

LIBRO IV. Pueblos Originarios.

Proyecto de unificación, legislar conforme a la historia y la realidad social

Introducción

Este trabajo pretende analizar el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial, en relación a si el mismo expresa una visión ahistórica, intentando imponer un modelo de sociedad, o por el contrario se basa en la historia de nuestro pueblo. Para eso se desarrollará el caso de los pueblos originarios.

Racionalismo e historicismo. Orígenes

En la Edad Contemporánea se observa la oposición entre dos movimientos culturales: el racionalismo y el romanticismo-historicismo.

El *Racionalismo* expresa una total confianza en la razón, que se considera único y supremo criterio de verdad y de certeza intelectual. Esta posición hace tabla rasa de toda tradición. Todos los hombres compartimos la razón, por tal motivo las conclusiones que extraemos de la misma pueden ser formuladas como universales y válidas para todos los tiempos. Una mirada racionalista a la hora de legislar no tiene en cuenta qué ocurre en la realidad social del pueblo, sino que intenta imponer los modelos que considera “verdaderos”. Así, el Código Civil francés de 1804, surge en el contexto de la revolución tecnológica inaugurada en Europa a fines del siglo XVIII y la industrialización, como también del desarrollo del capitalismo industrial. Ese período, caracterizado por una absoluta fe en la ciencia y la técnica, llevó a numerosos descubrimientos. La mira utilitaria de una clase social en vertiginoso ascenso (la burguesía) ansiaba la precisión y claridad del derecho como garantía de sus negocios tanto en relación con sus pares, como frente al Estado. Es en este contexto que en 1804

se dictó en Francia el Código Civil. Esta obra realizadora del espíritu burgués de “propiedad privada y libertad de contratación” estuvo inspirada en el pensamiento liberal inglés y en la fisiocracia, y expresó los ideales del capitalismo liberal. Las leyes existentes y sus instituciones debían abrogarse, y otras nuevas, creadas por los principios de la razón, debían sustituirlas. Se llegó a la idea de que se podía crear un sistema jurídico cerrado valedero para todos los pueblos y todas las épocas.

A la caída del Imperio Napoleónico se produjo una reacción irracionalista y emotivista en el *Romanticismo*, que se enfrentó con el sentido racional y empírico de la Ilustración predominante en el siglo XVIII. En afinidad con el Romanticismo se desarrolló la Escuela Histórica del Derecho, que consideró al mismo un producto del “espíritu del pueblo” manifestado en la historia a través de la costumbre. El romanticismo, en vez de jerarquizar la razón, privilegió la afectividad y la historia, y brindó especial consideración a las tradiciones. En lugar de ser cosmopolita, dio importancia a las particularidades nacionales.

El Código Civil originario

Mientras que en Europa occidental ocurría lo mencionado, Argentina adoptó la decisión de integrar el país en el mercado internacional. En nuestro país el centro de la escena política se encontraba en la Provincia de Buenos Aires, en una burguesía en formación dedicada fundamentalmente a las actividades mercantilistas y agroexportadoras. Se necesitaba desarrollar además de la estructura constitucional, leyes que les dieran a los principios constitucionales operatividad. Ante esto, surge la cuestión de si se legislaba siguiendo la costumbre y antecedentes históricos (historicismo), o si por el contrario se imitaban los modelos europeos (racionalismo). Los círculos intelectuales rioplatenses venían desde fines del siglo XVIII contagiándose del racionalismo y del utilitarismo. Es así, como se puede observar que el Código Civil originario fue una manifestación de la posición de legislar conforme a la razón.

El Código Civil fue sancionado mediante la ley 340 en 1869. Mitre fue quien encomendó el proyecto al jurista Dalmacio Vélez Sarsfield. El proyecto de Código Civil se culminó en la presidencia de Sarmiento. Respecto a por qué nuestro código fue más racionalista que historicista es necesario explicar cuál era la realidad social que atravesaba la Argentina en ese momento. En 1869 se realizó el Primer Censo Nacional.

