

DERECHO ROMANO Y LÍMITES DE LA ROMANIZACIÓN EN IBEROAMÉRICA

IGNACIO CREMADES

Universidad Complutense de Madrid

La prueba definitiva de los límites de la romanización en Iberoamérica viene dada, en mi opinión, por la pasada y actual subsistencia y actitud reivindicativa de la cultura indígena frente a proyectos pasados y futuros de occidentalización. La mera enunciación y comprobación de esto haría innecesario que lo tratáramos, si no tuviera interés examinar, aunque sea brevemente, el porqué y el cómo de esta paradoja histórica. Y digo paradoja porque, prevista inicialmente la aculturación de los llamados indios, como llegó rápidamente a producirse la aculturación de los guanches canarios, destruidas las bases de su auténtica reproducción étnica, sin embargo, el orden colonial, movido por sus contradictorias intenciones de protección y explotación económica de los indígenas americanos, sentó las bases para la reconstrucción de su identidad étnica, desdiciéndose así, tal vez inconscientemente, de su decisión primera, es decir, de la equiparación, si no desde un punto de vista formal, sí material, de los indios con los castellanos. Manifestación y medio como es el Derecho de la existencia y preservación de la identidad étnica; manifestación y medio como es la imposición de un Derecho ajeno de la violencia colonizadora, la consideración del par Derecho colonizador-Derecho indígena puede otorgarnos el grado de victoria y derrota en la desigual lucha entre las dos culturas, la del colonizador y la de los colonizados.

En Iberoamérica, el derecho que ha acompañado, como portador de fines y como instrumento, a esos proyectos de occidentalización ha quedado expresa-

do en distintas versiones del Derecho romano. Las poblaciones aborígenes tuvieron que vérselas inicialmente con un trasunto del Estado romano bajoimperial, que destruyó su realidad política, y las sometió con parecidos medios, quizá, pero con distintas motivaciones, en el seno del orden colonial. Producida la emancipación de las jóvenes repúblicas, los indígenas tuvieron que vérselas con la versión liberal del Derecho romano en el seno de la perpetuación del orden colonial al interior de la forma política republicana. La subsistencia pasada y actual de la cultura indígena y la afirmación de su derecho a un Derecho propio frente a las dos experiencias indígenas del Derecho romano hablan de una forma más concreta de los límites de la romanización en América Latina.

I. IMPERIO ROMANO Y NUEVO IMPERIO.

1. El descubrimiento de América planteó a la Monarquía española el problema de una nueva legislación para los países conquistados. En las Repúblicas hispanoamericanas, la legislación metropolitana que formó el derecho de la Colonia constituyó así la herencia jurídica y el punto de partida de toda su historia jurídica contemporánea.

No pocas veces se han establecido justamente correspondencias entre el Imperio Romano y el Imperio Español y la idea de Roma está omnipresente en buena parte de la historiografía indiana. El imperio romano, que podía ser agradable a los humanistas y a quienes justificaban su obra como la de la expansión de la razón, de la superioridad natural de ciertos hombres sobre otros, caso de Sepúlveda, era para otros, que no negaban la razón de semejanza entre los dos, rechazable especialmente en cuanto a los métodos violentos de conquista, que no debían ser en absoluto imitados ni siquiera por razones de conveniencia pedagógica en aras de una mejor evangelización. Abominables eran, en todo caso, los supuestos imperialistas romanos de superioridad natural, como justificadora de la servidumbre y aculturación de los sometidos y negadora de la necesidad de la Gracia para alcanzar la plenitud humana⁽¹⁾.

De este otro espíritu se derivó una muy distinta actitud respecto a los pueblos sometidos. Espíritu que claro está no hay que suponer coincidente con el de los conquistadores, no movidos ni por la religión ni por el afán de aventura, sino

(1) Jaime González, *La idea de Roma en la Historiografía Indiana (1492-1550)*, CSIC, Madrid, 1981, pp. 108 y ss; 115.

por una muy distinta de sed de gloria. La Corona tuvo siempre que resolver entre los intereses contrapuestos de sus súbditos, evangelización y conquista. Ella misma no pudo sustraerse a la difícil conciliación –y fácil contradicción– de protección y explotación económica de los indios, de preservación de los mismos y su necesaria o inevitable relación y contacto con los españoles.

La conjunción de ambos espíritus, espíritu de conquista, espíritu de evangelización, iba a ser fatal para los pueblos sometidos y para los pueblos en formación, todavía no intuita. La España antaño dominada, hoy Roma dominadora, tenía el Imperio como modelo; las Indias dominadas podían esperar quizá algo favorable del recuerdo de la romana barbarie en Hispania:

Estos son quienes a los demás pueblos, salvo a sí mismos, llamaban bárbaros, siendo así que ningunos otros fieros bárbaros podían tener una conducta tan absurda.

Referidos ya los dioses que la ceguedad de los antiguos gentiles tuvieron, bárbaros, y también los que se tenían por muy delgados políticos romanos y griegos ⁽²⁾

Resuelta desde el principio la cuestión del territorio como del dominio y de la jurisdicción de la Corona de Castilla⁽³⁾ –no hubo desmenbración de la soberanía en el orden jurisdiccional, y los atributos esenciales del Estado de la época, según las viejas concepciones imperantes del derecho romano, fueron constantemente reivindicados frente a los privilegios señoriales excesivos que hubo originariamente que conceder, por la naturaleza fundamentalmente privada de las primeras empresas conquistadoras, a los primeros descubridores y sus descendientes⁽⁴⁾–, otra cuestión, sin embargo, iba a impregnar la empresa de mayor conflictividad: la disputa por el control de la población indígena.

En primer lugar, el Derecho de la época permitía esclavizar a los infieles. Pero con el fin de atraerles y facilitar su conversión, como se hizo en Canarias, se les declara libres muy prontamente (1503 y reiterado en 1512). Superada la primera, pero no del todo abandonada, esclavitud de los indios, convertidos

(2) Las Casas, *Apologética Historia Sumaria*, cap. 140, B.A.E. CVI, Madrid, 1958, p.24, cit. por Jaime González, cit., p.112.

(3) El territorio conquistado se consideró desde un principio, como del dominio y de la jurisdicción de la Corona de Castilla. Carlos I podía decir, el 14 de septiembre de 1519: “Por donación de la Santa Sede Apostólica, y otros justos y legítimos títulos somos señor de las Indias Occidentales, Islas y Tierra firme del mar Océano, descubiertas, y por descubrir, y están incorporadas en nuestra Real Corona de Castilla.”

De esta declaración deriva todo el derecho especial en orden a la propiedad.

(4) J.M. Ots Capdequi, *El Estado español en las Indias*, FCE. 4ª ed., México, 1965, p. 15 y ss.

éstos tempranamente en vasallos libres de la Corona de Castilla y equiparados a los castellanos, también enseguida ven condicionada esa libertad. Su incapacidad para vivir como castellanos lleva a reyes y juristas desde mediados el siglo XVI a condicionar aquella libertad considerándoles necesitados de una protección como la que se dispensaba a los *menores de edad* y a los *miserables*, es decir, a los pobres y a los rústicos.

Son libres y vasallos de Castilla, aunque necesitados de una especial protección, como otros libres y vasallos de Castilla. Por lo tanto el par indio-español no es una nueva *summa divisio personarum*. Los indios no son extranjeros, ni extranjeros internos, como lo fueron moros y judíos, pues hay unidad política entre Castilla y las Indias. De aquí los supuestos actuales de doble nacionalidad.

Ahora bien, si queremos tantear tan sólo e intentar comprobar si tiene algún sentido plantear un asunto tan extenso como podría ser la cuestión de la subsistencia de la identidad étnica indígena desde el recuerdo de la romanización de los pueblos indígenas bajo el dominio romano y desde la parcial inquina al mismo de parte de los españoles; pero también si queremos hacerlo desde la conciencia española de haber estado obrando el acabamiento de la misión providencial del Imperio romano, podemos considerar lo siguiente.

