



REVISTA DE DIFUSIÓN ACADÉMICA

ISSN 2718-6318

Año IV | Número 15 | Octubre 2023

Derecho Indiano versus Derecho indígena en la organización jurídica nacional argentina, su resolución: 1853

Parte cuarta.

Víctor Martín Bruzzoni¹

victorbruzzoni@hotmail.com

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

Prefacio: artículo 67 inciso 15 de la Constitución Nacional de 1853. Corresponde al Congreso Nacional “Proveer a la seguridad de las fronteras; conservar el trato pacífico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo”.

Se enseña en las escuelas que hay en nuestro país, dos fechas emblemáticas: el 25 de mayo de 1810 (nacimiento del primer gobierno patrio llamado “Provincias Unidas del Río de la Plata”, continuador hasta entonces del Virreinato del Río de la Plata, fundado en 1776 y; el 9 de julio de 1816, día de la independencia respecto de España y de otras potencias extranjeras, según agregado al acta nacional original recuperada recientemente en la República del Perú, y que fuera mandada a imprimir por Juan Martín de Pueyrredón, el 13 de agosto de aquel año. Esto lo hemos repasado en capítulos anteriores. Sin embargo, hay una tercera fecha de importancia en el calendario institucional que es el 1º de mayo de 1853, fecha en que los Constituyentes sancionaron la Constitución Nacional, columna vertebral de la legislación argentina y por la que, la Argentina se organizó como Nación política y jurídica a su amparo. ¿Pero cómo se conformó? ¿En qué contexto? ¿Cuáles fueron sus consecuencias? Analizaremos estos aspectos.

Introducción

Dice Rosti “En la América latina del siglo XIX la necesidad de consolidar la identidad nacional de los Estados que nacieron de los virreinos ibéricos provocó que las élites políticas, compuestas por criollos y mestizos, impulsaran la construcción y desarrollo de una nación a su imagen y semejanza. Así pues, eliminaron físicamente a las minorías o bien las sometieron a una asimilación obligatoria con el fin de realizar el ideal de una comunidad política homogénea, en la que los ciudadanos compartieran la misma lengua, cultura y descendencia.”²

En el caso de la Argentina, esa minoría refiere, esencialmente, a las comunidades indígenas (naturales), cooptadas a un sistema colonial vigente durante tres siglos debido al asentamiento y descubrimiento español (europeos) y, en tanto, por la formación progresiva de nuevas estructuras sociales y económicas nacidas de

² Rosti, Marcia “La tierra entre derecho y cultura indígena en Argentina”.

manera independiente. Es decir, al momento de legislar se dejó de lado el encuentro y respeto por el “Otro”.

A partir de esa celebre época el concepto de la justicia, integrado con el elemento igualitario que lo arrastró, se tradujo invariablemente en la uniformidad de la ley fundamental, basada en la “presunta” igualdad de los hombres. Jesucristo había predicado este principio eterno, del cual el porvenir del universo entero derivaba de su verdad. Dieciocho siglos fueron precisos para que un intento de consagración definitiva de los pueblos civilizados estuviera tan cerca.³

Antecedentes de época

El derecho, es una forma que ha invadido la modernidad y se convirtió muy pronto en una de las características insustituibles de las sociedades democráticas modernas. Una atribución tan radical puede sorprender. Vayamos a su origen.

Ulpiano el famoso jurista romano, quizás haya sido el único de su tiempo que, en época de crisis, deseara transformar el derecho y el saber jurídico en ideología de la hegemonía política del imperio a través del disciplinamiento de una sociedad unificada y, como consecuencia aplicarlo como canon universal. Había “inventado” el formalismo y el orden coactivo como legalidad de aplicación en la sociedad de la época. Pensaba que se debía enterrar la idea del despotismo. Con esa práctica, nació la “jurisprudencia romana” que implicaba el conocimiento de todas las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo lícito y lo ilícito”.⁴ Ese saber jurídico con sentido ético, debía transformar la vida civil ofreciendo una prenda a los pueblos: la aplicación efectiva de justicia (“dar a cada uno lo suyo”). En realidad, él lo había tomado de Cicerón, quien -a su vez-, lo hizo de la elaboración aristotélica que abogaba por la igualdad y la representación patrimonial y propietaria de los lazos sociales en la “polis” griega. Se produjo entonces un aislamiento formal del derecho, reduciéndolo a un sector basado en pura reflexión por eruditos a menudo lejos del sentir popular. Si bien es cierto que ese modelo era esencialmente pobre, no permitía en la antigüedad otro análisis en aquel mundo. Debía encontrarse un

³ Calderon Gonzalez Juan A. “La función judicial”.

