

EXILIADOS EN SU PROPIA TIERRA: INDÍGENAS EN AMÉRICA

Bartolomé Clavero. Universidad de Sevilla

Resumen: La consideración de los grupos indígenas como comunidades externas a la constitución del estado de Chiapas y como externas a las leyes federales de México, compromete la tutela y ejercicio de los derechos individuales por parte de los sujetos pertenecientes a las comunidades indígenas. El conflicto entre las jurisdicciones federal, estatal y de grupos indígenas, mientras no haya un reconocimiento recíproco suficiente, muestra que América se encuentra todavía más en fase colonial que en fase de estados constitucionales legítimos.

Abstract: Indigenous groups reputed as outsider for the Constitution of the State of Chiapas and for the Federal law of Mexico, make difficult protect and exercise individual rights for the indians. Conflict between federal and aboriginal jurisdiction an that of the State's, while there is not acknowledge enough, it show that America still remain in colonial phase rather than in one of legitimate constitutional State.

Durante los últimos años, en el estado mexicano de Chiapas, lugar ya de por sí problemático para unos derechos elementales¹, con la complicación ahora añadida de una inmigración indígena desplazada por la guerra civil de la vecina Guatemala², vienen produciéndose unos conflictos que hacen cundir la alarma³. Son enfrentamientos de cariz religioso. Unas colectividades indígenas de las etnias *tzotzil* y *tzeltal*, defendiendo una cultura identificada con la historia, expulsan y expolian a miembros y grupos propios que han cambiado de religión.

¹ Amnistía Internacional, *Los derechos humanos en zonas rurales. Intercambio de documentos con el gobierno mexicano sobre las violaciones de los derechos humanos en Oaxaca y en Chiapas*, Madrid, 1986, pp. 72-86.

² Kevin Hartigan, «Matching Humanitarian Norms with Cold, Hard Interests: The Making of Refugee Policies in México and Honduras, 1980-1989», p. 714, en *International Organization*, núm. 46, 1992, pp. 709-730.

³ Es problema aún no resuelto y son hechos que siguen produciéndose con cierta frecuencia, como puede seguirse en el diario *La Jornada* por las noticias y los reportajes que viene realizando Rosa Rojas. A la prensa internacional la situación no ha trascendido hasta que no se ha manifestado, en 1994, en términos de guerrilla política y en dicha medida.

Se trata de una zona con fuerte componente indígena⁴. El estado comenzó a reformar su constitución con vistas al reconocimiento en 1988, antes de ponerse en marcha la reforma federal⁵. La constitución aquí no es ciega. La cuestión no se rehuye, pero las instituciones estatales, ante el conflicto entre derechos individuales y derecho colectivo, se muestran como mínimo perplejas. No parecen saber qué procede sobre todo tras el propio registro constitucional de las culturas indígenas que parece abonar la posición del segundo, el derecho colectivo, frente a los primeros, los derechos individuales, pero que lo hace en el contexto de reconocimiento previo de estos primeros, de los derechos individuales⁶.

La constitución de Chiapas no se limita al puro reconocimiento indígena a las alturas de 1993. Prevé también una institución política específica, el Consejo Indígena Estatal, que no resulta competente para el asunto. Es un «órgano de colaboración y consulta» del gobierno estatal, presidido por el mismo gobernador, mientras que la competencia legislativa en «materia indígena» se adjudica expresamente al congreso del estado, con el resultado por ahora de perplejidad dicho⁷. Otras instituciones parecen hacerse cargo. En México está procediéndose últimamente a reformas constitucionales también para el establecimiento de comisiones de derechos humanos al nivel federal y al estatal. En este caso acaba interviniendo, por reclamación de indígenas expulsados, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, la federal, formada por juristas, antropólogos y otros publicistas de máximo prestigio. Esta comisión emite un informe, con análisis y sugerencias, en 1992⁸. He aquí las constataciones y conclusiones que más puedan interesarnos.

