

LA EVOLUCIÓN DEL PENSAMIENTO JURÍDICO EN MÉXICO RESPECTO AL DERECHO INDÍGENA

Ma. del Carmen CARMONA LARA

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Marco de referencia conceptual.* III. *Etapas del pensamiento jurídico respecto al derecho indígena.* 1. *El pensamiento jurídico de fray Bartolomé de las Casas.* 2. *El pensamiento jurídico colonial y el derecho indígena.* 3. *El pensamiento jurídico respecto al derecho indígena en la época independiente.* 4. *El pensamiento jurídico respecto al derecho indígena en la Revolución.* 5. *El pensamiento jurídico respecto al derecho indígena en el periodo posrevolucionario.* IV. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

El presente estudio es tan sólo una parte de un proyecto que tiene el Instituto de Investigaciones Jurídicas con el Instituto Nacional Indigenista, que intenta rescatar al derecho indígena como un derecho vivo, ya que la mayor parte de los grupos indígenas carecen de suficiente información y de adecuada interpretación en materia jurídica. Además de que por parte de la población mestiza mayoritaria existe desinformación respecto de los usos legales en el ámbito indígena. Dado que la legislación local y federal vigentes no prevén los mecanismos que pudieran compensar las desventajas especiales que, por lengua y cultura, el indio enfrenta, y debido a que la UNAM, a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas, puede alcanzar el logro de hacer llegar a los sectores más necesitados los beneficios de la investigación, la docencia y la cultura, y el INI tiene como objetivo central el contribuir al bienestar de las comunidades indígenas. Es este el contexto en que aparece este estudio.

Se intentará, en el segundo apartado, hacer un acercamiento al concepto de derecho indígena y el método posible para abordarlo. El tercer apartado es una breve reseña histórica de la evolución del pensamiento jurídico respecto al derecho indígena.

Pero el objetivo principal al presentar la ponencia en este IV Congreso de Historia del Derecho Mexicano es dar a conocer el trabajo que se está realizando en el Instituto de Investigaciones Jurídicas por varios especialistas y crear inquietud respecto del tema.

El trabajo en conjunto y de forma interdisciplinaria es el que más frutos da en la actualidad para explicar fenómenos que se enfrentan a una realidad compleja y de difícil explicación; así pues, cualquier aportación a este trabajo será bien recibida por este grupo de trabajo, sobre todo si se toma en cuenta la necesidad de que los investigadores jurídicos necesitan de datos que aporten especialistas en la materia de otras ramas de las ciencias sociales. Es pues, el presente trabajo, una reflexión pobre que se enriquecerá en la medida en que empiecen a interesarse y publicarse estudios sobre el tema.

II. MARCO DE REFERENCIA CONCEPTUAL

Reflexiones sobre el concepto de derecho indígena

El derecho indígena en México es entendido como una curiosidad antropológica, más que como un objeto de estudio jurídico. Sin embargo, no se puede desconocer la existencia de más de cincuenta¹ comunidades indígenas que tienen en sus tradiciones y formas de convivencia elementos que pueden ser considerados como jurídicos y que son susceptibles de un análisis especial.

El intentar hacer algunas reflexiones sobre el derecho indígena, permite darle cierto contenido y descubrir qué elementos son importantes para permitir la teorización y el análisis del mismo.

El primer problema a resolver para acercarse al tema, es el de la existencia de este derecho, es decir, si realmente existen dentro de las normas de convivencia y tradición de las comunidades indígenas, elementos que tengan la posibilidad de encuadrarse en el estudio propiamente jurídico; o es necesario crear una metodología diferente para abordarlo, dadas las características de las normas que son susceptibles de este análisis.

Con esta pregunta en realidad surge otro problema a solucionar, que es el de replantear el concepto mismo del derecho, que en su conceptualización "moderna" entraña siglos de evolución, relación de diferentes sistemas jurídicos, recepción de éstos, interdependencia, adaptación, que le dan una conformación muy peculiar, debido a que se han desarrollado atendiendo a circunstancias histórico-sociales distintas, según el grado de evolución de las relaciones sociales de un pueblo, en un momento determinado, y que necesitan formas de solución específicas para apoyar su estabilidad y convivencia.²

¹ INI, *Grupos étnicos*, México, 1981, t. II.

