

Pronunció el discurso siguiente, que causó visible sensación⁵⁸.

7. Unos mecanismos no son de cosecha americana, ya mexicana o guatemalteca, ya estadounidense o canadiense, pero tampoco de cultivo europeo, ya hispano, ya británico. Son productos de Europa, importados a América. Se concibieron en esa península occidental de Asia mirándose en la dirección contraria de aquel otro continente. Así lo hacían unas primeras concepciones constitucionales del apoderamiento colonial mediante la cancelación del derecho indígena que pueden remontarse al siglo XVII: miraban a América. Mas no voy a tratar de nuevo unas concepciones⁵⁹. Ahora estamos con unas aplicaciones. Son también de esta procedencia europea. Lo son la causa de suspensión de la ciudadanía por servicio, el estado de minoría de unos mayores de edad, la tutela y la ocurrencia administrativa de aplicarla localmente a comunidades, la soberanía tanto exterior como interior y el particular entendimiento de ésta que impone ley sobre derecho mediante código y registro, estas concretas piezas que comenzaron a hacer su aparición en América por el Estado mexicano de Oaxaca⁶⁰. Y lo es lo

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

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

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

que puede ser lo principal, la presunción de *cultura*. He ahí unas obras y unos legados de Europa⁶¹. La Constitución española de 1812 fue uno de los cauces.

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

Hay elementos que son más puramente signos, esto es, que significan más por sí mismos que por el empleo que tuvieran o la aplicación que alcanzaran. Pudieron incluso abandonarse sin que se perdiera su significado. Signo es así, ante todo, el analfabetismo, la exigencia de "saber leer y escribir" con la presunción cultural de no plantearse ni siquiera la cuestión de la lengua o dándose por supuesto que se trata de una sobrevenida y no mayoritaria de entrada, la castellana o hispana, la inglesa o británica, la lengua de la propia Constitución. Signo lo es sobre todo con el aditivo de la

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

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

"instrucción pública", de todo un programa de inculcación que, sea sólo de obligaciones o sea también de derechos, lo es de los supuestos del propio sistema constitucional, de su propia cultura, sin cuestión tampoco ninguna de la existencia de otras a la vista. Es un elemento que se hace constitucionalmente más manifiesto en los casos hispanos, pero que es común a los británicos. En él se encierra la mayor ficción y la presunción superior de una nación constitucional como base estatal.

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

Para las Constituciones, es el mismo indígena en cuanto tal, con sus comunidades y culturas, el que debe desaparecer convir-

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

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

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

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

del lingüístico como del jurídico. Baste indicar que hoy en México hay una cincuentena de lenguas indígenas vivas como en Guatemala una veintena⁶⁵, otro signo de cultura y quizá así de derecho para esta otra parte. Su negación constitucional es lo aquí nos importa. Nos interesa su dimensión constituyente: el modelo consciente de igualdad sobre desigualdad que deliberadamente entonces se establece.

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

Ofrecen signos. Lo es también el Tratado de Guadalupe Hidalgo, sus previsiones tanto las sobreseídas como las mantenidas. Podía producirse entre *Estados* una transferencia de población como accesorio de una cesión de territorio. Eran objetos factibles de un tráfico entre soberanías concebidas y aplicadas en tales términos *territoriales*. El tratado previo de delimitación de fronteras, con cesión de territorio y así de población, entre España y los Estados unidos, de 1819, se hacía sin consideración de la presencia indígena, pues no lo suponía un artículo, el séptimo, de acogida

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

genérica, "según los principios de la constitución Federal", de "los habitantes de los territorios" traspasados⁶⁶. También se había reconocido anteriormente la independencia de los Estados Unidos y se reconocería más tarde la de otros Estados americanos sin que se hiciera entonces ni se haga hoy cuestión precisamente constitucional de la presencia indígena. Tampoco habían faltado antes ni faltarían luego tratos semejantes de transferencia de territorios con población anexa a los Estados Unidos por parte de otros estados europeos, como Francia, Gran Bretaña o Rusia. Es fenómeno de toda una cultura *internacional*, o más bien *interestatal*, entre partes que pueden reputarse *constitucionales*, o mejor también así *estatales*.