El distanciamiento respecto del modelo romano de comportamiento para con los pueblos indígenas en época preclásica y clásica parece clara, al menos en que estos indios ciertamente nunca fueron *peregrini*. No lo fueron, no sólo porque no lo eran jurídicamente, sino porque la actitud hacia ellos no fue la de un alejamiento distante, esperando su hispanización, que habría de caer como fruto maduro. No lo fueron porque la concesión de la “ciudadanía” no se condicionó a una previa absorción del modo de vida español. Si bien fueron *cives* inmediatamente, no lo fueron por propia ambición, como los peregrinos de la época clásica. Si algún modelo se siguió inconscientemente fue el universalista de Caracalla. Si los romanos, en ocasiones, habían extendido la ciudadanía contra la voluntad de sus beneficiarios, como las comunidades griegas asentadas en Italia, también entonces lo hicieron suponiendo una cierta absorción del modo de vida romano. Y como se ha sostenido, parece lo más probable que, cuando la Constitución Antoniniana, fueron todos universalmente declarados *cives* sobre la base de su preparación por una larguísima habitud con la cultura hegemónica⁽⁵⁾. En contraste, esto es lo que no ocurrió en las Indias, donde la libertad reco-

(5) vid. Fernand de Visscher, *Les Pègrins a Rome*, en *L'Étranger*, I, Recueils de la Société Jean Bodin, IX, Bruselas, 1958, pp. 197 y s. y 206 y s.

nocida para su mejor evangelización supuso además la equiparación jurídica de los indios con los vasallos castellanos. Ciertamente que no fue esta la primera ni la última vez en la historia en que la condición de ciudadano se anticipó a la de nacional, tal como hoy la entendemos; pero esto iba a tener graves consecuencias. La prudencia política romana en este punto no fue imitada.

Mas a pesar de esto último, sí que hubo coincidencia en algo, pues ni bajo Constantino ni bajo la Corona de Castilla la ciudadanía que recibieron unos y otros fue la ciceroniana comunidad de derechos entre los ciudadanos, sino la de la común sumisión al Estado. En esto, como reverso de la concepción romana del Estado, cierta Roma, la bajoimperial, está ciertamente presente en las Indias.

Como también en cierta manera está presente, pero también no está, la quiebra del universalismo constantiniano. Éste se operó por la discriminación étnica —referida a bárbaros del interior— y religiosa. Ciertamente, los indios no fueron bárbaros, si esto jurídicamente significa extranjeros, incluso extranjeros internos, como en el bajo imperio. Pero, de un lado, para los españoles son bárbaros, lo más frecuentemente, psicológica, social y religiosamente. En definitiva, las palabras siguientes de Prudencio a comienzos del siglo IV tuvieron resonancia parcial entre los españoles: "*Sed tantum distant Romana et Barbara, quantum quadrupes abjuncta est bipedi, vel muta loquenti*"⁽⁶⁾. A uno quizá pudiera tentarle el narrar la situación de los indios por medio del recurso a términos y situaciones como *bagaudae*, *latifundia* y *saltus de potentes y senatores*, *patrocinium* y *suscepti*, *domesticus* o *familiaris*, *amicitia*, *amicus* o *bucellarius*, etc. Pero creo que más ajustado al espíritu de lo que, sobre todo más tempranamente, se hizo con los indios, es establecer correlaciones con otros términos y situaciones. En este sentido, me parece que desde cierto ángulo los indios debieron de sentirse como los *dediticii* —bárbaros vencidos, transportados por la fuerza y establecidos como colonos⁽⁷⁾—, pues en parte como tales los trataron. Al servicio del Estado o de los particulares, estos dediticios trabajaron las tierras incultas, reconstruyeron las ciudades, pagaron un tributo, sirvieron en el ejército. Tal es así que no parecen apartarse en nada estos dediticios de los indios repartidos o repartidos en encomienda o pagadores del tributo, obligados a la *mita*, adscritos a las reducciones o a los corregimientos. Es verdad que en importantes cuestiones, como la de que los *dediticii*, y no los indios, debían de ser

(6) vid. Jean Gaudemet, *L'Étranger au Bas-Empire*, en *L'Étranger*, cit. p.228

(7) Jean Gaudemet, cit., p.219.

peregrini (extranjeros internos), no gozaban del *conubium* ni del *commercium* y en que nadie pretendía convertirlos a la *Romania*, difiere formalmente la situación de estos indios de la de aquellos dediticios. Pero, sin embargo, también hubo bárbaros, probablemente con *commercium* y, aunque fuera por excepción, *conubium*, que se aproximan en algunos aspectos a la situación de los indios. Son estos los *gentiles* o *gentes*, bárbaros sometidos a la jurisdicción de *praefecti* específicos, como si, en parte, de corregidores de pueblos de indios se tratara, y que debían, probablemente también como éstos, aplicar sus costumbres propias, y cuyas sentencias podían ser apeladas ante el proconsul⁽⁸⁾.

Creo que debe quedar claro que con estos paralelismos, con sus diferencias, no se pretende sino señalar un cierto espíritu común entre ambos Imperios, en algún momento y sólo en ciertos aspectos; que se trata tan sólo de iluminar con la experiencia romana la experiencia española, y que no se trata claro está de establecer derivaciones genéticas entre el estatuto de estos bárbaros y algunos aspectos de la condición de los indios. Entre otras cosas, por ejemplo, la *mita*, a la que estaban obligados los indios, entroncaba con una institución indígena, y si los cacicazgos se pusieron en relación con algo fue, respecto a la sucesión a los mismos, con los mayorazgos. Además, cuando se hizo evidente la contradicción entre la libertad de los indios y su reparto en encomienda, se acudió finalmente por la doctrina a la asimilación de esta institución con el feudo⁽⁹⁾. Es claro, pues, el peso de la tradición del derecho castellano sobre el derecho indiano y no la del derecho justinianeo, pero también que con distintos instrumentos se obró, en parte y no sin contradicción, como veremos, un mismo espíritu.

Hay una correlación que podemos establecer con el solo objetivo de sentar diferencias. En el Derecho romano tardío la categoría de los *peregrini* apenas tenía valor jurídico. Sólo se encuentra aplicado expresamente y con valor jurídico en un caso de discriminación religiosa –para levantar la pena de reducción al estado de peregrino, es decir, la pérdida de la *factio testamenti* activa y pasiva–, al que hace referencia una constitución de Arcadio del 399, relativa a los Eunomianos, y también, aunque no expresamente, otra referida a los maniqueos⁽¹⁰⁾. Hay que añadir a esto que las sanciones contra toda clase de herejes en el bajo imperio están en conformidad con las sanciones romanas tradicionales res-

(8) CTh. 11,30,62, del 405; vid. Jean Gaudemet, cit., p. 226.

(9) vid. Alfonso García Gallo, *Manual de Historia del Derecho Español*, I, 3ªed. rev., Madrid, 1967, p.721.

(10) CTh. 16,5,36, pr. y CTh. 16,5,25, vid. Jean Gaudemet, cit., p.214.

pecto a los ciudadanos indignos. Hace de ellos “extranjeros por su fe, extranjeros en su propia patria”⁽¹¹⁾ Esto merece la pena recordarlo, porque en el siglo IV se va abriendo paso progresivamente la noción de *Romania*, es decir, una civilización enfrentada al mundo bárbaro y que terminará por erigir, como señala Gregorio de Tours, la religión en criterio de “romanidad”: *Romanos enim vocitant nostrae homines religionis*⁽¹²⁾.

