comunidad o el individuo deba figurar en juicio como parte" (art. 4º). Era, pues, una representación forzosa *ad litem*.³⁶

En la frontera sur, hacia 1871, su comandante, el general Ignacio Rivas, nombró a Santiago Avendaño "intendente de los indios pampas" con la facultad de representarlos en sus derechos e intereses. Poco pudo hacer Avendaño en la práctica. El cacique Calfucurá lo acusó de haber promovido la esclavitud de los indios. A raíz de una disputa tribal, murió lanceado en 1874.³⁷

Con motivo de la "campana del desierto", grandes cantidades de indios fueron desnaturalizados y distribuidos como mano de obra en varias provincias. Se procuraba así obtener su "transformación rápida y perpetua en elemento civilizado y fuerza productiva", según decía el oficio con que el ministro de Guerra y Marina, general Julio A. Roca, bajo cuya jurisdicción estaban, los ofreció al gobernador de Tucumán. Además, le recomendó colocarlos "bajo la intervención protectora del defensor de pobres y menores a fin de evitar toda explotación en la conducta de los patrones".³⁸

El gobierno tucumano designó una comisión para que reglamentase las bases que sirvieran de contrato de trabajo de los indios e incorporó a ella a los defensores como representantes suyos.³⁹ La actuación de los defensores en los

³⁵ *Registro oficial de la Provincia de Salta*, II. Contiene las leyes, decretos, reglamentos y disposiciones que se han dictado bajo el régimen constitucional en los años de 1855, 1856 y hasta el mes de junio de 1857 [Salta, 1857], pp. 13-14.

³⁶ OJEDA, Gavino, *Recopilación general de las leyes de la Provincia de Salta y sus decretos reglamentarios*, I, Salta, 1929, pp. 253-254.

³⁷ PALOMBO, Guillermo, "Santiago Avendaño

(1834-1874). Una vida entre la civilización y la barbarie", en *Revista Militar*, 705, Buenos Aires, 1981, pp. 63-68.

³⁸ 4.11.1878. *Compilación ordenada de leyes, decretos y mensajes del período constitucional de la Provincia de Tucumán, que comienza en el año 1852*, VII, Tucumán, 1917, 247-248.

³⁹ Decreto del 5-12-1878. En ídem, pp. 250-251.

asuntos indígenas se hizo general por el decreto del presidente Nicolás Avellaneda del 22 de agosto de 1879, refrendado por el ministro Bonifacio Lastra.

Para esa época los defensores ya se ocupaban de esos asuntos, incluso en Buenos Aires. Lo demuestra el pedido cursado por el defensor nacional de pobres e incapaces, Gervasio P. Granel, al Ministerio de Instrucción Pública, en mayo de tal año, sobre que ordenase a la Sociedad de Beneficencia y a las oficinas que habían distribuido indios, pasasen a la defensoría una lista con los nombres de las familias receptoras y de los indios, y dispusiese –asimismo– que ninguno podría pasar a otra familia sin el consentimiento de dicha defensoría, que en adelante sería la encargada de la distribución.⁴⁰

Considero de interés la reproducción del decreto del 22 de agosto, que siguió, precisamente, al pedido del defensor nacional. Su texto es el siguiente:

“Debiendo proveerse a la colocación de las familias y menores indígenas últimamente tomadas por las fuerzas nacionales en su última expedición al desierto, designándose el funcionario a cuyo cargo haya de cometerse este servicio, y considerando 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 propios los beneficios de la civilización, que ello es conforme con el espíritu de nuestra Constitución y de las leyes anteriores; considerando además que por la naturaleza de las atribuciones conferidas por las leyes civiles al defensor de pobres e incapaces, es a este funcionario a quien corresponde velar por la ventajosa colocación de aquellos que por su estado de ignorancia deben ser considerados como incapaces; el presidente de la República. Decreta:

“Art. 1º Queda a cargo del defensor nacional de pobres e incapaces la colocación de las familias y menores indígenas, prisioneros por las fuerzas nacionales, a cuyo efecto una vez trasladados a esta ciudad serán puestos a su disposición por el Ministerio de la Guerra.

“Art. 2º El defensor de pobres e incapaces establecerá según la condición y edad del individuo las cláusulas bajo las cuales haya de colocarse, formalizando al efecto un contrato en el que se estipulen las obligaciones de alimentarle, vestirle, educarle, respetar los vínculos de familia y fijarle desde su oportunidad un salario proporcional a los servicios que preste. La falta cualquiera de estas condiciones autorizará el retiro del indígena colocado, sin perjuicio de toda otra responsabilidad.

“Art. 3º Estos contratos se extenderán en un registro que será llevado en la oficina del defensor, quien otorgará a la persona que reciba al indígena una copia o boleto que acredite haberse cumplido lo dispuesto en el presente decreto.

“Art. 4º El defensor nacional se pondrá en relación con los ministerios de menores de las respectivas provincias a efecto de que éstos en el ejercicio de la guarda que les confieren las leyes procuren el cumplimiento de las obligaciones contraídas ante él, proporcionándoles todos los datos e informes, que les fueren requeridos.

“Art. 5º El defensor de menores llamará por la prensa a todos los que tuvieren actualmente en su poder familias o menores indígenas, a fin de que les sea extendido documento en la forma prescrita.

“Art. 6º Los que pasados sesenta días desde la promulgación de este decreto hubieren omitido el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo anterior, serán considerados como reteniendo indebidamente a tales menores.

“Art. 7º El defensor nacional tendrá a su cargo asimismo la colocación de los menores, cautivos rescatados, debiendo procurar por todos los medios a su alcance el domicilio de sus familias como si las tuviere para serles restituidos.

⁴⁰ “Distribución de indios”, en *El Nacional*, Buenos Aires, 30-5-1879.

“Art. 8º Sin perjuicio de las acciones que por derecho corresponde ejercer ante los tribunales competentes, el defensor nacional podrá requerir el auxilio de los funcionarios nacionales, dependientes del Poder Ejecutivo, para el mejor desempeño de sus funciones.

“Art. 9º Comuníquese, etc.”⁴¹

El fundamento de la incapacidad era la ignorancia o rusticidad, con lo que se confirmaba el aserto de que la cultura seguía siendo un factor de discriminación legal.⁴²

Además, debe prestarse atención al hecho de que, en una época en que estaba de moda el darwinismo social y en que se creía que los procesos de selección natural que se verificaban en las especies animales se reproducían en las especies humanas, condenando a la desaparición a las culturas inferiores o más débiles,⁴³ el Gobierno Nacional se preocupara por la educación y el bienestar de los indios sometidos.⁴⁴

Organizados los territorios nacionales por la ley 1.532 del 16 de octubre de 1884, un decreto del 3 de mayo de 1899 resolvió, en concordancia con el de 1879, que los defensores de menores de esos territorios serían los “defensores y protectores de los indígenas en todo cuanto beneficie a éstos, debiendo proveer por cuenta del Estado a su alimentación, vestido y colocación, y ejercer respecto de ellos en todo lo demás su acción tutelar, mientras sea necesario”.⁴⁵

El decreto fue promulgado a instancias del juez letrado de Formosa, Miguel Angel Garmendia –según manifestación suya–, con motivo de la campaña militar de ocupación del Chaco, que estaba en curso. Garmendia era, probablemente, el jurista que en esa época tenía mayor conocimiento del problema indígena.

⁴¹ *Registro Nacional de la República Argentina*, XVIII, Buenos Aires, 1879, p. 213.

⁴² Respecto de la distribución de los indios, ver: BINAYAN CARMONA, Narciso, “Los repartos de indios”, en *PROVINCIA DEL NEUQUEN Y JUNTA DE ESTUDIOS ARAUCANOS, Primer Congreso del Area Araucana Argentina*. Realizado en San Martín de los Andes (Neuquén) del 18 al 24 de febrero de 1961, II, Buenos Aires, 1963, pp. 269-272; MARTINEZ, Pedro S., “La asimilación de los indios sometidos (1880-1890)”, en *Revista de la Junta de Estudios Históricos de Mendoza*, segunda época, 7-I, Mendoza, 1972, pp. 54-58; CENDON, Irma Cristina e ISABELLO, Liliana, “El problema indígena (1789-1880): proyectos sobre su destino”, en *ACADEMIA NACIONAL DE LA HISTORIA*, ob. cit., pp. 323-337.

