

20762



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLAN

EL NEXO ENTRE EL PENSAMIENTO JURIDICO DE LA EDAD MEDIA Y
EL TERRITORIO DE LOS PUEBLOS INDIOS DE MEXICO.
PERSPECTIVAS JURIDICAS ACTUALES.

TESIS PROFESIONAL

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE

MAESTRA EN DERECHO

P R E S E N T A ;

BEATRIZ GUADALUPE MALDONADO SIMAN

ASESOR:

MTRO. JESUS AGUILAR ALTAMIRANO

ACATLAN, ESTADO DE MEXICO

SEPTIEMBRE 2004



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A mi esposo y a nuestro hijo Manuel

AGRADECIMIENTOS

A la Universidad Nacional Autónoma de México, por ser la institución en la que me he formado y de la que me siento orgullosa.

Al Posgrado en Derecho de la Facultad de Estudios Superiores Acatlán, por ser un espacio invaluable de discusión y crítica académicas.

Agradezco el apoyo que recibí del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, durante el desarrollo de la Maestría, apoyo con el que llevé a cabo actividades académicas y de investigación base de este trabajo.

Deseo expresar mi enorme gratitud al asesor de la presente investigación, Maestro Jesús Aguilar Altamirano, quien con su apoyo constante y crítica aguda, me permitió alcanzar los objetivos planteados en este trabajo. Gracias a su incansable exigencia metodológica, me fue posible mantener las principales líneas de investigación.

Con todo mi agradecimiento al Doctor Guillermo Rivera González, maestro que con paciencia y erudición, me hizo importantes observaciones que enriquecieron este trabajo.

Con aprecio y reconocimiento, a mi maestro, Doctor Augusto Sánchez Sandoval, por sus sugerencias, orientaciones, y sobre todo, por su valioso ejemplo de convicción académica.

Con gratitud, al Doctor Manuel Becerra Ramírez, por alentar siempre metas académicas y de investigación, tan importantes en mi vida profesional.

Agradezco al Doctor Günther Aschemann, las arduas discusiones que me permitieron hallar respuestas en la compleja variedad teórica, que en algún momento debe tener sentido y forma.

A mi profesor Doctor Klaus Müller, cuyas clases y sugerencias me orientaron a explorar el apasionante mundo de la Filosofía del Derecho.

A mi amigo y colega, Héctor Pedraza Rosales, con gratitud.

El hombre que encuentra que su patria es dulce no es más que un tierno principiante; aquel para quien cada suelo es como el suyo propio ya es fuerte, pero solo es perfecto aquel para quien el mundo entero es como un país extranjero

Hugo de San Víctor

Auctoritas, non veritas, facit legem

La guerra une y el derecho es lucha

Heráclito

PRESENTACIÓN

Mi orientación hacia el federalismo no es reciente, y me sigue pareciendo un modelo atractivo para sociedades con pluralidad étnica como la nuestra.

El trabajo que se presenta, atravesó por varios momentos. La pretensión inicial era analizar la situación de los pueblos indios estrictamente en el marco del federalismo.

En el proceso de la investigación, muchos factores influyeron para determinar en definitiva la temática central:

Al iniciar la primera fase de la investigación documental, seleccioné y dispuse de fuentes variadas que trataban a los pueblos indios, la cuestión étnica o a los campesinos sin tierra. Muchos de esos trabajos sobre líneas ideológicas –salvo en pocas y buenas excepciones- no aportaban alguna postura de verdadera renovación científica del tema.

Mi acercamiento al pensamiento jurídico medieval, fue complejo, y constituyó la segunda parte de la investigación, junto con nuevas posturas del multiculturalismo anglosajón.

Tras la investigación y análisis documentales, determiné que en el mundo medieval estaban las bases que buscaba para dar algunas explicaciones, al menos las que yo quería dar, al problema de los pueblos indios y la perspectiva no solo a partir del Estado-nación.

Por lo anterior, desarrollo en este trabajo una argumentación acerca del pensamiento jurídico medieval y su *actualidad* en las formas de tenencia de la tierra de nuestros pueblos indios. El binomio cultura-territorio está dado al interior del modelo federal, como espacio de pluralidad cultural.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación consistió en la comprensión teórica del nexo entre el territorio de los pueblos indios de México y el pensamiento jurídico de la Edad Media.

El trabajo consta de dos objetivos generales. El primero, fue demostrar que a partir de dicho nexo, la tenencia de la tierra de los pueblos indios fue sustancialmente modificada y condicionó posteriores prácticas, en el orden social, económico y político.

Las instituciones medievales impuestas por los conquistadores imposibilitaron prácticas culturales vinculadas con la tierra. Por ello, el segundo objetivo general, fue diseñar un modelo teórico, que con base en la interpretación histórica, lograra establecer algunas líneas generales, de conjunto con una propuesta procedimental.

El análisis jurídico se ubica en tres grandes vertientes: primera, la vinculada con los títulos jurídicos para la ocupación de América; segunda, en la transmisión de las instituciones jurídicas medievales que acompañaron la colonización; y, tercera, en el diseño del modelo teórico y la propuesta procedimental.

Una de las hipótesis centrales de investigación fue comprobar que el examen del marco histórico medieval, era indispensable para aprehender la exclusión social y jurídica de los pueblos indios.

Unida a la anterior, otra hipótesis básica fue trabajar en esa línea medieval, con el objeto de demostrar que los estudios y la interpretación de la problemática de los pueblos indios, minorías o indígenas, no solo deben partir del Estado-nación tomándolo como centro de debate obligado. En este trabajo, se sostiene que con el Estado-nación los pueblos indios sufrieron una segunda exclusión.

El esquema o plan de estudio, con los métodos empleados es el siguiente:

- 1) Método analítico-comparativo. Con él se describen hechos a partir de categorías generales. Corresponde al Capítulo I: El discurso sobre los pueblos indios. El capítulo se divide en dos partes. La primera parte hace una reflexión preliminar acerca de la pluralidad jurídica y de las relaciones de alteridad. La segunda parte trata las implicaciones de la conquista; del Estado-nación

producto del contrato y de los probables caminos de solución, que se retoman en las propuestas del capítulo IV.

2) Método histórico-analítico. Este método tuvo por finalidad una construcción interpretativa de la historia. Corresponde al Capítulo II: Los antecedentes medievales del descubrimiento. Su temática es amplia. Consta de dos partes. La primera parte, trata la génesis del pensamiento medieval, en donde se revisan conceptos como la obediencia cristiana; la *Respublica Christiana* como unidad política y espiritual de la época, integrada por el Papado y el *Imperium*; los vasallajes; la importante Doctrina del *Dominium* y la potestad judicial; además se hace una referencia a la influencia del derecho romano a través de la escuela de los glosadores y comentaristas, así como de la recepción de este derecho en España. La segunda parte del Capítulo II, se ocupa del análisis de la toma de la tierra en América; de las Bulas Alejandrinas; del concepto de guerra justa de Vitoria, y, de la disputa de Valladolid, en la que Bartolomé de las Casas presentó al emperador su postura sobre la dominación española en América.

3) Método histórico-analítico y Método Sintético. Con este método, el conjunto de datos históricos obtenidos de la construcción interpretativa fueron sintetizados. Corresponde al Capítulo III: El proceso de exclusión de los pueblos indios en la formación del derecho de propiedad durante la Colonia. Se divide en dos partes. La primera se ocupa de puntos generales de la encomienda y la hacienda; otro subtema se ocupa de los vínculos de América con Europa. La segunda parte, trata la evolución de la encomienda, de la hacienda y del *cuatequil*, como sistema de trabajo asalariado en la minas. El capítulo concluye con la mención a otra de las *conquistas espirituales*: las reducciones.

4) Método Sistemático, por el cual traté de generar una unidad sistémica, que logre un carácter práctico. Corresponde al Capítulo IV: Las perspectivas de los pueblos indios a partir de la historia. Dicha perspectiva se hace en el marco del territorio y la cultura. Consta de dos partes: la primera confronta las relaciones entre el derecho público y el privado, titulado "la dicotomía entre lo público y lo privado"; en esta parte se presenta la síntesis de Estado-nación contrastada con el derecho público y privado, así como los derechos humanos, y los derechos naturales. La segunda parte se ocupa de la propuesta teórica y

procedimental. Se ubica a la cultura en la praxis ciudadana de derechos democráticos de participación; la vinculación territorio-cultura; y finalmente la discusión-propuesta del federalismo.

Como herramienta didáctica, al término del trabajo incluyo un apartado de *Síntesis de Resultados*, cuya finalidad es presentar brevemente los resultados que arrojó la investigación, básicamente documental. Los resultados se presentan de acuerdo con los temas tratados en cada capítulo.

Después aparecen las Conclusiones. Para terminar, se consignan las fuentes Biblio-hemerográficas.

CONTENIDO

	Página
CAPÍTULO I. EL DISCURSO SOBRE LOS PUEBLOS INDIOS	
Parte I. Reflexiones preliminares	8
1. La pluralidad jurídica	9
2. Las relaciones de alteridad	12
A. La universalidad de la religión católica	13
Parte II. Las implicaciones de la Conquista	16
1. El mundo prehispánico, el descubrimiento y la Conquista de América	16
2. México como Estado-nación producto del contrato social	24
3. Los caminos probables de solución	30
 CAPÍTULO II. ANTECEDENTES MEDIEVALES DEL HECHO DEL DESCUBRIMIENTO. LA JURISDICCIÓN MEDIEVAL PARA LA OCUPACIÓN DE AMÉRICA	
Parte I. Génesis del pensamiento medieval	32
1. El fundamento cristiano	32
A. La obediencia cristiana	32
B. El cristianismo como religión histórica y revelada. El lugar de la razón	33
C. La idea del derecho natural	34
2. La Edad Media y la <i>Respublica Christiana</i>	35
A. El preludio	35
B. La unidad política, religiosa y <i>jurídica</i> de la <i>Respublica Christiana</i> . La sociedad medieval	38
3. Las formas medievales de <i>tenencia o soberanía</i> de la tierra	42
A. Los vasallajes	42
B. La doctrina del <i>Dominium</i>	44
C. La potestad judicial	49
4. El pensamiento jurídico romano	58

A. Personas	58
B. La propiedad territorial	59
C. Derechos reales	62
a. La propiedad	62
b. La posesión	64
D. El trabajo de los glosadores y comentaristas	65
E. La recepción del derecho romano en España	67
Parte II. La toma de la tierra (Landnahme).	
La validez intercambiable del hecho y del derecho	69
1. Las bulas alejandrinas	69
2. La primera gran toma de la tierra	75
3. La guerra justa de Vitoria. El pensamiento tomista	77
4. La disputa de Valladolid	86

CAPÍTULO III. EL PROCESO DE EXCLUSIÓN SOCIAL Y ECONÓMICA DE LOS PUEBLOS INDIOS EN LA FORMACIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD DE LA TIERRA DURANTE LA COLONIA

Parte I. La continuación <i>espiritual</i> y <i>secular</i> de la guerra justa:	
la encomienda y la hacienda	90
1. Preliminares	90
2. El vínculo europeo	91
Parte II. La relación entre la encomienda y la hacienda	97
1. La encomienda. Su <i>evolución</i>	97
2. Los repartimientos de indios y el <i>cuatequil</i>	107
3. El rol de la hacienda	110
4. Otra expresión de la Conquista espiritual:	
las reducciones	114

CAPÍTULO IV. PERSPECTIVAS DEL SITIO DE LOS PUEBLOS INDIOS A PARTIR DE LA HISTORIA. LA CUESTIÓN DEL TERRITORIO Y LA CULTURA

Parte I. La dicotomía entre lo público y lo privado	116
1. La igualdad natural para contratar traducida a la cultura homogénea	116

2. Derechos naturales para los iguales. Derechos humanos para los desiguales	119
Parte II. La cultura en la praxis ciudadana de derechos democráticos de participación	122
1. La dimensión esencial de los pueblos indios: El territorio y la cultura. Marco teórico	123
2. Preludio instrumental espacio-temporal	128
3. La discusión sobre el federalismo	129
SÍNTESIS DE RESULTADOS	133
CONCLUSIONES	140
BIBLIO-HEMEROGRAFÍA	143

CAPÍTULO I. EL DISCURSO SOBRE LOS PUEBLOS INDIOS

Parte I. Reflexiones preliminares

El fundamento de los derechos de los pueblos indios se halla, entre otros, en el análisis de hechos remotos que expliquen por qué tal o cual institución funciona de determinada manera, y si garantiza el ejercicio de dichos derechos.

Los derechos étnicos se adscriben al pluralismo jurídico, razón por la cual considero indispensable plantearlo como categoría jurídica¹ esencial, dada la problemática de reconocimiento que representa la coexistencia de dos o más sistemas jurídicos en el mismo Estado, y más aún, la efectividad de las normas. Antropólogos, sociólogos e historiadores entre otros, han buscado razones en el mundo prehispánico para explicar y proponer modelos reales a las culturas que desde entonces perviven. Los juristas, sin embargo, lo han hecho a partir de figuras jurídicas dadas en momentos históricos que no tienen referencia alguna con aquellas culturas, o dichas figuras por sí mismas son ahistóricas.

Prescindiendo también del sincretismo de algunas doctrinas europeas o latinoamericanas que tan solo transitan por el camino asimilacionista, el objetivo de este capítulo es obtener un concepto sobre la dimensión esencial de los pueblos indios: el territorio y la cultura. Para ello, en la Parte I se hace un análisis de la importancia de la pluralidad jurídica para el tratamiento del tema en cuestión; se discute el concepto de alteridad a la luz de la universalidad de la religión católica, garante de la mentalidad medieval de los conquistadores.

Tomando como referencia el mundo prehispánico, en la Parte II se señalan las implicaciones del descubrimiento y la Conquista de América, hasta la discusión del nacimiento de nuestro país como Estado-nación producto del contractualismo.

Para finalizar en el Capítulo I, se esbozan algunos caminos de solución. En este trabajo sostenemos que el ejercicio de los derechos a la tierra y a la cultura, de conjunto, representaría una solución a la problemática que padecen los pueblos indios de México.

¹ Correas, Oscar, *Sociología del derecho y crítica jurídica*, México, Fontamara, 1998, p. 60. La noción de categorías jurídicas, es pues, "el instrumento teórico que permitiría cubrir el espacio entre las normas sociales y sus formas normativas, el instrumento teórico específico de una Sociología Jurídica que pretende explicar por qué, en cierto país, las normas que componen el sistema jurídico son éstas y no otras".

1. La pluralidad jurídica

Para tratar la pluralidad jurídica, hay que considerar primero la pluralidad cultural apartada de todo proyecto civilizatorio que concibe a la historia como un proceso infinito de avance rectilíneo², por lo tanto, la construcción de un modelo originario debe atender a las diferencias culturales, sobre todo cuando pertenecen a civilizaciones distintas, lo cual exige abandonar el concepto de una cultura uniforme.³

Luis Villoro, en sus "Aproximaciones a una ética de la cultura"⁴ expone la realidad pluricultural a partir de la ética. La ética se refiere a componentes conscientes e intencionales que forman un conjunto de relaciones posibles entre ciertos sujetos y su mundo, es decir, una cultura constituida por creencias comunes, valoraciones compartidas, formas de vida, comportamientos y conductas semejantes, lo anterior estructurado conforme a reglas (instituciones, rituales) y animado por un sistema significativo común (lengua, mito). Esto le pertenece al ser humano y le da sentido a su vida como unidad colectiva, y cuando es amplia le corresponde a un pueblo.

Ahora bien, se ha planteado que el criterio para distinguir la objetividad de las normas éticas en relación con una cultura, es su sentido de universalidad. No obstante, dicha *objetividad ética de la cultura*, deja de lado toda consideración pluricultural.

Además, la universalización de la cultura no ha sido obra de la comunicación racional y libre, sino de la dominación y la violencia.⁵ Por oposición, se levanta el relativismo cultural expresado en él, la pluralidad.

Pluralidad es entonces la existencia de diversas culturas, como "espectro general de las actividades humanas, los símbolos, valores y artefactos que identifican a un grupo humano y lo distinguen de otros".⁶ En el campo jurídico, la disciplina que se ha ocupado de las diversas culturas *puestas en el pluralismo*, cuyos sistemas jurídicos son por lo general *consuetudinarios*, es la

² Bonfil Batalla, Guillermo, *México profundo*, México, Grijalbo, 1989, p. 232.

³ Supra. p. 236.

⁴ Villoro, Luis, *Estado plural, pluralidad de culturas*, México, Paidós-Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Filosofía y Letras, 1999, pp. 109-116.

⁵ Supra. p. 113.

⁶ Stavenhagen, Rodolfo, *La cuestión étnica*, México, El Colegio de México, 2001, p. 19.

antropología jurídica.⁷ Se nombran *consuetudinarios* más que sistemáticos, en virtud de que su proceso de elaboración y reconocimiento no sigue las reglas convencionales de creación del derecho.

Entonces el ámbito de estudio de la antropología jurídica, es el de "las culturas jurídicas desarrolladas por distintos pueblos, particularmente aquellos considerados como tradicionales o indígenas, es decir, que se encuentran, más o menos fuera del ámbito de la modernidad occidental".⁸

La antropología jurídica es, pues, la herramienta de trabajo del pluralismo jurídico, ambos poco difundidos en la doctrina y en la enseñanza del derecho.

A partir de la pluralidad, y de la antropología jurídica, arribamos al pluralismo jurídico.

Tradicionalmente se ha clasificado al derecho en tres familias: la familia romano-germánica, la de la common law y la de los derechos socialistas; estas familias se consideran como sistemas jurídicos, y por sistema, entendemos al "conjunto de normas organizadas por una norma fundante, *Grundnorm*, o regla de reconocimiento la cual permite saber cuáles normas son de la comunidad y cuáles no".⁹ Sin embargo, la clasificación del derecho en familias, no da cuenta de la totalidad del mundo jurídico, que no obstante, sí se ajusta a la definición de sistema.

Varias han sido las razones para no ver la *realidad jurídica* como es, entre ellas, podemos citar el monopolio del Estado monista bien auxiliado por el positivismo jurídico, la necesidad política de homogeneizar lo diverso, y sobre todo la existencia del Estado-nación acuñado en occidente.

La pluralidad jurídica se define como la coexistencia en el mismo tiempo y en el mismo territorio del Estado de dos o más sistemas jurídicos. Autores como Gurvitch y Ehrlich, sostienen que "el poder jurídico mediante el cual se crea el

⁷ Cfr. González Galván, Jorge Alberto, "La enseñanza de la antropología jurídica en Francia" en *Etnicidad y derecho, un diálogo postergado entre los científicos sociales, V Jornadas Lascasianas*, coord., Ordóñez Cifuentes, José Emilio, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996, pp. 291-311.

⁸ Nicolau Coll, Agustí, Vachon, Robert, "Etnicidad y derecho: un enfoque diatópico y dialogal del estudio y la enseñanza del pluralismo jurídico", en *Etnicidad y derecho*, supra, p. 268.

⁹ Correas, Oscar, *Introducción a la Sociología Jurídica*, México, Fontamara, 2000, p. 93.

derecho, no reside en el Estado, sino en los hechos *normativos*, en el corazón de la vida social".¹⁰

A partir de lo anterior, tenemos que lo que hace que una pluralidad de normas sea un sistema, es la presencia, en la conciencia de los miembros de la comunidad, de un convencimiento de la necesidad o conveniencia de obedecer las normas de la misma.¹¹ Este hecho se da en diversos pueblos indígenas. Además, si analizamos la pluralidad jurídica a partir del pensamiento kelseniano,¹² tenemos que un sistema jurídico existe cuando es eficaz, o también porque sus normas son válidas al pertenecer a un sistema válido. Pero advirtamos que no nos quedamos tan solo con un enunciado que como juicio jurídico, aplica reglas jurídicas a determinados actos, se trata mas bien "...de una aserción fáctica que se refiere a un conjunto de hechos sociales".¹³ Hechos suficientes para la existencia de la norma y su verificación.

Las normas dadas en la pluralidad jurídica, estudiadas por el pluralismo jurídico, pueden ser igual o más eficaces que las que dicta el sistema jurídico homogéneo, aún cuando aquéllas no se elaboren por determinados funcionarios o sigan el proceso formal de creación de leyes. Distingamos pues la efectividad que puede tener el derecho positivo, esto es, el mero cumplimiento de la norma, de la eficacia de algún sistema jurídico de comunidades indígenas, es decir, además del cumplimiento de la norma provoca en el sujeto el objetivo que la propia norma persigue.

No obstante, estamos frente al problema de reconocimiento de esas maneras de hacer el orden y ver al mundo *diferente*; y casualmente, eso *diferente*, ha sobrevivido al derecho estatal: los pueblos indios y su derecho. El pluralismo jurídico debe ir más allá de una simple crítica al fenómeno jurídico estatal, que no sólo recupere e incorpore al mundo jurídico el *no jurídico*, sino también contribuya a rediseñar y a fortalecer al Estado.

¹⁰ Carbonnier, Jean, *Sociología Jurídica*, Madrid, Tecnos, 1982, p. 119. Cita a ambos autores, como representantes de la escuela del derecho libre, y como sistematizadores del pluralismo jurídico.

¹¹ Correas, Oscar, *Introducción a la*, op. cit. p. 93

¹² Vid. Correas, Oscar, "El derecho indígena frente a la cultura jurídica dominante" en *Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indios, IV Jornadas Lascasianas*, coord. Ordóñez Cifuentes, José Emilio, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, pp. 95-110.

¹³ Ross, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara, 2001, p. 23.

"La aceptación del pluralismo jurídico no señala tan sólo un imperativo moral exclusivamente antropológico, sino que se inscribe en un marco de un imperativo ontológico [...] Aceptar el pluralismo no representa tan solo un acto de justicia humana, sino también cósmica y divina, pues se colabora al mantenimiento del equilibrio y la armonía de todo el universo. El pluralismo jurídico no convella tan sólo una dimensión política y humana, sino también cosmológica y en última instancia, religiosa y espiritual".¹⁴

2. Las relaciones de alteridad

La alteridad o "la existencia del otro", parte del etnocentrismo que consiste en la identificación que cada individuo hace con su sociedad de pertenencia y la valoración de su propia cultura. Hasta aquí, el etnocentrismo radicado en sus fronteras (y nótese, en buena medida territoriales) no socava la cultura de otros. Sin embargo, la alteridad se establece cuando aquella cultura etnocéntrica tiene frente a sí a un diverso que busca insertarlo en su realidad.

Así, en la época del descubrimiento y la Conquista, la noción cíclica del mundo y de la realidad de las culturas prehispánicas, se vio abruptamente interrumpida por el aniquilamiento del *otro* consumada por una "victoria problemática",¹⁵ pues no hay una sola forma de comunicación, una dimensión de la actividad simbólica [...] Al ganar por un lado, el europeo perdía por el otro: al imponerse en toda la tierra por lo que era su superioridad, aplastaba en sí mismo su capacidad de integrarse al mundo. Durante los siglos siguientes soñará con el buen salvaje, pero el salvaje estaba muerto o asimilado, y ese sueño estaba condenado a quedar estéril. La victoria ya estaba preñada de su derrota..."

No hubo ni reconocimiento ni reconciliación, se aniquiló al adversario.

Hay muchos elementos que muestran la relación de alteridad impregnada en el pensamiento español. Por ejemplo, la desnudez de los indios, sus ritos, y en general su organización fueron interpretados por el conquistador como ausencia de cultura, razón de sobra para evangelizarlos. A esta empresa Colón

¹⁴ Nicolau Coll, Agustí, Vachon, Robert, "Etnicidad y derecho...", op cit. pp. 288-289.

¹⁵ Todorov, Tzvetan, *La Conquista de América. El problema del otro*, México, Siglo XXI, 2001, pp. 105-106.

contribuyó en su tercer viaje: solicitó llevar consigo voluntarios criminales, que serían indultados de inmediato.

En relación con el idioma, por ejemplo, "Colón desconoce la diversidad de las lenguas, lo cual frente a una lengua extranjera, sólo le deja dos posibilidades de comportamiento complementarias: reconocer que es una lengua pero negarse a creer que sea diferente, o reconocer su diferencia y negarse a admitir que se trate de una lengua..."¹⁶

En el primer caso si la lengua y el indio son iguales a los españoles, son asimilados, es decir, proyectados en ellos los valores del otro; en el segundo caso, si parte de la diferencia, ella se traduce en términos de superioridad e inferioridad, y al indio por ser inferior se le niega la existencia, o si la tiene, será como esclavo. "Estas dos figuras elementales de la experiencia de la alteridad descansan ambas en el egocentrismo, en la identificación de los propios valores con los valores en general, del propio yo con el universo, en la convicción de que el mundo es uno".¹⁷

De lo anterior tenemos el indisoluble vínculo entre alteridad y religión:

Los españoles se consideran elegidos para la gran empresa evangelizadora, que instrumentan mediante las relaciones de alteridad, relaciones manifestadas en destrucción y/o asimilación.

A. La universalidad de la religión católica

Tras la caída de la ciudad-Estado, los hombres tuvieron que aprender a vivir "solos" en una sociedad más amplia e impersonal que aquella organización política.¹⁸ La nueva interpretación de la sociedad iba de la mano con la religión, garante de esperanza de inmortalidad personal.

El repensar la historia trajo concepciones universalistas: todos los hombres estaban dotados de una naturaleza humana común (idea proscrita en la ciudad-Estado, pues para Aristóteles por ejemplo, la igualdad se reducía a un pequeño grupo y la esclavitud era natural).

Los orígenes de la reinterpretación del hombre y del mundo concebidos en una universalidad, nos remiten a la escuela estoica fundada en el año 300 A.C. por

¹⁶ *Supra*, p. 38.

¹⁷ *Supra*, p. 50.

¹⁸ Sabine, Georg, *Historia de la teoría política*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1982, p. 113.

Zenón. Fueron muchos los representantes de esta escuela, pero aquí nos limitaremos a exponer la idea central de interés. La enseñanza estoica era una convicción religiosa de la unicidad y perfección de la naturaleza, de un verdadero orden moral. "Vivir con arreglo a la naturaleza" significaba la resignación a la voluntad de Dios¹⁹; tanto el hombre como Dios son racionales, y a partir de la razón distinguen lo justo y lo injusto y de ahí que solo el hombre es apto para vivir en sociedad. Aquí podemos equiparar la razón con el ser pensante: "Pues bien, el hombre sólo puede distinguir entre el bien y el mal en cuanto ser pensante; es, pues, en el pensamiento y solamente en él donde se halla la fuente del mal y el bien, así como también el remedio para curar los males causados por el mismo pensamiento".²⁰

"Preguntando sobre *qué* era bueno y verdadero, no daba otra respuesta, una vez más, que el pensamiento mismo *sin contenido*: lo verdadero y lo bueno debía consistir, según él, en lo racional".²¹

La razón entonces, es el propio ser humano, expresada en su pensamiento, y con él se inicia el camino de la racionalización de las leyes y la teoría de la igualdad como base de la mejora moral, todo en el marco de una sociedad universal. Interesante resulta que dentro de esa sociedad universal se sostuviera, sin embargo, que las costumbres son diversas y múltiples, pero la razón es una; la concepción del ámbito mundial estaría compuesto de localidades que podían diferir, sin dejar por ello de *ser razonables*.

La ciudad universal de los estoicos estaba en camino de ser la *Ciudad de Dios* de San Agustín, fundamento del pensamiento cristiano posterior.

La aparición de la Iglesia cristiana como institución autorizada para gobernar los asuntos espirituales de la humanidad ajena al Estado, representó una nueva teoría de filosofía política. "El viraje operado en la historia universal, consiste, por tanto, en que los hombres cobren la conciencia de lo concreto en esta consumación como Dios".²²

El Imperio universal requería del apoyo religioso, de una religión común, no dependiente del Estado, sino como su igual. La primera dificultad que tuvo que

¹⁹ Supra.

²⁰ Hegel, G.W.F., *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, 3ª ed., t. III, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 85.

²¹ Hegel, G.W.F., *Fenomenología del espíritu*, 3ª. ed., México, 2002, p. 124.

²² Hegel, *Lecciones sobre la historia*, op. cit., p. 77.

enfrentar esta concepción fue la distinción entre lo espiritual y lo temporal, situación resuelta en la *Ciudad de Dios*: la naturaleza humana es doble: el hombre es espíritu y cuerpo, es a la vez ciudadano de este mundo terreno donde privan los impulsos y apetitos y de la ciudad celestial que representa la salvación espiritual; ambas ciudades están mezcladas para no separarse sino en el juicio final²³. Para fines prácticos, lo importante de este argumento radica en que el esquema de salvación se basaba en la realidad de la Iglesia como unión social de los verdaderos creyentes, entonces, la unidad de la fe cristiana se instala en la Iglesia y con ella la necesaria existencia de un Estado cristiano que contribuyera a la salvación humana. De no ser un Estado cristiano estaría desprovisto de justicia.

Es así, como se construyó la concepción cristiana de una sociedad universal, en la que el cristianismo impuso una pureza de culto que en el mundo terreno encabezó la Iglesia cuya misión fue introducir en su seno esa idea absoluta, "... en efecto, la determinación de lo absoluto, como espíritu, de un modo concreto, el que Dios no es simplemente una representación".²⁴

"Por consiguiente, para comprender y aplicar la idea del cristianismo, no cabe duda de que es necesario conocer la idea filosófica [...] *dentro* del cristianismo mismo, *el fundamento de la filosofía* consiste en que la conciencia de la verdad, la conciencia del espíritu en y para sí despierte *en el hombre mismo* y en que el hombre sienta la necesidad de ser copartícipe de esta verdad,"²⁵ es decir, una unión de la naturaleza divina y humana.

En suma, la misión de la universalidad cristiana pretendió: difundir y propagar la religión cristiana; identificar el principio cristiano con el pensamiento y erigir a la Iglesia como la comunidad de Dios en la tierra.

Esta concepción cristiana imponía un tiempo universal y una historia común para todos los seres humanos.²⁶ Es así como inicia la concepción lineal del tiempo en la mentalidad europea "...en la que cualquier forma cultural diversa, o toda alteridad a las concepciones cristianas representaba un obstáculo en la recta e intolerante marcha del tiempo hacia el juicio final, por tanto, era deber

²³ Sabine, op. cit. pp. 113 y ss.

²⁴ Supra, p. 75.

²⁵ Supra, p. 76.

²⁶ Pérez Collados, José María, *Los discursos políticos del México originario*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 69-71.

cristiano eliminar los obstáculos para facilitar el recto paso de los acontecimientos hacia su culminación predestinada.²⁷

La *unidad medieval de pensamiento*, bien se expresaba como apunta Todorov²⁸ en una sólida relación entre la forma de fe en Dios y la estrategia de interpretaciones. Esa unión junto con la predestinación, y la necesidad de ser copartícipe de la verdad cristiana, arrojaron a Colón como *evangelizador y colonizador* a navegar sin tener la certeza de que al final del océano no estuviera el abismo.²⁹ Apelaba a su convicción antes que a su experiencia, y eso ordenó su comportamiento: "Colón no descubre América, la encuentra en el lugar donde *sabía* que estaría, en el lugar donde pensaba que se encontraba la costa oriental de Asia".³⁰

Parte II. Las implicaciones de la Conquista

1. El mundo prehispánico, el descubrimiento y la Conquista de América

Mesoamérica, entre el río Pánuco en el norte, y las tierras de Guatemala y Honduras fue el lugar de asiento de los pueblos indígenas, de los cuales destacaremos la presencia de los nahuas o mexicas quienes al inicio del siglo XII se asentaron en la cuenca de México; dos siglos más tarde se convertirían en uno de los Estados más poderosos de Mesoamérica.

"En las reconstrucciones del pasado mexica sobresalen tres momentos decisivos de esa historia: la migración desde el norte hacia el altiplano central, que culmina en la fundación de México-Tenochtitlán; el triunfo sobre los tepanecas, que señala el momento de independencia y ascenso del poder mexica; y la fundación de la Triple Alianza, que inicia el período de expansión por los confines de Mesoamérica".³¹

La presencia de la Triple Alianza encabezada por los aztecas que unificó a los reinos de México-Tenochtitlán, Texcoco y Tlacotalpan, todos compartían la misma cultura, y hablaban una misma lengua, el náhuatl. Conformaron una poderosa confederación con hegemonía política que tenía una particularidad:

²⁷ Supra. p. 70.

²⁸ Todorov, T., *El descubrimiento*, pp. 55 y ss.¹

²⁹ Supra.

³⁰ Supra, p. 31.

³¹ Florescano, Enrique, *Etnia, Estado y nación*, México, Taurus, 2001, p. 96.

respetaba a los gobiernos locales a cambio de tributos. La hegemonía política no implicó el dominio territorial directo, así lo interpreta Ross Hassig: "La seguridad interna del Imperio estaba garantizada por el control limitado de una parte de las actividades políticas y económicas de los pueblos subordinados. Por último, la imposición o reconocimiento de gobernantes locales sustituyó al sistema de gobierno absoluto. Esto es, se trataba de una hegemonía política, más que de un dominio territorial".³² Vemos que el poder político de los aztecas derivó de habilidades militares y sobre todo de los tributos impuestos a los pueblos conquistados; no obstante, la falta de un dominio efectivo sobre los territorios, más adelante se tradujo en una fractura de su poder, "...precisamente porque la intromisión de un ejército extranjero, *el español*, alentó un nuevo juego de alianzas entre los cacicazgos y reinos locales".³³

Es importante enfatizar que el poder político requería de bases justificatorias. Para ello, el mito³⁴ jugó un papel muy importante: "La reelaboración mexicana de los mitos desembocó en una reconstrucción retrospectiva de su pasado, hecha cuando los aztecas contemplaron sus orígenes humildes desde la cúspide del poder adquirido y decidieron reescribir ese pasado, con un sentido que correspondiera al presente glorioso y a un futuro aún más prometedor".³⁵ Esto se explica en la cosmología del Quinto Sol, que construyó un mito sobre el origen del cosmos y de los seres humanos. Antes del quinto sol, los cuatro habían fracasado. En Teotihuacán, los Dioses Tecuciztecátl y Nanahuatzin tuvieron la misión de crear un nuevo sol que alumbrara el universo. El primero era un Dios rico y ostentoso pero titubeante identificado con los pueblos agrícolas sedentarios (que los aztecas llegaron a dominar) y el segundo sumiso y humilde pero con más arrojo identificado con los mexicas; ambos tendrían que lanzarse a un fogón para consumir el sacrificio supremo, y al hacerlo, el cielo se iluminó y surgieron dos nuevos astros: el sol, Nanahuatzin y la luna,

³² Supra. pp. 107-108. Cita a Ross, Hassig, *Aztec Warfare. Imperial Expansion and Political Control*, Norman, University of Oklahoma Press., 1988, pp. 11-13, 19 y 26.

³³ *Ibidem*, p. 129.

³⁴ Interesantes resultan las definiciones de *mito*, contenidos en el Diccionario de la Lengua Española, 22ª ed., t. II, Madrid, 2001, p. 1516. "Narración maravillosa situada fuera del tiempo histórico y protagonizada por personajes de carácter divino o heroico. Con frecuencia interpreta el origen del mundo o grandes acontecimientos de la humanidad. 2. Historia ficticia o personaje literario o artístico que condensa alguna realidad humana de significación universal. 3. Persona o cosa rodeada de extraordinaria estima. 4. Persona o cosa a la que se atribuyen cualidades o excelencias que no tienen, o bien una realidad de la que carecen".

³⁵ *Idem*, p. 114.

Tecuciztecátl; (aquí, la inversión fue que el poderoso se tornó débil, mientras que el pobre se convierte en sol). Sin embargo, los astros estaban inmóviles, entonces los Dioses expectantes decidieron sacrificarse para poner al sol en movimiento. Desde entonces el sol impuso la guerra y exigió corazones humanos como alimento divino. El mito demuestra el sacrificio de los Dioses por crear el orden, "el sentido último de las criaturas terrenas es el de mantener con su propia sangre el orden creado y la vitalidad del universo".³⁶ Con lo anterior, los mexicas legitimaron a través de la religión e incorporando los sacrificios, su predominio sobre los pueblos conquistados.

En este punto, vale la pena distinguir a las sociedades con sacrificio de las sociedades con matanza, equiparables a los aztecas y a los españoles, respectivamente.

El sacrificio es un homicidio religioso: se hace en nombre de la ideología oficial, y será perpetrado en la plaza pública, a ciencia y paciencia de todos. La identidad del sacrificado se determina siguiendo reglas estrictas. No debe ser demasiado extranjero, demasiado lejano [...] La matanza en cambio, revela la debilidad de ese mismo tejido social. Se realiza de preferencia lejos, ahí donde a la ley le cuesta trabajo hacerse respetar, para los españoles, en América. La matanza está entonces, íntimamente relacionada con las guerras Coloniales, que se libran lejos de la metrópoli. Mientras más lejanas y extrañas sean sus víctimas, mejor será [...] Si el homicidio religioso es un sacrificio, la matanza es un homicidio ateo...³⁷

Los sacrificios humanos eran parte del orden de la sociedad azteca.

Varias acciones realizaron los aztecas que revelan su supremacía: al dominar a tantos pueblos, dieron cabida a la diversidad étnica, lingüística, cultural y política de Mesoamérica. Con la integración de esa diversidad podemos explicar la aparente idea del politeísmo azteca. El Dios azteca es uno y múltiple a la vez, pues se manifiesta de manera diferente con el mundo natural, de ahí que asuma diferentes funciones y personajes. "Eso hace que la religión azteca encuentre fácil acomodo para la adición de nuevas divinidades, y sabemos

³⁶ Idem, p. 112, cita a Taylor, William, *Drinking, homicide, and rebellion in Colonial Mexican Villages*, Stanford, Stanford University Press, 1988, p.131.

³⁷ Todorov, op. cit. pp. 155-156.

que, justamente en tiempos de Moctezuma, se construyó un templo destinado a acoger a todos los dioses *otros*³⁸. Dicho templo se llamó *Coateocalli*, que significa *casa de dioses diversos*.

Respecto de lo anterior, predecible es la actitud española: el Dios cristiano no es una encarnación que pudiera agregarse a las demás, es *uno* de manera exclusiva e intolerante. Con gran tino Todorov señala que la intransigencia siempre ha vencido a la tolerancia, y yo agregaría, con aquella se proscribía todo reconocimiento.

Volviendo a las acciones hegemónicas aztecas tenemos que también se sumó la incorporación de redes comerciales para la circulación y consumo de bienes, sobre todo agrícolas; la creación de una autoridad política sustentada en un linaje real descendiente de los Dioses creadores del cosmos. "Entre esos mitos, uno de los dedicados a representar la unidad de ese universo poliformo fue el de la figura del *Tlatoani*, *aquél que posee la palabra*, que en el mundo mexica ocupaba alternativamente los lugares de dios creador, ancestro tutelar, guía y héroe cultural, cabeza del reino, supremo sacerdote, comandante de los ejércitos, patrono de la fertilidad y benevolente protector del pueblo".³⁹

De la exposición anterior, vemos que en el mundo prehispánico "...la conciencia de lo real se expresó principalmente en la dimensión teológica, pero con la participación necesaria de los hombres..."⁴⁰. En esta dimensión teológica quiero enfatizar pues fue la que ordenó y trascendió, no obstante, al mundo político actuado por los hombres, con la que los mexicas asumían los acontecimientos tanto del descubrimiento como de la Conquista. Por otro lado, la dimensión teológica europea fue la expansión espiritual, indisolublemente ligada a la conquista material, condición ésta de la primera.

