



SEGUNDA PARTE

EL ESTADO, LOS INDÍGENAS Y EL DERECHO EN LOS SIGLOS XVI-XIX

CAPÍTULO PRIMERO

EL ESTADO COLONIAL Y EL DERECHO REAL: LA COLONIZACIÓN JURÍDICA 1492-1810

I. INTRODUCCIÓN

La victoria militar de los soldados del reino de Castilla sobre las tropas del reino azteca permitió a los primeros organizar su *orden*. La colonización jurídica española fue impuesta en la mayor parte de los territorios americanos. Las culturas jurídicas americanas fueron, así, integradas a la estructura jerárquica dominante. En un primer momento, presentaremos las características de esta puesta en marcha del derecho estatal europeo, y en un segundo momento, analizaremos las características del derecho consuetudinario americano y sus relaciones con el europeo.

II. EL DERECHO ESTATAL ESPAÑOL

En la primera parte analizamos las características del Estado monárquico. Una de ellas es la sistematización de las conductas establecidas, esencialmente, a partir de textos escritos de origen real. Los reyes tenían el monopolio de decir y de aplicar su derecho en los territorios conquistados. Al principio de la conquista de los territorios americanos, fue el derecho castellano el que se aplicó, tal como había sido previsto, incluso, antes de la partida de Cristóbal Colón. Las Capitulaciones de la Santa Fe, del 17 de abril de 1492, reconocían la autonomía de los pueblos de la India (oriental) y daba a Colón el título de almirante y gobernador de las islas que descubriera (o mejor dicho, se encontrara) en su camino.

Esto es, la autoridad suprema y delegada de los reyes castellanos. Fue por eso que Colón, sin reconocer a los indígenas personalidad jurídica alguna, ni tampoco derecho de propiedad sobre sus tierras, tomó posesión de las islas y las puso bajo el dominio de Castilla. Actuaba no sólo conforme a su especial capitulación, sino también según el viejo derecho internacional del medioevo. De esta forma, todas las disposiciones que se dictaron

para ordenar la vida en el Nuevo Mundo en el primer lustro a partir del descubrimiento, se basaron en los principios e instituciones del derecho medieval castellano.¹

En la península ibérica, el derecho de Castilla coexistía con los derechos de Valencia, Cataluña, Mallorca, Navarra, Aragón...² Todos habían recibido la influencia, en diferente grado, de culturas jurídicas extranjeras: griega, romana, canónica, germana, musulmana, judía.

En los “nuevos” territorios conquistados, es decir, en las “Indias occidentales”, el derecho castellano se impuso a pueblos hasta entonces desconocidos (y que no pertenecían, ciertamente, a la India oriental, donde los portugueses llegaron en 1498). El derecho castellano tuvo que legislar tomando en cuenta estos hechos. El conjunto de disposiciones reales relativas a los territorios americanos, conformaron el *derecho indiano*. Éste estaba compuesto de dos tipos de normas: la de los reyes y su Consejo (derecho indiano real), y el de los funcionarios coloniales (derecho indiano criollo).

Las leyes generales de Castilla fueron siempre válidas en América, pero tuvieron que ser ratificadas por el Consejo de Indias a partir de 1614.³ Este Consejo creado en 1524, tuvo un papel muy importante en la colonización jurídica de América, ya que tenían no solamente facultades legislativas sino también jurisdiccionales, consultivas y administrativas.⁴

En 1680, el Consejo de Indias tenía ya sistematizada la legislación colonial. La Recopilación de las Leyes de Indias estaba compuesta de nueve libros, cuya división temática era sobre: asuntos eclesiásticos; Consejo de Indias y Audiencias coloniales; administración política, virreyes y gobernadores independientes y asuntos militares de las colonias; descubrimientos, colonización, municipalidades y obras públicas; gobiernos y

¹ Bernal, Beatriz, “Las características del derecho indiano”, *Historia mexicana*, México, El Colegio de México, núm. 4, abril-junio 1989, p. 664.

² Soberanes Fernández, José Luis, “Historia del sistema jurídico mexicano”, *El derecho en México. Una visión de conjunto*, t. I, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991, p. 24; Chavero, Bartolomé, *Temas de historia del derecho: derecho de los reinos*, 2a. ed., Sevilla, Universidad de Sevilla, 1980.

³ García Gallo, Alfonso, “Problemas metodológicos de la historia del derecho indiano”, *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1967, núm. 18, p. 25.

⁴ Miranda, José, “Épocas colonial y nacional”, *Historia de México*, México, Porrúa, 1977, p. 277.

justicia ordinaria; asuntos relativos a indios; población indeseable (“los jugadores de cartas, los casados sin vida común, los vagabundos, los gitanos, los mestizos...”) y derecho penal; administración de las finanzas reales; casa de contratación, navegación y comercio.⁵

¿Cuál fue el fundamento y objetivo del derecho indiano? La respuesta de la época era, principalmente, la evangelización.⁶ En general, la tarea evangelizadora fue la justificación metahistórica de la conquista de nuevos territorios, con todo lo que ello implicaba: extensión del poder castellano y explotación de recursos humanos y naturales. La evangelización se llevó a cabo en dos fases: la primera efectuada por el clero regular (1524-1572), y la segunda por el clero secular (1572-1810). La integración colonial se consolidó, de hecho, en el primer periodo.⁷

En el siglo XVI, la política indianista tenía, pues, como objetivo principal lograr la unidad cristiana con la conversión de los indios.⁸ Esta política, sin embargo, no era nueva. La institución del *Patronato* otorgaba a los reyes la facultad de defender la unidad cristiana en Europa:

Durante el periodo de la Reconquista, los reyes de Castilla y Aragón recibieron del Papa prerrogativas considerables en materia eclesiástica con la condición de encargarse de la defensa de la cristiandad contra el islam. Ahora bien, el descubrimiento de América en 1492 sobreviene durante el mismo año de la caída de Boabdil, rey moro de Granada. El espíritu de la Reconquista, todavía activo pero ya sin objeto en la península, va a llevarse más allá del mar, y América va aparecer como el territorio de una nueva cruzada: se confía el Nuevo Mundo a la Corona española, la que recibe a cambio la misión de hacerla una tierra cristiana.⁹

En efecto, en la península ibérica y en América, el *Patronato* (acuerdo entre el papado y la realeza castellana) otorgaba facultades necesarias

⁵ Schäfer, Ernesto, *El Consejo real y supremo de las Indias. Su historia y labor administrativa hasta la terminación de la Casa de Austria*, vol. 1, Sevilla, 1935, 1947, p. 320.

⁶ Bernal, Beatriz, *op. cit.*, p. 670.

⁷ Lira, Andrés y Muro, Luis, “El siglo de la integración (1570-1580)”, *Historia general de México*, t. 1, México, El Colegio de México, 1977, pp. 371-469.

⁸ Miranda, José, *op. cit.*, p. 207.

⁹ Duverger, Christian, *La conversion des Indiens de Nouvelle Espagne*, París, Seuil, 1987, pp. 21 y 22. 1492 fue también el año de la expulsión de los judíos de los territorios dominados por los castellanos.

para el control del ejercicio eclesiástico. En la península este control se manifestaba en:

- 1) La presentación de candidatos para los tribunales eclesiásticos.
- 2) La revisión de las sentencias de los tribunales eclesiásticos.
- 3) La autorización de aplicar y hacer circular en España disposiciones y documentos papales.

La conquista militar-espiritual de las Indias occidentales extendió este control y suscitó las medidas siguientes:

- 1) La recaudación de limosnas que la Iglesia recibía por sus servicios religiosos.
- 2) La designación de sacerdotes para las misiones.
- 3) La autorización para construir templos, monasterios, hospitales...

Los reyes tenían, en cambio, la obligación de financiar la construcción de las iglesias y de cubrir los gastos de los clérigos y del culto.¹⁰

Con la creación del Patronato indiano y la promulgación de la bula papal *Inter Caetera* de 1493, “la conversión de los indios es no solamente un deber moral, sino una obligación jurídica”.¹¹ Analizaremos la práctica de esta obligación durante la época insular (1492-1524), y después en el periodo continental (1524-1810).

1. *El periodo insular*

Durante el periodo insular (“las Grandes Antillas”: Santo Domingo, Puerto Rico, Jamaica, Cuba), la política indianista de evangelización estuvo centrada en la constitución de Encomiendas (autorizadas por Cédula real del 20 de diciembre de 1503).¹² Se trataba de la cesión de derechos y deberes del rey a los colonos españoles. La Encomienda fue la adaptación colonialista del Patronato, ya que los colonos tenían el derecho de recibir

¹⁰ Miranda, José, *op. cit.*, p. 292.

¹¹ Duverger, Christian, *op. cit.*, p. 20.

¹² Schäfer, Ernesto, *op. cit.*, p. 250.

los tributos y los servicios (ver, la esclavitud) de los indios, y el deber de crear las condiciones necesarias para cristianizarlos e instruirlos.¹³

Durante este periodo, el Consejo de Castilla fue el órgano autorizado para establecer las leyes destinadas a las Indias occidentales. Este Consejo adoptó, en 1512, las Leyes de Burgos para intentar poner fin a los abusos de los encomenderos.

(Estas leyes) pusieron límites a la distribución (de indios) y le dieron un sentido nuevo: el sentido tutelar que se manifiesta en los deberes de mejoramiento y protección impuestos a cambio a los españoles. Éstos tenían el derecho de tener el servicio de los indígenas. La encomienda americana quedó, así, integrada: se intentó resolver el problema de la mano de obra para los españoles y el de la tutela para los indios.

