

COLONOS Y NO INDÍGENAS ¿MODELO CONSTITUCIONAL AMERICANO? (Diálogo con Clara Alvarez)

And it is further agreed on between the contracting parties should it for the future be found conducive for the mutual interest of both parties to invite any other tribes who have been friends to the interest of the United States, to join the present confederation, and to form a state

Otrosí se acuerda invitar a todas las tribus amigas de los Estados Unidos a unirse a la confederación y formar un estado.

Tratado entre la Confederación y los Delaware, 1778

Que alguien dedique inteligencia y tiempo a comentar un trabajo ajeno, es algo que siempre satisface al responsable de la obra; que el comentario sea además crítico, no tiene por qué disminuir la satisfacción. Confieso que la siento acrecentada ante las páginas precedentes de Clara Alvarez. Comentan un libro mío de forma, en parte, estimativa y complementaria y, en parte, discrepante e impugnatoria. Apreciando y agradeciendo ambas, sólo hablaré de la segunda. Creo que es lo que corresponde si uno quiere ser realmente lo dicho, esto es, responsable de su propia obra.

Identificaré ante todo los puntos de discrepancia e impugnación que me parecen esenciales en la crítica de Clara Alvarez. Por intentar que sigamos avanzando, quiero discutirlos sin volver al libro, evitando así reiteraciones para otros lectores o lectoras suyos. Como parte interesada, no soy quien para juzgar esto, pero no veo que me haga injusticia en lo que toca concretamente a la historia del derecho, a lo que aquí mayormente parece que procede. No me pone así en el brete de tener que volver sobre mis pasos. Clara Alvarez avanza y sería imperdonable que yo no

siguiera su ejemplo. Intentaré hacerlo en su compañía, no aprovechando tampoco la respuesta para lanzarme por mi cuenta. Como una bibliografía obra en el libro, como ahora tratamos más de razones que de hechos, como algunos de los principales entre ellos están por estudiar y como éste es el ejemplo de Clara Alvarez, seré comedido con las referencias. Salvo un par, tampoco repito.

Los puntos polémicos básicos entiendo que son los siguientes: primero, el de la época y con ello en algo el de la naturaleza de lo que he llamado el *status de etnia* entre el periodo colonial europeo y el de las independencias americanas; segundo, el de la distinción y con esto también en algo el de la entidad del *indian law*, del derecho estadounidense al respecto; y tercero, como punto de fondo común a los dos anteriores, el de la posibilidad y con ello también en algo el de la actualidad de alternativas históricas entre uno y otro derecho sobre la población indígena de América, o más bien éste último punto el de la imposibilidad de otra historia para la visión, si mal no la interpreto, de Clara Alvarez. Procuraré ceñirme a la respuesta y atenerme a la secuencia de estos puntos. Si no lo consigo del todo, válgame la disculpa de que andan a mi entender más ligados de lo que la crítica asume.

Empecemos por el *status de etnia*, gracia con la que he investido a una condición históricamente en cuanto tal innominada e historiográficamente como tal inidentificada: la condición que le correspondería a los pueblos indígenas de América conforme, no a sus propias culturas, a la existencia real de éstas, sino a una teología y a un derecho ajenos, los de procedencia europea, sustentándose así sobre la presunción de una carencia cultural y jurídica toda la construcción e imposición de un poder exterior como si el mismo representara sin más la cultura y constituyera sin más el derecho. En lo que al indígena afecta, se proyectan y aplican *status* previamente definidos, combinándose los más degradatorios, con lo que la condición que se le depara ni siquiera cobra una entidad específica y reconocida para una mentalidad y un sistema así cultural y socialmente coloniales. Quedó de tal modo el *status* innominado, pero no por ello ineficaz, e inidentificado, aunque tampoco por esto inoperante. Sobre él, sobre la degradación que implica, se alza en el caso hispano el edificio descomunal del *derecho indiano*.

Ahí, en dicho punto a mi entender neurálgico del *status*, se produce la primera divergencia seria: mi identificación y denominación sería, para Clara Alvarez, algo, si no gratuito, parece que innecesario respecto al período en concreto del imperio hispano, de su *derecho indiano*. Componiéndose el *status de etnia* de otros *status* entonces civiles, sin dicha especificación racial conjunta, no ve la razón para mi categoría más sintética y menos desde luego civil. En la misma Europa habría *status* equivalentes, como el de los mudéjares y moriscos por España, sin que se tuviera entonces ni se vea tampoco ahora la precisión de dicha cualificación en términos de etnia. Habría que hacerla, si acaso, de cultura.