Mucho se ha hablado sobre el problema o conveniencia de la *comunicación* asimétrica que se dio entre aztecas y españoles. Los primeros practicaban una comunicación entre la persona y su grupo, la persona y el mundo natural y la persona y el universo, comunicación expresada en indicios y presagios; la comunicación interhumana no estaba dada como en el mundo occidental. El

³⁸ Supra. p. 115.

³⁹ Ibidem, pp.132-133. Las cursivas son mías.

⁴⁰ González Vidaurri, Alicia, Gorenc, Klaus-Dieter, Sánchez Sandoval, Augusto, *Contrato social en México, D.F.*, México, UNAM, Escuela Nacional de Estudios Profesionales Acatlán, 1998, p. 33.

individuo era a través de la comunidad. Se trataba de un mundo, una organización preestablecida que no admitía eventualidad, o al menos ella no estaba prevista, entonces, el individuo no construía su porvenir, sino que éste se revelaba.

Así, el descubrimiento y la Conquista, junto con todos los elementos de violencia propios de la situación, son vistos por los aztecas no en una dimensión humana, sino matizada a partir de la forma en que se comunicaban con el mundo, se trataba de una comunicación ritual.

La forma más notable de la palabra ritual, está constituida por los *Huehuetlatolli*, palabras de los antiguos, discursos aprendidos de memoria más o menos largos, que cubren una amplia variedad de temas y corresponden a toda una serie de circunstancias sociales: oraciones, ceremonias de la corte [...] Su función es la de toda palabra en una sociedad sin escritura: materializan la memoria social, es decir, el conjunto de leyes, normas y valores que deben transmitirse de una generación a otra para asegurar la identidad misma de la colectividad.⁴¹

En este marco, la llegada española, no prevista, es interpretada como la llegada de los Dioses, reconocida a través de indicios y presagios;⁴² éstos como elementos pre-interpretativos de orden. De acuerdo con esos indicios y presagios, se trataba del regreso de Quetzalcóatl a reinar, lo que refería un mítico enfrentamiento entre éste y Tezcatlipoca quien lo desterró.

Ahora bien, en 1492, no solo se descubre América, sino también fue el año en que los españoles triunfan sobre los moros, el mismo en el que se exilia a los judíos, y esa unidad de actos hace pensar a Colón que su presencia en América tiene la única finalidad de la propagación de la religión cristiana, pensamiento que bien tiene su origen en el proyecto de un Imperio universal de Carlos V. Además en el mismo año, aparece la primera gramática de una lengua europea moderna, la gramática española de Antonio de Nebrija; entonces el idioma tiene una utilidad práctica, y así lo señala el autor en su

⁴¹ Todorov, op cit. pp. 87-88.

⁴² Sobre los presagios de la llegada de los españoles, cfr., "Los presagios según los informantes de Sahagún" en León-Portilla, Miguel, *Visión de los vencidos*, 22ª ed., México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 2-11.

introducción: "Siempre la lengua fue compañera del Imperio".⁴³ De esta manera, la dominación española cerró frentes, el idioma no fue la excepción.⁴⁴

Oro y cristianismo fueron conceptos siempre presentes en la mentalidad española; aquél, anzuelo permanente para la resistencia de la tripulación de Colón, éste, justificador Papal y monárquico. Pero lo que en realidad le interesaba a Colón eran las tierras producto del hallazgo, todo unido en un ideal absoluto: la religión cristiana.

La indiferencia de Colón hacia los indios se manifestaba por su preferencia por las ceremonias de nominación; el mismo día daba dos nombres diferentes al mismo lugar; dar nombres equivale a una toma de posesión, además, se trataba de nombres propios, los que "constituyen un sector muy particular del vocabulario: desprovistos de sentido, sólo están al servicio de la denotación, pero no directamente de la comunicación humana; se dirigen a la naturaleza (al referente), y no a los hombres".⁴⁵

El encuentro indio-español al interior del mito, representó para los aztecas la última parte del mito, el mito del Quinto Sol.⁴⁶ En la Conquista hubo muchos factores que contribuyeron a la victoria española, por ejemplo, la habilidad de Cortés para establecer alianzas con los pueblos que los aztecas sometían; el hecho de haber entendido la ambigüedad de la comunicación de Moctezuma, e interpretarla como debilidad. En su comunicación con los jefes indios y con el propio Moctezuma durante su arresto, Cortés fue asistido por la Malinche, quien le brindó ayuda invaluable y sobre todo, este conquistador supo jugar con el mito, pues asumió ante Moctezuma que él era Quetzalcóatl, situación que además le ayudó a legitimar su presencia ante las diferentes comunidades indias.

⁴³ Todorov, op. cit., p. 136.

⁴⁴ Stavenhagen, Rodolfo, Carrasco, Tania, "La diversidad étnica y cultural", en Florescano, Enrique, *El patrimonio nacional de México I*, México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes/Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 253.

⁴⁵ Todorov, op. cit., p. 37.

⁴⁶ Pérez Collados, José María, *Los discursos políticos del México...* op. cit. p. 80. Sobre el quinto sol, explica lo siguiente: "Durante el primer sol, habían vivido los gigantes, un pueblo rudo que no sembraba y comía piñones; en la época del segundo sol, los hombres se alimentaban de panes hechos con la fruta del mezquite; durante el tercer sol, los hombres ya sabían sembrar, pero no conocían el maíz; durante el cuarto sol los hombres se alimentaban del fruto de la cuarta flor. No es sino hasta el quinto sol cuando el maíz se convierte en la base estructural de la alimentación. Su invención por lo tanto, hará referencia a un nuevo modo de producción agrario, el característico de las culturas nahuas".

Habíamos comentado sobre el mundo preinterpretado de los aztecas, lo que constituía para ellos: orden. Moctezuma dejó de actuar en ese orden. Al recibir información sobre la llegada española, se rehusa a hablar con ellos, pues no era algo contemplado; así los aztecas perdieron el dominio de la comunicación, los Dioses ya no les hablan, y la parálisis era la confesión de un fracaso. "Ahí donde la lengua es un medio para designar, para expresar la coherencia propia del grupo que la habla, no es necesario imponerla al otro. La lengua misma queda situada en el espacio delimitado por el intercambio de los hombres con los dioses y el mundo, en vez de ser concebida como un instrumento concreto de acción sobre el otro".⁴⁷ El gran emperador no empleó la lengua ni para comunicarse con su gente, ni con sus Dioses, ni para imponerla a los conquistadores. El discurso *de* los pueblos indios dejó de escucharse.

Por otro lado, el mito español vio en la Conquista la supremacía de la religión cristiana, que buscaba el dominio pleno, ganando batallas como hombres individuales, no como entes colectivos, a la manera azteca. Es interesante destacar cómo el Códice Florentino y la crónica de Bernal Díaz del Castillo representan ideologías diferentes: en el primero hay personajes sin psicología individual, mientras que Bernal Díaz cuenta la historia de hombres dotados de cualidades y defectos.⁴⁸ Los relatos describen los mismos hechos con ópticas diferentes, a partir de mundos diferentes.

Luego de la Conquista, "comenzó así, en este continente el proceso dialéctico de la dominación y la servidumbre entre la cultura judeo-cristiana y occidental como dominante, y la cultura indoamericana, como sometida a la servidumbre, debido a que ambas culturas eran autoconsciencias que se contraponían y" continua la cita a Hegel, en *Fenomenología del Espíritu*: "...como cada autoconsciencia es primero que todo un ser para sí, igual a sí misma, por la exclusión de sí de todo otro, su esencia y su objeto absoluto es para ella el yo, y en esta inmediatez o en este ser su ser para sí, es singular..."⁴⁹

Al hecho del descubrimiento y la Conquista, pronto llegó el fundamento jurídico elaborado por Francisco de Vitoria, fundamento más que jurídico fue teológico: la religión cristiana y su propagación en tierras paganas, como dogmas de fe.

⁴⁷ Todorov, op. cit. p. 135.

⁴⁸ Florescano, *Etnia, Estado*, op. cit.

⁴⁹ González Vidaurri, op cit. p. 45-46,

"De entrada, a nadie, ni a colonizador ni a colonizado sin ir más lejos, se le reconocía capacidad alguna de título originario y disposición propia. El derecho comenzaba por concebirse, no como facultad de un sujeto sino como orden de una sociedad. Tenía ante todo este sentido de ordenamiento objetivo, no de capacidad subjetiva".⁵⁰ En este sentido el ordenamiento objetivo era la salvación cristiana, lo que de acuerdo con Vitoria, daba a los españoles la libertad de predicar el evangelio a aquellos inocentes expuestos a los sacrificios humanos o al canibalismo; así pues, era lícito intervenir en su país para ejercer lo que equivale a un derecho de tutela, o una guerra justa, como la llamaba Vitoria, pero a partir de reglas de *reconocimiento* unilaterales.

Sobre Vitoria y su guerra justa hablaremos en el capítulo II, pero por lo pronto podemos adelantar lo siguiente: "Estamos acostumbrados a considerar a Vitoria como defensor de los indios; pero, si buscamos el impacto de su discurso, y no sus intenciones, queda claro que su papel es otro: al amparo de un derecho internacional fundado en la reciprocidad, proporciona en realidad una base legal para las guerras de colonización, que hasta entonces no la tenían".⁵¹

La Iglesia, con su posición bien definida: representante de Dios en la tierra, extendía aquella postura a los monarcas españoles quienes derivaban la naturaleza eclesiástica de su reino, de su carácter de apóstoles entre los infieles, entonces la misión española era providencial; por ejemplo el franciscano Jerónimo de Mendieta y otros religiosos pretendían realizar la utopía religiosa de los primeros cristianos: "Consideraban que el viejo mundo cristiano se había envilecido, que se había vuelto la Ciudad del Hombre, y que el Nuevo Mundo, intacto e incorrupto, iba a tornarse la Ciudad de Dios".⁵²

La discusión sobre la igualdad y desigualdad entre indios y españoles llegó a su apogeo en la controversia de Valladolid, en 1550, entre Juan Ginés de Sepúlveda y el dominico obispo de Chiapas Bartolomé de las Casas. Sepúlveda sostenía que el Estado natural de la sociedad humana es la jerarquía, no la igualdad, situación que justifica apoyándose en Aristóteles.

⁵⁰ Clavero, Bartolomé, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, México, Siglo XXI, 1994, p. 8.

⁵¹ Todorov, op. cit. p. 161.

⁵² Florescano, Enrique, op. cit. p. 159, cita a Ricard, Robert, *La Conquista espiritual de México*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 29.

Sepúlveda da ejemplos de esta superioridad natural: el cuerpo debe estar subordinado al alma, la materia a la forma, los hijos a los padres, la mujer a hombre, y los esclavos a los amos".⁵³ Con base en el pensamiento aristotélico, fundamenta la esclavitud natural de los indios.

Por el contrario, De las Casas parte de la igualdad biológica y de ahí la igualdad cultural; incluso sostiene que los indios tienen características que los asemejan a los cristianos: son dóciles, obedientes, sufridos. (La interpretación de esta disputa se analiza en el capítulo II).

Los elementos que irrumpieron en el mundo azteca marcaban tiempos lineales ajenos a su cultura y a su orden. Tras el descubrimiento, la Conquista y también la Colonia, los pueblos indios de México vivirían en una obediencia pasiva. La coherencia de su discurso y de su forma de relacionarse con el mundo, serán irrepetibles.

2. México como Estado-nación producto del contrato social

El aparato teológico de España instrumentado por la escuela escolástica de conjunto con el Papado, no tuvo mayores dificultades de éxito para justificar el descubrimiento, la Conquista y la posterior colonización. Pero mientras tanto, el resto de Europa preparaba el terreno para el contractualismo, teoría del Estado-nación moderno.

En realidad, la formación y legitimación del Estado abandonando toda concepción religiosa o teológica vinculadas con teorías sustancialistas representaba un reto, (sigue representando retos) pues ya estaba a discusión el papel de una organización política y su relación con la comunidad. Pero esto ocurría en latitudes lejanas al horizonte colonial mexicano y en general al de los países latinoamericanos (y también lejos del horizonte español).

La primera cuestión que debe señalarse, aunque sea obvia, es que en el caso de los países hispanoamericanos, la etapa hispánica o Colonial tiene un significado distinto al que se señaló para la historia de España. En primer lugar, porque su incorporación al mundo occidental procede precisamente de la Conquista y la colonización españolas. El horizonte histórico de estos países no es tan homogéneo como el de los europeos que heredaron la cultura jurídica romana y sus pobladores aborígenes

⁵³ Ibidem, p. 164.

no tuvieron contacto cultural con la Europa cristiana de los siglos alto y bajomedievales.⁵⁴

Ante la ausencia de relación o vínculo entre los países colonizados y el proceso europeo que consolidó a los Estados-nación, estamos justamente ante el fenómeno de la pluralidad jurídica, en el que se encuentran todos aquellos derechos que se han desarrollado al margen de los derechos hegemónicos. No con ello se niega que nuestro país tenga el modelo de Estado-nación, sin embargo, fue concebido a la manera occidental: como la asociación de individuos que se unen libremente por contrato, sin reconocer a comunidades históricas previamente existentes, sino a partir de lo que los filósofos contractualistas llaman el Estado de naturaleza.⁵⁵

A continuación haré una breve revisión del pensamiento contractualista, con el objeto de ilustrar y contrastar lo lejos y ahistórico del modelo, que hasta la fecha pretende efectividad, y está lejos de la eficacia.

La mecanización de la naturaleza, incluido el hombre, se expresan en el Leviatán, cuerpo artificial denominado sociedad. Hobbes no requiere mayor presentación. El instinto de la propia conservación –siempre amenazado en el estado de naturaleza- con el móvil de la razón, hacen que el hombre cree un Estado civil que controle el estado de guerra de todos contra todos; en su búsqueda incansable por asegurar los medios de subsistencia, y por el temor mutuo, el hombre es obligado a salir del estado de naturaleza, depositando en un soberano absoluto, todo cuanto aquélla le dio. Ésta es la idea del contrato de Hobbes: "*Autorizo y transfiero a este hombre o asamblea de hombres, mi derecho a gobernarme a mí mismo, con la condición de que vosotros transferireis también a él vuestro derecho y autorizareis todos sus actos de la misma manera.* Hecho esto, la multitud así unida en una persona se denomina Estado, en latín, *civitas*. Esta es la generación de aquel gran Leviatán, o más

⁵⁴ González, María del Refugio, *El derecho indiano y el derecho provincial novohispano, marco historiográfico y conceptual*, Cuadernos constitucionales México-Centroamérica, UNAM, Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 1995, p.20.

⁵⁵ Villoro, Luis, "Del Estado homogéneo al Estado plural", en *Pueblos indígenas y derechos étnicos, VII Jornadas Lascasianas*, coord. Ordóñez Cifuentes, José Emilio, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, p. 69.

bien, de aquél *dios mortal*, al cual debemos, bajo el *Dios inmortal*, nuestra paz y nuestra defensa".⁵⁶

Para Hobbes, este era el contrato ideal, el Estado con monarca absolutista, que aseguraba al hombre su supervivencia. Sin embargo, se refiere también a otro Estado, cuyo concepto ilustra circunstancias actuales: "Un *Estado por adquisición* es aquel en el que el poder se adquiere por la fuerza. Y por la fuerza se adquiere cuando los hombres, singularmente o unidos por la pluralidad de votos, por temor a la muerte o a la servidumbre, autorizan todas las acciones de aquel hombre o asamblea que tiene en su poder sus vidas y su libertad".⁵⁷ La autoconsciencia indígena para no morir, no tuvo más remedio que la servidumbre, desde luego, resultado de la fuerza: pasó a ser parte de un Estado por adquisición.

Baruch Spinoza acepta como un hecho que los hombres vivan en sociedad, por lo que para él no es necesario el contrato. "El Estado político se ha instituido como una solución natural, con el fin de disipar el miedo general y eliminar las miserias comunes a las cuales todos están expuestos. Su fin principal no difiere, pues, de aquel que cualquier hombre razonable se esforzaría por lograr, aunque con pocas posibilidades de éxito en un Estado natural".⁵⁸ Prescinde de la concepción del Dios inmanente; pertenece a los intelectuales que desligaron la fe de la noción de trascendencia, por lo que la realidad se satisface a sí misma y en ella descansa su racionalidad sin explicación externa. Entonces el Estado se separa de la idea de un Dios gobernante, subordinando la religión al Estado y al obedecerlo se cumple con Dios. Considera al Estado como testimonio de racionalidad común, cuyos supuestos morales deben ser: respetar la razón en tanto sea evidencia de lo bueno, fomentar la felicidad y libertad de los súbditos; el único elemento "contractualista" que encontramos en su pensamiento es que la multitud, el pueblo, expresa su alma o espíritu común con la adhesión de todos, no de cada uno, al Estado. "Donde los hombres que viven bajo una legislación general y constituyen una sola personalidad espiritual [...] cada uno goza, pues, con relación a la naturaleza, solo del

⁵⁶ Hobbes, Thomas, *Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 141.

⁵⁷ Supra. p. 162.

⁵⁸ Spinoza, Baruch, *Tratado teológico-político, Tratado político*, Madrid, Tecnos, 1996, Tratado Político, p. 159.

derecho que la ley general le concede; además, en cualquier otra esfera, cada uno tiene obligación de obedecer a los mandamientos nacidos de un acuerdo unánime”.⁵⁹

Tenemos aquí el antecedente de la voluntad de todos, la voluntad popular rousseauiana. De acuerdo con lo que hemos analizado, Spinoza rompería la idea de trascendencia de Dios y de su fe, por lo que la comunidad política es el resultado de un acuerdo unánime en beneficio de todos.

Lo interesante del planteamiento de este autor, es que rompe el binomio Iglesia-dios y su trascendencia, que como hemos comentado fue el argumento empleado en la Conquista.

John Locke y su contrato, parten también del estado de naturaleza, cuyos derechos naturales protegerán al individuo de los abusos de poder en el Estado de sociedad. Para Locke, en su *Ensayo sobre el gobierno civil*, el estado de naturaleza “... es el estado en que se encuentran naturalmente los hombres, a saber: un estado de completa libertad para ordenar sus actos y para disponer de sus propiedades y de sus personas como mejor les parezca, dentro de los límites de la ley natural...”, “...el estado de naturaleza entre los hombres no se termina por un pacto cualquiera, sino por el único pacto de ponerse todos de acuerdo para entrar a formar una sola comunidad y un solo cuerpo político”, “...nos sentimos inducidos naturalmente a buscar la sociedad y la camaradería de otros seres humanos con objeto de remediar esas deficiencias e imperfecciones que experimentamos viviendo en soledad y valiéndonos únicamente por nosotros mismos”. “Tenemos, pues, que lo que inicia y realmente constituye una sociedad política cualquiera, no es otra cosa que el consentimiento de un número cualquiera de hombres libres capaces de formar mayoría para unirse e integrarse dentro de semejante sociedad”.⁶⁰

Locke sostiene que los hombres pueden ejercer el derecho de resistencia frente al gobernante que incumple el contrato quien también debe someterse a él; esta postura representa una diferencia radical con el contrato de Hobbes.

En la obra citada, Locke incluye un capítulo dedicado a la Conquista:

Las sociedades políticas no pueden fundamentarse en nada que no sea el consentimiento del pueblo [...] De ahí que muchos hayan confundido

⁵⁹ Supra. p.152.

⁶⁰ Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, México, Nuevaomar, 1990, pp. 33, 39 y 73.

la fuerza de las armas con el consentimiento del pueblo, y esos consideren a la Conquista como una de las fuentes del poder civil. Ahora bien: la Conquista se halla tan lejos de la instauración de un gobierno, como el echar abajo una casa lo está del construir otra nueva en el mismo lugar. Es cierto que la Conquista deja con frecuencia vía libre para la estructuración de una nueva comunidad política por el hecho de destruir la que existía, pero no es posible establecer una sin el consentimiento del pueblo.⁶¹

En el caso latinoamericano el primer supuesto no ocurrió y el segundo está a discusión: la Conquista no dejó vía libre para estructurar una nueva comunidad política, por el contrario, la impuso; en el segundo caso, la comunidad política se estableció sobre la base de un consentimiento parcial y con reglas homogéneas.

El modelo de Estado producto del contrato en el pensamiento de Hobbes y Locke, lejos están de verificarse en sociedades latinoamericanas; su ficción no logra atinar a la realidad. Pero observemos, que lo que justamente estos autores descalifican como Estado, sí corresponde a la realidad latinoamericana: el Estado por adquisición de Hobbes y el que es producto de la Conquista, de acuerdo con Locke.

El contrato de Rousseau era eminentemente popular: "Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda fuerza común a la persona y a los bienes de cada asociado, y gracias al cual cada uno, en unión de todos los demás, solamente se obedezca a sí mismo y quede tan libre como antes. Este es el problema fundamental que resuelve el contrato social".⁶² "Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, recibiendo a cada miembro como parte indivisible del todo".⁶³ La importancia de la voluntad general en Rousseau es vital; a diferencia de los anteriores contractualistas en cuyo pacto se transfiere la soberanía al gobernante, para Rousseau la soberanía siempre reside en el pueblo. Si el origen de las desigualdades entre los hombres, es la sociedad, el autor encuentra en el contrato, en el que participen todos, el remedio a la

⁶¹ Supra. p. 104.

⁶² Rousseau, Jean-Jacques, *El contrato social o principios del derecho político*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 14.

⁶³ Supra. p. 15.

adulteración social que sufre el individuo como resultado de abandonar el estado de naturaleza.

Los contractualistas buscaban en su tiempo dar legitimidad política al Estado, que estaba en camino de la secularización; se ocupaban pues del diseño de la figura central de lo que debería ser el *nuevo orden*.

Estas teorías fueron precursoras del Estado-nación moderno fundado en la idea de una sociedad homogénea, integrada por individuos iguales, y en igualdad de circunstancias para contratar. "Su ideal profesado era el de una asociación libre de ciudadanos, que se ligan voluntariamente por contrato".⁶⁴ El Estado-nación aparece entonces ante la necesidad de establecer una unidad política, reconociendo la autonomía individual, ponderando los derechos subjetivos y la propiedad privada, pero en detrimento de las comunidades a las que muchos de los individuos en la realidad latinoamericana pertenecen.

El único puente que encontramos para "conciliar" el derecho individual reconocido por el contrato y los derechos comunitarios absorbidos, ha sido la fuerza del nuevo Estado de derecho, que impone la *unidad* sin respeto a la diversidad. En este sentido el garantismo necesariamente legislado, se justifica como requisito del modelo contractualista, mientras que los derechos de una comunidad cultural son anteriores a la comunidad política naciente, que sin embargo, son derechos comunitarios llamados -derechos de los pueblos- eliminados por el sistema jurídico positivo y su garantismo.

"Pero los derechos individuales no pueden abstraerse, en las sociedades reales, de una dimensión colectiva. El *derecho de los pueblos* es la figura del derecho internacional que reconoce esa dimensión colectiva de los derechos humanos. No puede oponerse a los derechos individuales; por el contrario, permite su ejercicio".⁶⁵ Esta idea es discutida en el Capítulo IV.

Considero que el replanteamiento que debe darse a la situación de los pueblos indios que han sobrevivido a la Conquista, al colonialismo, y al Estado-nación contractualista, no debe ser a partir de la línea ilustrada y racional de lo que en su momento *resolvió la legitimación del Estado*. Me refiero a que existen

⁶⁴ Villoro, Luis, "Los pueblos indios y el derecho a la autonomía", en *Etnicidad y derecho, un diálogo postergado entre los científicos sociales, V Jornadas Lascasianas*, coord., Ordóñez Cifuentes, José Emilio, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996, pp. 123.140.

⁶⁵ Supra. p. 136.

comunidades históricas que han tenido su propia filosofía, y nada nos impide reconocerlas en esa dimensión y aceptar su derecho originario de organización, como protagonistas de su propia historia, sin préstamos institucionales que en nada contribuyen a preservar su cultura.

3. Los caminos probables de solución

En el proceso histórico-occidental, los pueblos indios -desde el monismo cultural y jurídico, la universalidad cristiana, el racionalismo europeo y sobre todo la legitimación del Estado- han estado puestos en papeles secundarios o como parte del paisaje del cual no participan.

Es preciso generar una cultura en todos los planos que reemplace a la comunicación-dominación, y que privilegie el respeto de la singularidad y la autodeterminación, desarraigando el absoluto de la validez universal por un ánimo de vivir en la pluralidad. Como bien apunta Kymlicka "la identidad nacional es especialmente adecuada para servir como foco de identificación primario, porque se basa en la pertenencia, no en la realización".⁶⁶ Entonces, hasta ahora, no es en el Estado-nación del que deriva la identidad nacional, donde se ha resuelto el problema de las minorías étnicas y comunidades históricas. Está aún a discusión, la realización de esas minorías.

Bonfil Batalla⁶⁷ propone, para resolver las cuestiones tratadas en este trabajo, un proyecto nacional, diseñado con base en tres probables modelos:

El modelo sustitutivo o imaginario, en el que las culturas mesoamericanas son sustituidas por el modelo occidental como proyecto civilizatorio de progreso; el segundo modelo sugiere que ante la crisis económica se propondrá la fusión de valores incorporando a los indígenas al proyecto nacional mestizo, como fusión de la auténtica cultura nacional, sin embargo, considera a este modelo como una sustitución disfrazada, pues se sigue sin reconocer al *otro*. La tercera opción, la de reconocimiento y aceptación de la civilización mesoamericana, proyecto organizado a partir del pluralismo cultural, en el que tal pluralismo no se entienda como obstáculo, sino como contenido del mismo proyecto que lo legitima y lo hace viable. Desde luego a esta postura nos adscribimos, no sin

⁶⁶ Kymlicka, Will, Straehle, Christine, *Cosmopolitismo, Estado-nación y nacionalismo de las minorías*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 57.

⁶⁷ Bonfil Batalla, op. cit. pp. 229-250.

advertir, las grandes dificultades que representa. El cómo del proyecto tendría que iniciar por el estudio y diseño preciso de la pluralidad jurídica singular de cada comunidad étnica, y no "calzarla" con un modelo previamente diseñado; el método es inductivo, lo que nos permitirá el diseño de un orden plural de pequeñas sociedades al interior del Estado, *conservándolo*.

Sin embargo, la infundada idea de creer que el reconocimiento a la diferencia representa cesión o fraccionamiento de soberanía, ocasionará que el Estado-nación se convierta más frágil ante esa diferencia, sin asumirla y darle cabida con plena autodeterminación: "De suerte que las estructuras supranacionales tendrían como elementos cada vez menos los Estados-nación y cada vez más a los pueblos. Esta evolución marcaría el fin progresivo de una etapa de la historia moderna: el ocaso de la preeminencia de los Estados nacionales, el nacimiento de una comunidad mundial y el reconocimiento de la enorme diversidad y riqueza de las comunidades culturales que la componen".⁶⁸

De lo anterior, habrá que analizar si el Estado-nación, con su soberanía territorial como garante, seguirá siendo el referente del pueblo que contiene, y si lo será, con qué clase de reconocimiento jurídico. La discusión sobre los derechos de los pueblos indios al interior del Estado, tiene antecedentes de derecho internacional, combinados con un colonialismo interior, que al menos en América marcaron las relaciones entre viejos y nuevos propietarios y ocupantes, respectivamente.

⁶⁸ Villoro, Luis, "Los pueblos indios y el derecho de autonomía", op. cit. p. 140.

CAPÍTULO II. ANTECEDENTES MEDIEVALES DEL HECHO DEL DESCUBRIMIENTO. LA JURISDICCIÓN MEDIEVAL PARA LA OCUPACIÓN DE AMÉRICA.

Parte I. Génesis del pensamiento medieval

1. El fundamento cristiano

Esta exposición pretende destacar los elementos esenciales de la sociedad y el pensamiento jurídico medievales con la finalidad de obtener un juicio preciso respecto de la jurisdicción que hubo de ejercerse al momento del descubrimiento americano. Destacar la importancia de alguno de los períodos medievales⁶⁹ resultaría aventurado, pues a pesar de que nos interesa más determinar las estructuras dadas en la baja Edad Media, debido a su cercanía - tan solo cronológica- con el descubrimiento, es en la alta Edad Media donde Europa toma significación como concepto político-cultural.⁷⁰

La formación de la tradición jurídica europea estuvo acompañada del pasado grecolatino, de la cultura germánica y sobre todo del cristianismo. Éste sentó las bases de un *nuevo orden*, que trascendería como instrumento de dominación al iniciar los hallazgos geográficos.

A. La obediencia cristiana

El cristianismo se desarrolló ante una creciente necesidad espiritual que desplazó a los intereses seculares. La expresión de esta tendencia fue la Iglesia cristiana que por su lógica de existencia tenía que imponer una lealtad al hombre, fuera del alcance del poder temporal. El cristianismo era una doctrina de salvación, no una filosofía ni una teoría política.⁷¹

La obligación cristiana de respetar la autoridad constituida era fundamental; se trataba de un deber de conciencia basado en la teoría del derecho divino: el gobernante es ministro de Dios, importaba por su oficio, no por su persona. La obediencia cristiana era un complejo entramado espiritual y temporal, en cuyo

⁶⁹ La división histórica de la Edad Media ha sido la siguiente: "Años oscuros" del siglo V al VIII; alta Edad Media de los siglos VIII al XI y la baja Edad Media de los siglos XI al XV.

⁷⁰ Fuentes López, Carlos, *El racionalismo jurídico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 33.

⁷¹ Sabine, George, op. cit. p. 141.

interior se hallaban objetos y sujetos explicados a través de dogmas que mantenían la cohesión en todos los órdenes.

B. El cristianismo como religión revelada e histórica. El lugar de la razón

El cristianismo es una religión revelada en tanto que sus principales dogmas emanan de Dios. Dogmas que son revelados al hombre: por medio de Jesucristo quien de manera directa los transmite a los hombres; mediante los profetas y por medio de los intérpretes sistemáticos del dogma, o padres de la Iglesia. El trabajo de los padres de la Iglesia o escritores cristianos de la antigüedad -período conocido como la patristica- contribuyó a elaborar doctrinalmente el cristianismo y cuya obra ha sido asumida como propia por la Iglesia.⁷²

Para afirmarse frente a manifestaciones filosóficas de la cultura pagana, el cristianismo tuvo que consolidar una doctrina capaz de definir la cosmovisión cristiana y los problemas teológicos. "El cristianismo se propuso entonces afirmar su continuidad con la filosofía griega definiéndose como la última y más completa manifestación de ésta. Justificó esa continuidad con la unidad de la razón que Dios ha creado única en todos los hombres y todos los tiempos y a la cual, con la revelación ha dado una base más segura".⁷³

Al pensamiento crítico de la antigüedad, se imponía la fe y la revelación. La razón se halla ahora en un sistema cerrado de verdades incontrovertibles, su función dentro de la revelación es limitada: la razón no puede por sí sola alcanzar la verdad, debe auxiliarse de la fe.

A partir de lo anterior, cobra importancia la revelación a cargo de los padres de la Iglesia. San Agustín emplea la filosofía como herramienta de la teología, en tanto que ésta tiene como función la interpretación unívoca del dogma, frente a múltiples interpretaciones o herejías.

⁷² Abbagnano, N., y Visalberghi A., *Historia de la pedagogía*, México, Fcndo de Cultura Económica, 1993, p. 137.

⁷³ Supra.

De esta forma el cristianismo buscó identificar la filosofía con la religión. “En efecto, la nueva religión convierte el universo intelegible de la filosofía en el universo de la conciencia común y corriente...”⁷⁴

Por otro lado, el sentido histórico del cristianismo radica en que el hombre solo tiene una oportunidad para alcanzar la salvación: la vida terrena es la prueba de cada cristiano para amar y obedecer a Dios. El camino para ello, es mostrado por la Iglesia.

La interpretación histórica del cristianismo introduce una nueva concepción del mundo: el Estado es la vez Iglesia. La “ciudadanía” es elevada al plano espiritual, ubicada en el reino de Dios. Su vínculo más importante es la membresía a la Iglesia y no a la ciudad o al Imperio. “[...] por lo tanto la Iglesia se presenta como una Iglesia universal y el cristianismo como una religión ecuménica”.⁷⁵

Entonces, todos los hombres son iguales en tanto miembros de la Iglesia.

Hegel⁷⁶ explica en tres partes el proceso de convertir el principio cristiano en principio del universo: primero, difundir y propagar la religión cristiana; segundo, que el principio cristiano corresponda al pensamiento; y tercero, constituir un reino que reconcilie a Dios consigo mismo dentro del mundo. Esta comunidad es el reino de Dios sobre la tierra: la Iglesia.

C. La idea del derecho natural

Debido a las bases religiosas del pensamiento medieval, la formulación de un *derecho*, no era ajena a la oposición entre fe y razón.

Las normas de la conducta moral tienen que encontrarse por medio del pensamiento racional, y es la razón y solo ella, la que puede prestarles autoridad. En contraste con este *intelectualismo* griego, la religión profética se caracteriza por un profundo y decidido *voluntarismo*. Dios es una persona, y esto significa una voluntad [...] Dios tiene que revelarse [...] el único modo de conocer a Dios es el cumplimiento de sus mandatos; el único modo de comulgar con él no son las plegarias o los sacrificios, sino la obediencia a su voluntad.⁷⁷

⁷⁴ G.W.F., Hegel, *Lecciones sobre la historia de la filosofía III*, op. cit. p. 81.

⁷⁵ Fuentes López, Carlos, *El derecho racional*, op. cit., p. 22.

⁷⁶ G.W.F., Hegel, *Lecciones sobre la historia III*, op. cit., cfr. pp. 82-92.

⁷⁷ Cassirer, Ernst, *El mito del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, pp. 97-98.

La idea estoica de igualdad fundamental entre los hombres fue captada y adaptada fácilmente por el pensamiento medieval. Se aceptó la igualdad de los hombres dotados de la misma razón. La razón estoica era una exigencia ética de *vivir de acuerdo con la naturaleza*. "... es una ley moral, no una ley física [...] Lo único que importa, lo que determina la personalidad de un hombre, no son las cosas mismas, sino su *juicio* sobre las cosas. Estos juicios no están vinculados a ninguna norma o regla convencional. Dependen de un acto libre que crea un mundo propio".⁷⁸

Pero la razón estoica fue transformada por el pensamiento teológico medieval: la razón es la imagen de Dios. Entonces la razón deja de ser autónoma para alcanzar por sí misma los fines del cristianismo y los del mundo. Los fines se alcanzan por la voluntad de Dios y el camino es unívoco: la fe, subordinada a ella la ley natural.

Entonces, la articulación del derecho natural por el que el hombre posee la facultad de distinguir el bien y el mal, se encuentra en la ley divina revelada, de la que no puede/debe prescindir.

Con este viraje, la fuente de la ley de la conducta humana, no es la razón común a todos los hombres, sino la fe.

2. La Edad Media y la *Respublica Christiana*

A. El preludeo

La Edad Media se caracterizó por la lucha entre el Papado y el Imperio en la unidad llamada *Respublica Christiana*. Paradójica resulta esta lucha articulada por verdades incontrovertibles.

San Agustín (354-430) en su *Ciudad de Dios*, integrada por la *Civitas Dei* y la *Civitas terrena* o *diaboli*, no identificadas por él con alguna institución terrena, tienen una proyección en el mundo, y todos los hombres poseen en una o en otra de esas proyecciones un status. "Para el obispo de Hipona, la potestad eclesiástica, lo mismo que la secular son, cada una dentro de su orden, sociedades perfectas, libres y autónomas en su jurisdicción".⁷⁹ San Agustín subrayó la autonomía de la Iglesia en cuestiones espirituales, y el gobierno

⁷⁸ Supra, p. 121.

⁷⁹ Weckmann, Luis, *El pensamiento político medieval y los orígenes del derecho internacional*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 110.

compartido por dos órdenes: el real y el clerical. Ambas jurisdicciones tendrían una relación de ayuda mutua; la distinción entre lo espiritual y lo temporal constituye una parte esencial de la fe cristiana. "A consecuencia de la debilidad humana y para domeñar la arrogancia natural y el orgullo, Cristo decretó la separación de los dos poderes; en consecuencia Cristo fue el último que pudo haber tenido legítimamente ambos poderes, regio y sacerdotal. Bajo la ley cristiana es ilegítimo que el mismo hombre sea a la vez monarca y sacerdote".⁸⁰

No obstante, dentro de las circunstancias históricas, la fragilidad de la frontera entre ambas jurisdicciones se manifestó a finales del siglo V con la *Doctrina de las Dos Espadas*, iniciada por Gelasio I (492-496)*. Las diversas interpretaciones llamadas por Weckmann⁸¹ "neoagustinianas", llevaron a que la *dualitas* agustiniana fuera transformada para ubicar las relaciones del Estado y la Iglesia en la arena política. Con esto inicia la división de las lealtades; ya no solo se trataba de "dar al César lo que es del César, y a Dios lo que es de Dios", sino que en caso de conflicto era deber cristiano obedecer a Dios antes que al hombre.

"Mi reino no es de este mundo", dice Jesucristo [San Juan, 18, 36], pero la realización necesita y debe cobrar cuerpo secular [...] la realidad de la conciencia espiritual debe convertirse en algo racional. El reino de la realidad racional es un reino completamente distinto, que debe organizarse y desarrollarse de suyo de un modo pensante, por medio de la inteligencia; *el momento de la libertad consciente de sí del individuo debe mantener y afirmar sus derechos frente a la verdad objetiva y el precepto objetivo*. Y esta objetividad real y verdadera del espíritu es la que toma cuerpo en forma de ese algo temporal y real que es el *Estado*, del mismo modo que la filosofía es la objetividad pensada, existente bajo la forma de lo general.⁸²

⁸⁰ Sabine, George, op. cit., p. 152.

* Las fechas que aparecen después de los nombres de los Papas, indican el periodo de su pontificado.

⁸¹ Weckmann, *El pensamiento político*, op. cit., pp. 109 y ss.

⁸² G.W.F. Hegel, *Lecciones*, op. cit., p. 92.

De la cita anterior, (los dos renglones en itálicas son míos), contienen la idea central de lo que justificaría a ese cuerpo que toma forma: llamémosle Estado, correlato de la *Respublica Christiana*. En tanto la libertad consciente individual no se refleje en lo circundante, aquella objetividad real no contiene un espíritu desarrollado de un modo pensante; de esta forma no conseguimos un Estado racional, sino tan solo una representación dogmática de fe, no de razón, que no contiene una objetividad real y verdadera del espíritu. Entonces, para el pensamiento medieval el espíritu identificado con un Estado racional es difícil de alcanzar pues su *realidad racional*, tan solo le permite *creer* que es la Iglesia, con sus atributos temporales y espirituales, la expresión racional de su pensamiento.

