



Relaciones. Estudios de historia y sociedad

ISSN: 0185-3929

relacion@colmich.edu.mx

El Colegio de Michoacán, A.C

México

Narváez Hernández, José Ramón

Exclusión legal del indígena en el proceso de codificación en México

Relaciones. Estudios de historia y sociedad, vol. XXVI, núm. 104, 2005, pp. 30-55

El Colegio de Michoacán, A.C

Zamora, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=13710403>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



EXCLUSIÓN LEGAL DEL INDÍGENA
EN EL PROCESO DE CODIFICACIÓN
EN MÉXICO

RELACIONES 104, OTOÑO 2005, VOL. XXVI

*José Ramón Narváez Hernández**

DIRECCIÓN DE ESTUDIOS HISTÓRICOS
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

La historia del derecho resulta útil para mostrar la relación entre codificación y derecho de los pueblos indígenas, un examen de la codificación mexicana que demuestra la ausencia del indígena de los temas jurídicos. Una crítica a los orígenes del código, copia que pudo afectarnos. Una contribución a la historia de los conceptos jurídicos. Tema de gran actualidad que pone de manifiesto la falta de comunicación entre el mundo jurídico indígena y el mestizo.

(Derecho indígena, pluralismo jurídico, derecho alternativo, codificación de los derechos indígenas)

El derecho no es otra cosa que la organización en lo que tiene de más estable y de más preciso.

La vida general de la sociedad no puede expandirse a ningún campo sin que la vida jurídica le siga en el mismo tiempo y en las mismas relaciones.

Emile Durkheim



ONTOLOGÍA JURÍDICA

La rípida relación entre la existencia sin apellidos y la existencia jurídica constatada por un registro oficial y hoy explicitada por una cultura de la “información”; origina en el ciudadano una insatisfacción cívica casi shakespeariana: se “es” empíricamente pero no se “es” legalmente.¹ El derecho moderno con sus constituciones escritas que delinean catálogos de prerrogativas, plantean la ciudadanía como anhelo jurídico, y en el plano civilista el *desideratum* de una “personalidad jurídica”, aun cuando la mitad de la población mundial carece de todas las condiciones para acceder a tal capacidad como la publicita el Estado. Caemos en la cuenta de que exis-

* narvaez@mail.com

¹ Ya lo ha puesto en evidencia Michel Foucault en su libro *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1996, pues no corresponde necesariamente la verdad ontológica con la verdad que a veces mueve a la ley.

ten sectores de la población que estando sólo al derecho positivo no serían personas; en esta tesitura la calidad de indígena se presenta como un hecho paradigmático, que durante siglos ha sufrido la manipulación jurídica sin poder siquiera expresar su parecer, sí es que estamos dispuestos a aceptar que lo tenga.

El estatus jurídico del indígena en México ha sido supeditado a factores extraños a él. Por un lado observamos un iluminismo propio de los gobernantes del siglo XIX, que pretende igualar al indígena al resto de la población, una asimilación artificial basada en la nacionalidad, que idealmente borra características raciales, culturales y de formas de organización a través de un “nuevo derecho” plasmado en la ley de la nación, voz de la nueva sociedad mexicana. Por otro lado, esa ley adoptada y adaptada, después en un proceso denominado codificación (modelo venido desde Europa que complementa y aún incluye² al constitucionalismo heredado de los estadounidenses) forma en la mente de los primeros legisladores una especie de manía por importar modelos legales. El resultado es hasta cierto punto deseado y fomentado, dando por resultado la existencia de una minoría mayoritaria, exactamente la indígena; gobernada, clasificada y juridizada por una mayoría minoritaria gobernante. No resulta de ningún modo exagerado el que un jurista y literato como Manuel Payno opinara que “toda la tierra es de los indios y una vez que se fueron los españoles, los indios han debido entrar a gobernar”.³ Ya nos lo ha advertido en algunas ocasiones Bartolomé Clavero a través del “teorema O'Really”:⁴ Justo Sierra O'Really durante la “Guerra de Castas” irónicamente pide a los indígenas yucatecos hagan la ley para el Estado, pues como mayoría en la península “teóricamente” tendrían ese derecho. El teorema nos lleva a la siguiente enunciación: Algunos grupos indígenas, en cierto territorio, en cierta época debieron tener un sistema de gobierno, una ley, un sistema judicial, en fin, un de-

² J.R. Cossio, *Problemas del Derecho indígena en México*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2002, 23.

³ M. Payno. *Bandidos de Río Frío*, Porrúa, México, vol. 1, 1945, 6.

⁴ B. Clavero, *Ama Llunku, Abya Yala: Constituyencia Indígena y Código Ladino por América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

recho propio por ser mayoría. Cuestión que, es evidente, no se daría mientras hubiera un derecho nacional mexicano, y por lo cual Sierra se atreve a imponer tal reto a los indígenas.

Así, vemos como durante el siglo XIX el indígena conservó su estatus novohispano que lo asimilaba a un menor, es decir una incapacidad basada en la raza, sólo que en la nueva nación, además de este *handicap* jurídico debió sufrir su desaparición legal lo que eliminó todas las formas de protección previstas en el periodo virreinal.

Después de 1824, la ley mexicana en su versión constitucional supone, que todos conformamos una nación, aun si subsistían de facto mil naciones; todos ciudadanos, si bien al principio la gran mayoría quedaba excluida de aquélla por no alcanzar “un patrimonio mínimo”.⁵ Para la otra ley (la privada), el Código Civil, todos serían personas, no obstante la suposición de inicio era el conocimiento uniforme del idioma castellano, así como de ciertos conocimientos mínimos de algunas nociones de derecho continental europeo.

Es por ello que no corresponde en nada la realidad mexicana del siglo XIX con una población multicultural, con un sujeto indígena que participó poco o mucho, pero participó en la revolución para obtener un nuevo orden de cosas. Choque ontológico que hemos venido arrastrando, porque a lo largo de casi dos siglos a nivel jurídico hemos hecho una ficción por la cual deslegitimamos un derecho válido (aún si bien no vigente), a través de fórmulas modernas como la soberanía o el principio de representación, generando en nuestra identidad jurídica nacional una especie de “doble personalidad” con miles de mexicanos que no existen según registro oficial, pero si existen en la práctica, que no tienen derecho pero que siguen teniendo una vida jurídica. Los hemos condenado a una ausencia civil arrogándonos el derecho a representarlos legalmente, hasta aquel día en que se apersonaron ante el Congreso de la Unión para exigir su reconocimiento, para exigir su emancipación. Lograron lo que tantos pueblos han anhelado: el acuerdo. Podrían ser, y de

⁵ Fue hasta la Constitución de 1857, en el artículo 34 que se eliminó la odiosa cifra para adquirir la ciudadanía, ahora se solicitaba un “honesto modo de vivir”.

hecho son ejemplo⁶ y esperanza en lugares tan remotos como Pakistán o Palestina.⁷

EL SUJETO DEL CÓDIGO CIVIL

En 1804, Napoleón obtuvo su Código y como magno heredero le puso su nombre, el *Code Napoléon*, no obstante, que después se hicieron innumerables esfuerzos por llamarlo “Código de los franceses”, el nombre permaneció, y por tanto la idea de un Código con ciertas finalidades, con cierta ideología y pensando en ciertas personas por mandato y voluntad obviamente de Napoleón.⁸