⁴ Scuiavoni Aldo, “Ius, la Invención de Derecho en Occidente, Ed Adriana Hidalgo, Cap. “La igualdad de los antiguos y modernos”, pág. 515

método frente a crisis desbastadoras y el Estado resultaba -a menudo-, impotente para soluciones demasiadas rígidas y abstractamente secuenciales, por lo que se consiguió eso. Un pensamiento auténtico y genuino no había nacido aún. Pero ¿cuál era el clamoroso retorno que por ejemplo planteaban Seneca y Marco Aurelio?

No era ni más ni menos que el retorno al derecho natural (nosotros agregamos, que los indígenas en América practicaban primitivamente a través del amor) y que con fuerza propuso Papiniano. Se abrió así un cisma: el derecho de la “razón natural” y el denominado en aquella época el “de gentes” (ius civilis positivo). Se transmitió por épocas, con denodados debates profundizándose la bipolaridad del derecho. En realidad, habría que pensar que -en el fondo-, era una lucha entre el derecho del poder contra el derecho natural. ¿Cuál de ellos se impondría? Ya no caben dudas.

Dicha ruptura es importante enunciarla porque iba -subrepticamente-, apareciendo la noción de “igualdad” en la libertad como carácter natural del género humano. No olvidemos que la esclavitud atravesaba los tiempos como una fuerte institución, en la cual el derecho de las personas era sometido “contra natura” a la propiedad de otro.⁵ (Es decir, esclavitud física y mental).

Por ejemplo, hablamos de tiempos del Virreinato: largas prácticas de represión y de frustrados intentos de integración, fueron creando un estado progresivo de manumisión (mitas, encomiendas, yanaconazgo, etc.).

Volviendo a lo antes dicho, Cicerón tenía el convencimiento no de “gobernar” y “ser gobernado”, sino de “cuerpos obedientes” frente a las “mentes omnipotentes”. Dicha doctrina paso al medioevo ampliamente discutida, especialmente por los clérigos católicos. Luego fue tomada por los ibéricos y la trasplantaron a América con el descubrimiento.

En este último contexto, se traslada el derecho indiano tratado aquí en artículos anteriores a la legislación positiva (ley). Según Zorraquin Becú, si bien a partir de 1810 se sancionaron normas que modificaron el derecho hispano-indiano y

⁵ Tryph., 7 Disp. En D 12.6.64 mencionado por Schiavone “Invención de Derecho en Occidente”, pag.519

cambiaron la constitución del estado y las provincias, las ramas del derecho solo fueron alteradas de forma parcial y paulatina.

Para Levaggi, los elementos formativos del derecho patrio giraba en torno a lo siguiente: 1-el derecho indiano traído de España, 2) el derecho extranjero no español (francés, inglés. Agregaría el americano) que luego sería tomado seriamente por juristas como Vélez Sarsfield, etc. Y, 3) las propias circunstancias y necesidades que se presentaban en las comunidades. Agregaría, el derecho canónico que poseía plena vigencia.

El derecho indiano sobrevive en la época patria debido a su profundo arraigo en la sociedad rioplatense. La constitución y las leyes dictadas por las cortes de Cádiz ejercieron también un poderoso influjo y sirvieron como modelo a las leyes y proyectos redactados en los primeros años de conquista. En suma, el derecho nacional ha seguido un proceso evolutivo, de cambio gradual, a partir del derecho castellano-indiano enunciado en anteriores trabajos.⁶

Dichas herramientas impactan en la doctrina de la Constitución Nacional Argentina, que vino a irrumpir como un nuevo elemento fundacional de manejo conductual, como integrante y ordenador de la realidad social de un tiempo determinado. Con esta ideología, fue fácil hablar de “inferioridad natural” (barbarie). Cabe aclarar que esta cultura anti abolicionista también paso en los estadounidenses antes de la guerra civil. Eran los signos de la época. Sirvió para darle a los juristas mayores recursos y justificación filosófica. El círculo aparentemente cerraba perfecto, pero para el poder.

Breves antecedentes nacionales

Buenos Aires se hace importante -entre otros factores-, no solo por la representación política exterior de las “Pcias. Unidas del Rio de La Plata”, sino también por la formación de un complejo portuario rioplatense, que convierte a la región en un punto de intersección entre espacios económicos americanos, europeos, africanos y asiáticos. Las cifras del comercio ultramarino o las relacionadas con el comercio exterior, fueron el resultado de operaciones realizadas

⁶ Resúmenes Varios, Agus Har, Historia Constitucional, filad, Abogacía, UNNE, web

en varios mercados, mayoritariamente por cuenta de agentes externos a la región y, una muy pequeña parte de los flujos que estaba en manos de rioplatenses que, casi siempre, actuaban como agentes a comisión de mercaderes establecidos en otros espacios del país. Esa era nuestra incipiente economía.

