

ESPACIO COLONIAL Y VACÍO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS INDÍGENAS

Bartolomé CLAVERO

Mantener el indio por lo tanto en tutela, bajo la mentira de su minoría, con la sombra de leyes que no gobiernan, es impedirle la vía constitucional.

La Abeja Poblana, 18-XII-1820

El Tribunal de Justicia Internacional de La Haya hubo de entender a principios de los años treinta respecto al título de pertenencia de territorio en Groenlandia. La disputa se dirimía entre Noruega y Dinamarca, arguyéndose cosas como la nación de unos vikingos "masacrados por la población aborígen" allá por tiempos medievales. Importaba el origen de unos, los colonizadores, y no la presencia de otros, los colonizables. Éstos, los nativos, sólo prestaban si acaso prueba, la prueba macabra de una masacre. No entraban en la causa. No se personaban en el proceso. Ellos, los indígenas, los anteriormente establecidos, los presumiblemente invadidos, no eran parte del pleito, carecían de acción, no tenían opción a título. Al tribunal internacional la posibilidad en verdad ni se le ocurre.¹

Para una jurisdicción internacional, para un presunto derecho general de la humanidad toda, era como si dichos aborígenes no tuviesen existencia en nuestro siglo y no la hubiesen tenido tampoco siglos antes. A los efectos del pleito, igual era dicha inexistencia para unos Estados, las partes. Jurídicamente, tal población previa es en efecto como si no existiera. Los aborígenes resultan actores en una historia propia que sirve a un derecho ajeno, el derecho a su territorio, al territorio suyo de hecho. El asunto internacional era interestatal; era

¹ Hudson, Manley O. (ed.), *World Court Reports. A Collection of the Judgments and Orders and Opinions of the Permanent Court of International Justice*, III, 1923-1935, Washington, 1938, pp. 81-98 y 148-251.

jurídicamente entre estados, sin entrada procesal posible para una población que, como la indígena, no lo constituye. Como cosa accesorio, puede ésta, la población actual primera, quedar atribuida a un Estado foráneo y a unos colonizadores últimos.²

Un internacionalista, un jurista de esta especialidad, recordaba recientemente, con ocasión del quinto centenario de una arribada posterior de europeos a América, en este caso de Groenlandia, para contraponerle el planteamiento jurídico de aquel otro encuentro, de la presencia hispana desde el siglo XVI.³ "*Barbari erant veri domini et publice et privatim*", unos bárbaros, los indígenas, se consideran, a la llegada de los hispanos, verdaderos titulares de jurisdicción pública y dominio privado; este internacionalista nos recuerda que tal fue el pronunciamiento inequívoco del teólogo Francisco de Vitoria en su *Relectio de Indis* y el principio, si no constante, al menos mantenido por la generalidad de los juristas y por el mismo derecho que entonces se estableciera. La contraposición salta a la vista. Resulta que unos colonizadores de tiempos prácticamente feudales reconocían el derecho de los colonizados mientras que otros de época constitucional y de instituciones constitucionales, tanto la internacional como las estatales, ni siquiera parece en efecto que conciban la posibilidad. De aquí nace mi cuestión; de ahí, mi interrogante: ¿Cómo puede ser posible este contraste?

Contraste tal puede que actualmente no sea tan marcado. En los últimos tiempos ha podido comenzar a amortiguarse. Nuestro mismo internacionalista recuerda acto seguido también otro caso, el más reciente del Sahara. En 1975, el mismo Tribunal de La Haya, bajo el argumento por fin explícito de que un territorio con población nunca ha debido ser tratado como tierra de nadie, considera a los aborígenes como parte a tener en cuenta para el caso del Sahara Occidental planteado entonces entre Marruecos y España y hoy todavía no resuelto. Quizá no esté bien elegido este otro ejemplo. Nos lleva a África, en cuya descolonización precisamente ya no se admite ni siquiera como excepción lo que fue regla más de un siglo antes en la de América. ¿No ha querido hacer en la segunda mitad del siglo XX la población colonizadora de Zimbabwe y de Sudáfrica?, al fin y al cabo lo mismo

² Weis Benson, Agnete, "Law and Legislation in Greenland during the transition from colonial status to home rule status (1945-1980)", *Law and Anthropology. Internationales Jahrbuch für Rechtsanthropologie*, 1, 1986, pp. 199-234.

³ Rubin, Alfred P., "International Law in the Age of Columbus", *Netherlands International Law Review*, 39-1, 1992, pp. 4-35.

que hicieron en su tiempo sus congéneres por América, alzarse con todo un país ignorando jurídicamente la existencia de unos aborígenes. Un intento como éste ahora se encuentra justamente con un repudio tan generalizado como general fuera del aplauso que antes, en el caso de las independencias americanas, se lograra de la misma humanidad tenida por liberal y constitucional. El mismo sentido de la constitucionalidad afortunadamente cambia.

Por ello digo que el ejemplo no me parece bien escogido, aunque puede ser cierto que está hoy remitiendo dicha olímpica ignorancia de la presencia real de unas poblaciones aborígenes.⁴ Mas no será mi cuestión actual, sino aquella histórica, la señalada por el susodicho contraste, con lo que convendrá que nos centremos en cuanto al espacio en América y en cuanto al tiempo en el pretérito, en un par de periodos sucesivos: uno el feudal tardío de una colonización europea y otro el constitucional, si no primero, tampoco presente, el anterior a la descolonización de nuestro siglo. Para dicho espacio y para dicho tiempo, pretendo enfrentarme con el referido contraste, con su presunta evidencia.

Es una evidencia, ésta del "contraste entre la posición de Vitoria y el pronunciamiento dicho del Tribunal de Justicia Internacional", que según también nuestro internacionalista "no necesita mayor comentario", tal sería su fuerza.⁵ No estamos ante observaciones nuevas. Nueva no es la indicación general de una contradicción tal entre, por una parte, un derecho internacional histórico que, como aquel derecho confesionalmente católico de los colonizadores hispanos, reconocía derechos indígenas y, por otra parte, un derecho internacional contemporáneo que, como este derecho aparentemente laico de una jurisdicción universal, no parece en cambio que parte de ningún reconocimiento de derechos del género. Sobre todo lo primero, el planteamiento hispano, es algo conocido y reconocido.⁶ Constituye un notorio tópico, uno de esos tópicos que pueden venirse repitiendo bastante pacífica-

⁴ Lerner, Natán, *Minorías y grupos en el derecho internacional. Derechos y discriminación*, México, 1991, pp. 131-149.

⁵ Rubin, A. P., *International Law in the Age of Columbus*, p. 24, nota 46, en concreto.

⁶ Brown Scott, James, *El origen español del derecho internacional moderno*, Valladolid, 1928; Hanke, Lewis, *La lucha por la justicia en la conquista de América*, Buenos Aires, 1949; Zavala, Silvio, *La defensa de los derechos del hombre en América Latina (siglos XVI-XVIII)*, México, 1982; Murillo, Fernando, *América y la dignidad del hombre. Los derechos del hombre en la filosofía de la historia de América*, Madrid, 1992.

mente porque cuentan con evidencias primarias, con evidencias precisamente primarias.

No voy a discutir el contraste, que tengo también por cierto, pero sí todo el resto. Al contrario que nuestro internacionalista, pienso que se necesita comentario, que se precisa una mayor consideración a fin de que la misma evidencia, de tan primaria, no nos confunda. La observación del contraste no resuelve a mi entender problema alguno, sino que lo plantea, precisamente lo plantea. Me atrevo a decir que, a partir de una evidencia como esa, nada es solución y todo es problema.

Puntualizo la cuestión. Desgloso el interrogante. ¿Cómo puede haberse ignorado por el derecho internacional de tiempo constitucional un reconocimiento tan elemental que no había siquiera faltado en época precedente? ¿Y cómo puede darse una ignorancia tan completa en una fase además del derecho internacional en la que se iniciaba el progreso de una jurisdicción universal para toda la humanidad, para todos los humanos, en una fase durante la cual comenzaba así justamente a guardárseles menos respeto a unas soberanías estatales que pudieran haber venido contemporáneamente impidiendo ese reconocimiento de unos derechos de poblaciones interiores, no constituyentes por sí de estados? ¿Cómo puede darse entonces, precisamente entonces, la mayor ceguera respecto a los eventuales derechos de estas determinadas poblaciones, de esta parte de la humanidad, aquella aborigen de territorios coloniales luego independizados por los mismos colonizadores? ¿Y cómo pudo en cambio ocurrir, si no lo contrario, al menos otra cosa, algún reconocimiento efectivo de dichos mismos derechos, en los tiempos propiamente coloniales para tales latitudes americanas, por una época histórica en la que no existía un derecho internacional tan formal ni construido, por un tiempo pasado que fue además confesional y de una religión tan militante y tan excluyente entonces como la cristiana?