El sujeto en el *Code* es uno y sólo uno, el burgués. En un Estado ilustrado la persona debía ser de un modo y quien no tuviera ese estatus debía buscarlo, es así que se pensó en un paradigma, una construcción jurídica, hecha por juristas y para el Estado, el *sujeto de derecho*,⁹ si bien no es un concepto cien por ciento codicístico, el Código se ha encargado

⁶ No por nada en el II Encuentro de Investigadores sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, llevado a cabo del 24 al 25 de octubre del 2002 en la Universidad Carlos III de Madrid, en innumerables ocasiones se citó como ejemplo, si bien incompleto, el proceso comenzado en San Andrés Larrainzar, como paradigmático en cuanto al desarrollo de los Derechos Indígenas. Para Bartolomé Clavero este proceso lamentablemente quedó incompleto –fue en palabras del historiador un “aborto constitucional”– porque teniendo el Congreso de la Unión facultades para reconocer un proceso legítimo de ordenación de derechos, otorgó una ley que por más que alcanzara la perfección no tenía el verdadero consenso (B. CLAVERO, *Reconocimientos constitucionales de los derechos de los pueblos indígenas*).

⁷ *Convegno Internazionale: Stato di diritto e diritti soggettivi, questioni aperte*, Dipartimento di Teoria e Storia del Diritto, Centro di filosofia del diritto internazionale e della politica globale Jura Gentium, Florencia, Italia 6 de diciembre de 2002. En las exposiciones de Raja Bahlul (Universidad de Birzeit, Palestina) y Ananta Kumar Giri (Madras Institute, India) se citó expresamente el caso de México como fenómeno de pluralidad jurídica con referencia a los Acuerdos de San Andrés.

⁸ Cfr. Eckhard & Maria Theewen, *Napoleon Anteil am code civil*, Berlín, Duncker & Humblot, 1991.

⁹ Portalis ideólogo del Code decía: “En voyant enfin une grande nation, composée de tant d’hommes divers, n’avoir plus qu’un sentiment, qu’une pensée, marcher et se conduire comme si tout entière n’était qu’un seul homme!”, citado por M. Long y J.C. Monier “Portalis. L’Esprit de justice”, París, 1997.

de ponerlo en la cúspide:¹⁰ el artículo 8 expresa terminantemente quién es el sujeto de derecho, es decir quién tiene derecho a usarlo, el *tout français*: “cualquier ciudadano francés” “aunque en realidad se está pensando en el ciudadano razonable y responsable, dotado de un cierto patrimonio, experto en negocios y medianamente versado en cuestiones legales”.¹¹ De este modo se cancela automáticamente una parte de la sociedad: indigentes, menores, mujeres, ausentes, incapaces y un largo etcétera que se multiplicó en la medida en que el *Code* trascendió a otras sociedades.¹² Lo grave como ya lo hemos un poco inducido provocativamente, es que al aplicarse a una sociedad como la mexicana, en un periodo histórico en el que la gran mayoría quedaba al margen de la definición de persona propuesta por el Código, el discurso jurídico resulta totalmente iluso, ingenuo, inoperante y para autores como Bartolomé Clavero hasta ofensivo¹³ porque nos hace aceptar una ley extranjera excluyente, sólo por el puro gusto de decirnos “sociedad moderna”. Es la entronización de la “personalidad plena”, de lo que hoy la actividad comercial denomina *Very Important People* (VIP) y que otorga una posición diferente al que consume más, aquél estatus que integró e integra las nuevas sociedades, tal y como fueron diseñadas.

La personalidad plena o total, depositada en el sujeto de derecho es equiparable en el ámbito público con el ciudadano, que es a su vez el propietario. Es cierto que ya en el *Ancien Régime* existían ciudades, y por tanto el concepto de *bürger*, pero el término al que nos referimos es producto del derecho moderno y propuesto por la codificación. Por su parte, el *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* o Derecho Territorial General para los Estados Prusianos de 1794 (ALR)¹⁴ proponía tres

¹⁰ Cfr. E. Guibert-Sledziewski, “L’invention de l’individu dans le droit révolutionnaire” en: *La Revolution et l’ordre juridique privé. Rationalité ou Acandale? Actes du Colloque d’Orleans*, 11-13 septiembre, 1986, París, 1988.

¹¹ Carlos Ramos Nuñez, “El código napoleónico...” p. 98-99

¹² Cfr. Nuestro trabajo sobre “La crisis de la codificación y la historia del derecho”, en: *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, núm. xv, México, Universidad Autónoma de México, 2003.

¹³ Cfr. B. Clavero, *Ama Llunku...*, op. cit.

¹⁴ Para ampliar el tema véase: Emilio Bussi, “Meditazioni sullo Allgemeines Landrecht für die preussischen staaten” en: *Historia del derecho privado trabajos en homenaje a Ferran Valls i. Taberner*, tomo x, Barcelona, Promociones, Publicaciones Universitarias, 1993.

tipos de ciudadanía según interpretación de Schneider: la del noble *statusrechtliche Bedeutung*, la del terrateniente *ortsrechtliche Bedeutung*, y la de aquél que pertenece a una “ciudad” *staatsrechtliche Bedeutung*. Todo depende de la “pertenencia” a una comunidad, a una nación, por eso en México, por influencia hispánica lo interpretamos como “nacionalidad” y la pertenencia a la “nación mexicana” como un privilegio.

Para el *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die Gesamten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie* o Código General Civil para todos los Territorios Hereditarios Alemanes de la Monarquía Austriaca de 1811¹⁵ (ABGB) y el *Code* el concepto cambió

en realidad se refieren a súbditos y no a ciudadanos libres. Sólo en el código civil hay, por consiguiente, igualdad burguesa de derechos (especialmente en el derecho inmobiliario y hereditario) libertad para la esfera individual, particularmente libertad de actuación contractual y económica, axiomas llenos de vida en una nueva imagen de Estado, en lo que, por lo demás, el *Code* retrocedió al radicalismo individualista de la revolución.¹⁶

Comenzaron así una serie de construcciones “científicas” para definir al ser humano y su posición dentro del derecho, la primera categoría utilizada fue aquella antigua de persona (*prósopon*, máscara en griego) y a la segunda capacidad o personalidad que según Cambacérès, redactor del *Code* es la “facultad de contraer, adquirir, alienar y disponer de los bienes propios para todos los actos que la ley autorice” se construye entonces un largo puente entre el concepto antiguo de origen romano y el nuevo concepto en el código y que se lee en los escritos de uno de los inspiradores del *Code*, Domat quien en sus obras

[...] instituye de manera consciente y articulada un nexo entre capacidad, ordenamiento positivo y estatus, proponiendo, no obstante, una nueva representación de este último [...] habla de la falta de un concepto de capacidad

¹⁵ Ettore Dezza, “Lezioni di Storia della Codificazione civile. Il Code Civil (1804) e l’Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)” Torino, G. Giappichelli Editore, 1998.