A medida que nos alejamos -territorialmente-, del complejo portuario aludido esa zona (que luego se denominó “del interior” y en la época integraba la “Confederación”), se va transformando económica y socialmente en otra donde predominó -hablamos de los alrededores del 1860-, la ganadería extensiva. En este punto, es necesario distinguir en la época dos actividades diferentes: la ganadería propiamente dicha, es decir la cría de ganado importado, cuya unidad productiva era la estancia de rodeo, y la explotación del ganado cimarrón (animales no domesticados y en estado salvaje), para extraer su cuero que tenían como unidad productiva las expediciones que eran denominadas “vaquerías”. Por ejemplo, la gran exportación nacional de cueros que se produjo a partir del año 1760 provino de las misiones jesuíticas integradas por indígenas.

Desde el “interior” (provincias) hacia la ciudad de Buenos Aires se enviaban entonces los derivados del cuero, suelas, pellones, ponchos, lana de vicuña, sebo y grasa, como así también bateas, tablas y muebles. El circuito del Norte (Tucumán, por ejemplo), se convirtió en un importante proveedor. Entre sus productos, se encontraban principalmente telas de calidad industrial, con un terminado superior que las producidas en las ciudades del Alto Perú, productos de mercería, accesorios e indumentarias, ferretería, enseres y artículos de lujo que no se fabricaban en las colonias, como cristalería y productos metálicos que servían principalmente como herramientas de trabajo (palas, picos, herrajes, fierros, cubiertos, agujas, etc.).⁷ Sin embargo, a los conquistadores españoles les siguió interesando la cría de “mulas” para transportar hacia Cádiz, España, la plata extraída del Alto Perú.

⁷ De acuerdo a los estudios de Zamora, eran cinco los oficios vendibles y perpetuos que ofrecían mayor potestad jurisdiccional en la ciudad del Tucumán, tales como el cargo de Alcalde Mayor Provincial, Alguacil Mayor, Fiel Ejecutor, Regidor XXIV y el cargo de Alferéz Real. ZAMORA, Romina “El vecindario y los oficios de gobierno en San Miguel de Tucumán en la segunda mitad del siglo XVIII”, en Revista de Historia del Derecho, núm. 35, Buenos Aires, 2008, p. 466, mencionado en “Manuel Posse y el comercio de larga distancia en Tucumán a fines del siglo XVIII”, Ana Verónica Ávila Sauvage.

Por último, se encontraba el circuito Sur-oeste de la Confederación, constituido por las ciudades de Catamarca, la Rioja, San Juan, Santa Fe, Córdoba y Santiago del Estero. Sobresalían por ser un mercado abastecedor de productos regionales, como vinos artesanales, aguardientes, frutos secos (almendras, nueces, pasas de higo, pasas de uva, pelones,), ají, porotos, harinas, azúcar, algodón y la yerba mate proveniente del Paraguay.⁸

Raúl Mandrini afirma que la paz, aunque no estaba exenta de violencia, era conveniente porque existía una complementariedad económica entre los circuitos. Esa complementariedad y la sugerencia de Néspolo sobre la existencia de un espacio políticamente concertado en esa frontera parecen ser las bases de esa estabilidad que duró más de veinte años.⁹ Los pueblos originarios permanecieron con sus costumbres, estilos y formas de hacer justicia y, en las Misiones solo eran registrados por la Iglesia Católica que manejaba las pautas de conductas y la educación comunitaria. Esto no era extraño para el colectivo blanco de la época y repulsivo para nuestra época.

La legislación constitucional sobre el problema

Dice Damianovich que cuando el 1º de mayo de 1853 se dictó la Constitución Nacional en Santa Fe, quedó al fin establecida, en términos formales, la República Argentina, conformada inicialmente por trece provincias de las veintitrés que existen actualmente. La décimo cuarta era Buenos Aires, segregada de la Confederación fundada en el Pacto Federal de 1831.” Y que “Con cierta ingenuidad, Alberdi, principal mentor del texto constitucional, escribía: “Desde la sanción de la Constitución Nacional ya no se diferencian las personas en cuanto al goce de los derechos civiles, como antes sucedía” y creía derogadas todas las normas antiguas sobre servidumbre y explotación por el simple enunciado de los artículos 15, 16 y 20

⁸ MÜLLER, Klaus “Comercio Interno...”, cit., pp. 323-324.

⁹ NÉSPOLO, Eugenia Alicia “La ‘Frontera’ Bonaerense en el siglo XVIII, un espacio políticamente concertado: fuertes, vecinos, milicias y autoridades civiles-militares”, Mundo Agrario, núm. 7, 13, La Plata, julio/diciembre, 2006, p. 2., mencionado en “Espacio económico y territorialidad”. en el Río de la Plata del siglo XVIII” por los autores Fernando Jumar y Nicolás Biangardi. Memoria Académica UNLP, Richard-Jorba, Rodolfo; Bonaudo, Marta S., coordinadores Historia regional: Enfoques y articulaciones para complejizar una historia nacional.

que anulaban la esclavitud, criminalizaban la compraventa de personas, establecían la igualdad ante la ley de todos los habitantes y concedía a los extranjeros los mismos derechos civiles que a los nativos.¹⁰ Sin embargo, no fue así en la realidad, todo lo contrario.

