

TEOREMA DE O'REILLY: INCÓGNITA CONSTITUYENTE DE INDOAMÉRICA

Bartolomé CLAVERO

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

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

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

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

Lo hay implícito. En dicho tratado de transferencia no sólo de territorio sino también de población, en su artículo octavo en particular, hay un tratamiento acogedor de la misma. Los ciudadanos de México transferidos, si no optan por mantener la ciudadanía de

1 Tratado de Guadalupe Hidalgo, 1848, en artículo 8: Senado de la República de los Estados Unidos Mexicanos, *Tratados ratificados y Convenios ejecutivos celebrados por México*, vol I, 1823-1883, México 1972, págs. 203-223, art. 8, par. 2; Grewe, Wilhelm G. (ed.), *Fontes Historiae Iuris Gentium*, vol. III.1. Berlín-Nueva York 1992, Nº 26, págs. 215-224: "Those who shall prefer to remain in the said territories may either retain the title and rights of Mexican citizens, or acquire those of citizens of the United States".

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

origen, adquirirán la de destino. Es previsión que resultaba en principio claramente aplicable a los indígenas asentados, a los de comunidades territorialmente arraigadas, los cuales, para el régimen mexicano, gozaban sin duda de ciudadanía. Fue un efecto tan imprevisto como insólito para los Estados Unidos, cuyo régimen de entonces no admitía la ciudadanía de indígenas que vivieran en comunidades propias, ni de los sedentarios ni de los nómadas. No les era ni siquiera concebible esta participación constitucional de individuos y colectividades ajenas, en su orden interno de política, familia y propiedad, a los presupuestos mismos del sistema constitucional. Las comunidades indígenas asentadas en los territorios procedentes de México crearían así a los Estados Unidos un singular problema de tal índole.

Unos regímenes, los de ciudadanía respectivos, eran distintos, aunque quizá no tanto un sistema, el constitucional de fondo. Esto quiero considerar. No voy a mirar la suerte particular de unos pueblos indígenas transferidos, como tampoco la de una población mexicana no indígena que el Tratado de Guadalupe Hidalgo hace igualmente objeto de tráfico. Miro las posiciones constitucionales de partida y de llegada respecto a los primeros, los indígenas. Prosigo con cuestiones que usualmente no se formulan o que ni siquiera, por lo común, se conciben en este preciso terreno constitucional³. Comenzaré por México, lo que nos remontará a España, pero no dejaré de retornar a los Estados Unidos dichos. Entre uno y otro caso, me extiendo a Guatemala y, tras ellos, me alargo a Canadá por razones que podrán verse, espero, en su momento. Mi interés sólo es constitucional.

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

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

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

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

Para la investigación, no parece que haya problema constitucional respecto a la igualdad de ciudadanía. La exposición ordinaria de una historiografía indigenista, la que mira al asunto pues la constitucionalista ni lo hace⁶, explica que dicho principio ya se es-

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

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

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

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

Sierra O'Reilly explica su postura con un dicho de Benjamín Constant: *Rien n'est plus terrible que la logique dans l'absurdité*. Nada

7 González Navarro, Moisés. "Instituciones indígenas en el México independiente", págs. 209-212, en: Caso, Alfonso; Zavala, Silvio; Miranda, José; González Navarro, M. *La Política Indigenista en México. Métodos y Resultados*, vol I (1954), México 1991, págs. 207-313.

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

más terrible que la lógica sobre el absurdo. Sería el caso: la lógica, la Constitución, y el absurdo, la población, por ser indígena. He ahí lo terrible. O'Reilly lo expresa con una ironía que piensa concluyente: "Vosotros (los indios) valéis y podéis más que nosotros porque formáis la mayoría numérica; la tierra es vuestra: dominadla a vuestro placer y voluntad, porque os pertenece; nosotros recibiremos la ley que os plazca imponernos, porque somos la minoría". En vez de disponer los criollos de los indígenas, lo que en Yucatán llegaría al tráfico prácticamente esclavista, hubiera sido, por lo visto, la inversa: ellos hubieran dispuesto del Estado y así de la población entera. Con todo, para ese jurista, así tendríamos no un defecto sino un exceso de lógica. Quiere mantener el constitucionalismo con la prevención del caso frente a una mayoría allí donde ésta no representa, asume ni garantiza sus presupuestos sociales y culturales. Se trata de ver cómo se salva tras establecerse con ciudadanía común bajo tales condiciones de humanidad tan diversa como capaz, por lo experimentado, de hacerse con las libertades ciudadanas de la Constitución y de ejercerlas⁹. Parece un *teorema* imposible este *teorema de O'Reilly*.