Según este relevamiento, el 31% de las personas que habitaban el país vivían en la Provincia de Buenos Aires. Siete de cada diez de los habitantes residía en áreas rurales. Alrededor del 75% de las familias vivían en ranchos de barro y paja. El 8% de la población total del país eran europeos. El 71% de la población era analfabeta. Los profesionales -incluidos los militares- representaban sólo el 1% de la población. Sarmiento, había producido un diagnóstico rotundo de país en su obra “Facundo”; consideraba que el gran problema de la Argentina era el atraso que él sintetizaba con la frase “civilización y la barbarie”. Entendía que la civilización se identificaba con la ciudad (principalmente Buenos Aires), con lo urbano, lo que estaba en contacto con lo europeo (cuyo núcleo atribuye a Francia e Inglaterra); la barbarie, en cambio, era el campo, lo rural, el atraso, el indio y el gaucho, la "pampa". Este dilema, según él, sólo podía resolverse por el triunfo de la “civilización” sobre la “barbarie”. Lo que Sarmiento pretende es una explicación sociológica de la vida argentina y la propuesta de un modelo jurídico. La "civilización" de la ciudad significa la "recepción" del derecho afrancesado.

El proyecto liberal de la época respondía a una clara estrategia de refundación del país. Se buscaba la implantación de un país “angloafrancesado” y la destrucción de la cultura gauchesca. Para ello eran funcionales el desarrollo científico y tecnológico; la educación laica, común, gratuita y obligatoria, con presencia de docentes norteamericanas; la ley de vagos y mal entretenidos; el Código de Comercio y fundamentalmente el Código Civil.

Se puede observar cómo ante esta codificación, los que se beneficiaron fueron los sectores anglofranceses vinculados al comercio y la producción, presentes y por venir por la inmigración, mientras que los perjudicados fueron los gauchos. Así, en “Martín Fierro” por ejemplo, se observa que el gaucho como consecuencia de este código, pierde las tierras, los hijos, las mujeres, etc. El libro de Hernández es uno de los mejores testimonios de la condición de los gauchos desposeídos, que no podían expresarse normativamente.

El sector gobernante dispuso que la Argentina debía ser “igual” a Francia y por eso recibió en gran medida el modelo del Código Napoleón. A su vez, otra muestra del racionalismo en el código, se relaciona con que en el mismo se adoptó una postura sumamente restrictiva en torno a la vigencia o validez del derecho consuetudinario. En

el artículo 17 del Código Civil no sólo se priva de efectos al derecho consuetudinario cuando se enfrenta con el escrito, sino también en aquellos casos que no están previstos en la ley.

Proyecto de Código

Se puede observar que receptor modelos jurídicos externos, ajenos a nuestra historia, nos conduce a la necesidad de modificar dichos códigos que se plantearon como universales y eternos desde la razón. La pretensión racionalista de que todo el derecho sea condensado de manera definitiva en un código, se enfrentó a las mutaciones sociales, económicas y políticas que imponen la constante actualización del texto. De esta manera, el Código Civil no estuvo exento a lo largo de la historia de diversas modificaciones, que resultaron necesarias para regular adecuadamente una sociedad que presentó grandes cambios. La reforma más importante que sufrió el código fue producto de la Ley 17.711 del año 1968.

A su vez, en nuestro tiempo se están produciendo enormes cambios tecnológicos, científicos, sociales y morales. Ante esto, nuestro Código Civil queda desfasado, desactualizado en relación a lo que ocurre en la realidad social. Si consideramos que el derecho es una práctica social, el mismo debe reflejar los acuerdos, conflictos, tensiones, que se producen en la sociedad en un tiempo y un lugar determinado. El derecho civil, y el código civil deben hacerse cargo de esta realidad.

De ahí la importancia del proyecto de unificación y reforma de los Códigos Civil y Comercial que se ocupa de regular temas que forman parte de la vida cotidiana y posee una visión histórica al momento de codificar distintas instituciones. El mismo, brinda un marco regulatorio a una serie de conductas sociales que no pueden ignorarse. Es decir, este proyecto contempla lo que está ocurriendo en la realidad, en la historia de nuestro pueblo, más que querer imponer un modelo “correcto” a seguir.

El Proyecto de Código recepta un paradigma no discriminatorio, más igualitario, sin distinciones por sexo, origen o riqueza, en donde se regulan también los derechos de incidencia colectiva, innovando en este último supuesto en relación a las reglamentaciones a nivel mundial. El proyecto se basa en la idea de una sociedad multicultural, que tiene en cuenta los derechos de las comunidades originarias.