¹⁶ F. Wieacker, *Historia del derecho privado de la edad moderna*, Madrid, Aguilar, 1957, 317.

romana cuando se define la edad, el estatus es entonces, cualidad natural o civil, tal de poder identificar cada individuo como titular de la misma y de permitir por tanto una clasificación general de todos los hombres.¹⁷

Otro autor influyente es Pothier “una de las mayores obras de Pothier fueron las *Pandectae in novum ordinem digestae* (1748) en las cuales adoptando la institucional repartición (que viene desde Justiniano) de las materias en sujetos-bienes-acciones, se propone ordenar y reorganizar el Digesto en tres partes: sujeto jurídico y derechos individuales de la persona; derechos reales del sujeto, derechos sucesorios y obligatorios del sujeto. En perfecta sintonía con la sistemática iusnaturalista, en toda la obra da vida a una construcción de derechos subjetivos, racional y totalmente relacionados a la persona (sujeto de derecho) considerado como exclusivo destinatario y titular del derecho”.¹⁸ Pothier trató propiamente el problema de la “raza” como un tipo de servidumbre, en tiempos de Pothier en Francia no existían “jurídicamente” siervos o esclavos, por eso, cualquiera que por razón de su raza estuviera en calidad de siervo de otro, una vez entrando en Francia adquiriría la libertad, siempre y cuando el propietario no solicitase la repatriación.¹⁹

El *Code* tuvo gran éxito, sobre todo en el diseño de un sujeto jurídico, concepto que se fue puliendo, adecuando y dogmatizando. El artículo 7 definió al sujeto utilizando el siguiente silogismo “el ejercicio de los derechos civiles” es independiente de la calidad de ciudadano “la cual no se adquiere ni se conserva sino en conformidad con la ley constitucional” que no es otra cosa que *todos* los que se encuentren en Francia gozan de derechos civiles. Todo parece fraterno e ideal, pero el mismo Código nos revela sus secretos conforme se desarrolla. En principio todos gozan de derechos civiles, siempre y cuando sean franceses, nazcan de franceses o se casen con franceses; las nobles arengas de juristas como Treilhard sobre la “igualdad de los hombres” permanecieron como halo de

¹⁷ G. Mancini, *Cittadinanza e Status negli antichi e nei moderni*, Pescara, Libreria dell'Università Editrice, 2000, 63.

¹⁸ E. Torraza, *et al*, *Storia del Diritto Medievale e Moderno*, Edizioni giuridiche Simone, 2002, 199.

¹⁹ R.J. Pothier, *Oeuvres*, V. Bugnet, París, 1830, vol. IX. Tratado sobre las personas y las cosas.

luz en torno a otra realidad, la política, ahí contaba sólo “el honor de pertenecer a una nación así tan grande que no se puede adquirir automáticamente”²⁰ el goce de estos derechos.

El artículo 8 remarca la idea “cualquier francés goza de derechos civiles”, al extranjero le es necesario la concurrencia de ciertos factores, por tanto, no siempre goza de derechos civiles, cuestión que confirma el 17, porque una vez perdida la calidad de francés, se pierde la calidad de ser titular de derecho, de ser persona (en el sentido jurídico). Esto era claro desde antes, “en derecho, no es lo mismo persona que hombre, hombre es todo ser humano considerado sin respecto alguno a los derechos que la ley le garantiza o le niega [...] Persona es el hombre considerado según el estado de que goza y que le produce ciertos derechos y deberes”.²¹ La clave es el estatus o estado, antes cada hombre tenía un estado dentro de la sociedad y el derecho no era igual para cada uno. La Revolución francesa y los logros del liberalismo cambiaron esto, ahora todos tendrían el mismo estado, el del ciudadano, en este caso francés.

Las codificaciones de los 1800 favorecieron el cambio de perspectivas afirmando la supremacía de la ley sobre el orden natural [...] el individuo humano viene transformado en objeto del derecho y el sujeto se convierte en objeto de reconocimiento de normas y del Estado. La crisis del derecho subjetivo, en conclusión, produce a su vez la crisis de la idea de sujeto de derecho, dando vida a una fase de progresivo “ocultamiento” del sujeto humano.²²

Al igual que en el periodo de la codificación

la escuela histórica y la pandectística cultivaron la idea de traducir en el plano jurídico positivo el concepto filosófico-iusnaturalista del individuo-per-

²⁰ J.E.M. Portalis, *Code Civil des français suivi de l'exposé des motifs*, París, 1804, año XII, p. 73

²¹ J. Escriche, *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense con citas del derecho, notas y adiciones por el licenciado Juan Rodríguez de San Miguel*, facsímil, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional, México, 1993, 528, voz: Persona,

²² P. Barcellona, *I soggetti e le norme*, Per la storia del pensiero giuridico moderno, vol. 16, Milán, Giuffrè editore, 1984, 78.

sona como sujeto de derecho y de fundar el entero sistema jurídico sobre la “potestad de la voluntad” del individuo, considerado en su dimensión psicológica de elemento primario y de creador del mundo social de la acción.²³

Una cuestión que parecía el “sueño hecho realidad” de los juristas, la persona al centro del derecho, pero era un engaño y la doradura de la píldora fue cediendo a finales del mismo siglo en que el Código nació.

IGUALDAD JURÍDICA

Tal perspectiva permeará en el México del siglo XIX con la necesidad política de crear ciudadanos. El ciudadano mexicano moderno, aquél que idealizan los constituyentes, legisladores, gobernantes y literatos decimonónicos, choca de inicio con el mundo indígena que entonces era mayoría.

El indígena considerado como una persona a tutelar durante el virreinato, se convierte en un *personable*, no es persona, lo es en potencia y podrá serlo totalmente si sigue las vías del desarrollo, si se integra a la sociedad mexicana, en suma, sólo si renuncia a su identidad y se “moderniza” que no es otra cosa que una europeización (occidentalización) disfrazada.

El proyecto de elaboración de una nación mexicana cancela de entrada toda inclusión indígena, es la influencia europea del iusnaturalismo racionalista que se traduce en una tendencia homogeneizadora de la humanidad,

el derecho emanado desde las nuevas instancias federales desde 1824 y hasta 1836, en un primer momento se situó en continuidad con las legislativas españolas durante largo tiempo tras el acceso de México a la vida política independiente, y se dejó *influir* después por *tradiciones y escuelas jurídicas racionalistas europeas* que impulsieron el movimiento codificador en detrimento del viejo *ius commune*, pero nunca se preocupó por tomar en consideración las especificidades culturales de las etnias indígenas ni sus sistemas

²³ P. Barcellona, *I soggetti...*, p. 77

jurídicos consuetudinarios, y se limitó a aplicar indiscriminadamente “los principios de igualdad jurídica y del federalismo” [...] el derecho fue más impuesto que otorgado.²⁴

La igualdad formal pretendía por todos los medios, una igualdad material y

se puede llegar a la conclusión de que la legislación posterior a la Independencia no estableció una igualdad jurídica total entre todos los habitantes de la República. Esto puede deducirse de la serie de restricciones que por razones económicas se imponen, para el ejercicio de la ciudadanía, sobre todo. La falta de *capacidad jurídica*, por estas razones, persistió, aunque en la ley se habían borrado las distinciones por el *origen étnico* y se había proclamado que todos los mexicanos eran iguales.²⁵

Es en parte culpa del derecho moderno que aportó un gran cambio

en la concepción de los sujetos, con el propósito de darles a todos ellos el carácter común de hombres. Ese carácter común provenía ante todo del reconocimiento de su igual naturaleza, con el consiguiente desconocimiento de cualquier forma social inmanente o trascendente que pudiera introducir distinciones. Los sujetos nacían iguales y tal atributo se extendía a lo largo de su vida [...] Dado el supuesto general de la igualdad, no se justificaba ya la posibilidad de que los órdenes jurídicos introdujeran distinciones entre los sujetos [...] En adelante, los derechos, las obligaciones, los procedimientos y los tribunales debían ser comunes para todos los sujetos.²⁶

Este es el problema que surge cuando el derecho se concibe como instrumento político que interpreta el querer de quien gobierna, un tipo de concepto de persona hecha sujeto del derecho servía a Napoleón y el mismo término se presentó como útil para ciertos fines a nuestros gobernantes en el siglo XIX, una cuestión de valores y modas,

²⁴ M. Ferrer Muñoz y M. Bono Lopez, *Pueblos indígenas y Estado nacional en México en el siglo XIX*, México, UNAM, 1998, 261-262. Las cursivas son nuestras.

