

## EL DERECHO, LOS INDÍGENAS Y EL DERECHO INDÍGENA.

(Algunas consideraciones sobre Derecho indígena y cultura constitucional en América de Bartolomé Clavero\*)

Esta recentísima aportación del profesor Clavero, viene a ser, hasta el momento, un testimonio más de lo que ha constituido en los últimos tiempos uno de los objetivos preferentes —si no el que más— de su investigación. No obstante, por la amplitud, y fundamentalmente por el tratamiento, merece un interés especial en la medida en que, de alguna forma, resume y explicita su particular punto de vista sobre asunto tan complejo y, a la vez, tan interesante, por más que hasta ahora sólo una minoría, aunque muy cualificada, de estudiosos —entre ellos algunos cultivadores del derecho internacional público— le vienen prestando una relativa atención. Para la Historia del Derecho, al menos en la época en que él lo analiza, el tema ha pasado casi inadvertido.

Y de entrada esta característica de pionero constituye uno de los aspectos más meritorios del libro, por más que no sea extraña en un autor cuya trayectoria, por otra parte, puede calificarse de rupturista a menudo, casi siempre innovadora y con frecuencia provocadora, por cuanto ha frecuentado temas o recurrido a métodos que o bien no habían sido considerados con anterioridad o, si lo habían sido, se ocupa de ellos desde una perspectiva tan peculiar que concluyen en general con posturas distintas e incluso contradictorias a las que hasta entonces se habían defendido. En todo caso con resultados sugerentes que no han podido ser indiferentes para los estudiosos y no sólo de la Historia del Derecho.

En este sentido, y ya con respecto al libro que nos ocupa, el tema se presenta y analiza de tal manera que ya sea por el objeto del mismo —el derecho indígena americano en el marco de una cultura jurídica dominante de naturaleza bien dis-

---

\* México, Siglo XXI, editores, 1994.

tinta— ya por la peculiar impronta de la orientación, reviste una cierta singularidad en la producción del autor. Se diría, en efecto, acerca de él que, a primera vista y desde una aproximación estrictamente formal, responde a las tres normas del teatro neoclásico: una exposición, breve, el nudo —más amplio— y finalmente, el desenlace, tampoco muy extenso. Y a estos tres momentos me ceñiré para proceder a un somero análisis.

La exposición, a mi entender la parte más innovadora del libro, está centrada en el análisis de la condición jurídica de los aborígenes durante el dominio europeo y la primera etapa del estado liberal. Fundándose en la producción más propiamente doctrinal a través de una selección de obras y juristas de los siglos XVI, XVII y XVIII, con una destacada atención a Vitoria y Vattel, Clavero llega a dos conclusiones de importancia. En primer lugar a la individualización del indígena dentro del propio contexto del genéricamente llamado derecho indiano, como creación estrictamente colonial y cuya razón última se encuentra en la inadmisibilidad por parte de los conquistadores de los ordenamientos precolombinos por extraños en su fundamentación a la cultura jurídica europea de la época. La segunda conclusión consiste en acuñar una expresión de indudable interés: el *status de etnia*, basada, sobre todo, en la configuración del indígena —indigente— como menor y miserable. Aunque advierte que tal categoría no se crea «ex novo» para el «indio», pues incorpora tales características ya aplicadas a otros sujetos como el rústico —o la plebe, a la que no alude—, no puede, a primera vista dejar de cuestionarse el porqué de su utilización en ese marco y en la época aludida. Porque, si se basa en la existencia de grupos que se consideran etnicamente diferenciados y a los que se les aplica, por ello mismo, una normativa especial, es obvio que entonces este concepto sería aplicable igualmente a otros que, como los moriscos o mudéjares o los judíos, habían convivido históricamente en los reinos de la propia Monarquía, sometidos también ellos a un régimen específico; algunos incluso, como el caso de los moriscos, todavía con presencia real a todos los efectos en la época en que Vitoria escribe. Pero, si el concepto quiere incluir además una diferenciación de naturaleza religiosa, es obvio que aquellos estuvieron siempre en inferioridad de condiciones, pues su cualidad de infieles les situaba, en principio, en un plano secundario frente al indio, cuya cristianización forzosa se pregona desde los primeros tiempos de la conquista y era irrenunciable. Queda, por último la cuestión cultural en materia jurídica, cuyos puntos de encuentro son inexistentes, como ya ha referido Clavero, entre europeos y precolombinos, mientras que comparten con árabes y judíos una referencia a la tradición como legitimadora del derecho y, fundamentalmente, la definición de sí mismos como «culturas del libro», tal y como el mismo Clavero señalaba otrora. Ilustrativa es a este respecto la terminología usada por los primeros españoles —misioneros— que en Nueva España estuvieron más implicados: «república de indios» —frente a «república de españoles»— y «nación indiana». Es bien conocido que ambos conceptos son utilizados en el lenguaje jurídico desde la baja Edad Media sin que en modo alguno, como por otro lado es notorio, pueda atribuirse a los mismos ninguna implicación étnica. Y aunque ciertamente no faltó entre aquellos quien los considerase «alieni iuris», este extrañamiento se basaba fundamentalmente en motivaciones más religiosas que jurídicas, por más que entre éstas últimas se recurriera a argumentos ya esgrimidos, entre los que sobresalen el reiterado y cono-

cido recurso a la pobreza (miseria) e incapacidad (minoría) (Tomás y Valiente). Por tanto, si la situación jurídica del indígena se define a través de requisitos que son atribuibles a otras personas y grupos, excepto en el ámbito cultural, pero subsanado éste por medio de un nuevo derecho, no parece en principio que el *status de etnia*, como elemento social definidor en una sociedad que jurídicamente se articula en torno al privilegio, sea oportuno en ese momento.

