

TEOREMA DE O'REILLY: INCÓGNITA CONSTITUYENTE DE INDOAMÉRICA

Bartolomé CLAVERO

1. *Preámbulo: Indígenas entre Estados.*
2. *Formulación del Teorema.*
3. *Previsión de Europa.*
4. *Acogida en México.*
5. *Constancia en Guatemala y en Chiapas.*
6. *Inconstancia en Estados Unidos y no en Canadá.*
7. *Conclusión: Pueblos entre Estados*

El presente trabajo conoce ensayo, O'Reilly's Theorem, para unos talleres: Citizenship and Rights, del Center for Comparative Legal History, de la Universidad de Chicago (16 de mayo, 1995) y Towards a Legal Global Village? Western Law in non western cultural contexts, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Macao (7-11 de febrero, 1996), con sus sendos maestros de obra: Juius Kirshner y Antonio Hespanha. Pero tampoco el teorema ha atravesado pruebas exclusivamente académicas: notas 41, 74-80 y 84.

Los que quieren permanecer en los indicados territorios (pertenecientes antes a México) podrán conservar el título y derechos de ciudadanos mexicanos o adquirir el título y derechos de ciudadanos de los Estados Unidos¹

1. A mediados del siglo XIX, toda una mitad septentrional del territorio global de México se incorpora formalmente a unos Estados Unidos de América, a los que así oficialmente se llamaba y llaman. La transferencia definitiva se acuerda en 1848 por el Tratado de Guadalupe Hidalgo. Un artículo del mismo, el undécimo, se dedica a *Indians o indios, a savage tribes o tribus salvajes* más en concreto, con previsión de un trato hostil por ambas partes americanas, la mexicana y la estadounidense. Se añade una diligencia para comprometer a la receptora del territorio, a esta segunda parte, en un trato de la población indígena sedentaria que frenase su remoción de unas tierras e impidiese su reclusión en otras, pero esto no se ratifica y acaba suprimiéndose². No hay más explícitamente.

Lo hay implícito. En dicho tratado de transferencia no sólo de territorio sino también de población, en su artículo octavo en particular, hay un tratamiento acogedor de la misma. Los ciudadanos de México transferidos, si no optan por mantener la ciudadanía de origen, adquirirán la de destino. Es previsión que resultaba en principio claramente aplicable a los indígenas asentados, a los de comunidades territorialmente arraigadas, los cuales, para el régimen mexicano, gozaban sin duda de ciudadanía. Fue un efecto tan imprevisto como insólito para los Estados Unidos, cuyo régimen de entonces no admitía la ciudadanía de indígenas que vivieran en comunidades propias, ni de los sedentarios ni de los nómadas. No les era ni siquiera concebible esta participación constitucional de individuos y colectividades ajenas, en su orden interno de política, familia y propiedad, a los presupuestos mismos del sistema constitucional. Las comunidades indígenas asentadas en los territorios procedentes de México crearían así a los Estados Unidos un singular problema de tal índole.

Unos regímenes, los de ciudadanía respectivos, eran distintos, aunque quizá no tanto un sistema, el constitucional de fondo. Esto quiero considerar. No voy a mirar la suerte particular de unos pueblos indígenas transferidos, como tampoco la de una población mexicana no indígena que el Tratado de Guadalupe Hidalgo hace igualmente objeto de tráfico. Miro las posiciones constitucionales de

¹ Tratado de Guadalupe Hidalgo, 1848, en artículo 8: Senado de la República de los Estados Unidos Mexicanos, *Tratados ratificados y Convenios ejecutivos celebrados por México*, Vol. I, 1823-1883, México 1972, Págs. 203-223, art. 8, par. 2; Grewe, Wilhelm G. (ed.), *Fontes Historiae Iuris Gentium*, vol. III.1. Berlín-Nueva York 1992, N° 26, Págs. 215-224: "Those who shall prefer to remain in the said territories may either retain the title and rights of Mexican citizens, or acquire those of citizens of the United States".

² Es párrafo final de dicho art. 11 que, mirando tan sólo la versión última inglesa, falta en la reproducción de Grewe, W.G. (ed.), *Fontes Historiae Iuris Gentium*. Ofrece el texto original completo en inglés con documentación ulterior hasta el trabajo de 1853, cuyo artículo segundo finalmente suprime todas las obligaciones asumidas por Estados Unidos en virtud del undécimo susodicho, Israel, Fred L. (ed.), *Major Peace Treaties of Modern History 1648-1967*. Nueva York 1967, Vol. II. Págs. 733-758.

partida y de llegada respecto a los primeros, los indígenas. Prosigo con cuestiones que usualmente no se formulan o que ni siquiera, por lo común, se conciben en este preciso terreno constitucional³. Comenzaré por México, lo que nos remontará a España, pero no dejaré de retomar a los Estados Unidos dichos. Entre uno y otro caso, me extiendo a Guatemala y, tras ellos, me alargo a Canadá por razones que podrán verse, espero, en su momento. Mi interés sólo es constitucional.

Las grandes masas de indígenas se apresuraron a ejercer sus derechos sin tomar mucho en cuenta la voluntad u opinión de los que habían creído constituirse en directores suyos⁴.

2. México, en la primera mitad del siglo XIX, cuando se independiza de España, es un país indígena en sentido no sólo étnico, sino también cultural. Cifras exactas no cabe dar, principalmente porque parte de una población se mantenía independiente primero del dominio español y luego del mexicano, con lo que no estaba censada, pero digamos que mientras el sector criollo, el de procedencia o estilo europeos, podía ir avanzando hacia los dos millones, el indígena rondaría los seis, si no los sobrepasaba. La proporción oscilaba según regiones entre un extremo superior al noventa por ciento de población indígena a otro mucho más raro en el que la criolla alcanzaba o llegaba, apenas, a superar el cincuenta por ciento⁵. He aquí entonces unas preguntas. Si México era un país indígena, un país de tan notable mayoría indígena, y esta población, la indígena, contaba con la ciudadanía, ¿cómo es que México no se constituye como una nación indígena? ¿Cómo es que no es ella, sino la criolla, quien se hace con los poderes consiguientes que incluyen, según vemos, el de disposición sobre la población? ¿Cómo puede esto ocurrir bajo dichos términos de ciudadanía común? ¿Cómo cabe constitucionalmente sostener tal dominio social criollo? Y pongo el énfasis en la constitucionalidad pues es el aspecto que me importa.

Para la investigación, no parece que haya problema constitucional respecto a la igualdad de ciudadanía. La exposición ordinaria de una historiografía indigenista, la que mira al asunto pues la constitucionalista ni lo hace⁶, explica que dicho principio ya se estableció incluso en unos últimos tiempos coloniales por las

³ Clavero, B. *Derecho Indígena y cultura constitucional en América*, México, 1994.

⁴ Sierra O'Reilly, Justo. *Los Indios del Yucatán*, Menéndez, Carlos R. (ed.). *Consideraciones históricas sobre la influencia del elemento indígena en la organización social del país (1848-1851)*. Mérida 1955-1957, Vol. II. Pág. 48.

⁵ Gibson, Charles. *Los aztecas bajo el dominio español, 1519-1810* (1964), México 1994, Pág. 148; Farris, Nancy M. *La sociedad maya bajo el dominio colonial. La empresa colectiva de la supervivencia* (1984), Madrid 1992, Pág. 114; Lockhart, James. *The Nahuas after the Conquest: A social and cultural history of the Indians of Central Mexico, Sixteenth through Eighteenth Centuries*, Stanford 1992, pág. 433.

⁶ Clavero, B. "Cádiz entre indígenas: Lecturas y lecciones sobre la Constitución y su cultura en tierra de los mayas", En: *Anuario de Historia del Derecho Español*, 65, 1995, lectura bibliográfica que ahora me permite moderar referencias y ahorrar discusiones.

Cortes españolas de Cádiz, por este Parlamento de 1810 a 1813 y por su Constitución de 1812, Constitución común a España y América; prosigue exponiendo que en México también se proclamó desde unos primeros intentos de independencia, desde 1810, y se aseguró tras la misma, desde 1821; y nos dice que, en fin, la ciudadanía indígena, si plantea problema, ya no será de orden constitucional, sino social. Una marginación indígena se imputa al subdesarrollo económico, salvándose el orden jurídico⁷. ¿Tan incapacitada estaba una población como para no ejercer su ciudadanía haciéndose, como mayoría, con la dirección de las instituciones, como para que incluso en la misma época colonial pudiera introducirse sin problema constitucional dicha ciudadanía?

La cuestión es constitucional. En la misma época pudo repararse. Justo Sierra O'Reilly es un jurista significado de mediados del siglo XIX. Presenció el levantamiento indígena que en dicha época estuvo cerca de hacerse en toda la península de Yucatán, manteniendo la independencia de buena parte. Identificó un problema constitucional responsabilizando, no al constitucionalismo, más a una modalidad que entiende perversa: la de las Cortes gaditanas no revisada sustancialmente por la independencia mexicana. El problema constitucional se cifraría en la presencia de una población indígena no sólo bien real sino también nada pasiva ante el advenimiento de Constitución y ciudadanía⁸.

Sierra O'Reilly explica su postura con un dicho de Benjamín Constant: *Rien n'est plus terrible que la logique dans l'absurdité*. Nada más terrible que la lógica sobre el absurdo. Sería el caso: la lógica, la Constitución, y el absurdo, la población, por ser indígena. He ahí lo terrible. O'Reilly lo expresa con una ironía que piensa concluyente: "Vosotros (los indios) valéis y podéis más que nosotros porque formáis la mayoría numérica; la tierra es vuestra: dominadla a vuestro placer y voluntad, porque os pertenece; nosotros recibiremos la ley que os plazca imponernos, porque somos la minoría". En vez de disponer los criollos de los indígenas, lo que en Yucatán llegaría al tráfico prácticamente esclavista, hubiera sido, por lo visto, la inversa: ellos hubieran dispuesto del Estado y así de la población entera. Con todo, para ese jurista, así tendríamos no un defecto sino un exceso de lógica. Quiere mantener el constitucionalismo con la prevención del caso frente a una mayoría allí donde ésta no representa, asume ni garantiza sus presupuestos sociales y culturales. Se trata de ver cómo se salva tras establecerse con ciudadanía común bajo tales condiciones de humanidad tan diversa como capaz, por lo experimentado, de hacerse con las libertades

⁷ González Navarro, Moisés. "Instituciones indígenas en el México independiente", Págs. 29ç09-212, En: Caso, Alfonso, Zavala Silvio; Miranda, José; González, Navarro, M. La Política Indigenista en México. Métodos y Resultados, Vol. I (1954), México, 1991, Págs. 207-313.

⁸ Sierra O'Reilly, J. *op. cit.* Refugio González, María. El derecho civil en México, 1821-1871: Apuntes para su estudio, México 1988, Págs. 146-166; autores varios: Bibliografía comentada sobre la cuestión étnica y la guerra de castas de Yucatán 1821-1910, Mérida 1986.

ciudadanas de la Constitución y de ejercerlas⁹. Parece un *teorema* imposible este *teorema de O'Reilly*.

Teorema había y era constitucional. ¿Cómo se sostenía en dicha situación el principio de igualdad ciudadana? ¿Cómo pudieron entonces evitarse las consecuencias? ¿Cómo pudo así mantenerse el dominio criollo? La respuesta fácil es la de salirse del constitucionalismo presumiéndose que esto es lo que por entonces se hizo: prescindirse del mismo y atacarse el problema por otros medios. Igual que antes se nos decía que la cuestión era social y no constitucional, ahora podría decirse que la solución fue militar y tampoco constitucional. Pero constitucionalismo había y para algo serviría; de algún modo operaría. No digo, desde luego que no concurren, en el problema como en la resolución, otros elementos; digo que existe el de carácter constitucional y que usualmente no se lo considera como parte ni del problema ni de la resolución.

Con ello, también ocurre que, en la actualidad, igualmente se presume que la cuestión, de haberla, no es de naturaleza constitucional. Más si lo fue, lo es.

Si están poseídos de algunas supersticiones, cuales sean, y qué medios se podrían establecer para destruirlas. Si en los diversos y varios idiomas de que abundan las Américas y las Islas hay catecismos de Doctrina Cristiana aprobados por los Obispos¹⁰.

En fecha temprana, antes de la misma Constitución de 1812, las Cortes españolas de Cádiz promulgan un decreto de igualdad entre europeos y americanos sin exclusión de los indígenas. Es del 15 de octubre de 1810. Constituye el momento desde el que suele datarse la igualdad constitucional. Más el entendimiento primario de dicha medida miraba tan sólo a unos términos de igualdad en cuanto a la representación americana y europea en un mismo Parlamento español. La ciudadanía se extendía para equipararse la población con derechos y equilibrarse así el número de escaños que se calculaban y asignaban sobre dicho dato de demografía¹¹. En cualquier caso, los indígenas recibían así la ciudadanía. ¿Cómo se pensaba que fueran a ejercerla? ¿Cómo no se recelaba que ello pudiera trastocar la misma representación americana, si no toda la sociedad de ultramar?

Las Cortes de Cádiz, este Parlamento español, entiende entonces a su modo dicho reconocimiento de ciudadanía indígena. Después de proclamarla,

⁹ Sierra O'Reilly, op. cit. Págs. 42-44. Rodríguez Piña, Javier. La guerra de castas. La venta de indios mayas a Cuba, 1848-1861, México 1990.

¹⁰ Encuesta indígena de las Cortes de Cádiz tras la Constitución, preguntas 10 y 11. En: Castillo, Francisco, Figallo, Luisa J. y Berrera, Ramón. *Las Cortes de Cádiz y la Imagen de América*, Cádiz 1994, Págs. 75-78.

¹¹ Rieu-Millán, Mane Laure. *Los diputados americanos en las Cortes de Cádiz*, Madrid 1990, Págs. 108-146 y 273-294; Lorente, Marta. "América en Cádiz 1808-1812", en: Cruz, Pedro (ed), *Los Orígenes del Constitucionalismo Liberal en España e Iberoamérica*. Sevilla 1994, Págs. 17-66.

ellas mismas se plantearon el punto de si los indígenas podían ejercer su derecho; si tenían capacidad para ello. Lo discutieron en estos particulares términos: ¿Eran los indígenas sujetos de pleno derecho o eran menores de edad permanentes, así discapacitados y por tanto necesitados de una *tutela* institucional? Ésta de *minoría* de edad era la consideración que le venía deparando el indígena el orden colonial, la misma en cuya virtud podía mantener su derecho propio en el seno de sus comunidades, las *repúblicas de indios*, pero así bajo la tutela tanto doméstica como política de una iglesia, la católica, y de una monarquía, la hispana, igualmente dicha católica entonces. Pues bien, esto se debate tras la referida proclamación de igualdad y sin llegarse además a resolución alguna, esto es, entendiéndose que la cuestión está planteada en tales términos de derecho y no precediéndose a cancelar expresamente tal estado cualitativo de *minoría para* una mayoría cuantitativa¹².