Esta piezas de la colonización antillana, la esclavitud y la encomienda, fueron parte esencial, al principio, del sistema colonialista español.¹⁴

En realidad, los verdaderos protectores de los indios fueron los sacerdotes. Al principio de la colonización, de alguna manera habían sido cómplices de los abusos de los encomenderos, ya que ellos lo eran también. Un espíritu apostólico progresivamente madurado por los sacerdotes protegió entonces a los indios, como fue el caso de Bartolomé de las Casas (el cual sigue el ejemplo de fray Antonio de Montesinos, quien en su sermón del 14 de diciembre de 1511, pronunciado en La Española, denunciaba el maltrato dado por los españoles a los indios). Frente a la exterminación acelerada, pues, de los indios, las islas antillanas estaban despoblándose sin dejar *materia* de evangelización. Es por ello que De las Casas propuso un plan de repoblamiento de las islas. En su *Memorial de catorce remedios*, pretende dar la libertad a los indios, sin embargo “no se trata de sustraer a los indígenas de la soberanía española, sino de liberarlos de sus actuales encomenderos y permitirles reconstituirse [...] Bartolomé guarda la mentalidad de *buen colono*: España tiene la tarea de poblar las Indias [...] porque solamente así podrá evangelizar a los habitantes”.¹⁵

¹³ Miranda, José, *op. cit.*, p. 265.

¹⁴ *Ibidem*, p. 204.

¹⁵ Mahn-Lot, Marianne, *Bartolomé de las Casas et le droit des indiens*, París, Payot, 1982, p. 37. El principal *derecho* de los indios era el de recibir la fe cristiana (p. 259). Bartolomé de las Casas fue, así, un vehemente defensor de este derecho.

Las buenas intenciones de este buen colono fueron recompensadas en 1516 al ser nombrado procurador y protector universal de todos los indios de las Indias (se entiende, de las Antillas).¹⁶

Antes de poner en marcha el plan de repoblamiento de las islas, una encuesta fue ordenada a los padres benedictinos para determinar si los indios eran capaces de vivir en comunidades separadas, y bajo vigilancia. (¿Primer trabajo de etnología colonial? Quizá). De las Casas, autorizado por Cédula real, tuvo que aconsejarlos. Sin embargo, sus consejos no fueron escuchados. Razón por la cual se quejó ante el nuevo rey, Carlos V (elegido el 6 de julio de 1519):

Señor todo poderoso, estas gentes (los indios) son hombres muy aptos para recibir la fe cristiana si se les enseña a adoptar costumbres buenas y virtuosas. Son seres *libres por naturaleza*, tienen sus reyes y señores naturales, y viven de manera vigilada [...] Nuestra religión cristiana está destinada a todas las naciones del mundo; a todas acoge y no priva a ninguna de su libertad ni gobernantes por el color o bajo pretexto que ella es *esclava por naturaleza* [...] Conviene entonces que vuestra real Majestad, que comienza a reinar en estas tierras, rechaze una tiranía tan horrible, tan escandalosa delante de Dios y de los hombres [...] a fin de que Nuestro Señor Jesús-Cristo, quien murió por esas gentes, conceda una prosperidad larga a vuestro real estado.¹⁷

El rey cedió a los argumentos del sacerdote y decretó en la Coruña, en mayo de 1520, la *libertad* de los indios (“vasallos libres de la Corona castellana”).¹⁸

¿Esta legislación *protectora* de los indios fue eficaz? El balance realmente es opuesto a las intenciones jurídicas. Con la aplicación de las Leyes de Burgos, el trabajo forzoso no desapareció y los Acuerdos de la Coruña no se aplicaron en las Antillas ni en la Nueva España.¹⁹

¹⁶ Diez años después todos los religiosos enviados a las Indias (incluyendo ya el territorio continental) fueron nombrados “protectores de indígenas”. Y en 1528, la figura del protector, en Nueva España, se ligó al Episcopado, donde se le otorgó las facultades de juzgar las faltas leves y de instruir proceso en caso de ser graves.

¹⁷ Citado por Mahn-Lot, Marianne, *op. cit.*, p. 62.

¹⁸ Miranda, José, “Indios”, en Soberanes Fernández, José Luis (comp.), *Los tribunales de la Nueva España. Antología*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 165.

¹⁹ Schäfer, Ernesto, *op. cit.*, pp. 252 y 254.

2. *El periodo continental*

Durante el periodo continental, la política indianista de evangelización fue llevada a cabo por las órdenes mendicantes (franciscanos, dominicos, agustinos y jesuitas) bajo la dirección y vigilancia del “Real y Supremo Consejo de las Indias”. 1524 marca un cambio importante en la vida colonial americana: el 13 de mayo llegaron a Nueva España los doce “apóstoles” franciscanos, y el primero de agosto se crea en Sevilla el Consejo de las Indias.²⁰

La bula *Alias Felicis* del 25 de abril de 1521 autorizó a los franciscanos, a insistencia de Cortés,

de dirigirse a México para predicar libremente, bautizar, confesar, absolver, administrar los sacramentos de la eucaristía y extremaunción. Por otra parte, en ausencia del obispo —que era el caso entonces—, los hermanos recibían la autorización de consagrar los altares, asegurar el ministerio de las parroquias e incluso de confirmar a los fieles y conferirles las órdenes menores.²¹

Con la llegada de los franciscanos a América, un debate teológico-jurídico tuvo lugar entre el clero español y el clero indio. La victoria militar había dado a los españoles el control del poder político. La Cruz, después, iba a asegurarles la victoria espiritual. Esta victoria militar-espiritual tuvo como consecuencia la puesta en marcha de una organización comunitaria fundada en los textos escritos. Esto fue, igualmente, la victoria del derecho estatal sobre el derecho consuetudinario. La historia ha preservado un documento que testimonia la manera como esta conquista militar, espiritual y jurídica se concretó. Dicho documento lleva por título: *Colloquios y doctrina christiana con que los doce frayles de San Francisco enbiados por el Papa Adriano Sesto y por el Emperador Carlos Quinto convirtieron a los indios de la Nueva Espanya en lengua mexicana y española*.²²

²⁰ Duverger, Christian, *op. cit.*, p. 38; Schäfer, Ernesto, *op. cit.*, p. 254.

²¹ Duverger, Christian, *op. cit.*, p. 31.

²² Duverger, Christian, *La conversión de los indios de Nueva España. Con el texto de los Coloquios de los doce, de Bernardino de Sahagún (1564)*, México, FCE, 1993, pp. 53 y ss.

En estos coloquios, los padres franciscanos se dirigían, primero, a los representantes del poder político indio. Los padres les explicaron que, al igual que ellos, eran mortales y que eran

mensajeros enviados a esta tierra (por) aquel gran Señor que tiene jurisdicción espiritual sobre todos quantos viven en el mundo, el cual se llama Santo Padre, el cual está congoxado y cuidadoso por la salud de vuestras almas [...] Este gran Sacerdote, Sancto Padre, tiene superioridad y eminencia sobre todos los reyes de la tierra y también sobre el Emperador. y agora para esto nos (ha) acá embiado para que os demos a conocer y os informemos del reyno y riquezas y grnadeza de aquel por quien todas las cosas viven, que es nuestro Señor Jesucristo; y para que sepais que la llave de la entrada del cielo la tiene este gran Sacerdote Sancto Padre, el cual es Vicario de Dios.²³

La respuesta de los dignatarios aztecas fue un ejemplo de cortesía, sobriedad y firmeza:

De lo que agora tenemos pena es que los sabios y prudentes y diestros en el hablar según nuestra manera, que tuvieron cargo del principado, son ya muertos; los cuales si uvieran oydo de vuestras bocas lo que nosotros emos oydo, oyérades de su boca salutación y respuesta muy agradable, pero nosotros que somos baxos y de poco saber, qué podemos dezir, que aunque es verdad que tenemos cargo del reyno y república no tenemos su saber ni prudencia y no nos parece cosa justa que las costumbres y ritos que nuestros antepasados nos dejaron, tuvieron por buenas y guardaron, nosotros con liviandad las desamparamos y destruimos.²⁴

Las funciones políticas y religiosas fueron bien diferenciadas cuando el dignatario indio agregó:

Demas desto sabed, Señores nuestros, que tenemos sacerdotes que nos rigen y adiestran en la cultura y servicio de nuestros dioses; ay también otros muchos que tienen diversos nombres, que entienden en el servicio de los templos de noche y de día, que son sabios y ábiies así cerca de la rebo-lución y curso de los cielos como cerca de nuestras costumbres antiguas, tienen los libros de nuestras antiguallas en que estudian y ojean de noche y

²³ *Ibidem*, pp. 63 y 69.

²⁴ *Ibidem*, p. 70.

de día; estos nos guían y adiestran en la cuenta de los años, días y meses y fiestas de nuestros dioses, que de veinte en veinte días se festejan. Estos mismos tienen cargos de las historias de nuestros dioses y de la doctrina tocante a su servicio; porque nosotros no tenemos cargos sino de las cosas de la guerra y de los tributos y de la justicia. Juntaremos a los ya dichos y decirlos es lo que es oído de las palabras de Dios; ellos es bien que respondan y contradigan pues que saben y los compete de oficio.²⁵

La justicia era aplicada por el poder político, pero la creación del derecho consuetudinario era una función, sobre todo, del poder religioso. El clero indio defendió su derecho a su Derecho con mucho valor:

Nosotros que somos como nada [...] pero no obstante esto con dos o tres razones respondemos y contradiremos [...] Aveisnos dicho que no conocemos a aquel por quien tenemos ser y vida y que es Señor del cielo y la tierra. Así mismo dezís que los que adoramos no son dioses. Esta manera de hablar házesenos muy nueva y esnos muy escandalosa: espantámonos de tal dezir como éste, porque los padres antepasados que nos engendraron y rigieron no nos dixeron tal cosa; más antes ellos nos dexaron esta costumbre que tenemos de adorar nuestros dioses, y ellos los creyeron y adoraron todo el tiempo que bivieron y sobre la tierra; ellos nos enseñaron de la manera que los habíamos de honrar; y todas las ceremonias y sacrificios que hazemos ellos nos los enseñaron...²⁶

Los sacerdotes indios dirán enseguida que ignoraban el momento cuando comenzó el culto a sus dioses (punto que será más tarde tomado a contrapío por los franciscanos):

No hay memoria del tiempo que comenzaron a ser honrados, adorados y estimados; por ventura a un siglo o dos que esto se hace a tiempo sin cuenta quien tiene memoria de quando ni como comenzaron aquellos célebres y sagrados lugares donde se hazían milagros y se daban respuesta que se lama *tulan*, *rapalcalco*, *xuchatlapan*, *tamoanchan*, *youalliychan*, *teutiua-can*. Los habitantes destes lugares ya dichos se enseñorearon y reynaron en todo el mundo; estos dan honra, fama nombrada, reynos y gloria y señorío.²⁷

²⁵ *Ibidem*, pp. 70 y 71.