Constata la comisión ante todo la existencia de comunidades políticas de hecho que afectan a derechos ciudadanos. Habla de las indígenas del caso como forma de «comunidad cerrada» que «tiende a rechazar toda injerencia externa en su vida comunitaria» no permitiendo a su supervisión «todos los proyectos externos de cualquier naturaleza económica, política y religiosa», con este género de poderes sobre la población y el

⁴ Robert Wassertrom, *Clase y sociedad en el centro de Chiapas*, México, 1989; Deborah Dorotinsky, «Investigación sobre costumbre legal indígena en los Altos de Chiapas (1940-1970)» en R. Stavenhagen y D. Iturralde (comps.), *Entre la ley y la costumbre*, pp. 65-94.

⁵ Gobierno del Estado de Chiapas, *Legislación en materia de indigenismo*, Tuxtla Gutiérrez, 1991, pp. 11-12.

⁶ Congreso del Estado de Chiapas, *Memoria. Audiencia pública sobre las expulsiones indígenas y el respeto a las culturas, costumbres y tradiciones de esos pueblos*, Tuxtla Gutiérrez, 1992.

⁷ Artículos 4, 29, IV Y XLIII Y 42. VII de dicha constitución en la *Legislación en materia de indigenismo* citada, y la *Memoria* que también acaba de citarse. Los textos constitucionales de los estados internos federales no van en anexo porque mi información no alcanza.

⁸ Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Informe sobre el problema de las expulsiones en las comunidades indígenas de los Altos de Chiapas y los derechos humanos*, México, 1992.

territorio. Es el contexto donde, con el peso añadido de una religión tradicional que sufre defecciones, con este precipitado, estalla el conflicto.

La comisión estima que el conflicto «expresa la difícil convivencia entre dos órdenes jurídicos distintos: los usos y costumbres de las comunidades indígenas y las normas jurídicas locales y nacionales», lo cual a su juicio plantea lo que se estima un «dilema ético y político para la sociedad y el Estado mexicanos: ¿cómo conciliar la vigencia de un orden jurídico nacional con las normas derivadas de los usos y costumbres de las comunidades indígenas?». Pero este dilema que así se percibe entre tradición y constitución ya no parece el único. No lo sería tras las últimas novedades constitucionales.

La recentísima reforma federal de reconocimiento de cultura indígena, de principios de 1992, y la precedente ratificación, en 1990, y entrada en vigor, en 1991, del *Convenio 169* de la Organización Internacional del Trabajo, que también reconoce derecho indígena, se colacionan no para replantear el dilema, sino para añadir al parecer otro: «¿Cómo garantizar el respeto y el ejercicio de derechos fundamentales previstos por el orden constitucional, tales como la libertad de cultos, de expresión, de tránsito y de organización, en comunidades indígenas que privilegian otros valores y prácticas distintas y aún contrarias a aquellos derechos?». Según los términos de la pregunta, viene a ser la respuesta. Haría falta lograr «la compatibilidad entre, por un lado, las normas e instituciones derivadas de las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas, y por el otro, el sistema jurídico nacional y local», identificándose éste así sin más con «el orden constitucional» y cerrándose la posibilidad de que aquellas, las normas indígenas, fueran más que costumbre e historia. De un mismo dilema no se sale, del que se piensa que se plantea entre tradición de una parte, la indígena, y constitución de otra, la no indígena.

Siguen las sugerencias. Unas indicaciones se dirigen en concreto al congreso federal en vistas al cumplimiento del mandato constitucional de desarrollo legislativo, o implantación de hecho como sabemos, de la reforma. Respecto a la parte indígena, son sugerencias vagas: que habría de hacerse cargo de cosas como la «promoción del diálogo y la concertación» y la «facultad de proponer fórmulas para asegurar una convivencia pacífica», sin insinuación de competencias más precisas. Ya hemos visto cómo se entiende en Chiapas la traducción institucional del reconocimiento constitucional.