El decreto dicho proclama, por la igualdad, "el concepto de que los dominios españoles en ambos hemisferios forman una sola y misma monarquía, una misma y sola nación, y una sola familia". Cuando el mismo Parlamento colecciona y publica sus disposiciones con un índice de materias, una entrada se produce de modo inesperado para nosotros y lógico para ellos, con el concepto de *familia* y no de *nación* ni de *monarquía*: "Sus naturales originarios de aquellos dominios (americanos) forman una sola familia con los españoles europeos". Es el epígrafe que finalmente sintetiza el sentido de dicha medida respecto a los indígenas, los "naturales originarios"¹³. La igualdad era así de familia, una igualdad que permitía entonces la desigualdad de sus miembros, la desigualdad interna de mujeres y menores. No se había declarado que los indígenas hubieran dejado de ser esto último, *menores*.

Lo importante es la Constitución y no sus prolegómenos. Viene para España y para América en 1812. consagra el principio de igualdad con un reconocimiento de ciudadanía que no hace mención, ni por lo tanto excepción, de la población indígena. "La Nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios" y "son ciudadanos aquellos españoles que por ambas líneas traen su origen de los dominios españoles" de tal universo entero, tanto así los de procedencia europea como americana. Siguen unas causas de suspensión de la ciudadanía que podrían afectar especialmente a los indígenas, pero que también se introducen con carácter y efecto generales, sin mención nunca específica de ellos; son en concreto "por el estado de sirviente doméstico" y, mediante un plazo para generaciones venideras, por analfabetismo: "Desde el año

¹² *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias (1810-1813)*, Madrid 1870-1874, Vol. III, Págs. 1667-1669 (21-VIII-1811). Borah, Woodrow. *El Juzgado General de Indios en la Nueva España*, (1983), México 1985, Págs. 390-399; Cutter, Charles R. *The "Protector de Indios" in Colonial New México, 1659-1821*, Alburquerque 1986, Págs. 83-100.

¹³ *Colección de los Decretos y Ordenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias (1810-1813)*. Madrid 1987, Vol. I, Págs. 36 y 261 (10 y 237 originales).

de 1830 deberán saber leer y escribir los que de nuevo entren en el ejercicio de los derechos de ciudadano"¹⁴.

No es todo. La Constitución de 1812 nombra a los indígenas una sola vez y no es con ocasión de la ciudadanía. Al tratar del régimen territorial, entre las competencias de unas instituciones, incluye la siguiente respecto al caso de América: "Las Diputaciones de las provincias de Ultramar velarán sobre la economía, orden y progresos de las misiones para la conversión de los indios infieles". Es la cláusula décima de su artículo 335. Resulta una disposición de *tutela* encomendada conjuntamente a la iglesia dicha católica. La Constitución de Cádiz ya se sabe que era confesional (artículo 12). Y las mismas Cortes tuvieron ocasión de aplicar directamente tal previsión concreta. Otro decreto suyo urgiría en 1813 a que no se retuvieran poblaciones bajo régimen de misión sin la necesidad; y añadía: "Los religiosos misioneros desocupados de los pueblos reducidos, que se entregaren al Ordinario (el obispo), se aplicarán a extender a los otros lugares incultos la religión en beneficio de sus habitantes". Los indígenas aparecen bajo una *tutela* primaria de la iglesia, aún no quedando enteramente a su merced. El mismo decreto dispone que se proceda a elecciones municipales en los pueblos transferidos, agregando la previsión de que se elegirán quienes "tuvieran más inteligencia para administrarlas (las comunidades), distribuyéndose los terrenos y reduciéndose a propiedad particular"¹⁵. He aquí la previsión de que la entrada en *constitución* era salida de *comunidad*, de que una cosa cancelaba la otra. Los indígenas saldrían de manos de las misiones con esta "inteligencia".

Conviene al efecto reparar en otro extremo de la Constitución. Contiene un programa de inculturación que no se reducía al requisito de lectura y escritura para poder accederse a la condición de ciudadanía. Un título completo, el noveno, era "De la Instrucción Pública" y preveía la enseñanza obligatoria del propio orden constitucional en forma no menos religiosa: "el catecismo de la religión católica, que comprenderá también una breve exposición de las obligaciones civiles", diciéndose así además enseñanza, no de derechos sino de obligaciones. ¿No se está previendo la inoculación de toda una cultura como requisito necesario para dicho acceso a la ciudadanía con la consecuencia de permanecerse en otro caso bajo una *tutela* como la de los tiempos coloniales?

Más no adelantemos conclusiones antes de centramos en México, de acudir a Guatemala, de volver a los Estados Unidos y de alargarnos a Canadá. De momento, sólo hemos visto un planteamiento español para América, el modelo constitucional todavía colonial así ofrecido en unas vísperas desde Europa.

¿Queréis formar una división territorial estable con los elementos que componen la nación? Elevad a los indígenas a la esfera de ciudadanos, dadles una intervención directa en los negocios públicos, pero comenzad dividiéndolos por idiomas; de otro

¹⁴ *Ibid.*, Vol. I, Págs 392-459 (vol. II, Págs 104-171 originales), arts. 1-18: 25-3-6.

¹⁵ *Ibid.*, Vol. II, Págs. 1044-1046 (IV. 242-244 originales).

*modo no dividirá vuestra soberanía sino dos millones de hombres libres y seis de esclavos*¹⁶.

4. La Constitución española de 1812 tuvo aplicación en México respecto a la población indígena en lo que toca tanto a la ciudadanía como a la tutela. Tras intentos varios, no llegó a ser completamente sustituida, manteniéndose siempre el principio ciudadano, hasta la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, con su constelación correspondiente de Constituciones estatales. Más todavía pudo interesar durante un tiempo dicha Constitución española y seguir incluso vigente parte de su legislación de desarrollo. Pudo, particularmente, mantenerse su modelo de tratamiento de la población indígena¹⁷.

Las disposiciones de interés constitucional previas a la Constitución Federal de 1824, si traen novedad, es la de un mayor compromiso. El principio de igualdad por ciudadanía se proclama de modo más explícito: "Todos los habitantes de la Nueva España, sin distinción alguna de europeos, africanos ni indios, son ciudadanos", manifiesta un plan constitucional en 1821. Más una visión formada en Cádiz puede también ofrecerse por estas primicias constitucionales mexicanas. En 1822 se establece que las instituciones territoriales "no omitirán diligencia" en unos planes "según los cuales pueda hacerse efectivo en plena propiedad, entre los ciudadanos indígenas y entre los beneméritos e industrioses, el repartimiento de tierras comunales". Pero el principio es el de indistinción por igualdad. "No deberá hacerse" por parte del derecho "distinción alguna de clases" de esta ciudadanía por su origen", expresa en 1823 una disposición en aplicación explícita de dicho principio constitucional. Los *indios* podrán comparecer desde estos comienzos en la legislación mexicana, pero no con la diferenciación expresa de *clases* que veremos en Guatemala¹⁸.

¹⁶ Zarco, Francisco. *Crónica del Congreso Extraordinario Constituyente (1856-1857)*, ed. Catalina Sierra Casaus, México 1957, Pág. 233

¹⁷ de Alba, Rafael (ed.), *La Constitución de 1812 en Nueva España, México 1912-1913*; Tena Ramírez, Felipe (ed.), *Leyes Fundamentales de México (1957), 1808-1992*, México 1992, Págs. 59-104 y 153-195; Galván Rivera, Mariano (ed.), *Colección de Constituciones de los Estados Unidos Mexicanos (1828), México 1988*; "Chiapas (1826), Chihuahua (1825), Coahuila-Texas (1827), Durango (1825), Guanajuato (1825) México León (1825) Oaxaca (1825), Puebla (1825) Querétaro (1825), San Luis Potosí (1826), Occidente o Sonora-Sinaloa (1825), Tamaulipas (1825), Veracruz (1825), Jalisco (1824), Yucatán (1825), Zacatecas (1825)"; Olea, Héctor R. *Sinaloa a través de sus Constituciones*, México 1985, Págs. 113-134: "Sinaloa (1831)"; Galván Rivera, M. (ed.), *Colección de decretos y órdenes de las Cortes de España que se reputan vigentes en La República de los Estados Unidos Mexicanos*, México 1829; Durán, Manuel y Lozano, José María (eds.), *Legislación Mexicana o Colección completa de las disposiciones legislativas*, México 1876, Vol. I, Págs. 347-429 y 510-546; Montiel, Isidoro A. y Duarte (eds.), *Derecho Público Mexicano, Compilación*, México 1871-1882, Vol. I, Págs. 257-462.

¹⁸ Tena Ramírez (ed.), *Leyes Fundamentales de México*, Págs. 22 (1810), 26 (1811), 30 (1813), 33 (1814), 115 (cita de 1821, art. 12 del programa constitucional conocido como Plan de Iguala), 124 (1822), 142 (cita de 1822); Durán, Isidoro A. y Lozano, J. M^a (eds.), *Legislación Mexicana*, Vol. I. Págs. 628-629; Montiel, I.A. y Duarte (eds.), *Derecho Público Mexicano*, Vol. I, Pág. 288, la cita de 1823 de aplicación de dicho principio de Iguala, el cual conoce versiones con el inciso de refuerzo de la indistinción étnica como sin él; del Arenal, Jaime. "La utopía de la libertad: la esclavitud en las

Entre las Constituciones, la Federal de 1824 trae novedad, aunque poco expresiva. Contiene una cláusula de competencia del Congreso (artículo 49.11), la cual resulta traducción prácticamente literal de un mismo apartado de la Constitución Federal de los Estados Unidos de América (artículo 1.8.3): "to regulate commerce with foreign nations, among the several states, and with the Indian tribes"; en la versión mexicana: "arreglar el comercio con las naciones extranjeras y entre los diferentes Estados de la Federación y tribus de los indios". Es mención que no proviene así de Cádiz, Europa, sino de Filadelfia, América. Más no puede tener el mismo alcance en unos y otros Estados unidos americanos. En origen, operándose sobre el supuesto de que las comunidades indígenas constituyen en principio naciones distintas, la cláusula sirve para establecer sobre las mismas el poder de unos Estados Unidos y la competencia de sus instituciones federales. Como veremos, la jurisprudencia constitucional estadounidense ya había formulado estas reglas durante la primera mitad del siglo XIX en unos términos de *tutela* igualmente colonias. Más en México, esta tutela está directamente establecida y el supuesto de partida es de pertenencia de la población indígena a la nación mexicana, por lo que no se plantea tal problema de apoderamiento constitucional, pues con ellos existe, ni tampoco tal cuestión de capacitación Federal, puesto que los indígenas son ciudadanos igual que los no indígenas. La cláusula fue aprobada en México sin debate¹⁹.

Su alcance es aquí inferior. Lo tiene respecto a población indígena no asentada en ningún Estado y respecto también a los Territorios que no forman Estados. Una distinción entre gobierno Federal de *Territorios* y autogobierno de *Estados* se toma, como también veremos, de los mismos Estados Unidos vecinos y a tales efectos de control de zonas indígenas sin un contingente todavía de inmigración que pudiera hacerse cargo. En México, no se mantiene constitucionalmente al propósito el planteamiento religioso de Cádiz, el de una transición en manos de la iglesia o de las misiones, aunque esto también pudiera seguir de hecho utilizándose más o menos transitoriamente²⁰. Los *Territorios* los define dicha Constitución mexicana, en su artículo quinto. Son los de población indígena mayoritariamente nómada en zonas un tanto despobladas y escasamente colonizadas, como las dos California y Nuevo México. Y hay un caso singular de población indígena sedentaria, el de Tlaxcala, la *república de indios*

primeras declaraciones mexicanas de derechos humanos", en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, 4, 1944, Págs. 3-24. Gamio, Manuel (pr.), *Legislación indigenista de México*, México 1958.

¹⁹ F. Tena Ramírez (ed.), *Leyes fundamentales de México*, Págs. 168-195; Barragán, José (ed.), *Actas Constitucionales de México*. 1980-1981, Vols. XIII-X. *Diario de las Sesiones del Congreso Constituyente de la Federación Mexicana* (1824), Vol. VIII, Pág. 5; Vol. IX, Pág. 449. Estados Unidos tiene luego su apartado.

²⁰ González Navarro, M. *Instituciones indígenas*, Págs. 254-262; Weber, David J. *La Frontera Norte de México, 1821-1846. El sudoeste norteamericano en su época mexicana* (1982), Madrid 1992, Págs. 139-193.

mayor y más organizada desde tiempos coloniales. La Constitución dice que una ley posterior fijará su carácter (artículo 5). Ante la posibilidad efectiva de que se constituyera como *Estado* indígena, dicha ley vino a declararle *Territorio*, sustrayéndole el autogobierno²¹. La misma técnica del federalismo servía al propósito.

Son más expresivas las Constituciones estatales, aún con el empeño también de ser discretas. La Federal de 1824 les remitía la materia de la ciudadanía y su ejercicio, así como la más obligada de gobierno y administración internos (artículos 9 y 161. 1), materias en cuyo tratamiento es donde vamos a poder encontrar el modelo procedente de Cádiz. Podemos constatarlo en la veintena de Constituciones estatales mexicanas de primera generación. No suelen hacer, en efecto, mención de la población indígena, pero la misma no deja de hacerse presente. Sólo la Constitución de Chiapas tiene la franqueza de manifestar en un preámbulo que se plantea sobre la base de "la multitud de indígenas que componen el estado". Otras alusiones no son tan transparentes. Pero es una realidad que no deja de operar por no reconocerse tan abiertamente. Mirémosla. No nos interesa singularmente cada una de estas Constituciones, sino el cuadro que conjuntamente puedan formar respecto a nuestro asunto. Comienzan por no poner en cuestión a la ciudadanía indígena. Tampoco la mencionan, planteando sus capítulos de derechos, de parlamento, de gobierno, de justicia, de administración y otros como si no existiera cuestión. Desde un primer capítulo de derechos, también comienzan por poner en juego mecanismos de suspensión semejantes a los de Cádiz que ahora pueden afectar de hecho más directamente a la población indígena.

Algo más de la mitad de estas Constituciones suspende la ciudadanía "por sirviente doméstico" o "por el estado de sirviente doméstico", categoría que la mayoría de entre ellas restringe: "sirviente doméstico cerca de la persona", "destinado inmediatamente a la persona" o "cuya servidumbre se dedique a la persona del amo", aunque alguna también amplía acto seguido: "o sirviente adeudado". "Sirviente doméstico" sin más podía entonces significar trabajador dependiente o por cuenta ajena, aunque hay Constituciones que también utilizan distintamente el concepto de estar "a jornal" o "a sueldo" para la suspensión de derechos. La restricción de que se trata de servicio no sólo laboral sino personal, está generalizada. Estas Constituciones reflejan la existencia de "haciendas y ranchos", esto es, propiedades en las que podían habitar, trabajar y estar endeudadas comunidades indígenas enteras, las cuales, si no pierden constitucionalmente sus derechos frente al terrateniente es gracias a la restricción. Una disposición española, en poco anterior a la independencia, del mismo año 1821, ya recogía la interpretación restrictiva y había sido recibida y conservada en

²¹ Galván Rivera, M. (ed.), *Colección de órdenes y decretos de la Soberana Junta Provisional Gubernativa y Soberanos Congresos Generales de la Nación Mexicana*, Vol. III que comprende los del segundo constituyente México 1829pág.125; Gibson, Ch. *Tlaxcala en el siglo XVI* (1952), México 1991.