Los españoles ciertamente no condicionaron inicialmente a la conversión la libertad de los indios ni su sumisión como libres y equiparación a los vasallos castellanos, es decir, la ciudadanía de la época. Pero muy pronto, comenzó a ponerse en cuestión la conveniencia y la justicia de esa decisión. Era pretensión de Las Casas, con santo Tomás, que sólo en caso de conversión, y pacíficamente procurada, debían quedar los indios sometidos a los reyes de Castilla, permaneciendo mientras tanto libres, con personalidad jurídica y política propias. Vitoria, con Las Casas, rechaza todos los títulos que el Derecho común podía establecer para justificar el dominio sobre los indios. Está, pues, de acuerdo con el primer Las Casas, pero también en virtud de la Ley natural encuentra justificación para establecer en qué condiciones los españoles pueden someterlos y haber guerra justa contra ellos. Las Casas, sin embargo, llegará más tarde incluso a negar que la conversión baste a someterlos, si no hay sumisión voluntaria, y a afirmar la necesidad de abandonar las Indias. Sepúlveda, por su parte, en controversia con Las Casas, justificará el medio de someterlos previamente para su mejor predicación y conversión posteriores. No habrá dictamen de la nueva junta de teólogos, la de Valladolid de 1550-1551. La solución definitiva se encuentra hacia 1570, bajo Felipe II. Se mantiene la ocupación de los territorios ocupados ya, legítima o ilegítimamente, y se reconoce el dominio pero no la posesión o investidura, que ha de tomarse, de los no descubiertos. Los habitantes de estos últimos son libres por derecho natural, y, a modo de extranjeros internos, con ellos se pueden y deben pactar alianzas y hay que procurar atraérselos. Pero su sumisión al rey de España sólo se deberá producir por su voluntaria sumisión al mismo. Los pobladores de las tierras ocupadas sólo están sometidos al rey si han consentido en ello antes o después de la ocupación. En caso contrario, deben conservar su manera política de vivir y España ejerce tan sólo una especie de protectorado⁽¹³⁾.

(11) vid. Jean Gaudemet, cit., p. 233.

(12) citado por Jean Gaudemet, cit., p. 228 y s.

(13) vid. Alfonso García- Gallo, cit., p.662 y ss.

Es así como esta disputa religiosa y teológica acerca de los títulos de dominación –sobre el fondo de la infidelidad de los indios– estuvo en la quiebra de ese universalismo inicial que fue la conceptualización automática de los indios como vasallos libres de Castilla y abrió el camino hacia una actitud, en parte y teóricamente, similar a la de la Roma clásica respecto a los *peregrini* y sus ciudades, pero en parte también, y, a la larga, la real en la práctica, de protección, indudablemente, pero también de segregación y de dominación voluntarias *in causa*, de lesión material de su ciudadanía por causa religiosa. En cierta manera fueron reducidos a la condición de *peregrini*, en el sentido que, como hemos visto, tuvo este término en el derecho romano tardío, es decir, ciudadanos lesionados en su personalidad jurídica, ciudadanos indignos, reducidos a extranjeros en su propia patria, decretada como fue su rusticidad y minoridad y su reclusión en reducciones y congregaciones. Queremos señalar así que la correlación infidelidad-lesión de la personalidad jurídica se da en ambos Imperios, por distintos motivos y con distinto sentido –punitivo en uno, protectorio en otro–, pero con el añadido de que, al menos nominalmente, peregrino se llamó el estado a que quedaban reducidos en un caso, cuando peregrino no tenía ya ningún valor jurídico, y, en el otro caso, indio pudiéramos decir que se llamó al estado de minoridad y rusticidad, de lesión de su capacidad jurídica, de segregación, pero también de particularismo jurídico, de extranjería material en definitiva del indio; estado que era, en algunos aspectos, el que existió y había dejado de ser consentido en Castilla a “moros forros” y judíos⁽¹⁴⁾. Una decisión de consecuencias incalculables, ya para el de la identidad étnica indígena, ya para el de las naciones y la nación latinoamericanas.

Y es que las palabras de Gregorio de Tours están presentes en las Indias en cuanto la igualdad con los vasallos castellanos llevaba de suyo el hacer de los aborígenes objeto de una planificada evangelización y conversión; pues su cristianización había de ser su real castellanización por encima de declaraciones formales de equiparación jurídica. Baste pensar tan sólo en la regulación canónica del matrimonio para los indios, por ejemplo, para darse cuenta de que su aculturación no iba a dejarse nunca -aunque no todo fue tosquedad y prisas en el tratamiento de los indios, justo es reconocerlo-, a la simple acción del tiempo. Se podría pensar así, incluso aunque sólo nos refiriéramos a los que “voluntariamente” consintieron en la sumisión, en una quiebra en el Imperio español de la

(14) Rafael Gibert, Los Extranjeros en el Antiguo Derecho Español, en *L'Étranger*, II, cit. p. 171.

inicial universalidad de la concesión de la ciudadanía, no formalmente, pero sí sociológicamente, al modo como está se produjo cuando “la infiltración bárbara, la discriminación religiosa minaba la cohesión romana”⁽¹⁵⁾.

Naturalmente que, como, en general, en el caso del bajoimperio, no se percibía otro extranjero que el externo. Y frente a este el imperio español estuvo tan cerrado como el romano del siglo IV, por ejemplo. Pero desde el momento en que se instauraron frente a frente la república de los indios y la república de los españoles, ya a partir de 1550, podríamos quizá hablar de una “extranje-rización interna” básicamente por causa religiosa. Entiéndase bien que no es para castigar su infidelidad, sino para su conversión o por lo reciente de ella y también en respuesta a exigencias éticas de libertad y justicia, ciertamente, y por razones económicas y fiscales, además, por lo que es arbitrada esta separación que la sociedad colonial aceptó a regañadientes. Pero en definitiva, aunque básicamente la separación respondió a una tendencia de protección no pudo evitar constituirse en término final de la equiparación con el resto de los vasallos de Castilla y que se convirtiera en una buen réplica del fin del universalismo antoniniano: “Si los textos jurídicos no parecen testimoniar más que un muy débil interés por la noción de extranjero, las consideraciones étnicas o religiosas han dado a este concepto resonancias afectivas profundas, que había sin duda desconocido el del peregrino clásico. Estos grupos importantes que, bien que dentro del Imperio, hacen aparecer allí al extranjero, marcan entonces el fin de un universalismo quizá más teórico que real, del cual la constitución antoniniana quedará como su símbolo.”⁽¹⁶⁾

II. LA CUESTIÓN INDIA.

1. La política indigenista de la Colonia provocó la subsistencia de los pueblos indios; ello hizo necesario que las repúblicas tuvieran que desarrollar sus políticas indigenistas propias. Estas han tenido diversas orientaciones, desde el genocidio y etnocidio más abierto hasta el integracionismo, pasando por el abandono. Hoy es el día en que la realidad indígena americana está todavía viva.

Las poblaciones amerindias actuales, tras trescientos años de dominio colonial, tras casi doscientos de republicanismo, no son ya restos de actividad

(15) Jean Gaudemet, cit., p. 235.

(16) Jean Gaudemet, cit., p. 235.

preindustrial, gentes preilustradas, culturas plebeyas frente a la *gentry*, sino poblaciones con conciencia étnica, pueblos, en fin, que exigen dirigir, desde premisas culturales propias, su propio desarrollo –un etnodesarrollo– ante la crisis crónica del modelo capitalista de desarrollo de las naciones que las albergan. Reclaman sus derechos –uno de ellos su derecho a un Derecho propio– en cuanto indígenas. Se atreven así también a oponer su cultura a la occidental del sector políticamente hegemónico. En esta medida, son un resto indígena, a veces mayoritario, molesto siempre para el proyecto nacional hegemónico; y la manera habitual de pensar en muchas ocasiones ha sido que el mejor indígena es el indígena muerto. A pesar del genocidio y del etnocidio constantes, estos pueblos están logrando llevar a las declaraciones internacionales y a las constituciones de los Estados su negativa a renunciar a su condición indígena como precio del desarrollo. Los logros, sin embargo, son todavía poco efectivos.⁽¹⁷⁾

Esta situación no es explicable sino como consecuencia de la Colonia y del colonialismo interno practicado por los gobiernos republicanos.