² Sabemos que el concepto no sea tal vez el más adecuado, pero es necesario para

En este sentido, el derecho indígena ¿puede ser considerado como un sistema jurídico?, es decir, es un todo coherente, con instituciones jurídicas y formas de expresión específicas, o el análisis, por la diversidad de comunidades y formas de organización social, y por ende de costumbres jurídicas, nos puede llevar a abordar el aspecto jurídico de estas normas de convivencia y tradición de cada comunidad, como si fueran un sistema autónomo por cada comunidad, y su análisis únicamente puede darse por caso.

En realidad estas cuestiones, en el momento en que se encuentra el estudio, no pueden ser aclaradas; sin embargo, parecería que considerar al derecho indígena como un sistema jurídico, sólo podrá hacerse una vez que sean rescatados y analizados los diversos "derechos indígenas" que cada comunidad tenga.

Labor titánica que además deberá tener en una primera fase la creación de una metodología específica que permita desentrañar de los datos históricos y antropológicos los elementos jurídicos. En los últimos años el elemento "indígena" ha sido objeto de múltiples análisis por parte de las ciencias sociales, de ahí la necesidad de aprovechar este material en forma interdisciplinaria.

Una vez resuelta su existencia, será necesario analizar su supervivencia, y este problema sólo puede resolverse ubicando al derecho indígena en tiempo y espacio. Estos conceptos límite son fáciles de manejar cuando el objeto de estudio se encuentra claramente determinado. Pero en el caso que nos ocupa se convierten en una de las dificultades metodológicas a salvar, puesto que se traslapan.

Normalmente se considera el elemento "indígena" como reducto del pasado, como algo que está en vías de extinción, debido al proceso de desarrollo económico-social que impera en nuestros días. Pero no se puede negar que las comunidades indígenas se encuentran en este momento con formas de convivencia y organización social de hace milenios, y con tradiciones tan arraigadas que conforman su esencia.

En una afirmación aventurada, podemos decir que si se intenta explicar la evolución del derecho indígena, se estaría haciendo un análisis de la historia del derecho vivo, es decir, no hay forma de establecer el límite de tiempo para ubicarlo, cuando esto se haga en forma general, ya que el presente es el pasado, y el futuro probablemente sea

establecer cierta unidad conceptual para poder diferenciar al derecho indígena del derecho propiamente dicho. Tal vez la expresión de modernidad no sea la acertada, pero como categoría de explicación puede ser útil, puesto que no podemos contraponer al derecho indígena con el derecho mexicano, ya que éste forma parte de él. La expresión derecho occidental también puede crear cierta confusión, al igual que el término de derecho contemporáneo, ya que el derecho indígena también lo es.

el presente, pero tampoco es esto lo deseable o esperado para la evolución de este derecho.

Respecto a la ubicación en el espacio, las comunidades indígenas se encuentran en el mismo lugar desde hace varios siglos, ya que el proceso de sedentarización de la sociedad, que surge del proceso de industrialización, detiene su movilidad. Sin embargo, al aparecer nuevas formas de organización les han superpuesto instituciones políticas, como las fronteras, que hacen que su ubicación sea distinta. Qué decir de los mayas, a los que les han superpuesto las fronteras centroamericanas, o de algunas comunidades indígenas que en México se ubican en diferentes entidades federativas. Estas comunidades han cambiado su ubicación sin haberse trasladado, y lo único que queda entonces es defender su identidad, la propia, no la impuesta por el proceso de desarrollo de la "otra comunidad".

Por lo anterior, se puede decir que los límites de tiempo y espacio se dan en lo "indígena" como algo difuso, y cualquier análisis que pretenda desentrañar alguna de sus características, deberá intentar salvar esta dificultad.