Entonces lo que buscó la interpretación gelasiana fue: que la idea cristiana tomara suyo al Estado cristiano, absorbiendo el derecho natural del Estado en un concepto de justicia sobrenatural. De esta forma el Estado se visualiza a través de la Iglesia. Gelasio I, en su documento dirigido a Anastasio I en el año 494, dice:

Solo hay dos autoridades que rigen esencialmente el mundo: la autoridad sagrada de los obispos [*auctoritas sacrata pontificum*] y el poder real [*regalis potestas*]. Pero de ambas, la primera tiene un mayor peso [*gravius pondus*] porque debe rendir cuentas a Dios, incluso en lo concerniente a los reyes. En cuanto al orden público, es decir, a los asuntos temporales, incluso los eclesiásticos de mayor rango deben obedecer las leyes imperiales.⁸³

De esta manera, la aparente separación gelasiana de las dos esferas, sienta las bases del predominio de la Iglesia sobre el Estado. El documento arriba citado, es considerado como el testamento legado por la antigüedad a la Edad Media. La primacía era formulada en términos de derecho público.⁸⁴

Un siglo más tarde, se sumó a esta tendencia el pontificado de Gregorio I el Grande (590-604) quien hizo honor a las palabras grabadas en su epitafio: *Consul Dei* (Cónsul de Dios). Entre sus "buenos oficios", consideró al emperador (en Bizancio) como figura indispensable para la diseminación del

⁸³ Chiovaro F./Bessiere G., *Urbi et orbi, dos mil años de Papado*, Barcelona, Ediciones Grupo Zeta, 1997, p. 36.

⁸⁴ *Supra*, p. 36.

cristianismo y le asigna, como razón de su oficio, la defensa y el servicio de la Iglesia. "Gregorio Magno crea de esta manera una concepción ministerial del 'Imperio cristiano', en el cual la paz de la Iglesia asegure la del Estado".⁸⁵

Lo que empieza a verse como filosofía dentro del cristianismo, era una confusión de las ideas: "... una dura lucha de la razón que no acierta llegar al concepto, saliéndose de los marcos de la fantasía y la representación".⁸⁶

Con la muerte de Gregorio I se acaba la Antigüedad. En pocos años, el Islam ocupó las provincias más prósperas del Imperio: Siria, Palestina, Egipto y más tarde el norte de África. En el año 718, los árabes atravesaron los Pirineos. Occidente se redujo al mismo tiempo que el cristianismo occidental, al desaparecer las dos Iglesias con mayor autonomía: la Iglesia africana y la Iglesia visigoda española. Un nuevo mundo surgía en el horizonte, la Edad Media. El Papado, a través de mil peripecias, iba a convertirse en su pilar.⁸⁷

B. La unidad política, religiosa y jurídica de la *Respublica Christiana*. La sociedad medieval

Antes de la formulación de las doctrinas tomistas, el pensamiento de San Agustín, y la expansión del cristianismo, presagiaban desde el siglo VI el nacimiento de la *Respublica Christiana*.⁸⁸

La concepción unitaria de la cristiandad, expresada en el *Estado medieval*, fue determinada por la *Civitas Dei* "...quizá no exista otro libro cuya influencia haya sido tan decisiva durante la alta Edad Media. De hecho el carácter especial del Medioevo, hasta la recuperación de la filosofía política de Aristóteles en el siglo XII, es determinada por la influencia del santo de Hipona"⁸⁹.

La restauración del Sacro Imperio Romano Germánico de Occidente hecha por Carlomagno en el año 800, logró el ideal teocrático del pueblo cristiano facultándolo para hacer valer la ley de Dios en el mundo.⁹⁰

⁸⁵ Weckmann, *El pensamiento político*, op. cit., p. 118.

⁸⁶ G.W.F., Hegel, *Lecciones*, op. cit. p. 94.

⁸⁷ Chiovaro, F./Bessiere G., op. cit., p. 41.

⁸⁸ Weckmann, idem, pp. 116 y ss.

⁸⁹ Supra, p. 112. En este punto cita a McIlwain, quien agrega: "...The debt of mediaeval political thought to Saint Augustine is incalculable and no effort is wasted that may lead to a better understanding of its true meaning".

⁹⁰ Fuentes López, op. cit.

El ideal teocrático, domina todos los aspectos del nuevo Imperio, que será, en mucho mayor grado que el bizantino,⁹¹ un Estado eclesiástico en el que lo secular y espiritual se entremezclan.

En la unidad *Respublica Christiana* no había discusión respecto de la validez del derecho natural –pues se trataba de una verdad revelada- y de su obligatoriedad sobre gobernantes y súbditos, y sobre todo, sobre la unidad de la cristiandad bajo dos poderes: el *Imperum* y el *Sacerdotium*.

En la Edad Media no se puede hablar de sociedad o Estado sin religión, por ejemplo, pese a que las invasiones germánicas marcan cambios sociales y políticos en Europa que separan el mundo antiguo del medieval, "... no se produjo un apartamiento consciente e intencional de las concepciones políticas que llevaban la sanción de la antigüedad cristiana".⁹² Esto es, la Escritura, la autoridad de la patrística, y la tradición de la Iglesia.

No obstante, con los pueblos germánicos, hubo nuevos ingredientes que replantearon las concepciones sobre el derecho y el gobierno de los pueblos germánicos, en general, similares a otros pueblos de organización tribal. Sobre los nuevos conceptos jurídicos operó el cristianismo y los vestigios del derecho romano; sobre la unificación de grandes zonas que contenían varios pueblos, operó el desarrollo de la realeza. Berman⁹³ señala que también en lo político el cristianismo transformó al gobernante de jefe tribal, *dux*, en rey, *rex*; convertido al cristianismo el rey ya no solo representaba las deidades de su tribu, sino a una deidad universal con autoridad en todas las tribus.

De la amalgama de pueblos romanos y germánicos, el derecho pasó de ser un atributo personal a un concepto jurídico que sigue a la localidad o al territorio. Sin embargo, el cristianismo trascendió el parentesco, la tribu y el territorio. "De aquí que los nuevos conquistadores se asentasen e hiciesen fuertes sobre un terreno extraño, llegando a imponerse a él; pero, al mismo tiempo, caían bajo el poder de un nuevo espíritu a cuya imposición no podían escapar".⁹⁴

⁹¹ Supra. La ausencia del poder eclesiástico en el Imperio Bizantino, ha orientado investigaciones que buscan explicar el origen de los sistemas socialistas.

⁹² Sabine, George, op. cit., p. 154.

⁹³ Berman, Harold J., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 76.

⁹⁴ Hegel, *Lecciones* op. cit., p. 112.

La idea de derecho en el Medievo, no se refiere a una concepción de facultades del sujeto, sino a un orden de la sociedad. "Tenía ante todo este sentido de ordenamiento objetivo, no de capacidad subjetiva".⁹⁵ Así, el derecho no solo era un asunto humano, sino también de la divinidad. "Una divinidad que se predicaba universal como la cristiana constituía un elemento decisivo para el establecimiento de la exclusividad e indisponibilidad de unos principios predicables respecto a toda la humanidad, para tal imperialismo cultural".⁹⁶ Argumento que fue la base de muchas de las elaboraciones de dominación en América, cuyo sustrato pertenece a la teología, que consideraba a Dios como la causa remota de toda actividad trascendente.

El orden de la sociedad a través de un derecho objetivo inmutable y eternamente válido, se expresa por ejemplo, cuando el derecho se declaraba a nombre del pueblo, cuyo *consentimiento*, era un importante factor de validez. Al respecto, Sabine⁹⁷ indica que el término *consentimiento* no se refiere a un acto de voluntad, sino al *reconocimiento* de que el derecho es realmente tal como se declara.⁹⁸

Tras el desmembramiento del Imperio carolingio, la Iglesia se convirtió en el único factor de unidad. En el plano social, el feudalismo caracterizado por la ausencia de un poder único y centralizado, propició multitud de señoríos.

De esta forma la sociedad se va estructurando con base en un orden estamental: clero, nobleza, siervos. Las fidelidades personales son la base de las relaciones sociales, dando lugar a jurisdicciones particulares y continuas luchas entre señores feudales.⁹⁹ Sin embargo, la única institución que seguía imponiéndose era la Iglesia.

La reivindicación de las prerrogativas feudales por parte de los reyes, fortaleció a los reinos en la transición de la alta a la baja Edad Media.

⁹⁵ Clavero, Bartolomé, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, México, Siglo XXI, 1994, p. 8.

⁹⁶ *Supra*, p. 9

⁹⁷ Sabine, George, *op. cit.*, p. 158.

⁹⁸ Respecto de aquella declaración del derecho, tenemos la importancia de la promulgación actual del derecho vigente. Hay que discutir si se trata de una promulgación de reconocimiento o de voluntad.

⁹⁹ Fuentes López, *op. cit.* p. 34.

Unido a lo anterior, las fuertes disputas entre *Imperium* y *Sacerdotium*, demandaron el incremento de un poderoso poder centralizado de la figura del rey o de los príncipes. Es aquí donde se fragmenta la *Respublica Christiana*.

Hay que insistir en que el Estado moderno surge como un proceso histórico derivado de la lucha contra el particularismo del poder feudal y el universalismo del Imperio y de la Iglesia. Las monarquías buscan la reivindicación de sus prerrogativas feudales para suprimir o, al menos, reducir el poder feudal de sus vasallos. Esto originará la consolidación de territorios más extensos que son gobernados por un poder centralizado que es lo suficientemente fuerte para asegurar la obediencia de sus vasallos y súbditos. La legitimación de las facultades de los nuevos gobernantes provendrá del derecho romano que de Italia ha sido difundido por toda Europa a través de las universidades, que aportarán, a su vez, a los letrados que administrarán y organizarán a los nuevos Estados.¹⁰⁰

El triunfo de los reinos en el siglo XVI, que toman forma estatal, se consolidan también por la transición de la "economía cerrada" medieval al ciclo de "economía monetaria", seguida de la "economía mercantil". La consolidación de los reinos como espacios políticos se van integrando poco a poco bajo una autoridad cada vez más sólida.¹⁰¹ (Este proceso es explicado en el desarrollo del subtema B. "doctrina del *Dominium*").

En suma, en la alta Edad Media, la organización social debía adaptarse a una ordenación del suelo señorío-feudal y a los compromisos personales de un sistema feudal de vasallaje. A partir del siglo XIII, se trataba de salvar la unidad de la *Respublica Christiana* que se desmembraba frente a coronas, dinastías de príncipes y ciudades autónomas.¹⁰²

¹⁰⁰ Fuentes López, Carlos, *El racionalismo jurídico*, op. cit., p. 76.

¹⁰¹ Cfr. De Gabriel, José Antonio, "La formación del Estado Moderno" en *Manual de Ciencia Política*, Comp. Rafael del Águila, Madrid, Trotta, 1997, pp. 39-40.

¹⁰² Carl Schmitt, *Teólogo de la política*, comp. Orestes Aguilar, Héctor, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 479.

3. Las formas medievales de *tenencia* o *soberanía* de la tierra

A. Los vasallajes

El pontífice romano, como *señor temporal*, (no como cabeza de la Iglesia universal) ofrecía la protección de San Pedro. La búsqueda que hacían "...reyes y príncipes, que gobernaban sobre lo que hoy llamaríamos Estados soberanos, prestan homenaje a otros gobernantes, remitiéndoles sus tierras y recibíendolas de nuevo en feudo, reconociendo con ello su *vasallaje*".¹⁰³ El vasallaje constituyó una de las relaciones políticas y temporales de la Edad Media, en la que el valor de la protección era superior al de la libertad.

Para nuestro tema, es importante destacar el vasallaje ejercido en los reinos ibéricos. En 1073 y 1077 Gregorio VII (1073-1085) formula títulos de supremacía sobre la península ibérica en cartas dirigidas a los príncipes españoles, y al respecto, Weckmann señala que la base de esa *supremacía* no podía ser otra que la *Donación de Constantino*.¹⁰⁴ "Para la reconquista de las nuevas tierras, Gregorio también prometió a los españoles el *Dominium* a condición de que fueran *ex parte sancti Petri*, y enviaran el respectivo *denarius*. La supremacía Papal también se asentó en los reinos de Aragón, Cataluña y Valencia en 1095 puestos en *vasallaje* por Pedro I de Aragón; los condes de Portugal y Castilla emergen en la historia como vasallos del reino de León".¹⁰⁵ Es importante destacar que la *soberanía* recibida por los reyes no solo se trataba de un *Dominium possessionis*, sino que los símbolos de poder provenían del exterior.

A diferencia del catolicismo español, en Inglaterra por ejemplo, se reconoció la supremacía Papal a partir de 1213 y con ello, a través de Enrique III se envía a Roma el *denarius*, el cual es repudiado por el parlamento inglés en 1366. Los parlamentarios sostuvieron que Juan *sin Tierra* no contaba con la aprobación de preladados, obispos y barones cuando sometió su reino a la jurisdicción Papal.

¹⁰³ Weckmann, *El pensamiento*, op. cit., p. 57

¹⁰⁴ Supra, p. 65. Además Chiovaro F/ Bessiere, G, op. cit., p. 45. Señalan que la Donación de Constantino se compone de dos partes distintas: la *confessio* y la *donatio*. En la *donatio*, Constantino hace entrega al Papa de una donación muy diversa: la primacía sobre las Iglesias de oriente: las Iglesias de Letrán, de San Pedro y de San Pablo, además de otros bienes como su palacio de Letrán, los emblemas imperiales: el privilegio de ordenar a los sacerdotes y el poder total sobre Letrán, la Iglesia de Roma e Italia. Aparentemente este escrito fue hecho en la segunda mitad del siglo VIII y en el siglo XI se convirtió en el argumento fundamental de la supremacía Papal. En el siglo XIV se expresaron dudas sobre su autenticidad. La Iglesia no admitió la falsedad del documento hasta el siglo XIX.

¹⁰⁵ Weckmann, *El pensamiento*, op. cit., p. 68.

Las razones para este repudio [...] son predominantemente feudales y políticas, pero no jurídicas en el sentido moderno de la soberanía: Inglaterra se encontraba a la sazón en ese largo conflicto contra Francia conocido con el nombre de Guerra de los Cien Años; el Papa, señor feudal de Inglaterra se encontraba aparentemente bajo la hegemonía política francesa, en su "cautiverio de Aviñón", y conspiraba contra la seguridad de su vasallo inglés, de una manera *desleal* [siguiendo la terminología feudal] lo cual ameritaba el desconocimiento del señorío por parte del vasallo ofendido.¹⁰⁶

Vinculado con lo anterior Wiclef, desarrolla una teoría del *Dominium* también de tipo feudal, y concluye que el rey *tiene* su reino, no del Papa, sino directamente de Cristo.¹⁰⁷

Con elaboraciones como éstas y la posterior reforma protestante, la *Respublica Christiana* como hemos señalado, se empieza a fragmentar en entidades autónomas, y más adelante el concepto de *vasallaje internacional* se transformaría.

No obstante, las alianzas y la estrecha relación política y económica derivada de estos vasallajes, deben ser considerados sobre todo en el caso español. Hay que enfatizar que Castilla y Roma se presentaron como indisolubles en el descubrimiento validado por Alejandro VI, quien concedió a España, en relación con Portugal o frente a cualquier príncipe cristiano, el dominio de los territorios ubicados al norte de la línea alejandrina trazada con tal finalidad. El precio fue la contrarreforma española que la mantuvo en términos económicos en desventaja con el resto de los países europeos, sobre todo con los Países Bajos, Inglaterra y Francia. Pese al oro de las Américas Carlos V abdicó en 1556 y un año después Felipe II de España se declaró en bancarrota.¹⁰⁸

Para el siglo XVI Grocio afirmaba que "las enfeudaciones de reinos... que los reyes han hecho sin consultar a sus súbditos, han sido consideradas como nulas por la mayoría de los pueblos [...] el rey no puede hacer esto sin

¹⁰⁶ Supra, p. 61. Urbano V, era francés de nacimiento.

¹⁰⁷ Supra, p. 62. Se indica la influencia de Marsilio de Padua en la teoría del *Dominium* de Wiclef. Cfr. E. Emerton, *The Defensor Pacis of Marsiglio of Padua*.

¹⁰⁸ Wallerstein, Immanuel, "De Sevilla a Amsterdam: el fracaso del Imperio", en *Historia económica de México*, Lecturas 64*, Cárdenas, Enrique (comp), México, Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 113.

consultar a su pueblo, y permanecer, al mismo tiempo, dentro de los límites del derecho natural".¹⁰⁹

En tanto no llegaba el siglo XVI, la reproducción material del sistema feudal se daba por el *patriotismo* medieval expresado en la lealtad personal hacia el señor de quien se dependía. Estábamos todavía en una comunidad universal, en la que había, o "realezas otorgadas" o "soberanías recibidas".

B. La doctrina del *Dominium*

La filosofía jurídica inspirada en la unidad fundamental de la raza humana y de un gobierno divino del mundo, representado por el Papa y el emperador, eliminaba toda acción de comunidades estatales, pues todas quedaban supeditadas al señorío divino.

En las guerras medievales, por ejemplo: "...la lealtad religiosa y el sentimiento de pertenecer a una sola comunidad humana se encuentra así [...] por encima de obediencias particulares a tal o cual rey. Las relaciones humanas en este periodo predominantemente feudal, son de tipo personal y se encuentran determinadas por la tenencia de la tierra..."¹¹⁰

En las relaciones medievales y su necesaria vinculación con la tierra, es preciso señalar que el nuevo dominio medieval se da también por necesidades de orden económico, a los que la Iglesia y el Imperio se adaptaron fácilmente; la llegada del Islam en el siglo VII irrumpió el equilibrio económico, "... a partir del siglo VIII [Europa] volvió al Estado de región exclusivamente agrícola".¹¹¹ Pirenne sostiene que el dominio no se adaptó por libre elección, sino por necesidad; la ausencia de comercio, y por ejemplo, la desaprobación eclesiástica a la usura y al comercio, contribuyeron a crear comunidades pequeñas, autárquicas.

Aquí no tenemos esclavos producto del derecho de gentes como en Roma; la servidumbre es la condición normal de la población agrícola, es decir, de todo

¹⁰⁹ Weckmann, *El pensamiento político*, op. cit., p. 71, son algunas líneas citadas de *De Iure Belli ac Pacis*, Washington 1913, pp. 171-172. Vemos que en Grocio, ya no está solo presente la razón como único elemento del derecho natural, su filiación *al iusnaturalismo laico* le hace incluir a la voluntad como la base del derecho de gentes, la voluntad del género humano, no de las naciones. Cfr. Sepúlveda, César, *Derecho Internacional*, 14ª. ed., México, Porrúa, 1984, pp. 24-25.

¹¹⁰ Supra, p. 30.

¹¹¹ Pirenne, Henri, *Historia económica y social de la edad media*, México, Fondo de Cultura Económica, 1978, p. 12.

el pueblo. Quien está privado de la tierra, queda reducido a la servidumbre. "El hecho esencial no es la condición política, sino la condición social, y ésta reduce al papel de dependientes y de explotados, pero a la vez de protegidos, a todos los que viven en el dominio señorial".¹¹²

Entonces la servidumbre es producto de la condición social, y para la Iglesia es de origen divino y providencial. Esta relación explica muy bien el *dominio* en la Edad Media: satisface necesidades básicas, es motivo de reconocimiento e intervención eclesiástica y tiene en la cúspide al emperador.

En esa construcción -donde el señor feudal se reserva el *Dominium proprietatis* del feudo que confía a un vasallo para trabajar otorgándole solo el *dominus possessionis*- la piedra clave es el emperador, como coronación del sistema feudal y fuente de toda jurisdicción ejercible no sobre las cosas, sino sobre los individuos. Se trataba de un sistema de intereses creados que incluía a la comunidad y al gobierno.

De esta manera, las monarquías feudales se encontraban bajo la supremacía del emperador, prestándole servicios en la corte, como deber feudal. El emperador finalmente, hacía valer su posición supranacional sobre la cristiandad, como heredero de los Césares, que preside los destinos temporales de la *Respublica Christiana*.¹¹³

El carácter personal de las relaciones dentro del sistema feudal, en donde la posesión de la tierra, determinó no solo la posición de su titular, sino también sus relaciones políticas, sociales y jurídicas de las que tomaba parte, nos remite necesariamente al análisis de la teoría del *Dominium*.

La ausencia de Estados territoriales, de conceptos de frontera o nación, hacen imposible hablar en este período de soberanías como hoy las conocemos. Pero para McIlwain, la doctrina feudal del *Dominium* es la llave para la teoría política del Estado de ese tiempo: se descompone en una jerarquía de poderes y derechos que existen y se ejercen concurrentemente sobre los mismos objetos y personas.¹¹⁴

En lo referente a la tenencia feudal de la tierra, el *Dominium* definido como "relación abstracta entre el ser que es servido y el que lo sirve, conforme a la

¹¹² Supra, p. 16.

¹¹³ Weckmann, *El pensamiento*, op. cit., p. 34.

¹¹⁴ McIlwain, op. cit., pp. 112 y ss.

medida de la superioridad del primero",¹¹⁵ desarrolla los *derechos de propiedad y soberanía* entrelazados en una unión laxa y mezclada entre el *Dominium proprietatis* y el *dominius possessionis*. De aquí, es de importancia la siguiente cita:

Jurídicamente, el feudo es un contrato conforme al cual una persona transfiere a otras derechos de posesión; la contraprestación requerida en esta cesión es una obligación de fidelidad y homenaje, por parte del beneficiario; esta fidelidad y este homenaje vienen a simbolizar la dependencia de quien recibe el feudo respecto de aquel que lo otorga. En esta relación intervienen, pues, dos elementos: un señor [B] que otorga el feudo y un vasallo [C] que lo recibe. El señor [B] hace reserva del señorío directo sobre el feudo que otorga a C, conservando él mismo el dominio de la propiedad y el vasallo [C] solo adquiere el dominio de posesión o dominio útil de la tierra. El feudo del señor [B] es llamado feudo *dominante* ya que es *servido* por el vasallo [C], el cual es llamado feudo *movedizo*. La posición de B respecto de C es de una supremacía feudal. Esta *supremacía* tiene características jurídicas y se traduce en la práctica en una serie de derechos llamados derechos feudales, de los cuales el más importante es la obligación que el vasallo tiene de prestar cierto servicio militar a su señor.¹¹⁶

A partir de esta cita, tenemos lo siguiente: primero, la obligación de fidelidad y homenaje que prestaba el vasallo se equipara a una subordinación política dentro de cada jurisdicción (en cada feudo), no referida a territorios. La infidelidad del vasallo se conocía como *felonía*, caso en el que el señor quedaba exento de sus deberes; por el contrario, si el señor no garantizaba al vasallo la posesión pacífica de su feudo o no le daba protección, entonces cometía el crimen de *deslealtad* que en muchos casos daba lugar a la *encomendación* cuyo objeto era buscar seguridad y protección de otro señor más poderoso.

Segundo, tenemos dos figuras a partir de la vinculación con la tierra: la *propiedad* del señor como feudo *dominante* y por otro lado, la derivación a

¹¹⁵ Weckmann, *El pensamiento político*, op. cit., p. 48, cita a Dunning, *A History of Political Theories* (1921) pp. 260-261.

¹¹⁶ Supra, p. 49, además confróntese: L. Weckmann, "La sociedad feudal" (27, II).

partir de éste de privilegios y obligaciones. Esta distinción se hace más fuerte en la baja Edad Media con lo cual inicia el proceso de diferenciación entre el derecho público del privado, a saber: el derecho de propiedad como derecho indivisible (*Imperium*), y la relación de servidumbre señor-siervo (*Dominium*) pasa a la categoría de un contrato.

Tercero, los vasallos eran guerreros privados, y mediante guerras y matrimonios se daba la adquisición de nuevos dominios.¹¹⁷

Hay que agregar que el *Dominium* medieval típico abarcaba regiones sometidas a la supremacía de diversos príncipes,¹¹⁸ en donde en teoría el señor podía cambiar libremente de príncipe. La constitución del feudo no requería ni continuidad territorial, frontera o capital, se trataba de monarquías feudales, grandes o pequeñas, por lo que en este período no había un centro de control político,¹¹⁹ salvo la concepción de autoridad política universal que mantenía la Iglesia frente a las influencias descentralizadoras del sistema feudal.

Dada la ausencia de soberanía estatal en el Medievo en el sentido de un ámbito territorial político, no fue necesario -salvo los derechos personales derivados de la relación señor/siervo- delimitar el marco jurídico de lo que hoy conocemos como *frontera*. Al no existir el concepto de capital, como centro de poder, confirmamos que en el caso del Imperio "...no era una entidad geográfica, sino una autoridad militar y espiritual. No fue llamado Imperio romano hasta el año 1034, y no se le llamó Sacro Imperio Romano sino hasta 1254",¹²⁰ paradójica situación que ante la ausencia de determinaciones geográficas, es en la tierra y a partir de ella donde se desarrollan y reproducen las relaciones económicas y personales que desdoblaron el estatus de las personas y de las *instituciones*.

Las relaciones económicas basadas en la agricultura se prolongaron hasta la baja Edad Media: en el señorío rural, los siervos trabajando en grupo lograban una organización autárquica y tributando en especie o en dinero al señor. Más tarde, la relación señor-siervo, terminaría por dar frutos:

¹¹⁷ Cfr. De Gabriel, José Antonio, "La formación del Estado Moderno", op. cit., pp. 38 y ss.

¹¹⁸ Weckmann, op. cit., p. 54.

¹¹⁹ Supra.

¹²⁰ Berman, Harold J., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, op. cit., p. 99.

En la explotación de la heredad por el campesino se encuentra el meollo de la organización señorial del feudalismo. Con la asociación que el feudalismo vino a traer entre poder soberano y tenencia de la tierra, el concepto de 'soberanía territorial', viene a ser lentamente creado: los reyes medievales son más bien señores de la tierra que señores de quienes habitan esa tierra.¹²¹

Se pierde el atributo personal típicamente feudal e inicia el atributo territorial. El hambre en los años 1315-1317 que diezmo a Europa en casi un diez por ciento y con la peste negra de 1347 a 1350 desapareció probablemente una tercera parte de la población europea¹²². Faltaba fuerza de trabajo en la tierra; el señor tenía que ofrecer mejores condiciones para que su tierra fuera trabajada; recibe rentas, ya no tributos; la residencia señorial se divide entre los campesinos: nacen las granjas individuales. La ordenación del espacio empezó a cambiar. Los hallazgos geográficos pronto llegarían.

El proceso religioso iba en paralelo. Aparecen pequeñas soberanías particulares, articuladas por príncipes locales producto de las reformas protestantes del siglo XVI. Así, las Iglesias de la reforma se convierten en Iglesias territoriales (Landeskirchen). Empiezan a identificarse ya los elementos personales con los territoriales que configurarían el Estado y la soberanía; la frase: "El príncipe es el Papa dentro de sus tierras", ilustra un hecho histórico que sin duda serviría de base en las futuras formulaciones del Estado-nación territorial y el final del *derecho de gentes medieval*.

Lo anterior anunciaba la paulatina ruptura entre suelo y comunidad ancladas a la sociedad medieval. Su vinculación se daba con las nuevas relaciones económicas. Todo ello prepararía el camino para convertir al suelo en una mercancía, susceptible de transmitirse y acumularse, pero ya no en su cosmovisión medieval, sino en las posibilidades que exigía el *nuevo orden económico*.

La Paz de Westfalia de 1648 acaba con la concepción imperial. Las soberanías de príncipes protestantes -con relaciones horizontales características de las relaciones interestatales, ya no verticales como en el Medievo- van creando una federación (Bund) que ocuparía el lugar de la *Respublica Christiana*.

¹²¹ Weckmann, *El pensamiento*, op. cit., p. 222.

¹²² Pirenne, Henri, *Historia económica y social de la Edad Media*, op. cit., pp. 141 y ss.

Fue una ordenación del espacio totalmente distinta la que puso fin al derecho de gentes medieval en Europa. Esta ordenación surgió con el *Estado* europeo centralizado, territorialmente cerrado, que era soberano frente al emperador y al Papa, pero también frente a cualquier vecino, y que tenía abierto un espacio libre ilimitado para adquisiciones de tierra en ultramar. Los nuevos títulos jurídicos, característicos de este nuevo derecho de gentes, pero totalmente desconocidos a la Edad Media cristiana, son el *descubrimiento* y la *ocupación*.¹²³

C. La potestad judicial

La falta de una clara división entre *Sacerdotium* e *Imperium* como lo hemos señalado, se manifestaba en una autoridad pontificia con matiz de realeza y un emperador con características sacerdotales. Por ejemplo, la coronación de Carlomagno por el Papa Leon III (795-816) y la adoración del emperador por el pontífice, entremezclan negocios seculares y eclesiásticos al interior del Imperio.

El siglo XI fue importante escenario de las viejas disputas entre Iglesia e Imperio. Frente a las dispersas monarquías feudales, el Imperio no tenía un centro, no así la Iglesia: la única *capital* del Imperio fue la sede romana de la Iglesia universal; "...el primer asiento de una capital, en el sentido moderno, lo tenemos en la Roma Papal, principalmente a partir de la época de Gregorio VII. Ciertamente [...] la Iglesia universal del Medioevo es, de todas las entidades políticas medievales, aquella que reúne más características que la asemejen a un Estado".¹²⁴

Hildebrando, convertido en Papa con el nombre de Gregorio VII (1073-1085), conocido como el *Vicario de San Pedro* (de ahí su doctrina petrinista) se propuso liberar a la Iglesia de todo poder secular. En su *Bula Dictatus Papae* de 1075 integrada por veintisiete propuestas, más que restaurar al Papado, se trataba de una verdadera refundación de la Iglesia: la Iglesia romana había sido fundada únicamente por Dios; el obispo de Roma era el único obispo universal,

¹²³ Carl Schmitt, *Teólogo de la política*, Orestes Aguilar, Héctor (comp), México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 484.

¹²⁴ Weckmann, Luis, *El pensamiento* op. cit., p. 55.

podía cesar y trasladar obispos y obligar al emperador a abdicar.¹²⁵ Este es el origen de la *plenitudo potestatis* Papal.

Roma entonces significa la expresión de la fe cristiana y del poder, "... la historia de la Edad Media es la historia de una lucha *en torno* a Roma, no la de una lucha contra Roma".¹²⁶

En el mismo sentido, Berman sostiene:

La Revolución Papal dio a luz el moderno Estado occidental, cuyo primer ejemplo fue, paradójicamente, la Iglesia misma. Como dijo Maitland hace un siglo, es imposible hacer una definición aceptable de Estado sin incluir a la Iglesia medieval. Con ello, estaba pensando en la Iglesia posterior al Papa Gregorio VII, pues antes de su reinado la Iglesia se había mezclado con la sociedad secular y carecía de los conceptos de soberanía y de un poder legislador independiente que son fundamentales para la condición del Estado moderno. En cambio, después de Gregorio VII, la Iglesia adoptó casi todas las características distintivas del Estado moderno. Afirmó ser una autoridad independiente, jerárquica y pública. Su cabeza, el Papa, tenía el derecho de legislar [...] [la Iglesia] interpretaba sus leyes y las aplicaba mediante una jerarquía judicial que culminaba en la curia Papal de Roma. La Iglesia ejerció así los poderes legislativo, administrativo y judicial de un Estado moderno. Además, se adhirió a un sistema racional de jurisprudencia: el derecho canónico.¹²⁷

De la disputa entre Gregorio VII y Enrique IV (1056-1106) se pueden obtener importantes elementos en materia de jurisdicción. Gregorio asumió que la Iglesia constituía un tribunal de conciencia, que juzgaba a los gobernantes seculares como cristianos; por tanto, de la excomunión se deduce el derecho de deponer. No pretendía que la Iglesia tomara funciones seculares, sino que el Papa se convirtiera en el tribunal de última instancia y de quien dependería la legitimidad del gobernante.¹²⁸ El argumento de la superioridad del poder espiritual sobre el inferior -el imperial- pudo consolidarse por sí mismo con la

¹²⁵ Cfr. Chiovaro, F./Bessiere G., *Urbi et orbi*, op. cit., pp. 52 y ss.

¹²⁶ Carl Schmitt, *Teólogo de la política*, op. cit., p. 478.

¹²⁷ Berman, Harold, *La formación*, op. cit., p. 124.

¹²⁸ Cfr. Sabine, op. cit., p. 178.

recepción del aristotelismo en el que de acuerdo con la ley natural, lo inferior existe por lo superior, la *jerarquía racional* sujeta lo imperfecto a lo perfecto.

Por otro lado, la posición de los defensores del emperador se obtiene de la misma disputa: Enrique IV sostuvo que el poder del emperador derivaba directamente de Dios, no a través de la Iglesia. El deber de obediencia pasiva a la Iglesia (afirmada por Gregorio Magno) no anulaba la autoridad regia.

Los resultados *jurisdiccionales* de ambas partes fueron empleados en futuras controversias. Pero el asidero de Gregorio fue puntal de sus sucesores: Gregorio VII al revocar la excomunión a Enrique IV en 1077, actuó sí como jefe espiritual, pero a la vez colocaba a la Iglesia como tribunal legitimador del poder secular.

Posteriormente, el "Anónimo de York" del siglo XI, fue un importante documento antiPapal. Da al poder real carácter espiritual, invirtiendo los valores: los reyes rigen la Iglesia. "Se origina así una idea de la realeza dependiendo directamente de Dios, que no requiere para su legitimidad de intervención eclesiástica, que ve en el Emperador a un *Vicarius Dei...*"¹²⁹

Dos siglos más tarde, Marsilio de Padua, interpretó a la autoridad espiritual no como un poder, sino como un derecho a enseñar y predicar.¹³⁰ La libertad secular dependía de dar a la autoridad espiritual atribuciones lo más lejos del mundo, extramundanas.

En los siglos XI y XII se discutió la supremacía espiritual y temporal sobre todo en torno a la teoría gelasiana, a Gregorio VII y a sus diferencias con Enrique IV. La pretensión de supremacía eclesiástica tenía que transformarse de moral a jurídica. Para ello, Sabine¹³¹ destaca la necesidad de la Iglesia de argumentar limitando sus deberes espirituales tan solo a la instrucción y exhortación no coactivas. Exhortación que buscaría mantener en el mundo espiritual al derecho, como derecho objetivo.

La hegemonía Papal de Inocencio III (1198-1216) con su *Bula Venerabilem* de 1202 pretendió extender a la Iglesia una jurisdicción general sobre la guerra y

¹²⁹ Weckmann, idem, pp. 122 y ss.

¹³⁰ Sabine, op. cit., p. 183.

¹³¹ Supra, pp. 184 y ss.

la paz, y en caso de diferencias, someter a las partes a su arbitraje. Reclamaba para el Papa una *plenitudo potestatis*.¹³²

La teoría más amplia sobre la supremacía pontificia en materias temporales fue redactada por Inocencio IV (1243-1254) quien aplicó la *plenitudo potestatis* Papal: el Papa había recibido de Cristo, como su vicario, la autoridad de hacer cánones a todo el rebaño de Cristo, infieles y judíos; esta jurisdicción abarcaba a todos los hombres; *de facto* y *de iure* a todos los que se encontraran sometidos efectivamente al Papa, y solo *de iure* a los que estuvieran fuera del alcance de la autoridad Papal. De esta manera el Papa era el juez de negocios espirituales y temporales. En negocios espirituales como autoridad apostólica, juzga conciencias, en negocios temporales es un poder con características regias. "El Papa deriva su *potestas* de Cristo, al cual también remonta el origen de la *potestas* secular del Emperador".¹³³ La pretensión de Inocencio IV de soberanía Papal como cabeza del sistema jurídico, implicaba un inmenso poder temporal de la Iglesia con lo que corría el riesgo de hacer desaparecer el espíritu evangélico.¹³⁴

La posición secular del Papa frente al emperador en la *Respublica Christiana*, estaba marcada por su carácter judicial, o cuando mediaba guerras feudales¹³⁵. Esta participación es interpretada por Gettel¹³⁶ como un avance en la idea de una regulación internacional en los conflictos. Orientación coincidente con una de las interpretaciones hechas a la *Bula Inter Caetera*.¹³⁷ la interpretación arbitralista, la de certificación notarial, la que atribuye soberanía y la que considera que aquel documento constituye una "fuente de derecho". La interpretación de Gettel coincide con la interpretación arbitralista.

Con la *Bula Unam Sanctam* de 1302 hecha por Bonifacio VIII (1294-1303), el Estado solo tenía existencia dentro de la Iglesia: el poder espiritual del Papa tiene potestad para juzgar al temporal; la sujeción del poder temporal al

¹³² Supra, p. 205.

¹³³ Weckman, idem, 85.

¹³⁴ Chiovaro F./Bessiere, G, op. cit. p. 59.

¹³⁵ Weckman, *El pensamiento*, op. cit. p. 85, señala como casos típicos de esta mediación la de Bonifacio VIII en 1298 entre Francia e Inglaterra, y entre ésta y Escocia en 1301.

¹³⁶ Weckmann, idem, 85.

¹³⁷ De Vitoria, Francisco, *Reelecciones del Estado, de los indios, y del derecho de la guerra*, México, Porrúa, 1985. En el estudio introductorio de la obra, Antonio Gómez Robledo señala que la interpretación de ese documento histórico es aún motivo de una larga batalla hermenéutica, pp. LXIX y ss.

espiritual es doctrina necesaria para la salvación.¹³⁸ La autoridad de la Iglesia emana de que el Papa es sucesor de San Pedro por lo que se convierte en el vicario de Cristo. Con esta doctrina, las *dos espadas* pertenecen a la Iglesia quien cede una a los reyes con permiso de los sacerdotes.

Al lado de Bonifacio, Egidio Colonna en su *De ecclesiastica potestate* de 1302, formula a partir de la *plenitudo potestatis* Papal su teoría del *Dominium*: "La propiedad de bienes y la posesión de poder político solo son buenas cuando sirven a fines humanos, y los fines humanos son, en su forma superior, fines espirituales".¹³⁹ Con la autoridad de Aristóteles demuestra que el valor y la legitimidad de un medio dependen del fin a que sirve. "La Iglesia es el único camino para la salvación y de ello se sigue que, para ser justo y legítimo, todo *Dominium* requiere la santificación de la Iglesia".¹⁴⁰

El pontificado de Bonifacio VIII enfrenta de nuevo a un monarca: Felipe el Hermoso, fortalecido con el sentimiento nacional francés y su nobleza feudal. El triunfo de éstos últimos dependía de imponer contribuciones a la propiedad eclesiástica. Felipe trató de restringir el poder espiritual a asuntos de conciencia, dependiente del poder temporal en lo concerniente a la coacción. Juan de París en su *De potestate regia et Papali* de 1302 sostuvo que es legítimo que el clero tuviera propiedad, como medio para cumplir con su tarea espiritual, pero el control legal de la propiedad pertenece a la autoridad secular.

La consagración y administración de los sacramentos y el derecho a predicar y a enseñar son, [a juicio de París] puramente espirituales y no requieren medios materiales. La fuente principal de confusiones es el derecho del clero a juzgar y corregir a los malechores y Juan de París encuentra en este punto que la autoridad espiritual se extiende únicamente a la excomunión, que intrínsecamente no tiene consecuencias materiales. La coacción corresponde al brazo secular.¹⁴¹

Aquella coacción, o sea, "decir el derecho" (*ius dicere*) representa la idea del emperador como *Iudex universalis* cuya naturaleza de *auctoritas imperial* es de carácter eminentemente judicial. La monarquía universal dependía de una

¹³⁸ Sabine, op. cit. 206.

¹³⁹ Supra, p. 207.

¹⁴⁰ Supra.