Los pueblos amerindios parecen aspirar a una autonomía que, con algunas salvedades, podríamos conceptuar, de acuerdo con el sentido de sus declaraciones, como político-administrativa. Lo que quiere decir que no estamos aquí ante una negación, en principio, de los Estados nacionales en los que tienen su asiento. Pero no alcanzada por las diversas políticas indigenistas la unidad social, subsistiendo una fractura nacional, dos o más culturas, una nación dividida, llega la hora de cuestionar la definición nacional hegemónica y un momento en el que ya no hay pretextos para evitar la redefinición de la nación. Una nueva definición que de cuenta de la realidad multicultural nacional e, incluso, de una diversidad que se refiere a áreas culturales distintas. Puesto en cuestión el modelo occidental, político, social y económico, el problema, de un lado, radica en si es posible la convivencia dentro de un mismo estado nacional de al menos dos modelos de desarrollo, o, más radicalmente, si debería abrazarse un modelo propio y peculiar para toda la nación que fuera congruente con la nueva definición nacional. Se pide así que se abandonen falsas ilusiones de occidentalidad; que se dé cuenta, por ejemplo, de que el Méjico hasta ahora postulado no es sino un Méjico imaginario, “que lo que está en el fondo y explica la inexistencia de una cultura mexicana única es la presencia de dos civilizaciones que, ni se han

(17) véase una excelente visión general y actual de la cuestión debida a José Emilio Ordóñez Cifuentes, “Conflicto, etnicidad y derechos humanos de los pueblos indios”, en *Crítica Jurídica, Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, 14, IJ-UNAM, México, 1994, pp. 57-91.

fusionado para dar lugar a un proyecto civilizatorio nuevo, ni han coexistido en armonía fecundándose recíprocamente”⁽¹⁸⁾. La Colonia y la República son consideradas como portadoras de variedades hegemónicas de civilización occidental que nunca convergieron con las culturas de estirpes mesoamericanas, sino que opuestas a éstas no concibieron otro futuro que dentro del cauce de la civilización occidental. No habiendo futuro en la civilización mesoamericana, ésta o se da por muerta o debe morir.

Pero la postulación de los derechos de los pueblo indios, y de su derecho a un derecho propio, es la manifestación de una conciencia étnica que ha sobrevivido a quinientos años de dominación y la condición de su preservación. Es también el instrumento para el gobierno de su propia definición de desarrollo. Es la conjuración del peligro de muerte que amenaza a su realidad como pueblos.

La persistencia de su cultura como una cultura diferente -la ausencia de homogeneidad nacional- en contraposición a las distintas versiones de cultura occidental que se han sucedido como hegemónicas niega la recepción propiamente dicha de ésta -los sincretismos son defensivos- por los que realmente no la tenían y eran así los únicos que podían recibirla. La cultura occidental, versión hispana, fue llevada a aquellas tierras; y con ella, cierta versión del derecho romano. Y en las nuevas repúblicas el derecho romano entró a formar parte de su códigos civiles. Pero si evitamos conceptualizar la diversidad cultural que plantean las poblaciones indígenas como un fenómeno dependiente de la estratificación social, y si se es consciente de que ese transporte del derecho romano fue realizado en íntima conexión con proyectos de civilización occidental, ya corporativo o liberal, quedará claro que la recepción en ellos no se realizó: la separación de las dos “repúblicas” de españoles e indios es su más clara manifestación. Por otro lado, en ningún código iberoamericano hay rastro de esa otra cultura; ni siquiera hay la más mínima amalgama en aquellos países cuya población es incluso mayoritariamente indígena. Estos códigos, oficialmente también el derecho civil de los indígenas, les son ajenos, salvo la pequeña importancia que la costumbre en un derecho codificado puede tener. Si un código es una nación y un proyecto civilizatorio, estos códigos son así falsamente nacionales, son la expresión tan solo de un estado etnocrático⁽¹⁹⁾. Esos códigos son de esta forma

(18) Guillermo Bonfil Batalla, *México Profundo, una civilización negada*, Grijalbo, México, 1987, p. 101.

(19) Por Estado etnocrático se entiende aquel en el que existe un “grupo étnico dominante que concentra el poder y la riqueza y los recursos para su exclusivo beneficio y mantiene a los grupos indígenas

la expresión acabada del orillamiento de una parte singularmente importante de la población y de su cultura; y expresión también de la ausencia de una nación como proyecto común histórico y no unilateral. No podría decirse lo mismo del Código español o del Código francés, respecto a España o Francia, sin entrar en consideraciones acerca de la subsistencia de variedad de legislaciones civiles en España, donde, por cierto, se ha renunciado definitivamente, en el seno del reconocimiento de España como Nación de naciones, como realidad multicultural, y en un cuadro de profunda descentralización político-administrativa, a la unidad de derecho civil.

2. Es así como alguna justicia se haría hoy si los derechos indígenas se conceptuaran como derechos propios, si en el seno mismo de los estados nacionales se admitiera al menos la coexistencia de pluralidad de sistemas jurídicos.

Podría pensarse que esta coexistencia se dió en época colonial en la medida en que las leyes y costumbres indígenas fueron aprobadas⁽²⁰⁾ en conjunto y se reservó su aplicación sólo para los indígenas; aunque también podría aducirse que aquel derecho no fue un sistema recibido y respetado como tal, sino sólo un conjunto de normas que estuvieron vigentes por sanción real, a lo que habría que añadir la eficacia de la costumbre -indígena y no- dentro del sistema de derecho indiano.

En cualquier caso, no se comprendería bien el alcance que en la realidad este reconocimiento, de alguna forma, del derecho autóctono pudo tener si se olvidara que la formalmente establecida libertad de los indígenas, vinculada a la lucha contra las encomiendas, que el otorgamiento de personalidad jurídica, que

en una situación marginal y subordinada”, J.E.R.Ordóñez Cifuentes, cit., p.75; el caso de Guatemala es significativo a este respecto: la población indígena guatemalteca asciende a un 66% del total de la población. Pero también es de un 47% en el Perú, de un 71% en Bolivia, de un 43% en Ecuador, que son los países cuya población indígena supera el 40%; vid. Roberto Jordán Pando, *Poblaciones indígenas de América Latina y el Caribe*, México, FAO e Instituto Indigenista Interamericano, 1991, cit. por J.E.R.Ordóñez, cit.

(20) Así en la real cédula del 6 de agosto de 1555, dictada a petición de Juan Apobatz y otros caciques de la Vera Paz (Guatemala):” aprobamos y tenemos por buenas vuestras buenas leyes y buenas costumbres que antiguamente entre vosotros aueys tenido y teneys para vuestro buen regimineto y policia, y las que aueys hecho y ordenado de nuevo todos vosotros juntos, con tanto que nos podamos añadir lo que fueros seruido, y nos pareciere que conuiene al seruicio de Dios nuestro señor, y nuestro, y a vuestra conseruacion y policia Christiana, no perjudicando a lo que vosostros teneys hecho ni a las buenas costumbres y estatutos vuestros, que fueren justos y buenos”, Encinas, *Cedulario Indiano*, IV, 355; v. Ricardo Zorraquín Becu, Los Derechos indígenas, Revista de Historia del Derecho, 14, Buenos Aires, 1986, p.427 y ss. y 435; y, en la misma revista y número, véase Víctor Tau Anzoategui, La costumbre jurídica en la América Española (siglos XVI-XVIII), pp. 403 y ss.