Un fallo dictado el 30-5-1885 por la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Comercial de la Capital determinó, de acuerdo con el voto de Juan E. Barra, en una causa por homicidio seguida contra un indio soldado, Rómulo Painanas, que había muerto a un compañero de cuartel, que “el estado de ignorancia por su condición de indígena no es dable elevarlo a la categoría de las causas oximientes [como lo pretendía el defensor], sin traer una perturbación social, que por cierto nada podría justificar, sería acordarles salvoconducto para recorrer la carrera del crimen, sin que por otra parte pudiera fundarse tal privilegio en consideración alguna atendible; porque a la verdad la ley natural basta y sobra para medir el tamaño

de atentados, como el que sirve de materia a esta causa, a tal punto que son reprobados en las mismas tribus y castigados a su manera” (*Jurisprudencia criminal y comercial. Fallos y disposiciones de la Excm. Cámara de Apelaciones de la Capital*, V, Buenos Aires, 1886, pp. 339-341).

Pocas consecuencias se pueden sacar del fallo con relación al presente estudio, dado que si por un lado no se tuvo en cuenta, en principio, la calidad de indio (digo en principio, porque no se dejó de juzgar el caso a la luz del derecho natural, y hasta del propio derecho indígena, aunque en forma vaga), se estaba ante un homicidio común perpetrado, al parecer por un indio aculturado y, por lo tanto, incorporado a las pautas de conducta europeas.

⁴³ El diario *La Prensa* de Buenos Aires publicó un editorial el 1-3-1878 según el cual se estaba ante “una contienda de razas, en que la indígena lleva sobre sí el tremendo anatema de su desaparición, escrito en nombre de la civilización. Destruyamos, pues, moralmente esa raza, aniquilemos sus resortes y organización política, desaparezca su orden de tribus y si es necesario divídase la familia. Esta raza así quebrada y dispersa, acabará por abrazar la causa de la civilización”.

⁴⁴ LEVAGGI, Abelardo, “La conquista espiritual, otra cara de la política indigenista de Avellaneda”, en *La Gaceta*, 4ª secc., San Miguel de Tucumán, 26-11-1989.

⁴⁵ LEVAGGI, A. “Tratamiento...”, cit., p. 265.

La “agresión” que padecían los indios –escribió– hizo que renovara sus gestiones ante el Gobierno, consiguiendo el decreto que, sin embargo, “no produjo todos los beneficios esperados”. Mereció –siguió diciendo Garmendia– “general aplauso. Venía a reparar en parte los resultados desastrosos del abandono en que durante tanto tiempo se había dejado a los indígenas; respondía a necesidades imperiosas y urgentes, pues los últimos representantes de nuestras razas aborígenes, aniquilados y en las más tristes condiciones, estaban amenazados por una campaña de ocupación total del Chaco, ruidosamente anunciada, y en la cual, si no se tomaban medidas previsoras, iban a repetirse los odiosos procedimientos tradicionalmente seguidos”.⁴⁶

En un asunto que tuvo gran repercusión pública participó, a poco de dictado el decreto, el defensor de pobres, menores e incapaces de Formosa. El famoso empresario teatral José Podestá contrató en ese territorio a un grupo de catorce mujeres pilagas, casi todas menores de edad, con el propósito de exhibirlas, dentro de su espectáculo, en la Feria Internacional que se iba a celebrar en París al año siguiente, en coincidencia con el nuevo siglo. En nombre de los indios, en virtud de las atribuciones que le confería el decreto, el defensor celebró el contrato de locación de servicios. Aquéllos fueron llevados a Buenos Aires para su embarque con destino a Europa.

Al tomar conocimiento del hecho, la opinión pública reaccionó con indignación. El diario *La Nación* tituló una nota aparecida el 30 de agosto: “Venta de indios. Hecho incalificable”.⁴⁷ El clamor popular llegó hasta el Gobierno. El ministro de Justicia e Instrucción Pública, Osvaldo Magnasco, ordenó en consecuencia que las aborígenes fuesen alojadas en un establecimiento de su dependencia (lo fue el Asilo del Buen Pastor) a fin de averiguar si la participación del defensor se había ajustado a los preceptos de la Constitución y de los decretos respectivos. Privado de ellas, Podestá promovió un recurso de *habeas corpus* ante la Justicia Federal.

El juez federal de la capital, Agustín Urdinarrain, dictó sentencia el 7 de setiembre. Hizo lugar al recurso por considerar que la intervención del Gobierno Nacional constituía una restricción a la libertad personal de las indias. A su juicio, el contrato celebrado por el defensor había sido “de hecho ratificado por los indígenas cuyos servicios comprometía, al darle un principio de ejecución trasladándose a esta capital, importando esta traslación una espontánea manifestación de voluntad”. No se preguntó el juez si habían tenido otra alternativa, y si eran conscientes del acto que realizaban.

Argumentó, además, que “no se encuentran comprendidos en ninguno de los dos casos de incapacidad absoluta o relativa creados por la legislación civil”,⁴⁸ y que, en cambio, los amparaba el art. 14 de la Constitución en su derecho a trabajar, transitar y salir del territorio argentino.

Apelado el fallo, el procurador general de la Nación, Sabiniano Kier, formuló su vista el 13 de setiembre. Se manifestó en desacuerdo total con la opinión del juez. Como las fuentes legales de que disponía eran precarias, debió forzar la argumentación para arribar a una solución contraria.

⁴⁶ Posadas, nov. de 1900. “Condición jurídica del indio. Enrolamiento y servicio militar”, pp. 54-55, en *Revista de Derecho, Historia y Letras*, IX, Buenos Aires, 1901. También: GARMENDIA, M.A., “Ensayo sobre legislación de indios”. Posadas, 4-5-1903, en *Revista Nacional*, XLV, Buenos Aires, 1908, 82-83.

⁴⁷ Volvió a ocuparse del caso los días 1, 3 y 26-9, y el 23-10-1899.

⁴⁸ Los arts. 54 y 55 del Código Civil, que legislaban al respecto, no contemplaban a la rusticidad o ignorancia como causales de incapacidad alguna, aunque sí, como era obvio, a la minoridad.

“...:quién podría suponer ni admitir, que esa restricción se ha producido deliberadamente en perjuicio de los pobres indígenas menores e incapaces, cuya situación afecta la compasión unánime del pueblo y del gobierno, y en cuyo favor se han dictado las medidas de protección para su alojamiento y subsistencia, por carecer ellos personalmente de todo recurso propio, hasta de la conciencia de sus derechos y del idioma indispensable para aprenderlos y hacerlos valer?”, preguntó.

“Un eco de alarma ha resonado con justicia en todos los ámbitos de la República –añadió– y los poderes públicos han debido investigar, si aquellos míseros menores incapaces e inconscientes podrían ser extraídos del país sin su consentimiento ni conocimiento, como un producto natural cualquiera de las selvas argentinas”.

“...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. Y esto es lo que ha significado el Poder Ejecutivo al dictar la disposición informada...”.

“No hay prisión ni arresto, ni se invoca mérito para ello. Sólo se requiere una revisión judicial del contrato celebrado indebidamente por un defensor de menores, para que se declare, si es válido y jurídicamente autoritativo ese contrato celebrado sin intervención de padres [dice “poderes”] o tutores, para llevar del país y sacar de la jurisdicción de sus autoridades seres manifiestamente incapaces”.