Los pueblos originarios

Interculturalidad, multiculturalidad y pluriculturalidad

El reconocimiento y aceptación por parte del estado y de la sociedad civil en general de no sólo de derechos y prerrogativas consideradas básicas sino también del status que se le otorga a las minorías étnicas, fue variando con el transcurso de las décadas. Para analizar este tema es necesario hacer una referencia a los conceptos de interculturalidad, multiculturalidad y pluriculturalidad. Estos conceptos aluden principalmente a la coexistencia dentro de un mismo espacio de diversas culturas. Toda cultura es básicamente pluricultural. Es decir, se ha ido formando, y se sigue formando, a partir de los contactos entre distintas comunidades de vidas que aportan sus modos de pensar, sentir y actuar. Como señala Aguado Odina:

“Con el término multicultural se define la situación de las sociedades, grupos o entidades sociales en las que muchos grupos de individuos que pertenecen a diferentes culturas viven juntos, cualquiera que sea el estilo de vida elegido. Pluricultural es casi un sinónimo, indica simplemente la existencia de una situación particular. Transcultural implica un movimiento, indica el paso de una situación cultural a otra. Finalmente intercultural no se limita a descubrir una situación particular sino que define un enfoque, procedimiento, proceso dinámico de naturaleza social en el que los participantes son positivamente impulsados a ser conscientes de su interdependencia...”¹

A principios del siglo pasado en la Argentina se adoptaron diversos procesos tendientes a la homogenización de las diversas culturas que habitaban en nuestro país, proclives a crear una identidad nacional que en los hechos implicaba ignorar las diferencias, y que en definitiva implicaron un rechazo en el plano jurídico de la aceptación de las culturas y tradiciones propias de los pueblos originarios y su incorporación al derecho estatal hegemónico teniendo como meta la igualdad de todos los habitantes ante la ley.

¹ JIMENEZ FERNANDEZ, María del Carmen (Comp.). Lecturas de pedagogía diferencial. Madrid, Editorial Dykinson, 1991, p. 89.

Como hacen referencia autores como Bartolomé Pina y Cabrera Rodríguez, la aceptación de la existencia de diversas culturas distintas a la hegemónica implica un desafío, un reto que requiere:

“...respuestas abiertas que contemplen las diferentes identidades culturales, respuestas inclusivas que posibiliten la equidad y la justicia (...) y respuestas democráticas que faciliten la participación de todos en la construcción de una sociedad multicultural...”²

Paradigmas históricos respecto a los pueblos originarios

En el período del derecho indiano se distinguió entre aquellos indígenas que de alguna manera eran incorporados a la llamada sociedad civilizada de aquellos que permanecían rebeldes. A los primeros se les asignó un status jurídico por el cual no eran considerados sujetos plenos de derecho sino sujetos susceptibles de tutela, un sujeto inferior, al cual se lo calificaba como “miserable”. La segunda categoría, no correría mejor suerte, eran considerados como salvajes que era necesario civilizar por el bien de la sociedad civil y de ellos mismos, siendo incorporados de manera progresiva y violenta dentro del sistema de la metrópoli española a través de las ya conocidas e históricas campañas militares, que culminaban transformándolos en prisioneros o sometidos a servidumbre.

Al decir de autores como Silvina Ramírez durante este periodo existe un modelo segregacionista que considera a los indígenas como individuos de segunda categoría, absolutamente excluidos ocupando el estrato más bajo del sistema social. Esta incorporación a la sociedad criolla implicaba además el anexo de sus tierras ancestrales dentro de las arcas de la corona española, transformando la tierra comunitaria al dominio privado y la conversión del indígena comunero en trabajador productivo.

Con la llegada de la independencia y de la legislación propia todo el esquema de reconocimiento de derechos se va a basar en la igualdad jurídica, igualdad formal que implica solamente igualdad de los sujetos ante la ley, entendida como la misma ley para todos. Es decir, se considerara al indígena como un sujeto que desde el punto de vista teórico, poseía los mismos derechos que el resto de la ciudadanía, lo que implicaba en

² BARTOLOME PINA, Margarita y CABRERA RODRIGUEZ Flor. Sociedad multicultural y ciudadanía: hacia una sociedad y ciudadanía multiculturales. En: revista de educación de la ciudad de Buenos Aires. Dirección general de escuelas, centro de investigación y documentación educativa. Buenos Aires, 2003, p. 34.

los hechos, un trato desigual, donde las diferencias culturales eran ignoradas. Es lo que los especialistas denominan paradigma asimilacionista.