²⁵ M. del R. González, *El derecho civil en México 1821-1871. Apuntes para su estudio*, México, UNAM, 1988, 46. También aquí las cursivas son nuestras.

²⁶ J.R. Cossio, *op. cit.*, 22,

¿se reputará acaso una mejora para nuestra sociedad la derogación de leyes uniformes para hombres que tienen un origen común?, ¿se suspira por códigos en que se lean las denominaciones de indio, blanco, mulato, mestizo, negro y tantas inventadas por el orgullo para clasificar a los individuos de la especie humana, como clasifica el naturalismo a las familias de los animales?, ¿se quiere armar con un puñal a los hijos de un mismo suelo, para que se destruyan mutuamente?, ¿se quiere acabar con la nación mexicana?²⁷

Ahora quedan claros los valores nacionales de aquél entonces: igualdad, libertad y paz; en ese orden. Por eso “desde el punto de vista jurídico el indio *dejó de existir* y con el sistema comunal pasó a considerarse dentro de la ley por especial y opuesto al concepto liberal de propiedad privada”.²⁸

ALQUIMIA JURÍDICA

Una fórmula nacida en un continente diverso como la codificación, que fue aplicada a personas diversas, originó diferentes reacciones, aunque en el fondo se llegó a lo mismo, a un malestar “¿Cómo se puede imponer una misma ley a una sociedad de ‘diversos’? ¿Cómo debe ser formulado un código, sobre qué deberá insistir, a qué podrá recurrir para ser uniformemente aceptado por destinatarios tan distintos?”.²⁹ Tiene razón el profesor Caroni, es “una forma de violencia la subjetividad jurídica generalizada”³⁰ producida por el legislador y que libra “de la obligación (presumiblemente molesta) de corresponder al deseo de grupos y estamentos atribuyéndoles códigos sectoriales”³¹ o peor aun, vulnerando la sacrosanta soberanía nacional dejando que estos grupos originen sus propios códigos, como en el caso que nos ocupa.

²⁷ Palabras de Ignacio Ramírez en el Congreso Constituyente, 18 de abril de 1850 en: Ferrer Muñoz, *Pueblos indígenas...*, 170,

²⁸ J. Velasco Toro citado por Ferrer Muñoz, *Pueblos indígenas...*, 175, nota 157.

²⁹ P. Caroni, *Lecciones catalanas sobre la historia de la codificación*, Barcelona, Marcial Pons, 1996, 44.

³⁰ *Idem.*

³¹ *Idem.*

Es una fórmula alquimista que crea una especie de “sujeto abstracto” y que “desmaterializa al derecho privado, y es notoriamente más difícil de evaluar en el impacto que tiene sobre la realidad”.³² Sin embargo, este impacto existe, veamos como se dio:

La historia del siglo XIX vive en la década de los cincuenta un fundamental momento de transición. Se trata de la fase en la que los liberales de la segunda generación formulan y empiezan a divulgar su política en toda la República mediante la imposición de nuevas leyes y de una nueva constitución. La crisis desatada por la aplicación de la renovada legislación se extiende a todos los ámbitos de la sociedad trastornando las dimensiones política, económica, social y cultural que la componen.³³

Es un juego de prestidigitación que comienza en el nivel legal pero con toda la intención de cambiar realidades, culturas e identidades “las transformaciones directamente provocadas por las leyes de Reforma, las comunidades (indígenas) emprenden un proceso de adaptación que les permite, en un relativo respecto de las leyes, conservar sus estructuras sociales tradicionales y sus respectivas finalidades”.³⁴ ¿Adaptación? Más bien podemos hablar de resistencia. La historia en México comienza con orgullo genético, reflejada en el primer hijo criollo de Napoleón nacido en Oaxaca, un Código Civil descubierto por el maestro Ortiz Urquidí³⁵ y que estuvo en vigor por el año 1828.

No se puede negar la paternidad del Código, aun si como menciona Ortiz Urquidí, el Código oaxaqueño cuenta con otra numeración y con artículos nuevos, en el caso que nos ocupa uno muy interesante, el artículo 8:

Todo habitante del estado está obligado a instruirse de las leyes que sean concernientes a su estado, profesión, o a sus acciones; y ninguno puede fun-

³² P. Caroni, *Saggi sulla storia della Codificazione* “Per la storia del Pensiero Giuridico Moderno, núm. 51, Milán, Giuffrè, 1998, 29.

³³ D. Traffano, *Indios, curas y nación. La sociedad indígena frente a un proceso de secularización*, Turín, Nova Americana, Otto editore, 2001, 219.

³⁴ *Ibidem* p. 220.

³⁵ R. Ortiz Urquidí, *Oaxaca cuna de la codificación iberoamericana*, México, Porrúa, 1974.

dar justificación en la ignorancia de una ley, que ha sido legalmente publicada.

Solamente en el caso en que las acciones que antes eran permitidas, y se miraban como indiferentes, hubiesen sido después prohibidas por las leyes, el infractor deberá ser oído, si alegare, que antes de cometer la acción no tuvo conocimiento de la ley prohibitiva por falta de inteligencia de la lengua castellana, y que no hubo negligencia por su parte en no haberse impuesto de la ley.

Después de cinco años contados desde la publicación de los códigos civil y penal, no se podrá alegar esta excepción.

El principio es claro: la ignorancia de la ley no exime de su incumplimiento, y teniendo en cuenta que cuando se copia el Código, pocas veces se piensa en los destinatarios,³⁶ podemos decir que esto es ya algo, aunque bien poco, y después de cinco años sería nada. Para entonces Oaxaca contaba seguramente con una población mayoritariamente indígena (tal como sucede hoy) y no era nada ilógico pensar en “la formación de un sistema puramente indio, en que ellos lo fuesen exclusivamente todo”,³⁷ pero no fue así, porque los que gobernaban no eran indígenas, pero ¡qué maravillosa poción la que hubiera logrado convertir a los indígenas en un periodo de cinco años en honestos ciudadanos mexicanos!