No ambiciono lógicamente responder de una tacada a estos interrogantes, a ninguno de ellos, pero me permito el intento de situar en sus coordenadas históricas a tales cuestiones, a todas ellas. Intento identificar el lugar que un reconocimiento de derechos tuvo en una cultura colonial de raíz feudal y que en cambio no ha logrado en otra de matriz constitucional. Quiero trazar un espacio, lo primero, y sondear un vacío, lo segundo. Voy a manejar me con noticias y textos bastante conocidos para historiadores y para juristas sin pretensión de novedades por mi parte, pero procuro que mi tratamiento sea lite-

ralmente reflexivo, que vuelva sobre lo sabido para ayudar a comprenderlo. Y creo que la mejor ayuda puede ser la de una ubicación como la dicha que generalmente se descuida. En las razones del descuido, sean de abstracción altruista, sean de apología interesada, no entro. Pretendo diseñar de un modo directo el contexto de cultura en el que pueda respectivamente comprenderse la admisión primera y la exclusión segunda de unos derechos. A esto responde el anuncio del título y las partes de la exposición, su par de movimientos.

Primer movimiento, el espacio colonial del derecho indígena. Efectivamente existe. Desde los comienzos de una colonización, desde la primera mitad del siglo XVI, puede sentarse que los aborígenes de aquellas tierras tienen derechos. Se les llamaba, al reconocérselos, *barbari*, bárbaros, esto era, seres extraños no sólo a la cultura propia, sino también, pues otra no se concebía, a la civilización sin más,⁷ como la especie más ajena de humanidad que por entonces cupiera concebirse.⁸ Aunque la condición animal es posibilidad que también se discutiera,⁹ así al menos por humanos se les tenía, lo que importaba a su situación jurídica. Por causa de la barbarie no dejaba de atribuírseles a los colonizados una posición de derecho a la que el mismo colonizador debía atenerse.

Obsérvese bien desde un inicio. No se reconocía a los nativos un derecho propio y así independiente a la consideración del colonizador, un derecho que hubiera comenzado por permitirles a ellos, a los aborígenes, plantearse según sus propios supuestos, según su propia cultura, la forma de aceptación o incluso de rechazo de esta presencia de otros, de los foráneos. No se concebía la posibilidad de que el colonizado, estando en su tierra, mantuviese un derecho suyo y tuviera que ser entonces el colonizador, recién llegado, el que se atuviese a él. Esto ni se planteaba. Conforme al concepto mismo de civilización, conforme a su presunción, no cabe derecho fuera del planteamiento propio. No se les reconoce a los indígenas el de oponerse a la colonización, pero por esto tampoco se les dejaba ante ella jurídicamente desarmados, por completo inermes.

La empresa colonizadora debía sujetarse a unos principios y a unas reglas. Un teólogo podía testimoniario. La colonización debía some-

⁷ Bitterli, Urs, *Los "salvajes" y los "civilizados". El encuentro de Europa y ultramar*, México, 1982.

⁸ Pagden, Anthony, *La caída del hombre natural. El indio americano y los orígenes de la etnología comparativa*, Madrid, 1982.

⁹ Sebastián, Santiago, *Iconografía del indio americano, siglos XVI y XVII*, Madrid, 1992.

terse a un ordenamiento cuyas bases se definían, antes que por un derecho, por una teología, por la teología de su propia religión, la de los colonizadores siempre.¹⁰ Aquí radicaba, ahí hundía raíces, el principio privativo, la exclusiva cultural, la presunción civilizatoria, este imperialismo de fondo. Religión sólo cabía una, que así había de hacerse universal, ser católica. Fuera de ella podía haber prácticas religiosas, pero no religión propiamente dicha; podía haber derecho, pero no derecho propio, derecho que tuviera legitimidad y autoridad por sí mismo.¹¹ Hubo polémica, pero no alcanzaba a este punto, a esta raíz.

No se improvisaba ni se inventaba con nada de esto. Se aplicaba así al nuevo caso de la ocupación de América una doctrina cristiana formada durante los últimos siglos medievales de primera expansión europea. Unos principios y unas reglas de reconocimiento de derecho respecto a los no cristianos se habían particularmente concretado un siglo antes, hacia principios del XV, con ocasión del pleito entre la Orden Teutónica y el Reino de Polonia sobre la ocupación de Lituania y la conversión de los lituanos, contencioso sustanciado ante el Concilio de Constanza, el mismo concilio que anatemizó como herejía la doctrina rigorista que vinculaba reconocimiento jurídico a gracia religiosa, una doctrina esta otra que negaba derecho no sólo a los no cristianos, sino también a los correligionarios de vida no virtuosa. Con esta condena y con aquel pleito, se concretaron en dicho concilio unos principios de teología y unas reglas de derecho que ahora, aun arras-trándose en efecto todavía polémica, se aplicaba a América.¹²

La polémica no creo que por sí interese a nuestro actual propósito. Interesa el resultado de mantenimiento de unos principios y unas reglas. Su definición era labor primeramente de teólogos, pero no exclusivamente. Ellos se ocupaban de lo primero, de unos principios, quedando las reglas para otros. Llegados a puntos concretos de derecho, ellos mismos se remitían: *Hoc remitto ad iurisconsultos*, esto lo remito a los juristas, como decía el propio Vitoria en su *Relectio de indis*, sin dejar por esto de hacer reserva de la competencia previa

¹⁰ Williams, Robert A., *The American Indian in Western Legal Thought: The Discourses of Conquest*, Oxford, 1990.

¹¹ Clavero, B., *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, Milán, 1991.

¹² Muldoon, James, *Popes, Lawyers, and Infidels: The Church and Non-Christian World, 1250-1550*, Filadelfia, 1979; Williams, R. A., "The Medieval and Renaissance Origins of the Status of the American Indians in Western Legal Thought", *Southern California Law Review*, 57, 1983, pp. 1-99.

teológica: *Haec determinatio non spectat ad iurisconsultos vel saltem non ad solos illos*, la determinación del asunto no corresponde a los jurisconsultos o por lo menos no les compete en exclusiva.¹³

Estaban también así, más versados en nuestro campo pues era el suyo, los juristas. Si queremos saber algo no sólo sobre el principio de reconocimiento de derecho, sino también acerca de la forma como él mismo podía producirse y materializarse, habremos de atender no sólo a los teólogos que se pronunciaban sobre materia jurídica, sino también y sobre todo a los juristas que la trataban. ¿Cómo admitían éstos el derecho de los indígenas?, ¿cómo se hacía tal cosa en el terreno más concreto de la cultura y del ordenamiento específicamente jurídicos? Aquí puede estar, si no lo realmente decisivo, lo verdaderamente ilustrativo.

Para que podamos situar el reconocimiento efectivo de unos derechos indígenas, comencemos por recordar cosas entonces elementales, pero no siempre hoy atendidas al propósito. Recordemos ante todo algo tan básico como que los derechos, rigurosamente los derechos, no existían entonces para nadie. Los juristas, siguiendo a los teólogos, no admitían derechos en su sentido subjetivo, esto es facultades de sujetos, por sí mismos y para ningún caso; esto no entraba en los supuestos de la cultura del tiempo; era algo entonces inconcebible. De entrada, a nadie, ni a colonizador ni a colonizado sin ir más lejos, se le reconocía capacidad alguna de título originario y disposición propia. El derecho comenzaba por ser, no facultad de un titular, sino ordenamiento de la sociedad. Tenía ante todo este sentido de orden objetivo. Y era además un orden de principios religiosamente indisponibles, de principios que tampoco decidía nadie, ni jurisconsulto ni legislador ni otros poderes. Venían dados por tradición y por una tradición antes religiosa que jurídica, de donde provenía y se aceptaba la misma autoridad anterior de la teología. Y en suma resulta que unos derechos subjetivos sólo podían darse conforme al derecho

¹³ Malagón, Javier (ed.), *Las relecciones De Indis y De Iure Belli de fray Francisco de Vitoria O.P. fundador del derecho internacional*, Washington D. C., 1963, facsímil de edición Colonia-Frankfurt, 1696, introduciendo su lección Vitoria; para manuscrito: *Relectio de Indis. Carta Magna de los Indios. 450 aniversario, 1539-1989*, Madrid, 1989; para transmisión: Beltrán de Heredia, Vicente, *Los manuscritos del maestro fray Francisco de Vitoria O.P. Estudio crítico de introducción a sus lecturas y relecciones*, Madrid, 1928; para asunto: Castilla, Francisco, *El pensamiento de Francisco de Vitoria. Filosofía política e indio americano*, Barcelona, 1992.

objetivo, de conformidad con el orden establecido. Otra concepción, insisto, no cabía entonces.¹⁴

Y esto ya tiene consecuencia, una consecuencia fundamental para nuestro asunto. Siendo de carácter indisponible los principios de derecho determinados por la religión, dilucidados por su teología, no cabe admisión de derecho objetivo ni subjetivo ninguno que no entre dentro de sus presupuestos. La aceptación sin más de que los indígenas, gentes de otra religión o sin religión propiamente dicha, pudieran tener un derecho propio, con la secuela de que los colonizadores debieran comenzar por reconocerlo, era un punto de partida efectivamente descartado de raíz. No debemos olvidar que toda admisión ulterior de derecho indígena, cualquiera que pueda darse,¹⁵ ya tiene por supuesto esta inadmisión radical de derecho propio, del derecho que como propio pudieran tener los colonizados indígenas con independencia del colonizador foráneo.