²⁶ *Ibidem*, p. 73.

²⁷ *Ibidem*, pp. 73 y 74.

La defensa india remarcó que la destrucción del derecho consuetudinario sería un suicidio:

Cosa de gran desatino y liviandad sería destruir nosotros las antiquísimas leyes y costumbres que dexaron los primeros pobladores desta tierra, que fueron los chichimecas, los tulanos, los de colhua, los tepanecas en la adoración, fe y servicio de los sobre dichos en que emos nacido y nos emos criado, y a esto estamos habituados y los tenemos impresos en nuestros coraçones.²⁸

El clérigo indio, en el curso de su defensa del derecho consuetudinario y de las relaciones sociales que regía, irá hasta la amenaza:

Grande advertencia deveis tener en que no hagais algo por donde aboro-teys y hagais hazer algún mal hecho a vuestros vasallos. ¿Cómo podrán dexar los pobres viejos y viejas aquello que en toda su vida se an criado; mirad que no incurrimos en la yra de nuestros dioses; mirad que no se levante contra nosotros la gente popular, si los dixéremos que no son dioses los que hasta aquí siempre an tenido por tales.²⁹

El discurso del clérigo indio acaba con un tono prudente y realista. Reconociendo que había perdido el poder político, estaba decidido a preservar sus dioses:

nosotros no nos satisfacemos ni nos persuadimos de lo que nos an dicho ni entendemos ni damos crédito a lo que de nuestros dioses nos han dicho. Pena os damos, señores y padres, en hablar desta manera: presentes están los señores que tienen el cargo de regir el reyno y repúblicas deste mundo (a su lado estaban los representantes del poder político indio); de una manera sentimos todos: que basta aver perdido, basta que nos an tomado la potencia y juridición real; en lo que toca a nuestros dioses antes moriremos que dexar su servicio y adoración. Esta es nuestra determinación; haced lo que quisiéredes. Lo dicho basta en respuesta y contradicción de lo que nos habeis dicho: no tenemos más que dezir, señores nuestros.

Al día siguiente, los franciscanos se apoyaron en el pasaje bíblico de la lucha entre Lucifer y San Miguel, para probar el origen *demoníaco* de las di-

²⁸ *Ibidem*, p. 74.

²⁹ *Idem*.

vinidades aztecas. Les contaron que Lucifer era el jefe de los que querían compartir el mismo poder que Dios, contrariamente a San Miguel quien luchaba por defender el poder divino. Al final de una “espantable batalla en el cielo”, explicaron los franciscanos, las tropas de San Miguel, “por la ayuda especial que de Dios rescibieron (sic)”, resultaron vencedores.

[Los vencidos] perdieron su honra y dignidad y las riquezas y hermosura que nuestro Señor Dios les avía dado, y fueron echados y desterrados del cielo empíreo; fueron encarcelados en la región del ayre tenebroso, fueron hechos diablos horribles y espantables. Estos son los que llamais *tzitzitzi-mi, culetei, tzuntemuc, piyoche, tzumpachpul*, no se puede dezir su fealdad y suziedad: son soberbios, espantables, crueles, invidiosos. Estos son los que por todo el mundo an sembrado sus engaños y traiciones, y se fingieron ser dioses y a muchos engañaron y los creyeron y adoraron, y ansí os engañaron a vosotros, y sabed por cosas muy ciertas que ninguno de todos quantos adorais es Dios ni dador de vida, mas que todos son diablos ynfernales; ya abeis oydo que principio tuvieron vuestros dioses y quienes son, y todo lo que aveis oydo son palabras del verdadero y solo Dios que os venimos a predicar y están escriptas en su libro.³⁰

Después de haber *descubierto* el falso origen de los dioses aztecas, los franciscanos apoyaron su discurso teológico en un hecho real: la victoria militar de los conquistadores. “Si vuestros dioses hubieran sido más poderosos, os habrían protegido de los invasores. Los españoles ganaron porque estaban del lado del Dios omnipotente”.³¹ Con ello, los franciscanos

pudieron explotar la ventaja explicando a sus interlocutores indígenas que la derrota de sus dioses provenía de su inferioridad ontológica. Los *caciques* (palabra utilizada para identificar a los jefes políticos antillanos, fue adoptada por los españoles en la América continental) se pusieron furiosos contra sus sacerdotes, y los sacerdotes furiosos contra sus dioses. La ruta de la conversión estaba abierta.³²

Esta conversión se apoyó en el derecho estatal español. El Consejo de Indias (creado el mismo año de la llegada de los franciscanos a América,

³⁰ *Ibidem*, pp. 78 y 79.

³¹ *Ibidem*, p. 101.

³² *Ibidem*, p. 125.

1524), concentró las facultades legislativas, administrativas y judiciales sobre las colonias. Este derecho estatal español (derecho indiano real), como ya se mencionó, fue también (re)producido por delegación en América (derecho indiano criollo).³³

Las primeras autoridades de la Nueva España dotadas de poderes delegados para dictar reglas fueron (por orden de aparición) las siguientes:

- El capitán general y gobernador (Hernán Cortés, 1522).
- El Concejo Municipal de Coyoacán (el cual aseguraba la “representación de los colonos españoles delante el rey y dirigía la vida económica y social de casi toda la Nueva España”).³⁴
- Las audiencias (1528: primera Audiencia, 1531: segunda Audiencia). Éstas tenían no sólo facultades jurisdiccionales, sino también gubernativas.
- Los virreyes (Fr. Antonio de Mendoza fue el primero, 1535).³⁵

Hasta 1786, la división política territorial de México fue la siguiente:

- Dos reinos: Nueva España y Nueva Galicia.
- Una capitanía general: Yucatán.
- Tres gobiernos: Nueva Vizcaya, Nuevo León y Nuevo México.
- Más de 150 corregimientos, y concejos municipales.³⁶

A partir de la Ordenanza para el Establecimiento e Instrucción de Intendentes de Ejército y Provincia del Reino de la Nueva España (del 4 de diciembre de 1786), la división política territorial se integró con 12 provincias-intendencias: México, Puebla, Veracruz, Mérida, Oaxaca, Valladolid, Guanajuato, San Luis Potosí, Guadalajara, Zacatecas, Durango y Arizpe.

³³ García Gallo, Alfonso, *op cit.*, pp. 30 y 31.

³⁴ Miranda, José “Épocas colonial...”, *cit.*, p. 231.

³⁵ Sobre los primeros años del virreinato novohispano, véase Bird Simpson, Lesley, *Los conquistadores y el indio americano*, Barcelona, Península, 1970, pp. 129-140.

³⁶ El *corregidor* ejerció por delegación el gobierno de una ciudad de españoles. En 1531 se creó el *corregidor de indios* para el gobierno de pueblos indígenas, Guillermo Céspedes del Castillo, “Las Indias durante los siglos XVI y XVII”, *Historia social y económica de España y América. Los Austrias. Imperio español en América*, vol. III, dirigida por J. Vicens Vives, Barcelona, Vicens Vives, 1985, pp. 374-376.

A la cabeza del gobierno, junto al virrey, estaba un superintendente, quien ejercitaba las funciones de policía, justicia, hacienda y guerra, que habían correspondido al primero. Al frente de cada una de las doce provincias-intendencias se puso un funcionario de cuño nuevo: el intendente del ejército y provincia, cuyo nombramiento y salario corrían a cargo del rey. Gobiernos, corregimientos y alcaldías mayores quedaban refundidos en las intendencias.³⁷

Desde 1776, los territorios de Texas, Coahuila, Nuevo México, Nueva Vizcaya, Sonora y Sinaloa, habían sido integrados en un Gobierno Superior y Comandancia General. A fines del siglo XVIII, igualmente, los territorios de la Vieja y Nueva California, no formaban parte de la jurisdicción de la Nueva España.

Podemos decir que la aplicación del derecho indiano era el monopolio de las autoridades coloniales, ya que tenían la facultad de aplicar las disposiciones reales solamente en caso favorable a los intereses de la Corona española. Esto se desprende de la interpretación práctica de *obedecer* y *no cumplir* las disposiciones reales.

Mandamos a los virreyes, presidentes y oidores, gobernadores y justicias de las Indias, que obedezcan y no cumplan las Cédulas, Provisiones, y otros qualesquier despachos dados por nuestros Reales Consejos si no fueran pasados por el de Indias y despachada por él nuestra Real Cédula de cumplimiento... (Recopilación de las leyes de Indias 2, 1, 39).³⁸

Esta medida estuvo acompañada de la obligación de enviar los originales de todos los asuntos al Consejo de Indias. 10 millones de documentos fueron archivados en Sevilla después de tres siglos de colonización.

Según los términos de la legislación real, las medidas protectoras de los indios no fueron más que buenas intenciones. Las Leyes Nuevas de 1542 establecían:

Que en el futuro, no se utilice más a ningún indígena; que las Audiencias liberen inmediatamente a los esclavos cuyos propietarios no puedan mostrar un título de propiedad (leyes 21, 22 y 23); que no se haga llevar cargas

³⁷ González, María del Refugio, "Historia del derecho mexicano", *Introducción al derecho mexicano*, t. I, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981, p. 39.

³⁸ García Gallo, Alfonso, *Manual de historia del derecho español*, vol. 2, Madrid, Artes Gráficas y Ediciones, 1979, p. 234.

pesadas a los indios, si no un peso moderado; queda prohibido utilizarlos en las pesca de perlas (ley 24); que a la muerte de los encomenderos, los naturales a su cargo sean incorporados a la Corona; desde ahora, ésto será así para aquellos que el rey había dado a sus oficiales de las Indias (ley 26).³⁹

El análisis del derecho indiano no puede desatender la práctica evangelizadora, cuyo fundamento y objetivo era, sobre todo, pues, la conversión de los indios. El proceso iniciado por los franciscanos fue reforzado en 1526 por los dominicos y en 1533 por los agustinos. En 1559, la Nueva España tenía ya 160 centros religiosos y 802 sacerdotes. Los franciscanos eran mayoritarios: 80 centros y 380 sacerdotes. Los jesuitas llegaron en 1572 y tuvieron la difícil tarea de convertir a los indios del norte: Nayarit, Sinaloa, Sonora, Arizona, Baja California. Dicha tarea fue interrumpida al momento de su expulsión de los territorios coloniales en 1767.