México, pero lo importante es desde luego la determinación constitucional propia²².

La mayoría de las Constituciones suspenden derechos políticos por analfabetismo: requieren "saber leer y escribir". Suelen también fijar un plazo más bien breve, de menos de una generación, pues oscila entre 1835 y 1850 con la fecha más generalizada de 1840. También suele limitarse el requisito a quienes accedan de nuevo a ciudadanía o hayan nacido en fecha poco anterior a la Constitución misma. Más a veces, además, ocurre que se reitera sin limitaciones de ningún tipo para el derecho de candidarse dicho pasivo. La exigencia podría operar realmente sin plazo porque, como veremos, cabrán núcleos de población sin elecciones durante el tiempo de la alfabetización. La mayoría de las Constituciones también se plantea la tarea "sagrada" de "civilizar" para "producir ciudadanos" superando "el estrato infantil de nuestros pueblos", como anuncian algunos preámbulos. Presentan un capítulo de "instrucción pública" obligatoria donde, junto a la religión, aparece la enseñanza de "los derechos y obligaciones del hombre", de "los hombres en sociedad", de "los ciudadanos" o en algunas sólo de "las obligaciones civiles". Eran Constituciones todas éstas confesionalmente católicas y algunas, comenzándose por la Federal, hasta el punto de pretender impedir cualquier reforma futura al respecto. Pocas añaden una causa de suspensión de ciudadanía que mira más directamente a indígenas, a una parte de ellos, "por no tener costumbre de andar vergonzosamente desnudos"; solamente un par lo hacen y una de ellas sólo a partir del plazo de 1850²³.

En cuanto al régimen interior en aquello que pudiera interesar a la población indígena, el panorama resulta variado, pero con algún rasgo común de principio que ya le importa y con algunas previsiones concretas más significativas en las Constituciones de los Estados sureños. El rasgo principal común es el de un principio de supeditación de las comunidades locales a los poderes estatales, tanto en existencia como en regulación e incluso en posibilidades de intervención.

²² Servicio y jornal: Chiapas, art. 12.6; Chihuahua, 13.9; Durango, 20.5; Guanajuato, 28.8; México 21.5, 164; Michoacán, 18.5, 112; Oaxaca, 28.5; Querétaro, 22.1; Occidente, 28.8; Tabasco, 15.5 Veracruz, 13.4; Yucatán, 20.5. Haciendas y ranchos: Querétaro, 258; San Luis Potosí, 46.2; Occidente, 48; Tamaulipas, 53; Jalisco, 46; Zacatecas, 29. Disposición española: Durán, M. y Lozano, J. M" (eds.). *Legislación Mexicana*, Vol. I., Pág. 545. Brading, David A. "Haciendas" and "Ranchos" in the Mexican Bajío: León 1700-1860, Cambridge 1978; Bracamonte, Pedro. *Amos y sirvientes. Las haciendas de Yucatán, 1789-1860*, Mérida 1993.

²³ Alfabetismo: Chiapas, arts. 12.7, 80; Chihuahua, 13.11; Coahuila-Texas, 22.6, 53, 160; Durango, 20.6; Guanajuato, 20.6; Michoacán, 18.7, 111; Nuevo León, 19.7; Oaxaca, 30, 48.4; Querétaro, 22.2; Occidente, 28.12; Tabasco, 15.5, 27.4; Tamaulipas, 25.6; Veracruz, 13.6; Jalisco, 20.6, 176; Yucatán, 20.6, 37.4, 197.4; Zacatecas, 14.6; Sinaloa, 18.10. Civilización: Chiapas, tít. VIII; Coahuila-Texas, VI; Durango, II; Guanajuato, pr., VI; México, pr., VI; Michoacán, VI; Nuevo León, XVIII; Oaxaca, pr., XXVII; Querétaro, XIII; San Luis Potosí, XXXVIII; Occidente, XVII; Tamaulipas, VI; Veracruz, VI; Jalisco, VI; Yucatán, XXIII; Zacatecas, pr., VIH; Sinaloa, XIII. Religión: Federal, 3, 171; Chiapas, 5, 133; Chihuahua, 5, 128; Coahuila-Texas, 9; Durango, 9; Guanajuato, 6; México, 13; Michoacán, 5; Nuevo León, 8; Oaxaca, 3; Puebla, 3; Querétaro, 26; San Luis Potosí, 22, 23; Occidente, 6; Tabasco, 4, 224; Tamaulipas, 7; Veracruz, 5; Jalisco, 7; Yucatán, 11,12; Zacatecas, 6; Sinaloa, 5. Nudismo: Occidente, 28.6; Zacatecas, 14.6.

Quedan comprendidas, sin necesidad de mencionarse, las comunidades indígenas. Sobre este principio de verdadera *tutela* están planteadas todas estas Constituciones. Y entre ellas, como digo, las meridionales contienen las modalidades más significativas. Son Estados de porcentajes mayores de población indígena organizada en comunidades sedentarias con territorio propio y en parte incluso independientes.

En el Estado de Chiapas, el que comenzaba reconociendo su base social de "multitud de indígenas", unos delegados dependientes del gobierno estatal, los prefectos y subprefectos, pueden "reunir las funciones de los alcaldes constitucionales", principales autoridades locales. La previsión se aplica ahí donde no se constituyen ayuntamientos de elección popular por ser cuestión ésta que queda a la disposición política de las instituciones estatales: "cuando (los pueblos) se hallen en disposición atendidas sus circunstancias". Aparte un número de vecinos, hace falta quienes "sepan leer y escribir", pues sin el requisito no se puede ser munícipe. Las leyes estatales regularán la materia "rigiendo entre tanto en cuanto a estos puntos las leyes vigentes", esto es, el derecho de tracto colonial, unas *Leyes de Indias*, con el aditivo de legislación de Cádiz que, en materia local y judicial, resistió más que su Constitución. Los diputados en el parlamento estatal deben ser, por su parte, naturales o vecinos del distrito electoral, pero exceptuándose nominalmente municipios más indígenas. Son salvedades de las que el texto dispositivo no ofrece razones, pero que el preámbulo constitucional se ha ocupado de justificar: "Si dejó (vuestro congreso) un sendero para que algún día pudiesen acumularse las funciones de los alcaldes constitucionales con las de los jefes políticos, le compulsaron a esta medida la multitud de indígenas que componen el estado". Así, precisamente, aparecía en Chiapas el dato básico²⁴.

El Estado de Oaxaca, también sureño, acusa más solapadamente una presencia. Prohíbe peticiones colectivas "si no es que sea por corporación legítima o autoridad constituida y que lo haga en desempeño de sus atribuciones". Hace previsión de un registro civil cuya inscripción determinaría la ciudadanía y sus derechos, requisito añadido a los referentes a servicio doméstico y analfabetismo, que no le faltan. Contiene la regla de subordinación de las autoridades municipales al poder efectivo de los gobernadores territoriales dependientes del gobierno estatal. Y admite una forma de ayuntamiento cercana a la colonial, *unas repúblicas de indios*, evitándose el identificativo: "municipalidad que se llamará con el nombre conocido de república". Esto último tampoco implica que una población hubiera de marginarse completamente del sistema legal. Igual que de un registro, se hace aquí previsión de un código civil que llegaría a promulgarse bajo esta Constitución, entre 1827 y 1829. No es la única que lo prevé, pero es la única de aquellos años por todo México. Presume que el derecho indígena, que como tal no se nombra, habrá de ser desplazado por la legislación estatal. Sólo hay una salvedad y para un plazo tan corto como el de cinco años. Durante este tiempo,

²⁴ Chiapas, Art. 3,18, 68, 72.10, 75-78, 80; Galván Rivera, M. (ed.). *Colección de Constituciones*, Vol. I., Págs. 102-106, "El Congreso Constituyente de las Chiapas a sus habitantes", es el expresivo preámbulo.

cabe excusa de ley "por falta de inteligencia de la lengua castellana"²⁵. Resultaron previsiones frustradas de sustitución de *Leyes de Indias* y otras españolas por el nuevo derecho legislativo propio. El tracto de unas *repúblicas* lo es también de unas *leyes*.

Yucatán es el Estado sureño cuya rebelión indígena aterrorizaría algo más tarde al jurista Sierra O'Reilly, el autor del *teorema*. Su Constitución primera responde a unas mismas respectivas. Municipios habrá "donde convenga los haya", "siempre que haya en sus vecinos capacidad actual para desempeñar los oficios concejiles", mereciéndose "por su ilustración, agricultura, industria y comercio", la del pueblo. Proveerá en otro caso el gobierno y siempre el congreso, los estatales. No se puede ser munícipe sin "saber leer y escribir". No podría haber ayuntamiento en comunidades sin esta inculturación. Unas previsiones no han dejado de concretarlas el mismo Congreso constituyente mediante legislación ordinaria previa a la Constitución. En 1824 ha decidido el mantenimiento de las *repúblicas de indios* bajo la *tutela* ahora de los poderes estatales, con establecimiento de jurisdicciones a tal efecto. Ya se había intentado reducir el absurdo de la presencia indígena a la lógica de la constitución no indígena y resolver así, antes de formularse, el *teorema de O'Reilly*. La misma Constitución podía ofrecer, si no solución, cobertura²⁶.

Hay caso de apoderamiento directo de instituciones estatales situado en cambio hacia el norte, por tierras de indígenas menos sedentarios. Es el de la Constitución del Estado de Occidente que forman en principio Sonora y Sinaloa, la cual confiere al Congreso estatal poder para "arreglar los límites de los terrenos de las ciudades indígenas, terminar sus diferencias conforme a las circunstancias y al sistema actual de gobierno" (artículo 100.18). Cuando Sinaloa se separa del Estado de Occidente y se dota de Constitución propia, evita referencias tan directas a la presencia indígena, tanto ésta del apoderamiento estatal como aquella otra del nudismo consuetudinario. Pero el planteamiento de fondo no cambia en absoluto por ello. Así, por ejemplo, allí donde antes figuraba, como causa de suspensión de la ciudadanía, la "costumbre de andar vergonzosamente desnudo", puede ahora aparecer la "incapacidad moral notoria" (artículo 18.1), un motivo desde luego más discreto y de sentido similar, sino mayor. Y obsérvense los términos de esta entrada explícita de la Constitución de Occidente: el poder resulta completo pues la apreciación de circunstancias se antepone al mismísimo sistema constitucional. El criterio de oportunidad ya lo hemos visto operar en cuanto a la creación de municipios. Otros apoderamientos constitucionales de instituciones estatales respecto a comunidades indígenas son menos francos,

²⁵ Oaxaca, arts. 19, 23-25, 28.7, 158, 161, 173. Codificación: Durango 24.1; Guanajuato, 92.1; Oaxaca, 103.12; San Luis Potosí, 114.2; Occidente, 109.3; Zacatecas, 77.3; *Código Civil para Gobierno del Estado Libre de Oaxaca*, Oaxaca 1828, Ortiz Urquidi, Raúl (ed.) *Oaxaca, cuna de la codificación iberoamericana*, México 1974, Art. 8.

²⁶ Yucatán, arts. 191, 195, 202. Bellingeri, Marco. "Dal voto alle baionette: esperienze elettorali nello Yucatán costituzionale ed indipendente", Pág. 778, en: *Quaderni Storici*, 69, 1988, Págs. 765-785.

pero también hemos podido ver que resultan de efectos similares.

El modelo puede sostenerse sin necesidad de sus manifestaciones más comprometidas. El tránsito de Occidente a Sinaloa prefigura una evolución que puede resultar más general. Se mantendrán más solapadamente posiciones. La Constitución de 1824 es sucedida en 1836 por una, o por un cuerpo de leyes constitucionales de carácter no Federal, que así ha de asumir las materias de interés indígena. Se mantienen como causas de suspensión de la ciudadanía "el estado de sirviente doméstico". Se conserva y acentúa la *tutela administrativa* sobre las localidades. Desaparece el título de la instrucción pública. Siguen proyectos e intentos que dejan perder, algunos, sólo algunos, el principio de confesionalidad y, todos, ya todos, el requisito de la alfabetización con su imperativo de inculturación, el cual así parece que nunca tiene la ocasión de establecerse del todo como mecanismo constitucional²⁷. A mediados de siglo, cuando se firma y ratifica el Tratado de Guadalupe Hidalgo, tal era la situación.

Una Constitución más decisiva llegará en 1857 recuperando el federalismo. Se ocupa de los derechos sin acoger las causas de suspensión por servicio y por analfabetismo y sin interponer la confesionalidad. Con este canon Federal, las Constituciones estatales habrán de abandonar también estos expedientes. Cabrán salvedades, pero ya las más discretas de "incapacidad moral" o de no inscripción en el registro civil. Y habrá casos de procedimiento todavía más discretos, desconstitucionalizándose el capítulo mediante remisión a ley ordinaria. Tales Constituciones estatales, todas ellas sin excepción, mantendrán con diverso énfasis un principio de *tutela de* las comunidades locales. También abandonarán el título de la instrucción pública o lo reducirán a términos bastante menos beligerantes. Debatiéndose la Federal, una voz denuncia la "ilusión funesta" de presumir una "población homogénea" existiendo una pluralidad de "pueblos" con "tradiciones de un origen diverso y de una nacionalidad independiente" y "diversidad de idiomas"; en cuyas condiciones, añade, si se quiere realmente "elear a los indígenas a la esfera de ciudadanos", el mismo federalismo habría de alcanzarles, constituyéndose como tales pueblos, pues serían ellos, y no otros, quienes "conocen sus intereses" propios.

Una alternativa cabía así pensarse y plantearse. Lo más que se hizo fue traducir el texto Federal de 1857 al *náhuatl*, lengua indígena más difundida entre el centenar existente entonces en México²⁸.

²⁷ Tena Ramírez, F. (ed), *Leyes Fundamentales de México*, Págs. 204-248, leyes constitucionales de 1836, ley I, arts. 10.2, 4, y VI, 7.5-8, 18.3; y Págs. 257 (1839), 312 (1842), 409 (1843).