Por otro lado, la cultura, como elemento antagónico de primera magnitud, lo retrasa el autor a la época constitucional en la práctica, aunque doctrinalmente a la segunda mitad del siglo XVII, donde se encuentran sus bases teóricas, adquiriendo especial relevancia Locke. Con la creación de la teoría de los derechos individuales, y entre ellos el más relevante, la propiedad, a través del cual se introduce la economía como legitimadora del nuevo orden jurídico, antaño fundado en la religión y teología; y, sobre todo, con el surgimiento del Estado liberal, el Estado-Nación, los asuntos referentes al indígena, al «indio», presentaron un nuevo matiz, diferenciándose además en América —al menos en cuestión de procedimiento—, según expone acertadamente el autor, los territorios de cultura anglosajona respecto a los que formaron parte del Imperio hispánico.

Se inicia así la segunda parte, el nudo de la cuestión, que consiste en el paso —lento paso, pues aun tardará en producirse— de un *status* de minoridad a un *status* de minoría, conseguida sólo en el siglo actual. Y comienza por el supuesto angloamericano, en especial Estados Unidos, al que el profesor Clavero dedica una limitada aunque interesante atención.

Partiendo del análisis de la única referencia legal existente en la Constitución americana acerca de los indígenas —y que consiste en la atribución al Congreso federal de la regulación del comercio además de con otras naciones y entre los estados «con las tribus indias»—, Clavero advierte que la solución dada por el sistema americano viene por la vía jurisprudencial, fundándose más en consideraciones políticas —*policy*— que jurídicas —*law*—. A través de ese mecanismo, se consiguió articular una situación que para el indio, desde el punto de vista práctico, tuvo peores consecuencias que en la época colonial. El punto de partida de esta postura —que acertadamente el autor califica de paternalista en su peor acepción—, radica, según Clavero, en una demanda interpuesta por los indios cherokees contra el estado de Georgia y sustanciada ante el Tribunal Supremo federal. La sentencia de dicho organismo, expone, fue el primer testimonio de una teoría constitucional de carácter terminantemente racista elaborada «por un poder (el judicial) ... sin apoyo posible en la constitución».

De este argumento llama en primer lugar la atención la apostilla que Clavero introduce cuando, refiriéndose a la tribu de los cherokees, la califica de «nación india que tempranamente adoptó la escritura alfabética y pronto se dotaría de leyes escritas». No queda claro, porque no lo explicita, el significado de tan críptica expresión ¿Quiere acaso dar a entender con ella que existía una cierta asimilación cultural, y tal vez no sólo en el orden jurídico, que vuelve más perversa la solución dada a la cuestión indígena en norteamérica? De ser ésta la respuesta, no parece muy conforme a la sostenida por antropólogos e historiadores, quienes defienden que desde la perspectiva de la hoy denominada civilización material, los cherokees —como otras «tribus indias de la pradera»— no se encontraban entre los más evolucionados, como por ejemplo los «pueblo»; y en lo que se refiere a su forma

de organización política, parece desde luego más sofisticada la denominada «liga iroquesa», cuyo consejo de 50 *sachems* representativo de las seis tribus, tenía competencias entre otras cosas, en las declaraciones de guerra y paz (interna y externa) y del mantenimiento de relaciones con extraños, lo cual no deja de recordar ciertas atribuciones de algunos órganos previstos por la propia constitución federal.

La cuestión, desde mi punto de vista, no radica en los presupuestos o forma de actuación del Tribunal Supremo, que desde la visión de sus protagonistas constitucionales del momento son perfectamente coherentes y a efectos del tema hasta secundarios. Porque ¿qué impedía *stricto iure* la intervención de un tribunal federal del primer —cronológicamente— Estado territorial, nacional y soberano para sentenciar una causa jurisdiccional con una parte a la que su constitución en la única mención no reconoce ni como Estado ni como nación, sino con un indefinido, aunque no por ello carente de significado, término de tribu y solamente a efectos comerciales? En éste concreto supuesto, la ausencia o marginalidad de la aplicación de la constitución no es la causa directa del racismo, de la que ella misma es el resultado y de forma indirecta se hace eco. Basta con recordar al efecto que en su misma génesis está el pacto entre los estados autodenominados antiesclavistas con los que se declaraban como tales, por medio del cual se admitió tácitamente la esclavitud mediante el expreso reconocimiento a efectos del cómputo representativo de los esclavos, además de otras medidas similares. Y aunque ello sea también una cuestión de «policy» sus efectos jurídicos son incuestionables.

La discriminación racial en Estados Unidos -a diferencia de otras discriminaciones coetáneas pero que se irán consolidando a lo largo de los siglos XIX y XX y que con aquella concluirán con la potenciación absoluta y casi exclusiva del blanco, anglosajón y protestante en términos políticos, administrativos y sociales, amparada o fomentada por la vía judicial- no tiene a mi entender un origen inmediato ni en la constitución ni en las sentencias judiciales, aunque sean las del Tribunal Supremo federal, pues una y otro son meros instrumentos. Arranca, por el contrario de la propia legitimación doctrinal, de los principios en que se apoyan las declaraciones de derechos de los estados, la declaración de independencia y la propia constitución federal. Una legitimación doctrinal y principios que tienen su origen tanto en el modelo inglés del XVII como, muy en especial, en la relevante influencia en esos textos de una teoría sobre los derechos que en este supuesto se debe fundamentalmente a Locke. Y se fundamenta también en las mismas reivindicaciones realizadas por los autores norteamericanos como Paine y, sobre todo, Otis. Este último en 1764 defendía la libertad, pero sólo de los colonos y únicamente de éstos. Los indios no existían a ningún efecto, por más que se plantease desde una teoría iusnaturalista que hablaba y universalizaba ciertos derechos individuales, sin universalizar los titulares o sujetos de tales derechos.