“Es la tutela la que ejerce el derecho de gobernar la persona y bienes de los menores, según el art. 377 del Código Civil –expresó todavía–; es el tutor quien debe con autorización del juez, contratar el aprendizaje de un oficio o los alimentos de un menor según el art. 480, y es el juez, el que puede autorizar su salida de la República, según el art. 432. Con sujeción a estos antecedentes legislativos, el contrato invocado carecía a primera vista de fuerza obligatoria contra los menores que so pretexto de una engañosa libertad, se trata de reducir al desempeño de industrias equívocas, sin las autorizaciones que exigen las leyes citadas, en garantía de los incapacitados”.

Muy loables las intenciones del procurador, no dejaron de chocar –empero– contra un sistema jurídico legalista, entre cuyas normas no había ninguna que considerara la ignorancia como causal de incapacidad, y para el cual, en todo caso, cualquier objeción estaba salvada con la intervención que había tenido el defensor de menores e incapaces. Hay que admitir, no obstante, que era oscura la relación existente entre el decreto del 3 de mayo –un decreto al fin– y los artículos del Código referentes a la representación de las mujeres, tanto menores de edad como casadas, pues según el derecho de entonces éstas no podían celebrar contrato alguno sin licencia del marido (art. 189). Estaba, sí, la figura del error, como vicio de la voluntad capaz de provocar la nulidad del acto que lo padecía, pero no fue invocada en esa oportunidad.

La Corte Suprema, por el voto de la mayoría de sus miembros, revocó el 3 de octubre la sentencia de primera instancia. Redujo la cuestión a si las indígenas estaban privadas de su libertad, como lo pretendía el actor, o no, como afirmaba el Poder Ejecutivo. Su opinión fue que la medida tomada por el Ministerio de Justicia conduciría a ponerlas “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”.

Sólo votó en disidencia Octavio Bunge, quien hizo un planteo apegado a la preceptiva legal y, por ende, más de acuerdo con la jurisprudencia de esa época,⁴⁹ pero que al mismo tiempo mostró el absurdo en el que podía caer su lógica.

⁴⁹ Escribió en 1898 José Olegario Machado: “El ideal de la legislación en nuestro siglo ha sido la igualdad ante la ley, y todas las naciones civiliza-

das están impregnadas de este principio” (*Exposición y comentario del Código Civil argentino*, I, Buenos Aires s/a, VIII).

“...debe suponerse –expresó– que los mismos indígenas que son quienes pueden apreciar mejor su conveniencia, desean el cumplimiento del contrato que celebraron, por intermedio del defensor de menores e incapaces del territorio de Formosa, desde que ni ellos personalmente, ni sus representantes legales han deducido ninguna acción tendente a desvirtuar los efectos del mencionado contrato, ni han significado su preferencia para el alojamiento que se les da en establecimientos públicos”.

“...por el contrario, los indígenas han manifestado su conformidad con el contrato, pues en cumplimiento de una de sus cláusulas han consentido en trasladarse a esta ciudad, sin resistencia ni oposición de ningún género”.⁵⁰

Simultáneamente, el juzgado letrado de Formosa siguió actuaciones a raíz de denuncias que recibió de violencias cometidas contra las indias.⁵¹ Su titular, Garmendia, dirigió un exhorto al ministro Magnasco haciéndole presente la inseguridad y confusión que había respecto de la condición jurídica de los indios, y solicitándole que fuesen interrogadas las que aún permanecían en Buenos Aires. Según el diario “La Nación”, ellas respondieron que habían sido embarcadas con engaño y en ausencia de sus esposos y padres, que ninguna manifestó el deseo de separarse de ellos, y que se lamentaban de estar lejos.⁵² Días después fueron restituidas al ingenio en el que trabajaban y del que habían sido sacadas.⁵³

La intervención de Garmendia en el caso lo llevó a poner por escrito sus ideas acerca de la cuestión indígena. De ellas me ocuparé más adelante. Extraigo ahora, tan sólo, una referencia a aquél. A su juicio, ni el fallo del juez federal ni el de la Corte estudiaron la situación jurídica del indio ni resolvieron el punto más importante, que era saber si habían podido contratarse válidamente con un empresario de espectáculos públicos, por intermedio del defensor de menores, y en su defecto cuál era la fórmula que se debía usar en tales casos.

Transcribo el comentario que hizo. “La fórmula puesta en práctica en el caso en cuestión puede haber sido defectuosa –manifestó–; pero yo siempre creí que si las familias indígenas, o mejor dicho sus jefes, habían manifestado en una forma clara e inequívoca su libre voluntad de contratarse con los empresarios con una retribución más o menos equitativa bajo cláusulas determinadas para trabajar y con fines que no eran inmorales o prohibidos por la ley, tales convenios o contratos aunque hubieran sido verbales, habrían sido perfectamente válidos, desde que habría existido el consentimiento, que es la base de las convenciones. La dificultad

⁵⁰ Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 81, Buenos Aires, 1901, pp. 246-256.

⁵¹ Conforme una nota publicada por *La Nación*, el 3-9-1899, titulada “La contrata de indígenas”, los vecinos que declararon negaron que se hubieran cometido violencias de ningún género.

⁵² “Los indígenas del empresario Podestá”. 26-9-1899.

⁵³ Idem. 23-10-1899. A propósito de las atribuciones de los defensores, y de los indios sometidos durante la campaña del Chaco, consignó el gobernador de Formosa, coronel José María Uriburu, en un oficio enviado al ministro del Interior el 31-10-1899: “Este gobierno los recibió, los vistió; los alimentó casi sin gasto; los llevó al misionero franciscano, para que los bautizase; convirtió al médico de la gobernación, en médico de cabecera de esos indios, y se preocupaba, en fin de ellos, como cosa propia. Pero llegó el decreto del Ministerio de Justicia y los indios fueron entregados al Defensor de Menores, quien inmedia-

tamente los llevó ¿adónde? a los toldos de otros indios, al sitio en que reina la suciedad, la mala alimentación y la holganza: y allí estuvieron hasta que a un empresario de teatros o circos, un Sr. Podestá, se le ocurrió venir a buscarlos, y él se los entregó, para que conociesen en Europa, no los progresos de nuestra República, sino a esos seres infelices, que aún han escapado a nuestro adelanto, y cuya existencia en el país, en su estado actual, deploramos. Por suerte el mismo Sr. Ministro impidió noblemente este hecho, y los indios vuelven al territorio, y una vez en él, ¿a dónde los lleva el Defensor de Menores? A los toldos, es decir a la barbarie... Si los indios hubiesen estado a disposición de la gobernación, eso, tan censurable, no hubiese ocurrido” (*Memoria del Departamento del Interior correspondiente al año 1899*, II, Buenos Aires, 1900, p. 154). La versión de Uriburu sobre el destino de las indias difirió de la que había dado el diario *La Nación*.

consistía en una cuestión de hecho: la de saber si los indios habían sido o no violentados física o moralmente, intimidados o amenazados, o si habían sido víctimas de un abuso por su ignorancia y desconocimiento del idioma nacional, o en otros términos, si por su estado salvaje o semisalvaje no podían celebrar los contratos de la referencia como un acto consciente y del que se dieran perfecta cuenta. Por lo demás, estas familias indígenas nada ganaron con volver al territorio de Formosa (me parece que no todas volvieron), pues, si los empresarios que las contrataron les garantían albergue seguro, alimentación sana y buen tratamiento y si en los grandes centros poblados podían ser más fácilmente amparados por las autoridades civiles, al regresar a su territorio de origen se encontraron en el más completo desamparo o fueron de nuevo víctimas de la explotación inicua ejercitada por los dueños de establecimientos industriales, jefes de obrajes, dueños de estancias, etc.⁵⁴

El suceso de las indias sirvió también para despertar alguna iniciativa interesante, pero que no prosperó. Una serie de asociaciones: Cruz Roja, Comunidad Salesiana, Círculo de Obreros, Sociedad Protectora de Niños Desvalidos, Sociedad Protectora de Huérfanos Militares, Orphelinat Français y Patronato de la Infancia, convinieron en formar una sociedad denominada Patronato de Indios, a fin de trabajar para su reducción a la vida civilizada.

