

2010: DOSCIENTOS AÑOS DE UNA NACIÓN QUE NO SABE QUE LO ES

Rafael ESTRADA MICHEL*

Inquietantes los 7 (¡siete!) títulos jurídicos de la conquista española de América según Victoria.

Carl SCHMITT

Esa actitud, por decirlo en pocas palabras, estribaba en considerar que nuestra presencia en aquel territorio era legal pero ilegítima. Teníamos un derecho abstracto a estar ahí, un derecho de nacimiento, pero la base de ese derecho era fraudulenta. Nuestra presencia se cimentaba en un delito, el de la conquista colonial, perpetuado por el *apartheid*. Sea cual fuere lo contrario a “nativo” o “arraigado”, así nos sentíamos nosotros. Nos considerábamos transeúntes, residentes temporales, y en ese sentido sin hogar, sin patria.

J. M. COETZEE

SUMARIO: I. *La misión y la nación*. II. *En el entronque de los milenios: la crítica del potaje*.

Raíces, legitimidad, justicia en la guerra, territorio, nacer, nacido, nación. Todo se había cocinado durante un par y medio de siglos en las Indias, traumatizadas por las conquistas del Quinientos. Y al paso de las revoluciones del siglo de las luces, que fueron revoluciones “de nación” como ha dicho

* Director del Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana.

José María Portillo, el cocido se convirtió en cuestión explosiva. El cardenal Lorenzana, un ilustrado en la corte de México, supo verlo en 1770 cuando denunció que mientras que en la antigua España (esto es, en la peninsular) existía un solo tipo de hombres, en la nueva convivían varios, organizados “en muchas y diferentes” castas. Los distintos climas imponían a ambas Españas diversidad de leyes y hasta de gobiernos, “mas siempre con el fin de asemejarlos”. A pesar de este buen deseo, las “naciones” se iban separando, ponían un océano de por medio conforme se acentuaban las diferencias fundadas en los sitios en los que cada quien había nacido.¹

De ahí que, por lo menos en la Nueva España propiamente dicha —ese México “noble por español y por azteca” al que cantó Machado— el criollismo diera lugar a la nación entendida en su sentido reducido, en absoluto panhispánico, mesoamericano cuando no meramente anahuacense. La historia oficial de las pasadas centurias ha pretendido ver en el blanco nacido en estas tierras al único y auténtico criollo. A diferencia de lo que ha ocurrido en la América meridional, “criollo” es expresión que se utiliza en sentido étnico, no territorialista. Nada más alejado de las pretensiones de los padres fundadores en su versión mexicana: el “gachupín” era, para el cura Hidalgo, el europeo advenedizo que, encima, colaboraba con las huestes invasoras francesas (o incluso inglesas) en el difícil contexto del fundacional año 1808. Los criollos, “españoles americanos”, habrían de hacerle frente para mantener estas tierras bajo el dominio de su legítimo rey, el deseado Fernando VII de Borbón. Había que expeler a los traidores, los colaboracionistas, los antiamericanos. Logrado esto, blancos, indios y mestizos —todos “nacionales” de la España en la que habían nacido, es decir, de “ésta, la nueva y fidelísima”— pondrían al reino en situación de obediencia respecto de la Corona y de la dinastía, pero no de otra nación que como la europea, la España “antigua”, les era ajena y antipática. Son estos los conceptos que, andando el tiempo, permitirán instrumentar la expulsión de los españoles en un México ya republicano e independiente (1828-1829) sin mayor reparo en que muchos de aquellos “extranjeros” habían realizado contribuciones decisivas tanto para la obtención de la Independencia como para la erección de la República.

Así, durante la práctica totalidad del siglo XIX los mexicanos se las verían —solos y sin intervenciones alienígenas— con sus diferencias, con los “tipos de hombre” que contemplaba Lorenzana. Si los españoles eran

¹ Lorenzana, F. A. de, arzobispo de México, *Historia de Nueva España escrita por su esclarecido conquistador Hernán Cortés, aumentada con otros documentos y notas por...*, edición facsimilar de la publicada en México por la imprenta del superior gobierno, 1770 (México, Universidad de Castilla-La Mancha-Miguel Ángel Porrúa, 1992), s.p.

tan “iguales”, qué mejor. Aquí teníamos nuestras especificidades criollas y les haríamos frente a nuestra manera, sin que nadie nos diera indicaciones, procurando abstraernos de ellas puesto que los problemas y las realidades son en cualquier caso cuestiones de percepción. Surgía el dogma del México mestizo, broncíneo, posthispánico que, así como había expulsado a los españoles, terminaría decretando la desaparición del indio o, por mejor decir, su condensación compartida en la categoría totalizadora de “ciudadano de los Estados Unidos Mexicanos”.

No pretendo resumir las enormes críticas que, fundamentalmente en tiempos porfirianos, se dirigieron contra la creencia (que eso es lo que era, sincera o no: una creencia) de que los indígenas mexicanos estaban listos para hacerse cargo de las responsabilidades del ciudadano al despuntar el XIX. Tales críticas resultaban, además de racistas y reduccionistas, complacientes con las clases poderosas que, por lo demás, no han demostrado en doscientos años ser capaces de encabezar adecuadamente la toma republicana de decisiones: no han sabido constituir aristocracia, ni con sufragio censitario ni sin él. Lo que quisiera mostrar es el batidillo de nociones, de conceptos y de deseos que se dieron cita al momento en que los mexicanos configurábamos nuestra nación, tan contradictoria desde que daba sus más enternecedores balbuceos. Fue precisamente en el contexto de 1808 en el que el oidor peninsular Aguirre nos espetó la gran verdad de nuestra constitucionalidad, la misma que aún hoy no hemos sabido responder: si esa “nación” de la que hablaba el síndico criollo Primo de Verdad era tan “soberana” como pretendían los autonomistas, ¿por qué no se decretaba la soberanía de las “naciones” aborígenes, la soberanía de los auténtica y legítimamente *nacidos* en este reino desde antes de que fuera tal cosa? ¿Por qué los “criollos” se resistían a la mera idea de ver independientes y libres, dueños de sus destinos y haciendas, a los indios? ¿Qué no podrían los indígenas encabezar el *renacimiento* de la *nación* mexicana?