Detrás de la sanción de la constitución muy visible y no oculta por las costumbres originarias, se encontraba la presión. Entre el disciplinamiento y la experiencia religiosa, se alzaba ahora la sombra de un nuevo protagonista: el legislador elegido por el pueblo. Esto fortalecía aún más el relato y le otorgaba total legitimidad a la doctrina constitucional imperante. La enorme geografía territorial argentina permitía habitar a todo aquel que la quisiera poblar. Las diferentes tribus indígenas, los negros esclavos y libertos del año 13 reclamaron lo propio y, por lo tanto, se opusieron a ese régimen embrionario de inusitada creada nación, circunstancia por la cual, en la realidad fueron rechazados e incluidos -parcialmente-, solo aquellos indígenas vueltos católicos en las misiones.

Por la extensión territorial y las cuestiones económicas, desde la sanción constitucional, el nuevo Estado nacional propuso entonces avanzar sobre el norte de los pueblos indígenas para producir el corrimiento de las fronteras de los fortines, lo cual trajo aparejado menudos problemas bélicos. Las batallas de Cepeda y Pavón fueron claros ejemplos. Esto trajo una consecuencia: la posterior campaña militar del general Roca y la conquista del Chaco que completaron la expansión blanca sobre el territorio. Los indios quedaban invisibilizados bajo el manto de la palabra "desierto".¹¹ Agregamos: y además luego serían denominados "barbaros".

Primero, hay que afirmar que el derecho indiano que vimos en anteriores trabajos fue proyectado vertebralmente en las disposiciones de la Constitución Nacional. Todo fue un antes y un después de la sanción de la carta fundamental. "la del 53 supone un corte en la historia, un reflejo de las relaciones de poder existente en aquella época, un muestrario de las ideas imperantes, y por lo mismo un documento inconcluso, a veces extraño, y por momentos anacrónico a los ojos del ciudadano

¹⁰ Alejandro A. Damianovich. La Constitución Nacional de 1853. "Indios, negros y ciudadanos", Opinión El litoral, web.

¹¹ Daimovich cit.

del siglo XXI. Sin embargo, aquel texto constitucional, individualista y liberal, contiene las bases de los derechos actuales, más allá de sus contradicciones, y nada hubiera sido posible en el desarrollo de un estado moderno, democrático y progresivamente inclusivo sin aquella plataforma inicial redactada, con pluma de ganso y a la luz de una lámpara de aceite, bajo las viejas bóvedas del cabildo santafesino” (Daimocvich).

En muchísimos aspectos, tanto en su parte dogmática como en la orgánica, la Constitución no fue más que una formulación para el futuro. Aparece como un texto solitario, austero, multiforme. Sin embargo, en sus dimensiones fue imponente. Su carácter individualista de amplitud estratégica hizo ilusorio todo lo que pudiera considerarse inclusivo, a pesar de sus firmes declaraciones de igualdad. Ni los indios ni los negros encontraron la contención que esta ley suprema prometía para todos, pero tampoco les fue fácil la vida a los gauchos del siglo XIX, ni a los trabajadores de principios del XX, ni a las mujeres, ni a los disidentes, ni a los homosexuales. La historia argentina había tomado ya otro camino. La novedad de ese momento, ahora tardoantigua dio lugar a nuevas luchas que generaron otros cambios y otras fórmulas constitucionales (1949, 1957, 1994). Las demandas por una mayor inclusión a pesar de todo, aun con el más amplio reconocimiento jurídico tardaron previo exterminio. Aún continúan.

Por lo demás, hay que aclarar también que junto a esto estaba presente el Derecho Sagrado o Canónico Indiano, basado en los pregones de concilios provinciales, muchos de los cuales adaptaron para América las disposiciones del Concilio de Trento, todo conforme a la regulación del Real Patronato Indiano.¹²

Respecto de los naturales originarios, la Carta magna del 53 se afirmó sobre el art. 15, esencialmente en la parte que indica: “en la Nación Argentina no hay esclavos; los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución”. Cabe aquí preguntarse ¿Qué juicio resistiría hoy Aristóteles por su aprobación en el siglo IV a.C. de las leyes de esclavitud? La disposición constitucional argentina se adelanta en diez años a la abolición de la esclavitud en los Estados Unidos, pero en

¹² Ricardo Andrés Loyola, Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Valparaíso, Sociedad de Historia y Geografía de Chile. Estudios Indianos, Glosario de India.

el Estado de Buenos Aires continuó el aberrante sistema hasta su incorporación a la Confederación en 1859, ya que la Constitución local de 1854 sostenía en su artículo 159º nada más que la libertad de vientres, a pesar de que antes -en el 156º- había declarado a todos los habitantes del Estado iguales ante la ley.¹³

Y pasó el tiempo con sucesivas reformas como se dijo. La Nación argentina se fue formando. Los hechos históricos los conocemos y lo damos por reproducidos.