Aspiraban a que la ley les confriera la tutela de los indios de todo el territorio de la República, y su representación en juicio. Entretanto, la sociedad funcionaría como una institución oficiosa, y fomentaría principalmente las misiones católicas, las escuelas de esas misiones y el trabajo de los indios en establecimientos agrícolas e industriales. Los huérfanos serían colocados en los asilos y talleres que funcionaban en Buenos Aires.⁵⁵ De acuerdo con Garmendia, una vez constituida la asociación, desgraciadamente "se quedó allí, en la inacción más completa".⁵⁶

Evocó ese momento histórico. "La cuestión indígena fue el asunto de moda —señaló—; los diarios se ocuparon extensamente de él, se dieron conferencias y hasta se llegó a anunciar *meetings* de protesta contra las iniquidades de que eran víctimas los indígenas. Volvió a hablarse de la necesidad de establecer un patronato de indios; se anunció la organización de una sociedad con tal objeto de la que formaban parte distinguidas y acaudaladas personas; pero el público de Buenos Aires, público novelero y olvidadizo, pronto para las grandes demostraciones líricas pero reacio para llegar a las soluciones prácticas, dejó de lado la cuestión indígena para ocuparse de otras más a la orden del día o más emocionantes. La anunciada sociedad protectora de los indígenas nunca llegó a funcionar y de su existencia no se conocieron otras muestras que los nombres de sus fundadores y miembros, profusamente divulgados por los diarios".⁵⁷

Para evitar los abusos que se cometían con los aborígenes, el gobernador de Formosa dictó un decreto, el 28 de agosto de 1901, que sometía su contratación al

⁵⁴ "Ensayo..." cit., pp. 84-85.

⁵⁵ "Sociedad Patronato de Indios", en *La Nación*, 3-10-1899. El 18-6-1888 el diputado José Manuel Estrada había propuesto la creación de una "comisión protectora de los indios", nombrada por el Poder Ejecutivo, con carácter honorario, con el fin de vigilar el funcionamiento de las colonias que se fundasen y patrocinar a los indios (*Congreso Nacional, Diario de sesiones de la Cámara de Diputados. Año 1888*, I, Buenos Aires, 1889).

⁵⁶ "Condición..." cit., p. 55.

⁵⁷ Continuaba diciendo: "Entretanto, todos estos filántropos, todos estos copetudos personajes que ruidosamente habían prometido la regeneración y la protección de los indígenas, no hicieron en la práctica ni siquiera lo que las circunstancias imponían de un modo premioso: constituir un fondo con donativos y suscripciones para distribuir socorros a las numerosas familias de indígenas que se encontraban sin amparo y sin refugio en los territorios" ("Ensayo..." cit., p. 85).

control policial. Resistido por algunos empresarios, el procurador Kier dio su dictamen al Presidente de la República el 3 de setiembre de 1902.

Opinó que era inconstitucional someter cualquier transacción de la vida civil a la jurisdicción gubernativa. La validez de las convenciones que celebraban los indios estaba regida exclusivamente por el Código Civil y de acuerdo con sus preceptos las partes contratantes sólo debían acreditar su incapacidad legal ante los jueces, con la tutela de los ministerios públicos en los casos requeridos por el mismo Código. Si la incapacidad de los indios como personas de derecho –añadió– necesita visiblemente de una tutela, no está encomendada a los gobernadores por la ley de territorios nacionales, sino al Poder Judicial de las gobernaciones, según las leyes de fondo y procesales.⁵⁸

Este conjunto de normas, y de discusiones judiciales y extrajudiciales que ocurrieron, ratificaron el concepto de la incapacidad de hecho de los indígenas. Fueron coincidentes en ese punto aun cuando discreparan acerca de las soluciones.

5. LA REPRESENTACION EN LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XX: LA IDEA DEL PATRONATO DE INDIOS. SUCESION DE PROYECTOS

El fracaso del intento de formación de un patronato privado no significó el desprestigio de la idea. Al contrario, creció el convencimiento de que no eran los defensores de menores e incapaces, sino una institución como aquella la más idónea para satisfacer el interés de los aborígenes. Fue lo que propuso el médico español Juan Biale Massé en su célebre informe del 30 de abril de 1904 titulado “El estado de las clases obreras argentinas a comienzos del siglo”.⁵⁹

“El Ministerio de Menores e Incapaces –aseveró– es una institución fracasada; en las ciudades por falta de personal que pueda llenar cumplidamente la misión tan extensa que le está confiada; en la campaña, por falta de personal preparado; y si además se le agrega este nuevo servicio, en territorios tan extensos y desconocidos, no servirá sino para justificar abusos y producir efectos contraproducentes; hay, pues, necesidad de un defensor especial, al modo del fiscal que creó la ley VII del título III, libro VI (Recop. de Indias), con la obligación de defender su libertad (ley XXXVII, título XVIII, libro II, y XVIII, título XVIII del libro VI), bajo la dirección de un protectorado o patronato nacional, dependiente del Ministerio del Interior, puesto que a él le está confiado el trato de los indios.⁶⁰ Y este protectorado o patronato debería colocarse en sus bases en lo prevenido en el título VI, libro VI de la Recopilación”.⁶¹

Concretó su pensamiento propiciando la creación del Patronato Nacional de Indios formado por funcionarios experimentados: un ex juez, un ingeniero agrónomo y dos ex legisladores o ex autoridades civiles o militares de territorios nacionales, bajo la presidencia del ministro del Interior. Tendría a su cargo “cumplir y

⁵⁸ *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. 424-426.

⁵⁹ Cito la edición con prólogo y notas de Luis A. Despontin, Córdoba, 1968.

⁶⁰ Ley 3.727 del 11-10-1898, art. 8º, inc. 12.

⁶¹ Dijo a continuación: “Yo bien sé que me tilda de rancio y retrógrado, porque cito estas leyes: pero yo bien me sé que el hombre necesita y necesitará cubrir su cuerpo contra las intemperies, mientras exista la humanidad, y que lo único que cambia y cambiará es la forma de los vestidos...” (pp. 86-87).

hacer cumplir las leyes que se dictaren, relativas a los indios, presidir su protección y defensa, y proponer los reglamentos y ordenanzas que creyese convenientes”.

En cada colonia que se fundase habría un “defensor de indios”, que ejercería todas las funciones asignadas por las leyes generales a los defensores de menores e incapaces, y podría reclamar judicialmente el cumplimiento de los contratos de trabajo que se hubiese suscripto por los indígenas. Cuatro inspectores generales vigilarían el cumplimiento de las obligaciones de los empleados locales en la protección y defensa de los indios. Se estaría a lo prevenido en las leyes generales en todo lo que no se opusiera a la ley especial y a los “usos y costumbres de los indios”.⁶²

Garmendia hizo también su aporte para la solución —entre otros tópicos— del problema de la representación, en el ya citado “Ensayo sobre legislación de indios” de 1903.

Su premisa fue que el indio era un hombre libre y ciudadano argentino, que estaba bajo el imperio de las leyes comunes, y que no era necesario en manera alguna ni se justificaba que el Congreso dictase una ley especial reconociéndole derechos que nadie podía discutirle y que estaban reglamentados por los Códigos. Admitió, sin embargo, que para el ejercicio de esos derechos surgían “dificultades graves y complicadas” que no existían respecto de los demás habitantes, debido a las condiciones especiales en que el indio se encontraba, al medio en que vivía y al modo como se incorporaba a la sociedad argentina. La ley que se debía dictar sería “más una ley de garantías y de facilidades para el ejercicio de los derechos civiles del indio, que una ley declaratoria o de reconocimiento de tales derechos”. Su punto de partida sería la obligación de inscribirlos en el Registro Civil.⁶³

Habría en cada nación y colonia indígenas un “defensor o protector de indios”.⁶⁴ En él recaería asimismo la tutela dativa cuando fuera menester discernirla. Debería declararse expresamente, para evitar abusos, que los indios tenían la patria potestad sobre sus hijos y que los defensores ni ningún otro funcionario podrían perturbarla ni restringirla, sin perjuicio de sus deberes como tutores o defensores de indios.⁶⁵

Las leyes de Indias y los trabajos de Biale Massé y Garmendia fueron fuentes del proyecto de Ley Nacional del Trabajo del ministro del Interior, Joaquín V. González, en su título X, “Del trabajo de los indios”. Este título no se limitó al problema del trabajo, en sentido estricto, sino que en sus tres apartados se ocupó “De la persona civil de los indios”, “Deberes de los patrones” y “De la protección y defensa de los indios”. La ley proyectada regiría en la Capital Federal y territorios nacionales.