Respecto a la parte no indígena, a los efectos federales, las indicaciones de la comisión son más nítidas y categóricas: «La protección de las particularidades de los pueblos no puede ni debe hacerse a costa de las garantías individuales de sus miembros». La competencia a esta parte siempre se le presume. Su acción legislativa y jurisdiccional deberá sobre todo atender a dicha indicación constitucional de prevalencia del derecho individual sobre el derecho colectivo, el sacrificio de éste si el otro lo requiere. Las normas

y las jurisdicciones nacionales, en el sentido de no indígenas, resultan además las únicas concebibles de tal valor constitucional⁹.

La base individual no es cosa que hoy suela como tal discutirse, al menos por nuestro espacio, pero puede verse que su juego no es sencillo ni resulta siempre inocente. Llegamos a este punto, el problema en realidad no es ni siquiera de derecho individual, de derechos individuales, sino de jurisdicción colectiva, de jurisdicciones colectivas. Lo es de los conceptos que determinan las formas de garantía de unos derechos. Nadie discute en principio que ningún individuo debe ser expoliado. Si acaso, cuando esto ocurre como en Chiapas, está operándose con unos derechos comunitarios que establecen determinados requerimientos, como el de participación religiosa, para los aprovechamientos individuales. En dicho caso, el problema es el de la jurisdicción que conoce este derecho y debe por tanto conocer del mismo y el de las jurisdicciones que puedan supervisar en beneficio de derecho individual y sin perjuicio de derecho comunitario. El problema es jurisdiccional.

El problema constitucional es éste de las jurisdicciones competentes para entender del conflicto, para sopesar la razón individual de propiedad y pertenencia y la razón colectiva de cultura y comunidad, para reconocer y adjudicar derechos, para apreciar y aplicar responsabilidades, para impartir justicia en suma. Es el problema de la jurisdicción comunitaria como jurisdicción primaria y de la constitución y articulación de otras jurisdicciones de derechos, de la estatal a la internacional pasando en su caso, como el de Chiapas, por la federal.

La cuestión ni siquiera se ha formulado propiamente por dicha comisión de derechos humanos. Está dándose de entrada por supuesto que la jurisdicción indígena cuya existencia se constata no está capacitada para función alguna de entidad y objetivo constitucionales. Una jurisdicción tal, jurisdicción que se debe a tradición y costumbre o que sólo así sabe pensarse, se da por descontado que no ofrece garantías mínimas. Es una conclusión que, igual que su presupuesto, se sobrentiende. Con tales entendidos, no cabe ni siquiera plantearse la posibilidad de que la misma reforma constitucional esté precisamente requiriendo otra cosa. Todo es responsabilidad y competencia de las jurisdicciones y los poderes latamente estatales, los federales aquí ante todo. La otra parte, la indígena, sigue siendo constitucionalmente irresponsable. Son presunciones con las cuales el mismo principio de prioridad del derecho individual, de los derechos individuales, sirve, no como base constitutiva de autonomía indígena, sino exactamente para lo contrario, como clave que ahora legitima por sí misma la intervención foránea.

⁹ Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Informe sobre el problema de las expulsiones*, pp. 20, 28-29 y 34-37.

La tesitura no es peculiar ni privativa. No le es este bloqueo. En América Latina la situación colectiva indígena suele todavía seguir siendo de ordenamientos y jurisdicciones de hecho, no incardinados aún constitucionalmente pese a los propios reconocimientos. El mismo sistema legalista dificulta enormemente, si no es que impide llanamente, la recomposición del conjunto. Es la costumbre lo que sigue solapadamente primándose para la parte indígena. En el punto actual, no es que se baste o ni siquiera que prevalezca, pero ha encontrado su equilibrio conservador junto a la ley, junto al derecho latamente estatal, y esto es lo que se prima¹⁰. No parece haber otro campo de relaciones entre fuentes normativas a pesar de las mismas iniciativas constitucionales¹¹.

