

hasta la actualidad", *La Ley*, año LI, núm. 153, Buenos Aires, 12 de agosto de 1987, pp. 1-7.

Véanse también los volúmenes: *Diritto romano e Università dell'America Latina*, Indagine diretta da P. CATALANO con il patrocinio dell'Istituto Italo-Latino Americano (= *Index. Quaderni camerti di studi romanistici*, 4, 1973); *Diritto romano codificazioni e sistema giuridico latino-americano*, a cura di S. SCHIPANI (= *Studi Sassaresi*, 5, 1977-1978, Milano, 1981); *Direito e Integração*, Centro de Direito Romano e Sistemas Jurídicos, Universidade de Brasília, Brasília, 1981; *Seminários de Direito Romano*, *ibid.*, 1984.

DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDIOS: DESDE LA NUEVA ESPAÑA HASTA LA MODERNIDAD

Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL

SUMARIO: *Introducción. I. El indio en el Derecho de la América hispánica. 1.1 Instituciones jurídicas para los pueblos de indios. 1.2 El calpulli. 1.3 El papel de la encomienda. 1.4 Pueblos libres de encomienda. II. El Derecho moderno en América Latina y sus funestas consecuencias en las comunidades indígenas. III. El derecho a la tierra. IV. Iniciativa de reforma al Artículo 4º de la Constitución Mexicana. V. Derechos y autonomía de los pueblos indios: hacia la superación de la juridicidad de la modernidad.*

INTRODUCCIÓN

La Iniciativa presidencial de decreto que adiciona el artículo 4º constitucional, que se encuentra actualmente en proceso de análisis por el Constituyente Permanente, relativa al reconocimiento de los derechos culturales de nuestros pueblos indígenas, constituye un paso importante —aunque no definitivo— para hacer justicia a aquellos miembros de la compleja sociedad mexicana que, siendo los más pobres entre los pobres, la reclaman hace ya casi cinco siglos.

El presente trabajo quiere ser un breve repaso de la juridicidad mexicana, desde el largo periodo novohispano hasta nuestros días, relativa a los pueblos de indios, para entender mejor, desde el punto de vista histórico-jurídico, los alcances de la reforma constitucional propuesta. En el análisis, si bien no dejamos de lado al indio como individuo, asumimos la perspectiva del indio en comunidad, de los pueblos de indios.

I. EL INDIOS EN EL DERECHO DE LA AMÉRICA HISPÁNICA

Para ordenar la vida del mundo recién descubierto por los europeos, las normas dictadas en un principio por los Reyes Católicos, están

basadas en principios e instituciones del Derecho de Castilla. Pero la realidad de estas tierras, pronto hace ver que es difícil que sea reglada, lisa y llanamente, por el Derecho castellano. Se van haciendo necesarias normas especiales para el "Nuevo Mundo", las que van dando forma al llamado Derecho Indiano.

Esa normatividad para las Indias Occidentales tendría que dar razón de la diversidad y complejidad geográfica y, sobre todo, de las distintas personas y grupos sociales para la que estaba destinada a regir. Ese Derecho objetivo tenía además que conjugar tres factores que van íntimamente ligados a lo complejo de la empresa española en América: los intereses de la Corona, como factor de poder tanto económico como político; el fin de lucro y riqueza de los conquistadores; y la evangelización y buen trato a los indios. Toda la historia de la dominación de España en América, está tejida por esos tres hilos. El Derecho Indiano, en ese sentido, tanto en su expresión objetiva como Ley, así como su práctica y aplicación, refleja ese complejo tejido histórico y busca ese equilibrio entre esos tres factores que marcan el dominio hispano en nuestras tierras.

La normatividad especial que pronto se hizo necesaria para las Indias, tratando de conjugar los factores arriba mencionados; así como las características propias del Derecho de la época, con resabios medievales buscando adaptarse a la modernidad; van a imprimirle su carácter propio al Derecho Indiano. "En él se ve a la Edad Media esforzándose por vivir en un mundo nuevo y al derecho medieval por ordenar una sociedad en la que la prehistoria convive con el Renacimiento; como pocas veces en la historia, la elasticidad de un sistema jurídico se pone a prueba".¹

Dos de las características más sobresalientes del Derecho Indiano, las constituyen el ser producto de políticas de ensayo y su casuismo.

La normatividad indiana, sobre todo la dictada en el siglo XVI, está caracterizada por un frecuente cambio de normas, en virtud de que la Corona ensaya diversas políticas, en la búsqueda de la regulación jurídica más adecuada de acuerdo a los diversos intereses que debe tomar en cuenta para sostener su hegemonía política en Indias. Quizás el

¹ GARCÍA GALLO, Alfonso, "Génesis y Desarrollo del Derecho Indiano", en la obra colectiva *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias. Estudios Histórico-Jurídicos*, Ed. Escuela Libre de Derecho y Miguel Ángel Porrúa, México, 1987, p. XXXIII.

ejemplo más claro de esto, lo constituye la institución de la encomienda.

Esa política de ensayo, generadora de buena parte del Derecho objetivo para las Indias, da pie no sólo a un constante cambio de las normas, sino también al casuismo. Como escribe Tau Anzoátegui, el Derecho Indiano "se nos presenta, no como una estructura sistemática de leyes, sino como un conjunto de normas individuales, de origen casuista, muchas de ellas contrapuestas, que formaban una tupida trama y que se hacían jugar, de acuerdo a las personas, territorio y circunstancias, para resolver determinadas situaciones. Es ésta otra de las características destacadas de nuestro Derecho Indiano: su casuismo, ya como postura mental del jurista, ya como origen de las normas. Esto se explica tanto por el arraigo medieval que aquél tenía como por la recordada especialidad de nuestro Derecho".² La misma Recopilación de Leyes de Indias de 1680 constituye, en palabras de Tau, una "reunión de leyes casuistas, moderadamente generalizadas".³

Para el objeto de nuestro trabajo es importante hacer notar algunos rasgos del Derecho Indiano respecto de los indios; nos ayudará a entender la lucha que hoy libran las comunidades indígenas por su conservación, pues, precisamente, aunque parezca paradójico, es por la compleja normatividad del Derecho español en América, vigente durante más de tres siglos, que las comunidades se conservaron como tales. Esto en virtud de que la juridicidad indiana conservaba las características del Derecho antiguo. El Derecho español en Indias fue un Derecho que trataba desigual a los desiguales y fue, sin duda alguna, altamente proteccionista de los derechos de los indios y de las comunidades indígenas como tales. El Derecho Indiano protegió las propiedades, la libertad y la autonomía de los grupos indígenas.

Por su puesto que, visto el Derecho Indiano de una manera integral, juega respecto de los indios un doble rol: de protección, por un lado, y de sometimiento, por otro. Pero tanto los aspectos protectores y en beneficio del indio, como los de sometimiento —jurídicamente hablando—, tienen respecto de las comunidades indias un mismo efecto: su conservación.

Entre la serie de disposiciones jurídicas que colocan a los naturales en un franco sometimiento está la de pagar tributo a la Corona; y esta

² TAU ANZOÁTEGUI, Victor, *¿Qué fue el Derecho Indiano?*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 43.

³ *Idem supra*, p. 45.

obligación deriva en la institución de la *encomienda*, que en muchas ocasiones convierte al indio en una especie de esclavo de hecho.

Pero las normas proteccionistas también son muchas. Veamos algunas. A partir de la Junta de Burgos (1512), se hace la reiteración, debido a la presión de los frailes dominicos inspirados en su antecesor Tomás de Aquino, de que *el indio es un ser libre con plenitud de derechos*.⁴ Esta declaración va en contra de los viejos principios de Derecho medieval que considera carentes de capacidad jurídica y todo derecho a los "infiel salvajes".

Se prohíbe la esclavitud para los indios. El rey Carlos I, en cédula de 9 de noviembre de 1526, ordena que por ningún motivo "sea osado de cautivar indios naturales de nuestras Indias... ni tenerlos por esclavos" (Ley 1ª del Título 2, Libro VI de la Recopilación de Leyes de Indias). Esta disposición será reiterada por diversos cuerpos normativos, como las *Leyes Nuevas* ⁵ de 20 de noviembre de 1542, del propio emperador Carlos, que establecen que no "se pueda hacer esclavo indio alguno: y queremos que sean tratados como vasallos nuestros de la corona de Castilla, pues lo son".⁶

Por otro lado desde las Leyes de Burgos de 1512, se dictan normas de protección para los indios, tratando de contrarrestar la violencia y la ambición de los conquistadores.⁷ Este Derecho proteccionista se basa en el principio de que, en justicia, se debe tratar desigual a los desiguales.