El derecho objetivo del que dependía el reconocimiento de derecho subjetivo tampoco se concebía entonces como un orden general para toda la sociedad o un ordenamiento homogéneo de toda ella.¹⁶ Desde un principio había distingos. Tenía que haberlos porque ni siquiera se le pensaba como un orden exclusivo de la sociedad humana. Del derecho en su sentido más general participaban también desde divinidades hasta animales. La condición animal que se discutió para los indígenas podía también entrar entonces en el universo del derecho, del objetivo. Mas la inclusión relevante era la divina; una divinidad que se quería universal como la cristiana era importante para el establecimiento de la exclusividad e indisponibilidad de unos principios predicables respecto a toda la humanidad, para tal imperialismo cultural. El teólogo y el jurista concurrían a la determinación del derecho de poblaciones extrañas a su religión y a toda su cultura sin sentir ninguna incomodidad. Tanto el uno como el otro estaban ejerciendo un sacerdocio, un ministerio, una misión, que así interesaba también al derecho y a los derechos, objetivo y subjetivos.

¹⁴ Vallejo, Jesús, *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, 1992.

¹⁵ González San Segundo, Miguel Ángel, "El elemento indígena en la formación del derecho indiano", *Revista de Historia del Derecho*, 11, 1983, pp. 401-453; Tau Anzoátegui, Víctor, "La costumbre jurídica en la América española (siglos XVI-XVIII)", en la misma revista, 14, 1986, pp. 355-425; Zorraquín Becú, Ricardo, "Los derechos indígenas", en la misma revista y el mismo número, pp. 427-451.

¹⁶ Tau Anzoátegui, V., *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del derecho indiano*, Buenos Aires, 1992.

La religión era importante a más efectos. La teología también definía el ámbito de vigencia del derecho objetivo en su sentido más estricto, no ya de orden natural compartido por divinidades, hombres y animales ni tampoco de principios indisponibles determinados por la religión, sino de ordenamiento positivado y desplegado en la sociedad humana por la potestad del legislador o por la autoridad del jurisconsulto. No todo el orden social estaba regido por este derecho objetivo más estrictamente dicho. En el terreno más positivo también podía prevalecer la teología.¹⁷

Lo hacía en algunos campos. Dicho de la forma más sencilla, el derecho regía a la república, a la sociedad política, y no a la familia, a la comunidad doméstica, pues éste era campo reservado a la teología. Existía un orden primordial, el familiar, que no era de carácter jurídico en su sentido estricto; su autoridad específica, la patria potestad, al contrario que todas las otras potestades humanas,¹⁸ no había de atenerse a derecho, sino a religión, directamente a religión. Y familia era más que familia; familias eran tanto los grupos domésticos como otros cuerpos sociales, las corporaciones religiosas sin ir tampoco más lejos. Su orden constitutivo no era cosa como digo de derecho; lo era todavía de religión tanto para las familias figuradas como para las propias. Las potestades y autoridades de la república, como el legislador o como el jurisconsulto, no tenían competencia o la tenían muy secundaria en este campo latamente doméstico. Conforme a religión, a la religión cristiana, la teología lo regía y el padre de familia lo gobernaba.¹⁹

El orden interior de la familia no lo regía el derecho objetivo, pero dicho orden doméstico tenía un alcance importantísimo para la determinación del derecho subjetivo. La posición familiar, no sólo la externa de la familia en la sociedad sino también y ante todo la interna del sujeto en la familia, tanto esto todavía más religioso como aquello ya más jurídico, era lo que determinaba el *status* y esto, el estado, era lo determinante a su vez del derecho subjetivo; así se definía el derecho para el sujeto. Adviértase el rodeo pues resulta lo esencial. Mediaba siempre la familia.²⁰ De entrada, no había reconocimiento de

¹⁷ Clavero, B., *Antidora*, pp. 157-170.

¹⁸ Vallejo, J., *Ruda equidad, ley consumada*, pp. 159-259.

¹⁹ Clavero, B., "Beati Dictum. Derecho de linaje, economía de familia y cultura de orden", *Anuario de Historia del Derecho Español*, 63, 1993.

²⁰ Frigo, Daniela, *Il Padre di Famiglia. Governo de la casa e governo civile nella tradizione dell' "economica" tra Cinque e Seicento*, Roma, 1985; Pastor, Reyna

facultad y capacidad, de derecho en suma, para nadie, para ningún sujeto. De salida, conforme a la religión propia de la familia y al ordenamiento propio de la sociedad, los sujetos podrán verse, reconocer derechos; bajo dichas dependencias, con tales determinaciones, podrán tener facultades y capacidades de disposición propia, derechos así y sólo así subjetivos.²¹

Para ello, para todo ello, el *status*, el estado, es lo esencial.²² Lo son los *status*, los estados familiares, del sujeto en el interior de la familia, y los sociales, de la familia en el seno de la sociedad. No hay derecho fuera del *status* y los *status* determinan los derechos. Dicho de otra forma, de momento anacrónica, el individuo no tiene de por sí derechos; sólo puede tenerlos en cuanto que participe de unos *status* y en la medida de la participación. Su derecho particular vendrá determinado por la concurrencia de *status* generales en su caso determinado. Y un sujeto sin *status* será sujeto sin derecho.²³

Llegamos al derecho indígena. La cuestión decisiva será entonces la de su *status*. ¿Cuál se le reservaba? ¿Cuáles le correspondían? El *status* inferior en la familia, pues determinaba una falta de *status* en la sociedad, era el de la condición estrictamente servil, el estado de los esclavos, de lo cual sabido es que los indígenas quedaron en principio librados por la teología. Con esto se encontraban ante la posibilidad del acceso a *status* capacitados no sólo en el orden de la familia, sino también en el de la república, *et publice et privatim*. ¿A cuál estado en concreto accedieron por regla general las poblaciones indígenas? ¿Cuáles se les asignaron por parte de la cultura colonizadora, por esta única cultura relevante para el derecho?

El *status* que se da con carácter general para el caso de los indígenas es el resultante de la concurrencia entre los estados de *rústico*, de *persona miserable* y de *menor*. El concurso de esta tríada va a definirlo. Sus términos son técnicos y como tales deben tomarse. Conviene ver qué significaba jurídicamente entonces *rústico*, *miserable* y *menor*, cada uno de estos epítetos y los tres sumados. No nos confundamos con las palabras. También se hablaba de *privilegia*, de pri-

(ed.), *Relaciones de poder, de producción y parentesco en la edad media y moderna*, Madrid, 1990; Casey, James, *Historia de la familia*, Madrid, 1991.

²¹ Clavero, B., "Almas y cuerpos. Sujetos del derecho en la edad moderna", *Studi in Memoria di Giovanni Tarello*, I, Milán, 1990, pp. 153-171.

²² Coing, Helmut, *Europäisches Privatrecht*, I, *Aelteres Gemeines Recht (1500-1800)*, Munich, 1985, pp. 54-60 y 195-268.

²³ Clavero, B., *Tantas personas como estados. Por una antropología política de la historia europea*, Madrid, 1986.

vilegios, para la explicación del *status*, del estado, significándose con ello, no obligadamente beneficios positivos, sino singularidades neutras, también potencialmente negativas. Vamos a verlo. Es cosa que pudo sintetizar, con respaldo jurisprudencial y legislativo además de religioso, la *Política indiana* de Solórzano Pereyra.²⁴

La rusticidad en concreto implicaba una falta de participación aunque fuera pasiva en la cultura letrada de los propios juristas, o en la cultura sin más según su concepto, por cuya virtud de extrañamiento no resultaba en su caso exigible para los sujetos afectados buena parte del derecho objetivo. Era un *status* con tratamiento propio, con sus *privilegia*.²⁵ Los rústicos se consideraba que podían guiarse en materias privadas conforme a sus costumbres sin que por esto las mismas se les reconocieran como un derecho propio. Respeto a ellos, los jueces podían actuar sumariamente y a su arbitrio, sin atenerse ni a los procedimientos ni a los preceptos del derecho, ni de la jurisprudencia ni de las leyes ni tampoco siquiera de las costumbres, aunque conviniese que se mirara a éstas. Se trata en sustancia de un estado de desentendimiento y abandono, de discriminación y marginamiento, por parte del derecho objetivo respecto a la mayor parte de la sociedad no sólo colonial, sino también metropolitana.²⁶ En las colonias, este estado es de aplicación a los indígenas.