El mensaje con que fue presentado el proyecto en el Congreso, firmado por el presidente Julio A. Roca y su ministro, el 6 de mayo de 1904, decía del mencionado título que estaba consagrado a definir la persona civil del indio de los territorios nacionales, así en las relaciones de su contrato de trabajo, como en los demás concordantes con aquéllas y derivados de su condición de hombres libres.

A dos objetivos apuntaba el proyecto: “1º, garantizar los contratos que el indio u otro en su nombre hacen para su trabajo, poniéndolo bajo condiciones semejantes a los de otros obreros, en lo relativo a los salarios y su modo de pago; 2º, completar estas disposiciones con otras que se proponen definir su condición civil, en el sentido de la patria potestad, matrimonio, registro civil y contratos de otro género, a cuyo efecto se crea en su forma más eficaz por el momento el patronato de indios, tan reclamado, y cuyo establecimiento en su más amplia escala, cabe dentro del marco del proyecto”.

⁶² Ob. cit., pp. 88-91.

⁶³ Lug. cit., p. 158.

⁶⁴ Idem, XLVI, 1908, p. 10.

⁶⁵ Idem, XLV, pp. 161-162.

El patronato en su primera forma debía ser una "especie de tutela o protección jurídica y moral" en manos de quien podía ejercer acciones judiciales en su defensa, y bajo las responsabilidades efectivas que incumbían a los magistrados. Si eso resultaba insuficiente, se ampliarían con el tiempo su personal y atribuciones.

En el articulado se decía que toda persona que tratase con los indios estaba obligada a "considerarlos como personas libres y dueños de todos los derechos civiles inherentes a todo habitante de la República, sin más limitaciones que las establecidas por las leyes comunes y políticas" (256). Para la celebración de todo contrato de trabajo sería necesaria la intervención del defensor de indios o de un delegado de la autoridad política del territorio (262).

Bajo la dependencia del Ministerio del Interior establecía el "servicio de protección y defensa de los indios", en lo que no se hallaba encomendado al Ejército. Estaría a cargo de los fiscales en los territorios (se volvía a la práctica de las Audiencias indianas) y de los funcionarios de la misma clase en las provincias adonde los indios fuesen conducidos a prestar trabajo temporalmente, con el título a esos fines de "defensores de indios" (273).

Ambos tendrían las siguientes obligaciones:

"1º 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;

"2º Asistir, de acuerdo con esta ley, a la formación de los contratos individuales o colectivos que los indios concertasen con toda clase de empresarios, o sus representantes o mandatarios, a fin de exigir en ellos el cumplimiento de todas las condiciones y requisitos que esos actos deben satisfacer;

"3º Procurar de las autoridades nacionales y de las corporaciones privadas y públicas la protección y bienestar de los indios, ya por medio de ocupaciones ventajosas, ya por fundaciones de colonias, talleres, labranzas, chacras, escuelas, u otros establecimientos en que se les enseñe el trabajo reproductivo y se les prepare al ejercicio de la vida civil como ciudadanos de la nación;

"4º Velar por el buen tratamiento debido a los indios de parte de cualquier autoridad, empresa o persona que los tenga a su servicio, así como en las misiones religiosas católicas o de otras confesiones que se dedicasen a su conversión o enseñanza;

"5º Ejercitar ante las autoridades administrativas o judiciales, según los casos, los derechos y acciones que correspondan para regularizar o dar forma legal a todos los actos de naturaleza civil que los indios realizasen o en que sean parte; representarlos en sus gestiones individuales o colectivas para el reconocimiento de sus títulos de posesión o dominio privado, sobre las tierras que habiten o pueblen conforme a las leyes, y para el cumplimiento de las promesas que las leyes o decretos de los poderes públicos contuviesen en su favor;

"6º Ser parte en defensa de los indios, en cualquier causa criminal que se entable contra alguno de ellos por delitos comunes, en las cuales serán siempre considerados como circunstancias atenuantes su condición inculta o semisalvaje y la fuerza de los hábitos, instintos o supersticiones de raza;

"7º Entablar recursos de hábeas corpus ante los jueces para exigir la inmediata libertad de los indios que fuesen ilegalmente retenidos o fuesen mortificados o maltratados por cualquiera autoridad o persona privada, ya en trabajos forzosos, ya en condición inferior a la persona civil, ya por engaños u otros artificios, destinados a servirse de ellos contra su voluntad, contra la ley, o contra los dicta-

dos de la moral o la caridad cristiana, debiendo en el mismo acto pedir la aplicación de la pena que corresponda" (274).⁶⁶

Dada la demora que se registraba en la creación del Patronato, el presidente Roque Sáenz Peña, con el refrendo del ministro de Agricultura, Eleodoro Lobos, promulgó el 27 de octubre de 1911 un decreto, referido en general a la ocupación por el Ejército de los territorios del Chaco y Formosa, uno de cuyos considerandos decía que "mientras no se funde un patronato de los indios, encargados de aplicar las leyes, decretos y disposiciones que se dicten sobre reducción, protección e instrucción de los indios, es urgente atender provisoriamente a las necesidades de las tribus cuyo sometimiento se vaya obteniendo". El Ministerio de Agricultura tendría a su cargo reducir y asistir a los indios para que se aplicasen a las actividades agrícolas y forestales.⁶⁷

Unos meses después, el 24 de julio de 1912, Sáenz Peña consideró conveniente, por otro decreto, concentrar en el Ministerio del Interior todo lo referente a la "incorporación de los indios a la civilización del país", de conformidad con la ley de ministerios de 1898, y en consecuencia le confió a la Dirección General de Territorios Nacionales el trato con los indios, la superintendencia de las misiones y reducciones, y todo lo relacionado con el asentamiento de aquéllos.⁶⁸

Previó la constitución de una Comisión Financiera Honoraria de Reducciones de Indios para las compras y ventas que tuviesen que hacer. Fue establecida por decreto del 26 de agosto siguiente y reglamentadas sus actividades por resolución del ministro Indalecio Gómez del 25 de setiembre.⁶⁹ Al ampliarse sus atribuciones, su nombre definitivo fue el de Comisión Honoraria de Reducciones de Indios. Fue la institución oficial dedicada al aborigen que tuvo más larga vida.⁷⁰

Al frente de la Dirección General de Territorios Nacionales, Isidoro Ruiz Moreno desarrolló una labor elogiosa en favor de los indígenas. Fruto de ese afán fue el proyecto de ley que elaboró sobre Patronato Nacional de Indios. Tuvo oportunidad de aclarar que la Dirección adquirió competencia en la materia en "tres años de continuos estudios y de experiencia práctica", y que el proyecto abarcaba y resolvía, en principio, "de acuerdo a las enseñanzas teórico-prácticas de la ciencia sociológica moderna, el conjunto de factores que constituyen el problema del indio".⁷¹

El proyecto fue presentado en el Congreso el 31 de agosto de 1914 con la firma del presidente Victorino de la Plaza, refrendada por el ministro del Interior,

⁶⁶ Congreso Nacional, *Diario de sesiones de la Cámara de Diputados. Año 1904*, I, 1904, pp. 63-147.