Las *Leyes Nuevas* disponían:

Porque una de las cosas más principales que las audiencias han de servirnos es en tener especial cuidado del buen tratamiento de los indios y conservación dellos: mandamos que se informen siempre de los excesos y malos tratamientos que les son o fueren hechos por los gobernadores y personas particulares, y cómo han

⁴ Cfr. GARCÍA GALLO, Alfonso, *Manual de Historia del Derecho Español*, tomo II, Madrid, 1982, p. 655.

⁵ Su nombre oficial es *Leyes y Ordenanzas nuevamente hechas por su magestad para la gobernación de las Indias y buen tratamiento y conservación de los indios*.

⁶ El texto de esta *pragmática* de Carlos V aparece en REMESAL, Fray Antonio de, *Historia General de las Indias y Particular de la Gobernación de Chiapas y Guatemala*, tomo I, Ed. Porrúa, México, 1988, pp. 296-305.

⁷ El texto de este cuerpo normativo y comentarios al mismo en LÓPEZ DE LARA, Guillermo, *Ideas tempranas de la Política Social en Indias*, Ed. Jus, México, 1977, pp. 65-72.

guardado las ordenanzas e instrucciones que les han sido dadas y para el buen tratamiento dellos están hechas. Y en lo que hubiere excedido o excediere de aquí adelante, tengan cuidado de lo remediar castigando los culpados con todo rigor conforme justicia; y que no den lugar a que en los pleitos de entre indios, o con ellos se fagan procesos ordinarios ni haya alargas como suele acontecer por la malicia de algunos abogados y procuradores, sino que sumariamente sean determinados guardando sus usos y costumbres no siendo claramente injustos. Y que tengan las dichas audiencias cuidado que así se guarde por los otros jueces inferiores.⁸

A la Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias pasó esta disposición:

Haviendo de tratar en este Libro la materia de Indios, su libertad, aumento y alivio, como se contiene en los títulos de que se ha formado. Es nuestra voluntad encargar á los Virreyes, Presidentes y Audiencias el cuidado de mirar por ellos, y dar las órdenes convenientes, para que sean amparados, favorecidos, y sobrellevados, por lo que deseamos, que se remedien los daños que padecen, y vivan sin molestia, ni vejación, quedando esto de una vez asentado, y teniendo muy presentes las leyes de esta Recopilación, que les favorecen, amparan, y defienden de qualquier agravios, y que las guarden, y hagan guardar muy puntualmente, castigando con particular, y rigurosa demostración a los transgresores.⁹

Una de las fuentes materiales más importantes de la formación del Derecho español aplicado en Indias, la constituye la posición que guardó la Iglesia en los primeros años de la conquista, fundamentalmente con sus concilios y sínodos hispanoamericanos, con los conceptos de sus teólogos juristas como Francisco de Vitoria y con las denuncias de sus profetas como Antonio de Montesinos, Bartolomé de las Casas, Antonio de Valdivieso o Juan del Valle. Y en forma muy especial constituye fuente del Derecho Indiano la actitud de la Iglesia, en todo lo que respecta a la relación del conquistador con los indígenas.

⁸ Citada por REMESAL, *Ob. cit.*, pp. 298 y 299.

⁹ *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*. Ley I. Título I, Libro VI. Reproducción en facsimil de la edición de Julián Paredes de 1681. Ediciones de Cultura Hispánica. Madrid, 1973, tomo segundo, p. 188.

Nuestros historiadores-juristas, como don Toribio Esquivel Obregón, entendieron la gran influencia de la Iglesia y así lo subrayan en sus obras: "La influencia de la Iglesia en la formación del Derecho en Nueva España no sólo es indiscutible, sino de primer orden... en múltiples disposiciones incorporadas en las leyes de Indias, fue la base de los derechos de los indios a sus propiedades, a su libertad y aun a su autonomía; y aun fue la base de la libertad para emitir opiniones sobre asuntos relacionados con la colonización por españoles de todas categorías y la fuente de las encomiendas con sus derechos y obligaciones de cristianizar a los indios, y de múltiples pragmáticas, ordenanzas y reales cédulas que tendían a armonizar la vida de los conquistadores con los conquistados sobre el constante supuesto de la supervivencia y elevación de éstos".¹⁰

De 1551 a 1629 se celebraron varios concilios hispano-americanos con un propósito misional. De sus conclusiones se derivaron disposiciones jurídicas referentes a la organización de las relaciones entre los conquistadores y los conquistados. En Lima se celebraron cinco, en México tres, en Santo Domingo, en Santa Fe y en La Plata uno en cada lugar. Además se celebraron varios sínodos diocesanos.¹¹

Los Concilios mexicanos se celebraron en 1555, 1565 y 1585; los dos primeros fueron convocados por Alfonso de Montúfar y el tercero por Moya de Contreras.

Entre otras disposiciones del Concilio I encontramos ésta: "Es necesario que los indios estén congregados en el pueblo reunidos y confinados, que no vivan derramados y dispersos por las tierras y montes y no sean privados de todo beneficio temporal y espiritual; estatuímos y ordenamos que los dichos indios sean persuadidos que se congreguen en lugares convenientes y en pueblos acomodados y puedan ser socorridos en sus necesidades y enfermedades, en su buen gobierno espiritual y temporal..."¹²

¹⁰ ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio, *Apuntes para la Historia del Derecho en México*, tomo II. Trabajos Jurídicos de Homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su XXV aniversario. Ed. Polis, México, 1938, pp. 567 y sig.

¹¹ Cfr. GARCÍA Y GARCÍA, Antonio, *Iglesia, Sociedad y Derecho*. Ed. Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 1985. El tomo I, en su última parte incluye un apartado titulado "Derecho Canónico Indiano" en donde da cuenta de estos Concilios Hispanoamericanos, pp. 339-462.

¹² *Concilios Provinciales de México*. Imprenta del Bachiller José Antonio Hegal, México, 1769.

De la anterior disposición conciliar emanaron normas legales para hacerla cumplir. Por esa razón decía que consideraba como un cuarto motivo de la fundación del Pueblo de San Marcos la legislación de la época que establecía la conservación y creación de comunidades indígenas, según el caso.

Del Concilio II mexicano entresacamos las siguientes recomendaciones: "No permitan los gobernadores que indio alguno de más de 25 años deje de tener oficio en el pueblo, sea labrador o jornalero y que desde luego se casen, fabriquen su casa o jacal, procurando en esto ayudarse unos a otros, así les costará muy poca cosa se hagan para racionales y no para bestias... Que cada indio, padre de familia crie para su sustento gallinas, guajolotes, cerdos, vacas o cabras y tengan una yegua o mula, para el transporte de lo que necesiten... Que los naturales trabajen y tengan las mujeres sus telares para fabricar la ropa... Que tengan escuela de Castellano, y aprendan con ello a leer y escribir..."¹³

El objetivo del Concilio III celebrado en la ciudad de México, queda resumido en uno de los párrafos de sus conclusiones: "Los obispos y gobernadores de estas provincias y reinos debieran pensar que ningún otro cuidado les está estrechamente encomendado por Dios, que el proteger y defender con todo el afecto del alma y paternales entrañas a los indios recién convertidos a la Fe, mirando por sus bienes espirituales y corporales".¹⁴

El mismo Dussel en su obra concluye: "La posición de la Iglesia ante el problema del indio fue sin equívocos una actitud de protección, de defensa, considerando siempre en el indígena su dignidad humana, sus derechos a la fe, a la familia, a la justicia social, a la cultura, al trabajo honesto, a la libertad cívica. Sin embargo... muestra el sentido paternalista de esa protección. La Iglesia considera al indio como un hombre, en sentido metafísico y antropológico pleno, pero al mismo tiempo lo considera socialmente todavía no capaz de igualar al español y de defenderse por sus propios medios, de poder alcanzar por sí solo, los niveles más altos de la cultura, de elaborar por él mismo la explotación económica de la región... Su actitud, aunque paternalista, es francamente progresista, siendo la única Institución de su tiempo que

¹³ *Concilios Provinciales de México*, ob. cit.