Si el *teorema de O'Reilly* no resulta tan imposible como su autor temiera, si la propia lógica constitucional cabe que resuelva el *absurdo indígena*, esto es porque no se trata de asunto exclusivamente *estatal*, porque también presenta una dimensión *internacional*. Conviene contemplarla para entender un éxito. Ni el *teorema* ni su resolución son cosa privativa de cada Estado. Y no sólo hay en común un substrato, sino también un contexto. Hay una responsabilidad, no diré una complicidad, de un *derecho internacional* que comienza por entenderse efectivamente como *interestatal*. Otro entendimiento cual el interno de los Estados Unidos pudo empezar a transceder⁶⁷, pero sabemos que sufrió un cortocircuito y hoy parece cancelado. Se encuentra solapado. Un solapamiento que aparenta cancelación define en general la situación.

Y en éstas comparece Europa. Lo hace ahora no sólo en origen, sino también en vivo. Su derecho *constitucional* puede resul-

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

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

tar internacional y viceversa. La soberanía estatal y su entendimiento territorial de unas latitudes permiten en otras el despeje del teorema de forma tan colonial como constitucional, ambas cosas y lo uno con lo otro. Unos Estados extraños a las poblaciones indígenas resultan apoderados sobre ellas tanto para sus congéneres como para sí mismos. Así cabe que se legitime interna y externamente hasta el recurso a la guerra para someterse a unas poblaciones que se encuentran en sus territorios propios con cultura y derecho igualmente suyos. Y así se consagra el conjunto de lo visto como todo un *derecho internacional*.

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

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

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

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

He aquí quizá toda una esquizofrenia constitucional producto de la persistencia solapada del prejuicio cultural de raíz colonial, de un prejuicio difícilmente calificable a nuestras alturas puesto que *racista* se excede, por su identificación con el racismo más sistemáticamente genocida, y se queda también corto, por ser ya inconfesado y así incluso ahora subconsciente. Sabemos que no se trata de racismo étnico, de uno que contraponga razas para atacar alguna, sino *cultural*, de éste que niega culturas para ofrecer la propia, cabiendo así incluso que rebata la misma existencia de razas. Aquel derecho *americano* que se predicaba *internacional* fomentaba cosas como la *eugeniosia* y la *homocultura*, la promoción de una

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

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

raza y una cultura por cada Estado. Lo segundo puede que sea hoy lo importante. *Homoculturismo* cabe ahora con *antirracismo*. No digo que un racismo no lo hubiera como tampoco que no lo haya. Digo que lo principal y decisivo resulta la posición *homoculturista* más propia y característica de unos derechos, *constitucional e internacional*, del *derecho estatal e interestatal* que así se genera y alimenta también desde Europa⁷¹.

El *homoculturismo*, que podemos seguir diciendo, puede resultar a estas alturas no sólo inconsciente, sino también insensible, y no solamente además respecto a existencias ajenas, sino incluso a experiencias propias. Lo es a toda la práctica habida y a todo el conocimiento acumulado en otra línea, una línea de superación de *estado* por consideración de *comunidad* que puede justamente interesar a la población indígena⁷². A estas alturas nuestras, tampoco resulta muy seguro que inconsciencia e insensibilidad se deban a un morbo interno del constitucionalismo y no a la alegría de quienes lo profesan, cultivan y vocean, de sus trabajadores sindicados. No se sabe si es asunto de esquizofrenia constitucional, de esta discriminación profunda y prejuicio cultural, de esta postura incalificable, o más bien quizás de simple desidia jurídica y de pura pereza mental. Ignoro qué es peor en el sentido, no de más fácil de descalificar, sino de más difícil de

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

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

superar. La misma historiografía constitucional muestra un desentendimiento, tampoco lo califiquemos, ya no se sabe si rumiado y digerido o torpe y distraído. A carencia de bibliografía, aún con todos sus sesgos y desequilibrios, ya sabemos que desde luego no se debe. Tenemos no sólo una historiografía, aun apenas constitucional, sino también una sociología de la costumbre y una antropología del derecho, aunque ni una ni otra de la constitución. Ofrecen visión⁷³.

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

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

por toda una determinada cultura *constitucional* e *internacional* así dominante⁷⁴.

Hoy el propio *derecho internacional*, un derecho todavía no depurado del *colonialismo* característico de un primer *constitutionalismo*, tiene ante sí planteada toda una revisión. Porque encuentre la indiferencia, no digo la repugnancia, del propio constitucionalismo, no la tiene de todas y todos los constitucionales⁷⁵.