Ante este paradigma se sancionan las leyes fundamentales y rectoras de nuestra sociedad, como la Constitución de 1853, y posteriormente los diversos códigos de fondo en los que se consagra por sobre todas las cosas la libertad individual, los derechos personales, la propiedad privada individual como derecho fundamental, ante lo cual varias de las concepciones tradicionales indígenas son contradictorias con respecto al derecho estatal. De acuerdo a estos principios las tierras indígenas fueron declaradas baldías, incorporadas al dominio del estado y vendidas o donadas a las familias patricias. Esta diferencia real, pero no prevista desde el punto de vista formal, fue puesta en práctica por el discurso jurídico a través del mantenimiento de las instituciones tutelares del derecho indiano, como por ejemplo el llamado “protector de naturales” y sus correlativos institutos de asistencia fundados en la incapacidad civil del indígena.³

Como señala Ramella, todavía, incluso en este periodo, existía aquella diferenciación ya planteada anteriormente:

“Al momento de sancionarse la constitución y el código civil había dos categorías de indígenas a los fines del ordenamiento jurídico. Los que Vivían en el territorio sobre el cual argentina ejercía su supremacía territorial y estaban sojuzgados en nombre del estado argentino, porque bajo el axioma de la igualdad ante la ley, eran argentinos, es decir no existían identificados como indígenas en la mentalidad de los constituyentes, ni de los constitucionalistas, ni de los censistas (...) fuera de ese territorio habitaban otros pueblos indígenas no dominados por los españoles ni por la argentina independiente, con los cuales se pactaba. Se firmaban tratados de no agresión entre ambas *naciones* (...) sobre los que no ejercía la supremacía territorial”.⁴

³ ALVAREZ, Luciana. La cuestión indígena en Argentina: de la efectividad a los contextos de producción. *Perfiles Latinoamericanos*. Revista electrónica de la sede de México de la FLACSO. [En línea]. 2009. V 17, n° 24. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0188-76532009000200004&script=sci_arttext. ISSN 0188-7653 p. 6.

⁴ RAMELLA, Susana. El derecho a la diferencia en la constitución argentina de 1994: Hacia un nuevo paradigma antropológico. Pagina del Centro de Investigaciones y estudios superiores en antropología social. [En línea]. Distrito Federal, México. Disponible en: http://www.ciesas.edu.mx/proyectos/relaju/cd_relaju/Ponencias/Mesa%20Yrigoyen-Carrasco/RamellaArdizziSusana.pdf op. Cit., p. 6.

A partir de 1880 esta diferenciación comienza a desaparecer con la consiguiente incorporación del territorio del sur de nuestro país, en lo que históricamente se denominó “conquista del desierto”. Esta denominación histórica, señala, como bien destaca parte de la doctrina especializada, “la dialéctica civilización y barbarie (...) ya que lo que lo definía no era el espacio físico árido o falta de población humana sino la falta de control estatal, capitalismo y civilización”.⁵ La narrativa de la época destacaba la “homogeneidad de la población argentina”, destacando la exclusión de los pueblos originarios a una simple fuerza salvaje y destructiva que debía ser controlada. De esta manera amplios porcentajes de los pueblos nativos fueron incorporados a las economías regionales como trabajadores estacionales, pequeños productores o parte del trabajo proletariado.⁶

Con la llegada a mitad del siglo XX del constitucionalismo social, se sigue contemplando la primacía del individuo, pero desempeñando un rol social, un papel dentro de la sociedad y consecuentemente los grupos indígenas comienzan a ser percibidos como grupos diferenciales. Estos adquirieron por primera vez derechos a alguno de los derechos políticos básicos, como el derecho a la ciudadanía, se les permitió votar, el estatuto del peón mejoró su calidad de trabajo en zonas rurales.

Es así que a partir de la segunda mitad del siglo XX, no solo a partir de los avances en el reconocimiento de derechos básicos, sino también a partir de movimientos indígenas que comienzan a consolidarse se pasa a un modelo que desde la doctrina se denomina *integracionista*. Pero en definitiva el verdadero avance sobre el reconocimiento de los derechos e igualdad de los grupos autóctonos se da a partir, legislativamente, de la última reforma constitucional y la incorporación de diversos instrumentos de derecho internacional, como el convenio 169 de la OIT, es por eso que algunos autores consideran que el derecho tiende a evolucionar a un nuevo paradigma, donde se tiene en consideración y se respeta en mucha mayor medida la multiculturalidad.