Desde el punto de vista jurídico, la situación es un poco más compleja que para otras áreas de análisis social, ya que conceptos claves del derecho se remiten a estos conceptos límite. Conceptos como autonomía, jurisdicción, nacionalidad, vigencia, soberanía, se encuentran íntimamente relacionados con el tiempo y el espacio, y son afectados en el momento en que estos conceptos se tornan difusos. Es por ello que será necesario encontrar una vía de análisis que aun con esta falta de ubicación permita entender al derecho indígena en México.

Otro problema a dilucidar, respecto al derecho indígena, es el de su integración; entendemos por ésta, la adaptación que en las diversas instituciones que se crean a partir del surgimiento del Estado, se superponen y trastocan al derecho indígena, alterándolo y creando nuevas formas de expresión de éste.

Una vía de análisis que puede aclarar esta situación, es el estudio comparado de la forma de recepción del derecho romano en Europa, y aun en América Latina, que permita ver si el "derecho moderno" ha influido en la misma forma, ya que muchos datos apuntan hacia ello. Más aún si se toman en cuenta las características del derecho indígena, que es muy similar a los derechos influenciados por el derecho romano.

Cabe aclarar que para poder acercarse a un concepto de derecho indígena, es necesario un análisis interdisciplinario y transdisciplinario, para que los datos que aporten otras ramas del derecho y de otras cien-

cias sociales, sean el instrumento que permita la construcción de este derecho.

Como fases del estudio y para llegar al concepto, sería necesario, en primer lugar, intentar el rescate de los conceptos jurídicos del derecho indígena, dejando a un lado la concepción del derecho moderno; esto se puede lograr con estudios de caso por comunidad. En una segunda fase, al poder detectar la generalización o instituciones constantes en las diferentes comunidades, se tendría la posibilidad de dar contenido al concepto de derecho indígena.

Desde el punto de vista del método para abordar al derecho indígena, tomaremos las palabras de Esquivel Obregón: "Al tratar el derecho indio no puede siquiera pensarse en ninguna cronología; hay que tomar nota de los hechos que se consideran bien comprobados, como base para inducciones en el campo de la cultura jurídica."³

III. ETAPAS DEL PENSAMIENTO JURÍDICO RESPECTO AL DERECHO INDÍGENA

Debido a la forma de integración de la sociedad mexicana y a su forma de organización, el derecho indígena ha sido objeto de múltiples análisis a través de su historia. Si bien estos estudios han sido enfocados principalmente al aspecto antropológico o histórico, diversos juristas también se han dedicado a la labor de estudiar el derecho de las comunidades indígenas en nuestro país.

Sin embargo, cabe aclarar que estos estudios generalmente son descriptivos y subjetivos, pues dependen de lo que el jurista entienda por "lo indígena". En ocasiones estos análisis son también impresionistas, pues es el enfrentamiento de dos cosmovisiones, una que surge del objeto de estudio, el derecho indígena, y otra, el marco de referencia personal del jurista o investigador, que tiene una visión de lo jurídico ya formada y al que le es difícil entender formas jurídicas diferentes a las que conoce. Más aún en el caso del derecho mexicano, en donde la tradición escrita se enfrenta a la tradición oral del derecho indígena y a su carácter consuetudinario.

Por ello, en el presente apartado tan sólo se dará una muestra de ciertos autores que en diferentes épocas han abordado el tema, para conformar lo que podría llegarse a llamar el pensamiento jurídico actual respecto al derecho indígena.

³ Esquivel Obregón, Toribio, *Apuntes para la historia del derecho en México*, México, Ed. Polis, 1937, t. II *Los Orígenes*, p. 17.

1. *El pensamiento jurídico de fray Bartolomé de las Casas*

Edmundo O'Gorman, en el estudio preliminar de la *Apologetica sumaria*,⁴ nos dice que Las Casas, para demostrar que las naciones indígenas del Nuevo Mundo cumplen con el sexto requisito para conformarse como sociedades temporalmente perfectas, recurre, en primer lugar, a una prueba *a priori* y, en segundo sitio, a una prueba *a posteriori*.