²⁸ *Ibid.*, págs. 595-639, arts. 6, 7, 34, 123, y reproducción entre Págs. 718-719; Secretaría de la Gobernación, *Constituciones Políticas de los Estados de la República Mexicana*, México 1902: Aguascalientes (1868), 42.1; Campeche (1898); Coahuila (1882), 22.3; Colima (1889), tít. IV; Chiapas (1893); Chihuahua (1887), 21.1; Durango (1863); Guanajuato (1861); Guerrero (1880), 10; Hidalgo (1894); Jalisco (1857); Puebla (1899), 14.6, III. I; Querétaro (1879); San Luis Potosí (1861), 11.2, V; Sinaloa (1898), 8, 9.4; Sotona (1884), 38.1, X; Tabasco (1890), 21.5; Tamaulipas (1871), 11; Tlaxcala (1892), 10.5, 15.1; Veracruz (1902); Yucatán (1870); Zacatecas (1869); Francisco Zarco, *Crónica del Congreso Extraordinario*, Págs. 231-236 (la alternativa ya citada, de Ignacio

A mediados del siglo XIX, cuando se suscribe el Tratado de Guadalupe Hidalgo, los indígenas mexicanos son indudablemente ciudadanos. Lo son, en principio, a pesar de mantener repúblicas propias, caso característico, más no exclusivo, de los Estados meridionales. Uno independiente de esta misma zona mesoamericana, Guatemala, quizá nos añada ilustración.

Para facilitar la cristiana civilización de aquellos idólatras, nos pareció bien que uno de los más prudentes medios había de ser hacerles reconocer la autoridad civil del Petén o de Guatemala, ya que viven en su país²⁹.

5. Antes de volver al Norte, vengamos algo más al Sur. Hemos visto que el caso de los Estados meridionales de México resulta especialmente significativo tanto por la importancia de la población indígena como por el tratamiento constitucional, no digo infraconstitucional, de la misma. Guatemala colinda. De ella procede el territorio de Chiapas que acabara formando Estado de México, aquél cuya primera Constitución se planteaba con toda franqueza sobre "la multitud de indígenas". En ella, en Guatemala, se da la misma situación que en todo el México sureño. Una mayoría formada por indígenas puede también, justamente, entender Constitución como liberación al recibo de la de Cádiz. Así tenemos el mismísimo *teorema de O'Reilly*. Guatemala nos ofrecerá las evidencias más gráficas de la resolución constitucional típica de toda esta zona de mayoría inequívocamente indígena y sólo parcialmente sometida³⁰. Venimos a cuestiones que aquí tampoco se miran por el constitucionalismo sino, de hacerse, pues tampoco es que se use, por un indigenismo a caballo entre el derecho y la antropología, pasando, sólo pasando, por la historia³¹.

Unos inicios los tenemos. Cádiz no deja de alcanzar a Guatemala, como igualmente le alcanza la proclamación mexicana de igualdad racial que también ya conocemos³². Tras esta experiencia gestada en España, tras la independencia

Ramírez).

²⁹ "Informe de misiones del capuchino fray Lorenzo de Mataró desde la Selva Lacandona en 1863"; De Vos, Jan (ed.), *Viajes al Desierto de la Soledad*, México 1988, Pág.76.

³⁰ Daniel Contreras, J. *Una rebelión indígena en el partido de Totonicapán en 1820. El indio y la independencia* (1951), Guatemala 1968, Págs. 33-34y49-51; Lovell, W. George. *Conquista y cambio social. La sierra de los Cuchumatanes de Guatemala, 1500-1821* (1985), Antigua 1990; Rojas Lima, Flavio. *Los Indios de Guatemala*, Madrid 1992, Págs. 13-15 y 170-179.

³¹ Hernández Sifontes, Julio. *Realidad jurídica del indígena guatemalteco* (1965), Guatemala 1995; Curruchiche, Miguel Ángel. "Discriminación de la población indígena en el ordenamiento jurídico de Guatemala", en: *Guatemala Indígena*, 12, 1977, Págs. 83-177; Mayén, Guísela. *Derecho consuetudinario indígena en Guatemala*, Guatemala 1995.

³² Gallardo, Ricardo (ed.), *Las Constituciones de la República Federal de Centroamérica*, Madrid 1958, Vol. II, Págs. 885-1003 y 1032-1304; Luján, Jorge. *La independencia y la anexión de Centroamérica a México* (1975), Guatemala 1982, Págs. 147-151, ambos con la versión más

definitiva de 1821 y tras un amago de integración en México que sólo cuajaría con Chiapas, sigue un ensayo de Constitución Federal de Centroamérica que cuenta con tiempo para producir pronunciamientos y textos de este carácter constitucional, pero que carece de él, o acaso de determinación, para afrontar el *teorema*. Ignorarlo no podrá, aunque ignorándola arranca. Tanto la Constitución de 1824 de la República Federal de Centroamérica como la de 1825 del Estado de Guatemala se producen como si la población indígena no existiera.

En la línea de Cádiz como de México, los derechos y la ciudadanía son comunes sin que haya cuestión constitucional³³. Y unos derechos ciudadanos se suspenden por causas ya también conocidas como "por el estado de sirviente doméstico cerca de la persona" o "por conducta notoriamente viciada". La Constitución de Guatemala presenta también todo un título sobre "Instrucción pública", de factura gaditana. Interiormente, el Estado se divide en departamentos con carácter de delegación gubernativa, sin institución representativa. Pero los municipios "nombrados por el respectivo pueblo" y a cuyo cargo está su "gobierno económico-político" se constituyen bajo regla general sin criterio de oportunidad. Se requiere para esta constitución municipal un mínimo no muy elevado de habitantes. Los núcleos inferiores contarán con "alcalde auxiliar nombrado por la municipalidad más inmediata". Todos éstos como parte de los otros serían indígenas, no permitiendo el tenor literal de la Constitución esta identificación que cabía en los Estados limítrofes de México³⁴.

La Constitución Federal se reforma en 1835 introduciendo algo que nos interesa. Entre las atribuciones del poder legislativo aparece ahora la siguiente: "arreglar el comercio y procurar la civilización de las tribus indígenas que aún no están comprendidas en la sociedad de la República". Se copia así y ahora, como vimos en México, de la Constitución estadounidense, pero con peculiaridades propias. Se había considerado anteriormente la competencia de relaciones y comercio exteriores sin la mención indígena que figuraba en el modelo. Cuando finalmente se hace la advertencia por parte de la Federación, viene el añadido de la inculturación obligada, "procurar la civilización" y, sobre todo, el dato previo de la misma diferencia cultural, de la existencia de comunidades "no comprendidas en la sociedad de la República" y no desde luego por hallarse fuera de sus fronteras constitucionalmente declaradas: "el antiguo reino de Guatemala a excepción por ahora de la provincia de Chiapas", estos eran los estados de Costa

explícita del citado Art. 12 del Plan de Iguala mexicano: "sin distinción alguna de europeos, africanos ni indios".

³³ Gallardo, R. *Ibíd.*, (ed). Vol. II, Págs. 703-772; Marinas, Luis (ed.), *Las Constituciones de Guatemala*, Madrid 1958, Págs. 248-332. García Laguardia, Jorge Mario. *Centroamérica en las Cortes de Cádiz* (1971), México 1994; Rodríguez, Mario. *El experimento de Cádiz en Centroamérica, 1808-1826* (1978), México 1984; Wortman, Miles L. *Gobierno y sociedad en Centroamérica, 1680-1840* (1982), San José 1991, Págs. 273-349.

³⁴ Constitución Federal, Art.21.3y 5; Guatemala, 48.3 y 6, tít. VIII 157,161-162 y 169 y XIII.

Rica, Nicaragua, El Salvador, Honduras y Guatemala. Ahí estaban las poblaciones indígenas en cuya existencia, por parte de este constitucionalismo centroamericano, sólo ahora así se repara³⁵.

Guatemala formaliza su independencia de la Federación dotándose en 1839 de una serie de leyes constitucionales. Una versa sobre derechos, conteniendo esto: "Aunque todos los hombres (los) tienen por naturaleza iguales..., para fundar y mantener el equilibrio social, las leyes amparan al débil contra el fuerte, y, por esta necesidad, en todas las naciones, aún las menos cultas, son protegidas particularmente aquellas personas que por su sexo, edad o falta de capacidad actual, carecen de ilustración suficiente para conocer y defender sus propios derechos", por lo cual, por todo lo cual, "hallándose la generalidad de los indígenas en este último caso, las leyes deben protegerlos a fin de que se mejore su educación; de evitar que sean defraudados de lo mejor que les pertenece en común o en particular, y de que no sean molestados en aquellos usos y habilidades aprendidos de sus mayores y que no sean contrarios a las buenas costumbres". Reparemos. Sencillamente resulta que estamos ante el estado de minoría de edad permanente indígena en virtud del cual sus derechos constitucionales pueden quedar bajo *tutela* y así en suspenso. Es manifestación, una más paladina que en México, de un principio constitutivo de la Guatemala independiente³⁶.

Una ley guatemalteca de 1836 ha declarado que la situación de "los indígenas no civilizados" no permite "reglas fijas", facultando con esto al gobierno para que opere "como parezca más conveniente" con vistas a "su incorporación con el Estado". He aquí el criterio de oportunidad que no contenía ni parecía admitir la Constitución. Antes también de la ley constitucional dicha, en el mismo año de 1839, otra ordinaria ya se ocupaba de establecer todo un régimen de *tutela* o de darle más bien continuidad comenzando por la declaración expresa de vigencia de las *Leyes de Indias* coloniales³⁷. Viene así a cubrirse en tiempo constitucional toda una realidad precedente. Unas disposiciones legislativas riñen con previsiones constitucionales, presumiendo así su suspensión para la población indígena.

De 1851 es una Constitución bastante magra. Desaparecen los signos indígenas, inclusive los indirectos, como el del estado de sirviente doméstico, pero

³⁵ Constitución Federal reformada, Art. 83.32; original y reformada, 5 y 6. Alvarez, Emilio (ed.), *Las constituciones de Nicaragua*, Madrid 1958, Págs. 395-419; Gallardo, R. (ed.). *Las Constituciones de El Salvador*, Madrid 1961, Vol. II, Págs. 298-312; Marinas, L. (ed.). *Las Constituciones de Honduras*, Madrid 1962, Págs. 53-91; Peralta, Hernán G. (ed), *Las Constituciones de Costa Rica*, Madrid 1962, Págs. 205-226.

³⁶ Marinas, L. (ed.), *Las Constituciones de Guatemala*, Págs. 375-382, decreto 76 de la Asamblea Constituyente, sección II, Art. 3.

³⁷ Skinner Klee, Jorge (ed.), *Legislación indigenista de Guatemala* (1954), Guatemala 1995, edición puesta al día, Págs. 20-27.

la misma asamblea constituyente responsable de este texto tan inexpresivo produce leyes bien expresivas. Dicen querer impedir "la completa desmoralización de los indígenas por medios adecuados a sus costumbres, comprensión y necesidades" y lo hacen reforzando el estado de minoría hasta un extremo cercano al *apartheid*, a un régimen de apartamiento constitucional con sometimiento político. "Los indios se mantengan separados en su administración de justicia o municipal" formando *parcialidades* propias. Junto a las *Leyes de Indias*, en cuya vigencia se abunda, quieren recuperarse también más cosas. "El gobierno, poniéndose de acuerdo con el ordinario eclesiástico, podrá, con el objeto de civilizar y reformar las costumbres de los indios, restablecer las pensiones de religiosos misioneros"³⁸.

A partir de ahora, las mismas leyes podrán adoptar una separación entre clases: la *india* y la *ladina*, esto es etimológicamente *latina*, la culturalmente no indígena, séalo o no étnicamente, con efectos tan discapacitadores de una como apoderadores de otra. Esta condición *ladina*, que no es étnica, sino cultural, puede incluso concederse y sustraerse mediante decreto. Así se consagran aquellas *clases* cuyo cancelamiento constitucional planteara México. En el orden local constituyen *parcialidades* distintas. Cuando un grupo *ladino* se establece o se forma en un municipio indígena, el mismo se divide a medias entre minoría *ladina* y mayoría *india*, con los cargos principales para la primera y manteniendo la segunda, normal y solapadamente, su orden interno propio. Esto suele implicarlo "la incorporación con el estado" que decía la ley de 1836. Las aldeas indígenas prosiguen como comunidades con esta organización suya y con aquellos "alcaldes auxiliares" realmente elegidos por ellas y aceptados por las instancias superiores que teóricamente los designan³⁹.

Es el apartamiento colonial que digo y cuyas secuelas están a la vista⁴⁰. *Ladino, indio* y sus *parcialidades* son términos como realidades completamente

³⁸ Marinas, L. (ed.), *Las Constituciones de Guatemala*, Págs. 403-412, la Constitución, Art. 1; Skinner Klee (ed.), *Legislación indigenista de Guatemala*, Págs. 30-32.

³⁹ Skinner Klee (ed.), *Legislación indigenista de Guatemala*, Págs. 33, 46-51, 68, 84 y 92-103. Colby, Benjamín N. y van den Berthe, Fierre J. *Ixiles y ladinos. El pluralismo social en el altiplano de Guatemala* (1969), Guatemala 1977, Págs. 95-126.

⁴⁰ A propuesta de Ana Ma Ruiz Tagle, como presidenta de la Agencia Española de Cooperación Internacional, he participado en la observación electoral de la Unión Europea en Guatemala, a mediados de noviembre de 1995 y principios de enero de 1996, por zonas de lenguas *chuj*, *kanjobal*, *kekchi* y *pocom-chi* de los Departamentos de Huehuetenango y Alta Verapaz, formando con Eva Zettenberg, parlamentaria de Suecia, equipo móvil, gracias a la eficiencia de unas embajadas, en especial de la española presidida por Manuel Piñeiro, a otras asistencias, en particular la de Rudolf Weber del programa europeo ALA (América Latina) 91/21, y al amparo de MINUGUA, Misión de Naciones Unidas en Guatemala para verificación del Acuerdo Global sobre Derechos Humanos de 1994 entre las partes de la guerra civil que ahí se arrastra desde hace más de tres décadas. Gracias a unas y otros, la observación electoral fue toda una experiencia antropológica, midiendo sobre el terreno los grados de suspensión de derecho *ladino*, de mantenimiento de comunidad indígena y de desajuste de un sistema constitucional de planta estatal. El 12 de noviembre, me encuentro observando las elecciones menos nacionales de

coloniales. Parcialidades indígenas son repúblicas de indios y divisiones culturales dentro de ellas igual que en tiempo precedente. En el constitucional, siguen siendo instituciones locales sin instancias decisorias de carácter representativo entre la municipal y la estatal. Entre departamentos capacitados como delegaciones gubernativas y el propio gobierno culturalmente extraño a la que sigue siendo mayoría indígena, la misma multiplicación localista de repúblicas resulta pieza de todo un sistema de sujeción, con su *tutela* ahora administrativa y siempre colonial, que el constitucionalismo así planteado asume y reproduce⁴¹

El México sureño es similar. Y ni en uno ni en otro sitio unas revoluciones del siglo XX han transformado un panorama por encararlo⁴². Miremos de nuevo a Chiapas, el territorio procedente de Guatemala que forma Estado de México, que reconocía la "multitud de indígenas" para proyectar instituciones constitucionales que permitiesen el mantenimiento solapado de tal población bajo un orden de tracto colonial. El resultado puede ser también el de la distinción persistente de una *clase ladina* con mecanismos jurídicos para conservar su dominio. El replanteamiento constitucional de la revolución mexicana causa leyes en Chiapas que vuelven a perseguir "la incorporación" mediante "la civilización". Aquí, como en Guatemala, la situación, cuando menos, se reproduce. En México, en todo él, cabía de igual modo constitucionalmente el apartheid, la inclusión con exclusión aparejada⁴³.