74 En la preparación de los informes de la observación de nota 40, no convenímos quienes proponíamos acusar el desajuste entre el carácter "pluricultural" de Guatemala y unos régimen y práctica electorales. Se ignoran lengua, comunidad, cultura y demás factores vitales como el hábitat disperso de las aldeas indígenas. Unos registros se plantean sobre el modelo de familia y el modo de identificación *ladinos* llegando a causarse problemas prácticamente irresolubles por requerir oficios costosos como el de abogado. Las gestiones estrictas para la participación electoral pueden precisar horas de camioneta o más aún de caminata con un mínimo, según nuestros informantes, de aldeas, de tres desplazamientos a unas cabeceras municipales que no son siempre centros de ceremonias, fiestas ni mercados: para incoar la cédula de vecindad, para recogerla y registrarse en el censo electoral y para votar. Este proceso de empadronamiento a efectos electorales es legalmente gratuito, pero no lo resulta. Hay municipios que cobran el coste material de la cédula y para ésta se precisa fotografía, cosa que no es de uso y que consideran económica y moralmente lo más gravoso. La ley también exige vecindad para integrar juntas y mesas electorales, mas en lugares completamente indígenas hay casos de incumplimiento respecto a la presidencia de la Junta Electoral Municipal, órgano superior en su ámbito. Se nos alega como explicación unas "instrucciones orales" de la administración electoral central estimando que, aparte requisitos legales, existen cargos que precisan de "honrabilidad". Y contra la ilegalidad flagrante, contra prejuicio tal, lo que no hay previsto es recurso a la justicia, para lo cual también se tiene explicación: "independencia de la administración electoral", que se presume judicial, y "garantía para las mismas elecciones", para que no sufren entorpecimientos. Orales, coincidieron en sustancia explicaciones del centro, el Tribunal Supremo Electoral según denominación constitucional y de las delegaciones departamentales y municipales visitadas. Y no conozco publicista que advierta.

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

En la actualidad, desde 1985 y 1992 respectivamente, las Constituciones, tanto de Guatemala como de México, registran un principio de reconocimiento de la parte indígena, mas sin que la jurisprudencia ni la legislación o tampoco siquiera una doctrina, respondan hasta el momento, sin que lo haga así el derecho. La Constitución de Chiapas se ha adelantado a la Federal mexicana con una reforma de 1988. Lo ha hecho en eso, en el gesto textual, pues tampoco en más⁷⁶, Estamos ante un dato ya, constitucionalmente al menos consignado, que el mismo constitucionalismo no parece capaz de procesar ni siquiera cuando lo tiene ante la vista. Y es achaque de ceguera bien común a estas alturas⁷⁷. Se en-

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

77 En los trabajos de notas 74, los argumentos más consistentes hechos explícitos frente a la propuesta de acuse de la "pluriculturalidad" de Guatemala, alegaban que con ello descalificábamos "un proceso electoral sustancialmente limpio" y que, con todo, abogábamos por una "reforma constitucional" desbordando así "el marco nacional" del mandato de nuestra observación, cuando lo primero, la limpieza sustancial no se cuestionaba, y lo segundo, el desbordamiento accidental, podría producirse a la vista de la legislación guatemalteca, pero de la Constitución, precisamente. Y son objeciones esgrimidas por constitucionalistas profesionales, los españoles, responsables además a la sazón uno, Pablo Santolaya, de *Procesos electorales en España*, y otro, Cayetano Núñez, de *Cooperación Iberoamericana en Guatemala*. En

cierra en el mismo uso de unos nombres que no saben identificar y que se muestran así incapaces de concebir otras Américas que las especulares de Europa, tanto vale a este efecto *Hispanoamérica* o *Iberoamérica* como América *Latina*, América *anglosajona* o incluso el mismo término desnudo de *América*. El nombre de *América Latina* está hoy consagrado por el derecho internacional global, y el de *Iberoamérica* por el particular, pero ya sabemos que esto no tiene por qué ser un aval⁷⁸.

este segmento académico español, es, no sé si sintomáticamente, un internacionalista, Francisco Aldecoa, quien se muestra sensible. Sensibilidad tampoco falta, entre otros contingentes, particularmente en el escandinavo. Mas no hay éxito de momento. Nuestros pronunciamientos públicos no se permiten la mínima alusión a causa ni a efecto de *apartheid* (prensa guatemalteca, del 14 de Noviembre y con prisas por cohonestar del 8 de enero). Respecto a la misma ocasión, existen informes internacionales más reservados que reparan en la población indígena para indicar que, por cosas como la de la nota 40, precisa "educación cívica" que les enseñe a "hacer uso de sus derechos constitucionales", como si no tuvieran discernimiento de sus intereses y sin advertencias, además, para la parte *ladina* responsable de cosas como las de nota 74.