Los capítulos 195-196 están dedicados a la primera, y el argumento o prueba se reduce a hacer ver que basta la existencia misma de las sociedades indígenas para probar que en ellas se cumple el sexto requisito de toda sociedad temporalmente perfecta, porque si hubieran carecido de jueces y gobernantes no habrían surgido o no se habrían perpetuado. En efecto, sin justicia, o sea la "virtud social" por excelencia fundamento de las demás virtudes, es imposible, dice Las Casas, que se mantenga una sociedad. Debe concluirse, pues, que las naciones del Nuevo Mundo conocieron las diversas especies de justicia y, por lo tanto, que tuvieron justa y razonable gobernación, sin que importe el caso de si fue monárquica, aristócrata o republicana.⁵

En seguida se estudian las sociedades indígenas, ya no desde el punto de vista de la justicia, sino de los tres requisitos que deben concurrir en toda sociedad para que se pueda mantener, o sea, que los ciudadanos estén constituidos en unidad por vínculo de paz; que sean guiados hacia el bien común, y que tengan lo necesario para garantizar la existencia de la vida social. Así, la obligación primordial del buen gobernante es velar porque la sociedad se conserve en el estado que supone la concurrencia de estos tres requisitos. Pero existen tres amenazas a toda sociedad. La primera proviene de la naturaleza y consiste en la muerte de los ciudadanos; la segunda, procede del seno mismo de la sociedad, es decir, la conducta criminal de algunos ciudadanos, y la tercera se origina fuera de la sociedad, o sea, la amenaza de sus enemigos. El buen gobernante debe, pues, enfrentarse a estos peligros y vencerlos. Tal es el origen de las leyes.⁶

Ahora bien, como es notorio que las sociedades indígenas del Nuevo Mundo se conservaron, es forzoso admitir que en ellas se cumplieron aquellos tres requisitos y que tuvieron una legislación adecuada para conjurar los tres peligros que amenazan toda sociedad. Se sigue de esto

⁴ Las Casas, Bartolomé de, *Apologetica historia sumaria*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Históricas, 1967, t. I, p. L.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*.

que las naciones indígenas no fueron gobernadas tiránicamente, sino en provecho común y que su gobierno fue bueno y natural como es el del padre respecto al hijo.⁷

O'Gorman encuentra en los capítulos 197-262 la prueba *a posteriori*, en el examen concreto de estas cuestiones en cada una de las sociedades indígenas.

Las Casas dedica del capítulo 211 al 228 a lo que podemos llamar la descripción jurídica; cabe hacer notar que los capítulos subsiguientes son los que se refieren a la educación, concepto que parece siempre estar ligado con el concepto de derecho que describe Las Casas.

En el capítulo 214, Las Casas concluye:

De lo dicho, pues, parece la orden buena y política que aquellas gentes tenían en sus repúblicas por sus buenas leyes, unos delitos prohibiendo y castigando, conviene a saber, los que cognoscían ser en daño del estado dellas; otros, que si los quitaran del todo sucedieran males mayores, disimulando y permitiendo. Que no hizo más alguna república de gente muy política, ni hace menos, ni más hoy la cristiana policía.⁸

El capítulo 215, "En el cual se refieren todas las leyes por las cuales los reinos de la Nueva España se regían", describe las diferentes formas de castigo y los delitos, pero en un párrafo Las Casas aclara:

Alguna destas leyes suso referidas no son del todo auténticas, por que se sacaron de un librito de indios no autorizado; pero las que siguen son tenidas por auténticas y verdaderas, en las cuales se prohíben y castigan cuatro principales crímenes: el primero, de los hechiceros y salteadores; el segundo, de los ladrones, el tercero de los carnales; el cuarto de las guerras.⁹

Es claro que para Las Casas el elemento de "lo indígena" está configurado por una serie de elementos en los cuales priva su admiración por esta nueva cultura a conocer, y la necesidad de su defensa. Así lo hace notar en el último párrafo del capítulo 216, "En el cual se comparan las dichas leyes a las de otras naciones antiguas tenidas por bien políticas, y se averigua igualar éstas con muchas dellas, y a otras hacerles ventaja y ser las éstos mejor ordenadas y con mayor discreción

⁷ *Idem*, p. 4.