El indígena no existe a ningún efecto, porque tal teoría estaba pensada —véase Locke con sus declaraciones de guerra justa o la propia definición de colonización de Vattel, que recoge el autor— exclusivamente para el europeo y el europeoamericano, sacralizando, pero sólo para éstos, el derecho de libertad y propiedad, por cierto considerada esta última en las declaraciones de derechos y de Independencia como sinónimo de «felicidad». Cuando sobre ella recae algún conflicto y exige especial protección, como ocurrió con la expansión territorial de una entidad política —que se

define, entre otras cosas, como tal—, pero llevada a efecto por individuos propietarios que entienden la institución de la propiedad como la primera y más importante manifestación de las libertades positivas —consideradas a su vez como derechos— es cuando interviene el Tribunal Supremo como tutelador. Otra institución no podía, puesto que sólo a él le corresponde la función de garante y protector de único individuo que tiene existencia constitucional: el blanco propietario. Y ello en la medida que tales derechos, en cuanto que otorgados por el estado forman la «base y sustrato del gobierno (y) no pueden ser manipulados ni minimizados por la legislación general» (Oestreich). No en vano los «Padres Fundadores» —y más en concreto Hamilton y Madison— defendieron que sólo el pueblo —concebido como una entidad social corporativa— y no los estados era el auténtico sujeto de derechos. Un pueblo que también consideraban «bajo dos capacidades, como ciudadanos de sus respectivos estados y de la nación como un todo». Conforme a la primera, y al menos en los inicios, «los americanos se veían a ellos mismos más como residentes de sus estados particulares que de USA como un todo». De acuerdo con la segunda, la aparición de este primer estado nación tiene unos claros fundamentos antidemocráticos, por cuanto «se gobierna para el beneficio de una pequeña parte de la sociedad» (diZerega) —los propietarios—, de la que ciertamente los indígenas permanecieron siempre al margen a todos los efectos.

Por tanto, a este respecto, la práctica judicial americana en relación con los indios fue perfectamente correcta, tanto jurídica como políticamente, en la medida que se adecuó a unos principios recogidos por la legislación y el derecho, esencialmente discriminadores en la medida que no reconocían al indio ni siquiera la cualidad de «hombre». Hablar por ello de igualdad en este aspecto, incluso desde el punto de vista legal, es una pura falacia ¿Cómo se puede aplicar un derecho a algo o a alguien que legalmente no existe?

Por ello, cuando a principios del segundo tercio del siglo XIX, en 1831, las tribus indias fueron definidas, como muy bien apunta Clavero, como *dependent domestic nations*, tiene lugar en mi opinión la aparición de ese *status de etnia*, corroborado por la vigencia de la ya aludida cláusula del art. primero referida al comercio con las tribus —interpretada siempre de forma muy ambigua, como no deja de reconocer la propia doctrina americana—, y por la undécima enmienda sobre intervención judicial, ratificada en 1795. Situación, por cierto que sólo parece superada con la concesión de ciudadanía a los indígenas siglo y medio después de la promulgación de la constitución, en 1924, como apunta el autor. Casi en la misma época, F.D. Roosevelt exponía «we are a nation of many nationalities, many races, many religions, bound together by a single unity, the unity of freedom and equality». No obstante, esta libertad e igualdad en la unidad de nacionalidades, razas y religiones parece estar muy cuestionada desde entonces tanto desde la perspectiva de la cultura constitucional como desde la de quienes no la comparten.

En efecto. Además de la ya aludida tesis de John Marshall y de la de Williams el Joven, esta última sobre la imprescriptibilidad de la soberanía de los indios, ambas recogidas por Clavero, otros, como F. Cohen, por ejemplo, argumentan sobre una soberanía limitada, tampoco extinguida. Y aún un tercer grupo nos aduce una tesis totalmente contraria: la pérdida total de la soberanía tribal tras la concesión de la ciudadanía, hecho que convirtió a los indios en titulares de los mismos dere-

chos que cualquier ciudadano, con independencia de su integración o no. Por su lado, la visión judicial tampoco reviste uniformidad: mientras una Corte de Apelación declaraba que las tribus poseían un status superior a los estados, una sentencia del Tribunal Supremo denegaba en 1959 a esas mismas tribus un gobierno independiente del estado en que estuvieran ubicadas.

En la actualidad, la cuestión se ve además complicada por conflictos que surgieron en los últimos años, como el que se planteó entre algunos estados y las «reservas» por cuestiones derivadas de los beneficios producidos por el juego en 1994, y que parecen dar un giro nuevo a la situación (Barsh y Mc Culloch). Tiene importancia el hecho de que a raíz del mismo, las relaciones entre las tribus y el gobierno federal —no así entre aquellas y los estados—, ya no se plantean tanto en terminos de soberanía como de autodeterminación, bien que sólo sea a efectos económicos, lo que se ha interpretado como un incremento de autonomía frente a una progresiva pérdida de control y gobierno jurisdiccional de los estados en los asuntos indígenas. Doscientos años después de la promulgación de la Constitución con su legitimación económica, es de nuevo un asunto de ésta índole el que permite introducir progresos en un reconocimiento que pese a todo deja mucho que desear, no en vano las «reservas» han podido ser equiparadas por algunos a «estados tercermundistas». Quizá ahora de lo que se trata es de reivindicar de nuevo ese *status de etnia*, pero contemplado desde la óptica del derecho indígena, entendido como derecho propio y no impuesto. Sin embargo, tales reivindicaciones, frente a una cultura constitucional, parece que necesariamente han de ser resueltas en el marco establecido por esta última, o en el de un derecho internacional que comparte sus mismos principios.