³⁶ Sobre todo P. Cappellini, *Il Codice Eterno Il Codice eterno, la Forma-Codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità*, en: *Codici. Una riflessione di fine millennio. Atti del incontro di studio*, Florencia, 26-28 octubre 2000. El autor nos refiere las implicaciones entre la forma-código y los “destinatarios” en su relación con el “redactor” del código y que a veces conlleva una especie de “código del código” muchas veces querida por el mismo legislador y que crea una serie de relaciones entre política, lenguaje, código e individuos, y que como dice Cappellini es “un tema fundamental aquel de los destinatarios de la codificación” (p. 18) “La idea, en concreto que el código cree un derecho nuevo en el usuario, un derecho de conocimiento recabable sin mediación directamente de la ‘lectura’ de las normas que la legislación hecha códigos propone, y por tanto, en otras palabras, de tener una identidad comunicativa total (o tendencialmente tal) con el legislador (justamente un territorio ideológico de extracción iluminista que parece tendiente justo a la innovación codiguera entendida como ‘forma’ características retenidas mágicas” (p. 33).

³⁷ Frase pronunciada por Juan de Dios Rodríguez Puebla rector del Colegio de San Gregorio y que recogida por don José María Luis Mora parecía una extravagancia, *Mejico y sus revoluciones*, México, Librería la Rosa, vol. I, 1836, 67.

¡Quién puede negar la gran sabiduría contenida en esta disposición y el ejemplar sentimiento de justicia que la inspiró! ¡Pues como puede ser justo que alguien –el pobre aborigen– que desconoce en lo absoluto la lengua en que nuestro país se expiden y derogan las leyes, se le puedan imponer sanciones por actos que antes estaban permitidos y después hubiesen sido prohibidos por esas leyes!.³⁸

La fórmula, la poción mágica, la proporcionó el Código en donde “el derecho debía ser igual para todos, de ahí que, en primer lugar debía originar un nuevo modo de relaciones sociales, en segundo lugar tenía que ser conocido por todos los hombres, y en tercer lugar debía quedar establecido de manera ordenada y sistemática”.³⁹ Después de Napoleón, y de su hijo oaxaqueño “ningún sujeto estaba en posibilidad de argumentar o alegar un derecho, costumbre, fuero o estatuto personal que no se encontrara previsto”.⁴⁰ La codificación buscaba la “homogeneidad social”, en el orden jurídico mexicano este proceso “forjó una triple oposición a lo indígena: La primera, por el rechazo a la integración de los indígenas a los proyectos políticos; la segunda, por vía del combate que llevó a cabo el Estado a todos aquellos grupos indígenas que no se le sometieran; y la tercera, por vía de su exclusión del proyecto nacional”,⁴¹ Oaxaca no fue concesión, fue oposición disfrazada.

Lo cierto es que el Código oaxaqueño no funcionó, nos lo dice el mismo Benito Juárez como gobernador del estado en 1848:

(El) Código Civil [...] no obstante de que éste contiene disposiciones, que aunque son intrínsecamente buenas, muchas de ellas consideradas con relación a las costumbres y circunstancias peculiares del país no pueden llevarse a debido efecto, sin causar algunos perjuicios, como ya lo demostró la experiencia.⁴²

³⁸ Ortiz Urquidi, *Oaxaca...*, 29.

³⁹ J.R. Cossío Díaz, *Problemas del derecho indígena en México*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2002, 23.

⁴⁰ *Ibidem*, 24.

⁴¹ E. Florescano, citado por: Cossío Díaz, *Problemas del...*, 32.

⁴² Benito Juárez, *Documentos, Discursos y Correspondencia*, selección y notas de Jorge L. Tamayo, t. 1, México, 1964, 527-528, citado por Ortiz Urquidi, *op cit*, 38.

Juárez insistiría en la tarea de realizar Códigos y no sólo como gobernador sino también como presidente de la República, sólo que la tarea se la encargó a uno que ya se había demostrado promotor de la creación de un sujeto jurídico abstracto, don Justo Sierra. Así el buen intento oaxaqueño cayó en el olvido por lo menos hasta 1928.

El encanto alquimista recorrió las legislaturas mexicanas durante el siglo XIX, Ignacio Ramírez, en el constituyente del 1857 nos lo advertía con cierta melancolía. “[...] en vano la Constitución respeta esos grupos como compuestos de ciudadanos, y aun reconoce en ellos la soberanía del municipio; leyes secundarias, sostenidas por el punible interés de unos cuantos acaudillados por los hacendados, pesan sobre el indígena y se le presentan con el antiguo disfraz de una necesaria tutela”.⁴³ Es la eterna paradoja entre tutelar a un individuo de modo particular para protegerlo o asimilarlo al resto de la población para no marginarlo; si se ha de escoger un valor nos parece que antes de la igualdad jurídica existen otros más importantes, justamente aquellos que deben proteger a la persona.

Otro Ignacio ahora Vallarta nos indica qué tan importante es la personalidad jurídica “querer conservar tales privilegios, que desconocen la personalidad jurídica del hombre, hoy que todos los mexicanos sin distinciones de raza son iguales ante la ley, es cosa que no puede ni intentarse”,⁴⁴ por lo tanto Privilegio (quizá costumbre) contra Derecho (muy seguramente el Código).

En la concepción moderna el derecho de la persona (civil) es más bien un privilegio por eso nos llamamos “particulares” o “privados”⁴⁵

⁴³ *El semanario ilustrado*, 23-x-1868 en: Ferrer Muñoz, *Pueblos indígenas...*, p. 166.

⁴⁴ *Votos que como presidente de la Suprema Corte de Justicia dio en los negocios más notables resueltos por este tribunal de 1º de enero al 16 de noviembre de 1882*, Imprenta testamentaria de Ontiveros, 1897, en: Ferrer Muñoz, *Pueblos indígenas...*, p. 170.

⁴⁵ El planteamiento del problema se lo oímos a Paolo Zatti profesor de la Universidad de Padua en una Conferencia que llevaba el título *Variaciones sobre “privado” razonando de derecho de familia*, Facultad de Jurisprudencia, Florencia, Universidad de Florencia, 16-xii-2002. Así el termino latino *privus* que significa “aquel que está delante” representa la raíz de palabras como “particular” y “privilegio”; mientras que *privatus* significa “exentado de aquello que vale para un grupo”; de ambos términos se deduce que “el privado es un poder ante el cual otro poder, el público, se detiene” el problema es que al po-

porque estamos exentos (según esta concepción) del poder del Estado, es la esfera (sobre todo en los contratos) donde el sujeto tendría amplia libertad. Así lo prometió Napoleón, por eso Paolo Grossi llama a esto “el matrimonio secreto” entre el Estado y la clase burguesa. Es la misma concepción moderna al concebir el derecho “del otro” como un “privilegio”, una antinomia que no termina aún y que lleva al individualismo jurídico a instancias de propio paroxismo: cuando se usa el derecho propio se usa como privilegio y se le llama derecho, cuando otro⁴⁶ quiere utilizar “su derecho” se le llama “privilegio” y se dice que es un abuso o un atraso intelectual.

Por olvidadiza que pueda ser la obra de José Joaquín Fernández de Lizardi de los asuntos indígenas su testamento es tajante: “Dejo a los indígenas en el mismo estado de civilización, libertad y felicidad a que los redujo la Conquista, siendo lo más sensible la indiferencia con que los han visto los Congresos, según se puede calcular por las pocas y no muy interesantes sesiones en que se ha tratado sobre ellos [...]”.⁴⁷ No hay más que agregar: Igualdad jurídica *versus* Indígena.⁴⁸

der público se le pide al igual que detenerse de tutelar, y entonces el Estado debe obrar la “liberación del individuo de un sector privado” tal es el caso del menor que viene maltratado por sus padres, el Estado vulnera la familia para tutelar al menor; no obstante nos dice Zatti, existen aun lugares “del privado de más privacidad, delante a los cuales el Estado se detiene por ejemplo de frente al mar amniótico para llegar al *nasciturus* que es un sujeto a proteger”.