¹⁴ Citado por DUSSEL, Enrique, en *El Episcopado Latinoamericano y la liberación de los pobres 1504-1620*, CRT, México, 1979, p. 238.

con tanta claridad, tesón y continuidad mantuvo en América una misma postura".¹⁵

La legislación española para América siguió, como hemos dicho, las directrices de la Iglesia en lo referente a los indios: fue una legislación proteccionista.

Sin embargo, la historia todos la conocemos: la legislación proteccionista del indio fue en muchos casos letra muerta. Como escribe Dussel: "América Latina quedará marcada por este legalismo perfecto en teoría, y la injusticia y la inadecuación de la ley en los hechos".¹⁶

Es don Toribio Esquivel Obregón el que en su obra citada explica la contradicción entre las leyes "inspiradas en los más elevados propósitos" y la aplicación de las mismas, diciendo que el español en América se convirtió en el deformador de su propio Derecho, por tres factores: a) La esperanza de hacerse ricos pronto despertó su avaricia, saliéndose de los cauces de la ley y oprimiendo al indio; b) la lejanía de la autoridad reguladora, hacía dudoso el castigo de excesos y fácil el engaño, y c) "la mansedumbre y obediencia incondicional del indio, que si era bravo en la lucha armada, no oponía resistencia en la vida civil, y aun ofrecía su cooperación para frustrar los intentos de las leyes hechas para beneficiarlo".¹⁷

Empero, a pesar de las violaciones continuas al derecho proteccionista del indio, esa juricidad que trataba desigual a los desiguales llegó a tener trascendencia porque en muchos casos fue también de aplicación real. Fueron tres siglos de Derecho proteccionista de los pueblos de indios y sus propiedades, y esto, por muchas violaciones que hubiera, también en muchos casos se respetó ese derecho. Y además, no olvidemos, que la instancia jurídica cuenta con todo un bagaje ideológico que va predisponiendo las mentes de aquellos que apelan a esa misma juricidad, de tal manera que por muy ineficaz que fuera estaba en la mente tanto del español como del indio.

En una de sus obras Dussel dice que "América Latina no es España gracias a los Bartolomé". Es decir que, a pesar de la contravención práctica a las leyes que protegían las personas, las instituciones y la cultura indígena inspirada por la defensa de la Iglesia, la huella quedó y la legislación no fue del todo inútil. Sin esas leyes seguramente el

¹⁵ DUSSEL, Enrique, *ob. cit.*, p. 278.

¹⁶ DUSSEL, Enrique, *Historia de la Iglesia en América Latina*. Ed. Nova Terra, Barcelona, 1972, p. 82.

¹⁷ ESQUIVEL OBREGÓN, Toribio, *ob. cit.*, p. 13.

mejor indio hubiera sido el muerto, y América Latina sería sólo un trasplante de España, como Estados Unidos es de Europa sajona. Difícilmente, ahora, podríamos estar hablando de rescate de los derechos de las comunidades indias de nuestras tierras, si el Derecho Indiano no se hubiera orientado en el sentido que lo hizo.

El Derecho español en Indias reconocía, pues, la existencia de los indios como tales, como distinta a la que formaban el resto de la sociedad.

1.1 Instituciones jurídicas para los pueblos de indios

Vayamos ahora a examinar algunas características jurídicas de la organización de los pueblos indígenas en Nueva España.

Toribio Esquivel Obregón señala cuatro diversas clases de pueblos de indios existentes en la América Española:

a) Pueblos que existían antes de la Conquista, con instituciones, costumbres y territorio propio. Respecto de estos pueblos se mandaba que sus usos y costumbres fueran conservados, siempre que no fueran contra la religión cristiana. Las tierras también les habían de ser respetadas.

b) Pueblos que tenían vida civil y costumbres definidas y compatibles con la cultura española, pero que carecían de tierra suficiente para sus menesteres. A estos pueblos de indios, se les conservaban sus costumbres y la tierra que poseían, además se les acrecentaba ésta y se les debía devolver aquello que se les hubiere usurpado.

c) Pueblos que tenían territorios suficientes, pero no estaban reducidos a la vida civil y sedentaria, sino que vivían de la caza, sin asiento bien definido. A éstos se les conservaban tanto sus tierras como sus costumbres, pero se les organizaba conforme a las reglas de la vida municipal castellana.

d) Pueblos nuevos de indios ya familiarizados con la cultura española, de carácter pacífico, que se formaban en lugares de avanzada, como medio de introducir las nuevas instituciones e ir, por medio del ejemplo, sometiendo a las tribus salvajes. Para formar estos pueblos nuevos, generalmente eran escogidos indios tlaxcaltecas. Estos pueblos debían ser dotados de tierras, agua y montes.

Si los pueblos de indios tenían menos de ochenta casas, nombraban cada año un alcalde y un regidor, y dos alcaldes y dos regidores si

tenían más de ese número de casas. La elección anual debía hacerse en presencia del cura, y debían ser indios los ocupantes de los cargos.

Respecto de las funciones de los alcaldes indígenas, Esquivel Obregón nos dice: "A cargo de estos alcaldes corría la jurisdicción en el pueblo, limitada a inquirir los delitos y aprehender y traer a los delinquentes a la cárcel del pueblo de españoles del distrito; pero podían castigar con un día de prisión o seis y ocho azotes al indio que faltara a misa el día festivo, se embriagara o hiciese otra falta semejante, y si fuese embriaguez de muchos, podían imponer penas mayores; pero nunca de mutilación o muerte; si los culpables eran negros o mestizos podían aprehenderlos y tenerlos en la cárcel hasta que llegara el corregidor o alcalde mayor o su teniente hiciera justicia".¹⁸

Algo que resulta de mucho interés, es resaltar lo relativo a la institución de las "cajas de comunidad", que existían en los pueblos de indios, organizadas en beneficio de éstos para hacer frente a gastos normales e imprevistos. La institución de las "cajas de comunidad", vino a ser el equivalente a los pósitos de las ciudades españolas. Además se nota el propósito de conservar las costumbres e inclinaciones naturales de los indígenas, pues la organización de las cajas presupone la tendencia innata en los indios hacia la comunidad.

Estas "cajas de comunidad" se deben a Antonio de Mendoza, que fuera primer virrey de Nueva España y después también al virrey del Perú; y se inspiró para ello, precisamente, en la organización social de los incas, que reservaban una porción de la tierra cultivable para el socorro de ancianos, enfermos, huérfanos y viudas.¹⁹

José María Ots Capdequi dice respecto de las "cajas de comunidad" lo siguiente: "Anteriormente hemos hablado de las múltiples funciones sociales que, según la legislación colonial, había de cumplir la llamada Caja de la Comunidad, existente —al menos nominalmente— en todo pueblo de indios: pago de pensiones a viudas, huérfanos que todavía no hubiesen llegado a edad tributaria, enfermos y ancianos incapacitados para el trabajo. Y en el orden fiscal, garantía para el cobro de los tributos, supliendo con sus fondos las partidas fallidas y las demoras".²⁰

¹⁸ ESQUIVEL OBREGÓN, *Ob. cit.*, p. 276.

¹⁹ Cfr. ESQUIVEL OBREGÓN, *Ob. cit.*, pp. 285 y ss.

²⁰ OTS CAPDEQUI, José Ma., *Historia del Derecho Español en América y del Derecho Indiano*, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1968, p. 307.

Los ingresos de las cajas procedían principalmente de ciertas tierras que, en beneficio de la comunidad, cultivaban por rotación las diversas familias y de la renta de aquellas otras que eran "sobrantes". Otros pueblos obtenían también fondos por su industria con obrajes de paños explotados comunalmente.