La tolerancia normativa de las costumbres plurales, este pluralismo jurídico de tracto colonial, es algo más llevadero que la exigencia constitucional de todo un pluralismo normativo y jurisdiccional consecuente con el étnico y cultural. Esta misma posibilidad, la constitucional, queda cancelada por aquélla, la consuetudinaria. Vemos que el imperativo constitucional ni siquiera se imagina o sólo sabe concebirse en los términos de incapacidad indígena e intervención no indígena. En estas condiciones, como también muestra el caso, los conflictos seguros entre derechos individuales y derechos colectivos resultan sencillamente irresolubles, sufriendo normalmente los primeros más que los segundos. El mismo compromiso constitucional no parece compartible con ello ni entre ellos.

El propio prejuicio es prueba de sí mismo. Sin el cambio que se requiere y que ni siquiera se imagina, las comunidades indígenas carecen de capacidad de progreso, dada la falta de habilitación constitucional, y los individuos indígenas se encuentran sin remedios de defensa, dada la falta de derechos constitucionales, de su vigencia formal para jurisdicciones que siguen siendo fácticas y debiéndose a costumbres. Para un prejuicio que así puede hacerse evidencia, para esta parte no indígena, queda plenamente a la vista la incapacidad indígena y la necesidad consiguiente de intervención foránea. Tampoco es que ésta siempre siga. Se trata todavía tan sólo de legitimación, de legitimación de una parte y deslegitimación de la otra, y de responsabilidad, de responsabilidad constitucional e irresponsabilidad indígena. Se trata de la presunción de poder, el cual por lo común se sigue ejerciendo con perfecta tolerancia de una situación de hecho que, porque

¹⁰ L. Nader, *Harmony Ideology: Justice and Control*, pp. 185-273; M^a.T. Sierra, «Conflicto y transacción entre la ley y la costumbre indígena», en *Crítica Jurídica*, núm. 11, 1992, pp. 97-103.

¹¹ D. Iturralde, «Los pueblos indígenas y sus derechos en América Latina», en *Crítica Jurídica*, núm. 11, 1992, pp. 81-96; Magdalena Gómez, «Hacia una definición del espacio de lo consuetudinario y de sus posibilidades de ejercicio en el marco de la nueva legalidad» y M^a.T. Sierra, «Usos y desusos del derecho consuetudinario indígena», en *Nueva Antropología*, núm. 44, 1993, *Derechos de los pueblos indios*, pp. 9-15 y 17-26.

sea constitucionalmente inviable, no deja de ser jurídicamente mantenible.

No hay respuesta constitucional por parte alguna y hay responsabilidad para una parte sola, la constitucional, la que se presume tal y presume de tal. Las reformas constitucionales ya están también requiriendo un reparto de responsabilidades, una asunción de responsabilidad por la parte indígena. Es la autodeterminación y autonomía que ni siquiera se concibe. El bloqueo es antes, mucho antes, cultural que político, de la propia cultura constitucional, una cultura incapaz de concebir la capacidad de otras culturas ni siquiera cuando procede a reconocerlas. No estamos con todo tan lejos de unos tiempos coloniales. Tal vez debiéramos comenzar a reconocer a todos los efectos, y el nuestro es el jurídico, que estamos ante situaciones todavía tales, situaciones de un colonialismo que no lo es menos por ser interno. Dicho constitucionalismo bloqueado, porque no lo reconozca, no deja de aplicar la consideración de un así *status de etnia*. Es, con la incapacidad, la tutela, la tutela por minoría de persona y de sociedad, ahora bajo una nueva cobertura, la de derechos humanos, la de su predicación tan sólo. Es todavía la protección que sigue implicando opresión o al menos heteronomía¹², esta falta radical de libertad propia, esta carencia completa de base constitucional.

Y es la visión característica de una cultura constitucional. No es algo nuevo. En el mismo México, acusaba lo siguiente a mediados del siglo XIX un diputado constituyente con referencia a los indígenas: «Se juzga que los pueblos descontentos no conocen sus intereses». Es el prejuicio constitucional, el mismo que estamos viendo asumir por la Comisión Nacional de Derechos Humanos respecto a los *tzotziles y tzeltales*.