*El Gobierno de los mismos Estados Unidos tendrá muy presente la Santidad de esta obligación siempre que tenga que desalojar a los indios de los indicados territorios o que establecer en él a ciudadanos suyos*⁴⁴.

Guatemala que indígenas de unas *repúblicas* sobre cuya problemática interna, la relevante para ellas, puede proyectarse, sin excluirse acuerdos no gratuitos, los otros comicios, a los parlamentos nacional y centroamericano y a la presidencia de la República; la segunda vuelta de ésta, el 7 de enero, desertó las urnas. Y atestiguo que un sufragio negociado puede ejercitarse y materializarse, solapándose la resolución colectiva, mediante voto individual secreto.

⁴¹ Rojas Lima, F. *Los indios de Guatemala*, Págs. 195-227; Piel, Jean. *El Departamento del Quiché bajo la dictadura liberal, 1880-1920*, Guatemala 1995

⁴² Gamio, M. (pr.), *Legislación indigenista de México*, Págs. 79-89; Skinner Klee (ed.), *Legislación indigenista de Guatemala*, Págs. 121-135.

⁴³ Garmio, M. (pr), *Legislación indigenista de México*. Págs 151-159. Favre, Henri. *Cambio y Continuidad entre los Mayas de México* (1973), México 1992, Carmack, Robert M. "Spanish-Indian Relations in Highland Guatemala, 1800-1944, Págs. 230-235, en Mac Leod, Murdo J. y Wasserstorm, Robert. *Spaniards and Indians in Southeastern Mesoamerica: Essays on the History of Ethnic Relations*, Lincoln 1983, págs. 215-252. Wasserstorm R. *Caste y Sociedad en el centro de Chiapas* (1983), México 1989, págs 11-18 y 187-274; Smith, Carol (ed), *Guatemalan Indians and the State, 1540 to 1988*. Austin, 1990. De Vos, J. *Vivir en frontera*.

⁴⁴ *Tratados ratificados y convenios ejecutivos celebrados por México*, Vol. I. Pág. 212, en el Art. 11 ya referido del Tratado de Guadalupe Hidalgo; Israel F.L. (ed). *Major Peace Treaties*, vol. II. Pág. 741: "The sacredness of this obligation shall never be lost sight of by the said Government, when providing for the removal of the Indians from any portion of the said territories, or for its being settled by citizens of the Unites States".

6. Volvamos a aquel tiempo, al constitucional primero, y vayamos al Norte, a los llamados Estados Unidos. A la altura de 1848, cuando Guadalupe Hidalgo, tenían ya bastante formado un derecho indígena en su contexto constitucional. No se busque tampoco el asunto en una historiografía tal. Resultará, si no inútil, decepcionante. **Contexto no significa sistema. Es derecho que aparece también un tanto al margen y en entresijos ciegos del orden constitucional.** Ya se ha dicho que estos otros Estados Unidos comenzaban por no concebir la participación interna de población ajena a sus presupuestos culturales. En el mismo Tratado de Guadalupe Hidalgo se deslizaba la expresión de *ciudadanos suyos* en la versión mexicana, *citizens of the United States* en la propia, para los no indígenas de su procedencia. Entendiéndose así a otros pueblos como algo exterior, importaría menos que constituyeran mayoría o minoría. El *teorema de O'Reilly* no sería quizá tanto problema.

Había en el caso estadounidense un punto de partida colonial, algo, sólo algo, diverso. La monarquía británica no había dominado directamente unas *repúblicas de indios* y los Estados Unidos no se las encontraron en su seno. Antes de la independencia, en 1763, se había producido una proclamación formal en tal sentido. Reconocía territorio indígena, aunque no por derecho propio de su población, sino por el de la parte colonial, como expresión de su **sovereignty, protection and dominion**, de soberanía, protección y dominio de la monarquía británica. Era territorio expresamente **reserved**, reservado, por determinación suya, para dicha población. La protección comportaba *tutela*: la misma declaración considera incapaces a los indígenas para disponer de sus tierras. Sólo podrán enajenarlas a la propia monarquía, a esta soberanía que así se extiende y así se aplica⁴⁵.

La oposición de las colonias a dicho cierre de fronteras fue uno de los principales desencadenantes de la independencia, pero así se había creado una situación de derecho que estos Estados Unidos heredarían. La propia Federación se considerará al efecto subrogada en la misma posición de la monarquía. Como ya hemos visto reflejado en la Constitución Federal de 1787, las *indian tribes*, los pueblos indígenas, se entenderían entidades exteriores, pero bajo una soberanía finalmente de dicha competencia Federal. Constituían de este modo una especie de tercer género entre Estados internos y Estados extranjeros. La jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema formulará a las pocas décadas esta posición en los términos de que dichos pueblos constituyen *domestic dependent nations*, de que son naciones, pero domésticas y así dependientes *in a state of pupilage*, bajo *tutela* en dicho sentido familiar de *minoría* cualitativa respecto a los Estados Unidos⁴⁶.

⁴⁵ Clinton, Robert N. "The Proclamation of 1763: Colonial prelude to two centuries of Federal-State conflict over (the management of Indian affairs)", en: *Boston University Law Review*, 69, 1989, págs. 329-385; con el texto, págs. 382-385.

⁴⁶ Williamz Jr, Robert A. *The American Indian in Western Legal Thought: The Discourses of Conquest*, Nueva York 1990, págs. 287-317; Frickey, Philip P. "Marshalling Past and Present: Colonialism, Constitutionalism, and Interpretation in Federal Indian Law", en: *Harvard Law Review*, 107, 1993, págs. 381-440.

Los pueblos indígenas son aquí reconocidamente *naciones* y así se autogobiernan, salvo la incapacidad como pupilos de tratar ni acordar con otras partes que no sea su *tutor*, esta federación de unos Estados Unidos. Aunque hubo intervención de los mismos Estados internos y fue además seria⁴⁷, la *tutela* es federal y lo es así la competencia. Aquí constitucionalmente no se le define ni activa al nivel estatal que hemos visto en México. La relación es entonces entre *nations* y *Nation*, entre las naciones indígenas y la Nación estadounidense. La *tutela* así se entiende en los términos de que las primeras sólo pueden, y además deben, entenderse con la segunda entre todas las naciones del universo. Los pueblos indígenas tienen territorios y gobiernos propios. Tienen sus relaciones *internacionales* con estos Estados Unidos, unas relaciones de principio obligado, pero de alcance convenido. Les obliga ante todo a la paz, legitimándose así también la guerra que los Estados Unidos puedan hacer a los pueblos indígenas que no se avengan y atengan al planteamiento.

El procedimiento normativo para su concreción será entonces uno *internacional*, el de los *tratados* en el sentido más estrictamente constitucional, no de otros menos formales que pudieron también darse en los casos vistos de México y Guatemala⁴⁸. Unos primeros de las colonias ya independientes y todavía previos a la Constitución definitiva de 1787 traen previsiones y ofertas federales para los pueblos indígenas. En 1778, uno con los *delawares* resuelve "*for the mutual interest of both parties to invite any other tribes who have been friends to the interest of the United States, to join the present Confederation, and to form a state*"; invitar a todas las tribus amigas de los Estados Unidos a incorporarse formando un Estado. Otro de 1784, éste con los *Cherokees*, hace una oferta también potencialmente general de representación en el congreso: "*They [the Indians] shall have the right to send a deputy of their choice, whenever they think fit, to Congress*"⁴⁹

Antes de la Constitución definitiva de 1787 se da otro paso de alcance constitucional, sobre el cual estamos en antecedentes. Me refiero a la invención del *Territory*, el Territorio, como alternativa al *State*, al Estado, por no contar con constitución o autonomía propias. Es un régimen de transición mientras una colonización desplaza o reduce a la población indígena. En él, en este capítulo, no operan las previsiones de unos tratados, ni siquiera el principio de reconocimiento

⁴⁷ Harring, Sidney L. *Crow Dog's case: American Indian sovereignty, tribal law, and United States law in the nineteenth century*, Cambridge 1994, págs. 25-56.

⁴⁸ Smith, Ralph A. "Indians in American-Mexican Relations before the war of 1846", en: *The Hispanic American Historical Review*, 43, 1963, págs. 34-64; Prucha, Francis P. *American Indian Treaties: History of a Political Anomaly*, Berkeley, 1994. En Guatemala, en la ley citada de 1836 para "incorporación con el Estado" de pueblos indígenas, hay oferta de conversaciones que llevó a tratados.

⁴⁹ Prucha, F.P. (ed.), *Documents of United States Indian Policy* (1975), Lincoln 1990, edición ampliada, Págs. 6-8. *American Indian Treaties*, Págs. 31-34 y 59-66

territorial de la proclamación colonial, aquélla de 1763 que en sí se rechazaba. Los Estados Unidos se arrogan el derecho de disposición y gobierno de las tierras que no forman parte de los Estados internos. Desde esta perspectiva, la misma práctica de los tratados puede verse y plantearse en unos términos menos equilibrados de concesión de reservas, permisión de gobiernos y aplicación con todo de tutela. Bajo la Constitución de 1787 ya se entra con este conjunto de elementos⁵⁰.

Permanecen durante décadas. La práctica de los tratados se mantiene hasta 1871 derivando luego en acuerdos menos formales y más directamente así sujetos a la disposición e interpretación de los poderes federales. La posibilidad del establecimiento de un Estado indígena, que se ha mantenido particularmente en el Territorio Indio de Oklahoma por parte sobre todo de los *cherokees*, va cerrándose en los años siguientes y se liquida en forma definitiva con la erección constitucional en 1907 de dicho Estado como no indígena. De nada les vale haber cumplido en su caso el requisito, de forma republicana que la Constitución Federal exige para la acepción de Estado (Art. 4.4). Todo un complejo va reduciéndose del modo más *colonial*. Entretanto, no sólo ha venido desarrollándose una práctica constitucional sobre una base internacional mal reflejada y no asumida por los textos estadounidenses de este rango sino que también han podido producirse por la otra parte unos materiales jurídicos de este interés constitucional igualmente luego devaluados⁵¹. Pero son ya tiempos de erosión del derecho indígena que podía así haberse entendido y visto respaldado por la práctica de unos tratados y la existencia de territorios y gobiernos propios. Si éstos ahora permanecen, es bajo la condición *colonial de reserva y tutela*⁵².

⁵⁰ Berman, Howard R. "The Concept of Aboriginal Rights in the Early Legal History of the United States", en: *Buffalo Law Review*, 27, 1977-1978, págs. 637-667; Savage, Mark. "Native Americans and the Constitution: The Original Understanding", en: *American Indian Law Review*, 16, 1991, págs. 57-118; Prucha. *American Indian Treaties*, págs. 67-182; Duffey, Denis P. "The North-west Ordinance as a constitutional Document", en: *Columbia Law Review*, 95, 1995, págs. 929-968, éste sobre la invención del *Territorio*, más sin la cuestión indígena.

⁵¹ Strickland, Rennard. *Fire and the Spirits: Cherokee Law from Clan to Court*. Norman 1975; Henriksson, Markku. *The Indian on Capitol Hill; Indian Legislation and the United States Congress, 1862-1907*, Helsinki 1988, págs. 190-220; Haring, S.L. *Crow Dog's case*, págs. 57-99; Prucha, F.P. *American Indian Treaties*, págs. 287-333; Mc Loughlin, William G. *After the Trail of Tears: The Cherokees' Struggle for Sovereignty, 1839-1880*, Chapel Hill 1995. Materiales que tengo a mano: *Compiled Laws of the Cherokee Nation published by authority of the National Council, Tahlequah 1881*; *Laws and Joint Resolutions of the Cherokee Nation enacted by the National Council during the Regular and Extra Sessions of 1884-5-6- (1887)*, Londres 1975, textos bilingües y ambigráficos, pues los Cherokees se hicieron con un alfabeto propio: McLoughlin, W.C. *Cherokee Renaissance in the New Republic*, Princeton 1986, págs. 350-354.

⁵² Wilkinson, Charles F. *American Indians, Time, and the Law, Native Societies in a Modern Constitutional Democracy*, New Haven 1987; Haring, S.L. *Crow Dog's case*, págs. 57-206 y 251-281; Blue Clark, *Lone Wolf v. Hitchcock Treaty Rights and Indian Law at the end of the nineteenth century*, Lincoln 1994

Tampoco aquí vamos a estar muy lejos del *apartheid*. Mas las relaciones están planteadas de partida en unos términos *internacionales*, lo cual implica un principio bien distinto de reconocimiento jurídico de alcance constitucional de la otra parte. Esta puede tener su propio entendimiento del derecho comenzando por otra comprensión de las palabras⁵³ El común apelativo de *nación* puede perfectamente tomarse como signo de paridad jurídica. Y otros términos cabe que no tengan un alcance peyorativo ni derogatorio. La *reserva* puede entenderse como la tierra que el pueblo indígena se guarda para sí al tiempo que se participa o se cede otra parte del propio territorio. Desde esta perspectiva, incluso la *tutela* puede pensarse asistencia negociada y aceptada en contrapartida de paz y tierras, legitimando esto la guerra defensiva. Y se trata no sólo de palabras, sino también de otros signos. Los gestos de amistad y los intercambios de obsequios podían significar justamente más y no exactamente lo mismo que un texto en lengua extraña y tampoco franca como la inglesa entonces. El humo del tabaco compartido podía encerrar más significado jurídico que la escritura de parte. Todo esto también era entonces derecho.

Es un derecho que no prevalece ni se compone paritariamente con el de los Estados Unidos. Las *reservas* quedan bajo su dependencia tutelar sin haber participado ni prestado consentimiento en su constitución y sin integrarse ni formar así tampoco parte suya. En aquel tiempo de resoluciones entre siglos, entre el fin de la era de los tratados y la erección del Estado de Oklahoma, puede decirse que los pueblos indígenas de las *reservas* siguen constituyendo *naciones* también en el sentido de excluirse de la *Nación*. Sus individuos no son ciudadanos ni ciudadanas de ella. Sigue operando el requisito de conversión a todo un orden, no sólo público sino también privado, de propiedad y familia. Se hace valer para el acceso a la ciudadanía o más bien para su imposición. Dicho tiempo, que decimos resolutivo, también lo es de una política agresivamente integracionista con privatización de tierras y disolución de comunidades que tampoco acaba de imponerse completamente y que viene replanteándose periódicamente durante el siglo XX. Tampoco aquí falta el recurso a unas iglesias para una inculturación que se entiende no sólo civilizadora, sino también salvífica⁵⁴.