⁶⁷ *Leyes... que se refieren a la administración y gobierno de la Capital Federal y territorios nacionales...*, cit., I, pp. 393-394.

⁶⁸ *Idem*, pp. 396-397.

⁶⁹ *Idem*, pp. 397-400. Los miembros designados para integrarla fueron Rafael Herrera Vergas, Manuel A. de Uribelarrea, Emilio de Anchorena y Enrique Vivot. Sobre las primeras actividades de la Comisión, ver: *Memoria del Ministerio del Interior presentada al Hon. Congreso Nacional. 1912-1913*, Buenos Aires, 1913. Un segundo Reglamento de la Comisión fue establecido por decreto del 11-1-1927 (*Leyes nacionales...* cit., pp. 402-404). Otro Reglamento más puso en vigencia el decreto 9.658 del 2-5-1945 (*Boletín oficial*, Buenos Aires, 7-5-1945).

En 1918 la Comisión atravesó por una crisis. Renunciaron sus miembros, incluidos el presidente, Juan Esteban Anchorena, y el vicepresidente, José María Achával, al no tener respuesta sus pe-

didados de fondos al ministro, y en la creencia que el Gobierno tenía otros planes para el organismo, incluso suprimirlo (*La Nación*, 27-3-1918). Al día siguiente informó *La Nación* que en acuerdo de ministros se había dispuesto entregarle los fondos pendientes para las misiones.

⁷⁰ El decreto 15.074 del 27-11-1943 la incorporó a la Secretaría de Trabajo y Previsión, dependiente de la Presidencia de la Nación, y el 1.594 del 17-1-1946 la transformó en Dirección de Protección del Aborigen, dentro de la misma Secretaría. Unos años después, el decreto 2.896 del 4-2-1949 la transfirió a la Dirección Nacional de Migraciones. El decreto 7.191 del 16-5-1955 la restituyó a la esfera del Ministerio del Interior, y el decreto-ley 12.969 del 18-7-1956 decidió su supresión.

⁷¹ *Memoria del Ministerio del Interior presentada al Hon. Congreso de la Nación. 1915-1916*, II, Buenos Aires, 1916, p. 309.

Miguel S. Ortiz. El mensaje que lo acompañó sostenía que el problema estaba pendiente de solución y que el fin que lo inspiraba era el de "atraer a los indios sin violencias ni desgarramientos, a la vida civilizada". Constaba de trece artículos más uno de forma.

El Patronato funcionaría anexo a la Dirección de Territorios Nacionales. Entre sus múltiples funciones figuraban: "intervenir en los contratos de los indios y en el comercio de éstos" (art. 1º, inc. 2º); "velar porque no se molesten sin motivo a los indios, sean mansos o aún no reducidos, denunciar los abusos de que sean víctimas y tomar medidas para ampararlos, sin perjuicio de la acción que corresponde a los jueces" (inc. 3º); y "formular proyectos de ley relativos al indio como sujeto de derecho, a fin de determinar su capacidad civil y política y su responsabilidad penal en los que se defina la misión tuitiva que corresponde al Estado ejercer sobre él, [y] los requisitos necesarios para su emancipación legal" (inc. 4º).

Los defensores de indios, que nombraría el Poder Ejecutivo, tendrían a su cargo las "defensas de los derechos y de los bienes de las reducciones... así como la de las personas, derechos y bienes de los indígenas por actos referentes a personas o cosas fuera de las reducciones" (art. 5º).

El proyecto no fue sancionado ni esa vez ni con motivo de su reproducción el 9 de junio de 1916.⁷²

Mientras estaba todavía a consideración del Congreso, el Departamento Nacional del Trabajo redactó un proyecto de ley sobre trabajo de los indios. Algunas funciones que el anterior le asignaba al Patronato éste se las atribuía –junto con otras– a la Defensoría de Indios, que preveía instalar en cada uno de los territorios nacionales. En buena medida fue una copia del proyecto de Joaquín V. González.

Los defensores tendrían las obligaciones señaladas en el art. 274 de ese proyecto, salvo el inc. 3º, suprimido en su totalidad, y la segunda parte del 5º, sugestivamente eliminada, que decía "representarlos en sus gestiones individuales o colectivas para el reconocimiento de sus títulos de posesión o dominio privado, sobre las tierras que habiten o pueblen conforme a las leyes, y para el cumplimiento de las promesas que las leyes o decretos de los poderes públicos contuviesen en su favor" (art. 17).⁷³

Ruiz Moreno lo criticó con severidad. Entre este proyecto y el suyo estableció una diferencia fundamental: el de Patronato no se atrevió a legislar sobre indios sin conocer antes y bien su psicología y sociología étnicas, antropología, etc., consecuente en eso con la "ciencia criminológica moderna", que tendía a individualizar las penas; mientras que el otro no parecía haber encarado esa dificultad, ya que no decía sobre qué principio se basaría el defensor, con qué criterio ejercería las funciones del ministerio público. A su juicio era anticientífico e injusto el considerar los hábitos y costumbres indígenas como circunstancias atenuantes, pues en ciertos casos debían eximir de toda pena. Además, era partidario de centralizar en su Dirección todos los asuntos de indios, porque tenía los conocimientos y estudios necesarios, y empleados especializados capaces de juzgar problemas de carácter sociológico.⁷⁴ Tampoco prosperó esta iniciativa.⁷⁵

⁷² Secretaría de Trabajo y Previsión. Consejo Agrario Nacional, *El problema indígena en la Argentina*, Buenos Aires, 1945, pp. 204-209. En 1943 escribió Fernando Márquez Miranda que la condición de organismo honorario de la Comisión, y la precariedad de los recursos y elementos que contaba le habían impedido desempeñar eficazmente la función defensora de los intereses indígenas que tenía encomendada, y que se necesitaba del dictado de la Ley Nacional de Patronato ("El indio argentino ante la legislación y la realidad",

pp. 72-73, en *Boletín de la Sociedad Argentina de Antropología*, 5-6, Buenos Aires, 1943).

⁷³ *Memoria... 1915-1916*, cit., pp. 315-318.

⁷⁴ *Idem*, pp. 308-315.

⁷⁵ Hubo otros proyectos que corrieron la misma suerte: del diputado Joaquín Castellanos, del 7-8-1916, que atribuía a los fiscales de los juzgados federales la representación del Estado en la defensa de los indios en caso de infracción cometida en su perjuicio por patrones y funcionarios policiales y administrativos (*El problema indígena...*

La idea de la creación del Patronato Nacional de Indios fue retomada por el Poder Ejecutivo en 1925. El 21 de julio de ese año, con las firmas del presidente Marcelo T. de Alvear, y del ministro del Interior, Vicente C. Gallo, fue presentado el proyecto respectivo en el Congreso. Era similar al de 1914, con las modificaciones aconsejadas por la práctica.