Me parece importante destacar, para terminar este apartado, lo que escribió don Efraín González Luna: "Fue más bien en las poblaciones puramente indígenas donde la institución municipal tuvo rasgos más pronunciados de autenticidad democrática. Todavía puede observarse en algunas regiones... dentro de provincias que quedaron comprendidas en el centro organizado de la Nueva España, la conmovedora subsistencia de costumbres y ceremonias que no han podido borrar las leyes ni la prostitución política ahora vigentes y que sólo se explican como restos de una vida municipal robusta y genuina".²¹

1.2 El *calpulli*

Ya hemos visto cómo el Derecho Indiano contiene gran número de disposiciones que tienen como objeto la preservación de los pueblos de indios existentes y la formación de nuevas comunidades tratando de congregarse a los indios dispersos y de reducir a la vida sedentaria a los nómadas. Esta cuestión viene a constituir un lugar común, una reiteración, en las diversas disposiciones jurídicas del Derecho español en Indias. Esto desde las Instrucciones, dadas para el gobierno de La Española a Nicolás de Ovando, por parte de Isabel de Castilla en 1503, pasando por las *Leyes de Burgos* de 1512, y otra gran serie de disposiciones dadas en tiempos diversos, tales como las *Leyes Nuevas* de Carlos V de 1542, las *Ordenanzas de Descubrimiento, Nueva Población y Pacificación* dadas por Felipe II en 1573, hasta la *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias* de 1680.

De tal modo que, dentro del marco jurídico indiano, la experiencia comunal indígena no sólo se va a conservar donde ya existía sino que se va a fomentar y a inducir en donde era inexistente.

Es importante, en este contexto, hablar del *calpulli*, base de la tradición comunitaria de los pueblos indios de la meseta central de México, que constituye una experiencia comunal muy anterior a la llegada de

²¹ GONZÁLEZ LUNA, Efraín, "La Condición Política de los Católicos Mexicanos", Temas de Estudio Núm. 1 de la revista *Solidarismo*, Guadalajara, Méx., p. 10. (Este ensayo fue escrito en 1954.)

los conquistadores y que se conservó con vida durante la hegemonía de España.

El *calpulli*, es la institución prehispánica que constituye la base de la organización política, jurídica, social y económica del pueblo mexicana o azteca que dominaba gran parte de lo que hoy es la República Mexicana a la llegada de los españoles en la segunda década del siglo XVI. Gracias a su conservación en aspectos fundamentales, como dice Ortiz Pinchetti, su "enorme influencia llega hasta nuestros días".²²

El *calpulli* es un clan dentro del sistema tribal de los pueblos náhuatl. Se trata de un grupo humano vinculado por el parentesco y, al mismo tiempo, es un sistema de tenencia de la tierra, la cual pertenecía al *calpulli* de manera comunitaria.

Sin embargo, a pesar de que la totalidad de la tierra del *calpulli* era comunitaria, se dividía, para su explotación, en parcelas que se entregaban a cada jefe de familia, que las tenían en usufructo de por vida, y esa tenencia y usufructo, por regla general, pasaban a sus hijos cuando morían.

Los poseedores de la tierra del *calpulli* no sólo tenían el derecho de explotarla y vivir de sus frutos, sino también la obligación de hacerlo, pues si la abandonaban o durante dos años la dejaban de cultivar, perdían la tenencia y usufructo.

En realidad, consideramos en contra de lo que opina Ortiz Pinchetti, ni el mismo *calpulli* como "persona moral",²³ jurídicamente, era propietario de la tierra, pues ésta pertenecía en su totalidad al *Tlatoani*,²⁴ es decir al Rey o Señor entre los aztecas, y los *calpullis* sólo tenían la posesión para su cultivo, lo que les permitía vivir a sus habitantes y tributar al Estado.

La organización interna del *calpulli* era democrática, en el sentido de que el poder y la riqueza "no sólo estaban creados y distribuidos equitativamente", sino que la fuente misma del poder y de la riqueza era la población o sea todos y cada uno de los jefes de familia productores.²⁵

²² ORTIZ PINCHETTI, J. A., "La difícil historia del *Calpulli* o cómo defenderse con éxito de la Civilización y la Modernidad", en *Jurídica* Núm. 4. *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, julio de 1972, p. 327.

²³ *Idem supra*, p. 331.

²⁴ Cfr. BARTRA, Roger, *El Modo de Producción Asiático*, Ed. Era, México, 1983, pp. 225-231.

²⁵ ORTIZ PINCHETTI, *Ob. cit.*, p. 335.

Pues bien, esta organización primitiva de los pueblos náhuatl, pudo sobrevivir al dominio hispano, a pesar de las modificaciones que sufrió y de los ataques, jurídicos algunos y antijurídicos los más, que tuvo que soportar.

1.3 *El papel de la encomienda*

Tal vez parezca una afirmación disparatada: la encomienda, por su organización jurídica, coadyuvó a la preservación de los *calpullis* y de las comunidades indígenas en general.

Nos dice Ortiz Pinchetti: "Las tierras de los *Calpullis* fueron asaladas literalmente por los capitanes españoles y por sus descendientes inmediatos, sin embargo, en cierta medida el sistema comunal y el particular de los *Calpullis* lograron sobrevivir gracias al sistema de la encomienda."²⁶

No vamos a entrar aquí a la gran polémica acerca de la maldad o bondad, ventajas y desventajas de esta discutidísima institución social, económica y jurídica de la política del Estado español en América. Pero tampoco queremos pasar de largo sin afirmar los muchos y terribles abusos de los encomenderos "apropiándose de tierras que pertenecían a los pueblos para cultivarlas como posesiones personales, exigiendo servicios o frutos excesivos a los indígenas, convirtiendo a los hijos de los vecinos en siervos y a sus hijas en concubinas",²⁷ etcétera. Lo que nos importa destacar es que la encomienda, por su misma estructura jurídica, no sólo permite sino que requiere de la organización comunal indígena para ella misma funcionar.

La encomienda, más que ninguna otra institución jurídica indiana, cumple con el doble rol de la juridicidad del Derecho español en América, de sometimiento, por un lado, y protección, por otro.

La encomienda es un derecho concedido por merced real a los conquistadores destacados —"beneméritos de las Indias"— para percibir y cobrar para sí los tributos de los indios que se les encomendaren; el indio encomendado, como hombre libre pero vasallo, paga ese tributo debido al Estado, al encomendero que, por merced real, recibe ese beneficio en compensación de los servicios que ha prestado a la Corona. El tributo se paga en especie —con el producto de sus tierras—, o en

²⁶ *Idem supra*, p. 338. (Subrayado nuestro.)

²⁷ *Idem supra*, p. 339.

servicios personales o trabajo en los predios o minas de los encomenderos. La encomienda implica también obligaciones para los encomenderos, tanto en relación con la Corona, como con los indios encomendados; respecto de estos últimos son atender a su cristianización y a protegerlos en sus personas y bienes.

Un sistema así requiere de la subsistencia de la comunidad indígena. Sin ella es impensable. El sistema de encomienda, pues, no destruyó la comunidad indígena pese a todos los abusos de los encomenderos, pues de haber sido así, la encomienda hubiera también desaparecido. De tal modo que, paradójicamente, gracias en parte al sistema de encomienda, la comunidad indígena en general y los *calpullis* en especial sobrevivieron en Nueva España.

1.4 Pueblos libres de encomienda

La regla general es que todos los indios pueden ser sujetos de encomienda, salvo los que expresamente son exceptuados de ello. Constituyen caso de excepción los tlaxcaltecas,²⁸ los de los hospitales-pueblos fundados por don Vasco de Quiroga, en Nueva España, y los de las reducciones guaraníes de los jesuitas en el Paraguay, entre otros.

El que fuera oidor de la Audiencia de Nueva España, cargo que ocupó en 1530, y obispo de Michoacán desde 1537, Vasco de Quiroga, fundó dos institutos llamados hospitales, ambos con el nombre de Santa Fe, que tenían como objeto el desarrollo integral de sus miembros, fomentando la educación espiritual y manual así como la cristianización de los indios, en un ambiente de pleno desenvolvimiento de sus prácticas comunitarias, con un estilo de propiedad colectiva acorde a su socialidad. El primer hospital-pueblo lo estableció a dos leguas de la ciudad de México; el segundo en Michoacán, en el lugar llamado Atamataho, en las riberas del lago de Pátzcuaro, en 1533. Su modelo de reducción indígena está inspirado en la *Utopía* de Tomás Moro.²⁹

Don Vasco —“Tata Vasco” le decían los indios, que lo veían como a un padre— tuvo dificultades con los encomenderos y pobladores españoles, que siempre amenazaron con la invasión de las propiedades comunales de sus hospitales-pueblos de Santa Fe. “Siempre en pie de

²⁸ Cfr. Leyes XXXIX, XXXX y XXXXIV del Libro VI, Título I de la *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias*, Ob. cit.