⁴⁶ T. Todorov, *La Conquista dell'America. Il problema dell'altro*, Turín, 1992. Es una traducción de un jurista búlgaro que estudia la conquista de América, le llama la atención el encuentro entre dos sistemas de derecho y la posibilidad de entender “al otro” “el problema de cómo considerar al otro, el Indio: ¿Cómo una bestia? ¿Cómo un objeto de propiedad? ¿Cómo un ser intermedio entre hombre y otros géneros naturales? ¿Cómo un hombre disminuido?”, el instrumento que entonces se utilizó fue la “capacidad jurídica” que según Todorov “revela un diseño muy avanzado para la época” la capacidad jurídica nos ayuda, dice, ha tener “criterios de diferenciación de las personas” y éstos variarían dependiendo la época histórica, el espacio, el grado de democracia, etcétera.

⁴⁷ *Testamento de despedida del Pensador Mexicano*, 1ª parte, en: Ferrer Muñoz, *Pueblos indígenas...*, p. 263.

⁴⁸ Y aun en este plano tendríamos problemas porque el término “indígena” abstrae una riquísima gama de culturas que en México ondean entre casi sesenta pueblos diferentes. De hecho el termino “indigenado” sería de algún modo otra construcción jurídica moderna para definir a un amplio sector de la población mundial “La ciudadanía, o

LA JUSTA EQUIDAD O LA DISCRIMINACIÓN POSITIVA

Entre los seres humanos median tantas diferencias que un trato por igual puede ser injusto y opresivo. La igualdad ha significado comodidad, como ya vimos, porque implica un solo esfuerzo: una política igual, un derecho igual, un trato igual; mientras que la diversidad implica trabajo, primero para entenderla y situarla y después para agregarla tal y como es.

Ya vimos también que México estuvo del lado de la comodidad y parece que este criterio se extiende a toda América Latina:

De las diferentes masas de derecho que rigieron en Indias estuvo ausente en el proceso de la codificación iberoamericana la integrada por los derechos indígenas, vale decir, por aquellos de naturaleza consuetudinaria propios de los pueblos aborígenes que habitaban en América después de la llegada de los españoles, y que la Corona confirmó para que siguieran en vigencia [...] los codificadores olvidaron los derechos indígenas y los cancelaron mentalmente, como si no hubieran existido.⁴⁹

La codificación eliminó la costumbre como fuente de derecho, enunciando como única fuente la ley misma, es fácil intuir todo el perjuicio causado a los pueblos indígenas que por siglos se habían regido de este modo:

En los Códigos civiles hispanoamericanos del siglo XIX, la costumbre no es admitida como fuente de Derecho, a veces con el simple silencio –como en el modelo francés– y otras veces mediante declaración expresa. Se le excluye o se le somete a la ley [...] la exclusión se hace más patente en lo relativo a las costumbres indígenas que desaparecen de los códigos de países con im-

nacionalidad, o indigenado, como se quiera decir, es de hecho el vínculo que liga al individuo con el Estado, que define los derechos y deberes que al hombre conciernen como perteneciente a un Estado y que constituye, por lo tanto la suma de todos los derechos del individuo integrando la personalidad jurídica” (Contuzzi, voz. Cittadinanza-diritto italiano e legislazione comparata, en: *Digesto italiano*, VII, 1929, p. 222).

⁴⁹ A. Guzmán Brito, *La Codificación Civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000, 274-276.

portante población aborígen como México y Guatemala y quiebran la propia tradición del Derecho indiano en la materia.⁵⁰

Seguimos siendo ejemplo a citar. Al final del siglo XIX los sectores de la población que habían sido olvidados por la codificación y, en general, por los sistemas de gobierno de índole ilustrada se rebelaron, lo que dio lugar a luchas sociales como trabajadores, campesinos o mujeres. En México esto llevó a una revolución, la segunda más importante después de aquella de independencia. En dicha época Bolaños Cacho escribía:

entre las instituciones y las costumbres, entre las leyes y la sociedad, entre los principios y la práctica, existe un divorcio tan absoluto, como fácilmente explicable puesto que, mientras todas las leyes proclaman y establecen la más perfecta igualdad de derechos entre los habitantes todos de la República, los hábitos sociales tienden a hacer preferente y privilegiada la condición de unos, excluyendo a los otros y desmintiendo aquellos principios.⁵¹

En Europa la crisis de los paradigmas modernos alcanzó al código⁵² y se reflejó no solamente en importantes reformas, sino sobre todo en una abundante doctrina:⁵³

Si el mundo europeo se siente amenazado de una crisis formidable, de un desastre cuyas primeras convulsiones estallan ya, bajo los pies de todos, provocadas por el anarquismo y la cuestión obrera, también en México no dista quizá mucho una crisis semejante, un conflicto parecido provocado por los trabajadores del campo, que no quieren vivir como bestias; por los obreros de la ciudad, que reivindican los derechos de la personalidad humana [...]⁵⁴

⁵⁰ V. Tau Anzoategui, *El poder de la Costumbre. Estudios sobre el derecho Consuetudinario en América Hispana hasta la emancipación*, Buenos Aires, Instituto de Historia del Derecho, 2001, 22.

⁵¹ M. Bolaños Cacho, *Los derechos del hombre (integridad personal y real)*, reedición de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2002, 225-226.

⁵² Remitimos a nuestro trabajo: "La crisis de la codificación y la historia del derecho", en: *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, núm. xv, Universidad Autónoma de México, México, 2003.

⁵³ A nivel italiano recogida por P. Grossi, *Assolutismo Giuridico e Diritto Privato*, Milán, Giuffrè, 1998.

⁵⁴ Bolaños Cacho, *op. cit.*, 326.

La crisis en México también alcanzó al código ya desde el constituyente de 1916-1917. “Si tomamos el código civil, encontraremos que la ley civil chorrea injusticia, es una protección [d]el capitalismo, es una protección constante a los que explotan al pueblo”.⁵⁵ Lo grave quizá sea, que si bien se dio la mencionada crisis, la revolución y aun más un Congreso Constituyente a favor de los “débiles”, en México por lo menos, el indígena quedó al margen “El asunto es particularmente importante debido a que los ‘temas sociales’ fueron el eje de ese Congreso Constituyente. Vistos como sujetos los trabajadores y los campesinos ‘obtuvieron’ el reconocimiento de ciertos derechos [...] sin embargo, los indígenas no lo lograron”.⁵⁶

También durante el periodo que va desde el 1917 hasta la elaboración del Código Civil de 1928 “sabadlo bien, que el Código Penal es el Código de los pobres, es el puñal que los ricos hunden constantemente en el corazón de los pobres; este Código que, [no es] como el civil, [que] es el Código de los ricos para que nunca se les castigue [...]”.⁵⁷ En el mismo año otro diputado nos lo vuelve a recordar: “Por eso alguien dijo, no sé que abogado mexicano, que el Código Penal y el de Procedimientos eran el látigo, el azote que caía eternamente sobre las espaldas de los pobres, y que el Código Civil era el Código de los ricos”.⁵⁸ Diez días después “[...] nosotros sabemos que es necesario reformar el contenido del Código Civil, porque no ignoramos que el Código Civil es código de los ricos, y es necesario hacer que el Código civil sirva también para los pobres [...] mientras que las conquistas revolucionarias no cristalicen en códigos, solamente existirán en nuestras mentes y en nuestros deseos”.⁵⁹

Llegamos al Código de 1928:

⁵⁵ Intervención del diputado Pastrana Jaimes. Diario de Debates de la Cámara de Diputados, Legislatura Constituyente, periodo único, 26-12-1916. Diario 36, p. 688.