Pero los indígenas no quedan tan abandonados porque, además de rústicos, se reputaban personas miserables y menores. La personalidad miserable era la de aquellos que, no valiéndose socialmente por sí mismos, precisaban de un amparo especial. Era el caso no sólo de los indigentes, sino también por ejemplo de los huérfanos y de las viudas pobres, o igualmente el de los conversos al cristianismo que se entendiese que no acababan de asimilar la religión. No sólo era asunto de miseria física. Constituía la personalidad miserable otro

²⁴ Solórzano Pereyra, Juan de, *Política Indiana*, Madrid, 1647, libro II, "En que se trata de la libertad, estado y condiciones de los indios"; cap. 4, parágrafo 27: "En nuestros indios es forzoso que lo digamos, pues por su corta capacidad gozan del privilegio de rústicos y menores, y aún no pueden disponer en sus bienes raíces, cuánto más de sus personas y libertad, como lo diremos en el capítulo 28 de este mismo libro": "Que los indios son y deben ser contados entre las personas que el Derecho llama miserables".

²⁵ Por ejemplo, Chopinus, Renatus, *De privilegiis rusticorum libri*, Paris, 1575, con versión francesa, Paris, 1634; Tiraquellus, Andreas, *Tractatus de privilegiis rusticorum*, Colonia, 1582.

²⁶ Hespanha, António M., "Savants et rustiques. La violence douce de la raison juridique", *Ius Commune*, 10, 1983, pp. 1-48, que figurará en su libro *Gracia del derecho. Economía de la cultura en la edad moderna*, Madrid, 1993.

status con su propio tratamiento, con sus *privilegia*.²⁷ Aquí había una discapacitación que no se traducía en abandono, sino en lo contrario, en el amparo, el cual le correspondía prestar a los misioneros de la religión y a los ministros de la justicia, al monarca entre éstos ante todo por la razón también de su investidura religiosa respecto a las colonias.²⁸ Así, para los indígenas, un amparo sucedía al abandono y ambas cosas, complementándose, lo incapacitaban. El estado de personalidad miserable se sumaba al de rusticidad.

Y quedaba el de minoría, también con su tratamiento de *status* y *privilegia*,²⁹ más conocido como tal, como estado que inhabilita por una falta patente de capacidad que aquí, para el caso de los indígenas mayores de edad, simplemente se presume.³⁰ Todos ellos eran menores significándose ante todo con esto que se encontraban aquejados por una limitación de la razón humana, de la razón que no se les negaba; no eran gente *de razón* plena o propiamente. No estaban capacitados en particular para un ejercicio propio y pleno de la patria potestad, necesitando así siempre tutela familiar, una tutela que no podía dispensarla la familia de sangre. Es un estado que, sumándose, abunda en las secuelas del de la personalidad miserable y produce el efecto de mayor alcance. Los indígenas no gozan de la independencia que, respecto al derecho, la constitución de la familia entonces confiere, con lo cual quedan sometidos de forma más directa a religión. La sujeción religiosa que incide especialmente en la vida privada es de alcance general, pero aquí la tenemos menos confiada a los sujetos. Se confía directamente a la iglesia o también a patronos laicos cuya posición de autoridad así responde igualmente a este principio de religión. Tal es, con tales elementos postizos, jurídicamente la familia indígena.

Tal es el estado de los indígenas, la base de su condición. Unos datos sabidos pueden aparecer a otra luz que la consabida. Por el es-

²⁷ Verbigracia, Álvarez de Velasco, Gabriel, *Tractatus de privilegiis pauperum et miserabilium personarum*, Madrid, 1630; Maria Novarius, Ioannes, *Tractatus de miserabilium personarum privilegiis*, Nápoles, 1637.

²⁸ Castañeda, Paulino, "La condición miserable del indio y sus privilegios, *Anuario de Estudios Americanos*, 28, 1971, pp. 245-334.

²⁹ Así, por ejemplo siempre, Narbona, Didacus de, *Tractatus iuris de aetate ad omnes humanos actos requisita*, Toledo, 1642; Baronius, Franciscus, *Tractatus de effectibus minoris aetatis*, Palermo, 1661.

³⁰ Oliveros, Martha Norma, "La construcción jurídica del régimen tutelar del indio", *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, 18, 1967, pp. 105-128; García Gallo, Alfonso, "La condición jurídica del indio", *Estudios de historia del derecho privado*, Sevilla, 1982, pp. 167-177.

tado que se confería a unas poblaciones aborígenes, habían de ejercer funciones de amparo unas instituciones foráneas, las constelaciones institucionales de una iglesia y una monarquía. La legislación, como la doctrina, debía ser religiosamente tuitiva. Es lo suyo³¹ un favor que es función de disfavor. Se crea un espejismo si, conforme a nuestra mentalidad, colocamos a la ley, una ley de estas características, en una posición menos derivada, en la posición de una primacía normativa que entonces no tenía o ni siquiera concebía.³² Tampoco es que la ley, este derecho subordinado, capacitara. Asistía a una incapacitación establecida por un derecho superior, el derecho indisponible. Por naturaleza los indígenas no eran esclavos, pero eran rústicos, miserables y menos por naturaleza.

El deber fundamental de la ley era el de establecer y organizar jurisdicciones o procuradurías especializadas en el complemento de la capacidad y otra asistencia jurídica de los indígenas privados de facultades suficientes propias. Y no era otro el papel de la religión respecto a las mismas instituciones civiles que interesan a la habilitación. Hoy gusta detectarse más la presencia que analizarse la operatividad de todo un fondo religioso que se halla bien presente a lo ancho y largo del entramado institucional de encuadramiento y explotación, de protección y amparo, de unas poblaciones aborígenes.³³ Los indígenas podrán tener corporaciones y jurisdicciones propias, toda una propia *república*, bajo dichas precisas condiciones.³⁴ Mas no hace falta que nos extendamos contemplando consecuencias reales, institucionales, de unos principios teóricos, jurídicos. Con el *status* de minoría añadido al de personalidad miserable y sumado al de rusticidad, con este orden de factores y este producto final, ya tenemos determinado el estado general de los indígenas. Si se me permite acuñar el sintagma, se produjo un verdadero *status de etnia* que consistía en la operación con-

³¹ *Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias*, 1680, Madrid, 1681: facsímil, Madrid, 1973, libro VI; Vázquez, Genaro V. (ed.), *Doctrinas y realidades en la legislación para los indios*, México, 1940.

³² Clavero, B., *Tantas personas como estados*, pp. 27-52.

³³ Zavala, S., *La encomienda indiana*, Madrid, 1935; Lohmann Villena, Guillermo, *El corregidor de indios en el Perú bajo los Austrias*, Madrid, 1957; Borah, Woodrow, *El Juzgado general de indios en la Nueva España*, México, 1985; Cutter, Charles R., *The "Protector de Indios" in Colonial New Mexico, 1659-1821*, Albuquerque, 1986.

³⁴ Gibson, Charles, *Los Aztecas bajo el dominio español, 1519-1810*, México, 1967; Mörner, Magnus, *La Corona española y los foráneos en los pueblos de indios de América*, Estocolmo, 1970; Menegus, Margarita, *Del Señorío a la República de indios. El caso de Toluca, 1500-1600*, Madrid, 1991.

junta, más multiplicación que suma, de dichos tres estados de humanidad.

Es el *status* general indígena. Claro es que podían añadirse o interferirse otros, por lo común también peyorativos. Conforme siempre al derecho de los colonizadores, por causa de resistencia y derrota, pudieron los indígenas verse en un estado de esclavitud;³⁵ si vencidos y dominados se resistían a la religión, se sumaba otro factor de precarización de estado;³⁶ a un contingente mayor podía afectarle otro, el de sexo, también con sus privilegios y su incapacitación para el derecho del colonizador,³⁷ aunque éste ya es un terreno en el que pudieron perfectamente subsistir y prevalecer costumbres indígenas. Mas no entremos en casuística, pues también había *status* meliorativos,³⁸ bien que bastante inaccesibles para el caso.³⁹ Nos interesaba sólo la regla, el estado general y no otros. Se trataba de definir un espacio.