²⁹ Cfr. ZAVALA, Silvio, *Recuerdo de Vasco de Quiroga*, Ed. Porrúa, México, 1965.

lucha buscando que se les respete la exención de tributos y se les preserve de otros servicios, dan a la institución un sentido de privilegio aunque Quiroga expresa que sería lo deseable para otras comunidades.³⁰

Es importante destacar que Vasco de Quiroga insiste en la necesidad de un Derecho especial para los pueblos de indios:

Y por tanto, no se pueden ni deben, cierto, representar ni imaginar ni acertar ni entender sus cosas ni gentes, por las leyes ni imagen de las nuestras, pues ninguna concordia ni conveniencia, paz ni conformidad ni semejanza, pueden tener ni tienen con ellas, pues que son en todo y por todo contrarias dellas; pero tenerlas ya fácilmente con aquellas leyes, ordenanzas y costumbres que fuesen más conformes a las suyas, y a las de aquellos de la edad dorada que tanto conforman con ellas. . .³¹

Una experiencia singular —aunque no novohispana—, fue la constituida por el llamado “Estado jesuita” de los guaraníes, que desde el comienzo del siglo XVII hasta poco después de la mitad del siglo XVIII (1609-1768), tuvo vigencia en una amplia región hoy dividida entre Argentina, Brasil y Paraguay. Por medio de un complejo sistema de poblados o “reducciones”, donde los indígenas nómadas guaraníes fueron reducidos a la vida sedentaria, los jesuitas lograron una civilización bastante peculiar, en la cual se conjugaron un avanzado progreso material con logros sociales, culturales, religiosos y aun militares, en los que tienen pleno desenvolvimiento los valores comunitarios de los indios guaraníes.³²

Se trata de una experiencia alternativa a la encomienda, pues los guaraníes quedaron exentos de ser encomendados a particulares; la Corona recibía de manera directa, en dinero, el tributo de las comunidades. Escribe Bartolomeu Melia: “En la conciencia de los primeros Padres. . . la Reducción es un lugar de misión, lo que incluye que sea también un lugar de protección contra la encomienda y cualquier otra

³⁰ MIRANDA, Francisco, “Las Reducciones Quiroguianas de Santa Fe. Una experiencia utópica en la Nueva España del Siglo XVI”, en *Christus* Núm. 551, México, diciembre de 1981, p. 28.

³¹ QUIROGA, Vasco de, *Información en Derecho*, Introducción y notas de Carlos HERREJÓN, Ed. Secretaría de Educación Pública (SEP-Cultura), Col. Cien de México, México, 1985, p. 199.

³² Cfr. ARMANI, Alberto, *Ciudad de Dios y Ciudad del Sol. El “Estado” jesuita de los guaraníes (1609-1768)*. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1982.

forma de esclavitud. . . los jesuitas quieren prescindir de ella, hacen todo lo posible para desprestigiarla moral y políticamente, y hasta pretenden suprimirla quitándole simplemente sus condiciones de posibilidad; esto es, dándole a los indios otro espacio de vida colonial independiente de la encomienda; una especie de proyecto anticolonial dentro de la misma colonia".³³

Estas experiencias singulares de hospitales-pueblos y reducciones, vinieron a enriquecer de manera notable la experiencia comunal indígena en algunas regiones de nuestra América y de modo muy importante ayudaron a la conservación de muchos valores de nuestros pueblos indios que aún hoy se preservan, en el caso concreto en Michoacán y en el Paraguay.

II. EL DERECHO MODERNO EN AMÉRICA LATINA Y SUS FUNESTAS CONSECUENCIAS EN LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

El desarrollo capitalista exigió la superación de las ideas de sujeción y vínculos de dependencia a otros hombres, que se habían dado hasta la sociedad feudal, pero se basó en las clases no propietarias en beneficio de los detentadores de los medios e instrumentos de producción; en consecuencia, la idea de justicia que sostiene la sociedad burguesa reproduce en su propio nivel la misma contradicción feudal que pretendía eliminar, ya que si por un lado afirma la igualdad de todos los hombres, por otro lado reduce dicha igualdad al plano meramente institucional, desentendiéndose de las desigualdades concretas de la sociedad. Este proceso se vivió en México, aunque estrictamente no existía una sociedad feudal; se dio con el cambio de una juridicidad que reconocía a los desiguales como es el caso del Derecho Indiano a otra en la que formalmente no hacen distinciones.

Este capitalismo penetró en América Latina, una vez que consiguió su independencia, primero a nivel ideológico al llegar a predominar sus sostenes: el individualismo liberal.

El reconocimiento de las desigualdades sociales por la ideología y el Derecho de la dominación hispánica, fue desplazado por una ideología y un Derecho que considera a todos libres e iguales social, jurídica y políticamente.

³³ MELIA, Bartolomeu S. M., "El Guaraní Reducido", en *Christus* Núm. 551, Ob. cit., p. 31.

El carácter liberal individualista del Derecho latinoamericano durante todo el siglo XIX y gran parte de éste es indiscutible, y por razones históricas, incluso, explicable. Ciertamente es que no se impuso de plano, desde ya, al lograrse la independencia, sino una vez que las corrientes liberales fueron imponiéndose a las conservadoras. En México el triunfo definitivo de la juridicidad liberal moderna se logra con la promulgación de la Constitución de 1857, prototipo de ley fundamental de corte liberal. Esta Constitución consagra las garantías individuales en sus primeros artículos, y apunta claramente las características de igualdad ante la ley y la seguridad frente a la misma, con base en la estructura clásica formal, general e impersonal de la ley.³⁴

Dice Marie Chantal Barre que las Leyes de Indias "dejaron lugar, después de la Independencia, a una política de integración inspirada por el liberalismo. Esta integración debía ser multidimensional. Primeramente, socioeconómica: proletarización, 'cambio social' impuesto por las instituciones especializadas, introducción en el sistema de mercado, emigración, privatización de las tierras, cuya tenencia era antes colectiva, ocasionando la 'descomunitarización' de los indios. Cultural: por la aculturación, la castellanización, la introducción de los modelos de desarrollo y de consumo occidentales. Política: por la participación en organizaciones no indias, la aceptación de la dominación no india. Por último, nacional: conforme a un movimiento que va de los indios hacia los no indios, ignorando la diversidad de los pueblos y buscando una identidad en los fundamentos no indios, capitalista y dependientes".³⁵

El individualismo liberal penetró en la América hispana en el siglo XIX dentro de una sociedad fundamentalmente agraria, en donde el desarrollo urbano e industrial era prácticamente nulo. Por lo tanto, la juridicidad moderna de corte liberal va a repercutir directamente a la tenencia de la tierra.

Durante la dominación española se pueden distinguir dos modos distintos de tenencia de la tierra: la de los españoles y la de los indígenas. La primera era una propiedad privada originada por: a) repartos de tierra que se hicieron entre los conquistadores y que los reyes confir-

³⁴ Para profundizar en el tema puede verse: TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México*, Ed. Porrúa, México, 1978; y TORRE VILLAR, Ernesto de la y GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario, *Desarrollo Histórico del Constitucionalismo Hispánicoamericano*, UNAM, México, 1976.

³⁵ BARRE, Marie Chantal, "Del indigenismo al indianismo", en *Le Monde Diplomatique en español*, marzo de 1982, p. 18.

maron; no por simple donación sino como pago o remuneración; b) las mercedes reales, que consistían en donaciones para estimular la colonización; y c) la derivada de las mercedes para fundar pueblos españoles. La propiedad de los indígenas respecto de la tierra fue comunitaria. Estaba compuesta por: a) el fundo legal, destinado por su origen para que sobre él se levantaran los hogares y los edificios propios de la comunidad indígena; no podía ser enajenado y correspondía al pueblo y no a las personas en particular; b) los ejidos que consistían en campos que estaban a la salida de los pueblos, que no podían ser plantados ni labrados, con el fin de que pastara el ganado de los miembros de la comunidad; c) los propios, que consistían, desde antes del Derecho hispano pero reconocidos por éste, en parcelas cuyos productos se destinaban a cubrir determinados gastos públicos, y d) las tierras de repartimiento, constituidas por las tierras que tenían las comunidades antes de su sometimiento y aquellas que les fueron otorgadas al ser reducidas; se respetó la manera de distribuir esta tierra entre los miembros de la comunidad, las cuales eran dadas en usufructo a las familias con obligación de utilizarlas siempre.