A lo largo del siglo XVI, los sacerdotes cristianos se consagraron con profundo espíritu apostólico a evangelizar a los indios y, al mismo tiempo, a reconstruir su historia. Hacia 1580, existían 108 gramáticas y catecismos escritos en lenguas indígenas latinizadas. Por otra parte, los sacerdotes con gran celo fueron convertidos culturalmente a la indianidad. De ello testimonian los siguientes trabajos: *Historia de los mexicanos por sus pinturas*;⁴⁰ *Témoignages de l'ancienne parole*,⁴¹ de Andres de Olmos; *Historia general de las cosas de la Nueva España*, de Bernardino de Sahagún; *Historia de los indios de la Nueva España*, de Toribio de Benavente; *Ritos, fiestas y ceremonias, calendario, historia azteca*, de Diego Durán; *Historia natural de las Indias*, de José Acosta; *Descripción de las Indias occidentales*, de Antonio Vázquez de Espinoza.

Esta conversión cultural, de hecho, fue recíproca, porque algunos indios aprendieron el latín y el castellano en la Escuela de Santa Cruz, en Tlatelolco (creado en 1536). Y escribieron también varias obras: *Anales de Cuauhtitlan*, *Anales de la nación mexicana*, *Historia tolteca chichimeca*.

³⁹ Mahn-Lot, Marianne, *op. cit.*, p. 122.

⁴⁰ Garibay K, Ángel María, "Los historiadores del México antiguo en el virreinato de la Nueva España", *Cuadernos Americanos*, México, núm. 1, enero-febrero de 1964.

⁴¹ Traducción de Jacqueline de Durand-Forest, y presentado por Miguel León Portilla, París, La Différence, 1991.

Los sacerdotes representaron para los indios una especie de refugio frente a los abusos de las autoridades y colonos, y para los sacerdotes, los indios encarnaban los valores desaparecidos en la sociedad europea: la solidaridad, la modestia, la cortesía. La sociedad india, más humana, reflejaba claramente los valores humanos de aquel que había muerto en la cruz. Sin embargo, esta mutua influencia no provocó la pérdida de las raíces:

Por una alquimia que no es la del mestizaje sino más bien de la doble pertenencia cultural, los monjes se hacen redactores de la historia de sus protegidos indios, mientras éstos cantan la gloria de Jesús-Cristo y ¡ayudan a los predicadores a componer los sermones que servirán a la erradicación del paganismo! Y sin embargo ninguno reniega de sus raíces: los religiosos siguen como los representantes de los valores occidentales y los indios continúan siendo indios y orgullosos de serlo.⁴²

El clero secular dirigido por su arzobispo, Juan de Zumárraga, y la ayuda del virrey Antonio de Mendoza, decidieron crear una Universidad en Nueva España. La Cédula real del 21 de septiembre de 1551 autorizaba la creación de “un estudio y Universidad de todas ciencias donde los naturales y los hijos de españoles fueran industriados en cosas de nuestra santa fe católica y en las demás facultades y les concediésemos los privilegios y franquezas y libertades que así tiene el estudio y Universidad de la ciudad de Salamanca”.⁴³

Esta Real y Pontificia Universidad de México abrió sus puertas el 25 de enero de 1553. Estaba compuesta por las Facultades de Teología, Escrituras, Cánones, Leyes, Artes, Retórica y Gramática. La Facultad de Leyes introdujo, así, el estudio del derecho romano en México.

De acuerdo a la jerarquía de normas, el derecho estatal castellano era el que en realidad se aplicaba. El derecho romano no existía sino en el círculo restringido de las universidades, es decir, en la cabeza de los teólogos-profesores. El trasplante de los derechos romano y canónico en los territorios americanos no puso en entredicho *el imperio jurídico* del derecho estatal castellano, es decir, su monopolio de la *juris dictio*.

⁴² Duverger, Christian, *op. cit.*, p. 272.

⁴³ Mendieta y Nuñez, Lucio, *Historia de la Facultad de Derecho*, México, UNAM, 1956, p. 28.

La tradición imperialista romana aconsejaba respetar los derechos locales de las culturas conquistadas. Los pueblos ibéricos los sabían, ya que formaron parte de la *Romania*. Al convertirse en imperio, los castellanos continuaron con dicha tradición. Los derechos locales americanos fueron oficialmente reconocidos por el sistema jurídico dominante. Al derecho consuetudinario americano se le otorgó la categoría de *Fuero*, como en Castilla: podía ser aplicado, salvo si iba en contra de las leyes del Estado y/o de la moral cristiana.

En la península ibérica la Ley de Toro de 1505 reconocía la existencia de los fueros de los reinos conquistados por los castellanos, reservándose el derecho a modificarlos y mejorarlos, y si iban contra Dios, la razón y las leyes.⁴⁴ Dicha disposición ya estaba prevista en el Ordenamiento de Alcalá de 1348.⁴⁵

Esta misma regla fue transplantada a América. A este efecto, la Recopilación de leyes de Indias (2, 1, 4), contiene la disposición real siguiente:

El Emperador Don Carlos y la Princesa Doña Juana Gobernadora, en Valladolid, a 6 de agosto de 1555. Ordenamos y mandamos, que las leyes y las buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía, y sus usos y costumbres observadas y guardadas después que son cristianos, y que no se encuentran con nuestra sagrada religión, ni con las leyes de este libro, y las que han hecho y ordenado de nuevo, se guarden y ejecuten; y siendo necesario, por la presente las aprobamos y confirmamos, con tanto que Nos podamos añadir lo que fuéremos servido, y nos pareciere que conviene al servicio de Dios nuestro Señor, y a la conservación y policía christiana de los naturales de aquellas provincias, no perjudicando a lo que tienen hecho, ni a las buenas y justas costumbres y Estatutos suyos.⁴⁶

Los castellanos modificaron los derechos locales, al igual que los romanos, cuando se oponían a su moral (la prohibición en Egipto del matrimonio de hermanos con hermanas, por ejemplo). El derecho consuetudinario americano perdió, así, su jurisdicción penal, llamada en la época *criminal*, “porque esta no la han de tener los dichos caciques donde ovie-

⁴⁴ Manzano Manzano, Juan, “Las leyes y costumbres indígenas en el orden de prelación de fuentes del derecho indiano”, *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, núm. 18, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1967, p. 68.

⁴⁵ González, María del Refugio, “Historia del derecho...”, *cit.*, p. 24.

⁴⁶ García Gallo, Alfonso, *Manual...*, *cit.*, vol. 2, pp. 234 y 235.

re pena de muerte o de mutilación de miembro, quedando siempre para Nos y nuestras Audiencias y gobernadores la jurisdicción suprema, assí en lo civil como en lo criminal, y para hazer justicia donde ellos no la hizieren (sic)".⁴⁷

Entre la declaración de respeto al derecho consuetudinario y la posibilidad de modificarlo que tenía en todo momento la Corona, es fácil imaginar quién tenía el monopolio verdadero, la *jurisdicción suprema*, de su aplicación. El colonialismo fue no sólo económico y social, sino también jurídico. El cacique se convirtió, en este contexto, en mero intermediario entre las autoridades públicas y religiosas españolas y la población india.

Para el control colonial de la masa indígena se impusieron dos modelos organizativos. El primero concebido por los misioneros, los pueblos de evangelización,⁴⁸ y el segundo establecido por las autoridades monárquicas, los cabildos.⁴⁹

A. Los pueblos de evangelización

La creación de pueblos o *reducciones* había sido ya propuesto en 1516 por Bartolomé de las Casas: "Pueblos de indios de trescientos habitantes, supervisados por un cacique, un administrador laico español, un misionero secular o regular".⁵⁰ Años después, los franciscanos adoptaron y adaptaron esta idea en la Nueva España. Estos *pueblos* tenían una plaza y mercados públicos, una iglesia, una escuela, una alcaldía, una prisión y una posada para los viajeros. Es innegable la influencia de las ideas de Tomás Moro en la concepción de estas comunidades.⁵¹

Los pueblos de evangelización provocaron la creación de dos instituciones en su interior: la Caja de comunidad y las Cofradías. La primera era una caja de ahorro colectiva para evitar el despilfarro o la corrupción

⁴⁷ *Ibidem*, p. 797.

⁴⁸ Ricard, Robert, *La conquête spirituelle du Mexique. Essai sur l'apostolat et les méthodes missionnaires des ordres mendiants en Nouvelle Espagne de 1523 a 1572*, París, Institut d'Ethnologie, 1933, pp. 163-185, citado por Góngora, Mario, *El Estado en el derecho indiano. Época de fundación 1492-1570*, Chile, Universitaria, 1951, p. 202.

⁴⁹ Zavala, Silvio, *El mundo americano en la época colonial*, vol. 1, México, Porrúa, 1967, p. 398.

⁵⁰ Mahn-Lot, Marianne, *op. cit.*, p. 42.

⁵¹ Véase Zavala, Silvio, "La *Utopía* de Tomás Moro en la Nueva España. Notas y estudios", *Biblioteca Histórica Mexicana de Obras Inéditas*, núm. 4, México, Porrúa, 1937.

de las autoridades indígenas, reales, e incluso, religiosas.⁵² Las cofradías fueron, en principio, “concebidas para organizar las procesiones a fin de solemnizar determinada fiesta del calendario cristiano, (después) se convirtieron en verdaderas instituciones indígenas produciendo sus propias reglas internas, aptas para enraizarse profundamente en los barrios o *pueblos*”.⁵³

B. *Los cabildos*

El segundo modelo de gobierno impuesto a las etnias americanas fue el de los cabildos o municipios. El Cabildo castellano fue trasplantado a América con sus dos ramas consejales: la justicia y la administración o regimiento. La primera función era ejercida por los alcaldes y la segunda por los regidores. En los cabildos de españoles los regidores eran nombrados a perpetuidad por el rey (12 en las ciudades principales y seis en los pueblos). En los pueblos donde el rey no los había designado, los *vecinos* de los pueblos los nombraban cada año.⁵⁴ El cabildo fue, de hecho, “el órgano principal de petición y defensa de los derechos de los vecinos”.⁵⁵ Entre el grupo de españoles en América, los “vecinos” eran aquellos que no eran conquistadores, ni funcionarios, ni colonos, sino pequeños comerciantes, artesanos, gente pobre.