Queda trazado. Resulta un escenario que saben identificar teóricamente los antropólogos y observar empíricamente los etnólogos bastante mejor que los juristas y que los historiadores.⁴⁰ Mas no creo que ya se precise mayor comentario. Aquí coincidimos con nuestro internacionalista. Tenemos a los indígenas situados en una posición efectivamente de derecho, pero de un derecho ajeno, derecho de los colonizadores, derecho de la colonización. Es una posición que les deja además expresamente un margen apreciable de mantenimiento de sus costumbres, pero no como derecho propio suyo; no puede adquirir

³⁵ Para ilustración también, Bonacossa, Hyppolitus, *De servis vel famulis tractatus*, Venecia, 1575; Pignorius, Laurentius, *Commentarius de servis et eorum apud veteres ministeriis*, Augsburgo, 1613.

³⁶ Más ejemplos, Susanna, Marquardus, *Tractatus de iudeis et aliis infidelibus*, Venecia, 1558; Ricciullus, Antonius, *Tractatus de iure personarum extra Ecclesiae gremium existentium*, Roma, 1623.

³⁷ Bastando una muestra, Rota, Carolus, *Legalis androgynus sive tractatus de privilegiis mulierum*, Nápoles, 1663.

³⁸ Otras ilustraciones, Lutius, Horatius, *Tractatus de privilegiis scholarum et scholarium*, Padua, 1564; Garzia de Saavedra, Ioannes, *De Hispaniarum nobilitate et exemptione tractatus*, Valladolid, 1588; Segnius, Ioannes Baptista, *De ordine et statu canónico libri*, Bolonia, 1601; Bordonus, Franciscus, *Privilegia clericorum*, Parma, 1688.

³⁹ Olaechea, Juan B., *El indigenismo desdeñado. La lucha contra la marginación del Indio en la América Española*, Madrid, 1992.

⁴⁰ Dumont, Louis, *Homo hierarchicus. Ensayo sobre el sistema de castas*, Madrid, 1970; Spores, Ronald (ed.), *Ethnohistory*, Austin, 1986, que es vol. IV de Reifler Bricker, Victoria (ed.), *Supplement to the Handbook of Middle American Indians*, suplemento a su vez de Wauchope, Robert (ed.), *Handbook of Middle American Indians*, vols. XII-XV; Cline, Howard F. (ed.), *Guide to Ethnohistorian Sources*, Austin, 1973-1975.

nunca fuerza ni de obligar ni de limitar a la parte colonizadora. Y todo ello resulta sustancialmente confiado a la virtud de unos eclesiásticos y al arbitrio de unos jueces. Este es jurídicamente el espacio que los colonizadores reservaban a los colonizados.

Segundo movimiento, el vacío constitucional del derecho indígena. Efectivamente se produce. Si con algo se inaugura el tiempo constitucional, si algo le da históricamente entrada, resulta una cosa que choca con los supuestos culturales de todos los órdenes anteriores, incluidos los indígenas, y esto es la concepción del individuo como sujeto de derecho por naturaleza propia, sin más determinación ni dependencia. Esto produce el vacío. Es algo que ya se sabe que no ocurre, que no comienza a ocurrir, hasta mediado el siglo XVII y por latitudes de momento tan sólo británicas. De entonces, solamente de entonces, viene la ocurrencia que hoy nos puede parecer tan sencilla del individuo como sujeto originario del derecho. Llegamos así al momento de la concepción, de un derecho sencillamente humano, sin competición en su terreno de dioses ni de animales, y de un derecho además de carácter primariamente subjetivo, derecho natural del hombre.⁴¹

Con este punto de partida, ya no habríamos de tener problema. Ahora tenemos un principio de derecho que, si se concibe con carácter individual, para cada individuo, habrá de predicarse de forma universal, para todos los individuos y sólo ya para ellos. Con esto, ya no tendría que haber a nuestros efectos diferencias. El colonizador como el colonizado, el colonizado como el colonizador, el uno tanto como el otro, seres humanos todos, habrían de tener derechos y unos mismos derechos además. Pero ya también sabemos que no es así. Una cosa es la filosofía, sus postulados, y otra la historia, sus resultados. En la historia sabemos que los colonizadores es ahora precisamente cuando se alzan con todo el derecho, con el derecho todo.

Sigue sin ser una cuestión de hecho bruto; quiero decir que no se trata sencillamente de que un grupo humano decida privar del derecho a otro por la fuerza sin más. Nunca ha sido así en esta historia. Es cosa ciertamente de hecho, pero de hecho jurídico, de este calado. El fenómeno sigue tocando a la cultura y a la cultura específica del derecho. En la propia concepción del constitucionalismo puede encurrirse una privación tal, dicho efecto de exclusión de una parte de la humanidad respecto a unos principios que se predicán como universales y que realmente se tienen por tales. Igual que antes el teólogo

⁴¹ Tuck, Richard, *Natural Rights Theories: Their origin and development*, Cambridge, 1979.

y el jurista, ahora también el constitucionalista puede que se maneje sin incomodidad ninguna con un derecho de tales principios y de tales efectos.

Si hay un Francisco de Vitoria de esta nueva fase, la constitucional primigenia, éste es John Locke, el pensador británico de la segunda mitad del XVII. Tampoco él produjo el invento de la concepción del individuo como sujeto por sí mismo de derecho, pero él es quien ofrece la versión que servirá mejor a la gestación del constitucionalismo, comenzándose por el norteamericano y siguiéndose con los hispanos, el metropolitano y los coloniales.⁴² Es cosa conocida, pero no lo resulta tanto su significación para la América precisamente aborígen, para sus poblaciones indígenas, cuyo caso ni siquiera parece que esté siendo elucidado por el debate que hoy sobre todo conducen dentro del propio terreno constitucional unas corrientes menos individualistas o más comunitarias y pluralistas, críticas de estas fuentes.⁴³ Conviene volverse a ellas, a los *Treatises of Government* de Locke en concreto, para poder medirse el fondo, observarse el paradigma.⁴⁴ Ya pueden colocarnos ante el vacío, ante dicho vacío constitucional. Véamoslo en la fuente. Sintamos el vértigo.

La negación del derecho del colonizado comienza por la afirmación del derecho del colonizador, lo es de un derecho colectivo por un derecho individual. Locke, en su segundo *Treatise of Government*, concibe más concretamente este derecho como derecho de propiedad, como propiedad privada, por una razón muy precisa. La propiedad para él es derecho ante todo del individuo sobre sí mismo. Es un principio de disposición personal, de esta libertad radical. Y el derecho de propiedad también puede serlo sobre las cosas en cuanto que resulte del ejercicio de la propia disposición del individuo no sólo sobre sí mismo, sino también sobre la naturaleza, ocupándola y trabajándola. Es el derecho subjetivo, individual, que constituye, que debe así prestar constitución, al derecho objetivo, social. El orden de la sociedad habrá de responder a la facultad del individuo. No hay un derecho legítimo fuera de esta composición. La misma no supone la supresión de todo derecho colectivo, sino la exclusión de todas aquellas colectividades

⁴² Clavero, B., *Razón de estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid, 1991, pp. 159-231.

⁴³ Thiebaut, Carlos, *Los límites de la comunidad (las críticas comunitarias y neoaristotélicas al programa moderno)*, Madrid, 1992.

⁴⁴ Lebovics, Herman, "The Uses of America in Locke's Second Treatise of Government", *Journal of the History of Ideas*, 47-4, 1986, pp. 567-581.

que no responden a su principio constitutivo sobre la base del derecho privado de propiedad cuyo prototipo será el estado constitucional.

No hace falta que intentemos nosotros extraer consecuencias de estas premisas respecto a la posición indígena americana pues el mismo Locke no deja de hacerlo. Era para él un asunto principal. Sus miras estaban puestas realmente en ultramar. "*In the beginning all the World was America*" (en el principio todo el mundo fue América). Es principio teórico, no histórico. América representa un paradigma para el derecho. Respecto a ella es como puede plantearse la misma situación generativa de la propiedad, del derecho, en su sentido extensivo, de la facultad no sólo sobre sí mismo, sino también sobre la naturaleza. Ahí estaba en América la posibilidad de ocupación y trabajo de la tierra que produjera ante todo propiedad, el derecho mismo. "*Let him (the Man) plant in some in-land, vacant places of America*" (que el hombre así colonice las tierras vacantes de América). Un territorio que puede considerarse jurídicamente vacío porque no está poblado de individuos que respondan a los requerimientos de la propia concepción, a una forma de ocupación y explotación de la tierra que produzca ante todo derechos y derechos antes que nada individuales.