La pregunta sigue ahí, en el aire, sin que nos hayamos atrevido a decidir si lo que más nos conviene es el modelo de *melting pot* o el de *salad bowl*. De hecho, buena parte de las reacciones que llegan, desde posiciones de izquierdas o derechas, a los intentos uniformizadores del precario Estado liberal mexicano, se han caracterizado históricamente por manifestar una enorme nostalgia hacia la “ensaladera”, hacia la distinción de los componentes, hacia la división de los espacios comunitarios sólo aparentemente compartidos y convivenciales en una “república de indios” y otra “de españoles”.²

² Icaza, F., *Plus ultra. La monarquía católica en Indias (1492-1898)*, México, Escuela Libre de Derecho-Porrúa, 2008, pp. 220 y ss.

En efecto, los discursos diferenciadores se distinguen ideológica y racis-
tamente según se ponga el énfasis en la bondad del indio y se pondere, en
consecuencia, el esquema de *traza* cortesiana, tendente a evitar el contagio
del indígena con los vicios europeos³ —posición que entre nosotros aparece
como políticamente correcta y hasta *progre*—, o según se idealicen los valo-
res y las conductas occidentales y se deplora la incapacidad del indio para
asimilarlos y vivirlos, lo que lleva tras algunas piruetas discursivas a “com-
probar” la inexorable decadencia de lo indígena y a deplorar la igualmente
inexorable aportación aborigen a la composición de nuestro tipo nacional.
La postura pasa por realista y “científica”, y otorga a los fracasos evidentes
de nuestras elites una suerte de “cinismo desconsolado”.

Lo peor está en que sobre ambas posiciones hemos pretendido —hay
quien diría que “dialécticamente”— edificar una nación.

I. LA MISIÓN Y LA NACIÓN

El extendidísimo culto a la Virgen de Guadalupe, con lo que de ecléctico,
barroco y sincrético tiene, es no sólo un espontáneo reconocimiento a lo viva
que está la prehispanidad, sino también a la vida virreinal, a la del México
hispánico, tan fácilmente negada desde un liberalismo miope. En 2010 con-
trastó enormemente el fervor del 12 de diciembre, fiesta de nuestra señora
del Tepeyac, con lo artificioso de los festejos del Bicentenario de la Indepen-
dencia y del centenario de la Revolución. Desde un laicismo anticulturalista,
los gobiernos mexicanos se han negado año con año a reproducir los sabios
términos del grito de Dolores, los que verdaderamente lograron unificar a
las gentes y a los territorios de este país: “Viva la Virgen de Guadalupe, viva
Fernando VII, muera el mal gobierno”.

No parece equivocado desde la perspectiva de un Estado de ciudadanos,
consciente de la necesidad de su laicidad para ejercer adecuadamente las
labores de moderador en las querellas religiosas, según suspiraron Bodino,
Hobbes y Constant. Pero es sin duda el manifiesto de una enorme enemiga
anticultural, que reduce la experiencia humana a lo político (o, lo que es
peor, a lo políticamente impuesto) y que así como defenestró del imaginario
público a un rey, el de las Españas, al que algunas comunidades indígenas
siguen esperando para que les haga justicia (la *iurisdictio* es el gobierno en las
sociedades del Antiguo Régimen,⁴ y en varias porciones de nuestro territo-

³ Duverger, C., *Cortés*, México, Taurus, 2005, pp. 236-247.

⁴ Fioravanti, M., “Estado y Constitución”, en Fioravanti, M. (ed.), *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, trad. de M. Martínez, Madrid, Trotta, 2004, pp. 17-20.

rio lo sigue siendo), así pretende sustituir el genuino sentido guadalupano de las mayorías mexicanas con una religión cívica basada en efigies bronceínas antes que en ejemplos axiológicos. Los resultados los denunció Octavio Paz hace varios lustros en su magistral biografía —de la poetisa y del país— *Sor Juana Inés de la Cruz o las trampas de la fe*: la mentira y la negación adquirieron en el Anáhuac jerarquía constitucional.

Nacimos a la modernidad siendo Estado. Perdonemos la tautología, puesto que no hay más modernidad política y jurídica que la del modelo estatalista, sin dejar de reparar en que el hecho nos trajo numerosas inconsecuencias y contradicciones, precisamente en lo tocante a la estructuración del modelo. De haber existido sociólogos en el siglo XVI habrían denunciado, a no dudar, nuestras insalvables antinomias sistémicas.

La primera de ellas radica en que nuestro precoz estatismo,⁵ derivado de la determinación de Fernando “El Católico” que evitó que en Indias se gozaran las libertades aragonesas, preestatales y pactistas, no se preocupó por igualar a los súbditos en un sentido absolutista, sino por mantener el vasallaje y la diversidad de tipos humanos sobre la base isabelina de que los había “rústicos y miserables” que requerían, por tanto, de una protección paternalista que no podría —hoy nos resulta obvio— llevar por ruta alguna a la ciudadanía compartida. Los derechos humanos, si cabe hablar de ellos a partir del testamento de la castellana Isabel (1504) y de la Bula *Sublimis Deus* del pontífice Paulo III (1537),⁶ son manifestaciones de la conmiseración más que de la justicia, de la protección al débil antes que de la conquista de libertades e igualdades, de la compasión ante la desgracia ajena antes que del reconocimiento pleno de la dignidad que en estricta igualdad corresponde a cualquier criatura racional.