es lo que significa el reconocimiento de su derecho autóctono, se hizo sobre una destrucción de la vida política, social y económica originaria de las poblaciones aborígenes y sobre una alteración de las condiciones de reproducción de su identidad étnica auténtica. Es así como el aborígen no fue visto más que al través de un concepto, el de indio, elaborado por sus dominadores; un papel que el aborígen se vió obligado a interpretar fielmente, hasta el punto de poder evitar en muchas ocasiones el interiorizarlo. Este concepto tuvo su sanción legal de tal manera que produjo la depresión del sentimiento individual y colectivo y de la personalidad jurídica de los miembros de la raza sometida. Este nuevo vasallo de la Corona de Castilla, formalmente libre y equiparado a los vasallos castellanos de la Corona de Castilla fue repartido y encomendado, transportado y agrupado en reducciones y congregaciones, anulado en las misiones, transportado a pueblos, llevado a vivir, en el mejor de los casos, una pantomima de su auténtica etnicidad. ¿Qué sentido tiene, sobre este trasfondo, la aprobación de sus usos y costumbres? ¿En estas condiciones, esa aprobación fue un instrumento de liberación o de segregación? ¿Fundó o acentuó la separación entre las dos repúblicas la relación colonial? Ciertamente que esta separación racial, fundamentalmente destinada a una mayor y mejor evangelización y a una defensa de los indígenas de la codicia y el mal ejemplo de los cristianos viejos, colaboró a la reconstrucción o reelaboración de su identidad étnica dentro y en la base del orden colonial, pero también enquistó el problema de lo indígena hasta hoy, complicó el futuro considerablemente y tuvo y sigue teniendo graves consecuencias para el futuro de los pueblos hispano y latino-americanos. Si entonces el necesario diálogo intercultural no se produjo, tampoco parece haber llegado hoy su momento, aunque se presiente por muchos como inaplazable.

III. INDIO Y DERECHO INDÍGENA EN LA COLONIA.

1. A partir del siglo XV aquella tolerancia para con todas la razas que en encontraba su apoyo en las Partidas fue paulatinamente siendo restringida. La situación de moros y judíos no pudo mantenerse frente al espíritu de la Reconquista⁽²¹⁾. Tampoco al principio los aborígenes canarios corrieron mejor suerte que la del verse sujetos a una dominación absoluta y aún la esclavitud. Si

(21) Partida 7.24.2 y 7.25.1; Ordenanzas Reales de Castilla, 8.3.1.6, 1412, Juan II; Idem, 8.3.35, de los RR.CC. vid. Ricardo Zorraquín Becu, cit., pp.427 y ss.

se les declaró libres fue para mejor aculturarlos, es decir, cristianizarlos. De hecho, los aborígenes asimilaron muy pronto la cultura de los castellanos. No podía esperarse otro destino para la forma de vida de los aborígenes americanos que la de su desaparición, ya que, incluso antes de haber sido vistos ellos o sus tierras por primera vez, ambos habían sido declarados sometidos a los Reyes Católicos por tener estos la intención de evangelizarlos. En la práctica, esta es la concepción que prevaleció, a pesar de la teórica rectificación, y en qué términos, de esta concepción original a manos de Felipe II.

Las Indias Occidentales fueron incorporadas en forma accesoria a la Corona de Castilla. Su integración es total, inseparable, como en toda buena accesión, y el derecho de este territorio incorporado es el Derecho de Castilla; los indígenas son así muy tempranamente equiparados a los castellanos⁽²²⁾.

Por la Bula *Inter caetera*, del 3 y 4 de mayo de 1493, el pontífice Alejandro VI (un español) concedía el dominio de lo descubierto y por descubrir y urgía a Isabel y Fernando “instruir a los residentes y habitantes citados en la Fe católica e inculcarles buenas costumbres”. La tarea evangelizadora era indisociable de la extensión de la civilización hispánica.

Pero la imposibilidad de la extensión automática del Derecho de Castilla se vió pronto confirmada por el nacimiento del Derecho indiano como derecho especial. Este es, en parte, fruto de las nuevas situaciones y, en especial, de la necesidad de tener que articular dos comunidades muy diferentes entre sí: la república de los españoles y la república de los indios. Pues es el caso que con la conquista de México cambió por completo la negativa valoración de los indígenas que había sido extraída a raíz del contacto con los caribes. Y es así como va abriéndose la idea de que “los dichos indios –en relación con la ciudad de Méjico– tienen manera y razón para vivir política y ordenadamente en sus pueblos⁽²³⁾. Razones de conveniencia política y la conciencia de la capacidad política de los pueblos está en la base de la lucha contra las encomiendas –eliminación de la condición de vasallos perpetuos de los indios bajo los encomenderos-

(22) De acuerdo con los principios del Derecho de la época eran dos las formas de unión de reinos y territorios respecto de la entidad política dominante.: La unión en la forma llamada principal, y la incorporación en la forma llamada accesoria. Los Reinos o territorios que se agregaban en forma principal se consideraban y se tenían por distintos, y mantenían todas sus peculiaridades y, entre otras, su derecho privativo. Es el caso de Navarra, Países Bajos, Portugal, en su día, etc; vid. Miguel Angel González de San Segundo, *Un mestizaje Jurídico, El Derecho Indiano de los Indígenas*, Madrid, 1995, p. 371.

(23) Instrucciones a Hernán Cortés, junio 26 de 1523, en Hernán Cortés, *Cartas y documentos*, ver Ricardo Zorraquín Becu, cit., p.431.

y en la del establecimiento del régimen de corregidores. Es con la implantación de los Corregidores en 1530 por la segunda Audiencia⁽²⁴⁾, cuando surge la toma en consideración del derecho indígena, pues entre las obligaciones impuestas a los corregidores en los Capítulos de Corregidores de 12 de julio de 1530 se establecía “que vean la orden y manera de bivar, que en los mantenimientos y policia tienen los naturales yndios en los pueblos que estuuieren debaxo de su Gobernacion, y lo embie al presidente e oydores, para que lo vean y con su parecer de lo que ordenaren, lo embien al consejo, y entre tanto se guarde sus buenos vsos y costumbres en lo q no fueren contra nuestra religion christiana”⁽²⁵⁾. Esta disposición fue generalizada para todas las Indias y de ella se formó la ley de la Recopilación, V.ii.22. La referencia a la religión cristiana como límite de aceptación del derecho indígena marcaba ya el área posible de efectividad del derecho indígena. “No siendo claramente injustos” deberán respetarse los usos y costumbres indígenas se dirá más adelante, como en las Leyes Nuevas, de 20 de noviembre de 1542, realmente significativas en el reconocimiento del derecho indígena: que las audiencias “no den lugar a que en los pleitos de entre yndios o con ellos se hagan proçesos ordinarios ni aya 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 ynjustos y que tengan las dichas abdiencias cuydado que así se guarde por los otros juezes inferiores”⁽²⁶⁾ Así también en la real cédula del 6 de agosto de 1555, dictada a petición de Juan Apobatz y otros caciques de la Vera Paz (Guatemala), pero que posteriormente tuvo una extraordinaria difusión: “aprobamos y tenemos por buenas vuestras buenas leyes y buenas costumbres que antiguamente entre vosotros aueys tenido y teneys para vuestro buen regimiento y policia, y las que aueys hecho y ordenado de nuevo todos vosotros juntos, con tanto que nos podamos añadir lo que fuere seruido, y nos pareciere que conuiene al seruicio de Dios nuestro señor, y nuestro, y a vuestra conseruacion y policia Christiana, no perjudicando a lo que vosostros teneys hecho ni a las buenas cos-

(24) “A estos a quien así dieredes cargo de los dichos indios llamareys Corregidores, para que aun por el nombre conozcan los Indios que no son sus señores.” Encinas, *Cedulario*, III, 17.

(25) Vasco de Puga, *Provisiones*, f. 54, citado por Ricardo Zorraquín Becu, cit., p. 433, nota 15.

(26) Antonio Muro Orejón, Las leyes Nuevas, 1542-1543, en *Anuario de Estudios Americanos*, II, Sevilla, 1945, p. 820; de esta disposición se formó la ley d la Recopilación, II.XV.83.) Veinte años después, el 8 de noviembre de 1550, se dispuso que los corregidores tendrían “poder y facultad paar conocre en ciuil y criminal de todo lo que se ofreciere en sus corregimientos, ansi entre Indios y Españoles, como entre Españoles con Españoles, e Indios con Indios (Encinas, *Cedulario*, III, 19; véase, Ricardo Zorraquín Becu, cit., p. 433.

tumbres y estatutos vuestros, que fueren justos y buenos”.