¹⁴¹ Supra, p. 212.

unidad para juzgar. Recordemos que ya a principios del siglo XIII el Espejo de Sajonia (*Sachsenspiegel*) decía: "el rey es el juez común dondequiera", lo que expresa facultades judiciales al rey "dondequiera", pues a diferencia de Roma, la capital del Imperio bajo esta concepción estaba donde físicamente se encontrara el rey.¹⁴²

La fórmula jurídica surgida a mediados del siglo XIV "el rey tiene en su reino el mismo poder que el emperador en el Imperio" fue tomada del derecho romano, donde la autoridad jurídica centralizada era el emperador; el argumento se hizo extensivo al rey de Francia, como poder político independiente.

El *constitucionalismo* medieval tomaba forma. De ser una *Ecclesia* de fieles, a lo largo del siglo XIII se celebraban en Europa reuniones de Estados generales, compuestos por estamentos del reino. Por ejemplo, en España, "las cortes de los reinos cristianos españoles parecen haberse iniciado a fines del siglo XII. La presencia de representantes de las ciudades en los consejos regioes se señala en las Cortes de León ya en 1188 y en 1163 ó 1188 en Aragón".¹⁴³

Para cerrar con las disputas de Imperio y Sacerdocio, hay que señalar que la unidad medieval no fue nunca una concentración de poder en manos de una persona. La *auctoritas* y la *potestas* eran dos líneas distintas de orden dentro de la misma unidad.¹⁴⁴ En este sentido, Carl Schmitt, señala algo esencial: la relación entre Iglesia-Imperio en la *Respublica Christiana*, es fundamentalmente distinta del problema de la relación Iglesia-Estado. "Estado significa esencialmente la superación de la guerra civil religiosa, que solo fue posible a partir del siglo XVI..."¹⁴⁵

Es hasta Bodino que encontramos la *soberanía legislativa*, en donde el rey es la principal fuente de legislación a diferencia de su papel judicial en el Medioevo. Hablar desde luego de *soberanía* y además *legislativa* obliga a señalar lo cerca que estamos del concepto de Estado, cuyos órganos de gobierno *deben* legislar por lo que requiere de una teoría de soberanía legislativa. La distinción entre la autoridad judicial del Papa y emperador en la Edad Media, y la trascendencia que reviste la facultad legislativa, como componente del Estado moderno, se expresa con la siguiente cita:

¹⁴² Weckmann, Sabine, op. cit.

¹⁴³ Sabine, op. cit. p. 214.

¹⁴⁴ Carl Schmitt, *Teólogo*, op. cit. p. 479.

¹⁴⁵ *Supra*.

“Soberanía y Estado vienen a ser términos convertibles que están situados en dos distintos campos: jurídico el primero, político el segundo. La soberanía en la esfera política es el Estado; el Estado en la esfera legal es la soberanía. La teoría de la soberanía es una mera inducción del Estado-moderno-que-legisla”.¹⁴⁶

No obstante como lo señalábamos en párrafos anteriores, la *potestas* o la *auctoritas* para “decir el derecho” constituía una facultad judicial; la ausencia de facultades legislativas propiamente dichas se debía a que el *derecho* se encontraba dentro de un concepto de invención divina; la continua tendencia en el ámbito jurídico de la época “...es la de tratar de ajustar las realidades terrenas a un esquema universal y perfecto de bondad. Para el Medievo, el orden social teórico es esencialmente estático: se le acepta, se le rechaza, pero no puede mejorarse. La única manera en que el hombre puede cooperar a la finalidad cósmica universal es sometiéndose a la ley moral, ya que con ello se conforma a la *lex aeterna*”.¹⁴⁷

No existía entonces, posibilidad (ni necesidad) de formular jurídica y políticamente conceptos de Estado y/o soberanía: el orden era divino. “Quien decía el derecho” de orden divino era para ajustarse a aquella finalidad cósmica, que parecía mejor trazada y *garantizada* por la Iglesia.

Sin embargo, la posible confusión Papa-emperador se debe a la aparente separación y autonomía de ambas figuras. Las relaciones entre ambas potestades se funden dentro de la *Respublica Christiana* como la *Civitas Dei*, en la que el pensamiento político medieval busca el bien y el mal. La separación de estos personajes se dio o en la época anterior a Constantino, o posterior a la reforma protestante.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Weckmann, idem, 88.

¹⁴⁷ Supra, p. 75, cita a M. de Wulf, “Les Theories Politiques au Moyen Age” en *Revue neoscholastique de Philosophie*, 2e. sér., número 3 (1924) p. 254.

A partir de esta cita resulta oportuno comentar acerca de la concepción de la Europa medieval inmersa en un derecho divino. A él se debía ajustar la conducta de los hombres para cumplir con una finalidad cósmica universal, sometiéndose por ello a la ley moral. Esto recuerda el concepto de orden de las culturas prehispánicas cuyo destino estaba siempre predestinado y su actuar cotidiano era orientado a conseguir a través de la sociedad el cumplimiento de leyes divinas y mitos con el fin de estar en armonía con el mundo.

¹⁴⁸ Supra, p. 92.

La simbiosis Iglesia-Imperio se expresa en la *Respublica Christiana* como cuerpo místico: alma y cuerpo, respectivamente; su punto en común es Cristo. Distinguir la subordinación de una esfera sobre la otra resulta complicado. Inclusive, la confusión entre bautismo y ciudadanía para determinar el estatus personal, también era ambiguo pues la autoridad religiosa y civil eran dos manifestaciones diversas de la gracia que Dios proporciona para gobernar. Estar bautizado implicaba ser ciudadano.

Determinar entonces en la relación Iglesia-Imperio, de qué lado estaba el tribunal supremo del mundo, es aprehender al Medievo, a la *Respublica Christiana* como una entidad fraccionada. Sin embargo, desde la Querrela de las Investiduras, *Sacerdotium e Imperum*, disputaron la primacía judicial.

Frente al cesaropapismo, Gregorio VII en su bula dirigida a Enrique IV en 1075, cuya deposición se adscribe a los postulados de la refundación de la Iglesia y en buena medida al gelasianismo, se visualiza al Imperio a través del Papado. Se echa mano de las dos dignidades universales: el sol y la luna. El Papado es el sol que ilumina al Imperio, la luna.

La jurisdicción Papal en mayor medida, fue la que se impuso para legitimar el descubrimiento americano. Aun las disputas Papales contra avezados emperadores, las formulaciones anti-papales y el proceso de formación del Estado territorial unido a la reforma religiosa, no fueron elementos suficientes para que el Papado sucumbiera ante la gran empresa americana. El vasallaje que aquél ejercía sobre los reinos españoles, y España como Iglesia nacional, hicieron indisoluble sus relaciones. Relaciones-alianza que podemos resumir en tres acontecimientos: la reconquista que libraron los españoles contra los moros era respaldada por el Papado; segundo, los hallazgos geográficos no podían contar con mejor reconocimiento que el de la autoridad de la época: el Papado cuya alianza con España la obligaba a repartir el botín; y tercero, España se convirtió en el centro de la contrarreforma.

Por otro lado, la sustancialidad divina en el hombre cedía ante cambios políticos, económicos y religiosos que fracturaron por igual al Imperio y a la Iglesia, y por igual me refiero a la pérdida de la hegemonía de la *Respublica Christiana*.

El Renacimiento impondría una nueva actitud, más propia e individual. Las nuevas relaciones serán buscadas por el hombre entre los hombres, y de sus vínculos con el *nuevo orden*.

Esos nuevos vínculos empezarán a identificarse más con el concepto de soberanía, *souveranité*, en francés, por oposición a las *suzeranías* medievales o *suzeranité*. Recordemos que de acuerdo con la doctrina del *Dominium* la supremacía de un señor feudal respecto de su vasallo no es completa, tan solo ocupa un lugar en la jerarquía, ya que por encima de aquel señor, existe otro más poderoso de quien depende. Es decir, esta supremacía feudal admitía otras potestades por encima, por lo que no hay estrictamente hablando una *soberanía*.

Así, de acuerdo con Oscar Correas,¹⁴⁹ aquella relación consiste en la sujeción de un individuo respecto de otro, entre un señor y su superior, o entre señores y siervos.

Ahora bien, caducando todas las suzeranías, en un proceso largo, lento y violento, la soberanía se queda sin rival. Ya no hay suzeranos tratando de escapar a la soberanía del señor más fuerte. La soberanía ya no tiene su *alter* originario. Ya no tiene esa razón de existir. Consigue, sí, pervivir como vocablo, pero con otro significado distinto: ahora no se trata de ser el único que dicte para todos los súbditos de un territorio definido, sino de que la voluntad del gobierno no sea determinada por un poder extranjero. De ser uno jurídico, pasó a ser, hoy, un concepto sociológico: un país es soberano, si el *contenido* de las normas que dicta un gobierno, no está determinado por la voluntad, el poder, la conveniencia de actores sociales extranjeros.¹⁵⁰

Es esta la soberanía exterior que pretendía asegurar España luego del hecho del descubrimiento: solicitar la donación Papal de las tierras americanas, tuvo como finalidad gozar de plena soberanía que garantizara a placer el dominio y explotación frente al resto de los países europeos. Mientras tanto, en los nuevos territorios, los conquistadores reproducirían formas feudales dadas en Europa en los siglos alto y bajomedievales. Esto es, la recreación feudal de

¹⁴⁹ Correas, Oscar, *Pluralismo jurídico, alternatividad y derecho indígena*, México, Fontamara, 2003, pp. 120 y ss.

¹⁵⁰ Supra.

formas de tenencia de la tierra en América durante la Colonia, el siglo XIX y entrado ya el siglo XX.

4. El pensamiento jurídico romano

Es de importancia hacer referencia al pensamiento jurídico romano, pues en él encontramos los elementos conceptuales que estuvieron presentes en el descubrimiento y la Conquista. Además con el derecho romano se legitimaron las facultades de los actores políticos que emergieron tras la caída de la *Respublica Christiana*. De especial interés es el tratamiento de las personas, la propiedad, sus formas de adquisición y sobre todo la posesión.

En este subtema se incluye una mención al trabajo de los glosadores y postglosadores o comentaristas que reintroducen en Europa el estudio del derecho romano y con él la adopción de sus instituciones. Además su interpretación privatista es la base de la explicación que hacemos de las formas de tenencia de la tierra de los conquistadores. Además, "...el derecho privado romano, aunque originalmente fue un derecho positivo e histórico [codificado en el *Corpus Iuris* de Justiniano], se transforma en un derecho natural, mediante la obra secular de los juristas, glosadores, comentaristas, sistemáticos, para luego transformarse de nuevo en un derecho positivo con las grandes codificaciones de principios del siglo XIX..."¹⁵¹

A. Personas

*Persona*¹⁵² en derecho romano era el término que designaba la máscara que empleaban los actores romanos en escena. Las *personas* se distinguían en dos tipos: *esclavos* y *libres*, éstos subdivididos en *ciudadanos* y *no ciudadanos*. La ciudadanía otorgaba el *jus civitatis* que permitía participar en todas las instituciones de derecho romano público y privado, entre ellas el derecho de comercio que permitía realizar negocios jurídicos. Los no ciudadanos podían ser los extranjeros con los cuales Roma no estaba en guerra; con quienes había hecho tratados de alianza o que por dominación habían sido sometidos

¹⁵¹ Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 23.

¹⁵² Petit, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano*, México, ediciones selectas, 1982, pp. 76-84.

al Estado de *provincia*.¹⁵³ Estos no ciudadanos eran también llamados *peregrini* y no gozaban del derecho de *commercium*.

La esclavitud fue considerada una institución del derecho de gentes, nació de la guerra. El derecho romano señalaba causas de esclavitud de acuerdo con el derecho de gentes y con el derecho civil.

Por el derecho de gentes: primero, por cautividad, ejercida sobre ciudadanos de otras naciones enemigas, *hostiles*, *hostes*, a quienes se les ha hecho la guerra y han sido capturados.

Por el derecho civil, la libertad es un principio inalienable, sin embargo, se tendría la condición de esclavo, en los siguientes casos: quien no estaba inscrito en los censos o quien fuera tomado en flagrancia robando. El esclavo no gozaba del derecho de propiedad y su condición jurídica se equipara a la *muerte civil*.

B. La propiedad territorial

Al analizar las formas de propiedad territorial¹⁵⁴ después de la fundación de Roma, tenemos que la propiedad atraviesa por tres fases: la comunidad agraria: el terreno pertenece a la colectividad; la propiedad familiar: en donde cada familia llega a ser la única propietaria de cierta extensión de tierra y la propiedad privada, en donde la propiedad pertenece a cada ciudadano.

Las poblaciones vencidas y dominadas por Roma en Italia pasaban a propiedad del Estado romano, el *ager publicus*. Esos territorios se destinaron a la propiedad privada, *ager privatus*, y según su empleo fueron de dos tipos: las *tierras cultivadas* enajenadas en beneficio de los particulares y las *tierras incultas*, las cuales podían ser ocupadas por ciudadanos para cultivarlas a cambio de pagar al Estado un censo, justificando con él, su *derecho de propiedad* de los territorios ocupados *agri occupatorii*, pero no dejaban de formar parte del *ager publicus*. El ocupante no tenía la propiedad, pero sí la posesión, de ahí el nombre de *possessiones*.

La posesión del ocupante de las *tierras cultivadas* propiedad del *ager publicus*, es análoga a las *mercedes de tierra* y a la *propiedad realenga* sobre las tierras descubiertas en América, respectivamente. Las *tierras incultas* son análogas a

¹⁵³ Supra, p. 82.

¹⁵⁴ Supra, pp. 233-238.

los *repartimientos de tierras* que cumplían el censo al Estado, mediante el tributo de los indios repartidos o encomendados.

“Esta posesión [la de tierras cultivadas e incultas] fue protegida por el pretor, transmitiéndose hereditariamente y disfrutando de hecho el poseedor del *ager publicus* de derechos análogos a los del propietario”.¹⁵⁵ Esta protección pretoriana se equipara a las *confirmaciones* dadas en América, mediante las cuales se validaban las mercedes reales o se otorgaba la propiedad a quienes carecían de un título legal debidamente expedido y fundado, o porque su título era defectuoso.

Petit opina que quizá solo los patricios tenían aquel derecho de ocupación, o bien que sus riquezas les permitieron poner en cultivo amplias extensiones de tierras. Aquellos patricios pasaron a ser los señores feudales.

“Estos considerables territorios [latifundio]¹⁵⁶ se cultivaban por sus esclavos o por sus clientes a los cuales hacían concesiones a título esencialmente revocable [precario], con el fin de encontrar en ellos partidarios abnegados...”¹⁵⁷

Las *tierras incultas* de conjunto con el *precarium* romano, se asemejan al *Dominium* y a la servidumbre medievales, pues en ellos se dan los elementos de: trabajo de la tierra, la lealtad y sobre todo en el Medievo, las relaciones de dependencia recíproca. Por encima de estas relaciones, la propiedad le pertenece al *ager publicus*, y al emperador, respectivamente. No obstante, el *precarium* romano reporta más beneficios al propietario:

Hay *precarium* cuando una persona concede a otra, que se lo *ha rogado* la posesión y disfrute gratuito de una cosa, a cargo de restituirla a la primera reclamación. El origen de este uso es oscuro. Se ha conjeturado que se había establecido a propósito de la expropiación del *ager publicus*. Los patricios hacían a sus clientes concesiones esencialmente revocables. Más tarde se amplió la institución. El precario, que primero

¹⁵⁵ Supra, p. 234.

¹⁵⁶ Pirenne, Henri, *Historia económica y social de la Edad Media*, op. cit., p. 49. “El latifundio grabó tan profundamente su sello en esta sociedad [medieval] que sus huellas no desaparecieron en muchos países hasta la primera mitad del siglo XIX. No nos corresponde remontarnos hasta los orígenes de esta institución, que la Edad Media heredó de la Antigüedad”.

¹⁵⁷ Petit, *Tratado elemental*, op. cit. p. 235.

no se aplicaba más que a fundos de tierra, ha podido tener por objeto cosas muebles y aún cosas incorpóreas, como las servidumbres.¹⁵⁸

A lo anterior Margadant¹⁵⁹ añade que el rasgo esencial del precario era el poder absoluto, por parte del propietario, de reclamar el objeto, aún en el momento más inoportuno. Esta relación de orden privado, se identifica por la coronación de la doctrina del *Dominium* por el emperador y su *Imperium* (relación privada que se traduce en derecho público).

En las *provincias*, regiones conquistadas por los romanos fuera de Italia, el terreno perteneció al Estado por derecho de conquista. “Los particulares no podían ser propietarios, sino solamente *poseedores*, y tenían que pagar al Estado, que conservaba la propiedad de los fundos provinciales, un censo llamado *tributum* o *stipendium*”.¹⁶⁰ Con el tiempo, los emperadores concedieron a varias *provincias*, sobre todo a las Colonias (*Colonato*) el derecho de asimilarse a Italia, concediéndoles el *jus italicum* y de él, se derivaban dos situaciones:

Por un lado, los particulares podían tener el *Dominium* sobre las tierras que se hacían *res Mancipi* (entraban al comercio) y dejaban de pagar el impuesto territorial.

Por otro lado, el *Colonato* significó una figura de tipo mixto por la explotación del dominio de las tierras:

El colono, situado sobre una tierra que no le pertenece, la cultiva con la condición de pagar al propietario una renta periódica en especie o en dinero. Está atado a la tierra de tal modo que no puede abandonarla voluntariamente; su persona no está sometida al dueño de la tierra, no es esclavo, puede casarse, obligarse, ser propietario, pero le está prohibido vender sus bienes sin el consentimiento del dueño de la tierra, pues garantizan el pago de la renta. El colonato fue sobre todo una medida de interés fiscal y agrícola tendiente a asegurar a la vez el pago del impuesto raíz y el cultivo de las tierras.¹⁶¹

¹⁵⁸ Supra, p. 426.

¹⁵⁹ Margadant, Guillermo, *Derecho romano*, 11ª. ed., México, Esfinge, 1982, p. 426.

¹⁶⁰ Petit, Eugene, *Tratado elemental*, op. cit. p. 235.

¹⁶¹ Bravo González, Agustín, Bravo Valdés, Beatriz, *Derecho romano*, 18ª ed., México, Porrúa, 2001, p. 129.

Esta forma de explotación del dominio de las tierras, también recuerda las funciones de la encomienda en América: por el tributo al encomendero y a la corona y sobre todo por la actividad agrícola que desarrollaba el indio encomendado. Lo anterior guardando toda proporción con la doble esclavitud que representó la encomienda: como resultado del derecho de gentes, y como resultado de la condición social del indio, que no ejercía plenamente derechos de propiedad.

C. Derechos reales

Los romanos clasificaban las cosas, *res*¹⁶² por su forma: las cosas corporales o corpóreas y las incorporales o incorpóreas. Las corporales se dividían en muebles, *res mobile*, e inmuebles, *res soli*. Los beneficios que el hombre obtiene de las cosas corporales se expresan en derechos. Se denomina derechos reales a la relación directa de una persona con una cosa determinada, con el objeto de obtener beneficios de ella. Aunque los romanos no dieron una definición precisa de propiedad,¹⁶³ ella se deduce a partir de sus beneficios: *jus utendi* o *usus* que consiste en la facultad de servirse de la cosa o aprovechar sus servicios; *jus freundi* o *fructus* que consiste en el derecho de recoger todos los productos que genere la cosa; y *jus abutendi* o *abusus* que consiste en el poder de consumir la cosa, disponer de ella destruyéndola o enajenándola.

a. La propiedad

Dentro de los modos de adquisición de la propiedad de acuerdo con el derecho natural o de gentes, tenemos la *occupatio* y la *traditio*. La *occupatio* consiste en la "toma de posesión, *animo domini*, de una cosa susceptible de propiedad privada y que no pertenece a nadie".¹⁶⁴ Los comentaristas calificaron a este modo de adquirir la propiedad como *originario* pues concede la propiedad libre y absoluta. Para los romanos esta figura fue importante porque tenían por *res nullius* susceptibles de ocupación, de aprehensión material, los bienes de sus enemigos y los de pueblos con los que no tenían tratado de alianza, es decir, el

¹⁶² Petit, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano*, op. cit., pp. 163-170.

¹⁶³ *Supra*, pp. 170-172.

¹⁶⁴ *Supra*, p. 245.

botín sobre el enemigo. "Los romanos pueden, por ocupación, apoderarse de los bienes, lo mismo que de las personas".¹⁶⁵ Este fue el título producto del derecho de gentes aplicado a América: la *occupatio*, unida a la argumentación teológica vitoriana.

Petit observa que los objetos muebles y los prisioneros hechos por medio del ejército, parece que no eran propiedad del primer ocupante, pero sí *adquiridos* para el Estado. Una parte se daba gratuitamente a los soldados y el resto se vendía en beneficio del tesoro.¹⁶⁶

Además eran *res nullius* los animales no domesticados en estado de libertad, los productos "en la tierra, agua o cielo", el tesoro, dinero o algún objeto precioso del que se ignora su último propietario.

Petit considera a la tradición, *traditio*, como el más importante de los modos de adquirir por el derecho de gentes.

Tratándose de una cosa *nullius* el que toma posesión se hace propietario, y esto es la *ocupación*. Pero cuando se trata de una cosa de la cual tiene ya alguno la propiedad, es necesario, para adquirirla, que a la toma de posesión se una el abandono por parte del propietario. Por eso, si el propietario entrega una cosa con intención de transferir la propiedad a una persona que tenga intención de adquirirla es conforme al derecho natural que haya traslación de propiedad en beneficio del adquirente: esto es la *tradición*. Mientras que en la ocupación sólo interviene una persona, aquí, en cambio, se encuentran dos: el *tradens*, que se deshace de la posesión, y el *accipiens*, que al recibirla se hace propietario.¹⁶⁷

Entonces en la *traditio*, está presente la intención de enajenar y la de adquirir. Con la *occupatio*, la ocupación produce la propiedad, a partir del acto unilateral del ocupante: mediante la posesión y la posterior propiedad de una cosa que él supone *res nullius*.

¹⁶⁵ Supra, p. 246.

¹⁶⁶ Supra.

¹⁶⁷ Supra, p. 247.

b. La posesión

En un rincón del palacio de la ciega diosa de la justicia, vive una extraña solterona. Su carácter es complicado y causa muchos trastornos a la pacífica convivencia de los conceptos jurídicos. Sin embargo, se la tolera, ya que no se puede prescindir de ella. Aunque de rancio abolengo jurídico, no pertenece a la alcurnia de los auténticos derechos; pero, debido a sus frecuentes intimidades con el derecho de propiedad, permitimos que viva en la antecámara de éste. Me refiero a la posesión.¹⁶⁸

La posesión, que sigue el camino de la ocupación, constituyó en Roma, de acuerdo con el derecho de gentes, una de las formas de adquirir la propiedad. La posesión establece una relación física de una persona que pretende la utilización exclusiva sobre una cosa. "La posesión, tal como la entendían los romanos, puede ser definida como: el hecho de tener en su poder una cosa corporal, reteniéndola materialmente, con la voluntad de poseerla y disponer de ella como lo haría un propietario".¹⁶⁹ El mismo autor hace una importante observación: poseer una cosa significa tenerla bajo el propio poder físico, puramente material, y no depende de que el poseedor tenga o no realmente el derecho de ejercerlo. La evolución de esta figura propició el hecho de que aunque el poseedor no fuera el propietario, y subsistieran los derechos de propiedad, el poseedor terminó por ser protegido, y el hecho de la posesión produjo efectos jurídicos.

Los elementos de la posesión son: la posesión *corpore*, elemento material y fáctico de tener la cosa, y por otro lado el *animus*, que consiste en la intención o voluntad de poseer al objeto como suyo, esto constituye el *animus domini*.¹⁷⁰ Margadant señala que ante la ausencia de *animus*, la figura ya no sería posesión, sino en la terminología de los comentaristas se trataría de una detentación, *detentio*, o *possessio naturalis*, figura que carece de las consecuencias jurídicas que nacen de la posesión,¹⁷¹ se trata de una *res facti, non iuris*, pero sin embargo, tiene otro tipo de efectos jurídicos.

¹⁶⁸ Margadant, *Derecho Romano*, op. cit. p. 234.

¹⁶⁹ Petit, *Tratado elemental*, op. cit. p. 238.

¹⁷⁰ Supra. p. 239.

¹⁷¹ Margadant, *Derecho*, op. cit. p. 235.

La posesión era de dos clases: de buena y o de mala fe. "Es de buena fe si se cree propietario, y será de mala fe si ha tomado posesión de alguna cosa sabiendo que pertenece a otro".¹⁷² En ambos casos (de buena o mala fe) el poseedor se protege mediante *interdictos* posesorios. Dichos interdictos reportan más ventaja al poseedor de mala fe, pues los de buena fe, mediante la *usucapio* adquieren la propiedad por posesión continua durante un plazo fijado en la ley.

[...] estos interdictos son órdenes, giradas a un ciudadano por el magistrado -generalmente, el pretor- a petición de otro ciudadano, sin que el magistrado investigue la veracidad de las afirmaciones del solicitante y sin que cite a la parte contra quien se dirige el interdicto. Esta característica del interdicto se explica por tratarse de órdenes *condicionadas*. El que recibe un interdicto solo tiene que obedecerlo, si la condición con que comienza corresponde a la verdad.

En caso de que obedezca, allí termina el problema. Pero, en el caso contrario, se inicia un verdadero juicio para determinar si la desobediencia es justificada o no. En el primer caso, es decir, si la condición no corresponde a la realidad, el solicitante debe, generalmente, una especie de multa privada a la persona que recibió el interdicto; en el segundo caso, esta multa se paga al solicitante.¹⁷³

En este sentido, podemos interpretar que la solicitud de la corona española hecha a Alejandro VI para que expidiese las Bulas *Inter caeteras*, como análoga a aquel interdicto.

D. El trabajo de los glosadores y comentaristas

A fines del siglo XI, Irnerio (1055-1130) encuentra en una biblioteca italiana un ejemplar del *Digesto* compilado por Justiniano entre 527 y 533.¹⁷⁴ Con este hallazgo reinicia el interés científico por el derecho romano que se desarrolla en la Universidad de Bolonia.¹⁷⁵ La labor de los glosadores fue comentar aquella

¹⁷² Petit, op. cit., p. 240.

¹⁷³ Margadant, *Derecho*, op. cit. p. 240.

¹⁷⁴ Margadant, *La segunda vida del derecho romano*, México, Porrúa, 1986, p. 49.

¹⁷⁵ En Bolonia se estudió el *Digesto*. Berman, op. cit., p. 133, señala que en la segunda mitad del siglo XII el programa de derecho en Bolonia, Paris, Oxford y otras universidades de Europa se extendió para incluir además del derecho romano, el derecho canónico de la Iglesia. Paralelamente a estos programas, en los siglos XII y XIII se desarrolló el método escolástico:

obra, haciendo asequible a Europa el lenguaje jurídico de los juristas clásicos romanos.¹⁷⁶ La importancia del *Digesto* fue relevante tanto para sus intérpretes como para la sociedad medieval:

La actitud de los glosadores respecto a las fuentes del Derecho justiniano es semejante a la de los teólogos respecto a la Biblia. En ésta se contiene y se revela la verdadera fe, por lo cual el teólogo en último término se limita a entender y explicar los textos sagrados. De modo análogo, también son casi sagrados para los glosadores los textos romanos; éstos gozaban de un prestigio mítico, que los convertía en depositarios de la verdadera *ratio iuris*, en el Derecho por antonomasia.¹⁷⁷

Hacia el siglo XIII el estudio del derecho romano recibe un fuerte impulso con el trabajo de los comentaristas, quienes al interpretar el texto, lo sacan de la glosa de sus predecesores. A la corriente de los glosadores y sobre todo de los comentaristas se le conoció como *Mos Italicus*, por oposición al *Mos Gallicus*, corriente considerada como una manifestación del humanismo renacentista.¹⁷⁸

Con el *Mos Gallicus* la investigación y aplicación del derecho justiniano se empezó a apartar del considerado comentario oficial del *Corpus Iuris*, o Gran Glosa de Acurcio de 1230.¹⁷⁹

Por otro lado, en la baja Edad Media, el derecho canónico no contaba con un texto histórico como el *Digesto*; con la formación de las monarquías germánicas, las relaciones políticas sufrieron profundos cambios, por ello las relaciones entre el Estado y la Iglesia, entre el Imperio y el reino, entre los reinos y las ciudades, excedieron las posibilidades del derecho romano que en aquellos casos, solo podía ofrecer muy pocos instrumentos de interpretación y análisis.¹⁸⁰ Sin embargo, no fueron pocos los servicios que el derecho romano brindó al Imperio y a la Iglesia. Su importancia política “se extendió a las

“En derecho, el método escolástico se orientó a analizar y sintetizar la masa de doctrinas, muchas de ellas en conflicto entre sí, descubiertas en la ley de Justiniano así como en autoridades seculares. Como en el caso de la teología, el conjunto de texto escrito, el *Corpus Iuris Civilis*, como la Biblia y los escritos de los Padres de la Iglesia, fue reconocido como sagrado, como encarnación de la razón”, p. 142.

¹⁷⁶ Fuentes López, Carlos, *El racionalismo*, op. cit., pp. 46-47.

¹⁷⁷ Supra, p. 48. Cita a Tomás y Valiente, Francisco. *Manual de historia del derecho español*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 1992, p. 186.

¹⁷⁸ Margadant, Guillermo, *La segunda vida del derecho romano*, op. cit., p. 35.

¹⁷⁹ Supra, p. 115.

¹⁸⁰ Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad*, op. cit. p. 25.

monarquías en la medida en que iban reivindicando sus prerrogativas feudales frente a los grandes príncipes y señores y comenzaban a consolidar al reino como unidad política soberana".¹⁸¹

Tomás y Valiente¹⁸² señala cómo la monarquía y la nobleza se beneficiaron de principios e instituciones de derecho romano, por ejemplo, para construir la fundamental institución del mayorazgo.

Ahora bien: "De la vinculación del derecho romano y el canónico es donde surge la doctrina que nutrirá al derecho común. Derecho del Imperio y derecho de la Iglesia producirán la nueva literatura que se añadirá por propia autoridad a los textos sagrados del derecho romano y de la fe cristiana, y que de hecho rivalizará con éstos en fuerza y autoridad".¹⁸³

Este *Ius Commune*, respondía a la exigencia de la *Respublica Christiana*: una sola Iglesia bajo autoridad unipersonal Papal, un solo Imperio, un solo derecho. El impresionante templo del *Ius Commune*, como lo llama Margadant, fue el "...redescubrimiento del derecho ligado al ideal eterno de un mundo Papal-imperial centrado alrededor de Roma."¹⁸⁴

En la práctica el *Ius Commune* tuvo la "...finalidad de dotar a Europa de una dogmática jurídica práctica, frente a la dispersión jurídica característica del momento y frente a la pluralidad de derechos forales y estatutarios".¹⁸⁵

Fue pues el derecho romano la base de formulaciones jurídicas medievales que alentaron cambios políticos en Europa. Las aportaciones romanistas de derecho privado el *Imperium* y *Dominium*, sirvieron durante siglos para la construcción de una teoría jurídica del Estado.¹⁸⁶

E. La recepción del derecho romano en España

La supremacía del derecho privado se afirma a través de la difusión y recepción del derecho romano en Occidente. La recepción del derecho romano es la admisión que de él hicieron en su derecho positivo las distintas *naciones* europeas.

¹⁸¹ Fuentes López, p. 53.

¹⁸² *Supra*, p. 53.

¹⁸³ Fuentes López, Carlos, *El derecho*, op. cit. pp. 59-60.

¹⁸⁴ Cfr. Margadant, *Derecho romano* op. cit., p. 86, y *La segunda vida del derecho romano*, op. cit., p. 217.

¹⁸⁵ Fuentes López, op. cit., p. 59.

¹⁸⁶ Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno*, op. cit. p. 26.

En España la expansión de la escuela de los glosadores y con ella el derecho romano, se dio a través de las escuela de derecho de Salamanca del siglo XIII, de Valencia y Valladolid.

Entre 1256 y 1275 Alfonso el Sabio hizo compilar en lengua vernácula las Siete Partidas, en las que repercute el derecho romano ya claramente derivado de la escuela de los glosadores. Se trata de una magna obra sistemática que tiene la finalidad de cubrir todo el panorama del derecho.¹⁸⁷

Margadant¹⁸⁸ informa lo siguiente: la tercera partida, o parte procesal contiene una apreciable porción de materiales justinianeos y lo referente a los derechos reales. La cuarta partida trata del derecho feudal y de la familia y tiene menos influencia romanista; las partidas quinta y sexta tratan las obligaciones, los contratos y sucesiones con marcado carácter justiniano. Dentro del capítulo de derecho sucesorio, Guadalupe Rivera¹⁸⁹ indica que se reconoció a los mayorazgos, como forma de mantener el derecho de los señores frente a los reyes; eran bienes señoriales que se consolidaron en el siglo XIII. De acuerdo con Rivera el mayorazgo tuvo gran arraigo en la Nueva España, siendo el origen de los grandes dominios territoriales novohispanos. Finalmente, la séptima partida se ocupa del derecho penal con poca influencia del derecho romano.¹⁹⁰

Margadant observa el problema metodológico especial que se presentó en Castilla para la aplicación de las Siete Partidas, que tuvieron solo autoridad supletoria.

Recordemos que en los años 711-725 los árabes musulmanes ocuparon la península ibérica. José Luis Soberanes¹⁹¹ señala que la falta de presencia árabe en las zonas montañosas del norte y noreste de la península, determinó que en esas zonas iniciara la reconquista. El resultado de estas luchas, fue la aparición de diversas formas políticas en la Edad Media, posteriormente

¹⁸⁷ Margadant, *La segunda*, op. cit. p. 217.

¹⁸⁸ Supra.

¹⁸⁹ Rivera Marín de Iturbe, Guadalupe, *La propiedad territorial en México, 1301-1810*, México, Siglo XXI, 1983, p. 72.

¹⁹⁰ Margadant, *La segunda vida*, p. 217.

¹⁹¹ Soberanes Fernández, José Luis, "Historia del sistema jurídica mexicano", en *El derecho en México. Una visión de conjunto*, t. I, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991, pp. 24-25.

unificadas por entidades políticas grandes: Castilla en el norte y centro, Aragón en el este y Navarra en el noroeste.

Los fueros en España aparecieron entonces con la repoblación territorial y consistieron en determinadas exenciones que hacía el rey a sus pobladores; con la reconquista poco a poco se recuperaban territorios y se otorgaban nuevos fueros.

Como apuntábamos, Margadant ve las dificultades para la aplicación de las Siete Partidas, pues Alfonso el Sabio en Castilla, no tenía la autoridad necesaria para sustituir los fueros tradicionales. Sin embargo, las Siete Partidas influyeron en la práctica jurídica, modificando el sistema foral.¹⁹²

En 1348 el Ordenamiento de Alcalá de Henares otorgó formalmente el rango de derecho supletorio a las Siete Partidas, en León y Castilla. “Además cabe notar que en las Indias, donde no existieron derechos forales, este elemento del derecho castellano [Las Siete Partidas] obtuvo una importancia práctica muy superior a la que hasta aquel momento había tenido en su patria, donde tuvo una existencia precaria, en competencia con los múltiples derechos forales”.¹⁹³ Con Jacobo II, el derecho justinianeo fue reconocido como supletorio en Navarra, Cataluña y Valencia.

Sobre el dominio, las Partidas lo consideraron como el derecho de disponer de un bien.¹⁹⁴ “El dominio se establecía por medio de la ocupación. Otras formas de adquirir el dominio eran: la tradición o entrega del bien, la accesión, la posesión de buena fe y la prescripción”.¹⁹⁵

Parte II. La toma de la tierra (Landnahme). La validez intercambiable del hecho y del derecho

1. Las bulas alejandrinas

El análisis de las bulas Papales, en su calidad de documentos pontificios deben ser interpretados en el marco de la doctrina omni-insular.

Las *Bulas alejandrinas de Partición*, de 1493, constituyen una de las últimas aplicaciones prácticas de una vieja y extraña teoría jurídica, elaborada explícitamente en la corte pontificia a fines del silo XI,

¹⁹² Margadant, *La segunda*, pp. 217-219.

¹⁹³ *Supra*, p. 218.

¹⁹⁴ Rivera Marín, *op. cit.*, p. 71.

¹⁹⁵ *Supra*.

enunciada por primera vez en el año 1091 por el Papa Urbano II [pero que quizá traza su paternidad a Gregorio VII] y conforme a la cual *todas las islas* pertenecen a la especial jurisdicción de San Pedro y de sus sucesores, los pontífices romanos, quienes pueden libremente disponer de ellas. Esta teoría [...] bajo el nombre de *doctrina omni-insular* es, sin duda alguna, una de las elaboraciones más originales y curiosas del derecho público medieval.¹⁹⁶

Weckmann sostiene que la supremacía espiritual de Roma se desarrolla en torno a las Escrituras, a la literatura patristica, a los concilios y a la doctrina eclesiástica particular. "Pero la discusión sobre los privilegios temporales del Papado originados históricamente en fechas dadas es, indiscutiblemente, una cuestión de derecho".¹⁹⁷ Es entonces la intervención del Papado en asuntos temporales donde el autor citado encuentra la base jurídica para justificar la acción de Alejandro VI en 1493.

La Edad Media se caracterizó por la ambigüedad temporal del Papado y espiritual del monarca. En sentido estricto podríamos considerar a las bulas alejandrinas como el *fundamento jurídico de derecho público* de la época, sin embargo, en sentido amplio la cuestión rebasa la posible denotación jurídica, pues el hecho del descubrimiento supera a las bulas. A mi juicio, *el único* elemento que se impone es que ese *fundamento jurídico de derecho público* fue dado por quien aún representaba la unidad de la cristiandad occidental: el Papa. Por el sujeto, se trataba pues de la única autoridad con *jurisdicción* para validar o arbitrar semejante hallazgo. Por el objeto, aún no claramente definido por la cartografía europea, es decir, se trataba de islas grandes y chicas, pero no de continentes. Y por la relación jurídica que se establece por aquella *donación Papal*, se refería a la ocupación de islas y tierra firme, entendida ésta como masa territorial insular. Hay que agregar que en la mente medieval la donación incluía lagunas con cíclopes, sirenas, codiciadas cascadas de oro y bárbaros desnudos carentes de toda cultura.

Salvo las observaciones anteriores, me atengo a las recomendaciones de Weckmann respecto de la interpretación -con la que coincido y que llamaría

¹⁹⁶ Weckmann, Luis, *Constantino el Grande y Cristóbal Colón. Estudio de la supremacía Papal sobre islas, 1091-1493*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 24.

¹⁹⁷ *Supra*, p. 18.

formal- que hay que hacer de las bulas Papales, es decir, se trata de documentos medievales.¹⁹⁸

En primer lugar, señala que la interpretación hecha a las bulas tiene errores de perspectiva, pues se les ha examinado desde un punto de vista moderno. Por ejemplo, a fines del siglo XV, los términos interpretativos de soberanía, arbitraje o derecho internacional no formaban parte del patrimonio de la cultura jurídica. Otro error ha sido su interpretación como documentos aislados, e incluso señala que pocas veces se ha hecho un estudio comparativo con las bulas portuguesas, con las que de igual manera, se concedió derechos de ocupación a Portugal en islas africanas; es decir, hay muchos precedentes para entender su verdadero significado. Por último, además, de ser documentos medievales, no está ni en la mente del Papa ni en la de Colón, que los hallazgos se tratan de América, es decir, de un continente.