De ahí que nuestro Estado fuese jurisdiccionalista y legolátrico a una y precoz vez. Jurisdiccional porque procuró mantener, junto con el inmemorial *Ordo Iuris*, las diferencias estamentales que permitían proteger a la parte más desfavorecida del reino, esto es, a las repúblicas de indios. Legicentrista porque tal mantenimiento procedía en exclusiva de la voluntad normativa de la Corona a través de una suerte de hobbesiano *pactum subjectionis* que no reconocía derechos previos, que definía y *recreaba* personalidades corpóreas y jurídicas, que otorgaba protecciones y libertades con el mismo desparpajo

⁵ La idea es de Rubert de Ventós, X., *El laberinto de la hispanidad*, Barcelona, Planeta, 1987.

⁶ Zavala, S., *Repaso histórico de la Bula Sublimis Deus de Paulo III en defensa de los indios*, México, Universidad Iberoamericana-El Colegio Mexiquense, 1991.

con el que podía retirarlas.⁷ Había nacido lo que David Brading llamará, para contextos y realidades posteriores, el “Leviatán mexicano”. Por lo demás un curioso monstruo bíblico, ya que no fue construido para igualar sino para mantener en la desigualdad.

El modelo estatalista pretende fundamentar toda libertad y toda igualdad en el ejercicio de la potestad legislativa. En este sentido, es antijudicialista: los jueces no están legitimados para crear derecho, como pretendió con violencia la Revolución de 1789. Pero en sociedades como la indiana, en la que las atribuciones normativas corresponden en exclusiva a un Monarca lejano y frecuentemente obnubilado, el mantenimiento del *statu quo*, con su trisecularidad estamental y jerarquizada, se confió sin titubeos a los operadores jurídicos *in situ*. Ellos fueron los encargados de impedir la plena asimilación de los habitantes del reino a una “españolización” que no obsesionaba a casi nadie, al menos hasta el advenimiento de los Borbones. Ellos fueron los encargados de mantener a las diversas comunidades indígenas en el goce de sus peculiaridades e, incluso, de sus atavismos, siempre que estos y aquellas no se encontraran “con nuestra sagrada Religión, ni con las leyes de este libro”.⁸ Ellos tenían que mantener a los débiles en situación de debilidad, pues de su adecuada tutela dependían la salvación de las almas de los fuertes y la salvación de la Monarquía católica como estructuración política y como cuerpo místico encargado de llevar el Evangelio “a todas las *naciones*”. Existen de hecho, provenientes del siglo XVI, testimonios escritos que dan cuenta de la necesidad de perpetuar la pobreza a fin de que los ricos sean capaces de salvar su alma a través de la limosna.

Si algo había justificado el tránsito hacia formas estatales de organización en la Castilla de los Trastámaras había sido el deseo de igualación, de uniformización entre los súbditos. Justo el proceso del que la literatura castellana dará cuenta por espacio de tres siglos, los que pasan por el *Criticón*, el *Quijote*, la *Vida del buscón* y *fray Gerundio de Campazas*. El Leviatán en Indias buscará, en cambio, mantener la diferencia. No se construyó para igualar, sino para cimentar la presencia de los europeos en el nuevo Occidente. Puede parecer paradójico, pero eso es precisamente lo que permite la perpetuación de los usos y costumbres indígenas en la América española. Muchos de ellos, por cierto, provienen del México hispánico y tienen poco,

⁷ Fioravanti, M., *Los derechos fundamentales. Apuntes de Historia de las constituciones*, trad. de M. Martínez Neira, Trotta, Madrid, 1996, lo explica magníficamente cuando desarrolla lo que llama la “fundamentación estatalista de las libertades”.

⁸ *Recopilación de las leyes de los reinos de Indias*, II, I, 4. Citamos por la edición facsímil de la Escuela Libre de Derecho y Miguel Ángel Porrúa, México, 1987, t. I, p. 126.

muy poco, de precortesianos, lo que habla de comunidades vivas, creativas, creadoras de su ordenamiento.

Varios de los malos entendidos jurídicos de la modernidad radican en la asunción equivocada, o en la confusión pura y dura, de los conceptos de “mandato” y “ordenamiento”.⁹ Si se repara en la ley de Indias antes citada, así como en otras normas que poseen contenido semejante, se notará que a los pueblos indígenas se les permitiría autoordenarse, incardinar sus regulaciones propias en un sentido más general y extendido del “Orden”, pero no autogobernarse en términos de mandatos voluntaristas y artificiosos. El “Orden” se hallaba en los principios de la “santa y verdadera Religión”, así como en los que podían extraerse de la legislación dada desde la península al otro pilar de la Monarquía, el americano. Su aterrizaje podía hacerse en sede indígena, a través de una variada gama de regulaciones consuetudinarias que mostraban lo poco que el reino estaba por la labor de cortar con la misma tijera a todos los súbditos de la Corona española.

Carl Schmitt, acaso injustamente, leyó los títulos de Francisco de Vitoria en clave decisionista con su archiconocida caracterización de la categoría política suprema, la de “amigo-enemigo”. Para él Vitoria, y no sólo Gines de Sepúlveda,¹⁰ habría hecho de la conquista de América una “guerra justa”, aquella que, alejada de la ordalía, de la guerra civil y de la apelación al ser supremo:

Pone el juicio en manos de los hombres. Esto, en los tiempos del positivismo moderno, tiene un matiz peculiar. El positivismo moderno convierte el Derecho en una ley hecha por los hombres para los hombres. Hace del Derecho una superposición de imposiciones (*Setzung von Setzungen*). En el mismo grado despoja a la guerra justa de los últimos restos de una idea sacral. La diosa de la Justicia abre su caja de Pandora, y aparecen no solamente las trampas de procesos complicados, sino también los terrores jurídico-formalistas de guerras civiles sangrientas.¹¹

Esa “ley” que el positivismo confunde con el “derecho” y que no es sino la expresión formal de la imposición que se hace al enemigo vencido, habría

⁹ Ha insistido en ello P. Grossi, desde *El orden jurídico medieval*, la *Mitología jurídica de la modernidad* y, ahora, en *Europa y el derecho*, trad. L. Giuliani, Barcelona, Crítica, 2007, y en *De la codificación a la globalización del derecho*, trad. de R. García Pérez, Pamplona, Aranzadi, 2010.