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

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

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

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

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

Las Cortes de Cádiz, este Parlamento español, entiende entonces a su modo dicho reconocimiento de ciudadanía indígena. Después de proclamarla, ellas mismas se plantearon el punto de si los indígenas podían ejercer su derecho; si tenían capacidad para ello. Lo discutieron en estos particulares términos: ¿Eran los indí-

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

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

genas sujetos de pleno derecho o eran menores de edad permanentes, así discapacitados y por tanto necesitados de una *tutela institucional*? Ésta de *minoría* de edad era la consideración que le venía deparando al indígena el orden colonial, la misma en cuya virtud podía mantener su derecho propio en el seno de sus comunidades, las *repúblicas de indios*, pero así bajo la tutela tanto doméstica como política de una iglesia, la católica, y de una monarquía, la hispana, igualmente dicha católica entonces. Pues bien, esto se debate tras la referida proclamación de igualdad y sin llegarse además a resolución alguna, esto es, entendiéndose que la cuestión está planteada en tales términos de derecho y no procediéndose a cancelar expresamente tal estado cualitativo de *minoría* para una mayoría cuantitativa¹².

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

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

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

Lo importante es la Constitución y no sus prolegómenos. Viene para España y para América en 1812. Consagra el principio de igualdad con un reconocimiento de ciudadanía que no hace mención, ni por lo tanto excepción, de la población indígena. "La Nación española es la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios" y "son ciudadanos aquellos españoles que por ambas líneas traen su origen de los dominios españoles" de tal universo entero, tanto así los de procedencia europea como americana. Siguen unas causas de suspensión de la ciudadanía que podrían afectar especialmente a los indígenas, pero que también se introducen con carácter y efecto generales, sin mención nunca específica de ellos; son en concreto "por el estado de sirviente doméstico" y, mediante un plazo para generaciones venideras, por analfabetismo: "Desde el año de 1830 deberán saber leer y escribir los que de nuevo entren en el ejercicio de los derechos de ciudadano"¹⁴.

No es todo. La Constitución de 1812 nombra a los indígenas una sola vez y no es con ocasión de la ciudadanía. Al tratar del régimen territorial, entre las competencias de unas instituciones, incluye la siguiente respecto al caso de América: "Las Diputaciones de las provincias de Ultramar velarán sobre la economía, orden y progresos de las misiones para la conversión de los indios infieles". Es la cláusula décima de su artículo 335. Resulta una disposición de *tutela* encomendada conjuntamente a la iglesia dicha católica. La Constitución de Cádiz ya se sabe que era confesional (artículo 12). Y las mismas Cortes tuvieron ocasión de aplicar directamente tal previsión concreta. Otro decreto suyo urgiría en 1813 a que no se retuvieran poblaciones bajo régimen de misión sin la necesidad; y añadía: "Los religiosos misioneros desocupados de los pueblos reducidos, que se entregaren al Ordinario (el obispo), se aplicarán a extender a los otros lugares in cultos la religión en beneficio de sus habitantes". Los indígenas aparecen bajo una *tutela* primaria de la iglesia, aún no quedando enteramente a su merced. El mismo decreto dispone que se proceda a elec-

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

ciones municipales en los pueblos transferidos, agregando la previsión de que se elegirían quienes "tuvieran más inteligencia para administrarlas (las comunidades), distribuyéndose los terrenos y reduciéndose a propiedad particular"¹⁵. He aquí la previsión de que la entrada en *constitución* era salida de *comunidad*, de que una cosa cancelaba la otra. Los indígenas saldrían de manos de las misiones con esta "inteligencia".

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

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

¿Queréis formar una división territorial estable con los elementos que componen la nación? Elevad a los indígenas a la esfera de ciudadanos, dadles una intervención directa en los negocios públicos, pero comenzad dividiéndolos por idiomas; de otro modo no dividirá vuestra soberanía sino dos millones de hombres libres y seis de esclavos ¹⁶.

15 *Ibid.*, vol. II, págs. 1044-1046 (IV. 242-244 originales).

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

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

Las disposiciones de interés constitucional previas a la Constitución Federal de 1824, si traen novedad, es la de un mayor compromiso. El principio de igualdad por ciudadanía se proclama de modo más explícito: "Todos los habitantes de la Nueva España, sin distinción alguna de europeos, africanos ni indios, son ciudadanos", manifiesta un plan constitucional en 1821. Mas una visión formada en Cádiz puede también ofrecerse por estas primicias constitucionales mexicanas. En 1822 se establece que las instituciones territoriales "no omitirán diligencia" en unos planes "según los cuales pueda hacerse efectivo en plena propiedad, entre los ciudadanos indígenas y entre los beneméritos e industrioso, el re-

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