En suma, el proceder *formal* Papal queda ilustrado con lo siguiente:

La figura del más discutido de los Papas renacentistas, Rodrigo Borja, aunada al descubrimiento de todo un hemisferio del cual se dispone en un espectacular 'trazo de pluma' basta para cegar al más objetivo de los historiadores. La proximidad de la Reforma, la existencia en la época de innegables abusos entre el clero, y la vida ligera característica del Renacimiento romano hacen el resto [...] Se olvida que la cancillería Papal es una de las instituciones más metódicas y rutinarias de Europa y que la redacción de bulas Papales sigue, dentro de lo factible, y preferentemente, rutas ya trazadas y moldes tradicionales tomados de previos documentos. El hecho de que el Nuevo Mundo haya sido descubierto cuando Alejandro VI ocupaba el solio pontificio fue algo meramente fortuito y no por otra razón que la anterior el mismo Pontífice fue llamado a disponer de las nuevas tierras.

Probablemente, de haberse descubierto el Nuevo Mundo de la misma manera, cinco años antes, en 1392 bajo Bonifacio IX, o doscientos años antes, en 1292 bajo Nicolás IV, y dado que tal descubrimiento hubiera seguido cronológicamente al de las islas portuguesas del África, la redacción de las bulas pontificias pertinentes hubiera sido, básicamente,

¹⁹⁸ Supra, pp. 21-23.

la misma y la única probable alteración, aparte del nombre de los monarcas destinatarios y del pontífice signatario, hubiera sido la sustitución del nombre de Cristóbal Colón por el de otro descubridor.¹⁹⁹

La postura del autor citado es la que asegura que la cancillería pontificia se encuentra vinculada a viejas fórmulas insertas siempre en la redacción de documentos, que en la lógica de las bulas alejandrinas, responde -según él llama- a una vieja teoría jurídica que data del siglo XI, es decir, la doctrina omni-insular.

Esta doctrina a la luz del derecho público medieval está sancionada por la costumbre y además llega a constituir derecho positivo, ya que su indiscutible aceptación "...es la razón que debemos dar al por qué, en los sucesivos actos de disposición de islas, que el Papado lleva a cabo en los siglos XIII, XIV y XV, no existe mención específica alguna de la *doctrina*. Como principio aceptado en el derecho público de la época, ya no existe la necesidad, para el Papado de esos siglos, de referir más el derecho pontificio a su fuente original".²⁰⁰

La Bula *Inter Caetera* de mayo de 1493 se refiere a *terras et insulas remotas*, a *certas insulas remotissimas et etiam terras firmas* que el hijo, Cristóbal Colón, ha descubierto. Además Alejandro VI entiende que los reyes de España se comprometen a predicar el evangelio entre los naturales, y en ese sentido, les concede investidura. Aclara esta Bula que se da la posesión de las mismas, en tanto no estén en posesión de ellas príncipes cristianos. Esto en referencia a Portugal.

La segunda *Inter Caetera* despachada en junio de 1493 insiste en la mención de las islas, suprime la referencia a una investidura Papal e introduce la famosa línea alejandrina.²⁰¹ "El Papa no intenta con esta línea 'dividir el mundo', -de cuya esfericidad, posiblemente, no se había enterado- en dos partes, y entregarlo así, en proporciones iguales, a las dos potencias ibéricas".²⁰²

Por otro lado, cabe hacer notar que las Bulas se refieren a islas y *terra firma*. Esta última significaba masa territorial insular y se utilizaba para describir las

¹⁹⁹ Supra, p. 22.

²⁰⁰ Supra, p. 172.

²⁰¹ Supra, p. 207.

²⁰² Supra, p. 208.

costas o barras de arena mayores en contraposición a las costas pequeñas y menores.²⁰³

Sobre las islas, Fernando Benítez, señala que la Edad Media vivía soñando con islas, pues los continentes son grandes y complejos "... una isla es una realidad claramente delimitada, una invitación al aislamiento y una manera de escaparse del mundo conocido. Una isla es también un pequeño universo original, un castillo rodeado de un foso, un lugar *sui generis*, sin fronteras, sin vecinos molestos, autónomo y redondo".²⁰⁴

Sin duda los sueños insulares de Colón, y de todos los temerarios navegantes de la época, fueron influidos por Marco Polo y además, por qué no, por una *necesidad que bien data de la polis*, de encontrar todo en pequeño y bajo control, con un *orden* definido. Las Bulas se referían a islas, no a continentes, ni siquiera se tenía una idea de América. Es esto, otra consideración que debemos hacer respecto del objeto de las Bulas, no de la autoridad que las dictó ni de su aparente intención: la predicación. En la predicación está el meollo de las elaboraciones de la guerra justa que desarrollaría Vitoria y que se analizarán en los siguientes subtemas.

Ahora bien, una interpretación ya no formal o estrictamente *geográfica* de las Bulas, sino de orden político, la encontramos en el pensamiento de Carl Schmitt.

Para este autor el nuevo mundo representó un espacio libre para la ocupación y expansión europeas; no estamos entonces frente a simples delimitaciones geográficas y al trazado de líneas de los meridianos, sino al contenido de las ideas políticas acerca del espacio y su ordenación.²⁰⁵

Para Schmitt, la línea alejandrina es la primera línea global (establecida en la segunda *Inter Caetera*) después de *conocida* América, que transcurre desde el polo norte al polo sur, a cien millas al oeste del meridiano de las islas Azores y del Cabo Verde.

A esta línea global, le sigue la trazada por el tratado de partición de Tordesillas del 7 de junio de 1493 entre España y Portugal, confirmada por Julio II "...que

²⁰³ Supra, p. 214.

²⁰⁴ Benítez, Fernando, *La ruta de Hernán Cortés*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1956, p. 13.

²⁰⁵ Carl Schmitt, *El Nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del Ius Publicum europeam*, Tr. Dora Schilling Thou, Granada, Editorail Comares, S.L., 2002, p. 59.

está algo desplazada hacia el oeste y transcurre aproximadamente por el medio del Océano Atlántico [a 370 millas al Oeste de Cabo Verde]. En este tratado, las dos potencias católicas tomaron el acuerdo de que todas las nuevas tierras descubiertas al Oeste de la raya pertenecieran a los españoles y las descubiertas al Este de la raya a los portugueses".²⁰⁶

A este tratado que traza una línea entre ambas potencias, le podemos llamar la raya.

La raya presupone que dos soberanos, que reconocen la misma autoridad espiritual también en el aspecto del Derecho de Gentes, llegan a un acuerdo sobre la adquisición de tierra de soberanos y pueblos heterodoxos. Aun cuando es un acto contractual el que lleva al establecimiento de la raya, siempre se halla en el fondo la autoridad de un *ordo* común, que como instancia de Derecho de Gentes, distingue el suelo de soberanos y pueblos no cristianos de aquel de los cristianos. Si bien el Papa no adjudicaba en aquel entonces la propiedad de las tierras, sino únicamente territorios para la actividad misionera, también esto era expresión de una ordenación del espacio que distinguía el ámbito de poder de soberanos y pueblos cristianos de territorios de soberanos no cristianos.²⁰⁷

Podemos concluir entonces, que el descubrimiento de las islas (América) y su donación a los reyes de España por parte del Papado se adscribe a la lógica insular mediante la cual San Pedro posee jurisdicción sobre todas las islas. Es decir, la parte *formal* queda interpretada en el contexto medieval y Papal que las propias bulas exigen.

Ahora bien, la línea alejandrina obedece a una nueva y forzada concepción medieval del mundo. Como línea global se aseguraba la pacífica convivencia entre las potencias ibéricas confirmada por el Tratado de Tordesillas suscrito entre ambas. Recordemos también las figuras del vasallaje, en donde el pontífice como señor temporal ofrecía protección a cambio del *denarius* respectivo. Los reinos españoles eran vasallos desde el siglo XI; el siglo XV le cayó a San Pedro como anillo al dedo. Desde luego, era de su interés mantener a España de vasalla, validando el descubrimiento.

²⁰⁶ Supra, p. 57.

²⁰⁷ Supra, pp. 59-60.

Sin embargo, de la última cita a Schmitt, tenemos que el Papa no adjudicaba propiedad de las tierras, sino que el *medio de ocupación* era la predicación. En este sentido se entienden las posteriores elaboraciones de Vitoria.

No obstante, dentro de todas estas elaboraciones, encuentro que la postura jurídica que legitima el descubrimiento, es el descubrimiento mismo, pues el *Derecho medieval* no alcanzaba a cabalidad a abrazar a todo un continente.

“Ni Platón, ni los cuentistas medievales, ni los Conquistadores y descubridores del siglo XVI presintieron nunca lo que iba a suponer este Nuevo Mundo que de pronto irrumpió, alterando el antiguo orden que reinaba en la Tierra”.²⁰⁸

Por ser el descubrimiento el título más importante, me atengo al epitafio que España mandó inscribir en la tumba de Colón:

“A Castilla y a León, Nuevo Mundo dio Colón”.²⁰⁹

2. La primera gran toma de la tierra

La Teoría del *Dominium* en la Edad Media encerraba como lo hemos visto relaciones privadas y públicas. Los atributos que concedía (y concede) la tierra a las personas determinaban su estatus y a su vez a partir del suelo mismo se creaban todas las ulteriores instituciones políticas, jurídicas y sociales. En aquella época lo que llamamos *la toma de la tierra* establecía derechos en dos sentidos: hacia adentro y hacia afuera: estatus y poder político interno y externo. No obstante, cuando se trata de la *primera toma de tierra* surge una propiedad pública o solo privada, una propiedad colectiva o individual, o ambas.²¹⁰

Aún cuando en la *primera toma de tierra* se establezca una propiedad suprema al interior, dicha toma sigue sujeta a la toma conjunta de la tierra, es decir, se trata de un fenómeno que no está aislado de la globalidad de títulos jurídicos reconocidos por el resto del mundo.²¹¹ La concepción global de la ordenación en la relación entre tierra firme y mar, se refiere a considerar también las *tomas de mar libre*, ordenando así tierra y mar. La concepción preglobal del derecho de gentes fue el *ius publicum europaeum* del siglo XVI, que permaneció en lo

²⁰⁸ Benitez, Fernando, *La ruta de Hernán Cortés*, op. cit. p. 24.

²⁰⁹ Supra, p. 34.

²¹⁰ Carl Schmitt, *Teólogo de la Política*, Orestes Aguilar, Héctor, comp., op. cit., p. 466 y ss.

²¹¹ Supra.

mítico y no resistió la ilustración geográfica,²¹² en él faltaba una conciencia global, "...y por tanto también toda meta política centrada sobre el planeta común".²¹³

Con América, el mundo medieval se enfrentaba a un problema jurídico: la adquisición de suelo, en la acepción de toma de tierra como un hecho jurídico histórico. Este hecho histórico precede a la distinción entre derecho público y derecho privado, entre señorío y propiedad privada, entre *Imperium* y *Dominium*.²¹⁴

De esta manera, de acuerdo con Schmitt: "La toma de la tierra representa para nosotros hacia fuera [frente a otros pueblos] y hacia adentro [en cuanto a la ordenación del suelo y de la propiedad dentro de un territorio] el tipo primitivo de un acto constitutivo jurídico".²¹⁵

Sin embargo, ese tipo primitivo de un acto constitutivo jurídico, se fue dando sobre las bases que aportaba el derecho romano, aún cuando en la primera toma de tierra, es el hecho del descubrimiento el gran título.

El llamado derecho de gentes moderno, es decir, el derecho de gentes interestatal europeo del período de los siglos XVI al XX, surgió de la disolución de la ordenación medieval del espacio basada en el Imperio y el Papado".²¹⁶ Es muy importante señalar que antes de aquella disolución, las guerras al interior de la unidad espiritual *Respublica Christiana* eran guerras acotadas, que se diferencian de las guerras contra soberanos y pueblos no cristianos.²¹⁷

De acuerdo con lo anterior, se explica que la toma de tierra en América con su *guerra justa*, fuera una guerra contra pueblos no cristianos. Es decir, un espacio para la toma libre del suelo por los europeos, que en sentido estricto, ya no siguió las reglas del *Imperium* y el *Dominium*.

El medio de la ocupación para la adquisición de la propiedad del suelo americano fue la predicación. Considero entonces que la predicación fue elemento adicional (e indispensable en la línea teológica) al modelo romano de ocupación -medio de adquisición de propiedad de acuerdo con el derecho de gentes- basado en la posesión *corpore* de buena o mala fe, y el *animus domini*.

²¹² Supra.

²¹³ Supra.

²¹⁴ Supra, p. 487.

²¹⁵ Supra.

²¹⁶ Supra, p. 475

Para Schmitt, en tanto la situación del mundo no esté *fijada para siempre*, surgirán nuevos acontecimientos históricos que requerirán un nuevo *nomos*, un *nuevo orden*. Hemos iniciado el siglo XXI, siendo testigos de la lucha por el nuevo orden, gustosamente llamado por muchos el *nuevo orden mundial*.

“Así pues, se trata para nosotros del acto fundamental divisor del espacio, esencial para cada época histórica; se trata de la coincidencia, estructuralmente determinante, de la ordenación y el asentamiento en la convivencia de los pueblos sobre el planeta que entretanto ha sido medido científicamente. Este es el sentido en el que se habla aquí del *nomos* de la tierra...”²¹⁸

Baste para ilustrar la siguiente cita:

El *nomos* es, por tanto, la forma inmediata en la que se hace visible, en cuanto al espacio, la ordenación política y social de un pueblo, la primera medición y partición de los campos de pastoreo, o sea la toma de la tierra y la ordenación concreta que es inherente a ella y se deriva de ella; en las palabras de Kant: ‘La ley divisoria de lo mío y lo tuyo del suelo’, o en la fórmula inglesa, que es una puntualización adecuada: ‘radical title’. *Nomos* es la medida que distribuye y divide el suelo del mundo en una ordenación determinada, y, en virtud de ello, representa la forma de la ordenación política, social y religiosa. Medida, ordenación y forma constituyen aquí una unidad espacial concreta.²¹⁹

El descubrimiento, inauguró un nuevo derecho internacional, un nuevo *nomos*, un nuevo orden. Con él, la nueva ordenación del espacio, ya no está basada en un asentamiento seguro (dado al interior de la *Respublica Christiana*) sino en un *equilibrio*.²²⁰

3. La guerra justa de Vitoria. El pensamiento tomista

Para dar fuerza legal a la gran toma de la tierra, entraron a colación instituciones medievales acompañadas de un fuerte espíritu cristiano, empleado ya no solo como una teoría de salvación cristiana, sino como una filosofía de superioridad predestinada que a nombre de la cristiandad,

²¹⁷ Supra, p. 477.

²¹⁸ Supra, p. 496.

²¹⁹ Carl Schmitt, *Teólogo*, op. cit. p. 488.

²²⁰ Supra, p. 484.

justificaría a manos de hábiles argumentaciones escolásticas españolas el hecho de la Conquista.

Dichas argumentaciones tendrían que edificarse a partir de principios teológicos y de la recuperación de un derecho natural etiquetado con la alteridad de la cosmovisión española de la época.

Desde ahora hay que enfatizar que la segunda escuela escolástica española quien estuvo a cargo de aquel *formato jurídico*, elaboró su *teoría ad hoc* al hecho del descubrimiento, aunque aparentemente sea ignorado por Vitoria. Para él el descubrimiento es un *título ilegítimo* (esto se explica más adelante). Esta construcción *ad hoc* debiera ser considerada en la valoración que con posterioridad se dio a esa escuela y al propio Vitoria como "padre del moderno derecho internacional".

"Desde luego, esta escuela está más conectada con el tomismo y el derecho canónico, que con el *Corpus Iuris* y sus intérpretes [...] esta escuela se refiere a la preferencia a temas de filosofía del derecho o de derecho público, que no se prestan tanto a la amalgamación con la literatura romanista de aquella época, cada vez más centrada en temas de derecho privado".²²¹

Es claro el rompimiento de la escolástica española con el derecho romano: Primero, el derecho romano proporcionaba títulos jurídicos de adquisición de propiedad de acuerdo con el derecho de gentes, es decir, la *occupatio* y la *traditio*, descontextualizados del aparato teológico de la época, que exigía a toda costa la predicación como medio de ocupación. Además *Imperium* y *Dominium* eran figuras de origen privado, que no se adecuaban a la formulación de derecho público que exigía la situación, esto es, el reconocimiento externo de la soberanía española, frente a sus adversarios europeos.

Segundo, para el derecho romano la esclavitud reconocida por el derecho de gentes, fue resultado de la guerra, circunstancia a la que había que agregar la esclavitud natural aristotélica y no solo como producto del derecho de gentes. Esclavitud natural adaptada en el pensamiento español, particularmente por Ginés de Sepúlveda, en relación a que el indio inferior debe ser esclavo del español superior. Sobre el particular, hay que hacer algunas observaciones sobre el pensamiento tomista.

Tomás de Aquino (1225- 1274)²²² en su *Tratado de la justicia*, Capítulo I *Del Derecho*, Artículo 3, se pregunta: *Si el derecho de gentes se identifica con el derecho natural*,

Parece que el derecho de gentes se identifica con el natural, porque:

1. No todos los hombres están de acuerdo sino en lo natural; pues dice el Jurisconsulto que 'el derecho de gentes es aquél que siguen todas las naciones'. Luego el derecho de gentes es natural.
2. Además, la servidumbre entre los hombres es natural, pues algunos son naturalmente siervos, como dice el Filósofo en la *Política*, libro 1, cap. 3 y 4. Pero 'la servidumbre pertenece al derecho de gentes', como dice Isidoro en las *Etimologías*, libro 5, cap. 6. Luego el derecho de gentes es natural.
3. Finalmente, el derecho, como lo hemos dicho, se divide en natural y positivo. Pero el derecho de gentes no es positivo, pues no todos los países se pusieron de acuerdo por un común consentimiento para establecerlo. Luego el derecho de gentes es natural.

Ahora bien, en la distinción que hace Tomás de Aquino entre el derecho de gentes y el derecho natural, encontramos la relación de alteridad que Sepúlveda presenta en su obra *Democrates Alter* de 1547.

Dice Tomás de Aquino:

Como hemos dicho, el derecho o lo justo natural está adecuado o conmensurado al otro. Y esto puede darse de dos maneras: primera, tomado absolutamente, como por ejemplo, un macho por naturaleza está adecuado a la hembra para procrear, y el padre lo está al hijo para alimentarlo. Segunda, puede algo estar conmensurado a otra cosa naturalmente o absolutamente hablando, sino por sus consecuencias...²²³

Aquí está la conmensurabilidad. Más adelante señala: "...el que un hombre sea siervo y no otro, hablando absolutamente, no es de ninguna razón natural; lo es únicamente por cierta utilidad que puede seguirse de que sea gobernado por

²²¹ Margadant, *La segunda vida del derecho romano*, op. cit., p. 220-221.

²²² Tomás de Aquino, *Tratado de la ley, tratado de la justicia, gobierno de los príncipes*, México, Porrúa, 2000, pp. 119-120.

²²³ Tomás de Aquino, *Tratado de la ley*, supra p. 119.

otro más sabio, y que puede también seguirse al más sabio al ser ayudado por el otro, como dice la *Política*, libro 1, cap. 5".²²⁴

Entonces, ser esclavo no encierra razón natural, sino utilidad: para el caso español, a las jugosas consecuencias de la esclavitud de tres siglos derivada del derecho de gentes, se unió la esclavitud *conmensurada* por lo justo natural. Lo inhumano de la esclavitud, se compensó por la humanidad más elevada de los conquistadores.

Tercero, el tomismo proporcionaba el marco general de guerra justa, re trabajado por Vitoria a uno de sus ingredientes de su *moderno derecho de gentes*: agregando el libre comercio natural a todas las naciones, y la predicación. Oponerse a algunos de ellos es causa justa de guerra. Según Tomás de Aquino,²²⁵ (2-2 q.40 a.1):

Tres cosas se requieren para una guerra justa. Primera la autoridad del príncipe, por cuyo mandato se ha de hacer la guerra [...] Se requiere en segundo lugar justa causa, a saber, que quienes son impugnados merezcan por alguna culpa esa impugnación. Por eso dice San Agustín: 'Suelen llamarse guerras justas las que vengan las injurias [...] Finalmente, se requiere que sea recta la intención de los combatientes: que se intente o se promueva el bien o que se evite el mal. Por lo cual, dice San Agustín: 'Entre los verdaderos adoradores de Dios, las mismas guerras son pacíficas, pues se mueven por deseo de la paz, no por codicia o crueldad, para que sean frenados los malos y favorecidos los buenos'.

En esa ortodoxia teológica podemos incluir la concepción del mundo como un círculo, un *orbis*, cuya protección política fueron las *limes*, una gran muralla cuyo sentido era separar un orden de un desorden. En el caso español, todo lo que estaba fuera de casa, lejano, *procul* interpretado como lo hizo Sepúlveda, diverso, de diferente religión, representaba un desorden que había que ordenar. El universalismo científico de la época en que se descubre América, estaba en manos de la teología, y por ello, como lo expresó Vitoria en sus *Reelecciones* "De la potestad civil", en la primera frase dice: "El oficio del

²²⁴ *Supra*, p. 120.

²²⁵ *Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino*, Trad., Francisco Barbado Viejo, Biblioteca de Autores Cristianos, Universidad de Salamanca, t. VII, Madrid, MCMLIX, p. 1075.

teólogo es tan vasto, que ningún argumento, ninguna disputa, ninguna materia, parecen ajenos a su profesión".²²⁶

En cuanto a la filosofía, la escolástica²²⁷ designa la filosofía cristiana que es esencialmente teología, cuyo tema esencial es la teoría de lo divino, la naturaleza de Dios; fe y razón deben coincidir; por lo tanto, "en la Edad Media se considera como fundamental que solo exista una verdad".²²⁸ Acerca de la escolástica: "La ausencia de racionalidad de lo real que tiene su realidad en la existencia misma consistía la barbarie de un pensamiento como éste..."²²⁹

La elaboración del *derecho de conquista* o *título jurídico* no pudo escapar al trabajo de un teólogo español como Vitoria, pues el hecho histórico implicaba enormes dimensiones políticas.

La Orden de Santo Domingo, a la que pertenecía Vitoria, y las otras Órdenes religiosas que ejercían actividades en las Indias eran los órganos cumplidores del encargo eclesiástico de la misión, del que, según el *iure gentium*, podía derivarse el título legítimo para una Conquista seglar. Por lo tanto estas Órdenes eran asimismo órganos del Papa y de la Iglesia como autoridad, basada en el Derecho de Gentes, de la *Respublica Christiana* y tomaban muy en serio su encargo eclesiástico frente a las autoridades seculares y los funcionarios del gobierno español.²³⁰

En 1538 apareció la obra *Reelecciones del Estado, de los indios, y del derecho de la guerra* de Vitoria (1483?-1543?) En ella formula el título jurídico de la ocupación española en América mediante la predicación. Esbozaremos algunos puntos de la obra hasta llegar al asunto central.

²²⁶ De Vitoria, Francisco, *Reelecciones del Estado, de los indios y del derecho de la guerra*, op. cit., p. 2.

²²⁷ Para los tiempos del descubrimiento y la Conquista de América, la segunda escolástica española había hecho muchos servicios. Además, a diferencia del resto de Europa, España estaba enfrascada en la reconquista, por tanto todo título legítimo que trajera implícito la propagación de la fe, era suficiente para la guerra justa. Quién más podría articularlo si no esa escuela. "Las premisas de valor de la ciencia, incluso de la ciencia jurídica, estaban implícitas en el método dialéctico de análisis y síntesis de los problemas jurídicos creado por los juristas escolásticos de los siglos XI y XII". Vd. Berman, Harold J., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 169.

²²⁸ Hegel, *Lecciones*, t. III. p. 106.

²²⁹ Supra, p. 109.

²³⁰ Carl Schmitt, *El Nomos de la Tierra en del Derecho de Gentes*, op. cit., p. 88

Vitoria agrupa los llamados: *Títulos no legítimos por los cuales los bárbaros del nuevo mundo pudieron venir a poder de los españoles*. Los títulos ilegítimos son siete: el dominio universal del emperador; la autoridad universal y temporal del sumo pontífice romano; el derecho de descubrimiento; la renuncia de los indios a abrazar la fe cristiana; los pecados de los indios; la enajenación de la soberanía; y, la predestinación divina.

Por otro lado, elabora los *Títulos legítimos por los cuales pudieran venir los bárbaros a poder de los españoles*. Aquí, tenemos siete títulos legítimos: el derecho de sociedad natural y comunicación; la predicación del evangelio; la protección de los convertidos a la fe cristiana; dar un príncipe cristiano a los conversos; los sacrificios humanos y la antropofagia; la elección verdadera y voluntaria; y, los tratados de alianza.

En la época eran frecuentes los argumentos biológicos, pero Vitoria con facilidad y naturalidad sostiene que la libre misión y el libre comercio son los títulos jurídicos de la guerra justa y con ello el derecho de ocupación para el avasallamiento de los indios. Sin embargo, observemos que "...el hecho de que los españoles profesen la religión cristiana no les confiere un derecho inmediato a la toma de las tierras de soberanos y pueblos no-cristianos. El derecho a la toma de una tierra surge, según Vitoria, únicamente de modo indirecto, es decir, a través de la argumentación de la guerra justa".²³¹ Y la guerra justa tendrá lugar ante la oposición de los indios a la prédica y al libre comercio. El procedimiento (como veremos más adelante, el requerimiento) era entonces anunciar la fe, cuyo rechazo era motivo de injuria y por tanto de guerra justa.

Sobre el libre comercio tenemos lo siguiente:

1. El primer título puede nombrarse de *la sociedad y comunicación natural*.²³² [...] Los españoles tienen derecho de recorrer aquellas provincias y de permanecer allí, sin que puedan prohibírselo los bárbaros [...] Por derecho natural, comunes a todos son las aguas corrientes y el mar; lo mismo los ríos y los puertos; y las naves por derecho de gentes es lícito atracar a ellos [...] parecen públicas esas cosas, luego nadie puede prohibir el uso de ellas. De donde se sigue

²³¹ Supra, p. 79.

²³² De Vitoria, *Reelecciones del Estado*, op. cit. pp. 60-65.

que harían injuria a los españoles los bárbaros, si se lo prohibieren en sus regiones [...] Es lícito a los españoles comerciar con ellos, pero sin perjuicio de su patria, importándoles los productos de que carecen y extrayendo de allí oro y plata u otras cosas en que ellos abundan; y ni sus príncipes pueden impedir a sus súbditos que comercien con los españoles ni, por el contrario, los príncipes de los españoles pueden prohibirles el comerciar con ellos [...] Si los bárbaros quisieran negar a los españoles las facultades arriba declaradas de derecho de gentes, como el comercio y las otras cosas dichas, los españoles deben, primero con razones y consejos, evitar el escándalo y mostrar por todos los medios que no vienen a hacerles daño, sino que quieren amigablemente residir allí y recorrer sus provincias sin daño alguno para ellos [...] Más si, dada razón de todo, los bárbaros no quieren acceder, sino que acuden a la violencia, los españoles pueden defenderse [...] porque lícito es rechazar la fuerza con la fuerza [...] y si padecen injuria, pueden con la autoridad del príncipe vengarla con la guerra, y llevar adelante los demás derechos de guerra. Se prueba. Porque la causa de la guerra justa es rechazar y vengar una injuria, como queda dicho siguiendo a Santo Tomás; pero los bárbaros, negando el derecho de gentes a los españoles [derecho de libre comercio] les hacen injuria; luego si es necesaria la guerra para adquirir su derecho, pueden lícitamente hacerla.

Sobre la libertad de misión tenemos lo siguiente:

Otro título puede invocarse, a saber: *la propagación de la religión cristiana*. A favor del cual sea la primera conclusión: *Los cristianos tienen el derecho de predicar y de anunciar el Evangelio en las provincias de los bárbaros.*²³³ [...] Porque si tienen derecho a peregrinar por aquellos lugares y comerciar con sus gentes, pueden también enseñar la verdad a los que la quieran oír [...] porque de otro modo estarían fuera del estado de salvación, si no fuera lícito a los cristianos irles a anunciar el Evangelio [...] la corrección fraterna es de derecho natural, como el

²³³ Supra, pp. 65-66.

amor. Y como ellos no sólo están en pecado, sino también fuera del estado de salvación, compete a los cristianos corregirlos y dirigirlos; más aún, parece que hasta están obligados a ello [...] Aunque esto sea común y lícito a todos, pudo, sin embargo, el Papa encomendar este asunto a los españoles y prohibírselo a los demás [...] si de otras naciones cristianas concurriesen indistintamente a aquellas provincias, es fácil que mutuamente se estorbaran y surgiesen muchas disensiones, por donde se impediría la tranquilidad y se turbaría el negocio de la fe y conversión de los bárbaros. Además, puesto que los príncipes españoles fueron los primeros que, bajo sus auspicios y con su dinero, tomaron sobre sí aquella navegación y descubrieron tan felizmente el nuevo mundo, justo es que tal peregrinación se prohíba a los demás y ellos solos gocen de lo descubierto [...] Si los bárbaros, ya sean sus jefes, ya sea el pueblo mismo, impidieran a los españoles anunciar libremente el Evangelio [...] hacen los bárbaros injuria a los cristianos [...] luego, tienen ya éstos justa causa para declarar la guerra [...] es lícito a los españoles ocupar sus tierras y provincias, establecer nuevos señores y destituir a los antiguos, y hacer las demás cosas que por derecho de guerra son lícitas en toda guerra justa...

El arraigo escolástico de la interpretación vitoriana y la elaboración de sus títulos jurídicos, se basa en una *objetividad* ahistórica, pues el nuevo mundo no parece ser para él lo importante, ya que los problemas morales que implicaba aquel acontecimiento además de geográfico, era eminentemente político, es asimilado y abstraído a conceptos y medidas inalterables del razonamiento escolástico. "La exposición escolástica se mantiene a una distancia normativa general de las circunstancias. Sus tesis se refieren únicamente a argumentaciones discutibles, y sus conclusiones no se centran directamente en el caso histórico concreto y no lo deciden en absoluto a modo de sentencia judicial".²³⁴

²³⁴ Carl Schmitt, *El Nomos de la Tierra*, op. cit. p. 85.

El encargo Papal de misión constituye, indirectamente, a través de la construcción de una guerra justa, otro título jurídico de la Conquista, junto al hecho del descubrimiento. "En este sentido, la argumentación de Vitoria aún se apoyaba totalmente en la ordenación del espacio del Derecho de Gentes de la *Respublica Christiana* que se basaba en la distinción del suelo de los soberanos y pueblos cristianos".²³⁵

Por ningún motivo el libre comercio defendido por Vitoria lo hacen un pensador moderno, o adscrito al principio liberal comercial, o visionario del *Lebensraum*. "El comercio es un mero medio de la época anterior a la técnica. La libertad de misión, sin embargo, es una *libertas* de la Iglesia cristiana, y en el pensamiento y el lenguaje medieval, *libertas* era equivalente a derecho. Así pues, la Europa cristiana aún es para Vitoria un centro de la tierra y está arraigada históricamente de modo muy concreto, en Jerusalén y Roma".²³⁶

La postura que he sostenido hasta ahora respecto de la jurisdicción para la dominación de América, muestra la constante de primacía del Papado y su indisoluble relación con España. La matriz medieval de las Bulas y de los títulos de Vitoria se manifestaron también en instituciones trasladadas por los conquistadores, con mentalidad medieval. Este tema es desarrollado en el capítulo III.

Hay que destacar entonces, que de las formulaciones de Vitoria, no se obtuvieron tan sólo títulos jurídicos que *legalmente* aseguraron la mansedumbre pacífica de una tributación de tres siglos, o sea, la supremacía interior, sino sobre todo se obtuvo el aseguramiento del predominio y exclusividad en el naciente *ius gentium lato*, es decir, la supremacía exterior de la soberanía española sobre las Indias, de la Iglesia al cuidado y al acecho y del Imperio de Carlos V. Además, para la época, los trabajos de Vitoria ayudaron a limpiar en España, algún posible remordimiento, si es que la había.

²³⁵ Supra, p. 87.

²³⁶ Supra, p. 91.

4. La disputa de Valladolid

En 1547²³⁷ Juan Ginés de Sepúlveda elaboró su libro *Democrates Alter, Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios*. En él expuso su posición respecto de la ocupación española en América. A manera de diálogo con el personaje *Leopoldo*, desarrolla sus ideas centrales: la guerra y la religión, la guerra justa y sus causas justas, la legitimidad, el ánimo y el modo. En principio para Sepúlveda el derecho natural o derecho de gentes, rige las relaciones de todos los pueblos, a excepción de aquellos tan bárbaros que deben considerarse al margen de la humanidad.²³⁸ Entonces son los pueblos de superioridad natural los que deben determinar aquello que sea justo por naturaleza. La superioridad biológica y cultural españolas y el deber de sumisión de los indios son características siempre presentes en la argumentación de Sepúlveda. Además, una de las *diferencias* con Vitoria, es que para Sepúlveda la dominación y el uso de las armas debe preceder a la predicación, mientras que para Vitoria el *uso de la fuerza*, o propiamente entablar guerra justa es consecuencia de la negativa a la predicación. La propuesta de Sepúlveda, desarticularía la argumentación vitoriana de guerra justa, cuyo requisito es la oposición de los indios al anuncio evangélico.

Entrando en la materia: Valladolid 1550, tenemos que tras arduas discusiones epistolares entre Bartolomé de las Casas y Juan Ginés de Sepúlveda respecto de la autoridad, dominación y guerra justa de Castilla, León, Aragón y Granada en las Indias, así como de un sinnúmero de noticias recibidas de las tierras de ultramar sobre el maltrato y abusos españoles sobre los naturales,

Su Majestad mandó el año pasado de mil e quinientos y cincuenta, hacer una congregación en la Villa de Valladolid, de letrados, teólogos y juristas que se juntasen con el Consejo Real de las Indias para que platicasen y determinasen si contra las gentes de aquellos reinos se podían lícitamente y salva justicia, sin haber cometido nuevas culpas

²³⁷ La obra permaneció inédita, hasta que el *Boletín de la Real Academia de Historia* la publicó en 1892, en De Sepúlveda, Juan Ginés, *Tratado*, op. cit. p. 4.

²³⁸ Manuel García-Pelayo, hace una espléndida introducción a la obra *Democrates Alter*, y entre otras, esta es una de sus interpretaciones, pp. 1-42.

más de las en su infidelidad cometidas, mover guerras que llaman Conquistas.²³⁹

Debido a que Sepúlveda y Las Casas expusieron su posición durante cinco días, los presentes solicitaron a fray Domingo de Soto que hiciera un *Summario* de todo lo allí discutido, dando después traslado a Sepúlveda quien formuló doce objeciones y a su vez el obispo Las Casas doce réplicas.

El *Summario* de Soto inicia así:

Éste es un traslado de un Summario que por Comisión de la congregación que Su Majestad mandó juntar en Valladolid el año de cincuenta, coligió el muy reverendo y doctísimo padre fray Domingo de Soto, de la *Apología* que hizo el obispo de Chiapa y leyó en la dicha congregación contra el doctor Sepúlveda.²⁴⁰

A continuación se hace una síntesis tanto de los puntos sumarios de Soto, como de las objeciones y réplicas de los convocados basados sobre todo en textos bíblicos, aristotélicos, agustinianos, tomistas y otros.

Antes que nada hay que señalar que la convocatoria de *Su Majestad* fue con el propósito de encontrar la forma y las leyes apropiadas para predicar la fe católica en las nuevas tierras, así como examinar la manera de “cómo quedasen aquellas gentes sujetas a la Majestad del Emperador nuestro señor, sin lesión de su real conciencia, conforme a la bulla de Alejandro”.²⁴¹

Es pertinente destacar que la solicitud fue en el sentido de establecer las bases jurídicas de la Conquista, con la correspondiente sujeción y su obligada predicación. Pareciera la búsqueda de ese derecho positivo que asegurara de manera rápida y “formal” eventos que apenas se estaban dando, en un encuentro místico y predestinado para ambas partes. Además el asunto era discutido sobre todo por teólogos, empleando a la teología como fuente de interpretación, notoriamente rebasados por el hecho del descubrimiento.

Obviamente una de las partes estaba más interesada por definir las reglas: el apremio castellano por consolidar su posición en las tierras de ultramar ante el acecho de sus colegas europeos, y sobre todo por la desaparición casi total de

²³⁹ Bartolomé de las Casas, *Tratados I*, México, Biblioteca Americana/41, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 223.

²⁴⁰ *Supra*, p. 227.

²⁴¹ *Supra*, p. 229.

la población indígena en las Antillas. Éstos fueron entre otros, los motivos de Valladolid.

Pese a aquella inicial solicitud, los adversarios presentaron sus argumentos en otro sentido, y esta fue la primera advertencia de Soto:

Empero, estos señores proponientes, no han tratado esta cosa así, en general y en forma de consulta: más, en particular, han tractado y disputado esta cuestión, conviene a saber: si es lícito a Su Majestad hacer guerra a aquellos indios antes que se les predique la fe, para subjectallos a su Imperio, y que después de subjectados puedan más fácil y cómodamente ser enseñados y alumbrados por la doctrina evangélica del conocimiento de sus errores y de la verdad cristiana. El doctor Sepúlveda sustenta la parte afirmativa, afirmando que tal guerra no solamente es lícita, mas expediente. El señor obispo defiende la negativa diciendo que no tan solamente no es expediente, mas no es lícita, sino inicua y contraria a nuestra cristiana religión.²⁴²

La discusión sobre la guerra justa se dio en torno a cuatro razones de Sepúlveda: primera, por lo grave de los delitos de idolatría y otros pecados contra natura; segunda, "por la rudeza de sus ingenios, que son de su natura gente servil y bárbara, y por ende obligada a servir a los de ingenio más elegantes, como son los españoles".²⁴³ Tercera, por el fin de la fe, ya que sujetarlos primero, hace más fácil la predicación y la persuasión. Y cuarta, por la injuria que se hacen entre ellos, al sacrificar y comer hombres. Es a partir de estas cuatro razones que se hace la síntesis del *Summario* de Soto, incluyendo las objeciones y réplicas de Sepúlveda y Las Casas, respectivamente.

En teoría, al término del debate la postura de Las Casas fue la triunfadora. No obstante, el uso de la violencia, la ocupación y dominio de España sobre América, eran un hecho.

Del análisis de aquellos documentos podemos señalar la insistencia de Sepúlveda de sujeción incondicional. Las Casas, siempre hábil en sus argumentaciones, defiende a los indios, no para dejarlos en libertad y calificar

²⁴² Supra, p. 229.

²⁴³ Surpa, p. 231. En este punto está presente el argumento de "superioridad cultural" que escapó a Vitoria. Fue argüido por Sepúlveda y calificado de novedoso, oportuno y muy apropiado a las circunstancias.

como injusta la ocupación española, sino que dadas las circunstancias, su propuesta era la persuasión y el buen trato.