Esto se argumenta expresamente por el propio Locke.⁴⁵ "*If either the Grass of his Inclosure rotted on the Ground, or the Fruit of his planting perished without gathering, and laying up, this part of the Earth, notwithstanding his Inclosure, was still to be looked on as Waste, and might be the Possession of any other*": si no hay cultivo y cosecha, ni la ocupación efectiva sirve para generar derecho, otros usos no valen; esa parte de la Tierra, este continente de América, aunque esté poblado, puede todavía considerarse vacante, a disposición del primer colono que llegue y se establezca. El aborígen que no se atenga a estos conceptos, a tal cultura no tiene ningún derecho, ni el individual ni el colectivo que se le deriva. He aquí el punto de llegada del discurso propietario, punto de partida de la concepción constitucional.

No es una mera ocurrencia de un pensador aislado. Estamos ante una manifestación realmente paradigmática de toda una cultura, quizá todavía la nuestra.⁴⁶ Es una concepción efectivamente universalista del

⁴⁵ Locke, John, *Two Treatises of Government*, Cambridge, 1960, t. II, cap. 5, pp. 292-301, párrafos 36-49 (ed. Peter Laslett).

⁴⁶ Barsh, Russel, Lawrence, "Behind Land Claims: Rationalizing Dispossession in Anglo-american Law", *Law and Anthropology. Internationals Jahrbuch für Rechtsanthropologie*, 1, 1986, pp. 15-50; Williams, R. A., "Documents of Barbarism: The

derecho, pero de una universalidad determinada. Se trata de la imposición como general de un concepto particular, de esta forma todavía de imperialismo ante todo cultural. No se está postulando un derecho para todos y para cada uno de los individuos, para toda la humanidad y para todo ser humano, sino solamente para aquellos determinados seres, para aquellos afortunados individuos, que respondan a la concepción. Todo el resto de la humanidad, su mayor parte desde luego entonces, puede quedar excluido incluso por vía de simple presunción, sin mayor conocimiento.⁴⁷ Y la exclusión puede ser completa, resultar no sólo de propiedad, sino también de política. Para la perspectiva constitucional, para esta nueva mentalidad, los indígenas no reúnen condiciones para tener derecho alguno, ni privado ni público. *The Wealth of Nations* de Adam Smith, otra obra no menos paradigmática, contiene y difunde la conclusión: *The native tribes of North America* no tienen, por su *state of society* primitivo, *neither sovereign nor commonwealth*: ni soberano ni república, derecho político tampoco.⁴⁸

Estamos ante el individualismo posesivo que quiere hacerse constitutivo de toda la sociedad humana,⁴⁹ ante un constitucionalismo radicalmente comprometido con un determinado modelo de antropología social cerrada y generador así de exclusiones jurídicas absolutas.⁵⁰ El efecto es, no de universalización del derecho, sino de entronización del propio universo jurídico con expulsión radical de cualesquier otros. Ya no es sólo que el indígena se encuentre en una posición subordinada. Ahora resulta que no tiene sitio ninguno si no se muestra dispuesto a abandonar completamente sus costumbres y a deshacer enteramente sus comunidades para conseguir integrarse en el único mundo constitucionalmente concebible del derecho. Es el vacío que decimos.

Con esta concepción constitucional, el exclusivismo cultural no es sólo que no se corrija ni aminore; es que se radicaliza y exaspera. El

Contemporary Legacy of European Racism and Colonialism in the Narrative Traditions of Federal Indian Law", *Arizona Law Review*, 31, 1989, pp. 237-278.

⁴⁷ Duchet, Michèle, *Antropología e historia en el Siglo de las Luces. Buffon, Voltaire, Rousseau, Helvecio, Diderot*, México, 1975; Bitterli, U., *Los "salvajes" y los "civilizados"*, pp. 243-517.

⁴⁸ Smith, Adam, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Oxford, 1976, vol. II, libro quinto, capítulo 1, parágrafo 2, p. 690 (eds. R. H. Campbell, A. S. Skinner y W. B. Todd).

⁴⁹ Mac Pherson, C. B., *La teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*, Barcelona, 1970.

⁵⁰ Costa, Pietro, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico. Da Hobbes a Bentham*, Milán, 1974.

mismo fondo religioso del imperialismo civilizatorio sigue presente, con esta versión ahora que se expandirá más fácilmente por el protestantismo. El primer *Treatise of Government* de Locke, este comienzo, confronta el entendimiento religioso tradicional dentro de los propios medios protestantes no para situar su concepción del derecho humano al margen o por encima de la religión, sino para hacerse con ella en beneficio del planteamiento constitucional. Y esto también representa un paradigma generador del constitucionalismo, de su cultura. El individualismo posesivo socialmente se entendió como un verdadero mandato religioso; las divinidades, los animales y la naturaleza se ponen así al servicio de este derecho de una humanidad. Todo era ecología, medio natural y razón humana. Es una novedad que no trae de por sí el protestantismo, pero que éste admite, acoge y favorece.⁵¹ Y a lo que ahora nos importa, la religión, este nuevo cristianismo, sigue operando en el terreno del derecho con su efecto excluyente propio. Así se concibe, de este modo nace, el derecho constitucional.

Claro es que una concepción no basta para producir realidad. Los indígenas, de no resistirse más radicalmente, aún podían contar con un espacio, el colonial visto. Esta posibilidad existía no sólo respecto al colonialismo católico, sino también para el protestante previo a la conversión constitucional. La misma colonización norteamericana no dejó de intentar unas relaciones con las poblaciones indígenas bajo dichos mismos supuestos, esmerándose incluso este colonialismo protestante por producir mejores resultados que el católico. La propia monarquía británica tampoco dejaba de adoptar la posición tutelar. Pero en el mismo siglo XVII ya puede comenzar a detectarse una frustración que no será en el caso ajena a la progresiva presencia concurrente de la mentalidad posesiva constitucional, de esta versión más excluyente de la propia religión protestante, de algunas de sus variantes.⁵²

Pero la exclusión no fue tan total como los nuevos predicados requerían y esto también tiene que ver con la existencia del espacio colonial. Otras posibilidades se amagaron. Implantado con la independencia norteamericana el constitucionalismo, establecida así constitucionalmente la nueva religión cristiana, algunos pueblos indígenas hicieron el esfuerzo de elevar jurídicamente su espacio, de integrarse

⁵¹ Nelson, Benjamin, *On the Roads to Modernity. Conscience, Science, and Civilisation*, Totowa, 1981.

⁵² Maltby, William S., *La leyenda negra en Inglaterra. Desarrollo del sentimiento antihispánico, 1558-1660*, México, 1982; Williams, R. A., *The American Indian in Western Legal Thought*, pp. 193-225.

en pie de igualdad junto a los estados que componían el sistema federal, dándose intentos tan serios y fracasos tan sonados como el de la nación *cherokee*.⁵³ Fue intento y fracaso que sentaron jurisprudencia, que produjeron la doctrina constitucional mantenida hasta hoy. Es la regla de que los indios constituyen *domestic dependent nations*: naciones domésticas dependientes; *in a state of pupilage*: en un estado de minoría, siendo la relación de sus tribus y comunidades respecto a los poderes federales como "*that of a ward to his guardian*": como la del pupilo con su tutor.⁵⁴ Es la situación colonial pese al tiempo constitucional, desentendiéndose el constitucionalismo de un derecho interno indígena que subsiste precariamente sin posición definida dentro del sistema.⁵⁵

Dentro del sistema federal norteamericano, pudo durante un tiempo mantenerse en el caso de algunos estados cierto carácter cultural diferenciado por razón de confesión cristiana, como la cuáquera o como incluso la católica, o podrá también constituirse algún estado con dicho espíritu religioso, como el mormón, pero una posibilidad de esta índole se impidió respecto a las culturas indias; no cabría fuera del universo cristiano. No se permitió un desarrollo del propio federalismo en un sentido de autonomía no sólo territorial, sino también cultural, con lo que pudiera darse cabida constitucional a las naciones indígenas.⁵⁶ De este modo, y pese a otras posibilidades aparentemente abiertas

⁵³ Strickland, Rennard, *Fire and the Spirits. Cherokee Law from Clan to Court*, Norman, 1975; McLoughlin, William G., *Cherokee Renascence in the New Republic*, Princeton, 1986; Norgren, Jill, "Lawyers and the Legal Business of the Cherokee Republic in Courts of the United States, 1829-1835", en *Law and History Review*, 10-2, 1992, pp. 253-314.

⁵⁴ Currie, David P., *The Constitution in the Supreme Court. The First Hundred Years, 1789-1888*, Chicago, 1985, pp. 122-126 y 181-183, casos "Cherokee Nation versus Georgia" (1831) y "Worcester versus Georgia" (1832).