Finalmente, un jueves el 11 de agosto de 1994, había caído la noche cuando la Asamblea Constituyente comenzó a tratar el tema de los derechos indígenas, en el Paraninfo (sala de celebración de actos públicos) de la Universidad Nacional del Litoral, en la ciudad de Santa Fe. Los referentes de las comunidades originarias permanecían en silencio, expectantes, en los palcos. La reforma del artículo 67 inciso 15 fue aprobada por unanimidad, lo que significó un cambio de paradigma en materia de derechos humanos indígenas.

A partir de ese día, el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional establece que corresponde al Congreso:

- 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.
- Regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano.
- Ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos.

¹³ Daimovich, cit. Anterior trabajo

Por último, el nuevo marco supone asegurar la participación de los pueblos en la gestión referida a sus recursos naturales y demás intereses que los afecten, más allá de que las provincias puedan ejercer concurrentemente estas atribuciones.

“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 afectan. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”.

Este reconocimiento comenzó de alguna manera a saldar parcialmente la deuda histórica de la Nación con los Pueblos Originarios, aunque el derecho de propiedad ya había sido pisoteado. También permitió que, sobre piso firme, en materia constitucional, las Comunidades Indígenas puedan fundamentar sus reclamos con elementos jurídicos contundentes.¹⁴

Anciano como eras
me alzaste del suelo
y de tu boca nació la muerte
desembarcando en tu playa.
Tu padre y tu hermano
remaron al sacrificio.
(...)
Abuelo, hoy sé
nunca fuiste Williche

¹⁴ Equipo Nacional de Pastoral Aborígen, agosto 11 de 2021, “Derechos Indígenas en la...”

tu origen Chono o Kawaskar

no subió al bote

el día que robaron tu tierra

y tu raíz.

Ahora entiendo

la pena de tus ojos.

De tu origen navegando

en el gran cementerio

del Pacífico Sur.¹⁵

Un párrafo previo sobre la justicia

“Entonces Dios será inoperoso en el sábado cuando vuelva inoperoso en si mismo aquel mismo sábado que nosotros seremos (...) y este será nuestro sábado, cuyo fin no conocerá ocaso, sino solo el día del Señor, casi un eterno octavo día (...). Allí seremos inoperosos y veremos, veremos y amaremos y alabaremos. Este será en el fin sin fin. ¿Cuál otro será nuestro fin, sino llegar al reino que no tiene fin?”

Paolo Prodi escribió que la justicia no puede concebirse en “...la dimensión abstracta de las doctrinas, sino que debe restituirse también a la dimensión de la experiencia histórica concreta...” (p. 149).¹⁶

¹⁵ “Los Túneles de la Historia”. La poeta Graciela Huinao, comparte esta historia un jueves de fines de junio de 2023, en un salón del Centro Cultural Osorno, en la ciudad chilena homónima levantada en la Fütawillimapu, como el pueblo mapuche-huilliche denomina a su territorio histórico. Es Chile, Graciela hojea un libro en busca del poema *Los gansos dicen adiós*, que escribió en recuerdo de su abuelo. La Primera Feria del Libro Mapuche-Huilliche, ha reunido a artistas mapuche de diferentes regiones, y los salones están llenos de recitales, talleres, conciertos y mucho frío. Las estufas eléctricas, alrededor de las cuales se cobijan le dan a las actividades un aire de reunión atemporal.

¹⁶ Prodi, Una historia de la justicia. De la pluralidad de fueros al dualismo moderno entre conciencia y derecho. Traducido por Luciano Padilla López, Katz Editores, Madrid, 2008.-

Los discursos arbitristas sobre el ser y el deber ser de la justicia resultan a menudo inteligibles, accesible solo a un círculo restringido de especialistas. Por lo tanto, la justicia consigue involucrar en su historia muchas historias, y es por este motivo que sus reflexiones son un excelente punto de partida. En la historiografía argentina –y latinoamericana–, algunos hemos hecho propia la citada sugerencia de Bloch (que proviene del segundo tomo de su libro “La Societé Féodale”, de 1939)¹⁷ y adoptamos su observatorio como pie de apoyo de nuestro punto de vista. Pero desde hace algún tiempo, hacer historia de la justicia nos ha conducido a plantear las razones por las cuales este terreno es específico, distinguible de otros: de esta manera, con base en actitudes conscientes, se configuró la sinergia que, como todas, es híbrida, mestiza como la nación misma.