Ambas posturas son finalmente asimilacionistas con métodos diferentes. Sabemos que en aquella época el peso de la teología para resolver todo tipo de problemas no estaba a discusión, sin embargo, España se *permitió* abrir el debate llamémosle *jurídico*. Paradójica resulta la convocatoria de Valladolid, que reúne y preocupa a tantos, ante eventos como sabemos violentamente consumados. Vitoria, Sepúlveda, Valladolid y más, pueden inscribirse en la historia como legitimadores de su época.

CAPITULO III. EL PROCESO DE EXCLUSIÓN SOCIAL Y ECONÓMICA DE LOS PUEBLOS INDIOS EN LA FORMACIÓN DEL *DERECHO* DE PROPIEDAD DE LA TIERRA DURANTE LA COLONIA

Parte I. La continuación *espiritual y secular* de la guerra justa: la encomienda y la hacienda

1. Preliminares

Con base en lo planteado en el capítulo precedente quedó demostrada la supremacía jurisdiccional del Papado en relación con las tierras descubiertas en América, los títulos que hizo valer España fueron el hecho del descubrimiento y la ocupación.

Asimismo dichos títulos *fácticos* -y sin duda de la mayor trascendencia frente a posteriores elaboraciones- fueron reconocidos por el Papa Alejandro VI como autoridad de la época, mediante las bulas ya comentadas.

Posteriormente tratamos la formulación de los títulos jurídicos de la ocupación española. El título jurídico se hizo valer mediante el concepto de guerra justa, elaborado por Vitoria, que en esencia consistía en que la oposición al *ius communicationis* del que gozan todos los Estados de acuerdo con el derecho de gentes y al evangelio, eran causas de guerra justa.

Asimismo quedó manifiesta la influencia de figuras de origen privado, que durante la Edad Media determinaron las relaciones sociales, políticas y jurídicas, de los individuos, esto es, a partir de la Doctrina del *Dominium*.

Como se verá en este capítulo, muchas de las características de esa doctrina están presentes en el colonialismo interno o efecto interno derivado de las relaciones conquistador-pueblos indios.

Con base en lo anterior, el presente capítulo tiene el objetivo demostrar que las formas de explotación y extracción del excedente de la energía humana a partir de la tierra, generaron desde entonces la exclusión social y económica del indígena actual aniquilando su reproducción en función de la tierra. Explotación y extracción fueron fenómenos dados al interior de una marcada tendencia feudal por lo que su análisis es de capital importancia, pues nos permite explicar a partir de esa tendencia, la dinámica del proceso de aculturación que ha socavado las formas de organización de los pueblos indios. Con ello, continuamos con el *hilo conductor medieval* de este trabajo y su nexo con la tierra india.

Las categorías de análisis de este capítulo y su rol jurídico son la encomienda, el repartimiento de indios, el *cuatequil*, la hacienda y las reducciones. Con ellas (y sus efectos) podremos evaluar que la inserción de nuestro país a la *modernidad tecnológica e ideológica* es muy reciente.

En buena medida es esa reciente modernidad la que ha orientado a abordar estos temas en el terreno de una aguda crítica al progreso y a su ideología para explicar la exclusión indígena. Críticas que en muchas ocasiones se ubican tan solo en el terreno ideológico. Sin embargo, la problemática tiene un doble proceso de aculturación: primero el medieval y después el ilustrado. La *matriz medieval* que parte de la evangelización no puede ser ignorada, para explicar de conjunto con la *matriz ilustrada* la orientación de libre mercado periférico de nuestro país.

2. El vínculo europeo

Con el descubrimiento, la Europa de fines del siglo XV, experimenta cambios que propician nuevas relaciones entre sus actores: Papas, Iglesias, emperadores, reyes, conquistadores, todos ellos en un sistema cuya riqueza – como lo fue en el Medievo- basado en la tierra y su explotación, se agitan ante el hallazgo. Dicho sistema encontró en América el campo propicio para que en el siglo XVI se alzarán dos potencias: Portugal pionero ya de conquistas marítimas y España. Para muchos, el propio descubrimiento fue causa importante del rápido y opulento ascenso y penoso descenso de aquellos *Estados*, o de aquel *Imperio*.²⁴⁴

La raigambre medieval y la realidad imperante en América muy al margen de cualquier consideración jurídica, hacen complejo definir en qué momento y en qué materia se ejercía tal o cual jurisdicción. Por ello, continuo con el hilo conductor de este trabajo: la tierra y su riqueza para explicar la situación actual de los pueblos indios, en paralelo con la matriz medieval. Todo en el escenario de estas *Indias Occidentales*, manifestado en actos e *instituciones* sincréticas, de insoslayable e inhumana explotación.

²⁴⁴ Wallerstein, Immanuel, *El moderno sistema mundial I. La agricultura capitalista y los orígenes de la economía-mundo europea en el siglo XVI*, 10ª ed., México, Siglo XXI. Cfr. "De Sevilla a Amsterdam: el fracaso del Imperio" pp. 233-316.

Para determinar si la situación actual del reparto y disfrute de la tierra de los pueblos indios ha sido producto de la Conquista y posterior colonización, debemos asentir en algo: la estructura imperial española estaba fuertemente arraigada a los fundamentos de la *Respublica Christiana* y a su pensamiento jurídico.

Como se dijo en el capítulo anterior, en la *Respublica Christiana* la dualidad emperador-Papa imponía una serie de deberes, entre los cuales el más importante tenía su origen en las relaciones feudales, en las que hasta entonces el tributo era disfrutado por el señor feudal a cambio de algo muy valioso en aquella época: la protección que recibía el vasallo, protección ubicada por encima de la libertad.

De esta forma, el feudalismo como modo de producción cumplía y se adscribía a un sistema político y jurídico de derecho natural que hacía posible la reproducción de esas relaciones. Tras cumplir con su misión *descentralizadora* del poder, el agotamiento del sistema feudal y una amplia gama de fenómenos tratados en el capítulo anterior, propiciaron que la protección dejara de ser un valor esencial. Su lugar fue ocupado por la libertad, resultado de luchas campesinas, guerras entre príncipes, antagonismos religiosos que culminaron con la expansión territorial europea de los siglos XV y XVI, que dio paso a la libertad comercial.

Lo anterior acompañado desde luego de una coyuntura secular orientada a la formación de Estados-nación, tardíamente puesta en práctica por la España de Isabel y Fernando y a resultas del fallido intento imperial de Carlos V por absorber Europa.

Lo que aquí se sostiene es que los reinos de Castilla y Aragón (en proceso de ser España) encuentran América, siendo parte de una estructura imperial europea y simultáneamente viviendo un proceso de crisis política y económica en su tarea *nacional* tras la reconquista. Ello explica también, por qué en la península, el feudalismo aún no estaba dotado de los elementos llamemos *revolucionarios*, disponibles ya en el norte de Europa, capaces de modificar todo tipo de relaciones, incluyendo las de orden económico. Se trataba de un feudalismo que producía para una economía local y derivaba su poder de la

debilidad de la autoridad central.²⁴⁵ Castilla y Aragón se encontraban en el difícil proceso de crear una estructura civil, financiera y tributaria capaz de contener los intereses de la nobleza terrateniente frente al Estado y al mismo tiempo imponerse efectivamente en América.

Por otro lado, el “feudalismo” colonial del siglo XVI producía ya para una economía global (más adelante llamo a esto efecto externo) y derivaba su poder de su propia fuerza frente al trabajador agrícola, frente al indio. Lo importante aquí es que la explotación conquistador-indígena derivaba de la debilidad de la metrópoli y reproducía a su vez, un feudalismo cuyos productos aprovechaba directamente el conquistador, sobre todo la tierra y el trabajo personal de los indios (a este fenómeno lo llamo efecto interno).

El virreinato, por ejemplo, entre otras tareas buscó controlar el *espíritu renacentista* de los conquistadores, tuvo que enfrentarse a ellos cuando pretendieron hacer de la encomienda un señorío vitalicio. Los efectos interno y externo mencionados, bien pueden contenerse en la siguiente cita:

Mientras que en el resto de la Europa occidental se iban diluyendo los modos de vida sobre los que, por un milenio, se había asentado la Cristiandad, España, colocada a la zaga a resultas de la Reconquista, alcanzaba apenas a fines del siglo XV la floración de su cultura medieval [...] por ello, los españoles, de manera harto medieval, pudieron transmitir al Nuevo Mundo instituciones y valores arquetípicos de la Edad Media todavía en plena vigencia. El otoño de la Edad Media se produjo, si acaso, en el siglo XVII americano.²⁴⁶

De acuerdo con lo anterior, la tradición medieval encabezada por los conquistadores y practicada como se hizo en América, imposibilitó desde entonces, el desarrollo de formas de tenencia de la tierra capaces de ubicar al indígena al interior de una estructura que más adelante se caracterizaría por su exclusión y subordinación. El camino hacia la independencia y la formación del Estado-nación en México, estuvo marcado por la transmisión española a América, de los problemas propios de la época de transición europea y

²⁴⁵ Supra, p. 127.

²⁴⁶ Weckmann, Luis, *La herencia medieval de México*, 2ª, ed., México, El Colegio de México/Fondo de Cultura Económica, 1984, pp. 27 y ss.

española. Durante la Colonia es patente el conflicto entre la tradición medieval y la monarquía centralizadora.²⁴⁷

Por lo que hace al aliado natural de España. “En la lucha contra los árabes [...] los intereses nacionales de España coincidían circunstancialmente con los del cristianismo, ya que la guerra nacional era a la vez una guerra religiosa [...] los intereses nacionales y estatales de España estaban en consonancia con los de la Santa Sede”.²⁴⁸

“Después de dar cima a la Reconquista, España se convirtió [...] en un Estado-Iglesia, en el que los intereses de la Corona y de la Iglesia se identificaban, formando un todo único indivisible”.²⁴⁹ Esto debe ser considerado en cuanto a intereses concretos de España y el Papado, y también en la *Conquista espiritual* de América expresada, entre otros, en las llamadas reducciones, que más adelante trataré.

“España²⁵⁰ carecía de la energía administrativa necesaria para crear una burocracia en las Américas. Recurrió por tanto al viejo expediente de los Imperios, la cooptación de jefes locales al sistema político como agentes intermedios entre la Corona y los colonos españoles”. De esta manera, los antiguos jefes tradicionales o caciques, se convirtieron en militantes de la corona e interesados colaboradores de los conquistadores, quienes los usaron sobre todo por su desconocimiento de la jerarquía local.

El cargo de cacique, transformado en *señor*, dejó de ser resultado de una libre elección y con los españoles se convirtió en hereditario; el cacique se hizo acreedor al *don* castellano y se le concedió condición de nobleza. Y lo más relevante para explicar el control local de determinados grupos en el México de hoy, es que se concedió a los *done*s el privilegio de ser considerados como los únicos posibles electores.²⁵¹ El *indio ladino* investido de honores hizo su aparición al amparo del Estado federal orgánico, que lo cobija con su venia: el centralismo.

²⁴⁷ Supra, p. 30.

²⁴⁸ Grigólevich, J., *La Iglesia católica y el movimiento de liberación en América Latina*, Moscú, Progreso, 1984, p. 87

²⁴⁹ Supra, p. 87.

²⁵⁰ Wallerstein, Immanuel, *El moderno sistema mundial I. La agricultura capitalista*, op. cit. p. 265.

²⁵¹ Aguirre Beltrán, Gonzalo, *Obra antropológica IV. Formas de gobierno indígena*, 3ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1991, p. 37.

Siguiendo con el vínculo europeo, a pesar de los intentos de organización administrativa en América, una buena causa de la pérdida de energía española en las Colonias fueron sus conflictos en Europa y sobre todo, la forma en que Carlos V "...llegó a hacer indebidamente costoso para España el Imperio, especialmente para Castilla".²⁵² El mismo autor, sostiene que el Imperio en su forma reducida es decir, España y los Países Bajos sin Europa central acabaría resultando excesivamente basto en términos de su capacidad para mantener "su cabeza financiera fuera del agua", dada la enorme inflación de precios; es decir España era un Imperio cuando lo que se requería en el siglo XVI era un Estado de tamaño medio.²⁵³

Para finalizar y en el mismo sentido, Wallerstein sostiene que España no estaba preparada para romper con su herencia de fines de la Edad Media, que no parecía impedimento sino un factor de unidad y crecimiento.²⁵⁴ La explotación de las ricas colonias americanas hizo innecesaria la reestructuración de la economía y la sociedad españolas semif feudales basadas en la tierra y los aristócratas, sin embargo, no solo se contrajeron los sectores productivos esenciales, sino que retoñaron la burocracia, la ocupaciones militares, la Iglesia.²⁵⁵

Tras estas consideraciones, en tanto que América se formaba al margen de las necesidades de la población originaria, y al servicio de su vínculo europeo, no obstante, en España los problemas estructurales propios del fallido Imperio con su herencia medieval, así como la posterior parálisis económica, demandaban una economía colonial, cuyo protagonista fue el indio esclavo, generándose una acumulación doméstica y cerrada, que desencadenó escenarios en cada continente, ambos con efectos internos y externos:

Por un lado el retroceso de América en relación con el capitalismo moderno, efecto externo, que ubicó a nuestro país en el área periférica, proveedor de

²⁵² Wallerstein, Immanuel, op. cit., pp. 252 y ss.

²⁵³ Supra, pp. 252-254.

²⁵⁴ Supra.

²⁵⁵ Stein, Stanley J., Stein, Barbara, "Europa y las estructuras de dependencia, 1500-1700" en *Historia Económica de México*, t. I, Lecturas núm. 64, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, pp. 77-92.

materia prima. (Esta tesis es desarrollada ampliamente por Wallerstein²⁵⁶). El efecto interno estructuró un sistema de trabajo basado en la esclavitud y *feudalismo*, nada azarosos, vinculados al indio. La extracción del excedente y los modos de adquirir la propiedad, siguieron la ruta del tributo, del trabajo obligatorio, del *trabajo libre asalariado*, del peonaje por deudas, y del acceso comunitario a la *vida eterna*, esto es: encomienda, repartimiento de indios, *cuatequil*, hacienda y reducciones, figuras que obedecieron –como se ha señalado- no a la sociedad en formación, sino a necesidades explícitas de la corona y del Imperio.

En este proceso se encuentra la explicación de por qué la economía de la hacienda latifundista y monopólica frenó la entrada de las Colonias hispánicas de América al desarrollo industrial: su economía de abastecimiento familiar o de grupo religioso, aunque fuera productivo y redituable, por ser en beneficio de una casta hispana –militarizante y aristocrática-, no permitió el proceso de creación de capitales, salvo aquellos cerrados por la Iglesia, impidiéndose con ello renovar el frustrado sistema de corte capitalista y mercantil de producción; por el contrario, fomentó la proliferación de los trabajadores asalariados del campo.²⁵⁷

Por otro lado, Europa de conjunto –como se ha dicho- experimentó un extraordinario mercantilismo, cuyo eje inicial fueron España y el Imperio. Sus efectos internos y externos, fueron manifiestos:

La combinación de los dos focos de expansión comercial –el comercio transcontinental en el que eran tan centrales los mercaderes del sur de Alemania, y el comercio atlántico de los españoles [*cum* genoveses], unidos en el mercado de Amberes, que era también un mercado monetario- creó la atmósfera de un <febril *boom* capitalista>. Este *boom* tenía su propia dinámica, que desbordó el marco político administrativo del putativo Imperio-mundo de los Habsburgo.²⁵⁸

²⁵⁶ Wallerstein, Immanuel, *El moderno sistema mundial I. La agricultura capitalista*, op cit. Vid., "Preludio medieval" pp. 21-89 y "La nueva división europea del trabajo" pp. 93-183.

²⁵⁷ Rivera Marín de Iturbe, Guadalupe, *La propiedad territorial en México, 1301-1810*, México, Siglo XXI, 1983, p. 300.

²⁵⁸ Wallerstein, Immanuel, *El moderno sistema mundial I. La agricultura capitalista*, op. cit. p. 250.

El fracaso del Imperio con el oro y plata americanos condujo directamente a la decadencia de España, unido a presiones financieras, su falta de cohesión política al interior, la existencia de una burocracia cortesana parasitaria, y la pérdida paulatina del control de las colonias. No obstante la economía europea dependía del acceso a la riqueza colonial española; aún cuando España y sus genoveses *habían hecho el gasto* con el descubrimiento y la Conquista,

[España] estaba destinada a ser primero semiperiférica y después periférica, hasta que en siglo XX intentara lentamente volver a ascender. Tampoco había declinado España sola. Había arrastrado en su caída todas aquellas partes de Europa que habían estado aliadas a su ascenso: el norte de Italia, la Alemania del sur, Amberes, Cracovia, Portugal. Con excepción de Portugal, todas eran esencialmente ciudades-Estado, sirviendo al Imperio de los Habsburgo [y español]...²⁵⁹

Parte II. La relación entre la encomienda y la hacienda

1. La encomienda. *Su evolución*

Para Enrique Florescano,

La destrucción inmediata de la antigua organización política, el asesinato y la persecución de los caciques tradicionales y el reemplazo de éstos por los capitanes de la Conquista y los indígenas aliados, expandieron el caos entre los vencidos, convirtiendo las antiguas relaciones de reciprocidad y redistribución entre aldeas, señoríos y poder central, entre macehuales tributarios, funcionarios y gobernantes, en una expoliación de sentido único, arbitraria y sin tasa. La implantación de la encomienda, la institución que obligó a los indígenas a dar tributo en especie y servicios personales a los conquistadores, desmanteló primero el antiguo sistema de extracción de la energía humana de los pueblos, y luego lo adaptó introduciéndole profundos cambios cualitativos, a las necesidades de la colonización española. La Conquista cambió el complejo sistema que habían elaborado los aztecas y sus aliados de la triple alianza para captar los tributos y la energía humana de los pueblos

²⁵⁹ Supra, p. 279.

sometidos: en lugar de mantenerse la administración centralizada en tributo y del cuatequil, los capitanes de la Conquista optaron por el reparto individual de los pueblos asignando a cada conquistador cierto número de pueblos y tributarios.²⁶⁰

Tenemos entonces la destrucción de la política central azteca, que funcionaba mediante un sistema de producción que asignaba y organizaba la tierra, el trabajo y la distribución de los bienes que sostenían la reproducción general de las formas nativas.

Las aldeas, barrios y jurisdicciones territoriales perdieron su vinculación con el sistema central que las unificaba y las hacía reproducirse globalmente quedando desarticuladas de sus antiguos centros políticos.²⁶¹ A juicio de Florescano, con la encomienda la organización azteca de tributo sufrió un retroceso irreversible, dejando a lo que fue el futuro campesino en una etapa anterior a la aparición de los organismos políticos, incapacitados para reproducirse a la manera antigua.²⁶²

Desde entonces sólo la familia y las relaciones de parentesco y reciprocidad fueron la base de la organización económica y social indígenas.

Unido a lo anterior, los encomenderos a diferencia del sistema prehispánico de tasas fijas de productos, instauraron para la explotación agrícola, tasas arbitrariamente, cuya tendencia aumentó, de modo que las poblaciones indias vieron reducidos sus medios de producción para satisfacer las demandas tributarias a gobernantes centrales, provinciales y a los encomenderos, por lo que dispusieron de tierras comunales, ocasionando una disminución progresiva de sus propios medios de producción.

Así, una de las modificaciones sustanciales²⁶³ que hicieron los encomenderos en ejercicio de –para efectos prácticos– una verdadera jurisdicción sobre los

²⁶⁰ Florescano, Enrique, "La Conquista, la encomienda y la desorganización de los sistemas de trabajo indígena, 1521-1541" en *Historia Económica de México*, Cárdenas, Enrique (comp.), t. I, Lecturas núm. 64, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 68.

²⁶¹ Supra, p. 68 y ss.

²⁶² Una interesante interpretación del proceso vivido por los pueblos indios durante la Conquista y la Colonia, cfr. González Vidaurri Alicia, Gorenc, Klaus-Dieter y Sánchez Sandoval, Augusto, *Contrato social en México, D.F.*, México, UNAM. Escuela Nacional de Estudios Profesionales Acatlán, 1998, pp. 33-65.

²⁶³ Hay que destacar que el cambio sustancial radica en que el tributo en la triple alianza, tenía un carácter esencialmente colectivo, volviéndose en beneficio de los mismos vasallos y realimentando al sistema al cual todos pertenecían. El nuevo tributo exigido por los españoles, en mercancías, no integradas más al orden y de pertenencia indígenas, desarticuló la idea y finalidad de ese sistema. Como se dijo en el capítulo I de este trabajo, la triple alianza no

indios, fue exigir como tributo, mercancías convertidas en productos dispuestos para el mercado, es decir, exigieron a los indígenas oro y plata.²⁶⁴ Entonces, el tributo de los pueblos conquistados por los aztecas, de valores de uso, con la encomienda pasó a ser de mercancías y de energía humana creadora también de mercancías. Con ello, los indígenas se convirtieron en segmentos dependientes de la nueva sociedad más amplia, en un proceso que se prolongaría hasta el siglo XIX.²⁶⁵ Es decir, en periféricos hasta hoy. Entonces pese a que los tributos debían pagarse con los productos de la tierra, la furia de las minas contribuyó con más fuerza a que el indio trabajara para propósitos extraños "...grupos indígenas decidieron no procrear más hijos y otros optaron por el suicidio colectivo, muchos más escogieron el camino de la rebelión".²⁶⁶

Privados de sus elementos constitutivos de vida, los indígenas experimentaron el sentimiento de no pertenecer a un orden social, transformados en extranjeros y separados de sus objetivos por un abismo de desconfianza.²⁶⁷

Lo anterior ilustra la magnitud de lo que significó para los pueblos indios no solamente la destrucción de sus estructuras tradicionales, sino la manera extrema de que fueron objeto para generar riqueza.

La encomienda reconocida en Burgos en 1512, no tasó el tributo cedido a los conquistadores como premio. Su tasa empezó cuando se organizó el sistema de recaudación de cobros estableciéndose períodos y fechas específicas. "Una junta reunida en Barcelona en 1529 por orden de Carlos V dispuso que los naturales de las Indias fueran 'tasados y moderados', según sus posibilidades,

ejercía un control efectivo sobre el territorio, se trataba de un *control político mediante el tributo*. Esto explica que tras el triunfo español, los aztecas esperaban convertirse en tributarios, ignorando la idea de guerra justa: Conquista y ocupación con la consecuente exclusión y explotación. Respecto de la concepción de la guerra para los aztecas a diferencia de la guerra que hacían los españoles, es decir hacían guerras diferentes, véase Soustelle, Jacques, *La vida cotidiana de los aztecas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1956, pp. 203-216.

²⁶⁴ Florescano, Enrique, "La Conquista, la encomienda y la desorganización..." en *Historia Económica de México*, op. cit., p. 70.

²⁶⁵ Broda, Johanna, "Las comunidades indígenas y las formas de extracción del excedente: época prehispánica y Colonial", en *Historia económica de México*, Cárdenas, Enrique (comp.) t. I, Lecturas núm. 64, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, pp. 60-61.

²⁶⁶ Stanley J. Stein, Stein, Barbara H., "Europa y las estructuras de dependencia 1500-1700" en *Historia económica de México*, Cárdenas, Enrique (comp.) t. I, Lecturas núm. 64, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 72.

²⁶⁷ Broda, Johanna, "Las comunidades indígenas y las formas de extracción del excedente" op. cit., pp. 50-65.

para el 'pago de diezmos a Dios y tributos al rey', impuestos que más tarde se redujeron a uno solo, la capitación.²⁶⁸

Por otro lado, al analizar la argumentación para imponer la encomienda y obtener tributo tenemos que su origen se encuentra en la tradición medieval española, según la cual la corona al hacer valer sus derechos, -y en particular en las Indias frente a sus naturales- indios y españoles fueron tratados como vasallos. El término vasallo tuvo que ser modificado pues ponía en peligro la propia economía de la colonización, es decir, la explotación de la mano de obra, por ello, la corona tuvo la idea de crear dos repúblicas: la república de españoles y la república de indios.²⁶⁹

El término *vasallo* fue empleado por la corona y por los conquistadores de manera distinta. Para el siglo XVI, vasallo tenía su origen en la palabra *vasallus*, usado en la Edad Media española, que designaba al hombre libre poseedor de un feudo, pero también se aplicaba a los labradores no libres.²⁷⁰

El problema aparece en la Nueva España: los conquistadores utilizaron el término vasallo en relación a sí mismos dándole el significado feudal clásico, por otro lado, la corona desde un principio equiparó el vasallaje al pago de un tributo de cuantía considerable, es decir, un tributo que en el caso del feudalismo europeo era simbólico.²⁷¹

Moctezuma empleó el término en el segundo sentido: mandó decir al gran emperador Carlos V que se profesaba su vasallo a cambio de que lo dejaran en paz.²⁷² Así las cosas, se trataba de un vasallaje temporal, que no encajaba con la supuesta finalidad espíritu-evangelizadora de la encomienda. Por esto, viene a colación la ambigua distinción de las esferas temporal y espiritual disputadas en la Edad Media por el emperador y el Papa:

²⁶⁸ Weckmann, *La herencia medieval*, op. cit., p. 349.

²⁶⁹ *Supra*, p. 86.

²⁷⁰ *Supra*.

²⁷¹ *Supra*.

A la naturaleza sacerdotal de Carlos V, según la tradición medieval, aludía el clero de la Nueva España [...] cuando se dirigía al monarca llamándolo “vicario de Cristo” para consultarle asuntos eclesiásticos y hasta litúrgicos o teológicos. En el *requerimiento* y especialmente en el texto utilizado en la Nueva España durante la primera mitad del siglo XVI para exigir la sumisión espiritual de los indios, se invocaba la suprema autoridad del Papa, pero en las demandas de vasallaje temporal siempre se aludía a la del Emperador [por supuesto después de que en 1519 Carlos V fue electo al trono de Carlomagno].²⁷³

Tenemos pues a vasallos y encomendados simultáneamente, que dependiendo de la situación y a conveniencia de la parte interesada, eran súbditos del rey o siervos del encomendero. La autoridad eje para el primer caso era temporal, y para el segundo también temporal y en teoría espiritual. Como vemos, aquí están presentes las dos instituciones derivadas de la Doctrina del *Dominium*: el *Imperium* y el *Dominium*.

El indio fue entonces objeto de un *vasallaje múltiple* que lo debilitó, unido a enfermedades, asesinatos y maltratos. “Las poblaciones indias de las islas del Caribe desaparecieron por completo. Nueva España [México] sufrió una dramática disminución en su población de aproximadamente 11 millones en 1519 a aproximadamente 1,5 millones alrededor de 1650”.²⁷⁴ Claro está que este descenso en la población tuvo efectos de orden económico y social.

Ahora bien, tras la mención al vasallaje, la encomienda peninsular apareció en Castilla como una forma de donación que los reyes hacían a los caballeros, prelados y órdenes militares, concedidas como donaciones temporales o mandaciones, a diferencia del señorío que tuvo carácter hereditario y perpetuo. Según las Ordenanzas de Alcalá de 1348, las encomiendas podían ser de tres tipos:

En feudo, en las que el encomendero entregaba al rey parte de las rentas que recibía en señal de vasallaje; la segunda categoría eran las encomiendas de honor referidas a la dignidad, en las cuales el beneficiario conservaba todas las

²⁷² Supra, p. 86 y ss. Al parecer Moctezuma entendió la señal imperial ostentada por los Conquistadores, no así el vasallaje que ellos mismos ejercieron sobre su pueblo.

²⁷³ Supra, p. 320.

²⁷⁴ Wallerstein, *El moderno sistema mundial I. La agricultura capitalista*, op. cit., p. 124.

rentas y por último, las encomiendas de tierra que comprendían la obligación de prestar servicio militar de un jinete y un infante.²⁷⁵

La pretensión de los encomenderos en América no solo era poseer encomiendas en feudo, sino además verdaderos señoríos²⁷⁶ en virtud de la obtención de repartimientos de tierras, de indios y de las propias encomiendas. Por ello, a pesar de que desde el punto de vista jurídico la encomienda era de personas y no de tierras, hay que puntualizar que en materia de tenencia de la tierra, el origen de la hacienda se vincula a la encomienda: "La hacienda aparece en el siglo XVI y en la mayoría de los casos es el resultado de una merced de tierras, como las que los encomenderos algunas veces obtenían dentro o fuera de la encomienda".²⁷⁷ Las mercedes reales, eran títulos jurídicos que justificaban el repartimiento de tierras con sus respectivos indios.

Es importante hacer notar que los derechos que ejercían los encomenderos como héroes nacionales en virtud de la encomienda, tenían su origen en jugosas recompensas: los primeros conquistadores fueron investidos de concesiones coloniales de tipo feudal mediante la *capitulación*.

Las *capitulaciones* eran acuerdos privados entre la Corona y los conquistadores en las que se fijaban los términos en que debía llevarse a cabo una empresa de conquista para cuya realización el monarca delegaba su autoridad.

Weckmann²⁷⁸ indica que es probable que este tipo de capitulación fue inspirado por los que celebraba la corona de Castilla durante la reconquista con los vasallos que por su cuenta y riesgo hacían expediciones militares contra los moros.

²⁷⁵ Weckmann, Luis, *La herencia medieval*, op. cit., p. 340.

²⁷⁶ Supra. Weckmann destaca el interés de la corona por impedir la formación en las Indias de aristocracias hereditarias feudales o semif feudales o de una simple casta nobiliaria. "A pesar de ello, por lo menos en Guatemala, el sistema feudal fue el modelo social [...] las encomiendas fueron muy numerosas en la Nueva España [unas 347, según Warren] y en Yucatán [unas 133, según García Bernal]. En la Nueva Vizcaya, (Gobernación de la Nueva Vizcaya, que incluía las provincias de Guadiana o Durango y Chihuahua, de acuerdo con la división territorial virreinal, cfr., O'Gorman, Edmundo, *Historia de las divisiones territoriales de México*, 2ª, ed., México, Porrúa, 2000, pp. 3-34, esta aclaración es mía) donde prevaleció el régimen de la hacienda, fueron más bien pocas: unas 24, según Gallegos. Los señoríos con jurisdicción como el Marquesado del Valle de Oaxaca [de Cortés] fueron excepcionales en América y siempre se pusieron trabas a su consolidación". En *La herencia medieval*, op. cit., p. 345.

²⁷⁷ Supra, p. 346.

²⁷⁸ Supra, p. 324 y ss.

Ahora bien, el formato jurídico para la ocupación de los nuevos territorios y la justificación de las declaraciones de guerra, se hizo mediante el llamado *requerimiento*, texto que consistía en la “exhortación” que hacían los conquistadores a nombre del Papa y en presencia de un clérigo y de un notario, a los indios a que aceptaran *voluntariamente* el bautismo y la soberanía española, bajo la amenaza de guerra en caso negativo. Basado pues el requerimiento en la relación de alteridad: cristianos-infieles, indios-españoles, superiores-inferiores, se trataba de la manifestación procedimental del célebre título jurídico de *guerra justa* elaborado por Vitoria. Su continuación *colonial* fue la encomienda, que por cierto entre otros cometidos (y en todo caso la base filosófica de la conquista) era la cristianización de los indios a cargo del encomendero.

El antecedente del requerimiento lo encontramos en 1513 cuando Pedrarias nombrado gobernador en tierra firme, necesitaba de una justificación para la guerra. Su colaborador, Martín Fernández de Enciso “pronunció ante la gente reunida en el monasterio dominicano de Valladolid un memorial en el que justificaba la guerra una tesis pública, en la que se permitía tomar por la fuerza de las armas a los rebeldes que no querían entregar la tierra de promisión para extender en ella la fe”.²⁷⁹ Siguiendo este modelo, Palacios Rubio consejero del rey “...elaboró la declaración que había de tomarse como auténtica declaración de guerra...”²⁸⁰ De no leerse el requerimiento, la guerra se consideraba injusta.²⁸¹

Entre lo serio y lo grotesco del requerimiento (calificativos aplicables también a posteriores instituciones coloniales) tenemos un caso curioso que se presentó en Nueva Galicia en 1542. “...los caxcanes no pudieron ni siquiera oír la exhortación pronunciada por un fraile porque, para esquivar las flechas y pedradas, éste y sus acompañantes se encontraban a gran distancia [...] según

²⁷⁹ Rivera Marín de Iturbe, Guadalupe, *La propiedad territorial en México*, op. cit., p. 134.

²⁸⁰ *Supra*, p. 135.

²⁸¹ En *La herencia medieval de México*, p. 327, Luis Weckmann informa sobre la investigación de los orígenes del requerimiento realizado por Annie Lemistre; ella identifica esos orígenes en una escuela jurídica islámica llamada malikita, por el fundador Malik ben Abbas para quien el empleo de las armas debía ser precedido por una exhortación a aceptar el Islam o a pagar un tributo.

los teólogos, era necesario leer los exhortos tres veces antes de emprender una 'justa guerra'.²⁸²

Requerimiento y encomienda quedaban involucradas en el concepto de guerra justa. Sería justa, mediando la oposición al evangelio y al libre comercio, con el objeto de hacer valer el título de los reyes de España otorgado por el Papa, para extender la fe católica. De esta situación se desprenden dos opciones - analizadas por Zavala²⁸³ a partir del goce del tributo por parte de los encomenderos:

Primero, la fuerza religiosa española hacía indelegable el cuidado de los indios, y por lo tanto del tributo; o, segundo, el Estado español era un gobierno temporal cuyas limitaciones derivadas por el fin espiritual, no podían llegar al límite que pretendía Bartolomé de las Casas. Éste sostenía que el poder de España otorgado por el Papa era para evangelizar no para servirse de la población en beneficio personal, por lo tanto "...la única forma de evitar los daños causados a los aborígenes era suprimir las encomiendas y repartimientos, dejando estas posibilidades solo a los misioneros, en tanto ellos eran los únicos autorizados para hacer llegar el conocimiento del cristianismo a los indígenas..."²⁸⁴

Zavala señala que sobre la idea del tributo incedible pesaba la tradición europea sobre las donaciones de lugares y rentas de la Corona y en conclusión²⁸⁵ sostiene que la encomienda trataba de establecer una organización de una vasta región, donde pudieran convivir los dominadores bajo el poder del Estado.

El problema, en su sustancia económica, continuaba siendo el mismo de la época de las Antillas, puesto que se trataba de que los naturales, en alguna forma lícita en Derecho, prestaran sus servicios y contribuyeran al sostenimiento de los colonos españoles; pero también comenzaban a señalarse los matices políticos y fiscales del problema: el Estado monárquico centralista y de tendencias modernas de la Casa de los Austrias, no le era indiferente que la Nueva España quedara organizada

²⁸² Supra, p. 327.

²⁸³ Zavala, Silvio, *La encomienda indiana*, México, Porrúa, 1973, pp. 155 y ss.

²⁸⁴ Rivera Marín de Iturbe, Guadalupe, *La propiedad territorial en México*, op. cit., p.147.

²⁸⁵ Zavala, Silvio, *La encomienda indiana*, op. cit. p. 48.

interiormente bajo en régimen pleno de señorío con delegaciones de jurisdicción y cesión perpetua de las rentas de los nuevos vasallos indios, o que se implantara la administración de tipo regalista [representada más tarde por los corregimientos], mediante la cual el Estado tendría poder directo sobre los naturales, cobrando para sí sus rentas.

Entonces según esta interpretación, la solución jurídica de la encomienda, consistía en un sistema de cesión de tributos de la Corona, bajo las limitaciones que ella misma imponía. El problema posterior se vinculó a la perpetuidad de la encomienda y a la jurisdicción, que la haría equiparable al señorío español hereditario y perpetuo.

"El drástico artículo 45 de las *Nuevas Leyes* de 1542 –cuya aplicación fue prudentemente diferida por el Virrey Mendoza [que así evitó una rebelión como la de Gonzalo Pizarro en Perú]- incorporaba todas las encomiendas a la Corona a la muerte de sus titulares; la resistencia de los herederos hizo esto imposible, por lo cual la Corona se conformó con limitarlas a dos generaciones".²⁸⁶

La encomienda *reemplazó* a la esclavitud, generó ganancias para los encomenderos y para la Corona; su *forma jurídica evangélica* cumplió con el título otorgado por el Papa a los reyes. Pero sobre todo, la encomienda por sí misma convivió simultáneamente y allanó el camino de formas de adquisición de la tierra y explotación del trabajo de siglos posteriores.

Unido a lo anterior, era poco práctico en términos económicos, supervisar una población indígena "propiamente esclava", dada la gran posibilidad de revueltas.²⁸⁷

Las necesidades hacendarias de la Corona bajo los Borbones, terminó por debilitar la encomienda. La burocracia virreinal la redujo a un mero privilegio sobre las rentas de la Corona. A partir de 1549 se *abolió paulatinamente* el servicio personal de los indios, o mejor dicho, se fue tasando. La sustitución del tributo de los indígenas en especie por una cantidad fija debidamente tasada,

²⁸⁶ Weckmann, *La herencia medieval*, op. cit. p. 345.

²⁸⁷ Wallerstein, Immanuel, *El moderno sistema mundial I. La agricultura capitalista*, op. cit. p. 125.

empobreció a los encomenderos. Sus servicios militares se hicieron menos necesarios cuando la Corona creó cuerpos y milicias en el siglo XVII.

La supresión del servicio personal de los indios, y la pérdida de la mano de obra indígena de los siglos XVI y XVII, ocasionaron en la gran línea encomienda-hacienda, cambios en todos los órdenes. La mano de obra indígena fue reemplazada: "...la componente española, en cambio, se reforzó gracias a las mercedes de tierra, que se convirtieron en el núcleo de la futura hacienda, propiedad del encomendero transmisible por herencia a sus descendientes."²⁸⁸ "La introducción de la economía minera [...] ayudó literalmente a reducir la población indígena y a desplazar las estructuras agrarias anteriores a la Conquista, sobre sus ruinas los españoles crearon la hacienda".²⁸⁹

La concesión de las encomiendas se hizo cada vez más rara, sin embargo, en 1786 las que sobrevivían fueron incorporadas definitivamente a la Corona, aunque en ocasiones cedía la renta de la encomienda a particulares como merced del Estado.

El ocaso de la encomienda, el descenso de población y las expoliaciones, dejaron tierra abandonada que "...dejó de pertenecer a la corona para poco a poco incorporarse a los enormes latifundios civiles y eclesiásticos".²⁹⁰ Las tierras realengas, convertidas posteriormente en terrenos baldíos, son el origen de los enormes latifundios en nuestro país. Las leyes que posteriormente pretendieron regular la propiedad de los baldíos, fueron la Ley sobre ocupación y enajenación de terrenos baldíos del 20 de julio de 1863, y la Ley de colonización y compañías deslindadoras del 15 de diciembre de 1883.

Scholes sostiene que la extinción final de la encomienda coincidió con el principio de la Guerra de Independencia".²⁹¹ "La abolición definitiva de la encomienda ocurrió en 1720, habiéndose ordenado que los tributos relativos a ella pasaran a la Corona".²⁹²

²⁸⁸ Weckmann, *La herencia medieval*, op.cit., 346 y ss.

²⁸⁹ Stein, Stanley J., Stein, Barbara H., "La economía Colonial" en *Historia económica de México*, t. I, Lecturas núm. 64, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 257.

²⁹⁰ Rivera Marín de Iturbe, Guadalupe, *La propiedad territorial en México*, op. cit., p. 155.