Ya desde la dominación española contrasta la gran propiedad de los españoles con respecto a la propiedad de los pueblos de indios que era mucho más pequeña. Y, poco a poco, la gran propiedad de los latifundistas hispanos se fue extendiendo a costa de las propiedades de las comunidades.

Mendieta y Núñez apunta: "Sobre esta base de desigualdad, la propiedad privada de los españoles evolucionó en una forma absorbente, con detrimento de las pequeñas comunidades indígenas. Puede decirse que la época colonial en cuestión agraria se caracteriza por una lucha entre los grandes y pequeños propietarios, en la cual aquellos tendían a extenderse invadiendo los dominios de los indígenas y arrojando a éstos de los terrenos que poseían, hasta hacer que como último refugio se encerrasen en los límites del fundo legal".³⁶

Y el propio Mendieta agrega: "Esta lucha sorda, pacífica, lucha que se traducía en litigios interminables, fue lenta, pero constante; empezó en los primeros años de la Colonia y se prolongó hasta fines del siglo XIX, época en la cual la pequeña propiedad indígena quedó definitivamente vencida".³⁷

³⁶ MENDIETA Y NÚÑEZ, Lucio, *El Problema Agrario de México*, Ed. Porrúa, México, 1974, p. 84.

³⁷ *Idem*, p. 85.

Esta absorción del latifundio privado hecha sobre la propiedad comunal, durante la dominación española, se hizo en contravención a lo establecido por el Derecho Indiano que protegía las propiedades comunales de los pueblos; en este periodo el despojo es antijurídico. Pero a partir de la independencia, y más concretamente, desde el triunfo del liberalismo, el despojo es jurídico, es decir, de acuerdo a normas de Derecho positivo.

El liberalismo jurídico trajo en México: las leyes de desamortización; la Constitución de 1857 y aparejada a ésta una interpretación individualista del Derecho por los tribunales; y las leyes sobre baldíos. Este Derecho privatizó la propiedad agraria, siendo de funestas consecuencias para las comunidades indígenas y los pequeños propietarios pobres.

Como antecedente temprano de esta política legislativa, en el Estado de Chihuahua, México, se dispone, el 26 de mayo de 1825, la autorización de reducir los bienes comunales de los pueblos indios a propiedad privada. Esto afectó a los indios tarahumaras.³⁸

El 25 de julio de 1856 se promulgó la llamada Ley de Desamortización, cuyos principales fines, según sintetiza el maestro Genaro María González son: "Todas las fincas rústicas y urbanas que hoy tienen o administran como propietarios las corporaciones civiles o eclesiásticas de la República, se adjudicarán en propiedad a los que las tienen arrendadas, por el valor correspondiente a la renta que en la actualidad pagan, calculado como rédito al seis por ciento anual. . . La misma adjudicación se hará a los que hoy tienen en censo enfiteútico fincas rústicas o urbanas de corporación. . . Bajo el nombre de corporaciones se comprenden todas las comunidades religiosas de ambos sexos, cofradías y archicofradías, congregaciones, hermandades, parroquias, ayuntamientos, colegios, y en general, todo establecimiento o fundación que tenga el carácter de duración perpetua o indefinida. . . Tanto las urbanas como las rústicas que no estén arrendadas a la fecha de la publicación de esta ley, se adjudicarán al mejor postor, en almoneda que se celebrará ante la primera autoridad política del Partido. . . Desde ahora en adelante, ninguna corporación civil o eclesiástica, cualquiera que sea su carácter, denominación u objeto, tendrá capacidad legal para adquirir en propiedad o administrar por sí bienes raíces, con la

³⁸ *Cfr.* Cuaderno *Planeación 1980* del Vicariato Apostólico de la Tarahumara, Sisoguichi, Chih.

única excepción que expresa el artículo octavo respecto de los edificios destinados inmediata y directamente al servicio u objeto de la institución".³⁹

La Ley de Desamortización, como su nombre lo indica, pretendía sacar de "manos muertas" la propiedad, con el fin de acabar con una acumulación exagerada de la propiedad, sobre todo por parte de las comunidades eclesíásticas, y lograr así su circulación mercantil. Sin embargo, esa desamortización no sólo tocó a los bienes de la Iglesia, sino también a los ayuntamientos y a las comunidades indígenas. La propiedad comunal indígena fue desamortizada con iguales procedimientos y los pueblos fueron despojados de sus antiguas propiedades.

El artículo 27 de la Constitución de 1857 elevó a carácter de Ley Fundamental los principales postulados de la Ley de Desamortización. Mendieta y Núñez apunta que "... una de las más funestas consecuencias de las leyes de desamortización y del artículo 27 de la Constitución de 1857, fue, sin duda alguna, la interpretación que se les dio en el sentido de que, por virtud de sus disposiciones, quedaban extinguidas las comunidades indígenas y, por consiguiente, privadas de personalidad jurídica. Desde entonces los pueblos de indios se vieron imposibilitados para defender sus derechos territoriales y seguramente que fue ésta una nueva causa del problema agrario en México, puesto que favoreció al despojo en forma definitiva".⁴⁰

Si bien se dispuso que en caso de denuncia de terrenos de las comunidades indígenas, éstos debían repartirse entre los propios indígenas, reduciéndolos a propiedad privada, sin embargo, aun en los casos en que esto se llevó a cabo, tuvo consecuencias también en contra de los propios indios. Esto porque gran número de ellos, al adquirir sus fracciones de tierra en propiedad privada, las vendían en cifras irrisorias a latifundistas. Su socialidad comunitaria de apoyo y ayuda mutua, de relación con la tierra junto con los otros como pueblo, difícilmente se adapta a una relación social de base individualista en donde prevalece la competencia y un intercambio en donde resulta ganancioso el más fuerte.

Bien escribe Loza Macías: "Extendida esa desamortización total también a propiedades comunales de pueblos, congregaciones, etcétera... los despojados así estaban menos preparados para vivir de otra

³⁹ GONZÁLEZ, Genaro María, *Catolicismo y Revolución*, Imprenta Murguía, México, 1960, pp. 143 y 144.

⁴⁰ MENDIETA Y NÚÑEZ, *Ob. cit.*, p. 130.

cosa, con lo que vendría a aumentarse el número de desheredados...";⁴¹ era pues la desamortización también una medida antieconómica.

La igualdad, la generalidad y la abstracción del Derecho moderno quedaban definitivamente consagrados en la juridicidad individualista liberal mexicana.

El efímero gobierno del emperador Maximiliano, promulgó varias disposiciones, entre 1865 y 1866, tratando de resolver, con su visión liberal pero proteccionista del indio, el problema agrario y en concreto en relación con los terrenos de las comunidades indígenas. Entre sus disposiciones más importantes está la "Ley sobre Terrenos de Comunidad y Repartimiento", en la que busca lograr una clase media de terratenientes, de pequeños propietarios; los indios serían propietarios privados, pero buscando que no se formaran latifundios, se prohibía vender a quien ya tuviera tierras. Tenemos, además, la "Ley Agraria" de 16 de septiembre de 1866, en donde concede fundo legal y ejido a los pueblos que carezcan de él. Esta ley, por cierto, es un texto bilingüe, está promulgada en castellano y lengua náhuatl.⁴²

Por último las leyes de colonización y sobre baldíos de la época porfiriana, entre 1883 y 1910, vendrían a dar el paso final de la privatización de la propiedad agraria y el consecuente despojo tanto de las comunidades de indios como de los pequeños propietarios pobres. Constituyeron la expresión de la aplicación más cruda del Derecho moderno y sus postulados.

Este último proceso lo explica Gutelman: "La introducción autoritaria y brutal de la propiedad privada y el proceso de expropiación que siguió a ella desequilibrarían totalmente el sistema de producción de la economía aldeana. Esta empezó a declinar entonces; la aplicación de técnicas superiores, unidas a la existencia de la propiedad privada, no se podía difundir en el conjunto del campesinado sino sólo en un sector restringido de éste... En las comunidades indígenas, despojadas de sus tierras colectivas y sometidas a una privatización autoritaria de la tierra, el nivel de vida descendió fuertemente y la miseria

⁴¹ LOZA MACÍAS, Manuel, *El Pensamiento Económico y la Constitución de 1857*, Ed. Revista Milicia, A. C., Congregaciones Marianas, México, 1984, p. 211.