El primer cabildo español en América fue el de Coyoacán, fundado por Hernán Cortés, quien introdujo la forma de gobierno de los pueblos de Castilla entre los indígenas: los señores recibieron, así, el nombre de “gobernadores”. Y en 1538, una Real Cédula prohibió el uso del título de *Señores* indígenas “porque a nuestro servicio y preeminencia real conviene”. Fueron llamados desde entonces “principales”.

Yo soy informada que los indios principales de los pueblos dessa tierra se llaman e intitulan señores de los tales pueblos. Y porque a nuestro servicio y preeminencia real conviene que no se lo llamen, visto y platicado en el nuestro Consejo de las Indias, fué acordado que devía mandar dar esta mi

⁵² Lira, Andrés y Muro, Luis, *op. cit.*, p. 152.

⁵³ Duverger, Christian, *op. cit.*, p. 227.

⁵⁴ Miranda, José, *Las ideas y las instituciones políticas mexicanas. Primera parte 1521-1820*, México, Universidad de México, Instituto de Derecho Comparado, 1952, p. 128.

⁵⁵ Zavala, Silvio, *El mundo americano...*, *cit.*, p. 398.

Cédula para vos, e Yo túvelo por bien. Por que vos mando, que no consintais ni deis lugar que de aquí adelante ninguno de los dichos indios principales de los dichos pueblos se llame e intitule señor dellos, salvo principal dellos. Y si alguna persona contra el tenor desto se llamaren e intitularen, executareis en ellos las penas que sobre ello les pusiéredes (*Cedulario de Encinas* IV 291).⁵⁶

Los cabildos indígenas tenían también las dos figuras principales de los cabildos de españoles: el alcalde y el regidor. Según la disposición real de 1618, los pueblos de 80 indios tendrían un alcalde y un regidor; dos de cada uno si había 80 casas, y dos alcaldes y cuatro regidores en los demás pueblos. De hecho, las grandes ciudades indias rebasaron el número autorizado: Toluca tenía tres alcaldes y más de seis regidores, Texcoco tres alcaldes y diez regidores.

El procedimiento de elección de alcaldes y regidores indios tenía que efectuarse como en los cabildos españoles. Esta regla fue, sin embargo, modificada. Las relaciones de fuerzas entre las autoridades indias, coloniales y reyes, generaron varias formas de elección. Aunque dos modos predominaron: la elección restringida donde un derecho pasivo y activo era otorgado a algunas personas (los caciques, ancianos y algunas personas del pueblo), y la elección extensa para todos los habitantes del pueblo. Las elecciones se efectuaban en presencia (¿vigilancia?) del cura del pueblo, y ellas tenían que ser ratificadas por la autoridad real correspondiente.⁵⁷

En 1555, la Ciudad de México tenía cuatro cabildos indígenas. Los cuales corresponden a los cuatro barrios tradicionales de la estructura político-religiosa azteca. En este caso, el virrey y la Audiencia ratificaban las elecciones.⁵⁸

En realidad, para ubicar los cambios introducidos en la estructura indígena, es necesario “el estudio en detalle de las instituciones políticas prehispánicas que nos faltan todavía”.⁵⁹

⁵⁶ García Gallo, Alfonso, *Manual...*, cit., vol 2, p. 797.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 132 y 133.

⁵⁸ Chávez Orozco, Luis, *Las instituciones democráticas de los indígenas mexicanos en la época colonial*, México, 1943, pp. 6 y 7.

⁵⁹ Zavala, Silvio y Miranda, José, “Instituciones indígenas en la Colonia”, *La política indigenista en México. Métodos y resultados*, vol. 1, INI-SEP, 1981, p. 149.

El acceso de los indios a la jurisdicción del Estado colonial fue permitido. La aplicación de las leyes coloniales a los indios tomaba en cuenta su condición de “menores”, es decir, su “incapacidad” para defenderse ante los tribunales estatales.⁶⁰

El sistema tutelar pretendía cierta equidad reconociendo las desigualdades reales. ¿Se trata de un criterio justo? Ciertamente. Incluso si este criterio estaba fundado en un contexto de dominación, la discriminación positiva que establecía permitía el reconocimiento de las diferencias (es decir, de los sujetos del derecho consuetudinario), y en consecuencia de su preservación.

¿Cuáles fueron las características de este derecho consuetudinario?

III. EL DERECHO INDÍGENA AMERICANO

La revalorización de las culturas jurídicas americanas fue, sobre todo, realizada por los misioneros. Ellos emprendieron un verdadero salvamento del pasado indígena. Ciertamente su objetivo era para mejor combatir las prácticas “idolátricas” (evangelización, obliga):

Porque no conviene se descuiden los ministros de esta conversión, con decir que entre esta gente no hay más pecados que borrachera, hurto y carnalidad, porque otros muchos pecados hay entre ellos muy más graves y que tienen gran necesidad de remedio: Los pecados de la idolatría y ritos idolátricos [...] Para predicar contra estas cosas, y aun para saber si las hay, menester es de saber cómo las usaban en tiempo de su idolatría [...].⁶¹

Poniendo de lado los intereses de la época, estos trabajos etnográficos son inegablemente fuentes de información indispensables de la vida cultural pre y poshispánica. En Nueva España dichas investigaciones comenzaron en 1553: el fraile Andrés de Olmos recibió la encomienda de escribir un libro sobre “las tradiciones y antigüedades de estos indios naturales, particularmente de México, Tezcuco y Tlaxcala para que si quedara alguna huella del mal y la sinrazón puedan refutarse mejor y que, si

⁶⁰ Góngora, Mario, *op. cit.*, pp. 219 y 220. Sobre la creación, desarrollo y extinción del Juzgado General de indios, Soberanes Fernández, José Luis, *Los tribunales...*, *cit.*, pp. 165-203.

⁶¹ Bernardino de Sahagún, *Historia general de las cosas de Nueva España*, 6a. ed., México, Porrúa, 1985, p. 17.

algo de bien pueda encontrarse, pueda mejor consignarse, como se consignan y guardan en memoria tantas cosas de otros gentiles (ver, romanos y griegos)".⁶²

¿Cuál fue el método etnojurídico de los misioneros? Consistió en la adopción y adaptación de la doble tradición del derecho consuetudinario americano: la oral y la escrita. En efecto, la vida jurídica americana se perpetuó, esencialmente, gracias a la palabra. Lo que no excluye el conocimiento de la escritura. Los pueblos americanos habían fundado su escritura en la imagen. Los soportes utilizados eran la corteza de los árboles (amate), las fibras de las plantas (henequén) o pergaminos (piel de venado). Se encuentra también en glifos de piedra y pintado en los muros (pirámides), en tierra cocida (cerámica) y en madera (totems). Esta escritura en imágenes tiene su propio código de lectura. Para los españoles no eran más que testimonio de su "idolatría". Esta tradición escrita fue, en consecuencia, combatida y luego recuperada para mejor refutar "el mal y la sinrazón".

Los documentos etnográficos coloniales, aunque importantes, no son sino una, entre tantas, fuentes de información de la vida prehispánica. Hasta ahora, la historia americana había sido escrita *interpretando* las imágenes. Lo que falta por hacer es escribirla *leyendo* las imágenes. En este sentido, Joaquín Galarza explica la dificultad que se tiene para estudiar los manuscritos pictográficos aztecas:

Nos falta el análisis de centenas de manuscritos pictográficos dispersos en instituciones mexicanas y extranjeras. También carecemos de una investigación que preternda la *comprensión completa del sistema de escritura azteca*, en todos sus aspectos, no solamente para extraer ciertos datos, sino para intentar *leer por entero* estos documentos pictográficos. El sistema de escritura azteca es un complejo y curiosa mezcla de expresión pictórica y transcripción fonética; y ella está todavía por estudiarse en su conjunto.⁶³

⁶² Mendieta, Jerónimo de, *Historia eclesiástica indiana*, citado por Miguel León Portilla (prol.), *Témoignages de l'ancienne parole*, traducción del nahuatl de Jacqueline de Durand-Forest, París, La Différence, 1991, p. 10.

⁶³ Galarza, Joaquín, "Le système d'écriture azteque: problèmes de recherche", *L'asiatique*, París, 1973, p. 178. El mismo autor realizó un catálogo de alrededor 400 manuscritos pictográficos, *Códices mexicanos de la Biblioteca Nacional de París. Índice de manuscritos pictográficos: Colección de códices del Museo Nacional de Antropología de México*, México, Archivo General de la Nación, 1981.

¿Cómo fue aplicada la escritura pictográfica en la vida judicial? Bernal Díaz del Castillo menciona que cuando estaban ante Moctezuma, le mostraban el litigio que constaba en los libros. Terminada la exposición, dos ancianos decían a Moctezuma la justicia existente y éste con pocas palabras terminaba señalando a la persona que debía arreglar el conflicto. Y los litigantes salían sin contradecirlo.⁶⁴

El derecho consuetudinario americano instrumentó, pues, las relaciones sociales apoyándose en la escritura y la oralidad: y no sólo para resolver los conflictos entre humanos, sino también los del hombre y la naturaleza. En este sentido el derecho consuetudinario es el resultado de una visión global de la existencia donde todo está relacionado: el río, el árbol, el viento, el hombre, el fuego, el animal, el sol, la piedra... El derecho consuetudinario americano es un derecho cosmogónico. Así, el orden que imagina toma en cuenta no solamente todo lo que existe, sino también lo desconocido, lo inesperado, el desorden. Este *orden* concebido con y a pesar de los conflictos está fundado en la palabra (la cual está estrechamente ligada a la acción).