2. Las cláusulas limitativas –“en lo que no fueren contra nuestra religion christiana”, “no siendo claramente injustos” “que fueren justos y buenos”–, propias de la doctrina consuetudinaria europea, marcan los términos de un decidido monólogo cultural, pero comprensible hoy para cualquier defensor de los derechos humanos universales, tampoco libres, según algunos, del reproche de etnocentrismo. Pero es el caso que en al recogerse estas y otras normas en la Recopilación de 1680, al hacerse en ella una anacrónica revitalización del derecho indígena, una de ellas presenta un añadido de la mayor importancia. A la real 17 cédula de 1555 se le agrega por Carlos II una nueva limitación. Se repetía que las “leyes de nuestra Sagrada Religión” eran un límite a la aplicación de las costumbres indias anteriores y posteriores a la conquista, pero se añadía que sólo debían aplicarse cuando “no se encuentran con nuestra Sagrada Religión, ni con las leyes de este libro”, es decir, la misma Recopilación.⁽²⁷⁾ A las limitaciones derivadas de los datos sociológicos y de la invocación de la religión católica se incorporaba una ahora de la mayor trascendencia. Por un lado esto debe de tener el significado de que se dispuso formalmente algo que debía pasar habitualmente⁽²⁸⁾. Y es que cuando de intereses contrapuestos entre indios y castellanos se tratara, éstos debían conseguir casi siempre la aplicación del derecho castellano por encima del indígena, entre otras cosas por el escaso respeto que los jueces de la época mostraban por el orden de prelación de fuentes. La Recopilación daba así definitivamente por resuelta, en el sentido de subordinar el derecho indígena al derecho castellano, la cuestión.

Si algo quedaba de autonomía india, este cláusula venía a terminar con ello. La decisión hay que encuadrarla muy probablemente en el definitivo triunfo de la enemiga contra el particularismo jurídico, en el camino hacia lo que será la codificación, y en concreto también contra la costumbre, en oposición a la inusitada vigencia que hasta entonces, en tierras americanas, e incluso en el siglo XVIII, tuvo aquélla, sobre todo si se tiene en cuenta la tendencia dominante en Europa desde el Renacimiento. Quizá era llegada ya la hora de formar una sola república, con una castellanización, hispanización, definitiva de las

(27) Recopilación de Indias, II,I,4. Sobre esto y lo anterior, Víctor Tau Anzoategui, cit., p. 405 y s. y Ricardo Zorraquín Becu, cit., p. 435 y s y 440.

(28) Al parecer desde fines del siglo XVI, en el *Juzgado General de Indios* predominaron las normas castellano-indianas, W. Borah, *El Juzgado General de Indios en la Nueva España*, México, 1985, pp.54-58 y 261-263.

poblaciones indígenas. Al menos en España estaba cercano ya el triunfo póstumo del conde-duque de Olivares a manos de Felipe V.

En realidad, todo había acabado mucho antes. Aunque crecientemente se fue dejando que la desaparición de las costumbres menos torpes fuera obra del tiempo, obra de la absorción paulatina de la civilización cristiana, como recomendaba Juan de Solórzano a mediados del siglo XVII; aunque se habían llevado a cabo informaciones a instancia real para conocer el derecho indígena, y diversos juristas, ya desde el XVI, se habían preocupado de examinar, bien el ordenamiento incaico, bien el de los indígenas de Nueva España, para la justa resolución de los litigios, y aunque, finalmente, la real cédula de 1555 aprobaba y tenía por justas tanto las buenas antiguas (prehispánicas) costumbres y las nuevas y buenas posteriores hechas por todos los indígenas juntos, los presupuestos mismos sobre los que se pretendía esta toma en consideración del derecho indígena, las condiciones de hecho, la aculturación instalada, hicieron que perviviendo sus costumbres en cuanto fueran de utilidad para los españoles, que sometidos a sus Corregidores, o a unos caciques desvirtuados, agentes de su castellanización, la regulación del “trabajo de los indios, su agrupación en pueblos, su movilidad, el contacto con los españoles y mestizos, sus trajes, fiestas, práctica de los deberes religiosos, etc.”⁽²⁹⁾ suprimieran o reglamentaran íntegramente sus costumbres tradicionales y les obligaran a ser indios, les inocularan insidiosamente la indianidad.

3. La diferencia institucionalizada entre colonizadores y colonizados materializó así una desigualdad postulada. Un *nuevo mundo* “social, económico, territorial, ideológico, jurídico “fue creado para el indio”. Y éste, íntimamente dividido, queda reducido a ser sólo indio –categoría global y ajena–, primero frente al sistema colonial y, más tarde, también frente a la República.

El camino –método más acertado– para el acercamiento al indio para algunos debe pasar o por su definición a base de su especificidad étnica pre-hispánica –también por lo que quede de ella o lo que hoy aquélla sea–, o por su posibilidad real ya de poder llegar a no ser indio, sino indígena proletario o pequeño burgués. Para otros, el indio actual, en cambio, ha de ser aprehendido en un concepto cuya definición traduce el sistema político-jurídico colonial. La posibilidad de seguir hoy concibiendo al indio bajo esta categoría se justificaría por la pervivencia de lo colonial en lo republicano: colonialismo interno. El indígena,

(29) Ricardo Zorraquín Becu, cit., p. 447 y s.

el indio, seguiría siendo “indio” como concepto y realidad colonial. El colonialismo interno, proyección o continuación en la República de las relaciones derivadas del período Colonial y del constructo indio, propio de la Colonia, habría traicionado los postulados mismos del Estado liberal e, incluso, las conquistas revolucionarias mismas, especialmente en el caso de México. La justeza de la categoría colonialismo interno, con la que se ha querido dar razón de la situación de los indios desde la independencia hasta nuestros días, quedaría probada por una división en clases que coincidiría con la división en ladinos e indígenas a nivel nacional, y también, aun cuando, según otros, ambas categorías, división en clases-división étnica, no fueran coincidentes necesariamente en todo lugar. En cualquier caso, se afirma una pertenencia total de los indígenas a la clase dominada, siendo la dominante la integrada por los ladinos, si bien, en ciertos casos, se reconoce al mismo tiempo la ausencia de competencia entre los ladinos e indígenas pertenecientes a las capas más bajas de las correspondientes clases sociales.

La cuestión de la definición de indio en actualidad es crucial y no ha sido resuelta ni por científicos sociales ni por juristas, aunque el derecho, a nivel internacional y nacional, en toda Latinoamérica, no por eso ha dejado actualmente de abordar de alguna forma el problema⁽³⁰⁾.

4. Ya la temprana creación del *juzgado general de indios* en Nueva España o de *magistrados protectores de indios* en otros lugares indica la multitud de quejas de los indios y que éstas no caían en saco roto. Pero la persistencia de los abusos y su agravamiento progresivo, el temor a que desapareciera la mano de obra india y el descenso de producción agrícola están en la base de nuevas reducciones y congregaciones (iniciadas ya en 1550) que supusieron la fundación de nuevos *pueblos de indios*⁽³¹⁾.

Tuvieron que acostumbrarse a vivir allí como se les decía legislativamente que habían de hacerlo. De esa manera ni se incorporaron a una tradición ajena, ni pudieron desarrollar la propia, aunque reconstruyeron, a base de un sincretismo defensivo, una nueva identidad étnica.

La valoración que cabe hacer de las reducciones depende del punto de vista que se considere. Desde el punto de vista de los datos económicos y comercia-

(30) véase, Elisa Cruz Rueda, *El Derecho de los Pueblos Indios como un Derecho Alternativo*, UNAM, México, 1994, p.15 y ss.