El mensaje que lo acompañaba no abordó el asunto de la capacidad y representación. Entre las tareas del Patronato estaba la de elevar al Poder Ejecutivo proyectos relativos al indio "como sujeto de derecho" (art. 1º, inc. 5º). El art. 4º era igual al 5º del proyecto anterior. No fue sancionado entonces ni cuando se lo reprodujo el 12 de junio de 1928.⁷⁶

Juan A. González Calderón llamó la atención en 1931 sobre la falta de una legislación acertada que solucionase los muchos problemas planteados con motivo de la reducción de los indígenas, quienes merecían, "por su número y situación tan desamparada, que los hombres de gobierno se decidían de una vez a asegurarles los derechos que la Constitución les promete, y a definirles sus deberes conforme a su idiosincrasia".⁷⁷

El afán proyectista tuvo nuevas manifestaciones, siempre con el mismo resultado negativo. En mayo de 1939 una "Comisión Indigenista Argentina" formuló un proyecto de ley de fundación, bajo la dependencia del Ministerio de Agricultura, de la Comisión Nacional de Protección al Indio, que reemplazaría a la Comisión Honoraria. No contenía cláusulas específicas sobre la capacidad, salvo que vigilaría, protegería y tomaría las medidas necesarias para la defensa de los indios, sin perjuicio de la acción que correspondía a los jueces y otras autoridades; y que elevaría al Poder Ejecutivo proyectos de leyes y decretos (art. 1º, incs. d y f).⁷⁸

Sobre la misma base, el diputado Carlos P. Montaña presentó el 2 de junio de ese año un proyecto de creación de una Comisión semejante, pero en la esfera del Ministerio del Interior. Además de las funciones conocidas disponía que la Comisión en sus derechos, y los indígenas en sus personas y patrimonios, serían asesorados por un defensor de indios nombrado por el Poder Ejecutivo (art. 3º). Simultáneamente, Montaña le envió una carta al presidente de la República abogando en favor de la sanción, pues los indios —decía en ella— "no han recibido hasta el presente, una protección efectiva del Estado", hallándose en un "estado deplorable". Al no producirse aquélla, lo reiteró en 1940 junto con Eduardo Teisaire.⁷⁹

Por último, el 2 de setiembre de 1948 el diputado Manuel Sarmiento propuso la erección, en el Ministerio del Interior, de un Consejo Nacional de Protección al Aborigen.⁸⁰

En tanto que en un primer momento se consideró que uno de los problemas a resolver era el de la capacidad, y se lo intentó por la vía de una representación

cit., pp. 231-232); de Código del Trabajo del presidente Hipólito Yrigoyen, del 8-6-1921, que incluía un título sobre el trabajo de los indios. Para la celebración de los contratos respectivos intervendría en su representación un funcionario designado por el gobernador del territorio, quien a su vez tendría que aprobarlos (Idem, pp. 233-235); de trabajo de los indios del diputado Leopoldo Bard, del 22-9-1927, según el cual los representaría en caso de litigio el defensor de pobres e incapaces o el asesor de menores (Idem, pp. 236-243); y del diputado Pedro Bidegain, del día siguiente, simple reproducción de la parte pertinente del proyecto de Código del Trabajo de 1921 (Idem, pp. 244-248).

⁷⁶ Idem, pp. 210-213.

⁷⁷ *Derecho constitucional argentino*, II, Buenos Aires, 1931, p. 56.

⁷⁸ FLURY, Lázaro, *Legislación indigenista de Argentina*. Recopilación e Introducción de... Ediciones especiales del Instituto Indigenista Interamericano, México, D.F., 1957, pp. 35-37.

⁷⁹ Idem, pp. 37-42; y H. CONGRESO DE LA NACION. DIRECCION DE INFORMACION PARLAMENTARIA, *Tratamiento de la cuestión indígena*. 2ª edic. Serie: Estudios e Investigaciones, N° 2, Buenos Aires, 1986, pp. 155-156.

⁸⁰ *Tratamiento de la cuestión indígena...* cit., pp. 159-160.

especial necesaria, en las últimas décadas se lo dio por superado y la sola previsión adoptada a ese respecto fue la de un simple asesoramiento. La protección buscada para el indio dejó de tomar en cuenta ese aspecto para referirse, exclusivamente, al económico, cultural y sanitario, dando por sentado que no había menester ya de un tratamiento particular desde el punto de vista jurídico.

6. LA OPINION DE LA DOCTRINA

¿Cuál fue la doctrina de los autores acerca del problema expuesto?

Ella empezó a manifestarse a fines del siglo XIX, cuando la cuestión indígena se constituyó en un tema importante a raíz de las campañas a los desiertos sur y norte, y de sus secuelas. Mantuvo ese rango hasta la segunda década del siglo XX y a partir de allí pasó a un segundo plano.

En agosto de 1885 se produjo en la Cámara de Diputados de la Nación un debate sobre la condición jurídica del aborigen. Las opiniones expuestas fueron variadas, pero coincidió la mayoría en que no era igual a la de los demás habitantes, cualquiera fuese el tenor de las leyes.

Para el ministro de Relaciones Exteriores, e interino de Guerra y Marina, Francisco Ortiz, para considerarlos ciudadanos, para que entrasen en el ejercicio de los derechos civiles de los demás habitantes de la República, solamente necesitaban ponerse aptos por medio de la civilización que el Gobierno tenía que darles. Téngase presente que según las leyes de los Estados Unidos entonces vigentes los indios no eran ciudadanos, carecían de derechos políticos.

El general Lucio V. Mansilla fue más claro aún. Preguntó cómo se podía conciliar la declaración de que eran argentinos y debían ser amparados en todos sus derechos con el “sarcasmo” de la diseminación entre varias familias de Buenos Aires de estos “verdaderos esclavos que se denominan argentinos”. Serían ilusorias todas las ventajas y favores que se les querían brindar si una ley del Congreso no establecía que “un indio es sobre todo un indio, y que, sean cuales sean las razones que tuvieron nuestros padres y los legisladores para declarar que son argentinos todos los que nacen en el territorio de la República, no podemos equiparar el indio a los demás habitantes”.

En cambio, para Francisco J. Figueroa eran ciudadanos “como cualquiera de los que nos sentamos en este recinto”, con los derechos restringidos “como tenemos muchos en la República” por vivir en los territorios nacionales cuyos habitantes, a diferencia de los de las provincias, carecían de derechos políticos.⁸¹

En una interesante tesis, Eduardo M. Zavalía sustentó la opinión realista de que, “como sería una evidente y por lo tanto irritante injusticia hacer efectiva con los indios la ficción del conocimiento de las leyes desde su publicación, la equidad manda suponer que todos los actos que ellos realicen mientras se encuentran en sus moradas, en violación de aquéllas, son producto de la ignorancia en que viven y no [se debe] hacerles cargo alguno; esto a pesar del principio de que *error juris non excusat*, pues semejante conclusión no puede comprenderlos si se observa que la condición de ellos es especial por el atraso y desconocimiento en que viven de todo lo que importa civilización”.

Más adelante interrogó: “¿qué valor tienen ante el Código Civil las relaciones de hecho y de derecho que necesariamente han debido formarse al amparo de la

⁸¹ CONGRESO NACIONAL, *Diario de sesiones de la Cámara de Diputados. Año 1885*, Buenos Aires, 1886, pp. 498-524.

vida en familia y por consiguiente en tribu? ¿Tienen derecho a la posesión y propiedad de los bienes que ocupan? ¿Podrían valerse de la prescripción para la defensa de sus propiedades? ¿Serían punibles ante nuestra legislación penal las relaciones lícitas entre ellos, pero prohibidas entre nosotros, que mantienen entre parientes en un grado que impide la celebración del matrimonio, o que lo hace incestuoso? ¿Si el matrimonio celebrado según sus ritos es válido para nuestras leyes de la materia constituiría delito para el Código penal, la bigamia permitida entre ellos? Estas y otras variadas cuestiones podría suscitar la condición actual del indígena, en mi concepto, interesantes y dignas de tranquilo estudio, pero que no han tenido ocasión de producirse por haberse dispuesto de ellos y de sus bienes, como de *cosa*".⁸²

Otra tesis interesante de esos años fue la de Héctor Juliánez. Demostración de la incertidumbre que reinaba acerca de los derechos de los indios fueron las preguntas que formuló: "¿qué son los indios ante el derecho de la provincia de Buenos Aires? ¿Sufren una *capitis deminutio* como en derecho antiguo? ¿Siguen siendo las personas miserables del derecho español? ¿Tienen una ciudadanía incompleta como en Francia, como en España, Inglaterra y Roma y Grecia? ¿Esto, en un país donde todas las Constituciones han declarado la igualdad civil y política?".