⁵⁵ Berman, Howard R., "The Concept of Aboriginal Rights in the Early Legal History of the United States", *Buffalo Law Review*, 27, 1977-1978, pp. 637-667; Harvey, Irene K., "Constitutional Law: Congressional Plenary Power over Indian Affairs: A Doctrine Rooted in Prejudice", *American Indian Law Review*, 10, 1982, pp. 117-150; Williams, R. A., "The Algebra of Federal Indian Law: The Hard Trail of Decolonizing and Americanizing the White Man's Indian Jurisprudence", *Wisconsin Law Review*, 1986, 2, pp. 219-299; Smith, Jane M., "Republicanism, Imperialism, and Sovereignty: A History of the Doctrine of Tribal Sovereignty", *Buffalo Law Review*, 37, 1988-1989, pp. 527-582; Quin, William W., "Federal Acknowledgment of American Indian Tribes: The Historical Development of a Legal Concept", *The American Journal of Legal History*, 34-4, 1990, pp. 331-364.

⁵⁶ Clavero, B., "Derecho débil (manifiesto sencillamente federal)", ponencia al congreso sobre *L'obbligazione politica: Stato o Federazione? Nazione o Etnia?*, organizado por el Centro per la Ricerca sul Lessico Politico Europeo, Milán.

para la parte aborígen por el propio sistema, la composición colonial podía hacer una entrada tan triunfal, con toda su precariedad, en el tiempo constitucional.⁵⁷

Todo un racismo contemporáneo, con toda su presunción científica y con todo su arraigo social, podrá venir a sellar este colonialismo constitucionalmente interiorizado.⁵⁸ Los derechos indígenas realmente subsisten entre la cultura propia o prejuicio racial de una jurisprudencia constitucional y la tutela paternal o poder arbitrario de un gobierno federal.⁵⁹ Para el mismo sistema norteamericano, sólo por impulso más bien exterior por parte de un derecho internacional, llega ahora a plantearse, en lo que a estas alturas cabe, alguna rectificación.⁶⁰ Ya he recordado que el caso indígena no parece que esté siendo dilucidado por los planteamientos de unas corrientes comunitarias y pluralistas hoy pujantes por la misma Norteamérica; la posibilidad de comprenderlo en un horizonte constitucional de libertades no sólo individuales no parece salir todavía del tanteo un tanto forzado.⁶¹ En esas estamos.

Otros casos constitucionales, comprendido sin ir más lejos el latinoamericano, no son en sustancia distintos. Dado el vacío constitucional, dado esto siempre, la persistencia histórica de la determinación colonial del espacio jurídico aborígen ha podido realmente constituir un fenómeno general.⁶² Ciertamente lo ha sido en América Latina, donde un constitucionalismo mimético tampoco ha tenido sitio para los derechos indígenas, valiendo el espacio previo, aunque sin formalizarse normalmente la resolución en su caso. Con todas sus diferen-

⁵⁷ Williams, R. A., *The American Indian in Western Legal Thought*, pp. 287-333.

⁵⁸ Horsman, Reginald, *La raza y el destino manifiesto. Orígenes del anglosajonismo racial norteamericano*, México, 1985.

⁵⁹ Notas editoriales de la Harvard Law School, "The Indian Bill of Rights and the Constitutional Status of Tribal Government" (82, 1969, pp. 1343-1373) e "In Defense of Tribal Sovereign Immunity" (95, 1982, pp. 1058-1078).

⁶⁰ Barsh, R. L., "Indigenous North America and Contemporary International Law", *Oregon Law Review*, 62, 1983, pp. 72-125; Torres, Raidza, "The Rights of Indigenous Populations: The Emerging International Norm", *Yale Journal of International Law*, 16, 1991, pp. 127-175.

⁶¹ Worthen, Kevin J., "Sword or Shield: The Past and Future Impact of Western Legal Thought on American Indian Sovereignty", *Harvard Law Review*, 104, 1991, pp. 1372-1392, debatiendo con estas miras precisamente la posición de Williams, R. A., de su *American Indian in Western Legal Thought* respecto al *algebra of law* en el *hard trail of decolonizing and americanizing the white man's indian jurisprudence* que por fin supere el *legacy* de *medieval origins* aun repleto de *barbarism, racism and colonialism*, todo citado.

⁶² Hooker, M. B., *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-colonial Law*, Oxford, 1975.

cias, con mayor asentamiento del espacio colonial y sin mayores urgencias de carácter constitucional respecto al modelo norteamericano de referencia obligada,⁶³ la continuidad puede resultar incluso de un grado superior.

Dado el espacio colonial ya establecido, pudieron eventualmente darse, sobre todo en un principio, unas medidas emancipatorias respecto a la población indígena que no afectaban al planteamiento constitucional, pues, aparte de destinadas al fracaso, iban dirigidas a cambiar el signo de la integración intentándose hacer precisamente tabla rasa de cultura y comunidad distintas, con esta exclusión también ahora, con tal abstracción.⁶⁴ Ciertamente es que tampoco faltaron planteamientos de un federalismo de base cultural con el designio correspondiente de capacitación de las comunidades indígenas, pero estas posibilidades de incardinación igualitaria quedaron ahogadas de raíz, no llegando a considerarse constitucionalmente ni en los mismos casos de estados declaradamente federales.⁶⁵ El espacio colonial es siempre lo que se mantuvo.

La continuidad pudo ser superior no sólo por el asentamiento previo de una situación colonial, sino también por la inercia social de una cultura jurídica. Seguía sobre todo pesando una religión como la católica de entonces, muy refractaria a la novedad del constitucionalismo; podía seguir haciéndolo pese a que la misma independencia hubo de afectar seriamente a la presencia eclesiástica directa en unos medios indígenas.⁶⁶ La cultura anterior, con su espacio colonial, estaba socialmente asimilada. Con todo su arraigo, era un factor más decisivo que el de la novedad de unas ideas y el de la renovación de unas leyes.

⁶³ Langum, David J., *Law and Community on the Mexican California Frontier: Anglo-american expatriates and the clash of legal tradition, 1821-1846*, Norman, 1987; Simmons, Merle E., *La revolución norteamericana en la independencia de Hispanoamérica*, Madrid, 1992.

⁶⁴ Gamio, Manuel (ed.), *Legislación indigenista de México*, México, 1958, pp. 23-55; Hale, Charles A., *El liberalismo mexicano en la época de Mora, 1821-1853*, México, 1972, pp. 221-254; Roldán, Roque (ed.), *Fuero indígena colombiano. Normas nacionales, regionales e internacionales, jurisprudencia, conceptos administrativos y pensamiento jurídico indígena*, Bogotá, 1990, pp. 11-37; Díaz Rementería, Carlos, "Las Cortes de Cádiz y el indio americano. Las normas y su incidencia: el caso andino", *Revista de Historia del Derecho Ricardo Levene*, 27, 1980, pp. 79-97.

⁶⁵ Heath, Shirley Brice, *La política del lenguaje en México: De la Colonia a la Nación*, México, 1986, pp. 111-114.

⁶⁶ Weber, David J., *La frontera norte de México, 1821-1846. El sudoeste norteamericano en su época mexicana*, Madrid, 1992, pp. 101-160.

Es el constitucionalismo en este caso el que cede.⁶⁷ Y por aquí, por América Latina, no cambian sustancialmente las cosas la permanencia o el reverdecimiento de una tendencia indigenista que, con su fondo religioso, también conoce raíces coloniales.⁶⁸ Las mismas instituciones tuitivas de esta progenie de tipo imperial podrán reproducirse sin que ello además ahora estorbe a la exclusión constitucional.⁶⁹ Ni unas revoluciones constitucionalmente renovadoras alcanzan a la rectificación en este punto del constitucionalismo.⁷⁰

En total y en definitiva, la continuidad resultó por la América Latina jurídicamente, digo sólo jurídicamente, más pacífica, como si no hubiera otra alternativa. La prosecución del espacio colonial ocupando el vacío constitucional resulta también más marcadamente de hecho, pero de un hecho siempre jurídico a pesar a su vez esto siempre de los propios planteamientos constitucionales. De hecho, por América Latina, las poblaciones indígenas pueden seguir abandonadas a virtudes de iglesias y arbitrios de justicias, cuando no a manipulaciones más primarias, sin compromiso jurídico alguno para los poderes constituidos y pese al mismo planteamiento más legalista de los propios sistemas constitucionales.⁷¹

Es historia conocida que no hará falta ilustrar. Dado el vacío constitucional de derecho, sigue existiendo el espacio colonial de hecho. En estas condiciones, no sé lo que pueda aportar la vindicación no sólo como historia, sino también como derecho, de esto segundo, de aquel reconocimiento formal, el pretérito. Por la misma persistencia del vacío constitucional, puede explicarse que se tienda a volver los ojos en aquella dirección, hacia el pasado, buscándose un planteamiento que ofrezca cabida para el derecho indígena, para una imagen rela-

⁶⁷ Lira, Andrés, *Comunidades indígenas frente a la ciudad de México. Tenochtitlan y Tlatelolco, sus pueblos y barrios, 1812-1919*, México, 1983, pp. 23-62.