Los caminos que nos llevan no admiten intersecciones. Muchas de las grandes síntesis sobre historia de América colonial, por ejemplo, travistieron el deber ser jurídico en organizaciones institucionales que no siempre fraguaron la igualdad.

La historia de la justicia va por esos carriles que Altamira llamaba del derecho vivido y que Prodi denomina la actividad del fuero. Incide allí mostrando, a partir de materiales judiciales, cómo funcionaba la justicia: qué derecho se invocaba, cómo se lo interpelaba, de qué manera convivían piezas de derecho contradictorias, cuánto sabían los agentes más aparentemente más ignaros sobre qué decir y qué callar en situación judicial, todo esto –en el periodo que analizamos– bajo la dominante figura del juez y de su escribano como centros de la actividad judicial en los cabildos, por ejemplo. El universo que configura la historia de la justicia como un quehacer historiográfico tiene que nutrirse de elementos doctrinarios y del derecho, pero también y sobre todo de un mundo menos explorado que los otros, cual es el de la dimensión práctica esto es, de la experiencia judicial.¹⁸ La administración de la justicia no es sino en estos tiempos, la metabolización de estas ideas en aparatos. La metáfora es interesante, no olvidemos que los indígenas fueron considerados vasallos antes con los ibéricos, ahora, lo eran del poder meritocrático constituido. Lo cierto, es que la seguridad real de la igualdad descansa

¹⁷ Bloch Marc, “La Sociedad Feudal”, traducción Mario Ripoll Perrello, web

¹⁸ ALTAMIRA Y CREVEA, Rafael Manual de Investigación de la Historia del Derecho Indiano..., cit., IPGH, México, 1948, pp. 26-27 y ss. 14 TAU ANZOÁTEGUI, Víctor La ley en la América Hispana, del descubrimiento a la emancipación (Buenos Aires, ANH), 1992,

en el verdadero contenido de los principios de la justicia y no en presunciones procedimentales.

Esto me lleva a la reflexión de considerar que el método analéctico permite al saber ubicarse, para que, desde las condiciones de posibilidad de la revelación, se pueda acceder con justa interpretación, a la palabra del otro. Esa revelación del otro debe ser respetada en su analogía, es decir, considerar la palabra del otro como “semejante” pero, conservando la “distinción” metafísica de esa misma palabra. Es así, como interpretar la palabra revelada por el otro que conlleva quizás a un nuevo proyecto ontológico, donde esa palabra debe ser creída. La ética es la fundante en la revelación del otro.¹⁹ Es decir, se imparte una justicia clasista y racista en que el Estado opera como administrador de la violencia legítima y en definitiva se conforma una justicia monista.²⁰

EL tema de la tierra de los pueblos

La supresión de la propiedad y usufructo colectivo de los terrenos para la conformación de un mercado libre de tierras, garantizando la propiedad individual, perfecta e irrevocable constituyó, a partir de abundante legislación específica una de las reformas más pregonadas de las políticas liberales de esos tiempos. Las mismas, han constituido un modelo analítico de gran impacto historiográfico para la península ibérica y América Latina que se encuentra en plena revisión desde hace varios años. Para América Latina, la desamortización comunal más que la eclesiástica, lidera la producción historiográfica en cantidad de trabajos y, sobre todo, en la revisión crítica de las agendas de investigación. Ésta ha sido hegemonizada por el análisis de los “pueblos de indios”, su rasgo latinoamericano más original. Como contraparte, el conocimiento sobre los derechos a la tierra en las villas o “pueblos de españoles” de matriz colonial y su evolución durante la primera mitad del siglo XIX, es más limitado.

Desde época del virreinato se venían produciendo ocupaciones en distintas calidades para formar pueblos de manera inorgánica y espontánea según como

¹⁹ Dussel, 1972.-

²⁰ Ver también Justicias analecticas (esbozo de una cartografía situada) en Rev.Poliedro, Año IV, n° 13, pags. 92-110

fueran produciéndose. Las convulsiones internas sean políticas y-o militares así como -en su momento-, la separación de la pcia de bs as con la confederación, incidieron en la toma de posesión de las tierras a pesar de que en la pcia. de bs as se había creado el Departamento Topográfico “restablecido” por los sucesivos gobiernos patrios. Se generaron entonces “Comisiones para el arreglo de los Pueblos de la Campaña y sus ejidos” que funcionaron entre 1854 y mediados de 1856.²¹ Las tomas de las tierras por lo general se hicieron circunvalando los ríos, con construcciones sobre terraplenes, “colocados sin ningún plan determinado”, sino siguiendo “la dirección más o menos tortuosa de aquellos.