La Constitución —a su juicio— les reconocía una "posición jurídica especial, que no es la del súbdito sometido a la soberanía de la nación, ni la del extranjero: es consagrar una política tutelar, por parte del gobierno, es reconocer la incapacidad para la vida civilizada y para la plena libertad".⁸³

La pregunta se convirtió en afirmación en la tesis de Pantaleón Fernández: "...en la práctica —sostuvo— están equiparados a los menores e incapaces... esto se explica porque en el hecho son atrasados, de inteligencia limitada y esas leyes han sido dictadas con el fin de protegerlos".⁸⁴

Quien, como dije antes, se consagró más al estudio de la cuestión fue el juez Miguel Angel Garmendia, autor de los trabajos titulados *Condición jurídica del indio. Enrolamiento y servicio militar*, y *Ensayo sobre legislación de indios*. Escribió que sus funciones judiciales en Formosa lo movieron a estudiar dicha condición, "asunto nuevo y de importancia entre nosotros, pues no tenemos bibliografía ni jurisprudencia sobre esta materia. Apenas si se han producido algunos decretos aislados del Gobierno Nacional y unos dos o tres fallos de la Justicia Federal, de escaso interés jurídico y que no han ahondado en la cuestión. Muy distinta cosa ha sucedido en los Estados Unidos de América...". De todos modos —opinó—, "bien que la condición jurídica del indio no sea un punto completamente aclarado, hay un aspecto de la cuestión definitivamente establecido, y es éste: el indio no solamente es un hombre libre, sino que también reviste el carácter de ciudadano argentino".⁸⁵

Dijo en otro momento: "parece que no debiera existir ninguna duda con respecto a su situación en la legislación civil del país, dado que nuestros indios están bajo el imperio de las leyes comunes de la República, y que no sería necesario en manera alguna ni se justificaría que el Congreso dicte una ley especial reconociéndoles derechos que nadie puede discutirles y que están ya reglamentados por los Códigos vigentes".

Reconoció, sin embargo, que sus condiciones especiales de vida requerían de una "ley de garantías y de facilidades para el ejercicio de los derechos civiles".⁸⁶

⁸² *Los indios ante la Constitución y las leyes*. Tesis, Buenos Aires, 1892, pp. 105-106 y 109-110.

⁸³ *Condición jurídica de los indios*. Tesis, Buenos Aires, 1896, pp. 62 y 73-74.

⁸⁴ *Condición jurídica de los indios*. Tesis, Buenos

Aires, 1903. Manuscrito en la Biblioteca de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

⁸⁵ "Condición jurídica..." cit., pp. 55-56.

⁸⁶ "Ensayo..." cit., pp. 157-158.

Garmendia no llegó a admitir las profundas diferencias culturales que separaban a los aborígenes y que reclamaban un tratamiento especial por las leyes.

El constitucionalista Manuel Augusto Montes de Oca osciló, como la mayoría, entre lo que mandaban las normas y lo que mostraba la realidad. "No cabe dudar que los indios sometidos se encuentran amparados por el precepto de nuestra Constitución que declara la igualdad de los derechos", pero -agregó más adelante- "el indio, en la realidad de los hechos, es un ser inferior, desprovisto de cultura, ajeno a la civilización".⁸⁷

En las décadas siguientes se afirmó la idea entre los autores de la particularidad cultural de los aborígenes, y de la necesidad consiguiente de que esa singularidad se reflejase en la legislación.

Rafael Bielsa, después de subrayar el principio de igualdad civil, señaló que tratándose del indio la cuestión de la responsabilidad debía ser considerada distintamente. "La igualdad del indio es, diríamos, *potencial...*".⁸⁸ Ricardo Rojas, F.W. Gándara, J. de Charras y otros escribieron que en virtud de la igualdad ante la ley "se trató al indio como un ente de pleno derecho, y se le abandonó a sus propias fuerzas; ficción que debe desaparecer, transitoriamente... La Nación debe dar al indígena un *corpus* de leyes adecuadas a la realidad. Así lo intentaron las leyes españolas... la Argentina de hoy hállese en esta materia por debajo de las reales órdenes...".⁸⁹

Por último, Luis Jiménez de Asúa coincidió con que "para construir un derecho penal propio para los indígenas habría que modificar un axioma democrático... la igualdad ante las leyes. Pero no es menos exacto que tratar igualmente a seres desiguales no puede ser la verdadera igualdad".⁹⁰ Con su sabiduría reconocida puso el dedo en la llaga. Ratificó el voto emitido por el Congreso Latinoamericano de Criminología celebrado en Chile en 1941, que recomendó, para cuando se emprendiese la reforma de las leyes, tener muy en cuenta el factor indígena, procurando la adopción de una "legislación tutelar".⁹¹

7. CONCLUSIONES

a. La Revolución por la Independencia proclamó en toda Hispanoamérica el dogma de la igualdad ante la ley. Como consecuencia del mismo fue derogado, en principio, el estatuto particular que la Monarquía Española había creado para los indios.

b. La adopción del axioma de la igualdad significó que los factores culturales, que hasta entonces habían tenido relevancia para producir consecuencias normativas diferentes, perdieran esa relevancia y, por lo tanto, su virtud justificatoria de desigualdades legales. Esta pérdida, sin embargo, no ocurrió siempre. Por ejemplo, en materia electoral, el factor cultural siguió produciendo efectos discriminatorios.

⁸⁷ *Lecciones de derecho constitucional*. Notas tomadas de las conferencias del doctor... por Alcides V. Calandrelli, I, Buenos Aires, 1917, pp. 329 y 331.

⁸⁸ *Ciencia de la administración*, Rosario, 1937, p. 468, nota 33.

⁸⁹ Informe remitido el 31-5-1942 a la Comisión Organizadora de la Exposición Permanente de la Patagonia por la Subcomisión "Problema Indígena", compuesta por R. Rojas, F.W. Gándara, J. de

Charras, J.A. Domínguez, M.B. de Quirós y F.F. de Amador (ROJAS, Ricardo, "El problema indígena en Argentina", 107-108, en *América Indígena*, III-2, México, 1943).

⁹⁰ *Tratado de derecho penal*, I, Buenos Aires, 1950, p. 744.

⁹¹ "El derecho penal de los indios", pp. 255-256, en JIMENEZ DE ASUA, Luis, *El criminalista*, IV, Buenos Aires, 1944.

c. La aplicación del mencionado axioma no consiguió ocultar las profundas diferencias culturales existentes entre los indígenas y los blancos y, por consiguiente, la necesidad insoslayable de contemplar en la práctica jurídica esas desigualdades. Sin renunciar al principio, se continuaron aplicando, con las adaptaciones del caso, las disposiciones que calificaban a los indios de incapaces relativos de hecho y que requerían, para la validez de sus actos, la presencia de un representante público. Durante un siglo, aproximadamente, ese representante fue, con preferencia, el defensor de menores e incapaces.

d. La campaña al desierto austral –y luego al septentrional– a fines del siglo XIX, llevó al primer plano de la consideración pública la cuestión indígena. El caso Podestá puso en evidencia la verdadera magnitud del problema. Se sucedieron los debates y las iniciativas para resolverlo. Fue evidente la imposibilidad en que se encontraban los indios de obrar conforme a un derecho extraño a su cultura, y las leyes confirmaron la necesidad de que fuese representado para contratar y estar en juicio.

e. En las primeras décadas del siglo XX la solución más buscada fue la fundación del Patronato Nacional de Indios como organismo especializado, capaz de resolver el conjunto de problemas sociales, económicos y jurídicos que los aquejaban. Ninguna de las iniciativas prosperó. Con facultades menores, y una jurisdicción territorial más limitada, la Comisión Honoraria de Reducciones de Indios desarrolló una extensa y meritoria labor.

f. La doctrina, dominada hasta comienzos del siglo XX por la autoridad del principio de igualdad ante la ley, se inclinó paulatinamente al reconocimiento de la singularidad cultural de los aborígenes, y a la convicción de que el derecho no la podía ignorar bajo la ficción de una capacidad jurídica plena que no era realmente tal. A ese reconocimiento se llegó, especialmente, en material penal.

g. En el último siglo hubo, simultáneamente, expresiones significativas de revaloración del derecho indiano relativo a los indios, como legislación modélica no superada por las leyes posteriores.