Distingo porque, si no tanto, el argumento es apretado. Lo último me parece realmente oportuno si no nos limitamos, como mi libro, a América. Puede venir a cuento para un entendimiento del mismo asunto colonial. En Europa también hubo *status de etnia*, con perdón por el sintagma, o sin perdón, si se prefiere, *status de incultura*, pues tal en efecto resultaba para un sistema de tal presunción colonial que no concebía otra cultura que la propia. Lo hubo incluso y lo hubo innominado con anterioridad a la conquista de América y por efecto aquí de otra,

por la llamada reconquista. Tengo también para mí, pues es cosa todavía por comprobar, que hay rasgos constitutivos, elementos nada marginales, del derecho castellano que no son explicables sino por el efecto de la imposición sobre la cultura musulmana, no así de ésta misma, sino de su negación y cancelación. Más particularmente, el derecho de las Extremaduras y de las Andalucías, que tiene dentro de Castilla personalidad superior a la que suele concederse, no puede explicarse sin el apoderamiento requerido y producido por la desposesión, el hostigamiento y la expulsión de la población dicha morisca, igual que no puede entenderse el edificio completo del *derecho indiano* sin el designio correspondiente de anulación de un derecho propio, estrictamente propio, de la presencia indígena. Si esto es lo que Clara Alvarez también sugiere, no puedo estar más de acuerdo con ella. Pero ¿todo esto cuestiona la categoría de *status de etnia*?

Estaría encantado. Como antropólogo, aunque sólo sea aficionado, me disgustan los conceptos engendrados por quien observa y estudia, parte extraña. ¿Caben invenciones sólo de nombres para cosas entonces tan existentes como innombradas y a los efectos así de identificarlas? No estoy muy seguro, pero, de haber, estaríamos ante el caso. El contenido del *status de etnia* creo extraerlo íntegro de *status* nombrados por la época, identificados en ella. Lo contrario no se me achaca. A ello añado el apellido sintético y lo hago con todas las reservas. La inominación me parece uno de los rasgos más característicos de un dominio colonial que no se reconoce a sí mismo como tal o que se sustenta incluso en esta falta de reconocimiento. ¿Es esta determinada idea de un dominio lo que resulta entonces, no rendido por una realidad histórica, sino añadido por una observación historiográfica? Como la crítica tampoco parece entenderlo así, sino todo lo contrario, me siento aliviado por no tener que aventurarme ahora por un berenjenal tamaño. Ya dije que no iba a proceder a desenvolvimientos por mi cuenta. Sólo agrego de momento, pues luego volveré al asunto, una pregunta desasosegante: ¿No nos arriesgamos a no salir de la inidentificación, con toda la complicidad del caso, de no dar con una denominación? Mejor no la tengo ni la crítica la sugiere para una propuesta cuyo fondo deduzco por sus expresiones que comparte.

La alternativa posible de *status de incultura* asume la presunción de la época de forma que parece aceptarla. Sería demasiado equívoca. Otra también concebible podría mirar, más que al concepto de fondo, a sus elementos, adoptando así sus propios términos. Dado que el *status* de minoría de edad permanente es el que produce de forma más eficiente la degradación indígena tanto en tiempo colonial como en el constitucional, podríamos hablar de *status de familia o status* así doméstico. Es una opción digna de consideración, pues en este *status* se centra la continuidad que va directamente, mucho más directamente de lo que suele admitirse y más también de lo que la crítica asume, desde la presunción pasada de *minoría* civil a la actual de *minoría* política, pero es también opción problemática, pues con ella se perdería no sólo fuerza expresiva, sino también otros elementos definitorios de la posición indígena, otros *status* concurrentemente degradatorios. El asunto es que en la época no hubo denominación conjunta y que, si optamos por alguna, debemos procurar hacerlo de modo que tampoco se pierda este dato de un silencio tan elocuente.

Aunque *indio* fuera un apelativo que funde toda la variedad no sólo americana de poblaciones indígenas, no se construye jurídicamente un *status del indio*,

sino que se proyecta un haz de *status* preexistentes. La misma denominación de *indio* ya era proyección de un término dado. Dígase lo que se diga, América no produjo en Europa concepción jurídica alguna nueva. Todo esto es signo colonial de primera magnitud: hasta tal punto no se concebía y menos así se admitía la posibilidad de existencia de otras culturas y otros derechos que los propios. Ante la conveniencia de no perderse este dato primario y la de hacer visible mediante denominación la integridad del *status*, no veo alternativa sin riesgo. Mas lo importante, para la historiografía, es la conciencia. Que se logre y que no se pierda.