¹⁰ Cfr. Sepúlveda, J. G., *Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

¹¹ Schmitt, C., *Ex captivitate salus. Experiencias de la época 1945-1947*, ed. de J. A. Pardos, Madrid, Minima Trotta, 2010, p. 57.

arrojado en el quinientos la extraña consecuencia de permitir a los habitantes originarios el *continuum* de sus experiencias jurídicas y, por tanto, el ejercicio de su derecho a la diferencia, algo que Schmitt, agobiado por responder a su conciencia y a sus interrogadores en el difícil contexto de Núremberg, no alcanzó a comprender. Luigi Ferrajoli, mucho más cercano a la obra del dominico de San Esteban, en un reciente libro coordinado por Michelangelo Bovero y titulado *¿Qué libertades?* afirma que antes de que el paleopositivismo sentara sus reales, antes de que Hobbes reivindicara a la vida como el primero de los derechos fundamentales y Locke hiciera lo propio con la seguridad y la propiedad, Vitoria había derivado los *fundamentos* de la convivencia civil en el *Ius communicationis* y en el *ius migrandi*. Una comunicación y una migración entre seres iguales en la diferencia pues, como el propio Ferrajoli ha señalado en alguna otra ocasión, el antónimo de “igualdad” no es “diferencia” sino “desigualdad”.¹²

En muchas ocasiones me he detenido a considerar si no es tal distinción la que han querido *reivindicar* (empleo la palabra con toda la mala intención historiográfica de la que soy capaz) los indios de Mesoamérica en los pasados doscientos años. Todos los testimonios a los que he conseguido acercarme, así sea someramente, me han confirmado que algo hay de cierto en mi recurrente consideración. Con la Independencia, los indígenas no querían ciudadanía sino rescate de la opresión. No se trataba de caer en la dominación de los “españoles americanos”, sino de *re-generar* lo que fray Servando Teresa de Mier llamó la “Constitución histórica de las Indias” en el libro XIV de su *Historia de la Revolución de Nueva España, antiguamente Anáhuac*. Y es que la opción que desde el XVI se les concedió para aplicar sus propios ordenamientos jurídicos les hablaba bien a las claras de un respeto por sus civilizaciones, una consideración vitoriana, aunque presente también en personajes tan disímolos como Cortés y Las Casas, que hacía del indio un nuevo componente de Occidente, acaso el que faltaba para poder llegar con éxito al final de los tiempos según pretendían los diversos milenarismos que, con el franciscano a la vanguardia, veían signos muy claros de que era llegado el tiempo de la conversión global y definitiva de *todos los hombres*.

Si bien las voces “república” y “comunidad” se emplean con finalidades harto diversas —incluso contradictorias entre sí— a lo largo de la *Recopilación de leyes* indiana,¹³ lo cierto es que no parece haber mayor intención de abolir la distinción entre castas y condiciones a lo largo de los periodos

¹² Ferrajoli, L., *Derecho y garantías. La ley del más débil*, trad. de P. Andrés I., Madrid, Trotta, 2001, pp.73-83.

¹³ Lira González, A., “La voz comunidad en la Recopilación de 1680”, en *Recopilación, cit...*, pp. 415-427.

de gobierno austracista. Se comprende porque el orden es la unidad en la diversidad, según el pensamiento tomista al uso por entonces, y en este sentido es claro que supone a la diferencia. Las cosas irán cambiando durante la centuria ilustrada, que es el siglo de los Borbones —ya hemos visto lo que opina y describe el cardenal Lorenzana— hasta que, en el año ocho, iniciático gracias a Bonaparte, el tema —como tantos otros— no dilata en salir a la palestra.

Durante la conspiración habida en Valladolid de Michoacán en el Adviento de 1809 los criollos americanos, aterrados ante la posibilidad de que los peninsulares los mataran a degüello merced a la simple sospecha de infidencia hacia el rey cautivo, buscan desesperadamente el apoyo de las parcialidades indígenas de la ciudad y de las cercanías. Sus gobernadores parecen dispuestos a brindarlo, pero la conspiración es descubierta y sólo el buen tino político del arzobispo-*virrey* Lizana, indispuerto a repetir los excesos del golpe de Estado que terminó con el movimiento legalista mexicano un año antes, evita que los americanos —indios incluidos— vayan a dar al cadalso. La moderación y la conciliación imperan porque Lizana tiene una idea clara de lo que está viniendo a ser y a incluir la nación novohispana. No ve en los alzados a reos de lesa majestad divina, ni a traidores que deban ser eliminados como enemigos públicos. Comprende, por el contrario, sus motivaciones y sabe que, a su modo, están defendiendo los derechos de la dinastía en contra del invasor francés. Lo que quizá no alcance a entender del todo es que el diferendo no sólo incluye a los blancos y que, a diferencia de lo que ocurrirá en la América del Sur, en la septentrional la guerra de Independencia que está por comenzar será una guerra de corte popular llamada a incluir, en uno y otro bando, a los más diversos “tipos de hombre”.