Los individuos de las *reservas* indígenas reciben con carácter general la ciudadanía de los Estados Unidos en 1924 por determinación de éstos, no por requerimiento propio, produciéndose resistencias. Un contexto *internacional*, o mejor dicho *interestatal*, está comenzando a cambiar. Hasta ahora no parece haber planteado problema. Ha predicado una condición soberana del *Estado* y una concepción territorial de la *soberanía* que dejaba las manos libres. Más, desde

⁵³ Prucha, F.P. *American Indian Treaties*, pág. XIV, al menos advierte que considera la materia "from the white perspective", lo que cumple religiosamente.

⁵⁴ Prucha, F.P. (ed.), *Documents of United States Indian Policy*, págs. 141-143: "Assignment of Indian Agencies to Religious Societies, 1872"; Henriksson, M. *The Indian on Capitol Hill*, págs. 96-116; Wunder, John R. "Retained by the People": *A History of American Indians and the Bill of Rights*. Nueva York 1994, Págs. 27-41 y 147-177

1919, existe una Liga o *Sociedad de Naciones* que ha empezado a interesarse en la suerte de algunos pueblos no constituidos estatalmente. En 1923, algún indígena americano ha intentado traer a su consideración el caso. En este contexto, Estados Unidos procede a lo que era punto de partida para otros Estados americanos: considerar ciudadanía propia a los individuos culturalmente indígenas. Razones similares de inmunización *internacional* subyacerían años más tarde en la elevación a Estados de territorios de población indígena como Alaska y Hawaii. Nunca sería por determinación suya ni por consideración de derechos suyos, de los indígenas. Sólo ulteriormente, y sin que esto lleve a un replanteamiento del sistema, se mira como función del mismo a unos derechos también indígenas, a unos derechos que así define siempre la otra parte⁵⁵

Cuando reciben finalmente la ciudadanía y unos derechos, los pueblos culturalmente indígenas ya constituyen una minoría absoluta y definitiva en el seno de los Estados Unidos. Y sus territorios propios, los que ellos interiormente gobiernan, son *reservas*, no Estados. Son *naciones domésticas dependientes*, naciones sujetas a los poderes federales, a estos poderes nacionales, sin participar del sistema Federal constituido por esta otra nación, por la *Nación*, entonces con mayúscula. Los primeros planteamientos de unos tratados se han perdido produciéndose el cortocircuito de sus presupuestos *internacionales*. Y la Constitución sigue guardando silencio salvo el enigmático tercer género, las *indian tribes*, tribus indias, entre Estados propios y Estados *extranjeros*, que sabemos. Ninguna enmienda federal estadounidense mira al caso. La jurisprudencia puede seguir constitucionalizando una posición sustancialmente *colonial*⁵⁶. ¿Hay mejor resolución del *teorema de O'Reilly* que esta aparente cancelación y desapareamiento?

El caso constitucional de Canadá se encuentra más abierto. Originalmente se trata de colonias que no se sumaron a la independencia y que así no reaccionaban contra aquella proclamación británica de 1763. Es un punto bien distinto de partida que va a marcar una diferencia, aunque también relativa. La Constitución actual canadiense, de 1982, contiene expresamente, a favor de los "*aboriginal peoples of Canada*", "*peuples autochtones du Canada*", pueblos indígenas de Canadá, este registro de "*any rights or freedoms that have been recognized by the Royal Proclamation of October 7, 1763*", "*droits ou libertés reconues par la Proclamation royale du 7 octobre 1763*", derechos o libertades reconocidos por la proclamación dicha, reconocimiento que se hace extensivo a tratados y otros acuerdos (parte I, sección 25, y II, 35). Aquí nos interesa el punto

⁵⁵ Cohén, Félix S. *Handbook of Federal Indian Law* (1942), Buffalo 1988, págs. 153-181; Vismara, María. *Le Nazioni Unite per i territori dipendenti e per la decolonizzazione, 1945-1964*, Padua 1966. Págs. 189-190; Wunder, J. R. "Retained by the People", págs. 48-51 y 124-146.

⁵⁶ Harvey, Irene K. Constitutional Law: "Congressional Plenary Powers over Indian Affairs, A doctrine rooted in prejudice", en: *American Indian Law Review*, 10, 1982, Págs. 117-150; Williams Jr., "The Algebra of Federal Indian Law: The hard trail of decolonizing and Americanizing the White Man's Indian jurisprudence", en: *Wisconsin Law Review*, 1986, págs. 219-299; Shattuck, Petra T. y Norgren, Jill. *Partial Justice: Federal Indian Law in a Liberal Constitutional System*, Nueva York 1991.

histórico, dicha diferencia de partida con respecto a los Estados Unidos. Y bástenos con la comparación más sumaria, aunque sólo sea porque mi conocimiento del caso canadiense no da para más.

El mantenimiento de la vigencia y el valor finalmente constitucional de dicha proclamación colonial puede ser el extremo significativo a estos efectos comparativos. Recuértese que la misma no se limitaba a un reconocimiento de territorio y derecho. Esto segundo resultaba más problemático. La declaración se hacía desde una posición expresa de *soberanía* que situaba el derecho colonial por encima del indígena. Este se reconocía por determinación del otro no concibiéndose siquiera la viceversa, lo cual además implicaba la proyección de una *tutela* que reducía la capacidad de la población indígena. Es toda una cara oscura de la proclamación de 1763 que pesa en el sistema canadiense⁵⁷. Pero así se tiene también al menos presente el *teorema de O'Reilly*. No está constitucionalmente ni solapado ni menos, desde luego, cancelado.

*Pronunció el discurso siguiente, que causó visible sensación*⁵⁸

7. Unos mecanismos no son de cosecha americana, ya mexicana o guatemalteca, ya estadounidense o canadiense, pero tampoco de cultivo europeo, ya hispánico, ya británico. Son productos de Europa, importados a América. Se concibieron en esa península occidental de Asia mirándose en la dirección contraria de aquel otro continente. Así lo hacían unas primeras concepciones constitucionales del apoderamiento colonial mediante la cancelación del derecho indígena que pueden remontarse al siglo XVII: miraban a América. Más no voy a tratar de nuevo unas concepciones⁵⁹. Ahora estamos con unas aplicaciones. Son también de esta procedencia europea. Lo son la causa de suspensión de la ciudadanía por *servicio*, el estado de *minoría* de unos mayores de edad, la *tutela* y la ocurrencia administrativa de aplicarla localmente a comunidades, la *soberanía* tanto exterior como interior y el particular entendimiento de ésta que impone ley sobre derecho mediante *código* y *registro*, estas concretas piezas que

⁵⁷ Turpel, Mary Ellen. "Aboriginal Peoples and the Canadian Charter: Interpretative Monopolies, Cultural Differences", en: *Canadian Human Rights Year-book - Annuaire canadien des droits de la personne*, 1989-1990, págs. 3-45; Fleras, Augie y Leonard Elliott, Jean. The "Nations Within": Aboriginal - State Relations in Canada, the United States, and New Zealand, Toronto 1992, págs. 7-126; Kulchyski, Peter (ed.), *Unjust Relations: Aboriginal Rights in Canadian Courts*. Toronto 1994.

⁵⁸ Zarco, F. *Crónica del Congreso Extraordinario*, Pág. 231, anotación del cronista y subrayado de la editora, Sierra C., indicando pasaje luego autocensurado por el mismo testigo e historiador, Zarco, todo respecto a la alternativa constituyente expresada por Ignacio Ramírez en México en 1856: notas 16 y 28.

⁵⁹ Lebovics, Herman. "The Uses of America in Locke's Second Treatise of Government: (1986), en: Horowitz, Maryanne C. (ed.), *Race, Gender, and Rank: Early Modern Ideas of Humanity*, Rochester 1992, págs. 49-63; Williams Jr. *The American Indian in Western Legal Thought*, págs. 227-286; Clavero, B. *Derecho indígena y cultura constitucional*, Págs. 20-28.

comenzaron a hacer su aparición en América por el Estado mexicano de Oaxaca⁶⁰ Y lo es lo que puede ser lo principal, la presunción de *cultura*. He ahí unas obras y unos legados de Europa⁶¹. La Constitución española de 1812 fue uno de los cauces.

Sólo no parece ser producto europeo la técnica Federal de distinción constitucional entre *Estado y Territorio*, como forma de controlar lo uno y dominar lo otro, como modo de prevenir que pudiera formarse un Estado de la población indígena en pie, cuando menos, de igualdad. He aquí algo de sabor genuinamente americano, algo de producción estadounidense, aunque pudiera tener también sus precedentes en técnicas europeas de colonización ciertamente no tan depuradas ni tampoco desde luego tan *constitucionales*⁶². Mas a nosotros ahora nos importa el juego de las piezas por América. No miramos así una filología de orígenes, sino una semiótica de significados. Aparte su procedencia, ¿qué encierra todo ello respecto a unos *Estados* constituidos sobre o frente a *pueblos* indígenas?

Hay elementos que son más puramente signos, esto es, que significan más por sí mismos que por el empleo que tuvieran o la aplicación que alcanzaran. Pudieron incluso abandonarse sin que se perdiera su significado. Signo es así, ante todo, el analfabetismo, la exigencia de "saber leer y escribir" con la presunción cultural de no plantearse ni siquiera la cuestión de la lengua o dándose por supuesto que se trata de una sobrevenida y no mayoritaria de entrada, la castellana o hispana, la inglesa o británica, la lengua de la propia Constitución. Signo lo es sobre todo con el aditivo de la "instrucción pública", de todo un programa de inculturación que, sea sólo de obligaciones o sea también de derechos, lo es de los supuestos del propio sistema constitucional, de su propia cultura, sin cuestión tampoco ninguna de la existencia de otras a la vista. Es un elemento que se hace constitucionalmente más manifiesto en los casos hispanos, pero que es común a los británicos. En él se encierra la mayor ficción y la presunción superior de una nación constitucional como base estatal.

Signo es también "el estado de sirviente doméstico", signo de la misma cultura constitucional común a británicos e hispanos, europeos como americanos, con su modelo de ciudadano: independiente por propietario. Unas Constituciones

⁶⁰Clavero, por el orden dicho de cuestiones, "Amos y Sirvientes, ¿primer modelo constitucional?", en: *Anuario de Historia del Derecho Español*, 56,1986, Págs. 995-1016; "Derecho indígena y cultura constitucional", Págs. 11-19;" Tutela administrativa o diálogos con Tocqueville", en: *Quaderni Fiorentini*, 24, 1995, "Ley del Código: Transplantes y rechazos constitucionales por España y por América", en tales mismos *Quaderni*, 23, 1994, Págs. 81-194.

⁶¹ Bitterii, Urs. Los "salvajes" y los "civilizados". *El encuentro de Europa y Ultramar* (1976), México 1982. "Williams Jr., Documents of Barbarism: The contemporary legacy of European racism and colonialism in the narrative traditions of Federal Indian Law", en: *Arizona Law Review*, 31, 1989, págs. 237-278.

⁶² Cohen, F.S. *Handbook of Federal Indian Law*, págs. 94-96, 385-388 y 426-428; Greene, Jack P. *Peripheries and Center: Constitutional Development in the Extended Politics of the British Empire and the United States. 1607-1788*, Athens 1986

hacen referencia a la dependencia personal por trabajo y no a la vinculación comunitaria por cultura, y no a esta condición más específicamente indígena, porque la misma, esta relación social, no estaba prevista constitucionalmente que subsistiera, mientras que la otra, aquella servidumbre individual, podrá incluso legalmente reforzarse. La presencia de comunidad, en caso de reconocerse, como hemos visto, se entendía transitoria. Está dicho y, si no, supuesto, desde los primeros tiempos constitucionales. Estaba también más paladinamente proclamado a unos efectos constituyentes en el caso hispano: la conversión de la comunidad indígena en corporación constitucional implica su desaparición como tal entidad comunitaria comenzándose por la privatización de su propiedad. Es requisito no menos entendido como algo obligado en todos los otros casos⁶³.

Para las Constituciones, es el mismo indígena en cuanto tal, con sus comunidades y culturas, el que debe desaparecer convirtiéndose en ciudadano sin determinación propia siquiera. De no hacerlo, su posición se hace precaria al máximo. Si sus comunidades resisten, es bajo el entendido de que su existencia depende del *Estado*, de su soberanía y de sus leyes, como también de que su funcionamiento queda bajo la *tutela* de un mismo sujeto *estatal*. Unos pueblos y sus culturas, si permanecen, es bajo estas condiciones de tracto histórico. Toda una mentalidad de fondo *colonial* constituye el substrato de este sistema constitucional de planteamiento *estatal* comprendida su variante *federal*⁶⁴. El uno se establece y construye sobre la otra el sistema, sobre la mentalidad, contando además con ella: con la suspensión que de por sí produce. El mismo prejuicio es entonces un elemento suyo tan constitutivo como funcional.

También es signo el término *ladino*: su significado no era étnico sino *cultural* y así, igualmente, resulta la discriminación *constitucional*. En el espacio hispano que se define sobre, y no frente a la población indígena, la confianza criolla o más ampliamente *ladina* podía estar fundada por *cultura* desde los mismos tiempos de Cádiz. No es que se arriesgara dominio social por imperativo *constitucional*. Podía saberse lo que se hacía. Se quería un modelo de constitución y se conocían unas piezas de dominación. Justo Sierra O'Reilly, el autor del *teorema*, lo fue luego material del primer código civil federal de México. Era pieza que podía cancelar derecho indígena identificando derecho sin más, todo derecho, con legislación. Un

⁶³ Hale, Charles. *El liberalismo mexicano en la época de Mora, 1821-1853* (1968), México 1972, Págs. 221-254; Petit, Carlos. "Del Anáhuac a la República Federal: México", 1810-1836, Págs. 124 y 142-144, en Cruz P. (ed.), *Orígenes del Constitucionalismo*, Págs. 107-203; Haring, S.L. *Crow Dog's case*, Págs. 282-292; Wunder, "Retained by the People", págs. 178-213. Para el substrato, Tomlins, Christopher L. *Law, Labor, and Ideology in the Early American Republic*, Cambridge 1993, págs. 221-292.