Entre los aztecas, el *tlatoani* era la persona que detentaba la palabra. Para ello, le era indispensable aprender en el *calmecac* “a cantar (...) todos los versos que componían los cantos divinos, los cuales estaban escritos en caracteres en sus libros. Les enseñaban también la astrología india, la interpretación de los sueños y la cuenta de los años”.⁶⁵

Analizaremos esta tradición jurídica cosmogónica en su doble manifestación: oral y escrita.

1. *La tradición oral*

Un testimonio de la tradición oral del derecho consuetudinario americano se encuentra en los *huehuetlatolli* (la palabra antigua). Éstos son “los principios y normas vigentes en el orden social, político y religioso del mundo náhuatl”.⁶⁶

⁶⁴ Díaz del Castillo, Bernal, *Historia de la conquista de la Nueva España*, citado por Toscano, Salvador, *Derecho y organización de los aztecas*, México, UNAM, 1937, p. 31.

⁶⁵ Sahagún, Bernardino de, *Histoire générale des choses de la Nouvelle Espagne*, París, La Découverte, 1991, pp. 145-222.

⁶⁶ León Portilla, Miguel (prol.), *Témoignages...*, cit., p. 10.

La palabra concentra aquí toda la fuerza de mando: la fuerza creadora o legislativa y la fuerza de aplicación o ejecutiva. Es una fuerza que no tiene necesidad de mostrarse para imponerse, que habla sin intermediarios, que se produce y reproduce por, para y en el único lugar capaz de albergar la paz, la armonía, la risa y el conocimiento: el corazón del hombre.

Presentaremos dos ejemplos de estas reglas basadas en la oralidad. El primero es el corazón del padre que *habla* al corazón del hijo, y el segundo es el corazón del anciano que *habla* al corazón del gobernante y del pueblo.

A. La palabra del padre al hijo

a. Introducción

Hijo mío muy amado: Nota bien las palabras que quiero decir, y ponlas en tu corazón, porque las dejaron nuestros antepasados viejos y viejas, sabios y avisados, que vivieron en este mundo; es lo que nos dijeron, y lo que nos avisaron y encomendaron que lo guardásemos como en cofre y como oro en paño, porque son piedras preciosas muy resplandecientes y muy pulidas, que son los consejos para bien vivir, y que no hay raza ni mancha, dijéronlas los que perfectamente vivieron en este mundo; son como piedras preciosas que se llaman *chalchihuites* y zafiros, muy resplandecientes delante de nuestro señor, y son como plumas ricas muy finas, y muy anchas y muy enteras que están arqueadas; tales son los que las tienen en costumbre (y) llámanse persona de buen corazón.⁶⁷

b. No seas perezoso (acción justa)⁶⁸

Lo primero es que seas muy cuidadoso de despertar y velar, y no duermas toda la noche, porque no se diga de ti que eres dormilón y perezoso y soñoliento; mira que te levantes de noche, a la media noche, a orar y a suspirar y a demandar a nuestro señor, que está en todo lugar, que es invisible e

⁶⁷ Los textos de la palabra antigua fueron adaptados a la mitología cristiana y su estilo fue adoptado para la evangelización, Los Huehuetlatolli citados aquí son tomados de Bernardino de Sahagún, *Historia general...*, pp. 355 y 356.

⁶⁸ Véase la enumeración de estos preceptos en *ibidem*, pp. 359-361.

impalpable, y tendrás cuidado de barrer el lugar donde están las imágenes y de ofrecerlas incienso.

c. Camina correctamente (acción justa)

Lo segundo: tendrás cuidado de cuando fueres por la calle o por el camino que vayas sosegadamente, ni con mucha prisa ni con mucho espacio, sino con honestidad y madurez; los que no lo hacen así llámanlos *ixtotómac cuécuetz*, que quiere decir persona que va mirando a diversas partes, como loco, y persona que va andando sin honestidad y sin gravedad, como liviano y bullicioso. Asimismo dicen de los que van muy despacio *uiuiláxpol*, *xocotézpól*, *eticápol*, que quiere decir persona que va arrastrando con los pies, que anda como persona pesada y como persona que no puede andar de gordo, y como mujer preñada; o que vas andando haciendo meneos con el cuerpo, ni tampoco por el camino irás cabizbajo, ni tampoco irás inclinada la cabeza de lado, porque no se diga de ti que eres bobo o tonto y malcriado, y mal disciplinado, y que andas como muchacho.

d. Cuida tu manera de hablar (palabra justa)

Lo tercero que debes notar, hijo mío, es cerca de tu hablar. Conviene que hables con mucho sosiego; ni hables apresuradamente, ni con desasosiego, ni alces la voz, porque no se diga de ti que eres vocinglero y desentonado, o bobo o alocado o rústico; tendrás un tono moderado, ni bajo ni alto en hablar, y sea suave y blanda tu palabra.

e. Ver correctamente (visión justa)

Lo cuarto que debes notar es que en las cosas que oyeres y vieres (en) especial si son malas, las disimules y calles, como si no las oyeres, y no mires curiosamente a alguno en la cara, ni mires con curiosidad los atavíos que trae y la manera de su disposición, no mires con curiosidad el gesto y disposición de la gente principal, mayormente de las mujeres, especialmente de las casadas, porque dice el refrán que el que curiosamente mira a la mujer, adultera con la vista; y algunos fueron punidos con pena de muerte por esta causa.

f. Escuchar correctamente (oír justo)

Lo quinto que debes notar es que te guardes de oír las cosas que se dicen que no te cumplen, especialmente vidas ajenas y nuevas; dígase lo que se dijere, no tengas cuidado de ello, haz como si no lo oyeres, y si no te puedes apartar de donde se hablan estas cosas, o de donde se oyen, no respondas ni hables cosas semejantes; oye y no cures de hablar. Cuando algunos hablan de vidas ajenas, y dicen algunos pecados que son dignos de castigo, y tú llegas a oírlos, en especial si tú también hablares alguna palabra acerca de aquel negocio o pecado, a ti te será achacado, y atribuido lo que se dice y a ti te lo pondrán a cuestras, y serás preso, y aun castigado por ello; y según dice el refrán pagarán justos por pecadores; a ti te lo hecharán todo, todos se excusarán y a ti sólo echarán la culpa; todos los otros que oyeron y dijeron aquellas palabras, o que les toca, quedarán en paz, y tú serás llevado a juicio. Por lo ya dicho, hijo mío muy amado, conviene que abras muy bien los ojos y andes con mucho aviso, para que no mueras por tu necesidad y por tu poco saber; mira muy bien por ti.

g. Sé atento y comedido (acción justa)

Lo sexto, hijo mío, en que debes ser avisado es que no esperes a que dos veces te llamen; a la primera responde luego, y levántate luego, y ve a quien te llama; y si alguno te enviare a alguna parte, ve corriendo, ve en un salto; si te mandaren tomar alguna cosa tómallo de presto sin tardanza, sé muy diligente y muy ligero, no seas perezoso (...) no esperes a que dos veces te lo manden (porque si no) serás tenido por mal mandado y por soberbio, y por el mismo caso conviene que te quiebren la cabeza o en las espaldas lo que habías de traer.

h. Viste correctamente (acción justa)

Lo séptimo de que te aviso, hijo, es que en tus atavíos seas templado y honesto; no seas curioso en tu vestir, ni demasiado fantástico; no busques mantas curiosas ni muy labradas, ni tampoco traigas atavíos rotos y viles, porque es señal de pobreza y de bajeza, y de personas a quien nuestro señor tiene desechadas y son sin provecho y miserables, que andan por las montañas y por las sabanas buscando yerbas para comer y leña para vender; no conviene que imites a estos tales, porque son burladores y su manera de vivir es cosa de burla; traéte honestamente y como hombre de bien, ni traigas la manta arrastrando o muy colgada, de manera que vayas trope-

zando en ella por vía de fantasía; tampoco añadirás la manta tan corta que queda muy alta, pues en esto tendrás el medio; ni tampoco traigas la manta añudada por el sobaco; y aunque estas cosas veas que otros las hacen, no los imites.

i. Comer correctamente (acción justa)

Lo octavo que quiero que notes, hijo mío, es la manera que has de tener en el comer y en el beber: seas avisado, hijo, que no comas demasiado a la mañana y a la noche; sé templado en la comida y en la cena, y si trabajeres, conviene que almuerces antes que comience el trabajo.

*j. Sé moderado en tu vida sexual (acción justa)*⁶⁹

Antes de casarte

no te arrojes a la mujer como el perro se arroja a lo que ha de comer, no te hagas a manera de perro en comer y tragar lo que le dan, dándote a las mujeres antes de tiempo; aunque tengas apetito de mujer resísete, resiste a tu corazón hasta que ya seas hombre perfecto y recio; mira que el maguey si lo abren de pequeño para quitarle la miel, ni tiene sustancia ni da miel, sino piérdese; antes que abran al maguey para sacarle la miel lo dejan crecer y venir a su perfección y entonces se saca la miel.

De esta manera debes hacer tú, que antes que llegues a mujer crezcas y embarnezcas, y seas perfecto hombre,⁷⁰ y entonces estarás hábil para el casamiento y engendrarás hijos de buena estatura y recios, y ligeros y hermosos y de hábil para el trabajo corporal, y serás ligero y recio y diligente; y si por ventura destempladamente y antes de tiempo te dieras al deleite carnal, en este caso, dijéronnos nuestros antepasados que el que se arroja así al deleite carnal queda desmedrado, nunca es perfecto hombre y anda descolorido y desainado; andarás como cuartanario, descolorido, enflaquecido, serás como un muchacho mocososo y desvanecido y enfermo, y de presto te harás viejo arrugado; y cuando te casares, serás así como el que coge miel del maguey, que no mana porque le agujerearon antes de tiempo, y el que chupa para sacar la miel de él, no saca nada, y aborrecerle ha y desecharle ha; así te hará tu mujer, que como estás ya seco y acabado, y no tienes qué darle, le dices no puedo más; aborrecerte ha y desecharte

⁶⁹ *Ibidem*, p. 358.

⁷⁰ El consejo es tanto para los varones como para las mujeres.

ha, porque no satisfaces a su deseo, y buscará otro porque tú ya estás agotado; y aunque no tenía tal pensamiento por la falta que en ti halló hacerte ha adulterio, y esto porque tú te destruiste, dándote a mujeres y antes de tiempo te acabaste.