Las huestes del padre Hidalgo se lo harán ver al gobierno legitimista español, que pretende gobernar a las Américas como si de colonias se tratara a través de juntas centrales y de regencias poco o nada representativas de la realidad plural de la Monarquía. Hidalgo mismo cae, víctima de un “frenesí” que confiesa en su proceso final, en la tentación de terminar con los abusos peninsulares apelando al expediente de la decapitación e, incluso, del descabello taurino practicado en seres humanos. Los indios que siguen, por cientos de miles, al cura y al capitán Allende, cabezas que han elegido convenientemente a la Virgen de Guadalupe como estandarte del movimiento, saben que ha llegado el término de la “opresión” (eso los hermana con los criollos y con los mestizos) pero no saben a dónde los conducirá un movimiento a final de cuentas ilustrado y poco claro en lo que al mantenimiento de los privilegios comunales se refiere: Hidalgo no es Vitoria y mucho menos es Las Casas. Se halla poseído por el mal del siglo, y su siglo es el

petit siècle que corre entre 1750 y 1810. Su centuria es la de la uniformización y la de la entronización, a toda costa, de la *Egalité*.

En sus célebres Bandos decembrinos de 1810, dictados en Guadalajara a título de “Generalísimo y Capitán General de América”, Hidalgo instruye abolir el tributo y “toda exacción que a los indios se exija”, así como restituir las tierras comunales a los indígenas “para que en lo sucesivo no puedan arrendarse, pues es mi voluntad que su goce sea únicamente de los naturales en sus respectivos pueblos”.¹⁴ Con ello inaugura una tradición dentro del progresismo mexicano que ahora cumple, junto con la nación en sentido jurídico, dos centurias: la de confundir el problema indígena con el agrario, asumiendo que con la corrección de los abusos (como el que se presentó durante el setecientos con el fraude a la ley que implicaba el arrendamiento a latifundistas de tierras que eran de las comunidades) quedaba resuelta, en sentido revolucionario, la cuestión. De la aplicación de los usos y costumbres indígenas no se dice, por supuesto, una sola palabra.

José María Morelos, el gran cura, general y estadista de la guerra por la Independencia, se apresuró en El Aguacatillo (17 de noviembre de 1810) a abolir las castas (“a excepción de los europeos todos los demás avisamos, no se nombran en calidades de indios, mulatos ni castas, sino todos generalmente americanos”) y a terminar con el tributo, la esclavitud y las cajas de comunidad, con lo que los individuos “percibirán las rentas de sus tierras como suyas propias”. Años después, desde Oaxaca y ya como capitán general, Morelos reiteraría que los “naturales” (no las comunidades) debían ser “dueños de sus tierras y rentas, sin el fraude de entrada en las cajas”, pudiendo los indios “comerciar lo mismo que los demás, y que por esta *igualdad* y rebaja de pensiones, entren como los demás a la contribución de alcabalas”.¹⁵ Nada, pues, de pluralismo jurídico. La Nueva España sería desmontada por completo, a través del conocido expediente revolucionario: una sola ley para todos los individuos.

Curiosamente ocurría algo semejante en la otra orilla Atlántica, en las Cortes de Cádiz que peleaban por la otra Independencia, la que se daría respecto de Napoleón y que se refería, también, a la soberanía de la nación pasando por encima del monarca. Pues bien, aquellas Cortes “generales y extraordinarias de la Monarquía” establecieron el 9 de noviembre de 1812, con miras a “remover todos los obstáculos que impidan el uso y ejercicio

¹⁴ Cfr. Torre Rangel, J. A. de la, “La larga marcha jurídica de pueblos y comunidades indígenas por la dignidad y la autonomía (1808-2010)”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, Escuela Libre de Derecho, núm. 34, 2010, pp. 48-50.

¹⁵ Oaxaca, 29 de enero de 1813. Cfr. Torre Rangel, J. A. de la, “La larga...”, *cit.*, pp. 50 y 51.

de la libertad civil de los españoles de Ultramar”, la abolición de los repartimientos de indios o “mitas”, así como de todo “servicio personal” o “mandamiento” impuesto a los naturales originarios, a quienes además de ser casados o mayores de veinticinco años fuera de la patria potestad, se les repartirían tierras “que no sean de dominio particular o de comunidades”, si bien estas últimas cuando fuesen “muy cuantiosas con respecto a la población del pueblo” se repartirían hasta en una mitad, previo acuerdo de la diputación provincial correspondiente que atendiera a las “circunstancias particulares” de cada lugar.

Más allá de que las disposiciones parecen atender a las peculiaridades del Perú (la terminología es meridional: “mitayos”, “faltriqueras”, etcétera), destacan la intención de convertir al indio en “ciudadano español” y la expresa determinación constitucional respecto de su españolidad en “pie de igualdad” con los blancos europeos y americanos: algo de lo que no gozaron en plenitud las castas de mulatos y pardos. Una igualdad que traería, por supuesto, la eliminación del uso-costumbrismo.

En la misma tónica, el Decreto constitucional de Apatzingán, la más importante de las leyes constitucionales de la insurgencia mexicana (22 de octubre de 1814), ofrece una serie de conceptos sobre la “ley” que resultan de una gran profundidad y, a la vez, de cierta ingenuidad: ley es la expresión de la voluntad general en orden a la felicidad común (artículo 18); debe ser igual para todos “pues su objeto no es otro que arreglar el modo con que los ciudadanos deben conducirse en las ocasiones en que la razón exija que se guíen por esa regla común” (artículo 19). “La sumisión de un ciudadano a una ley que no aprueba, no es un comprometimiento de su razón ni de su libertad; es un sacrificio de la inteligencia particular a la voluntad general” (artículo 20). El mensaje para las comunidades indígenas quedaba claro: tendrían que sacrificar su “inteligencia particular” (o, por mejor decir, sus inteligencias comunales) a una “voluntad general” que no admitiría por ningún motivo la objeción de conciencia y que, a despecho de su rousseauiano ropaje de pacto *societatis* respetuoso de los derechos existentes en el *status naturae*, nombraría una vocería estatalista (la nación en sede congresual) que lo otorgaría todo y, por ende, podría retirarlo todo, dado que en Rousseau mismo la voluntad general es esencial e intransmisiblemente soberana. Y así, no sólo para los indios, la legalidad llegó a ocupar el lugar de la juridicidad.