⁸ *Idem*, t. II, p. 397.

⁹ *Idem*, p. 399.

y prudencia".¹⁰ En el párrafo, Las Casas describe que un español reprendía a un indio sobre el rigor de aquella ley que por coger unas pocas mazorcas o espigas de maíz hiciese esclavo, el indio respondió:

Estas engañado, señor, porque si aquesta ley no se guardara con vigor y fuera tal que diera poca pena, cada uno quisiera no trabajar, sino gozar de los trabajos y sembradas ajenas, y así se hicieran los hombres ociosos, no curando de sembrar, y por consiguiente todos o muchos fueran ladrones y se perdiera la tierra.¹¹

El español, dice Las Casas, quedó tan confuso cuan satisfecho.

Se puede decir que el pensamiento de Las Casas respecto al derecho indígena es de respeto, por lo que debe intentarse su difusión. Las fuentes que maneja en ocasiones son directas y su forma de descripción, permite un entendimiento claro. Esto se explica con más facilidad si atendemos al pensamiento de Esquivel Obregón, que establece que la historia jurídica del indio precortesiano presenta grandes dificultades, comenzando porque la falta de escritura fonética o aun ideográfica de alguna extensión, hace que no tengamos textos legales propiamente dichos, sino que, así como los romanos de tiempo de Cicerón sólo consultaban para historiar a su país anales, así nuestros historiadores sólo consultan a los autores de la primera época colonial, que recogieron la tradición oral, generalmente de boca de los antiguos sacerdotes, o bien sacaron de pinturas y códices que se conservaron, según la interpretación también tradicional; pero tanto el conquistador como el misionero que hicieron ese trabajo y nos conservaron el valioso producto de sus investigaciones, se veían sujetos a la causa del error que ellos no advertían y de la que no se cuidaban: su propia mentalidad, que los hacía encontrar semejanzas con cosas e ideas españolas donde realmente no había ninguna. Otra de las dificultades proviene de que no hubo nunca unidad de instituciones o costumbres jurídicas entre el gran número de pueblos del Anáhuac, pues aunque muchos de ellos estaban sometidos a los aztecas, éstos no hicieron valer su autoridad más que para el cobro de tributo.¹²

El pensamiento de Las Casas respecto al derecho indígena influyó en el pensamiento colonial, aunque algunos de sus postulados son aún objeto de discusión.

¹⁰ *Idem*, p. 403.

¹¹ *Idem*, p. 405.

¹² Esquivel Obregón, Toribio, *op. cit.*, nota 3, p. 385.

2. *El pensamiento jurídico colonial y el derecho indígena*

Por la aportación e influencia de Las Casas se consideró tratarlo en un apartado especial; sin embargo, es necesario aclarar que sus puntos de vista no eran compartidos por otros sectores de los colonizadores, que consideraban falsa la idea de Las Casas respecto a la bondad y sencillez del indígena, así como su racionalidad.

El pensamiento colonial vio al derecho indígena como un elemento unificador que no debía ser destruido en su totalidad, sino aprovechado en ciertas instituciones, lo cual permitiría un mejor gobierno y mayor producto para las arcas reales.

Esquivel Obregón divide la etapa colonial en cuatro periodos: el primero de preparación o periodo antillano, en el que el derecho español sufre la primera influencia, en organización, del medio indígena; el segundo, comenzando con Hernán Cortés y acabando con el fin del gobierno del virrey don Antonio de Mendoza; el tercero, hasta el advenimiento de Carlos III en que se hacen ya aparentes las ideas políticas francesas, y el último que comenzando con ese reinado, terminaría en la Guerra de Independencia, de plena desorganización del régimen colonial.

Como puede verse, en estas notas no se puede abarcar todo el periodo, tan solo se dará una semblanza general del pensamiento jurídico que prevaleció respecto al derecho indígena desde un punto de vista muy general.