(31) Guillermo Céspedes del Castillo, *América Hispánica, (1492-1898)*, volumen VI de la *Historia de España* dirigida por Manuel Tuñón de Lara, Labor, Barcelona, 1983, p. 213.

les, nutricionales, tecnológicos, y demográficos todo apunta, allí donde los pueblos se consolidaron, a un notable ascenso⁽³²⁾. Desde el punto de vista de la identidad étnica se ha comprobado en el hecho consumado de la separación de repúblicas la iniciación de un proceso de reconstrucción de las identidades étnicas en el seno mismo del orden colonial. Una identidad étnica, alcanzada sobre la estabilización y modificación de los anteriores configuraciones culturales de los indígenas⁽³³⁾, que se percibía en el interior de la estructura jerárquica colonial y cuya reconstrucción fue “la expresión de una resistencia pasiva en el seno de un orden colonial asimétrico”⁽³⁴⁾. Los sincretismos simbólicos, artísticos, festivos, ceremoniales y jurídicos, pero en especial, el más importante, el religioso, no son vistos como capitulaciones de la cosmogonía y cosmovisión indígenas ante el cristianismo religioso y cultural, sino como un medio de preservación de la estructura interna⁽³⁵⁾: avicinadas las dos repúblicas en las formas y los símbolos, son, como diría Calderón, “en la consonancia amigas/y en la Religión opuestas.”⁽³⁶⁾

Pero esto supuso también su segregación social y política. Y así, desde una concepción liberal, anticorporativista; desde la idea evolutiva del progreso y desde la interpretación liberal del derecho romano; desde la defensa del beneficio histórico y social que hubiera supuesto hasta el día de hoy para los pueblos latinoamericanos la refundición de los indios con los colonos, y desde una renovada concesión universal de la ciudadanía, como al inicio de esta historia, pero ahora al modo republicano y liberal, el juicio que las reducciones y las Leyes de indias han merecido no puede ser más amargo: “El indígena era padre o marido, y sus derechos civiles como tal, quedaban nulificados bajo la tenaz y persistente intervención religiosa; el indígena era propietario y su dominio estaba involucrado en la comunidad, o se le impedía disponer de su bienes, sin consentimiento judicial, y previa almoneda cuando el valor de la cosa excedía de treinta

(32) una descripción de los beneficios en Guillermo Céspedes del Castillo, *cit.*, p. 215

(33) véase Fernando Cámara Barbachano, *Identidad y Etnicidad Indígena Histórica*, en *Indianismo e indigenismo en América*, Compilación de José Alcina Franch, Alianza Universidad-Sociedad Quinto Centenario, Madrid, 1990, p. 81.

(34) Jean-Pierre Bastian, *América Latina 1492-1992. Conquista, Resistencia y Emancipación*, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, 4, UNAM, III, 1992, p. 56.

(35) Carlos Guzmán Bockler, *Los Indios actuales de América frente al V Centenario*, en *Quinientos años de historia, sentido y proyección*, compilados por Leopoldo Zea, col. Tierra Firme, FCE, México, 1991, p. 95.

(36) *Autos*, p. 1847, citado e interpretado por Antonio Regalado García en *Calderón. Los orígenes de la modernidad en la España del Siglo de Oro*, II, Destino S.A., Barcelona, 1995, p. 165.

pesos; el indígena quería dedicarse al cultivo de la tierra o a otra industria, arte u oficio, y la encomienda y la reducción estaban allí para impedirle su traslación de un lugar a otro, sin contar con que su trabajo estaba tasado de antemano por la ley (Lib. VI. *Rec de Indias*)⁽³⁷⁾... “Estas leyes protectoras, casi nunca ejecutadas, produjeron, en la aureola de humanitarios que crearon a los reyes de España, dos resultados, uno social, otro político, de influencia decisiva en esa raza y el futuro destino de los pueblos hispano-americanos; conservaron a esa raza en tutela, evitando su refundición en la de los colonos; elevaron la personalidad del poder absoluto a la altura de un ser superior, lejano, como un Dios; como él benéfico y protector del desvalido y miserable”⁽³⁸⁾.

El sistema de reducciones no supuso, por tanto, algo realizado en la línea del romano reconocimiento de los derechos locales, en espera de un acercamiento a la romanidad como fruto inevitable del tiempo, sino justo lo contrario. La queja de estos liberales recoge la oposición misma de la sociedad colonial frente a la erección de las dos repúblicas. Si bien en esta última hay que oír la voz del interés económico, la de la dominación hispánica y sus fines, en la de los liberales se oye quizá el presentimiento de la complejidad sobreañadida que para la consolidación de la nación y de la sociedad liberal y sus fines iba a suponer la renuncia histórica a formar una sola república. El camino iniciado por los indios hispanizados, urbanos los más, y los mestizos había quedado así en gran parte truncado.

De manera que, en abierta contradicción con las intenciones primeras, pero por causa misma de lo contradictorio de aquellas intenciones, se llegó al resultado de que ese sistema de reducciones, tan abominable para los liberales, tan manifiestamente colonial, se constituyó como el ámbito de preservación de la identidad étnica frente a la violencia colonizadora en la medida en que la relación estrecha y permanente con la tierra se vió favorecida por la establecida propiedad comunal sobre el resguardo. Esto, unido a otras protecciones de la propiedad de los indios sobre la tierra, en cuanto menores jurídicamente, posibilitó, a pesar de los infinitos abusos, una definición cultural de los mismos en estrecho diálogo con la Naturaleza, hasta el punto de que lo fundamental de esa naturaleza circundante resulta ser patrimonio irrenunciable para las comunidades indígenas aún hoy en día. No se trata de su rentabilidad económica, sino que

(37) Jorge Vera Estañol, *La evolución jurídica*, prólogo de María del Refugio González, UNAM, México, 1994, (primera edición de J. Ballezá y Cía: 1900-1902), p. 14.

(38) Jacinto Pallares, citado por Jorge Vera Estañol, cit., p. 15

“la tierra y las aguas que la bordean o aquellas que la fecundan, al igual que sus productos, son consubstanciales al amerindio, y las reivindicaciones de todo ese conjunto le parecen tan obvias como elementales”⁽³⁹⁾

IV. LA PERMANENCIA DEL VALOR DE LO COMUNITARIO. DERECHO INDÍGENA Y DERECHO ALTERNATIVO.

“Es este valor de lo comunitario desde el cual entendemos el sentido de lo humano y la posibilidad de todos y cada uno de lograr una vida armónica, el que sustenta nuestra concepción de territorios y la persistencia de mantener formas de vida solidaria. Asimismo, este convivir fraterno lo es también con los seres, es decir, con la naturaleza... Creemos que esta forma de vida es una opción, una alternativa, una luz para los pueblos del mundo oprimidos por un sistema sustentado en el dominio entre hombres, entre los pueblos, en el dominio de la naturaleza; un sistema donde prima lo individual, donde los derechos de los pueblos son declaraciones incoherentes con la práctica, y donde definitivamente se niegan sus derechos a existir y tener culturas propias, a la autonomía y a la autodeterminación.”⁽⁴⁰⁾ El valor de lo comunitario es de esta manera erigido en el eje alrededor del cual gira la proposición de una forma alternativa de vida para los pueblos oprimidos. Y es así como en la misma Declaración los Derechos indígenas, que se han venido manteniendo en el seno de las comunidades indígenas, se señala que pueden ser concebidos como derechos alternativos: “Estos derechos pueden ser concebidos como derechos alternativos, que trascienden y rebasan la lógica y funcionalidad de las leyes estatales por lo que históricamente se han constituido en salidas para enfrentar los problemas de los indígenas”⁽⁴¹⁾. A mi juicio esta afirmación es de extraordinario valor, pues desde la visión histórica de los propios indígenas se asigna a su Derecho del pasado la importancia de haber constituido el elemento asegurador de su persistencia étnica, de la de sus valores y cosmovisión frente a un orden guiado por otra lógica. Me parece que no puede caber duda de que ese su Derecho ha sido crucial para enfrentar, entre otros problemas, el problema para ellos derivado del Derecho

(39) Carlos Guzmán Bockler, cit., p. 96.