Después de casarte mira que no te des demasiadamente a (tu mujer) porque te hecharás a perder, aunque es así que es tu mujer y es tu cuerpo; conviénete tener templanza en usar de ella, bien así como el manjar, que es menester tomarlo con templanza; quiero decir, que no seas destemplado para con tu mujer sino que tengas templanza en el acto carnal; mira que no sigas al deleite carnal porque pensarás que te deleitas en lo que haces, y que no hay otro mal en ello, pero sábetete que te matas y te haces gran daño en frecuentar aquella obra carnal.

Dijeron los viejos que serás en este caso, como el maguey chupado que luego se seca y será como la manta de que cuando la lavan hínchese de agua; pero si la fuerces reciamente luego se seca.

Así serás tú, que si frecuentares la delectación carnal, aunque sea con tu mujer solamente, te secarás y así te harás mal acondicionado y mal aventurado, y de mal gesto, ni nadie querrá hablar contigo, y andarás afrentado.

He aquí dos ejemplos que ilustran lo anterior.

1) Un viejo muy viejo y muy cano, fue preso por adulterio, y fuele preguntando que siendo tan viejo cómo no cesaba del acto carnal. Respondió que entonces tenía mayor deseo y habilidad para el acto carnal, porque en el tiempo de su juventud no llegó a mujer, ni tampoco en aquel tiempo tuvo experiencia del acto carnal, y que por haberlo comenzado después de viejo estaba más potente para esta obra.

2) Siendo vivo el señor de Tezcucó, llamado *Nezahualcoyotzin*, fueron presas dos viejas, que tenían los cabellos blancos como la nieve de viejas, y fueron presas porque adulteraron e hicieron traición a sus maridos, que eran tan viejos como ellas, y unos mancebillos sacristanejos tuvieron acceso a ellas.

El señor *Nezahualcoyotzin*, cuando las llevaron a su presencia para que las senteciase, preguntándolas diciendo: Abuelas nuestras, ¿es verdad que todavía tenéis deseo de deleite carnal? ¿Aún no estáis harta siendo tan viejas como sois? ¿Qué sentíades cuando érades mozas? Decídmelo, pues que estáis en mi presencia, por este caso.

Ellas respondieron: Señor nuestro y rey, oiga vuestra alteza: Vosotros los hombres cesáis de viejos de querer delectación carnal, por haber frecuentádola en la juventud, porque es nuestro cuerpo como una sima y como una

barranca honda que nunca se hinche, recibe todo cuanto le echan y desea más y demanda más, y si esto no hacemos no tenemos vida-. Esto te digo, hijo mío, para que vivas recatado y con discreción, y que vayas poco a poco, y no te des prisa en este negocio tan feo y perjudicial.

k. Exhortación final (acción justa)⁷¹

Una cosa te quiero decir, que te conviene mucho tener en la memoria, porque es mucho digna de notar que es sacada de los tesoros y cofres de nuestros mayores, (los cuales) dijeron: el camino seguro por donde debemos caminar en este mundo es muy alto y muy estrecho, y desviando a cualquiera parte de este camino no podemos sino caer en una profunda barranca, y despeñarnos de una gran altura; esto quiere decir que es necesario que todas las cosas que hiciéremos y dijéremos sean regladas con la providencia; lo mismo hemos de guardar en lo que oyéremos, y en lo que pensáremos.

B. *La palabra del anciano al gobernante y al pueblo.*

a. Introducción

La palabra antigua recomendaba también el buen gobierno y una vida honesta. Bernardino de Sahagún recopiló el siguiente documento

en que se pone una larga plática con que el señor hablaba a todo el pueblo la primera vez que les hablaba; exhórtalos a que nadie se emborrache, ni hurte, ni cometa adulterio; exhórtalos a la cultura de los dioses, al ejercicio de las armas y a la agricultura.⁷²

Oíd con atención todos los que presentes estáis, que os ha aquí juntado nuestro señor dios a todos los que regís y tenéis cargo de los pueblos a mí sujetos: vosotros, que tenéis algun cargo de república, que habéis de ser como padre y madre de ella; y también estáis presentes todos los nobles y generosos, aunque no tengáis cargo de república; también estáis presentes vosotros, los que sois valientes y esforzados como águilas y como tigres, que entendéis en el ejercicio militar; también estáis aquí, mujeres nobles y señoras generosas: ¡deseo a todos la paz de nuestro señor dios todopoderoso, criador y gobernador de todos!

⁷¹ *Ibidem*, p. 361.

⁷² *Ibidem*, pp. 331-338.

b. No emborracharse, no robar (acción justa)

Lo que principalmente encomiendo es que os apartéis de la borrachería, que no bebáis *octli*, porque es como beleños que sacan al hombre de su juicio, de lo cual mucho se apartaron y temieron los viejos y las viejas, y lo tuvieron por cosa muy aborrecible y asquerosa, por cuya causa los senadores y señores pasados ahorcaron a muchos, y a otros quebraron las cabezas con piedras, y a otros muchos azotaron [...] si bebieses, harás lo que tu corazón desea, harás tu voluntad en secreto y en tu casa, pero nuestro señor dios, a quien ofendes, ve todo lo que pasa, aunque sea dentro de las piedras y de los maderos, y dentro de nuestro pecho, todo lo sabe y todo lo ve; aunque yo ni te veo, ni sé lo que haces, pero dios que te ve, te publicará y echará tu pecado en la plaza; manifestarse ha tu maldad, y tu suciedad [...] Nota bien, tú que presumes de hombre, que aquel o aquellos que fueron ilustres y grandes, y famosos por sus obras notables, que son como tú, y no son de otro metal, ni de otra manera que tú, son tus hermanos mayores, y menores; su corazón es como el tuyo; su sangre es como la tuya, sus huesos como los tuyos y su carne como la tuya; el mismo dios que te puso a ti el espíritu con que vives y te dio el cuerpo que tienes, ese mismo dios a aquél espíritu y cuerpo con que vive [...] Y si por ventura (tu corazón) está sucio o manchado, y tus costumbres son malas, porque te emborrachas, y andas como loco, y bebes y comes lo que no te conviene, no eres para regir, ni convienes para los estrados, ni para el señorío; y si por ventura eres carnal y sucio y dado a cosas de lujuria, no eres tú para el palacio, ni para entre los señores; y si por ventura eres inclinado a hurtar y tomar lo ajeno, y hurtas y robas, no eres para ningún oficio bueno; examínate y mírate, si eres tal que merezcas llevar a cuestras el pueblo, y su regimiento y gobierno, para ser madre y padre de todo el reino [...] Y tú, que pusieres por obra estas cosas, y las guardares en tu corazón, y las apretares en tu mano, las cuales te he dicho y mandado a ti solo, harás bien, contigo harás misericordia, y con esto vivirás consolado, vivirás consolado sobre la tierra y aumentarás tu fama para con los viejos y antiguas personas, y a los demás darás buen ejemplo para seguir la virtud. No tengo más que decir, sino que ruego a nuestro señor dios que os dé mucha paz y sosiego.

Los *huehuetlatolli*, pues, son ejemplos de la tradición oral del derecho consuetudinario americano. La historia preservó también ejemplos de su tradición escrita basada en los manuscritos pictográficos.

2. *La tradición escrita*

A. *Las leyes de los indios*

Estas son las leyes que tenían los indios de la Nueva España. Anáhuac ó México, con este título fray Andrés de Alcobiz publicó en 1543 una recopilación de leyes tomada de los manuscritos pictográficos: “Las saqué de un libro de sus pinturas, á donde por pinturas están escritas estas leyes”.⁷³

a. Las leyes sobre los brujos y asaltantes de caminos

El brujo que echaba un mal conjuro a una ciudad era sacrificado abriéndole el pecho. Era colgado si utilizando la brujería dormía a los propietarios de una casa para robar. Igualmente si administraba bebidas envenenadas. Los asaltantes de caminos eran colgados.

b. Las leyes sobre la lujuria

Las personas que cometían incesto eran colgadas. Las que practicaban el adulterio eran lapidadas o ahogadas en prisión. El aborto era castigado con pena de muerte. Los travestis eran colgados.

c. Las leyes sobre la guerra

Los reinos dominantes, México, Texcoco y Tlacopan, tenían el derecho de declarar la guerra a los pueblos rebeldes y hacían distinción entre un levantamiento de jefes y la revuelta de todo el pueblo.

Un guerrero que atacaba al enemigo sin autorización de su capitán era estrangulado. La pena de muerte se aplicaba al guerrero que quitaba el botín a otro. El traidor era cortado en pedazos, antes perdía todos sus bienes y los miembros de su familia pasaban a ser esclavos (entre los aztecas, la esclavitud consistía en el trabajo forzado).

⁷³ Véase Orozco y Berra, Manuel, *Historia antigua de la conquista de México*, t. 1, México, Porrúa, 1960, p. 227. Las leyes se encuentran de la página 223 a la 228.

d. Las leyes sobre los robos

Un ratero en un mercado público era muerto a palos ahí mismo. El ratero de maíz era colgado (los viajeros podían tomar en su camino el maíz necesario para alimentarse y poder continuar su viaje).

e. Las leyes sobre los jueces

La pena de muerte era aplicada a los jueces cuando daban un falso relato de los litigios al Señor, o si sus sentencias eran injustas. Cada reino tenía, de hecho, además de su Consejo Militar, dos consejos judiciales. Uno para resolver los conflictos entre las gentes del pueblo (tlaxitlan, era el lugar donde se resolvían los casos penales, y teccalli o teccalco, donde se resolvían los civiles), y el otro para resolver los conflictos entre los nobles (tecpilcalli).⁷⁴

B. Las ordenanzas de Nezahualcoyotzin

Fernando Alva Ixtlilxóchitl fue un mestizo que estudió en el colegio franciscano de Santa Cruz, en Tlatelolco, hacia 1578.⁷⁵ Descendiente del rey Nezahualcoyotzin, Alva reunió algunas leyes de su reino.⁷⁶

En dichas leyes constan algunos delitos que Andrés de Alcobiz ya había mencionado: el adulterio, la mala brujería. Sin embargo, había otros delitos castigados con la pena de muerte: la prostitución, el homicidio, el celestinaje, la ebriedad y la pérdida de la castidad de los chamanes.