⁶⁴ Barsh, Russel Lawrence. "Indigenous North America and Contemporary International Law", en: *Oregon Law Review*, 62, 1983, págs. 72-125; Díaz Muller, Luis. "Las minorías étnicas en sistemas federales, ¿autodeterminación o autonomía?", en: autores varios, *Aspectos nacionales e internacionales sobre derecho indígena*, México 1991, Págs. 47-80; Clavero, B. "Diritto debole. Un manifesto moderatamente federale", en *Filosofía Política*, 8, 1994, Págs. 3-23, en su contexto de un encuentro sobre "Stato o federalismo? Nazione o etnia?", original ampliado en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 42, 1994, Págs. 27-52.

hijo suyo, otro Justo Sierra, intentó lo propio con la lengua: imponer la castellana cancelando cualquier otra. No nos importa aquí el éxito más bien relativo de estos intentos del lingüístico como del jurídico. Baste indicar que hoy en México hay una cincuentena de lenguas indígenas vivas como en Guatemala una veintena⁶⁵, otro signo de cultura y quizá así de derecho para esta otra parte. Su negación constitucional es lo aquí nos importa. Nos interesa su dimensión constituyente: el modelo consciente de igualdad sobre desigualdad que deliberadamente entonces se establece.

La igualdad misma, de darse, puede constitucionalmente ser función de desigualdad. Igualación constitucional cabe que entonces signifique cancelación cultural y privación jurídica: pérdida de derecho propio por negación de cultura propia, de toda la que no satisface los presupuestos de propiedad, familia y política, los privados y los públicos, del universo constitucional. Y *cultura*, ésta que priva, es entonces *derecho* por encima del derecho mismo y del propio constitucionalismo. Constituciones categóricamente igualitarias se planteaban sobre tal entendido radicalmente desigualitario. Una igualdad ciudadana supone entonces pérdida de derecho de título propio sin ganancia de garantía de procedencia ajena. Todo esto lo hemos observado. Nuestros casos no son tan opacos.

Ofrecen signos. Lo es también el Tratado de Guadalupe Hidalgo, sus previsiones tanto las sobreseídas como las mantenidas. Podía producirse entre *Estados* una transferencia de población como accesorio de una cesión de territorio. Eran objetos factibles de un tráfico entre *soberanías* concebidas y aplicadas en tales términos *territoriales*. El tratado previo de delimitación de fronteras, con cesión de territorio y así de población, entre España y los Estados Unidos, de 1819, se hacía sin consideración de la presencia indígena, pues no lo suponía un artículo, el séptimo, de acogida genérica, “según los principios de la Constitución Federal”, de “los habitantes de los territorios” traspasados⁶⁶. También se había reconocido anteriormente la independencia de los Estados Unidos y se reconocería más tarde la de otros Estados Americanos sin que se hiciera entonces no se haga hoy cuestión precisamente constitucional de la presencia indígena. Tampoco habían faltado antes ni faltarían luego tratos semejantes de transferencia de territorios con población anexa a los Estados Unidos por parte de otros Estados europeos, como Francia, Gran Bretaña o Rusia. Es fenómeno de toda una cultura *internacional*, o más bien *interestatal*, entre partes que pueden reputarse *constitucionales*, o mejor también así *estatales*.

⁶⁵ Brice Heath, Sherley. *La política del lenguaje en México: de la colonia a la nación* (1972), México 1986, Págs. 124-126; Ligorred, Frances. *Lenguas indígenas de México y Centroamérica*, Madrid 1992, Págs. 111-128, 155-183 y 191.

⁶⁶ Calvo, Carlos (ed.). *Colección completa de los tratados, convenciones, capitulaciones, armisticios y otros actos diplomáticos de todos los Estados de América Latina*, París 1862, Vol. VI, Págs. 142-152.

Si el *teorema de O'Reilly* no resulta tan imposible como su autor temiera, si la propia *lógica constitucional* cabe que resuelva el *absurdo indígena*, esto es porque no se trata de un asunto exclusivamente *estatal*, porque también presenta una dimensión *internacional*. Conviene contemplarla para entender un éxito. Ni el *teorema* ni su resolución son cosa privativa de cada Estado. Y no sólo hay en común un substrato, sino también un contexto. Hay una responsabilidad, no diré una complicidad, de un *derecho internacional* que comienza por entenderse efectivamente como *interestatal*. Otro entendimiento cual el interno de los Estados Unidos pudo empezar a trascender⁶⁷, pero sabemos que sufrió un cortocircuito y hoy parece cancelado. Se encuentra solapado. Un solapamiento que aparenta cancelación define en general la situación.

Y en éstas comparece Europa. Lo hace ahora no sólo en origen, sino también en vivo. Su derecho *constitucional* puede resultar *internacional* y viceversa. La soberanía *estatal* y su entendimiento territorial de unas altitudes permiten en otras el despeje del *teorema* de forma tan *colonial* como *constitucional*, ambas cosas y lo uno con lo otro. Unos *Estados* extraños a las poblaciones indígenas resultan apoderados sobre ellas tanto para sus congéneres como para sí mismos. Así cabe que se legitime interna y externamente hasta el recurso a la guerra para someterse a unas poblaciones que se encuentran en sus territorios propios con cultura y derecho igualmente suyos. Y así se consagra el conjunto de lo visto como todo un *derecho internacional*.

Cuando empieza a conformarse un *derecho internacional* particularmente americano por impulso de los Estados Unidos, uno de los principios sentados es el de que en América, al igual que en Europa, "no hay territorio que pueda considerarse *res nullius*"⁶⁸, entendiéndose espacio no cubierto por ningún Estado, por su respectiva *soberanía*, lo cual expresamente se declara para proscribirse unas guerras de conquista. Cuando esto se sienta, tanto en Estados Unidos como en México, en Canadá como en Guatemala, hay todavía claramente territorios indígenas independientes. Ocurría por sus mismas fronteras, por todas ellas, al norte y al sur de Canadá como al norte y al sur de México. Era cosa usual por toda América. Así se entiende, así puede entenderse, que el respectivo Estado es el único con título para una incorporación forzosa, para esta guerra no de conquista entonces, sino interna y de este modo justa para el mismo *derecho internacional* americano.

Una concepción y una conducta tan *constitucionales* como *internacionales* de tal signo tan *estatal* como *interestatal* puede que resulten responsables, no digo cómplices. Y de serlo, no lo serán entonces solamente respecto a un pasado, sino también de cara a un presente. Las mismas posiciones internacionales ya no

⁶⁷ Fiore, Pasquale. *Tratado de Derecho Internacional Público*, traducción y adiciones de Moreno, Alejo García. Madrid 1879-1884, Vol. I, Págs. 90-91, y sobre todo, 224.

⁶⁸ Brown Scott, James (ed.), *The International Conferences of American States, 1889-1928*, Nueva York 1931, pág. 44. Resolución de 1890: "There is, in America, no territory which can be deemed *res nullius*".

conocen además, a nuestras alturas, un entendimiento tan parcial ni inequívoco⁶⁹, pero esto no parece afectar a la parte constitucional. Para los constitucionalismos de unas latitudes se tienen hoy unas exigencias que no se esperan en cambio de los otras. Respecto a unos casos, cabe entender como requerimiento constitucionalmente inexcusable el reconocimiento de libertades y competencias comunitarias en razón de cultura propia, mientras que para otros puede considerarse lo mismo no sólo prescindible y aleatorio, sino incluso contraproducente y despreciable⁷⁰. La posición de España, la constitucional para sí y la internacional para con América, resulta hoy paradigmática. Tiene una responsabilidad, nunca digo complicidad, ya no por historia, que se comparte, sino por actualidad, que por compartirse no se pierde.

He aquí quizá toda una esquizofrenia constitucional producto de la persistencia solapada del prejuicio cultural de raíz colonial, de un prejuicio difícilmente calificable a nuestras alturas puesto que *racista* se excede, por su identificación con el racismo más sistemáticamente genocida, y se queda también corto, por ser ya inconfesado y así incluso ahora subconsciente. Sabemos que no se trata de racismo *étnico*, de uno que contraponga razas para atacar alguna, sino *cultural*, de éste que niega culturas para ofrecer la propia, cabiendo así incluso que rebata la misma existencia de razas. Aquel derecho *americano* que se predicaba *internacional* fomentaba cosas como la *eugenesia* y la *homocultura*, la promoción de una raza y una cultura por cada Estado. Lo segundo puede que sea hoy lo importante. *Homoculturismo* cabe ahora con *antirracismo*. No digo que un racismo no lo hubiera como tampoco no lo haya. Digo que lo principal y decisivo resulta la posición *homoculturista* más propia y característica de unos derechos, *constitucional e internacional*, del *derecho estatal e interestatal* que así se genera y alimenta también desde Europa⁷¹.

El *homoculturismo*, que podemos seguir diciendo, puede resultar a estas alturas no sólo inconsciente, sino también insensible, y no solamente además respecto a existencias ajenas, sino incluso a experiencias propias. Lo es a toda la

⁶⁹ Hannung, Hurst. *Autonomy, Sovereignty, and Self-Determination: The Accommodation of Conflicting Rights*, Philadelphia 1990, págs. 74-103; Berkey, Curtis G. "International Law and Domestic Courts: Enchancing Self-Determination for Indigenous Peoples", en: *Harvard Human Rights Review*, 5, 1992, págs. 65-94; Anaya, S. James. "The capacity of International Law to advance Ethnic or Nationality Rights Claims" (1990), en: Kymlicka, Will (ed.), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford 1995, págs. 321-330; Tennant, Chris. "Indigenous People, International Institutions, and the International Legal Literature from 1945-1993", en: *Human Rights Quarterly*, 16, 1994, págs. 1-57; Clavero, B. *Diritto della società internazionale*, Milán 1995.

⁷⁰ Harvey, Edwin R. *Derechos culturales en Ibero América y el Mundo*, Madrid 1990; Prieto de Pedro, Jesús. *Cultura, Culturas y Constitución*, Madrid 1993

⁷¹ Scott, J.B. (ed.), *The International Conferences of American States*, págs. 239-240 y 313, resoluciones sobre "eugenics and homoculture", de 1923 y 1928. Cowie, Lancelot. *El indio en la narrativa contemporánea* (1976), México 1990; Horsman, Reginald. *La raza y el destino manifiesto. Orígenes del anglosajonismo racial norteamericano* (1981), México 1985; Reissner, Raúl: Alcides. *El indio en los diccionarios. Exégesis léxica de un estereotipo*, México 1983; Ros Romero, Consuelo. *La imagen del indio en el discurso del Instituto Nacional Indigenista*, México 1992.

práctica habida y a todo el conocimiento acumulado en otra línea, una línea de superación de *Estado por* consideración de *comunidad* que puede justamente interesar a la población indígena⁷². A estas alturas nuestras, tampoco resulta muy seguro que inconsciencia e insensibilidad se deban a un morbo interno del constitucionalismo y no a la alegría de quienes lo profesan, cultivan y vocean, de sus trabajadores sindicados. No se sabe si es asunto de esquizofrenia constitucional, de esta discriminación profunda y prejuicio cultural, de esta postura incalificable, o más bien quizá de simple desidia jurídica y de pura pereza mental. Ignoro qué es peor en el sentido, no de más fácil de descalificar, sino de más difícil de superar. La misma historiografía constitucional muestra un desentendimiento, tampoco lo calificuemos, ya no se sabe si rumiando y dirigiendo o torpe y distraído. A carencia de bibliografía, aún con todos sus sesgos y desequilibrios, ya sabemos que desde luego no se debe. Tenemos no sólo una historiografía, aún apenas constitucional, sino también una sociología de la costumbre y una antropología del derecho, aunque ni una ni otra de la Constitución. Ofrecen visión⁷³.

No seamos tampoco tan indulgentes como para pensar que la cuestión es nueva o que antes pasaba desapercibida y sólo ahora se advierte. Si no se ponía de manifiesto, es porque se temía y silenciaba. En el caso de México hemos visto cómo causó visible sensación a un congreso constituyente la propuesta de un federalismo intercultural por consideración a los pueblos indígenas. Era una presencia visible como era una opción pensable. Lo era en todos los casos. Ahí también que encontramos la dimensión *internacional* interna de los Estados Unidos durante el siglo XIX e incluso algún registro en el texto constitucional actual de Canadá. Y tenemos la realidad bruta. Si no se han constituido formalmente unos Estados indígenas en América, no es porque materialmente no cupieran, porque no quepan, o porque unos *pueblos* no existieran, porque no existan, como tampoco desde luego porque fueran ni porque sean incapaces, sino porque la misma posibilidad resulta terminantemente bloqueada por toda una determinada cultura *constitucional e internacional* así dominante⁷⁴.

⁷² Lerner, Natan. *Minorías y grupos en el Derecho Internacional. Derechos y discriminación* (1900), México 1991; Torres, Raidza. "The Rights of Indigenous Populations: The Emerging International Norm", en: *Yale Journal of International Law*, 16, 1991, págs. 127-175; Hannum, H. (ed.), *Documents on Autonomy and Minority Rights*, Dordrecht 1993; Kymlicka, W. *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford 1995.

⁷³ Del caso más estudiado, el estadounidense, ofrece últimamente sumaria bibliografía de interés jurídico Wunder, Jr. "Retained by the People". Págs. 251 -262, y juicio también sumario sobre el descuido de la historiografía del derecho que puede alcanzar a la constitucional y así al derecho mismo, Harring, S.L. *Crow Dog's case*, págs. 8-10. El mío menos sumario respecto a otros casos, y tampoco exclusivamente historiográfico, se encuentra en *Cádiz entre indígenas* citado. Literatura hemos visto que hay, pero lo que indico es que no trasciende a la problemática constitucional, al contrario hoy que el caso afroamericano bien distinto, del que no hará falta decir que aquí no me ocupo aunque haga al final alusión.

⁷⁴ En la preparación de los informes de la observación de la nota 40, no convencimos quienes proponíamos acusar el desajuste entre el carácter "pluricultural" de Guatemala y unos régimen y práctica electorales. Se ignoran lengua, comunidad, cultura y demás factores vitales como el hábitat disperso de las aldeas indígenas. Unos registros se plantean sobre el modelo de familia y el

Hoy el un derecho todavía no depurado del *colonialismo* característico de un primer *constitucionalismo*, tiene ante sí planteada toda una revisión. Porque encuentre la indiferencia, no digo la repugnancia, del propio constitucionalismo, no la tiene de todas y todos los constitucionales⁷⁵. En la actualidad, desde 1985 y 1992 respectivamente, las Constituciones, tanto de Guatemala como la de México, registran un principio de reconocimiento de la parte indígena, más que sin la jurisprudencia ni la legislación o tampoco siquiera una doctrina, respondan hasta el momento, sin que lo haga así el derecho. La Constitución de Chiapas se ha adelantado a la Federal mexicana con una reforma de 1988. Lo ha hecho en eso, en el gesto textual, pues tampoco en más⁷⁶. Estamos ante un dato ya,

modo de identificación *ladinos* llegando a causarse problemas prácticamente irresolubles por requerir oficios costosos como el de abogado. Las gestiones estrictas para la participación electoral pueden precisar horas de camioneta o más aún de caminata con un mínimo, según nuestros informantes, de aldeas, de tres desplazamientos a unas cabeceras municipales que no son siempre centros de ceremonias, fiestas ni mercados: para incoar la cédula de vecindad, para recogerla y registrarse en el censo electoral y para votar. Este proceso de empadronamiento a efectos electorales es legalmente gratuito, pero no lo resulta. Hay municipios que cobran el coste material de la cédula y para ésta se precisa fotografía, cosa que no es de uso y que consideran económica y moralmente lo más gravoso. La ley también exige vecindad para integrar juntas y mesas electorales, más en lugares completamente indígenas hay casos de incumplimiento respecto a la presidencia de la Junta Electoral Municipal, órgano superior en su ámbito. Se nos alega como explicación unas "instrucciones orales" de la administración electoral central estimando que, aparte requisitos legales, existen cargos que precisan de "honorabilidad". Y contra la ilegalidad flagrante, contra prejuicio tal, lo que no hay previsto es recurso a la justicia, para lo cual también se tiene explicación: "independencia de la administración electoral", que se presume judicial, y "garantía para las mismas elecciones", para que no sufran entorpecimientos. Orales, coincidieron en sustancia explicaciones del centro, el Tribunal Supremo Electoral según denominación constitucional y de las delegaciones departamentales y municipales visitadas. Y no conozco publicista que advierta.