A partir de los movimientos surgidos a partir de la década de 1980 que reivindicaban cuestiones relativas a la diversidad, entre ellos los movimientos indígenas, implicó en materia legislativa la sanción de la “ley nacional sobre política indígena y apoyo a las

⁵ GORDILLO, Gastón y HIRSCH, Silvia. La presencia ausente: invisibilizaciones, políticas estatales y emergencias indígenas en la Argentina. En: Movilizaciones indígenas e identidades en disputa en la Argentina. Buenos Aires, Editorial ICRJ, 2010, p. 15.

⁶ GORDILLO, Gastón y HIRSCH, Silvia p. 21.

comunidades indígenas” (ley 23.302) que entre sus aspectos más destacados, creo el instituto nacional de asuntos indígenas (INAI)⁷.

Otro importante avance legislativo fue la aprobación en 1992 del convenio 169 de la OIT que implicó adaptar la legislación nacional al cuerpo de derechos económicos, políticos y culturales reconocidos a nivel internacional, aunque recién entro en vigencia en nuestro país en 2001. Dicho instrumento internacional establece el respeto a la autodeterminación de sus instituciones, forma de vida, desarrollo económico, sin perjuicio de la obligación por parte de los estados suscriptores de garantizar el respeto al resto de los derechos humanos en igualdad de condiciones.

Al respecto la doctrina señala dos cuestiones fundamentales respecto de este instrumento internacional: “La consideración del territorio como el hábitat en que se encuentran los pueblos interesados (...) y la propiedad y posesión de las tierras que ocupan como derechos que se reconocen, con lo cual no se atribuyen sino que existen y persisten en las condiciones que tradicionalmente ocupan”.⁸

Un importante hito histórico-normativo fue la reforma constitucional de 1994 donde expresamente en su art 75 inc 17 establece una serie de derechos fundamentales⁹. Consagra un cambio rotundo, si tenemos en cuenta la anterior mención constitucional que solo rezaba dentro de las prerrogativas del congreso nacional “promover relaciones pacíficas con los indios y su conversión al catolicismo” lo cual como se ha señalado “implicaba seguir ubicando a los indígenas fuera de la nación y del cristianismo”.¹⁰

El proyecto de Código

El proyecto de código hace eco de toda la legislación dictada en materia de pueblos originarios, y el cambio de paradigma en consideración a los mismos, por lo cual tiene en cuenta la realidad histórico social al momento de dictar sus normas.

⁷ Hasta el día de hoy es aquella instancia que regula todo lo atiente a pueblos originarios, entidad descentralizada dentro del ministerio de Desarrollo social. Además a nivel nacional se pueden mencionar otras instancias como el INADI, la secretaria de derechos humanos, la dirección de pueblos originarios de la secretaria de ambiente y el defensor del pueblo.

⁸ RAMELLA, Susana, op. cit., p. 5.

⁹ Art 75 inciso 17 de la Constitución nacional: “Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”.

¹⁰ GORDILLO, Gastón y HIRSCH, Silvia, op.cit., p. 29.

El proyecto establece el carácter exclusivo, perpetuo, indivisible, imprescriptible, in susceptible de gravámenes, inembargable e inejecutable de la propiedad comunitaria de tierras indígenas. También reconoce a las comunidades indígenas el derecho a participar en la gestión referida a sus recursos naturales.

En definitiva, este Proyecto ante la pregunta acerca de legislar conforme a la razón o en base a la historia, responde que debe legislarse conforme a la historia de cada pueblo, no receptor de modelos científicos provenientes de otros países y que no condicen con nuestra historia, ni intentar imponer estructuras que no condicen con la realidad. La falta de conciencia histórica y la marginación de la historicidad del derecho, lleva a ordenamientos rígidos, que no se adaptan a los cambios que ocurren en la realidad social. Las reformas sustanciales hechas a las leyes muestran que no es posible que las mismas sean válidas en todo tiempo y lugar. Cuando se legisla desde la razón, se observa que esta postura se basa en la existencia de dos historias: la de su realidad y la que desearían vivir (pero que no es la que se da). El racionalismo pretende borrar el pasado, cuando en realidad la historia es propia del hombre. Desde mi mirada, el afán totalizador y la visión ahistórica constituyen desaciertos del racionalismo. Por lo tanto considero positivo este proyecto.