En lo que respecta a la Corona, su creencia en el derecho de conquistar a los gentiles, fué durante largo tiempo firme y manifiesta. En Las Partidas (Ley II, tit. 23, Partida II) estaba aceptado el derecho de extender la fe, y la larga guerra contra los moros invasores de España había exacerbadado en la Corona —lo mismo que en el pueblo— el espíritu de cruzada. En los casos de Canarias y de América la condición pagana de los naturales contra los cuales se combatía bastó para que en los medios oficiales españoles se admitiera el carácter justo y religioso de ambas conquistas, que iban de acuerdo, además, con los intereses políticos de la Corona.¹³

Así pues, el pensamiento jurídico colonial respecto al derecho indígena estuvo imbuido de este tipo de concepción.

¹³ Zavala, Silvio, *Estudios indianos*, México, Ed. Colegio Nacional, 1948, p. 21.

Al respecto, Esquivel Obregón nos dice:

Toda la historia de la colonización española en América no es sino la lucha por levantar a las razas autóctonas al nivel alcanzado por los conquistadores. Los mismos abusos y crueldades que la codicia europea hacía pesar sobre los indios, no eran, miradas desde un punto de vista biológico, más que fuerzas naturales que estimulaban a la lucha de los naturales para que se adaptaran o perecieran.¹⁴

Esa lucha comenzó con el descubrimiento de América y no acaba aún; la época de la colonización española es sólo el primer episodio, en que hay la ventaja de que los elementos que contienden se presentan con toda franqueza; el elemento europeo, consciente de su cultura y tratando de imponerla; el elemento indio, reconociendo la acción que sobre él se ejerce y, en sus capas más elevadas, tratando de asimilarse la cultura europea. La ventaja de esta claridad de elementos y su acción, se pierde a partir de la independencia; el elemento europeo tratando primero de disimular el antagonismo cultural bajo una falsa y verbal igualdad, y acabando, al fin, por renegar de su cultura y fingir adaptarse a la cultura indígena. La insinceridad oscurece la lucha, pero no la atenúa, sólo la hace malsana.

El legislador español se afana en recoger el dato de seguir el resultado de la ley en la realidad de la nueva sociedad; y ese afán se revela en la obra legislativa más rica que se haya conocido, en que las cédulas reales, ordenanzas, instrucciones, etcétera, se cuentan por decenas de miles sin contar con la autonomía legislativa de descubridores, conquistadores, virreyes, audiencias, catedrales, ciudades y villas, consulados y gremios. Tal es el fondo en que se mueve la vida del derecho al encontrarse frente a frente las dos razas, de conquistadores y conquistados, en nuestro suelo, y él nos deja comprender el gran interés que llegará a despertar para el hombre de estudio penetrar en la intrincadísima trama de la historia de esa adaptación de elementos tan desemejantes.¹⁵

3. *El pensamiento jurídico respecto al derecho indígena en la época independiente*

Si bien las instituciones de derecho colonial habían permitido cierta convivencia de las instituciones, de las formas de convivencia y orga-

¹⁴ Esquivel Obregón, Toribio, *op. cit.*, nota 3, p. 394.

¹⁵ *Idem*, p. 7.

nización indígena, la aparición en Europa de movimientos político-sociales de gran trascendencia, influyeron en esta relación, debido a que el elemento español se transforma con nuevas ideas, creando así una visión diferente respecto al elemento indígena.

La mayor parte de los trastornos en México, en opinión de Esquivel Obregón,¹⁶ proceden principalmente de que los juristas, que en la época colonial se reducían a encontrar la fórmula más justa dentro de las normas que el pueblo adoptaba para su convivencia, a partir de la independencia, saliéndose de su esfera comenzaron a hacer derecho *a priori*.

La legislación indigenista en la época independiente comienza a partir de la disposición del 17 de noviembre de 1810, expedida por don José Ma. Morelos en su cuartel general de Aguacatillo, aboliendo la esclavitud y declarando que los indios deberían percibir rentas de sus propias tierras.

El 5 de diciembre del mismo año, Miguel Hidalgo expide un decreto en el que se ordena que se entreguen tierras a los indígenas, disponiendo que en lo sucesivo no puedan éstas arrendarse, con el fin de que el fruto de ellas sea propiedad exclusiva de los indígenas.