Se presume incapacidad en parte indígena y esta presunción realmente acusa incapacidad, la incapacidad propia. Se hace por las partes más constitucionales e incluso por nuestros años. La comisión mexicana se muestra incapaz de apreciar el cambio. De parte constitucional, falta cultura. Falta incluso sensibilidad. Falta capacidad de respuesta, capacidad de ejercicio de la responsabilidad que se atribuye en exclusiva a sí misma.

La capacidad para dar una respuesta, la respuesta constitucional, esta competencia inicial, es lo primero que la parte no indígena presume en cabeza propia. Y no cabe la prueba en contra ni de la propia incapacidad a la vista. No se concibe realmente otra cosa. Imaginemos que, allí por ejemplo donde son mayoría, los indígenas, no digamos que se atribuyesen un poder constituyente de carácter general, sino que instituyesen tan sólo una jurisdicción en beneficio común, así, siempre por ejemplo, una Comisión Interétnica de Derechos Humanos cuya competencia alcanzase, como una etnia más, a la población no indígena, también por aquí necesitada,

¹² C.F. Marés, «Tutela aos Indios: Proteção ou Opressão», en J. Santillo (comp.), *Os Direitos Indígenas e a Constituição*, Porto Alegre 1993, pp. 295-312.

cuando no la que más, de este tipo de vigilancias. O no imaginemos tanto. Pensemos tan sólo que se plantease una contribución a los efectos constitucionales.

En México se prohibieron expresamente las candidaturas indígenas en el proceso constituyente de 1917, del orden constitucional vigente. Por regla general, una diligencia tal no ha sido necesaria. La población indígena ha solido estar de antemano extrañada, sin práctica de voto individual, cuando no excluida, sin derecho de sufragio sin más. Detrás de las constituciones hoy más comprometidas al respecto, como la de Brasil o la de Colombia, hay participación o presencia colectiva indígena. Pero, ni aún en estos casos, se han planteado o ni siquiera concebido por parte no indígena procesos constituyentes paritarios y así equitativos, con igualdad entre colectividades. Los mismos fundamentos del orden constituido pueden resultar justamente problemáticos para la parte indígena, para esta otra parte que, pudiera estar incluso en mejores condiciones para concebir otras posibilidades constituyentes.

Y esto puede afectar a toda América. Mírese si la población indígena tuvo alguna participación constituyente en el sistema establecido en Estados Unidos que ha celebrado no hace mucho su bicentenario. Esta población era entonces situada en una posición más cercana a las naciones extranjeras; así quedaba excluida. Realmente América, América toda, puede seguir todavía constituyendo una invención: la invención constitucional que ha sido escuela de la invención colonial. Dicho en nuestros términos, es América y América prácticamente toda la que, habiéndose constituido ignorando la presencia de unas naciones primigenias, puede necesitar reconstituirse con esta intervención primera de unos pueblos indígenas, con esta legitimación primordial.

No basta quizá reconocimiento constitucional. Tal vez antes se precisa todavía reconocimiento constituyente, y no además en primer lugar de la parte indígena por arte y gracia de la no indígena, sino al contrario, reconocimiento ante todo, antes que nada, de la segunda por la primera. En México, entre los indios *mayos*, aparece ahora la idea del propio país como nación integradora en pie de igualdad de etnias indígenas dejándose en la sombra la posición precisamente de la población *yori* o no indígena al tiempo que se acusa la apropiación por estos últimos de la nación mexicana existente.

Podrá entenderse por qué digo que para un bloqueo constitucional como el mexicano lo esencial no me parece la determinación política o la falta más bien de ella, tal y como se refleja en los términos mismos de la reforma federal. Lo fundamental a mi entender consiste en el bloqueo cultural del tipo constitucionalismo, su incapacidad para hacerle espacio a otras culturas ni siquiera en el momento en el que reconoce su existencia. El informe de la Comisión Nacional de Derechos Humanos sobre las expulsiones de Chiapas, informe ulterior a la reforma de este estado, a la

ratificación del convenio de la Organización Internacional del Trabajo, a su entrada en vigor y también a la reforma federal, informe posterior a todo ello, creo que ha sido transparente.