⁴² Un profundo estudio de estas leyes agrarias del Segundo Imperio: BARROSO DÍAZ, Ángel, "El Indigenismo Legislativo de Maximiliano", en *Jurídica* Núm. 13, tomo I, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, 1981, pp. 257-303.

se instaló en el campo con mayor fuerza que nunca".⁴³ Agrega respecto al deslinde de los baldíos: "Numerosísimas superficies declaradas 'baldías' y que en realidad pertenecían a comunidades indígenas fueron incorporadas a las zonas deslindadas. Los indios no lograban hacer prevalecer sus derechos pues no tenían título jurídico de propiedad; y si este título existía, lo cual sucedía con bastante frecuencia, de todos modos no correspondía a las normas legales, mal conocidas o desconocidas del todo por las poblaciones indígenas incultas: en consecuencia, se invalidaba".⁴⁴

Lo mismo sucedía con los campesinos pobres con propiedad privada que, al no tener títulos o no poder defenderse, eran también despojados. Sólo las viejas y nuevas grandes haciendas se hacían respetar por las compañías deslindadoras.⁴⁵

Este proceso de aplicación del Derecho moderno y sus consecuencias en la tenencia de la tierra, que hemos visto aplicado a México, es similar en toda la América hispánica con la instalación del liberalismo individualista y el modo de producción capitalista.

III. EL DERECHO A LA TIERRA

Los campesinos mexicanos, muchos de ellos indígenas, pagando una alta cuota de sangre, constituyeron el elemento de masas más importante de la Revolución Mexicana. Su lucha reivindicativa por la tierra usurpada, se plasmó jurídicamente en las disposiciones del artículo 27 de la Constitución de 1917. Este, desde su redacción original, garantiza el derecho de las comunidades indígenas a sus tierras, tanto reivindicando aquellas de que han sido despojadas como dotando a los núcleos de población que carezcan de ellas.

Este Derecho agrario mexicano, que reconoce un derecho a la tierra ancestral, al mismo tiempo cuestiona al propio Derecho de la modernidad, pues en lo relativo a la tenencia de la tierra proclama la existencia de la comunidad indígena como titular de derechos.

⁴³ GUTELMAN, Michel, *Capitalismo y Reforma Agraria en México*, Ed. Era, México, 1975, p. 32.

⁴⁴ *Idem*, p. 34.

⁴⁵ Un estudio muy interesante sobre la acción de las Compañías Deslindadoras: COSSÍO, José L., *¿Cómo y por Quiénes se ha Monopolizado la Propiedad Rústica en México?*, Ed. Jus, México, 1966.

A partir de entonces, la lucha jurídico-política por hacer efectivo este derecho a la tierra ha sido tenaz, pero larga y penosa y, ciertamente, no logrando todos los frutos deseados.

IV. INICIATIVA DE REFORMA AL ARTÍCULO 4º DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

El 7 de abril de 1989 fue instalada por el Presidente de la República la Comisión Nacional de Justicia para los Pueblos Indígenas de México del Instituto Nacional Indigenista, a la que se le encomendó, como tarea principal, "la pertinencia de una reforma constitucional encaminada a crear los instrumentos jurídicos necesarios para superar la injusticia que afecta a los pueblos indígenas".⁴⁶ El estudio realizado por la Comisión se sometió a consulta pública informal de organizaciones indígenas, organismos de derechos humanos, asociaciones y escuelas de antropología, colegios de profesionales, líderes de opinión y otras personalidades y entidades. Y el 7 de marzo de 1990 fue presentada al Presidente de la República la siguiente propuesta, tomando en cuenta los resultados de la consulta pública informal aludida:

La nación mexicana tiene una composición étnica plural y multicultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La legislación federal, así como las constituciones y leyes de los estados y ordenamientos municipales, en el ámbito de sus respectivas competencias establecerán, en beneficio de las comunidades indígenas, las normas, medidas y procedimientos que protejan, preserven y promuevan el desarrollo de las lenguas, culturas, usos, costumbres, formas específicas de organización social y la vinculación con la naturaleza, así como de las bases materiales en que éstas se sustentan, en todo aquello que no contravenga a la presente Constitución. Las referidas disposiciones serán de orden público e interés social.

La ley establecerá los procedimientos que aseguren a los indígenas el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios de orden federal y local en los que un indígena sea parte, se to-

⁴⁶ SALINAS DE GORTARI, Carlos, *Iniciativa de decreto que adiciona el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para el reconocimiento de los derechos culturales de los pueblos indígenas*, México, Palacio Nacional, 7 de diciembre de 1990, p. V.

marán en consideración sus prácticas y costumbres jurídicas durante todo el proceso y al resolver el fondo del asunto.⁴⁷

La iniciativa de reforma constitucional, sometida al Constituyente Permanente, fue dada en estos términos:

Decreto que adiciona el artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo único. Se adiciona un primer párrafo al artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, recorriéndose en su orden los actuales párrafos primero a quinto, para pasar a ser segundo a sexto respectivamente, en los siguientes términos:

Artículo 4º La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquéllos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley.

Transitorio

Artículo único. El presente decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.⁴⁸

Actualmente la iniciativa de reforma constitucional se encuentra en proceso de discusión por parte de las Cámaras de Diputados y Senadores (Congreso de la Unión) y los Estados de la Federación, que forman el Constituyente Permanente.

Comparado el proyecto del Ejecutivo con las propuestas reivindicatorias de nuestros pueblos indios, se antoja bastante limitado; la autonomía reclamada está muy lejos de reconocerse, así como el reconoci-

⁴⁷ Citada por CONCHA MALO, Miguel, "La Universidad y los derechos de los pueblos indios", en *La Universidad y los Derechos Humanos en América Latina. Cuadernos de Umbral XXI* Núm. 1, Ed. Universidad Iberoamericana, México, 1990, p. 60.

⁴⁸ SALINAS DE GORTARI, Ob. cit., p. VIII.

miento de otros derechos que irían preparando el camino para esa autodeterminación.⁴⁹

Sin embargo, como cuestión positiva, de aprobarse la adición a la Constitución Mexicana, estaría el hecho de que se trata ya de un reconocimiento a nivel constitucional de los pueblos indios como tales, de la verificación legislativa de la desigualdad real de un sector muy importante de la sociedad mexicana (más del diez por ciento de la población total) con respecto al resto de los componentes de esa sociedad; sería una norma que sale, en principio, de la lógica de la juridicidad de la modernidad.

En general los analistas coinciden en que se trata, desde el punto de vista de los indios, no de una meta o punto de llegada, sino apenas de un primer paso en las reivindicaciones de sus derechos.

Ahora bien, es entonces, pues, apenas el comienzo en el reconocimiento de derechos constitucionales de los pueblos indios como tales, pero también apenas sólo el paso que funda toda una legislación reglamentaria que haga efectiva la conquista constitucional, y que es necesario sea dada para que la reforma pueda tener eficacia real. Bien dice Trejo Delarbre: "Apenas será el comienzo de un trayecto aún espinoso, y aún lento, para que en legislaciones secundarias tales derechos sean reconocidos y, haciéndolos explícitos, se busque garantizarlos".⁵⁰

No quisiera dejar pasar un cuestionamiento hecho por un experto, en el programa de televisión *Nexos* del 16 de diciembre de 1990, en el que se comentó la iniciativa de reforma constitucional que nos ocupa. Guillermo Bonfil Batalla, planteó, con justa razón, esta cuestión que sólo será despejada en el futuro: "¿Cómo compaginar el proyecto modernizador del país, pregonado e impulsado por la presente administración, con la reforma constitucional que reconoce a las comunidades indígenas?"

Podemos decir, en conclusión, que la adición constitucional propuesta:

1º Está lejos de las aspiraciones autonomistas reclamadas por varias organizaciones indígenas; apenas si se trata de un reconocimiento del

⁴⁹ En cuanto a esos reclamos más amplios de las comunidades indígenas mexicanas ver como botones de muestra: RUIZ, Margarito, "Reconocimiento constitucional a los indios de México", en *Boletín* 9-10 de la Academia Mexicana de Derechos Humanos, México, junio-julio de 1989, pp. 5-7; y ROBLES O., Ricardo, S. J., "¿Derechos Indígenas?" en *Christus* Núm. 634, México, abril de 1990, pp. 20-23.