La real orden del 22 de abril de 1820, expedida un año antes de la consumación de la independencia, recoge el sentimiento del gobierno de España, que conociendo tal vez las disposiciones emitidas por los jefes del movimiento insurgente, ya no sólo en México, sino también en otros países sudamericanos, mandó abolir las mitas y repartimientos, ordenando la repartición de tierras a los indios.¹⁷

Consumada ya la independencia, se incurrió por desgracia en el error, fruto de una actitud casi romántica, de suponer que con sólo decretar la igualdad jurídica de todos los habitantes de la república mexicana, por ese mismo hecho esos habitantes iban a encontrarse capacitados para gozar los mismos derechos y cumplir idénticas obligaciones.

La nueva legislación del México independiente, inspirada en ordenamientos jurídicos europeos y estadounidenses, se adaptaban a las formas de vida de las minorías de origen europeo. Pero la gran mayoría de la población indígena quedaba totalmente al margen de dicha legislación.

Esta situación es la constante en varias décadas, y continúa al expedirse la Ley de Desamortización de Manos Muertas expedida por Comonfort el 25 de junio de 1856, con el fin de incorporar al patrimonio

¹⁶ *Idem*, p. 196.

¹⁷ Instituto Indigenista Interamericano, *Legislación indigenista de México*, México, 1958, p. 23.

de la nación las riquezas acumuladas por las comunidades religiosas, y que vino a afectar también a las comunidades indígenas.

Benito Juárez expide un decreto el 6 de mayo de 1861 y otro José Salazar Ilarregui con el fin de dar protección a los indios de Yucatán, el primero el 6 de mayo de 1861 y el segundo el 13 de octubre de 1864: la protección que brindaban era para que no fueran llevados a trabajar como esclavos al extranjero. El decreto es muy especial ya que permite vislumbrar la protección que Juárez quería brindar a la población maya.

Maximiliano durante los años de 1865 y 1866 expide una serie de decretos que tienen como preocupación primordial la protección del indígena, sobre todo en lo que se refiere a su derecho de propiedad sobre sus tierras y la distribución de éstas. La Ley Agraria de 1866 concede fundo legal y ejido a los pueblos que carezcan de él.

En una etapa más positivista el pensamiento jurídico puede detectarse a través de esta legislación; sin embargo, falta el análisis de la reacción que tuvieron las comunidades ante esta legislación, y de si realmente fue efectiva. Este periodo ha sido el que más ha afectado al indígena.

4. *El pensamiento jurídico respecto al derecho indígena en la Revolución*

El problema indígena que se fue gestando en el siglo XIX, tiene como principal característica el elemento agrario; desde el Plan de San Luis se proclama el propósito de restituir a sus antiguos poseedores los terrenos de que se les despojó de un modo arbitrario; es decir, restituir las tierras a las comunidades indígenas.

El Plan de Ayala, proclamado por Zapata el 28 de noviembre de 1911, reitera la necesidad de repartir la tierra en beneficio de la gran masa indígena y rural del país, que era quien de hecho la trabajaba en beneficio de grandes latifundistas.

Sin embargo, estas visiones de lo indígena ligado siempre al problema agrario, han desviado la atención del derecho indígena en general, ya que pareciera ser que tan sólo se constituye con la forma de tenencia de la tierra, cuando el derecho es algo más que eso. De ahí que haya perdido importancia el estudio de otras instituciones jurídicas.

Tal vez esto se deba a la imposición de estructuras que se dieron una vez consumada la independencia y a la falta de congruencia del derecho indígena con las instituciones jurídicas que nacieron de la Ilustración.

Un ejemplo de ello es la falta de noción de obligación procedente de un acto puramente mental, de una expresión de voluntad que imponga la realización de hechos futuros, sin que haya nada externo, objetivo, que imponga una regla a la conducta, es un dato importantísimo para penetrar en la mentalidad jurídica del indio.¹⁸ Es decir, las figuras jurídicas que surgen en el siglo XIX y se trasladan a nuestro país, no corresponden a la mentalidad del indígena que en sus transacciones y formas de convivencia tiene una fuente jurídica propia.