Es, no obstante, el caso latinoamericano el que suscita la mayor atención del profesor Clavero y el que analiza con extraordinaria lucidez. Se trata, además de un supuesto que, por las peculiares características que rodean a la formación de las nuevas entidades políticas, dará origen a un principio de derecho Internacional, el *uti possidetis*, que no dejará de tener una incidencia directa con lo aquí tratado. Y ello por cuanto se trata de supuestos que difieren sustancialmente del caso norteamericano, desde el momento en que se produce un cierto debate inicial no exento de interés.

Para el autor existe una continuidad colonial con respecto al indígena, y un desconocimiento por parte de la metrópoli de todo lo relacionado con los «indios», consecuencia de lo cual es la pervivencia del *status de etnia*. Estando de acuerdo con la primera premisa —de la que bien puede ser el primer testimonio la referencia a «nación india» en la sesión del 25 de agosto de 1811 de las cortes de Cádiz, concebida ésta, la nación, en el sentido antes aludido y no en su acepción jacobina (Vilar, Seoane)—, no me parece en absoluto tan clara la segunda. Y ello por cuanto, si con desconocimiento se quiere aludir a ausencia de noticias o de tratamiento del tema, cabe decir que el mismo estuvo presente, aun antes de la independencia, en los propios inicios de la época constitucional en España.

En efecto, en las sesiones del 1, 2 y 3 de octubre de 1810 —por razones sobradamente conocidas, apenas aludidas en el Diario de Sesiones, pero de las que da cumplida referencia la prensa de la época—, con motivo de un debate suscitado por diputados americanos acerca de la igualdad de representación, se trató el tema que nos ocupa con cierta amplitud, en la que se hace específica mención a los in-

dígenas. Y desde diferentes posturas. Y así mientras algunos diputados americanos reivindicaban la igualdad de los individuos de las castas —indígenas y diversas formas de mestizaje, y para algunos también los blancos europeos y americanos— siempre que fuesen libres, Torrero rechazaba esta igualdad para los indios, alegando que entonces se perderían ingresos de la hacienda provenientes del específico impuesto con que éstos contribuían a la misma. En contraposición, una tercera postura, defendida por el diputado Hermida alegaba que «no se debía hablar de libertad respecto a América, pues los americanos han sido considerados siempre *libres*, nunca esclavos». Si la igualdad y libertad de los criollos y europeos en América jamás se cuestionó, esta intervención, se adecuase o no a la realidad, es obvio que estaba dirigida a los indígenas y castas libres.

En este controvertido marco de discusiones encontradas, en el desarrollo de las cuales no deja de percibirse el argumento económico como legitimador de la desigualdad, sólo un diputado americano aludió a las «vejaciones que sufren los indios», sin que sus palabras, por cierto, tuvieran el más mínimo eco entre los unos y los otros.

Alusiones en el transcurso de esas constituyentes a los indígenas, aunque no de forma exclusiva, se producen en 1811, con motivo de la discusión de los derechos de ciudadanía y de la definición de «español», en los debates relativos a los artículos correspondientes del proyecto de Constitución. En esa ocasión, un elocuente discurso del conocido Espiga y Gadea, plagado de alusiones retóricas al ejemplo anglosajón, dónde, según su propia interpretación, expresamente se había eximido a las castas de la ciudadanía en las colonias, defiende la concesión de derechos civiles a todos los miembros de las mismas en las posesiones españolas. Y aún cabría añadir que el reconocimiento genérico de la propia constitución «a los españoles originarios de ambos hemisferios» para obtener la ciudadanía, parece en principio incuestionable en su aplicación más amplia, pues la exclusión es expresa y limitada a «la población africana». Bien es cierto a este respecto que la limitación de tales derechos se introduce por la vía subsidiaria de exigencia de requisitos específicos para ser elegido diputado o de «conocimiento de los fáciles principios del saber», quedando por ello eliminada la gran mayoría de la población, y no sólo la indígena, del disfrute de los derechos políticos. Sin embargo, este tipo de discriminaciones, como otras, son intrínsecas al propio pensamiento liberal y, por tanto, no atribuibles a un desconocimiento o ignorancia por parte, en este caso, de los metropolitanos, hecho éste que no excluye ciertamente que los diputados pudieran estar más o menos interesados en los asuntos que concernían directamente a los indígenas.

Mucho más específicas son las menciones a los mismos en las sesiones del 8 y 9 de abril de ese mismo año, con motivo de la discusión de una propuesta de la comisión de hacienda «sobre si debía exenderse á la América la contribución de la plata labrada». Con la aquiescencia de todos los congresados, y tras el uso de la palabra por diputados americanos y españoles se acordó «eximir a las iglesias de los indios» para evitar alarmas entre éstos y otros graves perjuicios que pudieran seguirse. Y por cierto que es un diputado peninsular, Argüelles, quien acredita poseer un buen conocimiento de la cuestión indígena, a juzgar por los argumentos que esgrime —entre otros «estado de ignorancia en que puedan hallarse por culpa del gobierno»—, y la extensión de su alegación en comparación a los demás intervinientes, entre los que se encontraba Mejía.