⁵⁶ J.R. Cossio, *op. cit.*, p. 32.

⁵⁷ Intervención en defensa del diputado Macip del diputado Martínez Ramón. Diario de Debates de la Cámara de Diputados, Legislatura xxxi, Año legislativo II, sesión del 26-10-1925, Diario 34.

⁵⁸ Diario de los Debates de la H. Cámara de Diputados, Legislatura xxxi, Año legislativo II, periodo ordinario, 01-12-1925, Diario 51, p. 10.

⁵⁹ Diario de los Debates de la H. Cámara de Diputados, Legislatura xxxi, Año legislativo II, periodo ordinario, 10-12-1925, Diario 56, p. 12.

La realidad de una presencia indígena que traslucía por México desde un inicio, con el Código de Oaxaca, y ante la que ha venido a cerrarse a los ojos, vuelve a detectarse por el mismo México en la sucesión de unos títulos preliminares, de unas definiciones que se quieren operativas del propio ordenamiento, tan sólo a la altura del Código de 1928. Por el tratamiento especial que le dedica a la ignorancia de la ley, no es que se ponga exactamente de relieve, pero realmente se detecta una realidad indígena, una determinada imagen suya, la que se hace el Código mismo [...]⁶⁰

El artículo al que se refiere Bartolomé Clavero es el artículo 21 del Código Civil del Distrito Federal de 1928:

La ignorancia de las leyes no excusa de su incumplimiento; pero los jueces, teniendo en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, podrán si está de acuerdo el Ministerio Público, eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por la falta de cumplimiento de la ley que ignoraban, o de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan, siempre que no se trate de leyes que afecten directamente el interés público.

La lectura de este artículo nos invita a la reflexión, el artículo por sí sólo pareciera una feliz “concesión”, un derecho social, justo lo que pedían los legisladores, el feliz logro revolucionario; pero hay algo escondido que no deja de notar Clavero “El Código se plantea para la imposición de una fuente, la ley, y no para el conocimiento de un ordenamiento, el consuetudinario, por muy existente y pujante que sea [...] Para la perspectiva de la codificación, el universo de la costumbre no es nada sino pura privación, mera ignorancia”. Análisis de historiador del derecho y sobre un documento, el Código, fruto del derecho moderno y que aquí en México combate a una costumbre en este caso la indígena. Pero por otro lado el artículo es indecente para una sociedad de iguales, de ciudadanos mexicanos, hasta cierto punto, es “mala publicidad” para el país o habrá quién dirá que es un “rezago legislativo”. Pero el tema nos

⁶⁰ B. Clavero, *op. cit.* 175-176.

atañe y nos invita a pensar por qué al indígena claramente lo excluimos⁶¹ y con un artículo quisiéramos subsanar todo el olvido y encima de todo lo llamamos “atrasado intelectual”. ¿Somos la clase culta que hemos hecho desarrollar al país y le hemos dado al indígena un párrafo en el Código, una reforma al artículo 4º en la Constitución Federal y una Ley, somos realmente caritativos e incluyentes?

El Código Civil de México puede seguir refiriéndose, en el pasaje que ya conocemos, al “notorio atraso intelectual de algunos individuos”, no otros que los indígenas, los que se tachan así de *privados* e incapaces de cultura propia, sin que quienes lo reproducen editorialmente y lo manejan profesionalmente sientan por lo común vacilación ni incomodidad, ya no digo alguna sensación de vergüenza y algún impulso de disculpa.⁶²

Por nuestra parte la disculpa la pedimos a todos los indígenas mexicanos. La incomodidad y la vergüenza, esas, por el momento tendremos que llevarlas a cuestras.

UNA PEQUEÑA PROPUESTA A MODO DE CONCLUSIÓN

La culpa en parte es del Código, por eso nos dice José Ramón Cossío que difícilmente se hace un planteamiento serio del problema indígena.⁶³ El Código creó un dogmatismo jurídico y un sistema de homologación de sujetos que originó un normativismo “los juristas analizan las normas sin mayor consideración de los postulados teóricos”.⁶⁴ Es un vicio en el modo de captar el derecho en México, que impide observar “fenómenos o situaciones que no tengan una precisa y clara expresión normativa”,⁶⁵

⁶¹ “[...] en la medida en que el Estado sólo contemplaba la existencia de ciudadanos-individuos, las etnias indígenas quedaron excluidas como tales del proceso de construcción nacional”, J.A. GONZÁLEZ GALVÁN, *El Estado y las etnias nacionales en México*, p. 15, citado por FERRER MUÑOZ, *Pueblos indígenas...*, 262.

⁶² B. Clavero, *op. cit.*, 231.

⁶³ J.R. Cossío, *op. cit.*, 19.

⁶⁴ *Ibidem*, 29.

⁶⁵ *Ibidem*, 31.

así el Código y su sistema de estudio europeos releídos en México, nos exigieron para ser una sociedad moderna la “homogeneidad social” y por tanto la inexistencia indígena.

El Código nos hizo en México: formalistas, estáticos, acríticos, pasivos, gubernamentalistas, legalistas, sin sentido histórico, sin capacidad para interpretar la realidad, sin sentido social, elitistas, pero sobre todo ladinos y malinchistas, cerrados a nuevas opciones jurídicas como la indígena.

No hemos logrado encontrar abogados que se formen en una cultura de respeto al otro. Parece que todos están hechos con el mismo patrón: de un lado dicen que sólo puede haber una ley, la que ellos conocen, que no puede ser de otro modo, que así es todas partes, que de otra manera sería regresar al salvajismo, a la barbarie; hablan muy satisfechos del imperio de la ley, sin darse cuenta de que así están confesando de qué se trata realmente cuando se pretende imponer una sola ley.⁶⁶

Pero valiente crítica sería aquella que no propone nada. La idea es siempre la de erradicar a toda costa el formalismo, no decimos que este sea un mal deseado, es más, de alguna manera es un vicio del subconsciente, por eso decía Flaubert que “las almas bellas van en éxtasis delante al código civil, obra fabricada por cuanto se diga, con un espíritu mezquino y tiránico porque el legislador en vez de hacer su oficio, que es aquél de regular las costumbres, ha pretendido modelar la sociedad como un Licurgo”.⁶⁷ Es una especie de modorra entrometida, de sueño denso del que debemos despertar.

Necesitamos sobre todo disposición, para escuchar, para aceptar criterios opuestos, para reflexionar. En segundo lugar necesitamos tanta colaboración y trabajo, entre los interesados, para crear normas de convivencia flexibles, como marcos de un cuadro listos a vestir alguna bella pintura. El derecho aun si bien ahora no lo percibimos, vive en la socie-

⁶⁶ Palabras de un indígena en el Coloquio sobre derechos indígenas, en: M. Sandoval, *Lo indígena y lo nacional*, pp. 40-42.