Ello, se vinculó directamente con la reglamentación del procedimiento para obtener la propiedad de los terrenos del año 1864. Ésta, había surgido para facilitar la aplicación de las leyes de 1858 y 1862 que habían generado conflictos entre los poseedores. Se procedió a sancionar una reglamentación, firmada por Saavedra y el propio fiscal Cárdenas. Se consideraba a los antiguos ocupantes graduando los beneficios fundamentalmente según la antigüedad de la posesión del terreno. En el primer artículo, se especifica que los “poseedores de suertes de quintas y chacras en terrenos del Estado, en los ejidos de la Campaña”, anteriores al decreto de 17 de abril 1822, serían reconocidos propietarios “con escrituras o sin ellas”, siempre que se hubiesen mantenido en “posesión a título de dominio” hasta la ley de 8 de octubre de 1862. Los ocupantes buscaban, infructuosamente, que el terreno solicitado por los seis vecinos en 1776 pudiese quedar incluido en esa situación.²²

Ahora bien, se sabe que, por ejemplo, que para la erección de pueblos de reducción de indios en los parajes de Corocorto, Lagunas y Jáchal, se les recomendó elegir “sitios que tengan comodidad de aguas, tierras y montes, entradas y salidas y

²¹ CANEDO, Mariana “Mucho más que una cuestión de medidas. Las comisiones para el arreglo de los pueblos del Estado de Buenos Aires. Pergamino, Arrecifes, San Pedro, 1854-1856” en GARAVAGLIA, Juan Carlos y GAUTREAU, Pierre -editores- Mensurar la tierra, controlar el territorio. América Latina, siglos XVIII y XIX, Prohistoria, Rosario, 2011, pp. 259-294.

²² BARCOS, Fernanda “Pueblos y ejidos...” cit. 38 En los siguientes artículos se especifica que a los poseedores de terrenos entre 1822 y 1852, que pudiesen justificar su situación, se les consideraba la mitad del precio del valor actualizado del terreno (art. 2); a los poseedores posteriores a 1852 con mantenimiento de posesión hasta 1858, se les daba derecho de preferencia a la compra por el precio de tasación (art. 5); mientras que se indicaba que los terrenos baldíos o aquellos poseídos después de 1858, se venderían en remate público, previa tasación (art. 6). PRADO y ROJAS, Aurelio -compilador- Leyes y Decretos..., cit., pp. 323-324.

labranzas y un ejido de una legua de largo donde los indios puedan tener sus ganados sin que se revuelvan [con] los otros españoles”, siguiendo en esto la ley 8, tit. 3 libro IV de las recopiladas leyes... Para esto, se indicaba que debería “hallarse personalmente en la elección de dichos sitios, para que, en concurso de cura que va nombrado y de aquellos caciques más racionales, se disponga la plantificación tratando de que, primeramente, se fabrique iglesia donde se les administre pasto espiritual”. También, según las leyes, se debía ser cuidadoso en el reparto de tierras a los indios, debiendo parlamentar previamente con cada uno de ellos, y proponerles con “suavidad” “las utilidades que han de reportar de la vida civil y cristiana a que se intenta reducirlos, prometiéndoles que no se les ha de imponer pensión ni gravamen alguno pues ni serán encomendados ni jamás sujetos a tributos, porque aunque se dice en el punto cuarto de la Junta de Poblaciones que el privilegio de los diez años de la Ley se 28 . Los corregidores... ha extendido por real cédula [...] es conveniente que dichos recién reducidos no tributen ni a los veinte ni a los treinta ni jamás”. Se le mandó que “en los autos que fuere formando sobre cada uno de dichos pueblos, ponga por cabeza un testimonio del auto acordado y según estas [las poblaciones] se fueren adelantando”; que informase sobre los inconvenientes que fueren surgiendo, para que se pudieran librar la providencias correspondientes, y que velase para que se pudiesen despachar “los ornamentos que a cada una de las iglesias corresponden y se libre lo necesario para la perpetuidad de la lámpara que ha de haber en cada una de ellas”.

Asimismo, corregidor y cabildo debían atender al modo de practicar el remate de rentas reales, procurando que los rematadores fuesen personas de satisfacción de todo el ayuntamiento, y tenía que procurar convencer al pueblo en cabildo abierto sobre la necesidad de establecer una “derrama” para costear obras públicas, haciéndoles ver que, a falta de propios, “debe salir este costo del caudal de los mismos vecinos, como inmediatamente interesados en dichas obras”. Pero no tenía que intervenir en la elección del recaudador y la distribución del importe recogido, para poder controlar con independencia el paradero de los fondos.