Por último, y para no hacer exhaustiva una enumeración que quiere ser únicamente ilustrativa, no puede dejar de mencionarse las medidas adoptadas para promover un mejor conocimiento de la situación de los indígenas. Y así, el 6 de octubre de 1812 se presentaba un cuestionario (Castillo Meléndez y otros) destinado a requerir una serie de datos sobre, en principio, todas las castas americanas, pero en esencia —como se deduce de su lectura y no dejaron de percibir quienes lo cumplimentaron— pensado para los «indios». Dejando al margen la valoración del contenido de las respuestas —por otra parte extremadamente interesante—, la mayor parte de las que hoy se conocen aparecen redactadas a lo largo del año siguiente —desde abril de 1813—, y como muy bien apuntan sus actuales editores, no se puede datar con certeza el momento en que estuvieron a disposición de las Cortes y la Regencia. En cualquier caso, no parece muy probable que el Secretario del Despacho de la Gobernación de Ultramar pudiese valerse de ellas para la elaboración de la Memoria que sobre el gobierno de estos territorios leyó en la sesión de 3 de octubre de 1813. Plagada toda ella de medidas que en el ámbito del comercio, industria, instrucción pública, régimen económico en general y hasta de las misiones, era conveniente adoptar, el Secretario, con sus referencias geográficas, a las costumbres, organización y usos y fuera cual fuera su fuente de información, acredita poseer un conocimiento bastante aceptable de la sociedad y forma de vida de estos «indios». Resultaría ciertamente extraño, a pesar de lo representativo de su cargo, que fuera él el único en disponer de tales noticias, por otro lado en absoluto anecdóticas.

El momento en que he podido observar que se utiliza más el argumento del «desconocimiento de los negocios americanos» por algunos -que no todos-, diputados metropolitanos, tiene lugar en las Cortes del Trienio, muy en concreto en las sesiones del 28 y 30 de enero de 1822. No obstante, este recurso a la ignorancia debe interpretarse en mi opinión como un ardid político —de una increíble, por otra parte, cortedad de miras y que obligaría en un breve plazo a forzar el abandono de las Cortes de los diputados americanos presentes— por parte de quienes, negándose a admitir la independencia de hecho de las colonias —algunas ya desde 1816—, se oponían ahora a respaldar la propuesta de la comisión mixta —integrada por metropolitanos y americanos— de Ultramar con el fin de adoptar una solución convincente para todos, y en especial en Nueva España, a pesar del ya firmado tratado entre O'Donoju e Iturbide. Y si bien es cierto que en comparación con la anterior etapa liberal las referencias específicas al indígena son prácticamente inexistentes —hace una alusión episódica, y por lo demás en términos generales y no exclusivos, el diputado por Michoacan, Navarrete—, también es verdad que tampoco son más expresas a los demás individuos. Aparte de negarse a admitir lo evidente como era la independencia, los representantes del Trienio, como, salvo excepciones, por demás cabía esperar, se mostraron más interesados en salvar el patrimonio de los peninsulares y americanos que en Ultramar seguían fieles a la metrópoli —lo que reducía su interés a un corto número de éstos— y en salvaguardar los beneficios del comercio, intentando conseguir que la regulación del mismo se mantuviese en los términos de 1807.

Pero si con esa alusión al desconocimiento el profesor Clavero quiere por el contrario expresar un desentendimiento hacia esta cuestión porque en el momento de la independencia, prácticamente general en los años veinte, no se percibe una

mención especial a la población indígena, la respuesta ahora tendría que venir dada por la forma unilateral en que se llevó a efecto la independencia que impidió la posibilidad de acuerdos bilaterales. No obstante, aún en el supuesto de que tales tratados hubieran podido formalizarse, los impedimentos vendrían desde el propio derecho internacional, conformado por principios liberales y, en consecuencia, producto de la misma cultura. Al efecto que aquí interesa, es obvio que a partir de esos momentos las relaciones se llevan a cabo entre unos sujetos que son las naciones, identificadas ahora, como muy bien apunta el autor, con los estados; unos estados que son, y sobre todo a efectos «internacionales» por encima de todo territoriales y soberanos. Desde esos presupuestos, y teniendo en consideración además la forma en que se llevó a cabo la independencia de las colonias, cualquier alusión a la población podría ser considerada como una intervención en asuntos internos, principio que aún en la actualidad sigue siendo un pilar del propio derecho internacional. En conformidad con el mismo, toda mención a los indígenas, al margen de que existiese o no un interés al respecto y de la época absolutista en que se llevó a efecto, era inadmisibles. Con ello no estoy defendiendo un planteamiento maniqueista: a la postre que el reconocimiento de los nuevos estados se hubiera formalizado en la época liberal no habría cambiado en absoluto la cuestión de fondo. En parte por el acatamiento de los principios aludidos del derecho internacional, pero, sobre todo, por la propia carga ideológica que el liberalismo conlleva incluso en las etapas más radicales o progresistas. Porque si en la propia metrópoli se establecían graduaciones sobre la igualdad —en su versión legal y jurídica, ésta última ni siquiera hoy superada— o la libertad —civil y política— ¿qué comportamiento cabría esperar hacia los indígenas? Si las constituciones españolas, y en concreto la más aplicable al caso como la de 1812, recogían la soberanía nacional que hacía descansar en las Cortes, pero integradas por unos individuos que debían reunir los requisitos de riqueza (sobre todo) y conocimientos —cuando la gran mayoría de la población era analfabeta—, ¿qué se podría esperar que ocurriera en América? La Nación, en los recién nacidos estados, está jurídicamente conformada por una minoría frente a la población indígena y «los pardos», dirigida e integrada fundamentalmente por los criollos, que a fines del siglo XVIII tenían formado su propio concepto al respecto (Soberanos) del cual quedaban excluidos los europeos y, aún más expresamente, las diferentes castas.