El asunto chiapaneco, con el problema de su detonante religioso, tampoco es nada simple. En su dimensión colectiva, no lo es la interferencia de la religión como factor todavía eventualmente importante en el orden tanto jurídico como cultural, ambas cosas a un tiempo, de la parte indígena. En los términos actuales de unos planteamientos no creo que haya respuesta constitucional sustantiva, que pueda darse por quien corresponda. Aquí está el punto. Sigue estándolo. La pregunta nosotros no debemos hacerla respecto al asunto, sino tan sólo para la competencia, respecto a unas atribuciones. Es siempre la cuestión que no suele plantearse. ¿A quién debe dirigirse la pregunta constituyente? ¿Quién debe dar la respuesta constitucional, este primer pronunciamiento? El mismo problema de la religión en el derecho presenta en este contexto tamaña envergadura.

En Estados Unidos mismos, allí donde la declaración federal de derechos el primero que registra es de libertad religiosa, de no establecimiento de religión, cuando vino en 1968 a formularse una declaración de derechos indios y se consideró el proyecto de reiterar al efecto la misma federal, se suprimió al final el primero, el de la libertad de religión, por consideración a comunidades como las de los indios *pueblo* con fuerte presencia religiosa en su orden interno, con este establecimiento¹³. Se hacía esto por atención a cultura que se identifica como historia, por esta razón de *policy*¹⁴, por el mismo motivo de fondo por el que se tolera la situación en otras latitudes que, como las mexicanas, son también en principio de libertad.

Si lo propio se hiciera por reconocimiento expreso de autonomía constituyente, de una autonomía debida y obligada solamente a derechos con las posibilidades consiguientes de supervisión tan sólo jurisdiccional, por esta razón de *law*, no creo que debiera haber objeción alguna. El problema constitucional está, no en la lesión al derecho de individuo, sino en el medio de actuación ante ella, medio que debe quedar ante todo a disposición del propio individuo y a resolución de la misma comunidad, a esa libertad y a esta autonomía. La respuesta ha de corresponder ante todo a los responsables, a los responsables de sí mismos desde que la base constitucional es la capacidad propia, la individual de libertad y la comunitaria de autonomía.

Con toda la presunción de la cultura constitucional, con todo su

¹³ Sharon O'Brien, *American Indian Tribal Governments*, Norman, 1989, pp. 27-29.

¹⁴ Nota editorial de la *Harvard Law Review*, 82, 1969, «The Indian Bill of Rights and the Constitutional Status of Tribal Governments», pp. 1353-1365.

predicamento, ésta es la base que parece de difícil admisión para ella e incluso de imposible concepción para su versión más legislativa, la propia de Latinoamérica. El sistema legalista, esta subcultura constitucional, está verdaderamente hecho a la idea exactamente contraria de que el derecho es orden que se impone y no libertad de la que se dispone. Tiene asumido esto que resulta un auténtico contrasentido una vez que la base constitucional ha de pasar definitivamente a ser la libertad, y el procedimiento constitucional, la autonomía.

No hay otra base ni otro procedimiento de derechos. El problema es común y la respuesta debe serlo. No vale decir que el sistema jurídico latinoamericano, por más legalista, es distinto al angloamericano, por más jurisdiccional, y que éste, y no aquel, admite mejor el replanteamiento. Esto es parte precisamente del problema y no de la solución. Latinoamérica puede tener ante sí el obstáculo particular de una concepción legalista del derecho hecha cultura. Pero el impedimento cultural frente a la exigencia jurídica, porque presente variantes, no deja de ser común. La consideración de la diversidad de casos sin distinción excluyente entre sistemas aporta perspectivas y abre posibilidades. La clave común del problema, en fin, parece estar en la cultura, en su carencia o al menos en su deficiencia, en este defecto ante todo de aquella que se tiene por constitucional.

* * *

Bartolomé Clavero Salvador
Facultad de Derecho
San Fernando, 4
41004 Sevilla