²⁹¹ Weckmann, *La herencia medieval*, op. cit., p. 346.

²⁹² Cué Canovas, Agustín, *Historia social y económica de México 1521-1824*, México, Trillas, 1997, p. 64.

El 1720 marca la extinción legal de la encomienda, término que no coincide con los efectos sociales y económicos que generó tanto en la propiedad y en la fuerza de trabajo indígenas. La encomienda muestra el arte de transformar un acto de fuerza en un acto legal.

2. Los repartimientos de indios y el *cuatequil*

Antes de analizar el repartimiento de indios y el *cuatequil*, hay que hacer algunas precisiones respecto de los repartimientos en general.

Con base en el derecho tradicional de Conquista y el antiguo derecho de presura, Cortés hizo los primeros repartimientos de tierras y solares a los conquistadores y soldados. "Por la necesidad de encontrar quien trabajara las tierras en presura, se instauró en Nueva España el sistema ya utilizado en Castilla llamado repartimiento de hombres, medida no autorizada en estas tierras sino hasta la promulgación de la Real Cédula de Carlos V de fecha de 26 de junio de 1523".²⁹³ De esta manera conquistadores y colonos fundamentaron su propiedad sobre la base del repartimiento de hombres y tierras.²⁹⁴ Este es un punto clave de nuestra hipótesis de trabajo.

Al repartimiento producto del derecho de presura, se unió el tributo de la encomienda autorizada en 1512, pero en la práctica desde la llegada de Colón, las tierras y los indios eran repartidos.

A partir de 1549 al irse suprimido el trabajo personal del indio y reducida la encomienda al pago de tributos, tuvo que *crearse* una nueva institución: el repartimiento de indios, en apariencia de "libre contratación" que no era otra cosa que un trabajo obligatorio a cambio de una mínima retribución. A esto se ha llamado también trabajo obligado en cultivos para el mercado (coerced cashcrop labor).²⁹⁵ Entonces se adoptaba, otra forma obligatoria impuesta por la Corona, pues hasta 1573 se excluyeron los servicios personales como parte de las tasas y la encomienda legal ya no era una extracción a favor de los particulares, sino un régimen tributario de realengo.²⁹⁶

²⁹³ Rivera Marín de Iturbe, Guadalupe, *La propiedad territorial en México*, op. cit., p. 167.

²⁹⁴ Supra, p. 170, cita a García Martínez, Bernardo, *El marquesado del Valle. Tres siglos del régimen señorial en Nueva España*, México, El Colegio de México, 1969, p. 41.

²⁹⁵ Wallerstein, Immanuel, *El moderno sistema mundial I*, op. cit., p. 127.

²⁹⁶ Zavala, *La encomienda indiana*, op. cit., pp. 48 y ss.

[...] desde finales del siglo XVI se había establecido el "repartimiento" que consistía en la facultad que tenían los alcaldes mayores, de sacar de los pueblos de indios, la gente necesaria para el trabajo de las minas y cultivo de los campos, durante una semana. Los indios de repartimiento eran conducidos a lugares muy distantes de sus pueblos, sin consideraciones de ninguna clase, en largas y durísimas jornadas de dos y tres semanas, para prestar el servicio por el que se les cubría un reducido salario.²⁹⁷

El peonaje fue la consecuencia de la expansión de la propiedad privada de los españoles, iniciado sobre todo por la introducción del trabajo asalariado en las minas a partir de 1551.²⁹⁸ Para 1632 se suprimieron los repartimientos forzosos, con excepción de los destinados a la minería.

La *forma jurídica* de repartir indios se trataba de un procedimiento legal o nueva versión de la encomienda en el que la amenaza de coerción estaba siempre presente, sobre todo ante la negativa indígena de ofrecer sus servicios voluntariamente.

Por su parte, el *cuatequil* se dio sobre todo por la gran demanda de mano de obra en las minas:

La orientación exportadora de la economía latinoamericana [...] fue producto de los primeros doscientos años del Colonialismo español y del auge minero del altiplano mexicano y de los Andes centrales, donde la tecnología agrícola y la densidad de la población habían producido avanzadas culturas. Ahí los españoles abrieron minas y crearon subsectores de los núcleos mineros, las grandes haciendas dedicadas a la agricultura y a la ganadería.²⁹⁹

El *cuatequil* entonces apareció como el trabajo a jornal o peonaje, influyendo para ello, según Cué Canovas, la transformación de la encomienda a un mero sistema de pago de tributo. Durante el siglo XVII (época de consolidación de la hacienda) el aumento del trabajo a jornal produjo la adscripción del trabajador a la tierra, por deudas.

²⁹⁷ Cué Cánovas, op. cit., p. 64.

²⁹⁸ Supra, p. 65.

²⁹⁹ Stein, Stanley J., Stein, Barbara H., "La economía Colonial" en *Historia económica*, op. cit., p. 257.

"Indios de encomienda y de cuatequil, fueron convirtiéndose en jornaleros, representados estos últimos por trabajadores asalariados, llamados gañanes, naboríos, laboríos, tlaquehuales y peones, que resultaron adscritos al trabajo por anticipos, deudas hereditarias y pago de tributos y de obvenciones parroquiales".³⁰⁰

"El peonaje representó el sustituto histórico de la encomienda como sistema de trabajo".³⁰¹

El indio encomendado, ahora peón de la hacienda pone de manifiesto el vínculo de ésta con la encomienda, no solo en lo relativo a la tenencia de la tierra explicado en párrafos anteriores, sino que en este binomio quedó atrapada la fuerza de trabajo del indio hasta el siglo XX.

Entonces la empresa evangelizadora de la encomienda legalmente reconocida en 1512, el posterior repartimiento de indios de 1523, la abolición paulatina del servicio personal de los indios a partir de 1549 no así del tributo, y la exclusión definitiva del servicio personal en 1573, es reemplazado oportunamente desde 1551 por el trabajo asalariado en las minas, reconocido en 1580 como *cuatequil*, el cual no corrió con la suerte de ser abolido en 1632 al suprimirse los repartimientos forzosos de indios (los que llamaban de *libre contratación*), y en 1720 la encomienda. Para finales del siglo XVII y principios del XVIII ya no era necesario abolir el *cuatequil* o trabajo forzoso, se trataba del trabajo *libre asalariado* producto de la minería, cuyo jornal se encontraba en la libreta de cuentas del hacendado, quien podía ser a la vez regidor del pueblo y/o dueño de las minas, con lo que el círculo económico culminaba con múltiples relaciones políticas.

La era del peonaje y de la hacienda en razón de las minas era ya una realidad. Sus elementos: tierra acaparada y trabajo cautivo buscarían su inserción jurídica en el México independiente. El sitio periférico de nuestro país y de sus indios se había consumado a partir de formas medievales de tenencia de la tierra.

³⁰⁰ Cué Canovas, op. cit., pp. 64 y 65.

³⁰¹ Supra.

3. El rol de la hacienda

A los españoles les tomó doscientos años establecer los elementos esenciales de una economía colonial a partir de la encomienda y del trabajo en las minas; podemos señalar los tres elementos que desde 1700 fueron esenciales en dicha economía: primero una serie de centros mineros en México y Perú; segundo, regiones agrícolas y ganaderas periféricas a los centros mineros desarrollados para el aprovisionamiento de víveres en materia prima, y tercero, un sistema comercial para encauzar la plata y el oro en numerario a España.³⁰²

Las tierras mercedadas dentro de la encomienda y la hacienda fueron formas de realización de intereses coloniales, la analogía radica en la acumulación de la tierra. Mientras que el encomendero recibía ingresos feudales, el hacendado buscó la expansión de su propiedad.

Keith³⁰³ observa que la extrema regresión en la explotación de los siglos XVI y XVII, contribuyó a la destrucción de la encomienda y al fomento de la hacienda, así como a la competencia por el reducido número de indios.

La hacienda fue el más importante centro económico y social de la sociedad rural colonial. Se le ha definido como "la posesión rural de un propietario con aspiración de poder, explotada mediante el trabajo subordinado y destinado a un mercado de tamaño reducido, con la ayuda de un pequeño capital".³⁰⁴

Durante la Colonia, la hacienda atravesó por tres fases:³⁰⁵

La de formación de 1530 a 1630. La fase de consolidación de 1630 a 1730 en la que se convirtió en propiedad legítima, que el hacendado había obtenido de forma ilegítima o por medio de composiciones. Y, la fase clásica de 1730 a 1821.

En las primeras décadas posteriores a la Conquista, los encomenderos fundaron sus haciendas. En la época colonial los hacendados fueron también

³⁰² Stein, Stanley, J., Stein, Barbara, "La economía Colonial" en *Historia Económica de México*, Cárdenas, Enrique (comp.) t. I, Lecturas núm. 64, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 252-255.

³⁰³ Keith, Robert, "Encomienda, hacienda and corregimiento in Spanish America: a structural analysis", en Nickel, Herbert, *Morfología social de la hacienda mexicana*, México, Fondo de Cultura Económica, 1988, p. 46.

³⁰⁴ Wolf, Eric, Mintz, Sidney, en Mörner, Magnus, "La hacienda hispanoamericana", en *Historia Económica de México*, Cárdenas, Enrique (comp.) t. II, Lecturas num. 64, México, Fondo de Cultura Económica, 1990, p. 59.

³⁰⁵ Nickel, Herbert, p. 66.

los encomenderos, los propietarios de minas, comerciantes enriquecidos, funcionarios, nobles, caciques indígenas, clérigos y órdenes religiosas.³⁰⁶

En el norte, la agricultura y la ganadería fueron los principales recursos de los poderosos,³⁰⁷ que mediante sus haciendas constituyeron el principal aprovisionamiento de las minas.

Es fácil multiplicar los ejemplos que demuestren hasta que punto la explotación de las minas de plata se hallaba estrechamente ligada al nacimiento y desarrollo de las grandes haciendas rurales del norte.³⁰⁸

Las haciendas constituían nuevos centros de población, pues, como escribe en 1608 un visitador de la Nueva Galicia, en cada hacienda de minas y en muchas estancias suele haber muchos más indios que en muchos pueblos.³⁰⁹

La concentración de la propiedad en pocas manos fue producto de la ganadería en zonas semiáridas y desprovistas de mano de obra indígena. En esta concentración, los indígenas resistieron una doble presión: la del latifundista y la de las pequeñas villas de españoles.

Hubo dos métodos empleados por el latifundismo para someter a los indios y garantizar la mano de obra. Uno fue invadiendo tierras comunales transformando a los indios en *gañanes* o *peones*, apareciendo como arrendatarios, al concederles pedazos de tierra dentro de las haciendas para mantenerlos en arraigo.³¹⁰ Esas aglomeraciones se conocen como naboríos agrupados alrededor de la casa del amo.

Acerca de este método, hay que hacer dos puntualizaciones:

Primera, las comunidades tenían la posibilidad de solicitar al virrey mercedes de tierra para legalizar su propiedad. Se requería una solicitud formal y sujetarse a un procedimiento especial no entablado por muchos pueblos, pues, "No comprendían la necesidad de conseguir el reconocimiento oficial de las relaciones de posesión como propiedad".³¹¹ Esto es muy importante, pues aquí radica una de las relaciones de pertenencia del indio con la tierra, ajena a consideraciones legalistas con deliberadas contradicciones sumada a una

³⁰⁶ Supra, p. 70.

³⁰⁷ Chavalier, Francois, *La formación de los latifundios en México*, México, Fondo de Cultura Económica, 1976, pp. 160

³⁰⁸ Supra, p. 212.

³⁰⁹ Supra, p. 214.

³¹⁰ Supra, p. 350.

³¹¹ Nickel, Herbert, *Morfología social de la hacienda mexicana*, op. cit. p. 50.

agrimensura inexacta. Segunda, por necesidad, algunas comunidades vendían pedazos de tierra para pagar adeudos tributarios a la Corona. En el siglo XIX después de la repartición de terrenos comunales, los nuevos propietarios tuvieron que vender sus parcelas para pagar los impuestos reclamados por el fisco.

El otro método fue a través del *cuatequil*, esclavos, mulatos e indios *libres* traídos desde el sur por los propietarios de las minas, que se esforzaban por retenerlos, en especial por deudas. Si el hacendado no tenía liquidez, los peones tenían que permanecer en las haciendas para recuperar salarios devengados.

Como sostiene Nickel, la hacienda se había convertido en la institución universal de dominio español, sobre todo al final del período colonial:

Algunas esferas de conflictos entre las comunidades y haciendas se habían decidido a través de estas últimas mediante la transferencia de las funciones comunales ellas. Construir Iglesias, se encargaban de la recaudación de los tributos, concedían derechos de usufructo sobre la tierra y agua. Por último, pretendían asumir funciones políticas e imponer normas de conducta social de convivencia propia de su territorio.³¹²

Observamos que tras los litigios, resultaba más cómodo para las autoridades en teoría con jurisdicción, trasladarla a la hacienda, dotándola de potestad judicial, además de sus elementos económicos y sociales expresadas en relaciones de *Dominium*. Recordemos la frase "el rey tiene en su reino el mismo poder que el emperador en el Imperio".

Destruída la jerarquía tradicional de las ciudades y comunidades, el rango de importancia institucional era: hacienda-rancho-pueblo-barrio.³¹³

La hacienda impuso condiciones culturales. Las relaciones derivadas de la *cohesión social*³¹⁴ al interior de ella, eran de orden jerárquico. Se creaban sentimientos de dependencia recíproca emocionalmente cargados de modo diferente: el hacendado para mantener su dominio, hacía uso de atributos personales para vincular afectivamente a los trabajadores, por ejemplo,

³¹² Supra, p. 58.

³¹³ Supra, Gibson, p. 59.

³¹⁴ Wolf, Eric, "Haciendas y plantaciones en Mesoamérica y las Antillas", en *Haciendas, latifundios y plantaciones en América Latina*, México, Siglo XXI, 1975, pp. 493-531.

propiciaba relaciones paterno-filiales. El peón acasillado desarrollaba sentimientos de dependencia no solo en aquella línea, sino también de hostilidad, pues estaba ligado al patrón por necesidades fundamentales como la subsistencia o la salud.³¹⁵ La ejecución del trabajo acreditado en mercancías, la tienda de raya, la tienda del patrón, era la única posibilidad para el trabajador de "cubrir" sus necesidades. Su función adicional era condicionarlo en su consumo y en sus posibilidades productivas: "las necesidades solo se satisfacen trabajando en la hacienda".

Sustituida la encomienda por el peonaje como sistema de trabajo, la *evolución* que siguió la tenencia de la tierra del indio, estuvo sujeta a la vía latifundista. Para Michel Gutelman³¹⁶ son dos las formas de liquidación de las relaciones sociales precapitalistas: la vía latifundista y la vía campesina (o vía farmer).

La primera fue la aplicada en México. A pesar de que con la vía campesina desaparece el latifundismo y la propiedad privada, y en su lugar se da la nacionalización y desemboca en sistemas de redistribución parcelaria,³¹⁷ sin embargo, "...la liquidación progresiva del latifundio feudal no implica la de las explotaciones agrícolas privadas. Por el contrario, se estimula su desarrollo adornándolas ideológicamente con todas las virtudes, sobre todo cuando se trata de la 'pequeña explotación familiar'.³¹⁸

En vísperas de la revolución los hacendados controlaban el campo. Para 1810, existían 3,749 haciendas,³¹⁹ en 1910 había 11,000 haciendas que cubrían 88'000,000 de hectáreas.³²⁰ En épocas de desorden y abusos, el solo autoabastecimiento hacendario, convertía a la hacienda en una *institución* atractiva, una vez que los indios eran expoliados, desplazados o desposeídos. La hacienda es aún protagonista del campo mexicano en el siglo XX. Es en el porfiriato cuando empezó a transformarse.³²¹

En el terreno social, destaca la reproducción de la *jerarquía* hacendaria al interior de las propias comunidades, esto es, las facultades *jurisdiccionales* del

³¹⁵ Supra.

³¹⁶ Gutelman, Michel, *Capitalismo y reforma agraria en México*, 9ª ed., México, Era, 1983, p 18.

³¹⁷ Supra, p. 18.

³¹⁸ Supra, p. 23.

³¹⁹ Nickel, Herbert, op. cit. p. 58. Según Navarro y Noriega.

³²⁰ Gutelman, op. cit. p. 40.

³²¹ Supra, p. 37.

hacendado sobre sus peones, eran repetidas por padres de familia indios en su relaciones con ésta y con la propia comunidad.

La hacienda, como señorío feudal americano, reprodujo en los criollos y caciques la aspiración de prestigio perseguida en España y lograda en América: el dominio de la tierra.

Esta ulterior ordenación del espacio, tras la ocupación española mediante la aplicación indirecta de la guerra justa, sigue la línea medieval, pues representó una forma de *Dominium*, que sin embargo, no cesó con la gran nacionalización de la tierra por la constitución de 1917, solo la transformó. La figura del *Imperium* romano, no pudo imponerse efectivamente, pues la vocación capitalista periférica de nuestro país, exigía la presencia de explotaciones capitalistas y de indios convertidos en campesinos. El camino del *Imperium* sigue transformándose, y hoy día, continua cediendo al *Dominium*.

4. Otra expresión de la Conquista espiritual: las reducciones

El clero regular instalado en América empleó el procedimiento de la reducción, considerada como “forma política humana” para la conversión de los indios.

Las reducciones se adscriben a la colonización religiosa emprendida por la orden mendicante franciscana, dominica y por la orden apostólica jesuita.

Las reducciones aparecen como proyectos de colonización pacífica, y de sometimiento, en lugar de la guerra de Conquista. En 1520 la orden dominica presentó a Carlos V su primer proyecto de colonización pacífica. La guerra justa era reemplazada. Felipe II en 1573 implantó las ordenanzas de población y pacificación.

Las reducciones o congregaciones, consistía en,

La reducción de los indígenas en sitios predeterminados aislados de los asentamientos españoles a los que se les atribuía la calidad administrativa y gubernamental de pueblos de indios, comprendidos a su vez en el corregimiento. Los objetivos legales para la creación de las reducciones fueron instruir a los nativos en la fe católica y enseñarles a vivir en concierto y policía aunque, en realidad se trató de resolver el problema de la escasa producción agrícola originada por los abusos de

los primeros encomenderos [que exterminaron a poblaciones enteras]...³²²

Con el obispo de Michoacán Vasco de Quiroga, en 1534, se dio la primera concentración de indios más importante de la Nueva España.

Con el ejército de misioneros o "doctrineros", la Corona pudo mantener buena parte del control en América.

La contribución de las órdenes a la obra evangelizadora, les reportó ganancias en tierras y privilegios. Sobre el asunto, muchos de estos privilegios entraron en contradicción con el espacio que disputaba para sí el clero secular.

Las reducciones son muestra de jurisdicciones especiales a cargo de misioneros, que instalados en la *república de indios*, fueron considerados por sí mismos como los más idóneos para la empresa evangelizadora. La manifiesta vinculación económica a estas figuras fue característica de todas las *instituciones* creadas por los españoles en América.

Las reducciones fueron quizá, el logro de Bartolomé de las Casas, sobre todo tras su debate con Sepúlveda y su constante insistencia a la Corona: antes de emprender la violencia para someter, hay que persuadir.

El modelo asimilacionista de las reducciones, pudo haber sido expresado en otras latitudes en las llamadas reservaciones.

³²² Rivera Marín de Iturbe, Guadalupe, *La propiedad territorial en México*, op. cit. pp. 221-222.

CAPÍTULO IV. PERSPECTIVAS DEL SITIO DE LOS PUEBLOS INDIOS A PARTIR DE LA HISTORIA. LA CUESTIÓN DEL TERRITORIO Y LA CULTURA

Parte I. La dicotomía entre lo público y lo privado

1. La igualdad natural para contratar traducida a la cultura homogénea

La formulación del concepto Estado-nación y su correlato la soberanía territorial, tiene como antecedente la doctrina del *Dominium*. Como hemos señalado el origen de aquella doctrina radica en la relación a partir de la tierra de poderes y derechos ejercidos concurrentemente sobre los mismos objetos y personas.

La primera relación se da a partir de la *propiedad* de la tierra del señor feudal: *Imperium*, convertida en la propiedad de los príncipes, y la segunda, la derivación a partir de esa propiedad de privilegios y obligaciones: *Dominium* que tendrá como fuente el contrato. Así la distinción entre derecho público y privado empieza a contribuir a la supremacía de aquél, invirtiendo la preeminencia privatista.

Al tener a la ley y al contrato, como fuentes del derecho público y del privado, respectivamente, tenemos que el criterio de distinción es la manera bajo la cual uno y otro existen en cuanto conjunto de reglas vinculantes de la conducta.³²³

Entonces la ley como fuente del derecho público, se convierte en norma obligatoria porque es impuesta por el detentador del poder soberano (el príncipe). El derecho privado, o de los privados, queda estructurado por las normas que ellos establecen.

Ahora bien, la fusión ley-contrato,

[...] revela toda su fuerza explicativa en la doctrina moderna del derecho natural, para la cual el contrato es la forma típica bajo la que los individuos regulan sus relaciones en el estado de naturaleza, es decir, en donde no existe todavía un poder público, mientras la ley, definida normalmente como la expresión más alta del poder soberano, es la forma bajo la cual son reguladas las relaciones entre los súbditos, y

³²³ Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad*, op. cit., p. 18.

entre éstos y el Estado, en la condición civil, esto es, en la sociedad que se mantiene unida por una autoridad superior a los individuos.³²⁴

Entonces, como bien señala Bobbio, el derecho privado es el derecho del estado de naturaleza cuyos institutos fundamentales son la propiedad y el contrato. El derecho público nace del Estado, mediante la supresión del estado de naturaleza.³²⁵

El Estado para consolidarse y diferenciarse, debe contraponer el interés colectivo al interés individual. "La primacía de lo público adopta diversas formas de acuerdo con las diversas maneras en que se entiende el ente colectivo –la nación, la clase, la comunidad, el pueblo- a favor del cual el individuo debe renunciar a su autonomía".³²⁶ La constante de la primacía de lo público, radica en la combinación del principio de que el todo es primero que las partes, con la emergencia del Estado territorial.

De esta combinación podemos explicar que siendo la propiedad un elemento fundamental de las relaciones privadas, pase a la jurisdicción del nuevo Estado, quien la controla y le impone modalidades.

El Estado-nación además de constituir la infraestructura para una administración disciplinada en términos de Estado de derecho "...creó la base para la homogeneidad cultural y étnica..."³²⁷

La forma que adoptó la primacía de lo público en el Estado-nación mexicano como ente colectivo, fue la Nación, cuya condición fue aquella homogeneidad cultural y étnica, portadora de la soberanía. Hasta muy recientemente:

"La Nación Mexicana es única e indivisible. La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas..." (Art. 2, Constitución General de la República).

Desde el siglo XVIII, como apunta Habermas,³²⁸ se ensamblan dos significados de nación: como comunidad de descendencia y como población del Estado, y mediante la soberanía estatal, a toda nación le asiste el derecho de autodeterminarse políticamente. "El contexto de pertenencia étnica queda

³²⁴ Supra.

³²⁵ Supra.

³²⁶ Supra, p. 28.

³²⁷ Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez*, 3ª ed., Madrid, Trotta, 2001, p. 621.

³²⁸ Supra, p. 622.

sustituido por una comunidad democrática de voluntad...³²⁹ La identidad con la nación no se halla, en una cultura común, sino en la praxis ciudadana de ejercicio de derechos democráticos de participación.³³⁰

Esta es una espléndida argumentación, a partir de la cual haré algunas observaciones.

En la Colonia, como se ha analizado en este trabajo, los pueblos indios estuvieron sujetos a formas de explotación y tenencia de la tierra, derivadas del derecho privado medieval que portaban los conquistadores. En esas relaciones de *dominio*, el indio quedó excluido de un verdadero derecho de propiedad, sumando a ello, su condición de tutela. Así, el derecho privado de aquella época, poco le benefició, verificándose así la primera exclusión, la medieval. Por demás está mencionar en esta sección, la posibilidad de algún derecho de esta índole, derivado del concepto de guerra justa.

Por otro lado, el contrato, fuente del derecho privado, lo coloca en igualdad genérica para *contratar*, felizmente sin distinción de color o cultura, al interior de un Estado territorial del que ya es parte como población de ese Estado.

El nuevo conjunto de reglas vinculantes de su conducta, ya no están en la encomienda o en la hacienda. Ahora provienen del Estado en su connotación de *Imperium*, lleno de personajes que permanente del recuerdan que tiene derechos y que debe ejercerlos, al margen de la tradición, que en el derecho moderno, no es fuente privilegiada.

“La forma final del universalismo etnocéntrico es el concepto de meritocracia, que ordena que la carrera de todos contra todos se corra equitativamente, pero ignora el hecho de que los corredores inician su carrera desde puntos muy variados determinados por la sociedad”.³³¹

Además, sustituida la pertenencia por una comunidad democrática de voluntad, y siendo ésta la que sostiene al contrato social, el indio mexicano padece aquí la segunda exclusión, la de la *modernidad*, en su acepción del progreso del que no participa, y en su acepción ideológica que ha desvirtuado el sentido de la cultura, pues se ha empleado como lo que separa a los pueblos. De ahí la “asistencia técnica apolítica” que *armoniza* la cultura con el desarrollo,³³² y

³²⁹ Supra.

³³⁰ Supra.

³³¹ Wallerstein, Immanuel, *Después del liberalismo*, México, 1996, Siglo XXI, pp. 174-175.

³³² Supra, pp. 164 y ss.

sobre todo busca la participación, que más que consensos, se torna legitimadora.

2. Derechos naturales para los iguales. Derechos humanos para los desiguales

Tenemos dos clases de relaciones sociales: las que se dan entre iguales y entre desiguales. Tanto la sociedad natural como la de mercado han sido descritas como sociedades de iguales o con relaciones de coordinación.³³³ Las relaciones entre desiguales han derivado de la sociedad política, u organización compleja ubicada por encima de las relaciones privadas.

Las relaciones sociales sufrieron otra diferenciación a partir de la economía política: la distinción entre relaciones económicas de las políticas. Aquéllas fundamentalmente desiguales a causa de la división del trabajo, pero formalmente iguales en el mercado. Las relaciones políticas, desiguales por la subordinación ciudadana al poder público.³³⁴

A la diferenciación de la sociedad a partir de relaciones entre iguales y desiguales, ubicadas las primeras en la esfera del derecho privado y las segundas en la esfera del derecho público, se ha sumado a la actualización del paquete de derechos naturales, los derechos humanos de los ciudadanos, con relaciones desiguales frente al Estado.

Los derechos subjetivos traducibles en libertad de acción, se expresan en el artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: "La libertad consiste en poder hacer todo lo que no cause perjuicio a otro. Así el ejercicio de los derechos naturales del hombre no tiene otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el disfrute de los mismos derechos".³³⁵

En la concepción de derechos naturales, cuyo fondo es una relación privada entre iguales que crean al Estado, lógico es que los derechos naturales que se otorguen en ese nuevo Estado civil, no tengan más límites que asegurar el disfrute de los mismos derechos a los demás. Por ello, el derecho moderno, producto del contrato "...resulta especialmente adecuado para la integración

³³³ Bobbio, op. cit. p. 15.

³³⁴ Supra.

³³⁵ Habermas, Jürgen, idem, pp. 146-147,

social de sociedades en las que ocupa una posición prominente el sistema económico".³³⁶

La tensión entre libertades subjetivo-privadas y la autonomía ciudadana, permanecen en la relación no aclarada entre derecho subjetivo y derecho público, "... y dentro de la tradición del derecho natural racional en la competencia aún no resuelta entre los derechos del hombre y soberanía popular".³³⁷

El problema se acentúa más, cuando tratamos los derechos de los pueblos indios, o *minorías*, así llamados por el derecho internacional. La universalidad de los derechos del hombre y su matriz privatista, no podían acomodarse a una concepción comunitaria.

La acogida del derecho internacional del *derecho de los pueblos* a disponer de sí mismos, se limitó a la instancia exclusiva de la descolonización.³³⁸

De lo anterior, tenemos que: en la medida en que los pueblos colonizados han aprovechado el derecho a disponer de sí mismos frente a los Estados colonizadores, ¿acaso el mismo instrumento no podría ser utilizado por las minorías al interior de los Estados establecidos, las cuales a su vez, reivindicarían el derecho de independencia?³³⁹

El candado a esta situación ya estaba puesto desde el nacimiento del Estado producto del contrato, que empleó a la Nación para la primacía de lo público: las minorías son población del Estado, y no comunidades de descendencia diferenciada, que los califique como *pueblo*, pues se pondría en riesgo la integridad territorial de los Estados, garantizada no solo por el derecho interno del Estado, sino también por el derecho internacional.

Los textos internacionales relativos a los derechos del hombre, aprehenden al fenómeno minoritario, para garantizarle principios de igualdad y de no discriminación, preservando primero la integridad del Estado.³⁴⁰

³³⁶ Supra, p. 148.

³³⁷ Supra, p. 149.

³³⁸ Roulard, Norbert, et. al., *Derecho de minorías y de pueblos autóctonos*, México, Siglo XXI, 1999, p. 158.

³³⁹ Supra, p. 161.

³⁴⁰ Supra, p. 170.

La protección internacional de los derechos del hombre, reconoce la protección y libertades de las personas pertenecientes a minorías. Con esta protección, queda manifiesta la voluntad del Estado, de no querer colectivizar el sistema de protección minoritaria, ni en el marco de los derechos del hombre, ni en el de los derechos humanos.

La no colectivización de los asuntos de las minorías, obedece, entre otros, a que los derechos del hombre garantizan la libre actividad de la libertad individual. Así, los miembros de las minorías, individualmente dispuestos para participar de esa libertad, gozarán de garantías de igualdad y de no discriminación. Por eso, el Estado no tiene porque ampliar los derechos humanos a ámbitos que en teoría no le corresponden, y que de entrada no está interesado en hacerlo.

El relevo de los derechos subjetivos por el funcionalismo sistémico, que a través de metodologías desprende a esos derechos de consideraciones normativas y con ella la desconexión de la persona moral y natural respecto del sistema jurídico,³⁴¹ complica aún más la aprehensión de los derechos subjetivos y colectivos. Su legitimidad excede al proceso político de producción de normas; desprovistos de legitimidad, los derechos subjetivos no tienen mas que la legalidad de la dominación política, llamada positivismo jurídico.

Con el positivismo, no se conserva el contenido moral de los derechos subjetivos, y por ello se enfrentan constantemente autonomía privada y pública o ciudadana.

Ahora bien, para Habermas el vínculo entre los derechos del hombre y los derechos humanos, radica en que aquéllos estén fundados en la autonomía moral del individuo, cobrando fuerza positiva mediante la autonomía política de los ciudadanos.³⁴²

Expresados los derechos humanos en la positividad del derecho, reclaman para sí su legitimidad "...las decisiones cambiables de un legislador político, permiten cada vez menos cubrir esa necesidad de legitimación recurriendo a la tradición o a la eticidad en que hemos crecido".³⁴³ La celeridad legislativa por sí misma no pone en riesgo la legitimidad, sino más bien, el procedimiento

³⁴¹ Habermas, Jürgen, *Facticidad*, op. cit. p. 152.

³⁴² Supra, p. 159.

³⁴³ Supra, p. 160.

empleado por la praxis ciudadana de ejercicio de derechos democráticos de participación.

Entonces, el derecho, ha quedado sometido al potencial de racionalidad liberado desde el punto de vista de la cultura y del socializador: el mundo de la vida, proceso biográfico *incontrovertible*, pisa las fronteras de la validez que otorgan los sujetos privados o la autoridad pública.

“La irrupción de la reflexión en el proceso biográfico genera un nuevo tipo de tensión entre conciencia de la contingencia, autorreflexión y responsabilidad por la propia existencia individual”.³⁴⁴

La apropiación pública de la tradición vinculada al historicismo y al nacionalismo, ha creado una historia nacional en disolución. “Entonces la autonomía política habría de explicarse desde una conexión *interna* de la soberanía popular con los derechos del hombre”.³⁴⁵

“La conexión interna que buscamos entre soberanía popular y derechos del hombre, ha de radicar, pues, en el contenido normativo de un *modo de ejercicio de la autonomía política*, que no viene asegurado por la forma de leyes generales sino sólo por la forma de comunicación que representa la formación discursiva de la opinión y la voluntad comunes”.³⁴⁶

La conexión interna que busca Habermas entre soberanía popular y derechos del hombre consiste en que <en el sistema de derechos> se recojan exactamente las condiciones bajo las que pueden a su vez institucionalizarse jurídicamente las formas de comunicación necesarias para una producción de normas políticamente autónoma.³⁴⁷

Parte II. La cultura en la praxis ciudadana de derechos democráticos de participación

El respaldo teórico al ejercicio político de los derechos culturales de las minorías al interior del Estado, no deducible ni de los derechos naturales ni de los derechos humanos, requiere de una reconstrucción de derechos de los pueblos indios.

³⁴⁴ Supra, p. 161.

³⁴⁵ Supra, p. 166.

³⁴⁶ Supra, p. 168.

³⁴⁷ Supra, p. 169.

Sin asumir la cultura como elemento de separación, o como identitario de la Nación, la reconstrucción se orienta a que el contenido normativo de la praxis ciudadana de ejercicio de derechos democráticos de participación, contenga también el ejercicio de la autonomía política de derechos culturales.

Para lo anterior, habrá que considerar la integración cultural actualizada e interpretada a partir de la doble exclusión: la medieval y la moderna. Que dicha integración cultural sea medible por las prácticas sociales (lengua, costumbres, tradiciones) puestas en acción en un territorio determinado.

1. La dimensión esencial de los pueblos indios: el territorio y la cultura. Marco teórico

En este apartado, se pretende tratar el territorio y la cultura de los pueblos indios, como elementos vinculados y esenciales que explican la gama de relaciones sociales que de ellos se derivan. Territorio y cultura no deben ser vistos por el lente de un devenir histórico occidental para ser calificados como categorías válidas o no. La temporalidad estará referida a las prácticas e instituciones que aún dan sentido a la vida en común que mantienen los pueblos indios. "... la cultura sólo tiene significado al nivel de los individuos que la utilizan, o lo que es igual: cada cultura expresa una experiencia de sus miembros y supone una consciencia del ambiente histórico-espacial en que transcurre".³⁴⁸

Se trata pues de ser consecuentes con lo que hoy representan esas dimensiones esenciales, sin pretender apologías jurídicas de difícil práctica, o de privilegiar visiones exageradamente estables como si las sociedades tradicionales fueran inmutables.

"La cultura es el sistema de conocimiento a partir de cuyos significados el ser humano tamiza y selecciona su comprensión de la realidad en sentido amplio, así como interpreta y regula los hechos y los datos de comportamiento social. En este sentido, la cultura constituye un programa de y para la acción social que actúa en el ser humano durante el proceso de socialización".³⁴⁹

³⁴⁸ Esteva Fabregat, Claudio, "El concepto de cultura", en Berenguer Castellary A., *Sobre el concepto de cultura*, Barcelona, Mitre, 1984, p.68.

³⁴⁹ Buxó Rey, Jesús, "La cultura en el ámbito de la cognición", en Berenguer Castellary, A., et. al., *Sobre el concepto de cultura*, op. cit., p.33.

Ante la Conquista y posterior camino que tomó el Estado, los pueblos indios han vivido en una reforma continua de su cultura, que ha implicado transformaciones en aquel sistema de conocimiento; por ello su programa de y para la acción social también se ha sido modificado, a saber; en sus propias relaciones y con las del resto de la sociedad, en la economía, en la política y en relación con el medio ambiente.

Dadas las transformaciones culturales, la sobrevivencia de la cultura depende en buena medida de la forma en que se organice y funcione, esto es, una adaptación espacio-temporal específica, haciendo de ella una integración cultural, en la que sus miembros satisfagan sus necesidades por medio de la participación.³⁵⁰ A mayor integración, mayor interdependencia de los involucrados cuyo fin es lograr el mayor grado de satisfacción de sus necesidades.

La integración cultural que llamo interna, será el resultado de la interdependencia entre las formas culturales comunes de cada pueblo indio y la frecuencia con que sean usadas. El grado de integración cultural ha de medirse sobre todo por la práctica cultural del grupo.

Ahora bien, si medimos la integración cultural mediante la práctica cultural, tenemos que dicha práctica ha de desarrollarse en un espacio determinado. No obstante, desde ahora hay que decir que el grado de esa integración, ahora sí externa, dependerá del grado de interdependencia de las formas de cada pueblo en relación con las del resto de la sociedad. Usualmente esos grados de interdependencia están dados por el Estado en el que se hallan los pueblos indios, quien marca las pautas de asimilación, integración, expoliación o en el mejor de los casos de reconocimiento, traducible en normas.³⁵¹

La integración cultural interna, ha de hacer reconocible al grupo a través de prácticas culturales: la lengua, las costumbres, las tradiciones, reconocimiento de autoridades y cohesión por relaciones de parentesco. La acción social de dichas prácticas debe desarrollarse en un espacio, en el que las relaciones de propiedad de los pueblos indios se fincan justamente en la identidad cultural del grupo expresada en aquellos elementos. Y no hablo aquí de una relación mágica entre la cultura y el territorio, sino simplemente del papel que éste

³⁵⁰ Esteva Fabregat, Claudio, "El concepto de cultura" op. cit. p. 72.

³⁵¹ Supra.

desempeña en la reproducción de la cultura y el posible éxito de la integración cultural.

La ruptura a la que ha estado sujeta la relación de los pueblos indios con el territorio, hace necesario elaborar estrategias teóricas que aclaren aquella relación. Para ello, tomamos como punto de partida la propuesta tridimensional tiempo-espacio-práctica cultural planteada en modelos socio-culturales.³⁵²

La propuesta tridimensional sostiene que cada cultura tiene su propia concepción del tiempo, es decir, selecciona y establece hechos como pertenecientes al pasado, presente y futuro; así, el tiempo posibilita una diferenciación cultural. El espacio es la forma en que un grupo sistematiza su relación con el medio y genera cambios en él; se concibe al espacio como una formación específica. Finalmente, considero que la práctica social es la cultura puesta en acción por los miembros del grupo.

Los cuatro modelos socio-culturales tridimensionales son los siguientes:

- 1) Modelo Unívoco.- supone tiempo y espacio étnicos. Tiempo étnico es el establecido por todo el grupo (con carácter de experiencia y proyección) con un sentido genérico. No hay contraste interétnico. El espacio étnico, igualmente se establece por todo el grupo y su relación con él tiene sentido genérico e identitario. "Un espacio es étnico cuando la experiencia y cambios en éste se plantean con ausencia de contrastación respecto al de otros grupos étnicos, pero no así con referencia a la concepción y relaciones establecidas por el propio grupo".³⁵³
- 2) Modelo Dual I.- supone el tiempo interétnico y el espacio étnico. Tiempo interétnico implica el reconocimiento del devenir como propio en términos y función de las relaciones interétnicas. El espacio étnico, es aquel al que el grupo asentado da identidad en sentido genérico.
- 3) Modelo Dual II.- supone el tiempo étnico y el espacio interétnico. Ya se mencionó qué es tiempo étnico. Por su parte, el espacio interétnico implica que la concepción del grupo en su conjunto respecto de él, supone la experiencia y cambio en el propio espacio a partir de la contrastación con la

³⁵² Fernández Martorell, Mercedes, "Una teoría sobre la cultura", en Berenguer Castellary A., op. cit. pp. 81-89.