Queda finalmente una última alusión al territorio, elemento de primer orden —y para algunos autores absolutamente inseparable de la soberanía— en la definición del estado, que, además, adquiere una singular importancia en el momento de la independencia de los estados nación del siglo XIX. Construidos sobre la base geográfica de las demarcaciones administrativas coloniales, sobre las que elevaron sus fronteras, estos nuevos sujetos del orden jurídico internacional recurrieron al máxima de derecho romano *uti possidetis ita possideatis* —definido como «el principio que afecta a la preservación de las demarcaciones existentes bajo un régimen colonial y que corresponden a cada entidad colonial constituida en estado» (Hyde y Klabbbers)—, para señalar sus demarcaciones. Ahora bien, este principio, que se consolidará definitivamente en la conferencia de Lima de 1847 —utilizado ya en nuestro siglo para proceder a la vergonzosa y geométrica descolonización africana, en tantos aspectos muy próxima a los asuntos que estudia el profesor Clavero— y que fue adoptado por los estados latinoamericanos no sólo

como salvaguarda frente a la metrópoli sino frente a los demás estados, introduce a mi entender dos cuestiones de importancia a las que sorprendentemente el profesor Clavero no presta apenas atención.

En primer lugar la propia incidencia en la demarcación de fronteras y preservación de la integridad territorial ¿hasta que punto afectó a las comunidades indígenas (tanto desde la perspectiva de la división geográfica como en términos de aculturación jurídica)? Y, en segundo término, ¿qué grado real de intervención alcanzaron los nuevos gobiernos con una mayor capacidad operativa derivada de la existencia de un espacio más reducido que permite alcanzar territorios a los que la antigua administración colonial no había llegado (Jiménez de Aréchaga)? Dotados ahora los Estados de una administración centralizada, posiblemente más eficaz y en cualquier caso más asequible geográficamente, grupos indígenas que anteriormente habían pasado inadvertidos, pudieron ser perfectamente controlados a todos los efectos. En cualquier caso, los afectados, esto es, los indígenas, como requería el propio derecho de la nueva nación, jamás fueron consultados, y estaría por ver si respetados, en sus nuevos asentamientos. No en balde, como muy gráficamente se ha expuesto, este exitoso principio del derecho internacional, aun en vigor, «se aplicó en ese tiempo sólo a los nuevos estados, que, sin embargo, habían surgido de un *unico imperium* y que *excepto para los indígenas* (el subrayado es mío) mostraba una única etnia y cultura» (T. M. Franck). Única quiere decir aquí exclusiva a efectos legales y jurídicos, y es sinónimo de blanco, criollo y liberal. Y puesto que se trata de etnia y cultura, contemplados como factores de discriminación, quizá fuese más oportuno también hacer nacer aquí para los Estados latinoamericanos ese *status de etnia*. Se apoya esta proposición en argumentos materiales y estrictamente académicos. Entre los primeros —dejando al margen el mencionado cuestionario más etnológico que etnográfico de 1812— la utilización indiscriminada de términos como los ya aludidos de «nación», «indios», «indígenas» o «naturales», en el lenguaje político y jurídico de los diputados, sobre todo entre los doceañistas. Y resulta al menos curioso que la única mención a «raza» que he podido encontrar —en una lectura por otra parte no muy minuciosa— proviene de una intervención del Diputado Dueñas en abril de 1811 para calificar a las facciones que se oponían a la labor de las cortes —textualmente: «tres razas de gentes que acabarán con el congreso si el congreso no acaba con ellas»—. Por el contrario, no he observado en los discursos ninguna explícita alusión a cultura —salvo que se quiera asimilar a costumbre, en sentido amplio—, ni tampoco a lengua, hechos que permitirían elaborar un concepto de etnia como elemento diferenciador para los indígenas. El segundo fundamento se encuentra en la propia configuración de la etnología como disciplina científica, considerada o no como rama de la antropología, acaecida precisamente en esos momentos. Con un objetivo que consiste en el estudio de las culturas y los pueblos bajo todos los aspectos y dondequiera que se encuentren, analizando todas sus relaciones, permite desde entonces individualizar un concepto de etnia basado en los elementos de raza, lengua y cultura, válido para diversos grupos y, por tanto, muy adecuado a la nueva situación de los indígenas, tanto en los estados latinoamericanos como en EE-UU; en éste último supuesto desde la configuración de aquéllos como naciones domésticas dependientes.

Con una posición preferente a todos los efectos del no indígena ni mestizo o pardo, consolidada en el ámbito legal y jurídico por la codificación, tal y como señala el autor, el reconocimiento de los derechos —ya no del derecho— de los indígenas ni siquiera llegará a plantearse sólidamente durante el siglo XIX, a pesar de las voces aisladas que claman en su favor, asimismo recogidas en el libro. Se trata de la continuidad colonial, como muy acertadamente señala Clavero, situación que, a partir de este presupuesto, analiza desde una doble perspectiva: la constitucional o interna y la internacional; ambas teñidas desde los orígenes de un fuerte individualismo, lo que no dejará de suponer un lastre, incluso en la actualidad, para la resolución del problema.

Existe, sin embargo, una cuestión que se plantea tras la lectura del libro y que no aparece expresamente recogida en él. Me refiero al paralelismo, casi se diría mimetismo, que parece haber entre la resolución de los conflictos europeos y su influencia en la resolución de los asuntos americanos relacionados con el tema que nos ocupa. Y así cuando, en el tercio final del siglo XIX, surgen en éste continente reivindicaciones de tipo nacionalista y aparece toda una literatura sobre nacionalismos y nacionalidades, es el momento en que en América parecen agudizarse las voces en defensa del indígena, casi en los mismos términos, por más que se efectúen en círculos ajenos al poder. Un ejemplo ilustrativo lo aporta —además de las colaboraciones periodísticas analizadas por el autor— la creación, por esa época, del Bureau of American Ethnology, justificada en la localización de información para la mejora de la administración de los Indios, intencionadamente adscrito desde su fundación a la Smithsonian Institution y no a un organismo gubernamental (Beals y Hoijer).