La existencia de terrenos del Pueblo y de casos análogos en los partidos de Buenos Aires, con la posibilidad –cuestionada– de reconocerles una jurisprudencia específica resulta sorprendente y nos llevó a interrogarnos por el significado y

magnitud de estos terrenos. ¿Qué fueron los terrenos denominados del “Pueblo”? ¿Cómo se llegó a acceder a ellos y quienes se vieron beneficiados? ¿Qué derechos generaron? ¿Hubo intervenciones políticas que favorecieron o cuestionaron su conformación y mantenimiento? Por lo que sabemos: ¿Qué cambios implicaba la resolución de 1864 al subsumirlos en las “leyes generales”? Las relaciones en torno a la tierra durante el siglo XVIII y primeras décadas del XIX, específicamente en los pueblos, han comenzado a ser abordados con nuevo ímpetu en los últimos años.

Para la caracterización de ese ecosistema ²³, las zonas regionales presentan una serie de variables que la particularizan lo que no permite informar con certeza la ocupación de territorios disponibles al igual que la economía que fue más fácil de definir.

En cuanto a la población, por el momento seguimos la imagen generalizada que se componía en proporciones diversas de personas de origen europeo, americano precolombino, africano y todas sus mezclas. Lamentablemente también se carece de estudios concretos de demografía histórica que permitan estimar el conjunto y discriminar la composición para el espacio delimitado. Por lo tanto, tenemos que analizar la vieja tierra con nuevos ojos...

Conclusión

En consecuencia, el contenido de la constitución nacional de 1853 fue un bagaje de ideas liberales imperantes en la época, que ayudo a concebir un magno proyecto de transformación entre leyes de orden medieval (llámese recopilación de indias, castellanas, etc.) y otra constitucional positiva de organización (leyes patrias, americanas, etc.), concibiendo que se adoptaban las soluciones más justas para un mundo moderno venidero.

Esto no es justificación, solo sustento de época. Se produjo así un nuevo canon: el del constitucionalismo imposible de redimensionar, pero que de pronto abriría paso a nuevas legislaciones que luego progresó a lo “social” (derechos humanos). En la

²³ BIBENCA, D. y MIÑARO, F. Identificación de Áreas Valiosas de Pastizal (AVPs) en las Pampas y los Campos de Argentina, Uruguay y sur de Brasil, ver Fundación Vida Silvestre Argentina, Buenos Aires, 2004.

esfera de la lucha cotidiana sin embargo estaban enfrentadas dos culturas. La metáfora althusseriana no sería operativa.

Con la reforma de la Constitución Nacional en el año 1853 y la emboscada al derecho natural indígena, se producirían cambios. La desigualdad impensable de otro modo para la condición jurídica de aquel mundo liberal llevaría a permanentes guerras internas. Con el pasar del tiempo, se habría abierto camino a la visión sagrada de la igualdad natural y, en definitiva, la consideración teológica destinada a gobernar el nuevo cristianismo recibido de la Iluminación se haría en parte realidad.

Un nuevo sistema aristocrático sin ética daba origen a nuevas burguesías terratenientes criollas en amplio ascenso de un mundo en formación. Pronto se transformó en oligarquía conservadora (hegemónica), principalmente entre 1880 y 1914. Ese pensamiento apagaría la indiferencia social que no acogería a las minorías, siendo letra muerta y fría percibido aun por los mismos que la formulaban (Alberdi, por ejemplo). No hubo suficiente fuerza para adoptar una dialéctica de liberación construida, en torno a un potencial transformador común que el mundo antiguo tampoco pudo reproducir.

Pero los constituyentes del 53 se involucraron en otros temas tampoco menores con problemas importante de la historiografía política, cual es el de los intentos de separación de las funciones de gobierno y justicia, proceso que fue particularmente moroso sobre todo en las áreas rurales. se dieron fuertes indicios del inicio de la conformación de un “poder judicial” independiente.

El formalismo de occidente sería la estrella argentina, su único discurso pronunciable hasta el fondo. Lamentablemente, vendrían tiempos más difíciles para el derecho indígena, arrebatado por el formalismo y el poder económico. La historia es un largo camino de cadáveres. El hombre es horrible. Se impuso el más fuerte sobre el más débil, pero es algo que hay que contar en su contexto y está ahí en el tiempo latente....

“Si vamos a juzgar todo el pasado con los criterios morales del presente, el único camino va a ser borrar la historia completa. Se trata de abrir el panteón y renovarlo, no de botar (tirar) a todo aquel que nos merezca algún reproche”, dijo la

historiadora chilena Sol Serrano a “La Tercera”, acerca del afán revisionista volcado sobre el tema actual de las estatuas.

Sánchez, el presidente de España, entonces dijo efímeramente ante el requerimiento mexicano del perdón por la conquista española: “La llegada, hace 500 años, de los españoles a las actuales tierras mexicanas no puede juzgarse a la luz de consideraciones contemporáneas”.