Así es que bien fuera desde la nación bihemisférica y panhispánica (Cádiz) o desde el conglomerado nacional restringido a la América septentrional (Apatzingán), los derechos indígenas tolerados por la regulación india tendrían que ser arrancados de raíz. El plan que llevaría a México a

la obtención definitiva de su Independencia (Plan de Iguala o de las tres garantías, 24 de febrero de 1821), con su obsesión por la unión de todos los habitantes y territorios que conformaban la Nueva España, se hará cargo de la necesidad monista y llamará “americanos” y “ciudadanos de esta Monarquía” a todos los habitantes del país, sin reparar en sus orígenes europeos, africanos, asiáticos o aborígenes. Regiría entre ellos un estricto e inmatizado “pie de igualdad”.¹⁶ En este sentido, Agustín de Iturbide, autor del plan y primer emperador de México, será también el primero de nuestros gobernantes liberales y, aunque deseara un gobierno “moderado por una Constitución adaptable al reino”, tal moderación no pasaría por el reconocimiento de capacidades normativas a las comunidades alternas a la dominante.

Conviene hacer un alto para reparar en el *Discurso* de Estocolmo pronunciado en este año bicentenario por un latinoamericano, Mario Vargas Llosa, al recibir el Premio Nobel de Literatura. El *Discurso* es signo de madurez, de abandono de una puerilidad que dura ya veinte décadas y que no se arredró ante el precoz estatalismo al que ya me he referido: no es que el niño precoz madure primero; es que empieza antes con una adolescencia que parece no terminar jamás.

Las palabras de Vargas Llosa pueden significar que hoy, desde una América compleja, contradictoria y complicada, comenzamos, por fin, a hacernos cargo de nuestras responsabilidades y a abandonar la imagen de la desnaturalizada madre España como pretexto perfecto para la incompetencia:

La conquista de América fue cruel y violenta, como todas las conquistas, desde luego, y debemos criticarla, pero sin olvidar, al hacerlo, que quienes cometieron aquellos despojos y crímenes fueron, en gran número, nuestros bisabuelos y tatarabuelos, los españoles que fueron a América y allí se acriollaron, no los que se quedaron en su tierra. Aquellas críticas, para ser justas, deben ser una autocrítica. Porque, al independizarnos de España, hace doscientos años, quienes asumieron el poder en las antiguas colonias, en vez de redimir al indio y hacerle justicia por los antiguos agravios, siguieron explotándolo con tanta codicia y ferocidad como los conquistadores, y, en algunos países, diezmándolo y exterminándolo. Digámoslo con toda claridad: desde

¹⁶ Un años después de obtenida la Independencia, el Congreso constituyente decretó, en cumplimiento del artículo 12 del Plan de Iguala, “que en todo registro y documento público o privado al sentar los nombres de los ciudadanos de este Imperio, se omita clasificarlos por su origen”. Con ello se consolidó la abolición iturbidista de las “condiciones” y de los “tipos humanos”, una abolición que, como hemos visto, abrevaba de Morelos. *Cfr.* González Oropeza, M., *El derecho y la justicia en las elecciones de Oaxaca*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, p. 13.

hace dos siglos la emancipación de los indígenas es una responsabilidad exclusivamente nuestra y la hemos incumplido. Ella sigue siendo una asignatura pendiente en toda América Latina. No hay una sola excepción a este oprobio y vergüenza.

II. EN EL ENTRONQUE DE LOS MILENIOS: LA CRÍTICA DEL POTAJE

El gran salto que no hemos sabido dar es el que va de la tutela al indio como “vasallo rústico y miserable de Su Majestad” a la tutela jurisdiccional efectiva del “ciudadano indígena”. En cierto modo permanecemos anclados en el siglo XIX, con su incomodidad manifiesta hacia la existencia de los *otros* ciudadanos, y así como el diputado Espiga pudo manifestar en las Cortes de Cádiz, para azoro de historiadores y de generaciones venideras, que en la España peninsular ya no había gitanos gracias a las medidas adoptadas por Carlos III, el México juarista ha pretendido acreditar la inexistencia de las categorías “indio” y “español” para supuestamente acrisolarlas en la pétrea e inexorable de “mexicano”. Para una sola nación, una sola ley, una misma felicidad, un idéntico concepto de justicia. Se ha destacado siempre lo paradójico que resulta que el presidente que logró consolidar idea semejante haya sido precisamente el presidente indígena, Juárez. No lo es tanto: don Benito parecía tan pétreo e inconvencible como el nada dúctil Estado mestizo que nos dejó.

Nuestro federalismo, que viene de Cádiz, de Filadelfia y del primer intento imperial, no se planteó nunca ser una federación de comunidades autónomas, libres y autogestionadas como las que han sugerido en el siglo XX Tannembaum, Illich y Zaid. El espacio republicano de las libertades, en la caracterización de Häberle,¹⁷ prefirió pasar por la configuración hasta cierto punto artificiosa de “Estados” o “entidades federativas” sobre la base de las antiguas intendencias y de las recién estrenadas diputaciones provinciales, y de “municipios” de planta no hispanorromana sino doceañista, tal como ha probado Annino.¹⁸ Municipios que, encima, pasarían a regular a las repúblicas de indios, con la administración de las cajas de comunidad incluida.

Quizá no esté de más revivir la antigua tesis de nuestra “imitación extralógica” del modelo estadounidense colocados en esta atalaya que pre-

¹⁷ Häberle, P., *El Estado constitucional*, trad. de H. Fix-Fierro, México, UNAM, 2001.