⁵⁰ TREJO DELARBRE, Raúl, "Una ley, por fin, en defensa de los indios", en *México Indígena* Núm. 15, México, diciembre de 1990, p. 9.

respeto que debe darse a las costumbres jurídicas de los pueblos indios. Es decir, no va más allá lo dispuesto en esta materia por el Derecho Indiano; y

2º Si existe auténtica voluntad política de hacer efectivo este nuevo derecho constitucional de las comunidades, se requiere que se dicte una amplia, compleja y adecuada legislación secundaria. Y ésta muchas veces chocará con las políticas neoliberales, librecambistas y de eficiencia meramente económica de la política de la modernidad; de ahí que se requiera también de la voluntad política de aplicarla.

V. DERECHOS Y AUTONOMÍA DE LOS PUEBLOS INDIOS: HACIA LA SUPERACIÓN DE LA JURIDICIDAD DE LA MODERNIDAD

Durante el *Primer Encuentro Continental de Pueblos Indios*, celebrado en julio de 1990 en Quito, con amplia participación de organizaciones indias del Continente americano, éstas se pronunciaron por la *autonomía* como expresión de su liberación: "En ejercicio de nuestro derecho a la autodeterminación, los pueblos indios o indígenas luchamos por el logro de nuestra plena autonomía en los marcos nacionales"; esa autonomía implica: "el derecho que tenemos los pueblos indios al control de nuestros respectivos territorios, incluyendo el control y manejo de todos los recursos naturales del suelo, el subsuelo y el espacio aéreo"; "la defensa y conservación de la naturaleza (...), el equilibrio del ecosistema y la conservación de la vida", así como la autoconstitución de gobiernos democráticos.⁵¹

Esta demanda de autonomía de los pueblos indios, cada vez es más fuerte y surge, a finales de los ochentas y principios de los noventas, como su "principal bandera de lucha".⁵² A principios de la década de los ochentas se expresaba ya con fuerza haciendo valer el término *indianismo* y oponiéndolo a *indigenismo*. Así en el Primer Congreso de los Movimientos Indios de América del Sur, celebrado en marzo de 1980, en Ollantoytambo, Perú, en sus resoluciones se estableció: "*Reafirmamos el indianismo como la categoría central de nuestra ideo-*

⁵¹ De las *Resoluciones* del Primer Encuentro Continental de Pueblos Indios "500 años de Resistencia India", Quito, julio de 1990, citado por DÍAZ-POLANCO, Héctor, "Los Pueblos Indios y la Constitución", en *México Indígena* Núm. 15, México, diciembre de 1990, p. 10.

⁵² *Idem*, p. 9.

logía, porque su filosofía vitalista propugna la autodeterminación, la autonomía y la autogestión socio-económico-política de nuestros pueblos y porque es la única alternativa para el mundo actual en total estado de crisis moral, económica, social y política".⁵³

Esa demanda de nuestros pueblos indios de "plena autonomía en los marcos nacionales", requiere, para posibilitarse, de la superación de la juridicidad de la modernidad de nuestros propios Estados; dicho de otro modo, es menester un marco de *Derecho objetivo postmoderno* —por darle algún nombre.

La caracterización que hicimos del Derecho de la modernidad, como general, abstracto e impersonal, corresponde al modo de producción capitalista que concibe a todos los hombres libres e iguales, productores e intercambiadores de mercancías.

La reflexión acerca de la auténtica justicia parte de una crítica del concepto que de lo justo tiene la juridicidad vigente. Y el inicio para superar la juridicidad moderna está en que se considere desigual a los desiguales. Pero éste, sólo es el primer paso. Y un paso hacia adelante no hacia atrás. No pretendemos volver a la juridicidad del feudalismo o del esclavismo. La consideración de desigualdad real existente, no es para consagrarla, sino sólo el inicio consciente para superarla.

Creo que el *método analéctico*⁵⁴ del que nos habla Dussel nos abre la posibilidad, a nivel de filosofía jurídica, partiendo de la realidad social, para estar en una constante crítica al concepto de lo justo de la juridicidad en el modo de producción capitalista y en cualquier otro modo de producción.

Los viejos conceptos de Bien Común y Justicia son atrapados casi siempre en la ideología de la juridicidad dentro de la totalidad del modo de producción. Así ha sucedido con el Bien Común y la Justicia en el Derecho capitalista. Sin embargo, esos conceptos y su riqueza pueden ser recuperados por una sana filosofía jurídica, si su contenido es analizado desde *el otro como otro*, es decir, desde una consideración que parte de la "exterioridad" del sistema.

Las luchas reivindicatorias de los indios anteponen para defensa de sus derechos su ser distinto, *su ser otro*, frente al dominador y su juridicidad. El apelar a un Derecho ancestral y a un Derecho postmoderno en el sentido explicado, no es por considerar esos derechos con un valor

⁵³ Citado por BARRE, Marie Chantal, "Del indigenismo al indianismo", *Ob. cit.*, p. 19.

⁵⁴ *Cfr.* DUSSEL, Enrique, *Filosofía de la Liberación*, Ed. Edicol, México, 1977.

intrínseco e inmanente, sino sólo en cuanto que representan un inicio de distinción en favor de ellos como otro.

El Derecho moderno, pues, es superado por lo verdaderamente justo, que para la totalidad es ilegal. La Justicia y el Bien Común, desde la perspectiva del otro, recobran su sentido, pues el otro desde la "exterioridad" del modo de producción y su juridicidad, provoca hacia una legalidad de la justicia.

La juridicidad moderna, así como cualquier otra juridicidad alienante, será superada, a nivel de reflexión filosófica que parte de la lucha del pueblo por la justicia, cuando el otro sea reconocido como otro. El primer momento será reconocer la desigualdad de los desiguales, y a partir de ahí vendrá el reconocimiento pleno no ya del desigual sino del distinto portador de la justicia en cuanto otro.

El derecho perderá así su generalidad, su abstracción y su impersonalidad. El rostro del otro como clase alienada que provoca a la justicia, romperá la generalidad al manifestarse como distinto, desplazará la abstracción por la justicia concreta que reclama y superará la impersonalidad porque su manifestación es revelación del hombre con toda su dignidad personal que le otorga ser precisamente el otro.

Nuestros indios, en sus luchas jurídico-políticas por la defensa de sus derechos, defienden ante todo su identidad, su ser otro. Por esa razón cuestionan y ponen en crisis el Derecho de la modernidad.

DERECHO DE JURISTAS: UN TEMA IGNORADO POR LA HISTORIOGRAFÍA JURÍDICA MEXICANA

Jaime DEL ARENAL FENOCHIO

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Un tema ignorado.* III. *El inicio y las causas de una pesada tradición.* IV. *Las protohistorias del Derecho mexicano.* V. *Una visión más amplia pero igualmente legalista.* VI. *Epílogo.*

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos veinte años la Historia del Derecho mexicano ha alcanzado un indudable auge y su importancia es cada día más reconocida tanto por los estudiosos del Derecho como por los de la Historia mexicana. Cada año, diversas escuelas y facultades de estas disciplinas organizan cursos o llevan a cabo seminarios en los cuales la historia de las fuentes y de las instituciones jurídicas novohispanas y nacionales es cada vez mejor y con más detalle analizada. La Historia del Derecho mexicano lucha, incluso, por abrirse paso en los planes de estudio de algunas facultades de Derecho —como la de la Nacional de México— que hoy sólo la contemplan como materia optativa. A la fecha se han realizado ya cinco congresos nacionales sobre esta materia, y gracias a los esfuerzos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM contamos con un bien armado *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, cuyo tercer número veremos pronto salir de la imprenta.¹ Por otro lado, la numerosa y valiosa participación de juristas e historiadores mexicanos en publicaciones, foros y congresos internacionales donde se cultiva la historia del Derecho permite pensar que la del mexicano, por fin, ha ganado un lugar definitivo dentro del cultivo de las Humanidades en México. . . Algo tarde, es verdad, y con muchos rezaños, si la comparamos con las alturas alcanzadas por la historiografía

¹ A la fecha se han publicado las memorias correspondientes a cuatro de esos cinco congresos por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; las de los dos primeros en 1981, en 1984 las del tercer congreso y en 1988 las del cuarto. Los *Anuarios* corresponden a los años de 1989 y 1990.