Alva Ixtlilxóchitl dejó también testimonio de la organización judicial india y dos ejemplos de la aplicación de su sistema jurídico.⁷⁷

a. La organización judicial

Los reyes de Tetzcuco, demás de los jueces y ministros que se han referido, tenían sus secretarios y relatores que con mucha cuenta y razón juntaban

⁷⁴ Bernardino de Sahagún, *Historia general...*, *cit.*, pp. 465-467.

⁷⁵ Garibay K., Ángel María, “Los historiadores...”, *cit.*, p. 141.

⁷⁶ Alva Ixtlilxóchitl, Fernando, *Obras históricas*, t. I, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Históricas, 1975, pp. 385-386.

⁷⁷ *Obras históricas*, t. I, México, Oficina Tipográfica de la Secretaría de Fomento, 1891, pp. 297-300. Es de destacarse el sabroso ritmo del castellano de la época.

los pelitos y demandas que en las audiencias se ofrecían, y que con cuidado hacían relación de ellos á los reyes y sus jueces, de manera que cualquiera pleito se seguía y más siendo grave, con mucha orden hasta la definitiva y aprobación de ella por el rey; y aunque el pelito fuese muy grave, no había de pasar de ochenta días, porque los demás se despachaban breve y sumariamente.

b. La aplicación del sistema jurídico

- El proceso de dos hombres adúlteros y la manera como el rey abrogaba las leyes.

Entre las cosas que pasaron en tiempo de Nezahualpiltzintli, dué que un secretario le hizo relación, cómo los jueces de la sala del crimen habían condenado con pena de muerte á dos adúlteros en la tercera especie, que tenían pena de ser ahorcados, de los cuales el uno era músico y el otro soldado, y que los presidentes supremos de los cuatro consejos á quienes pertenecía la definición y confirmación de cualquiera de los casos graves, tenían dada la confirmación en la sentencia referida, y sólo restaba la aprobación del rey: el cual oída la relación del secretario y cogiendo el pincel, echó un rayo de tinta negra sobre el músico y se dejó al soldado. El secretario llevó á mostrarla á los presidentes supremos, y pareciéndole á ellos que el rey iba contra las leyes y las derogaba, entraron con la pintura á requerirle guardase las leyes de su padre y abuelos; mas él les dijo que no iba contra ellas, sino que como persona á quien competía mejorarlas, mandaba por ely expresa que desde aquel día en adelante el soldado y hombre militar que fuese hallado en la tercera especie de delito de adulterio, fuese condenado á perpetuo destierro en una de las fronteras y presidios que el imperio tenía, pues con esto quedaba muy bien castigado y á la república se le seguía mayor utilidad, porque los soldados eran la defensa y amparo de ella.

- El castigo de una mujer adúltera, el lamento de su marido y el perdón real.

Otro castigo ejemplar hizo en una señora mujer de un caballero ciudadano llamado Teanatzin, la cual estando el rey en un sarao y danza se aficionó á él, y estaba tan ciega de su afición, que le obligó á decirle su sentimiento, y el rey le mandó entrar en sus cuartos, y habiéndola conocido y sabido que era mujer casada, la mandó matar y darle garrote y llevarla á echar á una barranca en donde se echaban los adúlteros y adúlteras y dos niños

hijos de ella que los había traído consigo, los mando llevar el rey á casa de su padre con muy grandes dones, y con ellos ciertas amas y criadas para que los criasen y doctrinasen; y el caballero, sabido el caso, respondió á los mensajeros con muy gran sentimiento, porque amaba y quería á su mujer, por ser como era mujer hermosísima y de gran donaire, diciendo que ya que el rey se había aprovechado de ella ¿por qué la había muerto?; que más razón era que se la dejara con vida, y no perder como perdía una mujer que tanto amaba y quería. Supo el rey de la respuesta, y mandó poner á este caballero en unos calabozos aprisionado, con intento de castigarle con castigo que fuese conforme merecía su respuesta y poca estimación de su honra; y como caso que no había sucedido á otros, se estuvo muchos días en los calabozos preso, y viéndose en tan larga y obscura prisión compuso un elegantísimo canto, que representaba toda su tragedia y trabajos, y por favor y negociación que tuvo con los músicos del rey, que eran sus amigos y conocidos, tuvieron modo y traza para cantarlo en unas fiestas y saraos que el rey tenía: el cual canto estaba con tan vivas y sentidas palabras, que movió el ánimo del rey á gran compasión, y así lo mandó soltar luego de la prisión en que estaba, y trayéndole ante sí le satisfizo la causa tan eficaz que le movió á castigar con pena de muerte á su mujer; pues había sido ella el instrumento para hacerle quebrantar é ir contra una de las leyes de su reino, y que sin duda (según era la melodía y dulzura de sus palabras), le engañarían si no fuera que reparó en ver aquellos niños, que sería mujer casada como en efecto ella se lo confesó; y habiéndole dicho muchas razones de su consuelo y doctrina, le mandó dar una señora doncella por mujer, y otros muchos dones y mercedes con que quedó muy bien puesto. Y estaba de tal manera cuando lo sacaron de los calabozos, que parecía un salvaje según le habían crecido sus cabellos, y encanecido.

Para Andrés de Olmos y Bernardino de Sahagún, los huehuehtlatolli eran *sermones*. Para Andrés de Alcobiz y Fernando de Alva Ixtlixochitl, los manuscritos pictográficos eran *leyes, ordenanzas*. La existencia de un derecho basado en la palabra era impensable en la época. Para los sacerdotes-investigadores, el descubrimiento, por una parte, de *la palabra antigua*, les permitió apropiarse de un influyente instrumento de cristianización a pueblos acostumbrados a *escuchar-obedecer*. Por otro lado, para el europeo acostumbrado a *leer-obedecer*, el descubrimiento de los *libros de pinturas* permitió confirmar la existencia de reglas, pero utilizándolas según las nociones jurídicas europeas.

Los trabajos de etnología jurídica colonial explicaron las leyes que los indios tenían *antes de la colonización*, pero no las que conservaron *du-*

rante el periodo colonial. Por ello es difícil imaginar cómo las autoridades coloniales podían aplicar las leyes que no conocían. Los testimonios sobre la aplicación del derecho consuetudinario en la colonización son derivados de la vida judicial ligada al derecho estatal español. Sabemos que los virreyes tenían dos audiencias por semana para escuchar las quejas de los indios, y que el Juzgado General de Indios tenía intérpretes indios.⁷⁸ Sin embargo, ignoramos la vida judicial india en el marco del derecho consuetudinario americano.

En este contexto de dominación, la doble tradición del derecho consuetudinario se rompió. La tradición escrita fue interrumpida. Los lugares donde ella era enseñada (los *calmecac*) cerraron. Las personas que sabían escribir (los *tlacuilos*) fueron utilizadas para apoyar las investigaciones de los misioneros. La tradición oral fue, entonces, el único refugio del derecho consuetudinario. Gracias a los ancianos, la tradición jurídica consuetudinaria fue preservada durante la Colonia.

La coexistencia de culturas jurídicas europeas y americanas se enriqueció con otras culturas: la africana y la mestiza. La primera importada de África y la segunda producto de la mezcla biológica. En Nueva España, sin embargo, dos mundos se definieron: el de los hispánicos y el de los indios americanos. El resto fue considerado, en general, como miembros de *castas*. Las más importantes fueron el mestizo (indio + español), el mulato (negro + español), y el zambo (indio + negro). Las otras fueron: castiso (mestizo + español), español (español + castiso), morisco (mulato + español), albino (español + morisco), torna atrás (español + albino), lobo (torna atrás + indio), zambayo (lobo + indio), cambujo (zambayo + indio) y albarazado (cambujo + mulato).⁷⁹

Esta coexistencia no se mantuvo sin sobresaltos. En 1541, por ejemplo, la región occidental de México (Tequila, Jalisco, montaña de Zacatecas, costa de Sinaloa, sierra del Nayar, valle de Tepic), se rebeló contra el sistema colonial después de la “visita” de Nuño de Guzmán. El virrey mismo enfrentó a los rebeldes y con la complicidad de 50 000 indios del centro, triunfaron finalmente.⁸⁰ En 1609, los negros de Orizaba, Veracruz, se levantaron contra las autoridades coloniales. Encabezados por Yanga

⁷⁸ Soberanes, José Luis, *Los tribunales...*, *cit.*, pp. 165-203.

⁷⁹ Miranda, José, “Época colonial...”, *cit.*, p. 267; Museo de América (ed.), *El mestizaje americano*, Madrid, Dirección de Museos Estatales, Dirección General de Bellas Artes y Archivos, Ministerio de Cultura, Instituto de Cooperación Iberoamericana, 1985.

⁸⁰ Duverger, Christian, *op. cit.*, pp. 237-242.

obtuvieron el reconocimiento de la autonomía territorial de San Lorenzo de los Negros.

La Corona española intentó integrar este mosaico racial separando, sobre todo, a los indios de las castas, incluso de los españoles. Esta política integracionista se ejerció en doble sentido: la separación territorial y social del indio y su separación jurídica al establecerse leyes y tribunales especiales.⁸¹

Ante tal situación discriminatoria, los indios debieron adaptarse aprovechando la relativa autonomía que tenían, explotando los pequeños oficios y preservando sus valores colectivos.⁸²

Finalmente, los “indios americanos quedaron al margen de las sociedades colonial y, luego nacional. Fueron por éstas considerados como elementos extranjeros o externos”.⁸³

En el siglo XIX, el proceso de formación de la sociedad “nacional” se inició. Los nuevos gobernantes adoptaron y adaptaron la organización social estatal. La estructura colonial se conservó, pero revestida con los principios del liberalismo. El derecho estatal mexicano iba a nacer en tránsito.

⁸¹ Miranda, José, “Los indígenas de América en la época colonial. Teorías, legislación, realidades”, *Cuadernos Americanos*, núm. 1, año XXIII, vol. CXXXII, enero-febrero de 1964, p. 157.

⁸² *Ibidem*, pp. 157 y 158.

⁸³ *Ibidem*, p. 159.