⁷⁵ Gómez Rivera, Magdalena. *Derechos indígenas. Lectura comentada del Convenio 169 de la OIT*(1991). México, 1995. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, "Constitucionalidad y Derechos de los Pueblos Indígenas. Informe de la relatoría", en: *Crítica Jurídica*, 14, 1994, Págs. 143-154, respecto a un taller de consulta en 1994, junto con constitucionalistas, aunque del silencio y otros gestos de disgusto, esta otra semiótica, no se levanta acta; Clavero, B. *Derecho indígena y cultura constitucional*, Págs. X, 75-94 y 193-203.

⁷⁶ Tena Ramírez, F. *Leyes Fundamentales de México*, Págs. 1079-1080. Skinner Klee (ed.) *Legislación Indigenista de Guatemala*, Págs. 140-141. Gobierno del Estado de Chiapas. *Legislación en materia de indigenismo*, Tuxtla Gutiérrez 1991, Págs. 11-12. Amnistía Internacional, *Violaciones de los derechos humanos en México: el reto de los noventa*. Madrid, 1995, Págs. 30-40. La situación en Chiapas, e informes anteriores sobre el mismo Estado de Chiapas, desde 1986, ahí citados. En Guatemala, la última regulación o vocación de tal, la del Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, de 1995, entre quienes se encuentran ahora entre unas interminables negociaciones de paz tras una interminabilísima guerra civil, cuyo texto alcanza a publicar Skinner Klee (ed.), *Legislación indigenista en Guatemala*, Págs. 239-263, no hace previsión de autonomía indígena más allá de la municipal, con una regionalización tan sólo en la prestación de servicios (tít. IV b y c). En análogos términos al respecto, bajo un federalismo territorial sin significación tampoco cultural como el mexicano, se están actualmente encauzando unas conversaciones de paz en Chiapas, más cubiertas, si mejor no sabría decir, por las agencias de prensa.

constitucionalmente al menos consignado, que el mismo constitucionalismo no parece capaz de procesar ni siquiera cuando lo tiene ante la vista. Y es achaque de ceguera bien común a estas alturas⁷⁷. Se cierra en el mismo uso de unos nombres que no saben identificar y que se muestran así incapaces de concebir otras Américas que las especulares de Europa, tanto vale a este efecto *Hispanoamérica* o *Iberoamérica* como *América Latina*, *América anglosajona* o incluso el término desnudo de *América*. El nombre de *América Latina* está hoy consagrado por el derecho internacional global, y el de *Iberoamérica* por el particular, pero ya sabemos que esto no tiene por qué ser un aval⁷⁸.

Hemos visto, en definitiva y en suma, toda una historia de colonialismo no sólo haciéndose *constitución*, sino también enquistándose hasta este punto dentro del *constitucionalismo*. Es la cultura colonial que todavía puede en efecto superponerse al propio *constitucionalismo* y prevalecer sobre el mismo. Seguimos así estando ante una *cultura* que es *derecho* por encima del derecho. Se estableció en unos inicios *constitucionales de bases coloniales*. En tales orígenes,

⁷⁷ En los trabajos de notas 74, los argumentos más consistentes hechos explícitos frente a la propuesta de acuse de la "pluriculturalidad" de Guatemala, alegaban que con ello descalificábamos "un proceso electoral sustancialmente limpio" y que, con todo, abogábamos por una "reforma constitucional" desbordando así "el marco nacional" del mandato de nuestra observación, cuando lo primero, la limpieza sustancial no se cuestionaba, y lo segundo, el desbordamiento accidental, podría producirse a la vista de la legislación guatemalteca, pero de la Constitución, precisamente. Y son objeciones esgrimidas por constitucionalistas profesionales, los españoles, responsables además a la sazón uno, Pablo Santolaya, de *Procesos electorales* en España, y otro, Cayetano Núñez, de *Cooperación iberoamericana* en Guatemala. En este segmento académico español, es, no sé si sintomáticamente, un internacionalista, Francisco Aldecoa, quien se muestra sensible. Sensibilidad tampoco falta, entre otros contingentes, particularmente en el escandinavo. Mas no hay éxito de momento. Nuestros pronunciamientos públicos no se permiten la mínima alusión a causa ni a efecto de *apartheid* (prensa guatemalteca, del 14 de Noviembre y con prisas por cohonestar del 8 de enero). Respecto a la misma ocasión, existen informes internacionales más reservados que reparan en la población indígena para indicar que, por cosas como la de la nota 40, precisa "educación cívica" que les enseñe a "hacer uso de sus derechos constitucionales", como si no tuvieran discernimiento de sus intereses y sin advertencias, además, para la parte *ladina* responsable de cosas como las de nota 74

⁷⁸ Del estilo dicho al final de la nota anterior fue la visión preponderante en las reuniones de nuestra observación europea con expertos de la OEA y de las mismas Naciones Unidas, de su misión de derechos humanos en Guatemala, con lo que tampoco es de descartar que la presencia *internacional* comenzando por no reconocer que se encuentra ante una realidad tal, reproduzca mecanismos *constitucionales* de dominación *colonial*. Las actuales Cumbres iberoamericanas adoptan en un contexto siempre adverso de tal identificación antes *hispana* y ahora *ibera*, una política de cooperación específica mediante un Fondo de Desarrollo Indígena que se ofrece a la iniciativa acuerdo y gestión de las comunidades mismas, pero que no se compromete formalmente en unos términos de derechos como los representados por la OIT con su Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de 1989. España ni se plantea su ratificación ni entiende que tenga por qué regir su actuación al respecto, posición compartida por otros estados europeos y por la Unión misma. Kuppe, René, "El Convenio OIT 169 y tres países europeos. Una contribución al discurso sobre los derechos humanos en Europa", en: *Crítica Jurídica*, 14, 1944, Págs. 95-103; Del Arenal, Celestino. "Balance y Perspectivas de Cuatro Cumbres iberoamericanas", en: *Revista de Estudios Políticos*, 89, 1995, Págs. 35-59; Fondo para el Desarrollo de los Pueblos de América Latina y el Caribe, serie de documentos, 10, 1995, Acta de la Primera Asamblea General Ordinaria, echando a andar.

unos *pueblos* formados se encuentran ante unos *Estados* por formar que se atribuyen tanto derecho y así tanto poder como les negaban: todo, pues es el poder de determinar el derecho mismo. Este era históricamente el principio *constitucional*, principio que todavía parece jurídicamente serlo.

Cuestión constitucional en el sentido de derechos o libertades indígenas no sólo de entrada no había, sino que ni siquiera entonces cabía. Como hemos visto respecto a Estados Unidos, esta cuestión es históricamente ulterior y sirve además para reforzar la anteposición y el apoderamiento constitucionales de unos Estados. Hoy es cuando viene finalmente a plantearse en México y Guatemala. Si ahora el constitucionalismo no implica derecho del individuo a algo cuyo ejercicio sólo puede ser social como la propia cultura, aquella en la que el mismo se socializa tanto así como se personaliza, y no encierra título correspondiente también de la comunidad misma a un derecho propio; si entonces el *constitucionalismo* sigue adoleciendo de la carencia de esta verdadera base de derechos, antes individuales y con ello comunitarios que políticos y así estatales; si el mismo no supone todavía el reconocimiento efectivo del derecho de unos *pueblos* como antecedente y así eventualmente como base del poder unos *Estados*, será porque aún gesta y nutre al *colonialismo*⁷⁹.

La cuestión de los derechos en el sentido de libertades no es que sea desde luego constitucionalmente ulterior, pero es común y no puede, no debe, servir para situar y así apoderar lo segundo, unos *Estados* con mayúscula, sobre lo primero, unos *pueblos* con minúscula. Esto ocurre cuando todavía la parte constitucional, esto es *estatal*, se sigue atribuyendo el poder de definir el *derecho* y ahora los *derechos* con presunción además de que la asunción del derecho individual ha de implicar el sacrificio del derecho comunitario y de que por consiguiente el apego al segundo entraña desapego al primero justificando de este modo la propia actividad estatal desatenta de ambos, también de los derechos individuales en interés siempre presunto de la población así traída a *constitución* y sujeta por fin a *civilización*. Y la presunción resulta plena, sin sentirse necesidad alguna del más mínimo conocimiento de unas realidades plurales como las indígenas americanas. Es ignorancia inconsciente por ciega.

Explicación puede también haber de esta ceguera *constitucional*, de la resistencia del constitucionalismo por ver siquiera la cuestión indígena a unas alturas además en las que no puede decirse que no mire el problema racial. Mira un caso como afroamericano, caso de desarraigo forzado de unos pueblos con pérdida de territorios y culturas propios y así de su carácter distintivo como tales *pueblos*. Es el supuesto que ha impreso históricamente un giro al constitucionalismo americano, particularmente al estadounidense, y que hoy si no sienta el paradigma pues resulta debatido, determina en todo caso el tratamiento constitucional del capítulo racial, con la consiguiente desatención de la dimensión territorial y sobre todo de la cultural que puede ser constitucionalmente la más

⁷⁹ Clavero, B. *Derecho indígena y cultura constitucional*, Págs. 110-178

relevante⁸⁰. Con tales características, la consideración del caso afroamericano puede fortalecer las posiciones internacionales y constitucionales dadas, mientras que la del caso indígena, la de unos *pueblos* originarios que conservan culturas y territorios propios, puede cuestionarlas.

Con el problema indígena, puede así todavía jugarse la legitimación misma de unos *Estados*. Si existe hoy un *teorema* pendiente en la constitución de América es el nuestro, quiero decir el de *O'Reilly*. Hemos visto que la independencia de los Estados americanos se planteó constitucionalmente como la Sudáfrica del *apartheid*, con sometimiento a *soberanía* y apartamiento de *constitución* de una mayoría, aún con todas las modalidades también de nuestros casos. Entonces se aplaudió por el constitucionalismo lo que hoy justamente se abomina. Más no ha habido *reconstitución*. Tampoco se da el atenuante del mestizaje casi universal que, por conjurarse el problema, viene luego presumiéndose contra la misma evidencia⁸¹. Otra coartadas, como la de que no subsisten culturas precoloniales porque todas están contaminadas y son así también mestizas, aún merecen menos consideración. Un derecho no lo concede la historia ni lo conserva la inercia. Lo confiere la cultura propia sobre territorio propio y lo refuerza que éste, el territorio, sea de origen como no lo enerva que aquélla, la cultura, se modifique⁸². Una cosa es la virtud del mestizaje humano y otra el vicio del exterminio cultural. Y ya hemos descartado la coartada más manida, la de que el problema es de subdesarrollo económico sin cuestiones colonial ni constitucional previas y éstas no distintas. La falta de reconocimiento internacional y de autonomía nacional, de la nación indígena, no son cosas ajenas, con la precariedad subsiguiente de disposición de recursos propios, a un estancamiento⁸³.

⁸⁰ Coster, Richard C. *The Supreme Court and the Second Bill of Rights: the fourteenth Amendment and the Nationalization of Civil Liberties*, Madison 1981; Maitz, Earl M. *Civil Rights, the Constitution and Congress, 1863-1869*, Lawrence 1990; Kuli, Andrew, *The Color-Blind Constitution*, Cambridge 1992; Kymlicka, W., *Multicultural Citizenship*. Referencias del índice de materias a African-Americans y a Indigenous Peoples.

⁸¹ Jordán Pardo, Roberto. *Poblaciones indígenas de América Latina y el Caribe, México, 1990*, con datos también comparativos de otras partes de América.

⁸² Geertz, Clifford. *La interpretación de las culturas* (1973). Barcelona, 1992; Clifford, James, *Identity in Mashpee*, en su *The Predicament of Culture: Twenty-Century Ethnography, Literature and Art*, Cambridge, 1988, págs. 277-346, con su interés jurídico más que indirecto.

⁸³ Payeras, Mario. *Latitud de la flor y el granizo y otros escritos sobre el medio ambiente mesoamericano*, Tuxtla Gutiérrez 1988, Págs. 58-59; Castañeda, César. *Interacción, naturaleza y sociedad guatemalteca*, Guatemala 1991, Págs. 86-90, ambos y más particularizadamente el segundo respecto a un caso que conocí junto a Eva Zettemberg y Rudolf Weber (ocasión de notas 40, 74, 77 y 78), en la *república chuj* de San Mateo, Ixtatán, al norte del Departamento de Huehuetenango, en la frontera con Chiapas, pudiendo observar no solamente elecciones sino también desperdicios: el ejército tala la selva para estorbar los movimientos de la guerrilla y los árboles derribados se quedan en el terreno pues la comunidad ixtateca no permite que el Estado procesa y a la inversa; éste vendió la madera a una compañía estadounidense que no ha podido ultimar la operación por la oposición resuelta de aquella a la expropiación tras la destrucción.

El *teorema de O'Reilly*, en fin, representa la incógnita constituyente de Indoamérica, de la América toda que no cancela la presencia indígena. Es *teorema* de carácter constitucional y lo es en la actualidad. Por ocuparnos de un tiempo histórico, no vamos a ignorar el nuestro. Nuestro *teorema* sigue sin excepción operando por unas latitudes. Se encuentra generalmente cegado y en algún caso aparentemente cancelado, mas no deja de estar activo a lo ancho y largo de un Continente. Sólo los casos de exterminio se exceptúan. Ante todo esto, nada vale la objetividad de una ciencia abstraída ni el realismo de una historia consumada. Porque unos hechos sean irreparables, no lo son unos derechos. Si mi compromiso como historiador debe ser con los primeros, como jurista es con los segundos. Tampoco vamos a dejar que los unos, los hechos históricos, prevalezcan sobre los otros, los derechos constitucionales, aunque sólo sea porque únicamente el derecho, el derecho ajeno, puede salvarnos de la historia, de la historia propia.