¹⁸ Véase entre muchos Annino, A., “Voto, tierra, soberanía. Cádiz y los orígenes del municipalismo mexicano”, Guerra, F. X. (dir.), *Revoluciones hispánicas. Independencias americanas y liberalismo español*, Madrid, Cursos de Verano de El Escorial, Editorial Complutense, 1994.

tende tomar en cuenta la perspectiva indígena, por cuanto tomamos de los Estados Unidos y de Cádiz la idea unívoca de “nación”, la que en última instancia lleva a la célebre soflama del abate Sieyès en la Asamblea *Nacional*: si “nación” es “tercer estado” no caben en ella privilegiados (*i.e.*, gente que haga uso de sus “propias leyes”): ni nobles, ni clérigos, ni militares. Pero tampoco indios ni gitanos.

Tal ha sido la lógica con que nos hemos movido durante los pasados doscientos años. Si somos conscientes de nuestros límites, de aquello para lo que alcanzan las vidas humanas, pretender erradicarla parece absurdo. Se puede, con todo, emplear algunos aspectos de la misma lógica para impulsar pequeños grandes cambios en un sentido minimalista: muchos han hablado, en América Latina, del “uso alternativo del derecho”. Algunos han ido más allá y se han pronunciado por una “jurisprudencia de la liberación”, brindando sin querer la razón al Schmitt que afirmaba que el razonamiento jurídico moderno no es sino teológico. Se trata, en cualquier caso, de emplear categorías racionalistas sagradas, como la de “Ley”, en beneficio de quienes más las requieren: los parias de la modernidad política, del “absolutismo jurídico” que dice Grossi, y que entre nosotros poseen un innegable rostro indígena.

“Legalizar” es, por equívoca, mala palabra. Implica, por ejemplo, que uno de los instrumentos *jurídicos* por excelencia, la objeción de conciencia, pareciera no serlo en razón de su “ilegalidad”. Con todo, y para entendernos con la tipología ilustrada, sería útil “legalizar” ciertas prácticas, como la migración internacional, con miras a hacer visibles a los indígenas y sacarlos de la clandestinidad. Si el *ius migrandi* es, en serio, un derecho fundamental —y el primero de ellos—, parece absurdo el empeño gubernamental por erigir la “fortaleza norteamericana” imponiendo a las poblaciones de la tierra media indiana fronteras que les son ajenas y que generan una cantidad de dolor evitable que resulta francamente indignante. Lo hemos visto con los recientes secuestros y ejecuciones masivas de centroamericanos en México. Lo que la gente hace por llegar a los Estados Unidos y lo que los gobiernos hacen por impedirse lo constituyen la génesis de actividades clandestinas que poseen una magnitud inimaginable. Y todo por no reconocer a la migración como un derecho básico, humano. Y todo por brindar a los visados un carácter *legalizador* de las personas.

Constituye lo anterior ejemplo pertinente de lo que la práctica de los *derechos en serio* (la expresión, como se sabe, es de un norteamericano) podría hacer por las comunidades indígenas de nuestra América. Es un tema de utilidad marginal, de hallarle sentido a la justicia de los Estados. Pero para

que el aparato judicial estatal sea apreciado es preciso que funcione. Me gusta, en este sentido, citar la Recomendación 53/2010 dirigida por el Ombudsman nacional al gobernador de Chiapas en el sentido de concientizar a las comunidades acerca del orden normativo mexicano, del sistema judicial y de su armonización con los usos y costumbres indígenas, con miras a resolver casos tan graves como el de la intolerancia religiosa que se presentó en el ejido Lázaro Cárdenas Chilil, en Huixtlán, Chiapas. Y me gusta porque es claro que si el orden normativo de la República así como su sistema judicial fallan, ni las comunidades, ni sus integrantes, ni ningún ser pensante podrán encontrarles utilidad alguna y continuarán, en consecuencia, resolviendo sus diferencias religiosas, nunca mejor dicho, “como Dios les dé a entender”.

Lo que los órdenes jurídicos que conviven con el uso-costumbrismo deben asegurar es un goce idéntico de derechos para todos en lo que se refiere a la extensión, no al contenido de los mismos. El debido proceso, como conquista de Occidente, sirve para el aterrizaje de un régimen de libertades e igualdades en la diferencia y evita los abusos derivados de un multiculturalismo mal entendido. No puede permitirse que nadie, ni siquiera otro indígena, trate a un indio solamente como un medio, haciendo abstracción de su dignidad.¹⁹ En este sentido, Las Casas es un Kant *ante litteram*.

Fray Bartolomé, en efecto, supo ver —con una claridad que nadie más tuvo en el siglo de la Conquista— que pueden aceptarse todas las diferencias con una salvedad: la diferencia en dignidad, puesto que la dignidad es el fundamento de la igualdad. Esto asegura el tratamiento de la persona humana como un fin en sí misma y evita los sacrificios estériles.

La comunidad, en cambio, es siempre un medio, lo que no le resta importancia. La jerarquización típica de las etapas racionalistas así como el individualismo kantiano que se emplean en 1812 y en 1857-60 provocan que las comunidades indígenas se asimilen a las monásticas y frailunas, y que se consideren tierras de “manos muertas” las que por siglos habían correspondido a los pueblos. Se peleó una guerra en México, la de Reforma, para dejar establecido principio individualista semejante, y sólo tras una intervención extranjera, un Imperio y varias dictaduras de ropaje republicano se llegó a una tensa fórmula de compromiso dilatorio basada en la resignación de las comunidades de indios y mestizos y en la consolidación paralela del régimen de las grandes haciendas en el sur de México. El latifundismo,

¹⁹ Tal es la tesis que sostiene a todo lo largo de su opúsculo Garzón Valdés, E., *Los derechos electorales de los pueblos indígenas en México*, (Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2010).

base y cimiento de la producción agrícola capitalista, hizo que los pueblos pusieran en segundo plano la cuestión de sus usos y costumbres, de su autonomía, por cuanto resultaba mucho más perentorio para ellos el problema de la tenencia de la tierra.