³⁵³ Supra, p. 86.

experiencia de otros grupos étnicos. Así sus relaciones con el medio, se definen por la resultante de la contrastación interétnica en términos espaciales.

- 4) Modelo Cotejante.- es aquel en que un grupo en su conjunto participa de un tiempo interétnico y un espacio interétnico. Este modelo se plantea en términos de abstracción y contrastación en su conjunto, para la toma de identidad del grupo.

Actualmente el marco de referencia socio-cultural de los pueblos indios de México, se acerca al modelo Dual II. Mi postura teórico-explicativa se identifica al modelo Dual I, pues la concepción del tiempo interétnico implica cambios, modificaciones y adaptaciones a las que han estado sujetos tras los procesos de *aculturación*, entendida como:

“Conjunto de fenómenos que resultan de un contacto continuo y directo entre grupos de individuos de culturas diferentes y que implican cambios en las configuraciones culturales iniciales de uno o de los dos grupos”.³⁵⁴ De acuerdo con la definición, el tiempo interétnico ubica el sitio histórico de la práctica cultural y su significado en relación con otras etnias.

Ahora bien, el espacio étnico del modelo Dual I, a mi juicio debería ir más allá de ese espacio étnico que no solo da identidad a todo el grupo con sentido genérico, sino que es condición de la reproducción de la práctica cultural dispersa de muchas de las etnias, y de reconocimiento de las que aún están concentradas (por eso dicho modelo se adiciona: Dual I1).

Las razones de la dispersión que podríamos enumerar siguieron la ruta del oro desde la Conquista, Colonia, independencia hasta el camino del actual Estado mínimo. El término *etnocidio*, puede explicar mejor la ausencia del espacio étnico:

Es la destrucción sistemática de la cultura de un grupo, es decir, la eliminación por todos los medios, no solo de sus modos de vida, sino también de sus modos de pensamiento. El etnocidio es pues una desculturación voluntaria y programada [...] remite a una realidad [...] la

³⁵⁴ Warnier, Jean-Pierre, *La mundialización de la cultura*, Barcelona, Gedisa, 2002, p. 36. Cita D. Cuhe, *La Notion de culture dans les sciences sociales*, La Découverte, colección <Reperes>, 1996, Paris.

de las operaciones sistemáticas de erradicación cultural y religiosa en poblaciones indígenas, con el fin de que éstas adquirieran la cultura y la religión de los Conquistadores.³⁵⁵

El vínculo indisoluble territorio-cultura de los pueblos indios, debe *actualizarse* como se ha dicho a partir del grado de practica cultural del grupo. Es un hecho que muchas de esas prácticas se conservan por la aprehensión que de ellas hace la *cosmovisión*:

"La cosmovisión es una constelación mental de intuición, sensación y pensamiento sobre el orden del cosmos, el cual se simboliza por medio de categorías universales: el yo, el otro, el tiempo, el espacio, la unidad, la dualidad, lo absoluto, la relatividad, la causalidad y otros".³⁵⁶

La cosmovisión preserva un tiempo étnico, por lo que al tiempo interétnico de la propuesta teórica DI1, se le podría añadir el tiempo étnico. Entonces el nuevo modelo es Dual I1+1.

Recapitulando:

Dual I Tiempo interétnico.
Espacio étnico.

+1 Espacio étnico, no solo por su carácter genérico e identitario, sino como condición para reproducir prácticas culturales. Entonces:

Dual I1

+1+1 Prácticas culturales que se conservan porque son aprehendidas por la cosmovisión, traducible en tiempo étnico. Entonces:

Dual I1+1 **Tiempo interétnico por sus cambios y adaptaciones y a la vez tiempo étnico porque conserva prácticas culturales comprendidas en la cosmovisión. Espacio étnico con carácter genérico e identitario para todos los miembros, y sobre todo, condición de reproducción de prácticas culturales.**

³⁵⁵ Supra, p. 36.

³⁵⁶ Buxó Rey, Jesús, "La cultura en el ámbito de la cognición" op. cit. p. 34.

Por otro lado, y para terminar, la socialización de individuos provenientes de sociedades tradicionales, no contribuyen a la explotación del medio ambiente. Por el contrario, la guerra sin cuartel por los recursos emprendida por el progreso tecnológico, erosiona la naturaleza y a los pueblos indios. De aquí, se pueden invocar muchos derechos, pero uno que preserva la cultura, es el derecho de la propiedad intelectual.³⁵⁷

2. Preludio instrumental espacio-temporal

Las prácticas culturales, la lengua, las costumbres, tradiciones, reconocimiento de autoridades, cohesión por relaciones de parentesco, son las que han sobrevivido concentrada o dispersamente en la vida cotidiana de los pueblos indios, es decir, en el uso de ese tipo de saber sin tener conciencia de que pudiera ser falso; si estamos conscientes de la falibilidad de ese saber, entonces no representa saber alguno.³⁵⁸ El hecho de que en esas prácticas culturales, hayan irrumpido personajes e instituciones, privados y públicos, implica sí la autorreflexión, pero no necesariamente la responsabilidad por la propia existencia individual. La existencia de los pueblos indios ha permanecido bajo formas colectivas, aun sin el goce de un sistema de derechos cuyas expectativas normativas produzcan su eficacia. Su sistema de derechos es eficaz. Eficaz, justo porque no ha subsumido la comunicación a retóricas fascinantes, sino que la ha actualizado, sin privilegiar visiones estables como si se tratara, como he mencionado, de sociedades inmutables. Entonces, el peso de la integración cultural, no se ha desplazado a operaciones de entendimiento intersubjetivo separando validez y facticidad.³⁵⁹ Es decir, hay certezas de coerción fáctica y validez legítima.

Dadas así las bases de la práctica cultural, se requiere del espacio para la acción social. Es claro, que el proceso que ha sufrido la tenencia del territorio de los pueblos indios, es múltiple, compleja y sujeta a diversas jurisdicciones.

³⁵⁷ Supra, p. 98. Cfr. Brush, S. Y Stabinsky, D., *Valuing Local Knowledge: Indigenous Peoples and Intellectual Property Rights*, Island Press, 1996, Washington, D.C. Greaves, T., *Intellectual Property Rights for Indigenous Peoples: a Sourcebook*, Society for Applied Anthropology, 1994, Oklahoma.

³⁵⁸ Habermas, op., cit., p. 84.

³⁵⁹ Supra, p. 88. Habermas opina lo contrario.

Desde *Dominium* hasta *Imperium*, los indios no han sido los actores, ya no digamos centrales, del sistema jurídico que no les reconoce derechos territoriales.

Por ello, obtendremos el derecho a la tierra, de manera indirecta, dada la sustitución de la pertenencia étnica del Estado-nación, por una *comunidad democrática de voluntad*. El camino visible es la praxis ciudadana de ejercicio de derechos democráticos de participación, cuyo contenido normativo reporte el ejercicio de una autonomía política cultural.

3. La discusión sobre el federalismo

La tradición cultural pasa a asentarse sobre la clase de discursos enderezados al entendimiento.³⁶⁰ Si la racionalidad no habrá de reñir con la tradición, tendrá que reconocer que los puentes que tiende para el entendimiento, deben ser consensados y reconocidos por todos.

Es en el Estado liberal, donde hallamos al Estado de derecho, como administración jurídica disciplinadora del Estado-nación.

El Estado de derecho ha dispuesto entre otros, la certeza y la seguridad jurídicas, *aseguradas* por diferentes instancias: federales, locales o municipales. En teoría, con estos órdenes, se *abre el abanico soberano estatal* en sus respectivos espacios y jurisdicciones. Pero no es así.

El uso indistinto y la escasa aplicación de los principios del Estado federal y del federalismo, han contribuido a profundizar el problema. El Estado federal ha cumplido su única misión:

Ser la estructura orgánica en virtud de la cual el Estado pretende organizar *regionalmente* el funcionamiento de su poder. A diferencia de esta estructura orgánica, consideramos al federalismo como un concepto más amplio que persigue el reconocimiento de la pluralidad, no solo formal, sino también material, que contenga las diversas manifestaciones políticas y culturales, tanto de los pueblos indios, y de las propias regiones.

El federalismo en tanto concepto plural, identifica en su ideario sociedades múltiples, cuyo protagonista no es el individuo como objeto de estudio de la economía política o centro de la filosofía utilitarista.

El federalismo reconoce a colectividades con prácticas culturales diferenciadas, con las que construye su concepto político capaz de ser debatido en el orden regional y también nacional.

Se ha propuesto al federalismo como modelo de *acomodo* de los grupos etnoculturales. El sistema federal, implica por tanto un reparto de poder, y es por la vía del federalismo por la que se llega a dicho reparto, y lo que también, ha originado las diferencias.³⁶¹

El ejercicio de derechos democráticos se vincula desde luego al derecho de autogobierno, soberanía local, pero sobre todo, esos derechos se traducen en la representación del grupo y de sus relaciones con el sistema de democracia representativa.³⁶²

Por sí mismo, el federalismo no es suficiente para resolver el problema de las minorías, pues "...todo depende de cómo se tracen los límites de las competencias federales y de cómo se repartan los poderes".³⁶³ Ese es el trazo legitimador, que hace de la praxis ciudadana un verdadero ejercicio de derechos democráticos de participación. Su contenido normativo yace en la autonomía política de derechos culturales.

En el trazo (o medidas ulteriores) deben estar presentes en igualdad genérica y con la expectativa deóntica de cumplimiento, las instancias involucradas en ello: los pueblos indios, el orden municipal, local, federal.

En el *federalismo étnico*, hay que advertir, que la división de poderes original del sistema federal no vino definida por la perspectiva de *acomodar* las divisiones etnoculturales.³⁶⁴ Este es el caso de México. Como señalé al principio del subtema, el Estado federal orgánico, a diferencia de lo que he definido por federalismo, se sujetó a divisiones territoriales administrativas, que ignoraron la presencia de las minorías. Esto tiene un fuerte arraigo histórico-colonial.

³⁶⁰ Supra, p. 161.

³⁶¹ Sobre el tema, cfr. Maldonado Simán, Beatriz, "Breves consideraciones sobre algunos aspectos de la teoría general del federalismo", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 75, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, septiembre-diciembre 1992, pp. 809-827.

³⁶² Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Piadós, 1996, p. 185.

³⁶³ Kymlicka, Will, *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Barcelona, Piadós, 2003, p. 136.

³⁶⁴ Supra, p. 138.

En la Colonia, las formas de fundamentar la tierra de conquistadores y colonos, fueron la encomienda y los repartimientos. Exterminado o expoliado el indio, no había necesidad de trazar límites de protección y de pertenencia. Con el México, recientemente moderno, el Estado-nación hizo su configuración interna, a partir de un proceso centrífugo, es decir, desde el centro se le dio vida política a la periferia, que sin embargo, ya tenía sus propias particularidades e identidades. El monismo del Estado se impuso. Imaginemos entonces, si las regiones fueron así anuladas, los pueblos indios, desde siglos atrás.

Pero supongamos que se puede hacer un trazo de tal manera que las minorías formen una subunidad federal, que dependerá del reparto de poderes entre esa unidad, la región y la instancia federal. Sin embargo, hay "...algunas unidades que encarnan el deseo de las minorías nacionales de seguir siendo sociedades culturalmente distintas y políticamente autogobernadas."³⁶⁵ Unidades basadas en lo que llamo de *práctica cultural*, nuestro caso. (Modelo tridimensional socio-cultural Dual I1+1).

Las unidades que expresan su decisión a partir de la comunidad, de distribuir poderes de acuerdo con un esquema regional, son unidades basadas en la *región*.

Según lo anterior nuestro país es una *federación territorial* de tipo administrativo, o *Estado federal descentralizado* que difícilmente integra en su concepto de federalismo a las unidades basadas en la *región*, y mucho menos a las unidades basadas en la *práctica cultural*.

La presencia de unidades basadas en la *práctica cultural* y en la *región*, pueden demandar formas de *federalismo asimétrico*, es decir, sistema en el que algunas de las unidades federales tengan mayores poderes de autogobierno que otras.³⁶⁶

En el *reconocimiento nacional* reposa el logro de unidades basadas en la *práctica cultural*, y en las basadas en la *región*. Pero sobre todo reposa en lo que llamábamos integración cultural externa o grado de interdependencia de las formas de cada pueblo en relación con los del resto de la sociedad, y con la *sociedad civil*.

³⁶⁵ Supra, p. 144.

³⁶⁶ Supra, p. 149.

"Para la nación mayoritaria, el federalismo es un pacto entre unidades territoriales iguales que, por consiguiente, descarta la asimetría; para las *minorías*, el federalismo es un pacto entre pueblos que, por consiguiente, requieren asimetría entre las unidades basadas en la *práctica cultural* y las unidades basadas en la *región*".³⁶⁷

Ahora bien, ¿cómo se da la representación en el gobierno federal de la unidad basada en la *práctica cultural*? A menor representación, mayor autogobierno. A mayor representación, menor autogobierno. En ambos casos, los problemas son muchos, pues requieren la puesta en marcha de reformas de Estado.

Al principio de este trabajo, planteamos la posibles vías de solución a la cuestión de los pueblos indios de México. Nos adscribimos al proyecto organizado a partir de un pluralismo cultural, como contenido propiamente legitimador de ese proyecto.

La discusión en este capítulo de la vinculación cultura-territorio -cargada de elementos históricos, políticos y sociales- desde una visión teórica y procedimental, esboza apenas la temática. Las posibilidades de consenso dependen de los interlocutores y de sus intereses.

El diseño de un sistema de derechos de los pueblos indios de México, como sostiene Habermas: un sistema de derechos debe recoger las condiciones bajo las que puedan a su vez institucionalizarse las formas de comunicación necesarias para una producción de normas políticamente autónoma. Esto requiere de consensos y de interlocutores interesados en el territorio y en la cultura.

³⁶⁷ Supra, p. 151.

SÍNTESIS DE RESULTADOS

El pluralismo jurídico se ocupa del estudio de los sistemas tradicionales, no incluidos en la clasificación del derecho en familias. El conjunto de sistemas tradicionales constituyen la pluralidad jurídica, definida como la coexistencia en el mismo tiempo y en el mismo territorio del Estado de dos o más sistemas jurídicos.

La eficacia de las normas *puestas* en el pluralismo jurídico se manifiesta en hechos verificables, a diferencia de la efectividad que busca el derecho positivo.

Las relaciones de alteridad se definen por la identificación de los propios valores con los valores en general, con base en el *yo* con el universo. Las relaciones de alteridad con base en la religión católica caracterizaron la Conquista española.

La característica esencial de la Triple Alianza fue el control político de los pueblos conquistados mediante el tributo. No ejerció un control efectivo sobre el territorio.

Españoles y aztecas practicaban guerras diferentes. Unos practicaron una guerra de destrucción, otros esperaban ser tributarios.

El Estado-nación producto del contrato no tiene vínculo con los países colonizados. Ese modelo halla su unidad política en la ficción de sociedades homogéneas y de individuos iguales, en las que se privilegian los derechos subjetivos, a diferencia de las comunidades tradicionales, que buscan el ejercicio de derechos colectivos.

La unidad medieval del Papado e *Imperium* se expresó en la *Respublica Christiana*. La *Respublica Christiana* fue la *realidad* de la conciencia espiritual de la Edad Media, la expresión *racional* de su pensamiento; hizo suyo al derecho natural en un concepto de justicia sobrenatural y de principios

incontrovertibles. El *derecho* en la Edad Media tenía el sentido de un ordenamiento objetivo, inmutable y eternamente válido.

En el Medievo, la revelación y la fe de la religión cristiana, universal y ecuménica, vinculó al hombre con la Iglesia, visualizando a través de ella al Imperio.

El feudalismo se caracterizó por la ausencia de un poder único centralizado, propiciando multitud de señoríos organizados en una sociedad estamental basada en fidelidades personales, que derivaban en jurisdicciones particulares.

El vasallaje ejercido por la Iglesia, como *autoridad temporal*, constituyó una de las relaciones políticas medievales más importantes, con el que se privilegiaba la protección por encima de la libertad.

La doctrina feudal del *Dominium* es la llave de la teoría política del *Estado* medieval. Consistía en una jerarquía de poderes y derechos ejercidos concurrentemente sobre los mismos objetos y personas, desarrollando derechos de servidumbre a partir de la tierra: *Dominium*, y de soberanía: *Imperium*, como la propiedad indivisible coronada por el emperador.

La refundación de la Iglesia y su potestad judicial *plenitudo potestatis*, tiene su base en la Bula *Dictatus Papae*, emitida por Gregorio VII en 1075, que sostuvo que la Iglesia romana tiene su reino directamente de Dios. Proclamó la universalidad del Papa con poderes temporales facultándolo para deponer y excomulgar a monarcas.

La Iglesia adoptó características distintivas de un Estado moderno: autoridad independiente, jerárquica y pública con jurisdicción universal. El derecho canónico constituyó su sistema de jurisprudencia, y contaba con jerarquía judicial que culminaba en la curia papal.

La Iglesia de la Edad Media estaba mejor dotada de facultades jurisdiccionales, que cualquier otra instancia. Era en definitiva, la autoridad de la época para adjudicar tierras a soberanos cristianos.

Con el trabajo de los glosadores y comentaristas, la recuperación del Derecho Romano a partir del siglo XI transmite a Europa instituciones privatistas: el *Dominium* y el *Imperium*. De ellas se sirvieron príncipes y emperadores para reivindicar su autoridad política.

De la combinación del Derecho Romano con el Derecho Canónico, se dotó a la *Respublica Christiana* del *Ius Commune*, como dogmática jurídica práctica, que resolvía problemas jurídicos frente a la pluralidad de los derechos forales.

En el Derecho Romano, los medios de adquisición de la propiedad de acuerdo con el derecho de gentes fueron la *occupatio* y la *traditio*.

En la recepción del Derecho Romano en España, tuvieron gran importancia las *Siete Partidas*, leyes romanistas derivadas de la escuela de los glosadores, que modificaron la práctica jurídica del sistema foral español.

La toma de la tierra en América siguió la lógica del *Ius Publicum Europeam* de la *Respublica Christiana*, basado en la distinción del suelo de soberanos y pueblos cristianos.

Las Bulas *Inter Caeteras*, como documentos medievales, se adscribían a la lógica de adjudicaciones de tierras del *ordo* de la *Respublica Christiana*, cuyo medio de ocupación era la predicación del Evangelio.

El origen de las Bulas *Inter Caeteras* de 1493, procede de una rutinaria institución del siglo XI, conocida como la doctrina *onmi-insular*, la que sostenía la jurisdicción de la Iglesia sobre las islas. La *línea alejandrina* trazada en la segunda *Bula Inter caetera* define la ocupación de las tierras entre España y Portugal.

La escuela escolástica española está más conectada a la teología y al tomismo que al Derecho Romano. La esclavitud *conmensurada por lo justo natural*, manifiesta las relaciones de alteridad entre españoles e indios.

Los títulos más importantes de la dominación de América fueron el mandato de misión y el hecho del descubrimiento.

La elaboración del concepto de *guerra justa* de Francisco de Vitoria tuvo por finalidad justificar jurídicamente la ocupación española en América. La *guerra justa* tendría lugar por la oposición de los indios a la prédica y a la libertad de comercio.

En la controversia de Valladolid de 1550 Juan Ginés de Sepúlveda y Bartolomé de las Casas discutieron sus posturas sobre la ocupación de América. El primero partidario del avasallamiento y la posterior prédica, De las Casas, defensor de la persuasión y del buen trato, para luego evangelizar.

Castilla y Roma tuvieron una relación indisoluble en el descubrimiento validado por Alejandro VI. El vasallaje ejercido por Roma sobre los reinos españoles, los colocó, junto al imperio de Carlos V, como protagonistas de las empresa americana.

El Estado moderno surge como un proceso histórico derivado de la lucha contra el particularismo del poder feudal y el universalismo del Imperio y la Iglesia. Es decir, de la ruptura de la *Respublica Christiana*.

En la Baja Edad Media, la organización social se apartaba de la ordenación del suelo señorío-feudal, y de las relaciones personales producto del sistema de vasallaje. Empezó a formarse el Estado territorial o Estado europeo centralizado que exigía potestades legislativas, en paridad genérica interestatal. Asimismo inicia el proceso de diferenciación del derecho público del privado.

Las relaciones Iglesia-Imperio, son diferentes de las relaciones Iglesia-Estado. Éstas se dan a partir de la superación de las guerras religiosas del siglo XVI.

El descubrimiento y la Conquista ocurren, en el marco de la unidad Iglesia-Imperio de la *Respublica Christiana*.

Las instituciones medievales trasladadas por los conquistadores a América, se caracterizaron por la lucha entre la tradición medieval y la monarquía centralizadora española.

El fracaso del Imperio de Carlos V está directamente vinculado con el oro y la plata americanos. En España, florecieron sectores como la Iglesia, y se dio la expansión de una burocracia cortesana parasitaria.

La tradición medieval de los conquistadores aplicada a la propiedad de la tierra, se dio a través de la esclavitud y prácticas feudales: la encomienda, el repartimiento de indios, el *cuatequil*, la hacienda y las reducciones.

Con la encomienda la organización social, económica y política de los pueblos indios, sufrió un retroceso irreversible. Solo la familia, las relaciones de parentesco y la reciprocidad fueron la base de la nueva organización india.

El indígena fue objeto de un vasallaje múltiple que lo debilitó en todos los planos, razón de la pérdida o usurpación de sus tierras, además de la expoliación, agotamiento, exterminio y malos tratos.

El *requerimiento* es la continuación de la guerra justa, como elemento declarativo. La encomienda igualmente vinculada a la guerra justa fue el elemento *evangelizador* de explotación.

La encomienda y el repartimiento de indios fueron estructuras de explotación del trabajo indígenas y medios por los cuales colonos y conquistadores fundamentaron su propiedad.

La ordenación del suelo mexicano durante la Colonia, se hacía a la manera medieval: a partir de la doctrina del *Dominium*: en su acepción de feudo dominante, el conquistador ejercía derechos feudales.

La transformación de la encomienda (al eliminar el servicio personal de los indios) a un mero sistema de pago de tributo, influyó en el desarrollo del *cuatequil*, como sistema de trabajo libre asalariado, origen del peonaje al interior de las haciendas, abastecedoras de víveres de las minas. El peonaje fue el sustituto histórico de la encomienda como sistema de trabajo.

La encomienda y la hacienda comparten estructuras coloniales de explotación. Con la encomienda, conquistadores, clérigos, funcionarios, caciques, adquirieron haciendas, donde reclutaban fuerza de trabajo indígena.

La hacienda fue un instrumento colonial que vulneró la propiedad comunal, usurpó y absorbió a comunidades indias. La hacienda constituyó la organización rural más importante durante la Colonia y sus *efectos secundarios* se han verificado hasta el siglo XX. Se caracterizó por la *cohesión social* y la jurisdicción que ejercía el *patrón* sobre los peones acasillados y los arrendatarios.

Las reducciones fueron los instrumentos empleados por la corona para *evangelizar* a los indios mediante la actividad de las órdenes mandicantes, sobre todo franciscanos, dominicos y la orden apostólica jesuita.

De la distinción del derecho público del privado hallamos el origen privatista del contrato social, siendo la propiedad el elemento esencial del contrato y de las relaciones privadas.

La primacía del derecho público nace a partir del Estado-nación que requiere del *Imperium*, manifestado en soberanía territorial.

El Estado, en su acepción de Nación, asume a la población del Estado como homogénea, reemplazando la pertenencia étnica y cultural, y toda comunidad de descendencia, por una comunidad democrática de voluntad.

La exclusión de los pueblos indios de la modernidad producto de la ilustración, se debe, entre otros, a que la tradición no es fuente privilegiada del derecho moderno.

Los derechos naturales deducidos del estado de naturaleza, privilegian los derechos subjetivos de *todos*. Por ello son derechos *entre iguales*. Los derechos humanos se dan entre desiguales, en virtud de la relación política de Estado-ciudadano. Es imposible para el Estado implicar los derechos colectivos con los derechos humanos, pues aquellos ya están *garantizados* por derechos ciudadanos.

La supervivencia de la cultura depende de su adaptación espacio-temporal, haciendo de ella una integración cultural en la que sus miembros satisfagan sus necesidades por medio de la participación. La integración cultural se mide por las prácticas culturales, que requieren un espacio de reproducción.

La cultura es un sistema de conocimiento que tiene significado para los individuos que la utilizan. Por medio de ella el ser humano selecciona su comprensión de la realidad, obteniendo a la vez un programa de acción social.

Del contenido normativo de la praxis ciudadana de los derechos democráticos de participación, se puede obtener una autonomía político-cultural.

El federalismo reconoce a colectividades con prácticas culturales diferenciadas, capaces de tematizar su demandas en el orden regional y nacional. El Estado federal, en cambio, subsiste como forma orgánica que asegura divisiones territoriales administrativas.

El federalismo asimétrico consiste en que algunas unidades federales tengan mayores poderes de autogobierno.

CONCLUSIONES

Con el objeto de tener una comprensión teórica precisa, sobre la forma en que se modificaron las estructuras de tenencia de la tierra de los pueblos indios, es importante emprender investigaciones históricas anteriores al surgimiento del Estado-nación.

El *Ius Publicum Europeam*, no resistió la ilustración geográfica. Los descubrimientos problematizaron las estructuras jurídicas medievales, que ordenaban el reparto de tierras con base en asentamientos seguros, al interior de la *Respublica Christiana*. Los nuevos títulos jurídicos para la ocupación de América fueron el descubrimiento y la ocupación.

La línea alejandrina fue la primera línea global que ordenó el suelo en el mundo. Al interior y al exterior de Europa y América, un acto constitutivo jurídico inauguró un nuevo Derecho Internacional.

Los trabajos de la escolástica española, en particular, los de Vitoria, no gozaban de autonomía *científica*. Por el contrario, se trató de una elaboración *ad hoc*, que sentó las bases de las guerras de colonización.

El análisis de los títulos jurídicos de la ocupación española en América, puede establecer líneas teóricas sobre el proceso que han seguido las *guerras justas* y sus elementos justificadores.

La síntesis del pensamiento jurídico medieval y de las instituciones empleadas en la ocupación de América, muestra que los nuevos ocupantes fundamentaron su propiedad con figuras de los siglos alto y bajomedievales.

La condición de México como país periférico, se debió a la explotación de la mano de obra del indio, que permitió desde la Conquista la acumulación de riqueza de los países centrales. Esto se produjo mediante dos fenómenos: el interno, cuya fuerza derivaba de la debilidad de la metrópoli en relación con los conquistadores. Éstos mediante instituciones feudales, mantuvieron la esclavitud y la extracción de energía humana dispuesta en mercancías. El

efecto externo fue asegurado por el vasallaje ejercido por la Corona sobre los indios, quienes mediante la tributación, producían también para una economía global de materias primas.

La forma *evangélica* de la encomienda cumplió con el título otorgado por el Papa a los reyes de España. La encomienda allanó el camino de formas de adquisición de la tierra y explotación del trabajo de siglos posteriores: repartimiento de indios, *cuatequil*, hacienda. Sus correlatos laborales: trabajo obligatorio, *trabajo libre asalariado*, y peonaje por deudas.

Con lo anterior, los pueblos indios quedaron imposibilitados para reproducir sus prácticas culturales vinculadas al territorio. Su exclusión social y económica estaba dada desde entonces.

El derecho moderno producto del contrato social ha sometido a los pueblos indios a una segunda exclusión. La primera, la exclusión medieval, la segunda o moderna, con el argumento de *Imperium*, y de soberanía territorial. El Estado-nación ignora la necesidad de reproducción cultural a través del territorio de aquellos pueblos, con base además, en la homogeneidad cultural, el monismo estatal y el positivismo jurídico.

Siendo la cultura un mecanismo de comprensión para aprehender la realidad, tiene significación en tanto se emplea y manifiesta a través de prácticas culturales, como la lengua, las costumbres, las tradiciones. Las modificaciones de las prácticas culturales de los pueblos indios vinculadas con el territorio, requiere el diseño de líneas de investigación que partan de esa realidad concreta que integre todos los elementos capaces de ser normados y consensados.

La ausencia de líneas teóricas eficientes para vincular el territorio y la cultura de los pueblos indios, dificultan también el diseño procedimental de posibles soluciones.

No obstante, en la línea teórica, he propuesto una síntesis del siguiente modelo tridimensional integrado por: tiempo-espacio-práctica cultural. Dadas estas categorías, el contenido sería el siguiente:

Tiempo interétnico, por sus cambios y adaptaciones.

Tiempo étnico, porque conserva prácticas culturales comprendidas en la cosmovisión.

Espacio étnico con carácter genérico e identitario para todos los miembros, y sobre todo:

Espacio étnico, como condición de reproducción de prácticas culturales.

Este modelo teórico, tendría que operar al interior de unidades basadas en la práctica cultural, establecidas por el federalismo asimétrico.

La vía es la praxis ciudadana de ejercicio de derechos democráticos de participación, cuyo contenido normativo reporte el ejercicio de una autonomía político-cultural.

Con lo anterior el reemplazo de la pertenencia étnica de los pueblos indios de México, por una comunidad democrática de voluntad, puede contenerse en la praxis ciudadana del ejercicio de derechos democráticos de participación que porten una cultura común.

Y por último, el ejercicio de la autonomía político-cultural, se lograría por el vínculo entre los derechos del hombre y los derechos humanos, mediante la fuerza positiva de la autonomía política de los ciudadanos.

BIBLIO-HEMEROGRAFÍA

- ABBAGNANO, N., VISALBERGHI, A., *Historia de la pedagogía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- AGUIRRE BELTRÁN, Gonzalo, *Obra antropológica IV. Formas de gobierno indígena*, 3ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1991.
- BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, *Tratados I*, México, Biblioteca Americana/41, Fondo de Cultura Económica, 1997.
- BARUCH, SPINOZA, *Tratado teológico político, Tratado político*, Madrid, Tecnos, 1996.
- BENÍTEZ, Fernando, *La ruta de Hernán Cortés*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1956.
- BERMAN, Harold, *La formación de la tradición jurídica de occidente*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- BOBBIO, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- BONFIL BATALLA, Guillermo, *México profundo*, México, Grijalbo, 1989.
- BRAVO GONZÁLEZ, Agustín, BRAVO VALDÉS, Beatriz, *Derecho romano*, 18ª ed., México, Porrúa, 2001.
- BRODA, Johanna, "Las comunidades indígenas y las formas de extracción del excedente" en *Historia Económica de México*, Cárdenas, Enrique (comp.), t. I, Lecturas núm. 64, México, Fondo de Cultura Económica, 1989.
- BUXÓ REY, Jesús, "La cultura en el ámbito de la cognición" en Berenguer Castellary A., *Sobre el concepto de cultura*, Barcelona, Mitre, 1984.
- CARBONNIER, Jean, *Sociología jurídica*, Madrid, Tecnos, 1982.
- CASSIRER, Ernst, *El mito del estado*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1997.
- CLAVERO, Bartolomé, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, México, Siglo XXI, 1994.
- CORREAS, Oscar, "El derecho indígena frente a la cultura jurídica dominante", en *Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indios, IV Jornadas Lascasianas*, coord. Ordóñez Cifuentes, José Emilio, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994.

_____ *Introducción a la sociología jurídica*, México, Fontamara, 2000.

- _____ *Pluralismo jurídico, alternatividad y derecho indígena*, México, Fontamara, 2003.
- _____ *Sociología del derecho y crítica jurídica*, México, Fontamara, 1998.
- CUÉ CANOVAS, Agustín, *Historia social y económica de México 1521-1824*, México, Trillas, 1997.
- CHAVALIER, Francois, *La formación de los latifundios en México*, México, Fondo de Cultura Económica, 1976.
- CHIOVARO, F/BESSIERE, G., *Urbi et orbi, dos mil años de Papado*, Barcelona, Ediciones Grupo Zeta, 1997.
- DE VITORIA, Francisco, *Reelecciones del estado, de los indios y del derecho de la guerra*, México, Porrúa, 1995.
- ESTEVA FABREGAT, Claudio, "El concepto de cultura", en Berenguer Castellary A., *Sobre el concepto de cultura*, Barcelona, Mitre, 1984.
- FERNÁNDEZ MARTORELL, Mercedes, "Una teoría sobre la cultura", en Berenguer Castellary A., *Sobre el concepto de cultura*, Barcelona, Mitre, 1984.
- FLORESCANO, Enrique, *Etnia, estado y nación*, México, Taurus, 2001.
- _____ "La conquista, la encomienda y la desorganización de los sistemas de trabajo indígena, 1521-1541", en *Historia Económica de México*, Cárdenas, Enrique (comp.), t. I, Lecturas núm. 64, México, Fondo de Cultura Económica, 1989.
- FUENTES LÓPEZ, Carlos, *El racionalismo jurídico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- GONZÁLEZ GALVAN, Jorge Alberto, "La enseñanza de la antropología jurídica en Francia" en *Etnicidad y derecho, un diálogo postergado entre los científicos sociales*, V Jornadas Lascasianas, coord., Ordóñez Cifuentes, José Emilio, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996.
- GONZÁLEZ, María del Refugio, *El derecho indiano y el derecho provincial novohispano. Marco historiográfico y conceptual*, Cuadernos constitucionales México-Centroamérica, UNAM/Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 1995.
- GONZÁLEZ VIDAURRI, Alicia, GORENC, Klaus, SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto, *Contrato social en México, D.F.*, México, UNAM, Escuela Nacional de Estudios Profesionales Acatlán, 1998.

- GRIGÓLEVICH, J., *La iglesia católica y el movimiento de liberación en América Latina*, Moscú, Progreso, 1984.
- GUTELMAN, Michel, *Capitalismo y reforma agraria en México*, 9ª ed., México, Era, 1983.
- G.W.F. HEGEL, *Fenomenología del espíritu*, 3ª ed, México, Fondo de Cultura Económica, 2002.
- _____, *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, t. III 3ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1997.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, 3ª ed., Madrid, Trotta, 2001.
- JEAN-JACQUES, ROUSSEAU, *El contrato social o principios del derecho político*, Madrid, Tecnos, 2000.
- JOHN, LOCKE, *Ensayo sobre el gobierno civil*, México, Nuevomar, 1990.
- KYMLICKA, Will, *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, Piados, 1996.
- _____, *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, Barcelona, Piados, 2003.
- _____, STRAEHLE, Christine, *Cosmpolitismo, Estado-nación y nacionalismo de las minorías*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- LEON-PORTILLA, Miguel, *Visión de los vencidos*, 22ª ed., México, UNAM, 2003.
- MALDONADO SIMÁN, Beatriz, "Breves consideraciones sobre algunos aspectos de la teoría general del federalismo", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 75, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992.
- MARGADANT, Guillermo, *Derecho romano*, 11ª ed., México, Esfinge, 1982.
- _____, *La segunda vida del derecho romano*, México, Porrúa, 1980.
- MÖRNER, Magnus, "La hacienda hispanoamericana", en *Historia Económica de México*, Cárdenas, Enrique (coord.) t. II, Lecturas núm. 64, México, Fondo de Cultura Económica, 1990.
- NICOLAU COLL, Augusti, VACHON, Robert, "Etnicidad y derecho: un enfoque diatópico y dialogal del estudio y la enseñanza del pluralismo jurídico" en *Etnicidad y derecho, un diálogo postergado entre los científicos sociales*, V *Jornadas Lascasianas*, coord., Ordóñez Cifuentes, José Emilio, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996.

- O'GORMAN, Edmundo, *Historia de las divisiones territoriales de México*, 2ª ed., México, Porrúa, 2000.
- PEREZ COLLADOS, José María, *Los discursos políticos del México originario*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.
- PETIT, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano*, México, Ediciones Selectas, 1982.
- PIRENNE, Henri, *Historia económica y social de la edad media*, México, Fondo de Cultura Económica, 1978.
- RIVERA MARÍN DE ITURBE, Guadalupe, *La propiedad territorial en México, 1301-1810*, México, Siglo XXI, 1983.
- ROSS, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, México, Fontamara, 2001.
- ROULAND, Norbert, et. al., *Derecho de minorías y de pueblos autóctonos*, México, Siglo XXI, 1999.
- SABINE, Georg, *Historia de la teoría política*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1982.
- SCHMITT, Carl, *El nomos de la tierra en el derecho de gentes del *Ius Publicum Europaeum**, Granada, Colmenares, 2002.
- _____ *Teólogo de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, "Historia del sistema jurídico mexicano" en *El derecho en México. Una visión de conjunto*, t. I., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991.
- STAVENHAGEN, Rodolfo, *La cuestión étnica*, México, El Colegio de México, 2001.
- _____ CARRASCO, Tania, "La diversidad étnica y cultural", en Florescano, Enrique, *El patrimonio nacional de México I*, México, Fondo de Cultura Económica/CONACULTA, 1997.
- STEIN, Stanley J., STEIN, Bárbara, "Europa y las estructuras de dependencia, 1500-1700", en *Historia Económica de México*, Cárdenas, Enrique (comp.), t. I, Lecturas núm. 64, México, Fondo de Cultura Económica, 1989.
- _____ "La economía colonial" en *Historia Económica de México*, Cárdenas, Enrique (comp.), t. I, Lecturas núm. 64, México, Fondo de Cultura Económica, 1989.
- TODOROV, Tzvetan, *La conquista de América. El problema del otro*, México, Siglo XXI, 2001.

THOMAS HOBBS, *Leviatán, o la materia forma y poder de una república eclesiástica y civil*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.

TOMAS DE AQUINO, *Suma Teológica*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, Universidad de Salamanca, 1959.

_____ *Tratado de la ley, tratado de la justicia, gobierno de los príncipes*, México, Porrúa, 2000.

VILLORO, Luis, "Del estado homogéneo al estado plural", en *Pueblos indígenas y derechos étnicos, VII Jornadas Lascasianas*, coord. Ordóñez Cifuentes, José Emilio, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999.

_____ *Estado plural, pluralidad de culturas*, México, Piedad-Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Filosofía y Letras, 1999.

_____ "Los pueblos indios y el derecho a la autonomía", en *Etnicidad y derecho, un diálogo postergado entre los científicos sociales, V Jornadas Lascasianas*, coord., Ordóñez Cifuentes, José Emilio, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996.

WALLERSTEIN, Immanuel, *El moderno sistema mundial I. La agricultura capitalista y los orígenes de la economía-mundo europea en el siglo XVI*, 10ª ed., México, Siglo XXI, 2003.

_____ *Después del liberalismo*, México, Siglo XXI, 1996.

WARNIER, Jean-Pierre, *La mundialización de la cultura*, Barcelona, Gedisa, 2002.

WECKMANN, Luis, *El pensamiento jurídico medieval y los orígenes del derecho internacional*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

_____ *Constantino el Grande y Cristóbal Colón. Estudio de la supremacía Papal sobre las islas, 1091-1493*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1992.

_____ *La herencia medieval de México*, 2ª ed., México, El Colegio de México/Fondo de Cultura Económica, 1984.

WOLF, Eric, "Haciendas y plantaciones en Mesoamérica y las Antillas" en *Haciendas, latifundios y plantaciones en América Latina*, México, Siglo XXI, 1975.

ZAVALA, Silvio, *La encomienda indiana*, México, Porrúa, 1973.