Otro tanto ocurre con el desmantelamiento de los imperios austrohúngaro y otomano tras la PGM, origen de la Sociedad de Naciones. Surgieron entonces conflictos motivados por reivindicaciones nacionalistas basadas algunas en aspectos étnicos o religiosos, que las instituciones internacionales se apresuraron a calificar de minorías, concepto que se trasladaría a América de forma manifiesta y evidentemente inapropiada —sobre todo en los Estados donde la auténtica minoría la conforman, incluso en la actualidad, los blancos—, para aplicarla a los indígenas, principalmente.

Pero al margen de estos incidentes, que manifiestan el peso de la «dirección» europea en este tema doscientos años después de la descolonización, el aspecto más relevante radica en subrayar el paso de minoridad a minoría, llevado a efecto fundamentalmente tras la SGM y la creación de la ONU, el estudio de cuyas resoluciones y convenios sobre lo que aquí interesa realiza Clavero con su habitual lucidez.

En este nuevo período asistimos a una toma de posturas por ambas partes implicadas: la más afectada, que redefine su propia situación jurídica recuperando el concepto de tribu —«etnia constituida»— o reelaborando otros, como el mismo de nación, a partir de ahora «federación de etnias». Pero por encima de todo, asistimos a la evolución —pese a todo insuficiente— operada en el marco al que ahora se reconduce en última instancia la cuestión: el Derecho Internacional. Aunque al final de la SGM, en el propio nacimiento de NU, el tratamiento consistió, como expone el autor, más en una reordenación que en la desaparición del colonialismo, ya en 1948 la Declaración de Derechos Humanos, complementada más tarde con

el convenio sobre derechos políticos y civiles —fundamentalmente el art. 27—, admitía la protección, en este caso del indígena, bien que en un plano individual y no de grupo o tribu, hecho que se intenta superar con el convenio 169 de la OIT de 1989 y otros todavía en fase de elaboración. Es cierto, según estas aportaciones, que ha habido una evolución positiva, comenzando por la propia definición de Derecho Indígena «con el significado de derecho colectivo de los pueblos indígenas», y continuando por la transformación de la denominación de minoría en la de pueblo. Pero ¿en qué medida ello se traduce en un cambio real?

Para empezar, la práctica pone de manifiesto como los propios tribunales internacionales siguen aplicando en sus sentencias el criterio de protección individual frente al colectivo, como se deduce de los supuestos que el autor aporta, y el reconocimiento del principio de autodeterminación sólo se admite para el caso de los Estados constituidos (es decir, los que no son consecuencia de un proceso de descolonización) siempre que no impliquen una secesión, pues entonces se considera un ataque al principio *uti possidetis* (Franck) —ya que existe un error de interpretación al entender que la autodeterminación parte del presupuesto de la igualdad de derechos, en el ámbito internacional aplicable ésta sólo a los estados y no a los individuos (Higgins)—. Y ello sólo por citar algunos de los problemas con que se enfrenta la práctica jurídica, problemas que hacen comprender la diversidad de opiniones y el nacimiento de la expresión «tribalismo postmoderno» para calificar ésta situación entre los internacionalistas.

A ello se añade la propia ambigüedad que rodea a los conceptos aplicados a los asuntos jurídicos y legales que afectan a los indígenas. En este sentido parece que el más comunmente aceptado es el de minoría quizá en la actualidad influenciado por ciertos acuerdos de la Comunidad Europea sobre asuntos lingüísticos internos, o derivados del conflicto bélico en la ex Yugoslavia ante el peligro de convertir una guerra civil o asunto doméstico en internacional (Nowak). Pero incluso aquí, como apunta Clavero, existe un fallo, en la medida que hoy se exige ser numericamente inferior, es decir la aplicación efectiva de una «ratio numérica». Más complicada es la de pueblo. Quizá por ello Lerner, quien goza de acreditada fama de experto en estos temas, propone la noción de *grupo*, más amplia, a su entender, pues incluye la anterior. Como se ve, ni siquiera aparece resuelta la cuestión semántica, a estos efectos en absoluto banal.

Y está, asimismo, el contenido conceptual de cultura. Ciertamente es que, considerando los rasgos de uniformidad que reviste la «cultura constitucional» allá donde está presente, se ha podido adelantar una muy aceptada definición de cultura política (Eleazar), describiéndola desde tres perspectivas diversas, de interés para el tema que trata el profesor Clavero, por cuanto se vincula con la estructura y «políticas» de los gobiernos. Asimismo, muy recientemente, se ha hecho otro tanto (Hespanha) con la jurídica europea, considerándola como la que «crea en gran medida los propios valores sobre los que se establecen la paz y seguridad» objetivos estos prioritarios del Derecho. Es obvio que tales valores son comunes a la cultura jurídica occidental, y en consecuencia a la constitucional; pero ¿lo son también a los diversos derechos indígenas? Hasta tanto la cuestión no esté suficientemente resuelta, parece que en éste último supuesto el concepto, razonablemente, ha de extrapolarse desde la antropología. Pero, del centenar largo de definiciones elaboradas por los antropólogos ¿cuál sería la adecuada? Y la pre-

gunta se formula sin recurrir a la distorsión que el propio término puede introducir, que —como expone E. P. Thompson— «con su agradable invocación de consenso puede servir para distraer la atención de contradicciones sociales y culturales, de las fracturas y oposiciones dentro del conjunto».

Para concluir, la tercera fase, el desenlace. Clavero coincide con Lerner, en el análisis de la evolución de los derechos de las minorías que este autor reduce a cuatro fases: un primer período de ausencia sistemática de protección; un segundo, bajo la Sociedad de Naciones, fundado en tratados específicos o cláusulas específicas de tratados generales; un tercero, bajo NU orientado exclusivamente a proteger los derechos individuales; y, finalmente, el actual y cuarto, caracterizado por «la transición de un tratamiento paternalista o protector a una nueva noción más general de derechos inherentes a la condición de algunos grupos específicos y bien definidos».