La Revolución mexicana (1910-1938) utilizó al liberalismo como un “mito político unificador” en la expresión de Charles Hale. Se olvidó de la desamortización y del combate a las corporaciones al tiempo en que profundizó el culto a Juárez, Lerdo y Ocampo. Repartió tierras a las comunidades para cumplir con Zapata y con los zapatismos, pero no quiso hablar, como tampoco quisieron Hidalgo y Morelos, del pluralismo jurídico, con la agravante de que, al menos en su versión cardenista, el reparto agrario no lo haría nadie más que el Estado, desde el centro, con un afán uniformizador que ralentizó la voluntad y la querencia de comunidades e individuos y que no vino a cuento en grandes extensiones del norte de la República, mucho más propicias a la pequeña propiedad individual propia de una Norteamérica a la que se pertenece geográfica y culturalmente.²⁰ Apareció de nuevo el tema del absolutismo jurídico, de la imposición de modelos indúctiles desde el centro, y de él no hemos salido.

Y no saldremos mientras no comprendamos que en estos temas el operador jurídico tiene que hacer uso de la ponderación entre los derechos individuales y los colectivos o históricos para no discriminar y no permitir que la comunidad indígena discrimine. Con la reforma constitucional de 2001, que de alguna forma vino a hacer eco, en el orden fundamental de la República, del levantamiento neozapatista de 1994 (un alzamiento, por cierto, encabezado por un ejército que se autocalificó de “liberación *nacional*”), la nación mexicana se reconoció una aunque pluricultural, y los usos y costumbres de pueblos y comunidades indígenas pasaron a ser aplicables con toda la amplitud posible siempre que fuesen respetuosos de los derechos humanos, particularmente de los de las mujeres.

Como se habrá advertido, la categoría “derechos humanos” vino a sustituir la referencia que hacían las Leyes de Indias a la religión católica y a las regulaciones del rey. No es exagerado decir que para los indígenas ambas formas poliseculares de expresión son maneras de denominar una misma realidad: la civilización que en forma traumática llegó por los mares de Levante. Pues bien, así como “nuestra sagrada Religión” terminó por

²⁰ Son iluminadoras al respecto las líneas de Katz, F., *Pancho Villa*, trad. de P. Villegas, México, Era, 1998, pp. 25-51, si bien se señala (p. 44) lo agraviados que se hallaron los *pueblos* de Chihuahua, estado norteño, con las medidas anticomunales del gobernador Creel durante la *pax porfiriana*.

representarles utilidad y por convencer a las comunidades, es necesario hoy que los indios de México se convenzan de lo útiles que resultan los derechos fundamentales para estructurar vidas dignas, útiles y plenas.

Convencimiento semejante no pasará sino por un replanteamiento casi absoluto de nuestros legolátricos Estados latinoamericanos. Reconocer dignidad al individuo implica reconocerle capacidad absoluta de fungir como legislador moral y tomar sus propias determinaciones.²¹ De ahí que cuando esas determinaciones parecen perjudicarlo para favorecer a la comunidad (como en el caso de los votos monásticos, o en el del tequio, trabajo obligatorio y gratuito que se impone al individuo en algunos pueblos indígenas del México meridional), el Estado legicentrista y kantiano que heredamos del XIX responda con una virulencia digna de la ley Le Chapellier. Ello contradice un aspecto esencial de la dignidad humana: el derecho a la diferencia, como fue captado por Bernanos en *Diálogo de carmelitas*. Vulnera también la libertad individual, personalísima, de renunciar a lo que el Estado considera indispensable para el desarrollo de mi personalidad y para mi acceso a la felicidad. Se trata, como puede verse, de un problema etimológicamente *religioso* (de lo que “vuelve a vincular”) y nos coloca, de vuelta, en la encrucijada de los voluntarismos.

El Estado mexicano continúa siendo profundamente paternalista. No se siente cómodo permitiendo que comunidades de ningún tipo decidan, en serio, los propios caminos, autogestionándose y autorregulándose. El célebre convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales le sigue siendo poco confortable (en general, aunque esa es otra historia, los tratados internacionales, merced a un nacionalismo que deriva en absolutismo jurídico de la peor ralea, incomodan desde siempre a la República).²²

Es preciso, para ser equitativos, tratar de comprender: si la incomodidad se deriva de una genuina preocupación por la no instrumentalización de los individuos en sede indígena, por la vigencia efectiva y universal de los derechos fundamentales, va una sugerencia de corte procesal, de debido y correcto proceso que pretende hacer operativa una figura tan mexicana como la del juicio de amparo, superando su individualista diseño procesal: ¿por qué no pensamos en las comunidades indígenas a las que se refiere el artículo 2o. constitucional como autoridades responsables para efectos del amparo? Reparemos por un momento en lo que ello implicaría para las

²¹ Garzón Valdés, *Los derechos...*, cit., pp. 27-32.

²² Moctezuma Barragán, J., “Los derechos humanos de los pueblos indígenas”, *Voz y Voto*, México, núm. 211, septiembre de 2010, pp. 23-26.

relaciones familiares entre los naturales: la situación de la mujer daría lugar a un buen número de precedentes de amparo, pues ni la comunidad ni sus usos y costumbres podrían darle el indigno trato de instrumento, pero las modernas repúblicas de indios no perderían su capacidad autonómica ni sus derechos colectivos a la identidad. Se cumpliría, además, con la recomendación 64 realizada por Japón al Estado mexicano en el marco del Examen Periódico Universal de Naciones Unidas (2010): “Revisar el sistema judicial” con miras a terminar con disparidades y discriminaciones injustificadas. Parece un buen modo de comenzar con la ponderación y con la equidad pues, como ha dicho Carpintero, no hay más justicia que la del caso concreto.

Con este tipo de medidas y rediseños la justicia de la Unión tutelaría, por fin, los derechos humanos de *todos* los nacionales mexicanos, aun cuando vivan en *comunidad*. Y quizá, sólo quizá, comenzaría la era del México nacional, plurijurídico, adulto y definitivamente libre.