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

Hemos visto, en definitiva y en suma, toda una historia de *colonialismo* no sólo haciéndose *constitución*, sino también enquistándose hasta este punto dentro del *constitucionalismo*. Es la cultura *colonial* que todavía puede en efecto superponerse al propio *constitucionalismo* y prevalecer sobre el mismo. Seguimos así estando ante una *cultura* que es *derecho* por encima del derecho. Se estableció en unos inicios *constitucionales* de bases *coloniales*. En tales orígenes, unos *pueblos* formados se encuentran ante unos *Estados* por formar que se atribuyen tanto derecho y así tanto poder como les negaban: todo, pues es el poder de determinar el derecho mismo. Este era históricamente el principio *constitucional*, principio que todavía parece jurídicamente serlo.

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

La cuestión de los derechos en el sentido de libertades no es que sea desde luego constitucionalmente ulterior, pero es común y no puede, no debe, servir para situar y así apoderar lo segundo,

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

unos *Estados* con mayúscula, sobre lo primero, unos *pueblos* con minúscula. Esto ocurre cuando todavía la parte *constitucional*, esto es *estatal*, se sigue atribuyendo el poder de definir el *derecho* y ahora los *derechos* con presunción además de que la asunción del derecho individual ha de implicar el sacrificio del derecho comunitario y de que por consiguiente el apego al segundo entraña desapego al primero justificando de este modo la propia actividad estatal desatenta de ambos, también de los derechos individuales en interés siempre presunto de la población así traída a *constitución* y sujeta por fin a *civilización*. Y la presunción resulta plena, sin sentirse necesidad alguna del más mínimo conocimiento de unas realidades plurales como las indígenas americanas. Es ignorancia inconciente por ciega.

Explicación puede también haber de esta ceguera *constitucional*, de la resistencia del constitucionalismo por ver siquiera la cuestión indígena a unas alturas además en las que no puede decirse que no mire el problema racial. Mira un caso como el afroamericano, caso de desarraigo forzado de unos pueblos con pérdida de territorios y culturas propios y así de su carácter distintivo como tales *pueblos*. Es el supuesto que ha impreso históricamente un giro al constitucionalismo americano, particularmente al estadounidense, y que hoy si no sienta el paradigma pues resulta debatido, determina en todo caso el tratamiento constitucional del capítulo racial, con la consiguiente desatención de la dimensión territorial y sobre todo de la cultural que puede ser constitucionalmente la más relevante⁸⁰. Con tales características, la consideración del caso afroamericano puede fortalecer las posiciones internacionales y constitucionales dadas, mientras que la del caso indígena, la de unos *pueblos* originarios que conservan culturas y territorios propios, puede cuestionarlas.

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

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

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

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

83 Payeras, Mario. *Latitud de la flor y el granizo y otros escritos sobre el medio ambiente mesoamericano*, Tuxtla Gutiérrez 1988, págs. 58-59; Castañeda, César. *Interacción, naturaleza y sociedad guatimalteca*, Guatemala 1991, págs. 86-90, ambos y más particularizadamente el segundo respecto a un

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

caso que conocí junto a Eva Zettemberg y Rudolf Weber (ocasión de notas 40, 74, 77 y 78), el de la *república chuj* de San Mateo, Ixtatán, al norte del Departamento de Huehuetenango, en la frontera con Chiapas, pudiendo observar no solamente elecciones sino también desperdicios: el ejército tala la selva para estorbar los movimientos de la guerrilla y los árboles derribados se quedan en el terreno pues la comunidad ixtateca no permite que el Estado procesa y a la inversa; éste vendió la madera a una compañía estadounidense que no ha podido ultimar la operación por la oposición resuelta de aquella a la expropiación tras la destrucción.