No obstante esa sucesión de fases, todo parece indicar que ninguna opción favorable al pleno reconocimiento del derecho y los derechos indígenas puede tener lugar, tal y como están planteadas las relaciones, ni en el marco estatal ni en el ámbito internacional, cuyos fundamentos son básicamente iguales, y que, a este respecto, parece coartado por sus propias armas: soberanía nacional —por más que hoy esté siendo cuestionada su definición tradicional—, no intervención, territorialidad. A tal conclusión llega Clavero, y a la misma llegaron, en abril de 1994, los intervinientes en la octuagésima octava reunión anual de *The American Society of International Law*, después de analizar las posiciones contradictorias entre las reivindicaciones indígenas y el propio marco legal. Se trata en esencia de una imposibilidad práctica, sólo superada por un cambio radical de la «cultura constitucional», hecho que, a pesar de ciertos testimonios —como las referencias en algunas constituciones de los estados latinoamericanos analizadas por el autor—, no parece que vaya a producirse.

Consciente de ello, el profesor Clavero aporta su personal solución: «una especie de federación universal de formación intercultural, base individual y composición comunitaria», cuyo presupuesto es «un derecho humano (cuyo) origen (son) los humanos mismos», y sin legitimación histórica. Como opción es irreprochable, aunque lo menos convincente es el recurso al concepto de federación, producto al fin y al cabo de esa cultura constitucional. En cualquier caso, también aquí la solución ha de venir dada por una vía de «policy», al menos en una fase previa de adopción de acuerdos en la que la historia, que ciertamente no legitima, sí al menos puede contribuir a explicar, como por otra parte hace el autor con el libro.

En la primera mitad de este siglo, un joven poeta guatemalteco, O. R. Castillo, que murió defendiendo los derechos de sus conciudadanos —en su mayor parte indígenas— frente a los abusos cometidos por internacionales salvaguardadas tras un derecho producto de esa cultura constitucional, escribía en el inicio de un poema «un día los intelectuales apolíticos de mi pequeño país serán interrogados por el hombre sencillo de la calle». Parece claro que, después de la legítima defensa de los derechos indígenas llevada a cabo en esta obra, ningún «hombre sencillo» interrogará al profesor Clavero.

## REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

TOMÁS Y VALIENTE, F «La tradición indiana y el origen de las declaraciones de derechos humanos», en *Anuario mexicano de Historia del Derecho*, VI-1994. Separata

OESTREICH, G. «La idea de los derechos humanos a través de la Historia», en OESTREICH, G. y SOMMERMANN, K-P *Pasado y presente de los derechos humanos*. Edic a cargo de E MIKUNDA. Madrid, 1990.

DIZEREGA, G. «Federalism, self-organization and the dissolution of the state», en *TELOS, A quarterly journal of critical thought*, n.º 100 Summer, 1994. *Special Issue on federalism, II*

SPRUYT, H. *The sovereign state and its competitors. An analysis of systems change*. Princeton U.P., 1994.

«The Birthright citizenship amendment. a threat to equality», en *Harvard Law Review*. vol. 107, n.º 5, march 1994.

BARSH, R. L. «Indian policy at the beginning of the 1990s: the trivialization of struggle», en LEGTERS L. H. y LYDEN, F. (edit ) *American Indian policy*. Westport, 1994.

McCULLOCH, A. M. «The politics of indian gaming: tribe/state relations and american federalism», en *PUBLIUS The journal of federalism*, vol 24, n.º 3, summer, 1994.

SEOANE, M. C. *El primer lenguaje constitucional español. Las Cortes de Cádiz* Madrid, 1968.

VILAR, P. «Les concepts de «nation» et de «patrie» chez les spagnols du temps de la guerre d'indépendence», ahora en *Nations, nationalismes et questions nationales*, en *Iberica*, nouvelle série, n.º 4, 1994.

CASTRO, A. *Cortes de Cádiz Complementos de las sesiones verificadas en la isla de León y en Cádiz. Extractos de las discusiones, datos, noticias, documentos y discursos publicados en periódicos y folletos de la época* Madrid, 1913

CASTILLO MELÉNDEZ, F. y otros. *Las Cortes de Cádiz y la imagen de América. La visión etnográfica y geográfica del nuevo mundo* Universidad de Cádiz, 1994.

SOBERANES, J. L. «El primer constitucionalismo americano», en *AYER*, N.º 8, 1993.

KLABBERS, J y LEFEBER, R. «Africa: lost between uti possidetis and self-determination», en *Peoples and minorities in international law*, ed. by C BRÖEMANN y otros. Dordrecht/Boston/London, 1993

JIMÉNEZ DE ARECHAGA, E. *Bunderies in latin america: uti possidetis doctrine*.

CLAVERO, B. «Ley del código. trasplantes y rechazos constitucionales por España y por América», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero politico moderno*, n.º 23, 1994.

FRANCK, T. M. «Postmodern tribalism and the right to secession», en *Peoples*.

BEALS, R. y HOIJER, H. *Introducción a la antropología*. 1.ª reimp. española, Madrid, 1981

HIGGINS, R. «Postmodern tribalism and the right to secession», en *Peoples*.

NOWAK, M. «The evolution of minority rights in international law», en *Peoples*

ELEAZAR, D.E. *American federalism. A view from the states*. 3ª ed. New York, 1984.

HESPANHA, A. M. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Lisboa-Macau, 1994-95.

LERNER, N. «The evolution of minority rights in international law», en *Peoples*

*The american society of international law. Proccedings of the 88th annual meeting. Whashington, 6-9 april 1994*. 1995.