⁶⁸ Lafaye, Jacques, *Quetzalcóatl y Guadalupe. La formación de la conciencia nacional en México*, México, 1977; Alcina Franch, José (ed.), *Indianismo e indigenismo en América*, Madrid, 1990; Pagden, A., "De salvajes nobles a nobles salvajes: la utilización criolla del pasado amerindio", *El imperialismo español y la imaginación política. Estudios sobre teoría social y política europea e hispanoamericana (1513-1830)*, Barcelona, 1991, pp. 143-180; Manuel M. Marzal, *Historia de la antropología indigenista: México y Perú*, Barcelona, 1993.

⁶⁹ Lira, A., *Comunidades indígenas frente a la ciudad de México*, pp. 229-284.

⁷⁰ Carpizo, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917*, México, 1969; Torre Villar, Ernesto de la y Jorge M. García Laguardia, *Desarrollo histórico del constitucionalismo hispanoamericano*, México, 1976.

⁷¹ Nader, Laura, *Harmony Ideology. Justice and Control in a Zapotec Mountain Village*, Stanford, 1990.

tivamente humana del mismo, sin necesidad de postularse un sacrificio completo de la propia identidad de los pueblos afectados. Mas, aparte un sentido humanitario que pone la buena voluntad del investigador más que la mala evidencia de la época, no veo qué cosa nos pueda enseñar aquella historia como maestra.

Aun con la responsabilidad desde luego de la indiferencia constitucional, cuando no de la beligerancia institucional, son sus secuelas, las trágicas secuelas de esa historia, lo que está actualmente a la vista.⁷² El hecho constatable es que los derechos humanos siguen hallándose por América Latina sin espacio constitucional propio en el medio indígena;⁷³ ni el derecho nacional ni el internacional acaban de ofrecerles vías, bien que hoy ambos, y sobre todo el segundo, las entreabran también por esta zona.⁷⁴ Parece ser la dirección, como ya comienzan a entender unas recientes iniciativas de alcance incluso constitucional por estas mismas latitudes.⁷⁵ Dirección potencialmente operativa, que saque por fin al derecho indígena de su estado de precariedad,⁷⁶ no parece que haya otra.

Por mucho que sigamos empeñándonos, no creo que vayamos a encontrar unos derechos perdidos, los derechos humanos, ni incipientes ni formados, en la tradición indiana, en una tradición que así pudiera interesar y beneficiar a las poblaciones amerindias.⁷⁷ Nada de esto, a mi entender, cabía en aquel mundo; ni pudo sembrarse ni

⁷² Burgos, Elisabeth (ed.), *Me llamo Rigoberta Menchú y así me nació la conciencia*, Barcelona, 1983.

⁷³ Stavenhagen, Rodolfo, *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, México, 1988.

⁷⁴ Fix-Zamudio, Héctor, *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México, 1988.

⁷⁵ López Guerra, Luis y Luis Aguiar (eds.), *Las Constituciones de Iberoamérica*, Madrid, 1992, casos particularmente de los actuales textos constitucionales de Brasil (artículos 231 y 232), Colombia (artículos 7, 329 y 330), Guatemala (artículos 58 y 66-70), México (artículo 4), Nicaragua (artículos 89-91, 180 y 181), Panamá (artículos 84, 104 y 123), Paraguay (artículos 62-67 y 140) y, hoy en suspenso, Perú (artículos 161-163).

⁷⁶ Stavenhagen, R. y Diego Utrralde (eds.), *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, México, 1990.

⁷⁷ Pereña, Luciano (ed.), *Corpus Hispanorum de Pace. Volumen de Indices, 1-XXV*, Madrid, 1987, cuyo volumen V es edición de la *Relectio de Indis* de Francisco de Vitoria, y los volúmenes XXIII y XXIV del tratado *De procuranda Indorum Salute* de José de Acosta, especialmente ilustrativo del *status* familiar de los indígenas; entre los posteriores al catálogo, también puede particularmente interesar, pese siempre a unas intenciones editoriales que ahora se formulan como programa sobre *Democracia y Derechos Humanos en el Pensamiento Español*, el volumen XXVII, *Carta Magna de los Indios. Fuentes constitucionales, 1534-1609*.

puede cosecharse en él para el nuestro.⁷⁸ Ni siquiera con el mayor esfuerzo de abstracción jurídica creo que el pasado nos traiga una idea del derecho indígena apta para el presente. ¿Qué puede realmente rendirnos aquel *status de etnia*?

Nuestro internacionalista, el jurista que sin ninguna originalidad contrastaba la atención del derecho internacional histórico con la ignorancia del contemporáneo, veía virtud en el concepto no individualista que se tuviera entonces del derecho y que no dejara consecuentemente de aplicarse al indígena, lo cual es algo que, aunque no se especifique siempre, suele latir por lo común en el trasfondo de la vindicación. Ciertamente es desde luego que la noción del derecho indígena fue colectiva, tan colectiva que sólo colectivamente, a través del *status*, podía determinarse la propia capacidad personal, la propia incapacidad en definitiva; los derechos del individuo ni siquiera cabían. Y el espacio colectivo no podía resultarle sino degradatorio. Dígase así qué aporta el tiempo preconstitucional si no es nuevamente el concepto colonial con toda su parafernalia que resulta protectora porque incapacita y si no es también el riesgo de pérdida de la conquista constitucional potencialmente universal que es la concepción del derecho individual, del derecho como capacidad natural del individuo.

El problema es constitucional. Lo es la exclusión producida específicamente por el constitucionalismo. Su superación es el reto. Lo es la depuración específica de la cultura constitucional. Creo que sólo situándonos en este universo del constitucionalismo podremos afrontar el compromiso de la superación del vacío y encontrar un espacio para aquellos derechos comunitarios que no responden a los requerimientos estatales del individualismo posesivo. Otra dirección vuelvo a decir que no veo. Siento actuar de abogado del diablo, literalmente del diablo, en un encuentro dedicado a la tradición indiana y al origen de las declaraciones de derechos humanos,⁷⁹ pero ya se sabe que todos los procesos, incluso los de canonización, conviene que sean contenciosos. Y personalizando, si hay razones para excluir a Francisco de Vitoria del santoral de los derechos humanos, tampoco faltan para hacer lo

⁷⁸ Clavero, B., *Antidora*, pp. 213-217.

⁷⁹ Mas tengo contraída y reconozco deuda, por la oportunidad para la reflexión, con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y más individualmente con José Luis Soberanes, anfitriones del encuentro el 23 y 24 de septiembre de 1993. Y saben que les agradezco la asistencia en la prestación no sólo de material António Hespanha, Carlos Petit y Marta Lorente.

propio con John Locke, un proceso en realidad de descanonización que tampoco sería desde luego fácil para ninguno de ellos.⁸⁰

Pero no es cuestión de autoridades históricas, sino de otorificación constitucional. Ésta tiene en los derechos humanos una razón propia que no necesita de historias. Mas tampoco tenemos por qué quedar con esto fuera de juego los historiadores, sobre todo si juristas. Porque se entienda que a lo que debe girarse la vista, no es a la particularidad actual de la historia, sino a la generalidad virtual del derecho, porque se piense que a lo que debe mirarse es al constitucionalismo y a un constitucionalismo nada excluyente, a uno cuyos principios puedan ser unos derechos realmente predicables como universales, con las posibilidades que esta forma de internacionalización del orden jurídico hoy entreabre incluso para derechos colectivos no estatales como los indígenas,⁸¹ porque en fin se abogue por esto, no creo que tenga que desahuciarse la historia, ni siquiera la historia de tiempo preconstitucional.

Por lo que hemos visto, por lo que creo que hemos podido entrever, quizá pueda esta historia resultar todavía preciosa para el diagnóstico jurídico de la operación constitucional. Es colectivamente nuestro sufragio y es individualmente mi voto.

⁸⁰ Birtsch, Günter, Michael Trauth e Immo Meenken (eds.), *Grundfreiheiten Menschenrechte 1500-1850. Eine Internationale Bibliographie*, Stuttgart, 1991-1992, vol. 5, referencias de índices de autores, Vitoria tanto como Locke.

⁸¹ Gómez, Magdalena, *Derechos indígenas. Lectura comentada del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*, México, 1991, autora a quien en este terreno debo sencillamente norte.