⁶⁷ G. Flaubert, *L'educazione sentimentale: storia di un giovane*, Turín, Einaudi, 1984, 247, citado por P. Cappellini, p. 14.

dad y ahí se desarrolla, formalismo significa sólo captar su parte final y elaborada, precisamente la que tiene una “forma” legal. Por lo tanto, para conocer el derecho indígena, aun aquel derecho privado, necesitamos de observación y de trabajo de campo en donde este derecho vive, muchas veces lo encontraremos ya enunciado, como es el caso quizá de los Acuerdos de San Andrés, otras veces tal vez en libros de estudiosos que han analizado el derecho de un pueblo indígena en particular, y la mayoría de las veces habrá que descubrirlo. Este derecho es actual, consuetudinario y por lo mismo histórico, en el sentido que se desarrolla con la sociedad en la que se aplica, por eso, este trabajo no significa una labor de arqueología jurídica, si bien este derecho tendrá tantas cargas de derecho histórico, prehispánico, indiano o decimonónico. La historia no es cíclica ni lineal sino compuesta de varias fibras que se cruzan en diferentes puntos, hilos de colores que comienzan en un punto y se extienden hacia delante para integrar un armonioso tejido, algunas tonalidades hacen emerger figuras que pueden ser parecidas a otras ya antes diseñadas, pero no son las mismas, aunque el hilo sea el mismo.

La tarea respecto a los interesados,⁶⁸ que no es nada fuera de lugar si pensamos en la gran importancia de la participación “ciudadana” en un régimen democrático, participación elíptica que comienza con pequeños grupos organizados democráticamente en la sociedad o pueblo interesado, y va hacia arriba permeando en grupos mayores a manera de embudo, en teoría, hasta llegar al parlamento nacional.

Si debemos comenzar a tejer nuestro verdadero derecho mexicano, aquél ontológicamente cierto, debemos reconocer la variedad de gamas, estilos y colores que componen el hilar que tenemos en las manos, la armonía y la forma están en el bastidor y en la disposición de los hilos que buscan naturalmente una misma dirección que podemos leer en la historia misma.

⁶⁸ Dentro de estos entendemos también a los juristas que por vocación deberían tener este interés.

BIBLIOGRAFÍA

- Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, núm. xv, México, Universidad Autónoma de México, 2003.
- BARCELLONA, P., *I soggetti e le norme*, Per la storia del pensiero giuridico moderno, vol. 16, Milán, Giuffrè editore, 1984, 78.
- BOLANOS CACHO, M., *Los derechos del hombre (integridad personal y real)*, reedición de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2002, 225-226.
- BUSI, Emilio, "Meditazioni sullo Allgemeines Landrecht für die preussischen staaten" en: *Historia del derecho privado trabajos en homenaje a Ferran Valls I. Taberner*, tomo x, Barcelona, Promociones, Publicaciones Universitarias, 1993.
- CAPPELLINI, P., *Il Codice Eterno Il Codice eterno, la Forma-Codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità*, en: *Codici. Una riflessione di fine millennio. Atti del incontro di studio*, Florencia, 26-28 octubre 2000.
- CARONI, P., *Lecciones catalanas sobre la historia de la codificación*, Marcial Pons, Barcelona, 1996, 44.
- , "Saggi sulla storia della Codificazione", *Per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 51, Milán, Giuffrè, 1998, 29.
- CLAUVERO, B., *Ama Llunku, Abya Yala: Constituyencia Indígena y Código Ladino por América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- COSSIO, J.R., *Problemas del derecho indígena en México*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2002, 23.
- DEZZA, Ettore, *Lezioni di Storia della Codificazione civile. Il Code Civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)* Turín, G. Giappichelli Editore, 1998.
- Diario de los Debates de la H. Cámara de Diputados*, Legislatura xxxi, Año legislativo II, periodo ordinario, 01-12-1925.
- ESCRICHE, J. *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense con citas del derecho, notas y adiciones por el licenciado Juan Rodríguez de San Miguel*, facsímil, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional, México, 1993, 528, voz: Persona.
- ECKHARD & THEEWEN, Maria, *Napoleon Anteil am code civil*, Berlín, Duncker & Humblot, 1991.
- FLAUBERT, G., *L'educazione sentimentale: storia di un giovane*, Turín, Einaudi, 1984, 247.
- FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1996.
- GONZÁLEZ, M. del R., *El derecho civil en México 1821-1871. Apuntes para su estudio*, México, UNAM, 1988, 46.

- GROSSI, P., *Assolutismo Giuridico e Diritto Privato*, Milán, Giuffrè, 1998.
- GUIBERT-SLEDZIEWSKI, E. "L'invention de l'individu dans le droit révolutionnaire" en: *La Revolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou Acandale?*, Actes du Colloque d'Orleans, 11-13 septembre, 1986, París, 1988.
- GUZMÁN BRITO, A., *La Codificación Civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000, 274-276.
- LONG, M. y MONIER, J.C. "Portalis. L'Esprit de justice" París, 1997.
- MANCINI, G., *Cittadinanza e Status negli antichi e nei moderni*, Pescara, Libreria dell'Università Editrice, 2000, 63.
- MORA, José María Luis, *Mejico y sus revoluciones*, vol. I, México, Librería La Rosa, 1836, 67.
- MUÑOZ FERRER, M. y M. BONO LÓPEZ, *Pueblos indígenas y Estado nacional en México en el siglo XIX*, México, UNAM, 1998, 261-262.
- NARVÁEZ, José Ramón, *La crisis de la codificación y la historia del derecho*, en: *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, núm. xv, Universidad Autónoma de México, México, 2003.
- ORTIZ URQUIDI, R. *Oaxaca cuna de la codificación iberoamericana*, Porrúa, México, 1974.
- PAYNO, M., *Los bandidos de Río Frío*, México, Porrúa, vol. 1, 1945, 6.
- PORTALIS, J.E.M., *Code Civil des francais suivi de l'exposé des motifs*, París, año XII, 1804, 73.
- POTHIER, R.J., *Oeuvres*, V. París, Bugnet, 1830, vol. IX (Tratado sobre las personas y las cosas).
- TAU ANZOATEGUI, V. *El poder de la Costumbre. Estudios sobre el derecho Consuetudinario en América Hispana hasta la emancipación*, Buenos Aires, Instituto de Historia del Derecho, 2001, 22.
- TORRAZA, E. et al, *Storia del Diritto Medievale e Moderno*, Edizioni giuridiche Simone, 2002, 199.
- TRAFFANO, D. *Indios, curas y nación. La sociedad indígena frente a un proceso de secularización*, Turín, Nova Americana, Otto editore, 2001, 219.
- TODOROV, T. *La Conquista dell'America. Il problema dell'altro*, Turín, 1992.
- WIEACKER, F. *Historia del derecho privado de la edad moderna*, Madrid, Aguilar, 1957, 317.

FECHA DE RECEPCIÓN DEL ARTÍCULO: 4 de mayo de 2004

FECHA DE ACEPTACIÓN DEL ARTÍCULO: 22 de abril de 2005