Los conceptos del derecho son distintos, antes de la venida de los españoles no existían los conceptos de libertad social, para ellos el poder era omnímodo, y así la noción de derecho se confundía con la de poder. De ahí que la problemática jurídica sea más profunda ya que pareciera que la falta de estos conceptos ha influido en el desarrollo no sólo del derecho mexicano en general, sino en la marginación del derecho indígena, ya que si se confunde derecho con poder, se explica que el indígena reconozca como derecho que puede asimilar aquel que le permite vía expresión de poder, la restitución de los derechos antiguamente adquiridos.

Estas reflexiones serán ampliamente debatidas en el estudio principal y por especialistas en derecho agrario, por lo que en este apartado únicamente se describe la inquietud.

5. *El pensamiento jurídico respecto al derecho indígena en el periodo posrevolucionario*

Si bien se han dado ciertos avances en la legislación a partir de 1917, con la creación de la Dirección de Antropología, dependiente de la Secretaría de Agricultura y Fomento, y la serie de dependencias de la administración pública encargadas de los aspectos indígenas, consideramos que el pensamiento jurídico respecto a este derecho no ha evolucionado.

Esquivel Obregón apunta este problema al tratar las influencias del sentido jurídico del indio en el desarrollo de nuestro derecho, y nos dice: Es el sentir del indio que obra como fuerza obstaculizante del movimiento jurídico europeo. De esta manera el sentido jurídico del indio es factor importantísimo en la historia del derecho en México, él ha obrado activa y poderosamente en toda nuestra vida; pero en la obscuridad, sin él mismo darse cuenta a veces, porque las fuerzas vienen de los senos inaccesibles de una alma cuyo misterio no nos hemos cui-

¹⁸ Esquivel Obregón, *op. cit.*, nota 3, p. 376.

dado ya de penetrar, ni menos de exponer en nuestras leyes, por temor de que se diga que somos enemigos del principio de igualdad y que tratamos de volver a la odiosa distinción de razas.

Carvajal cierra el capítulo que Esquivel Obregón dedica al derecho azteca con dos párrafos muy importantes que pueden servir también como conclusión de este apartado.

Si quieren darse a nuestra patria leyes justas, provechosas y eficaces, preciso es que contemos no sólo con los pocos elementos europeos que encierra México, sino también y muy particularmente con el elemento indígena. A este fin contribuye de un modo inmediato y directo el estudio de la jurisprudencia del antiguo pueblo mexicano, como que ella fue acomodada exclusivamente a esa raza y en vista de sus tendencias, sus costumbres, su índole.

Por ese medio podremos revestir nuestra legislación con el sello de la originalidad, sin la cual no existe grandeza ni mérito ni provecho positivo; y no habrá que imitar de otros pueblos instituciones con las que ellos habrán podido ser felices, pero que, aplicadas a nosotros, serán siempre nuestro tormento y nuestra muerte.¹⁹

IV. CONCLUSIONES

Por la breve reseña que se ha realizado acerca de la evolución del pensamiento jurídico respecto al derecho indígena y de las reflexiones conceptuales, podemos concluir que en los últimos años este derecho se encuentra perdido en los estudios antropológicos e históricos y que es necesario rescatarlo.

El elemento indígena debería estar consignado en la legislación local de las entidades federativas en las que se encuentran asentadas estas comunidades, y más aún hacer referencia las constituciones locales a este tema. Si bien es cierto que a nivel federal se han creado dependencias encargadas del indigenismo, éstas no han llegado a crear un movimiento tal que llegue a trastocar las instituciones jurídicas del "derecho moderno" para asimilar formas jurídicas que encontramos en las diferentes comunidades.

El pensamiento jurídico moderno no debe dejar pasar este tema de reflexión, para lo cual será necesario crear una metodología interdisciplinaria que permita abordar en forma sistemática este problema, que puede llevar no sólo a acabar con la marginación de este derecho, sino a que por un proceso de interacción se aporten nuevos elementos para el análisis jurídico en general.

¹⁹ *Idem*, p. 392.