(40) Declaración de Quito, 6.-Comisión territorios y recursos naturales, Introducción. Nuestra visión cósmica.

(41) Declaración de Quito, 7.- Comisión de legislación indígena. Documento presentado a la plenaria.

indiano y del Derecho republicano. En todo lugar el interés de las comunidades ha estado “ en reproducir, en proporciones inalteradas, los presupuestos materiales y espirituales de su propia existencia, en no salirse de aquella franja económica y cultural que asegura la supervivencia del grupo”, es decir su Derecho⁽⁴²⁾. La resistencia de los pueblos indios, los límites de la hispanización, la permanencia o desarrollo del propio Derecho vinculado a la continuidad de la historia rural y a la reproducción de los presupuestos materiales y espirituales que asegura la supervivencia del grupo, son el capítulo americano de una historia común.

Pero es que no menos interesante es que, en otros ámbitos de la realidad social latinoamericana, existe un fuerte movimiento por el derecho alternativo.

Este movimiento toma su impulso de la miseria económica y social que padecen sectores y grupos marginados a lo largo de toda Latinoamérica. Este movimiento trata de reconstruir un sistema jurídico basado más en la legitimidad material que otorga el grado de injusticia derivado de la crisis del capitalismo en Latinoamérica que en la legitimidad formal. Pero lo más característico, en adición a esto, es la voluntad de reconstruir un Derecho que reconozca el desarrollo jurídico y político de las comunidades, planteando así una alternativa jurídica al Derecho estatal y a su vocación de constituir un único sistema jurídico para todo el Estado. Los servicios legales alternativos, fenómeno específicamente latinoamericano, son vistos como el antecedente y los operadores primordiales de un Derecho alternativo en marcha. Derecho que busca ante todo ser producido directamente por “instrumentos de democracia y control popular”, en un acto de “reapropiación social de la función normativa” en el seno de las comunidades marginadas, pero con proyección, a largo plazo, dado su orientación por los derechos humanos, en el espacio público. Su vocación de rescatar “espacios” considerados “no importantes” por el Derecho estatal y de construcción de un nuevo orden jurídico estatal más justo es innegable. No es este el lugar para entrar en detalles. Quizá estamos en presencia de un comunitarismo más, basado en una ética dialógica, y no por ello menos deseable. Pero del hecho de la existencia o de la postulación de derechos alternativos en el seno de los

(42) T. Tentori, “Problemas de método en el estudio de los usos jurídicos en materia sucesoria y dotal”, en *Dote y matrimonio en los países mediterráneos*, Centro de Investigaciones Sociológicas - Siglo XXI, Madrid, 1987, pp. 237 y s., p. 240. que lo afirma respecto a la permanencia en Italia, más allá de los hinterlands de las ciudades, de un mundo no romanizado y resistente a todos los avatares históricos, claramente atestiguado, para un tiempo anterior y posterior a los siglos XIV y XV, que es cuando se redactan sobre las base de las costumbres los estatutos rurales.

Estados surge naturalmente o la comprobación del pluralismo jurídico o la necesidad de su aceptación. El fenómeno del pluralismo jurídico no es naturalmente nuevo, ni en su tratamiento por la historia, la filosofía y la sociología jurídicas ni en la realidad. En el caso de los derechos indígenas tiene relevancia especial por su conexión con el pluralismo étnico-cultural, conexión tampoco nueva en la historia jurídica pero que cobra hoy mayor relevancia tras su resurgimiento, por varias causas, más de siglo y medio después de venirse postulando la unicidad del sistema jurídico o, en todo caso, la unidad de cultura jurídica en el seno de los Estados nacionales. El problema es de importancia porque no se trata de si se reconocen o no diversidad de sistemas jurídicos, pero dentro de una misma cultura jurídica y de una misma concepción del desarrollo, sino de la admisión de sistemas jurídicos relativos a planteamientos culturalmente diversos del hegemónico y que formulan una distinta concepción del desarrollo e incluso del mundo⁽⁴³⁾.

CONCLUSIÓN

Ciertamente, la república de los indios está en la base, aunque no solo ella, de la perduración aún hoy de la identidad étnica, pues facilitó su parcial reconstrucción en época colonial. Pero estas agrupaciones enquistaron en la sociedad una imagen y valoración peyorativa del indio, para algunos eterna rémora en el camino hacia el progreso. Su minoridad jurídica perduró socialmente cuando fue proclamado nuevamente ciudadano, aunque esta vez al modo constitucional republicano y liberal. Individuo indefenso e indio proletario sometido a la explotación despiadada de las elites blancas y mestizas, la nueva civilidad del derecho romano codificado le siguió siendo ajena, cuando no su mayor enemiga: de 1810 a 1910 la privatización y desamortización de las tierras destruyó más comunidades indígenas que la colonización española⁽⁴⁴⁾. La esperanza de que su aculturación definitiva se produjera al fin, y surgiera el indio redimido por la modernidad liberal, fue deliberadamente frustrada.

Preservadas, final, parcial y revolucionariamente las tierras de muchos de los pueblos indígenas, como sucedió con la reforma agraria de la Revolución mexicana; defendidas de la propiedad romana; conservada mínimamente así la

(43) Elisa Cruz Rueda, cit., p. 125 y ss.

(44) Gonzalo Aguirre Beltrán, *Instituciones indígenas en el México actual, La política indigenista en México. Métodos y resultados*, 2, INI, México, 1981, p.5 7

base territorial que había hecho posible la conservación de la lengua y la de una geografía sagrada y que había constituido el asiento desde donde se elaboraron sincretismos defensivos frente al orden colonial, si bien en el seno de un espacio y tiempo cristianos, continuó el indio étnico llevando una vida aparte. Lo que queda de aquella identidad étnica reconstruida al amparo de las reducciones se erige hoy así en la base de la reivindicación de los derechos de una etnicidad por reconstruir, conservar, desarrollar y dirigir autónomamente, con proyección e implicación nacionales y continentales, colaborando en la elaboración de una nueva autoconciencia nacional y latinoamericana y en el proceso de búsqueda de una auténtica cultura política democrática.

El establecimiento de la república de los indios frente a los españoles, la reconstitución de una identidad étnica indígena a partir de aquélla, la humillación indígena a manos de la interpretación liberal del Derecho romano, la indefinición nacional y continental de la ciudadanía latinoamericana, la persistencia del valor de lo comunitario y de la cosmovisión indígenas a través de la crisis actual del modelo capitalista de desarrollo y el reconocimiento internacional y constitucional de los derechos de los pueblos indígenas y de su derecho a un Derecho propio y, finalmente, la postulación del Derecho indígena como derecho alternativo, establecen claramente los límites de la romanización de la sociedad indígena en Latinoamérica.

La Declaración de Quito y Resolución del Encuentro Continental de Pueblos Indígenas, de julio de 1990, que es expresión de la Alianza continental indígena sobre los 500 años de resistencia y en la que se postula el derecho de los pueblos indígenas a su propio Derecho, cancela, de un lado, formalmente el diagnóstico de Las Casas: “Por haberles puesto nosotros en tan gran desorden y apocado de tal manera que han quedado del todo anihilados, piensan los que así en ese estado se hallan que la confusión y abatimiento en que agora viven fue siempre y haber procedido de su naturaleza barbárica”⁽⁴⁵⁾; y, por otra parte, confirma la legitimidad de una *restitutio in integrum* de la dignidad violada “porque en sus modos de gobierno, de vida social y de costumbres alcanzan niveles equiparables a los de muchas naciones (incluso las más alabadas y encumbreadas) que hubo y hay en el mundo; y en seguir las reglas de la razón natural superaron con no pequeña diferencia a los propios griegos y romanos, tenidos siempre por los más prudentes y civilizados de todo el mundo”.⁽⁴⁶⁾

(45) *Apologética Historia Sumaria*, c. 244, B.A.E. CVI, p. 372.

(46) *Apologética*, Argumento.