Clara Alvarez la tiene. Tiene su razón para cuestionar la aplicación de la categoría concreta de *status de etnia* al dominio hispano y no es la defensa del *derecho indiano* ni otra ninguna de trasfondo colonial. Aquí confieso un error. Antes de recibir la crítica, pensaba en mi fuero interno que entre nosotros, entre profesionales de la historia del derecho en España, sólo el fondo ideológico del *derecho indiano* podría dar sentido al rechazo de mi ocurrencia del *status de etnia*, con su implicación para todo ese derecho de un racismo no menos socialmente brutal por más culturalmente sublimado. Confieso que esto facilitaría mi réplica, pero también haría menos interesante el intercambio. La razón de Clara Alvarez es otra: piensa que el *status de etnia* lo produce en América el constitucionalismo, el primero que allí hubo, el de las colonias británicas que forman los Estados Unidos. Estaríamos con dicho invento ante un modelo constitucional sin el trámite previo de otro colonialismo. La razón de la crítica es así sustanciosa. Lo que pudiera parecer, pues la impresión en momentos se ofrece, un intento de exención de la parte hispana, de esta parte colonial, es realmente el juicio de una responsabilidad específica por vinculación intrínseca entre *status de etnia* y constitucionalismo.

La existencia histórica del *status de etnia* así no se niega, pero se piensa que su tiempo es posterior, el tiempo precisamente constitucional. El derecho estadounidense lo habría producido durante el siglo XIX, pudiéndose también apreciar sólo si acaso a partir de entonces su presencia entre otros derechos americanos. Hemos entrado con ello en el segundo punto de discrepancia e impugnación sin salir realmente del primero, síntoma a mi entender, pero no en el de la crítica, de una continuidad que la querrela entonces nominalista tendería a disipar. En todo caso, entiendo también que unos comienzos constitucionales son claves no sólo por las continuidades que pudieran marcar, sino también por las posibilidades que pudieran abrir, lo que a su vez ya toca al tercer punto de nuestra controversia. Aunque así nuestro trío puntual resulte en efecto muy ligado o aunque yo no sepa en otro caso desmembrarlo, procuraré cumplir mi compromiso de no perder del todo el orden.

La crítica se extiende en el segundo punto. Lo merece pues entramos con él en nuestra historia jurídica, en la historia constitucional. Todo lo anterior sería historia ajena si no fuera por la continuidad susodicha en el capítulo precisamente indígena. Hay para quienes sigue siendo historia en carne propia. Conviene desde luego no olvidar que estamos tratando con un asunto vivo no sólo por constitucional, sino también por colonial, por ambas cosas a un mismo tiempo. Y conviene hacerlo no sólo por un interés presente, sino también por el histórico, dimensión principal, aunque no del libro, de la crítica. La historiografía convencional, la visión hoy dominante, tiene al asunto por no constitucional cuando colonial y por no colonial cuando constitucional, edad moderna lo uno y edad contemporánea lo

otro. En lo tocante a ésta, la crítica comparte mi advertencia: la cuestión es conjuntamente colonial y constitucional. Pero no compartimos la forma de entender la composición histórica y jurídica del conjunto. Comenzamos por disentir sobre la formación del *status de etnia* y acerca así de la entidad y el grado de su vinculación con el constitucionalismo. Sigo por mi parte sin ver cómo puede explicarse su misma relación con el colonialismo sin una categoría común como la de *status de etnia* o equivalente ¹. Pero vayamos por partes o acabaremos por confundirlo todo.

A nuestros efectos históricos, estoy de pleno acuerdo con la crítica en un extremo. El *status de etnia* cuando más se formaliza, cuando más cerca está de ello, es en los Estados Unidos de América durante el siglo XIX. Su derecho concibe el *status* de los pueblos indígenas como *naciones domésticas*. Sería el momento antropológico, por consciente, de la aparición histórica del *status de etnia*, sólo que la concepción se efectúa sobre los mismos supuestos degradatorios de la teología y el derecho europeos, de los más efectivos del *status de familia* en concreto. Con un sentido de superioridad ahora constitucional y siempre racial, con su presunción de cultura, la derivación no es algo que se disimulara. Si la antropología de tal *status* tuviera dicho inicio, ella misma nos conduciría al tiempo anterior para lo que importa al derecho pese a la propia novedad de la constitución. Ella misma, la antropología dicha, nos estaría marcando tal otro comienzo y señalando con ello la continuidad colonial sin género alguno entonces de solución constitucional. En esto, *status es status quo*.

El material esencial a dicho concreto efecto de adopción sigo pensando que se encuentra en la jurisprudencia constitucional de los años treinta del siglo pasado provocada por el caso de los cherokees, en el cual centré consecuentemente el punto. No es que sea nada original por mi parte ², pero Clara Alvarez pondera la importancia superior a su entender de otros casos como el de los *pueblo* o como el de los iroqueses. Del interés no cabe duda. Sobre los primeros, cuya situación fuera peculiar por haber gozado antes de la ciudadanía mexicana, diré algo luego. Los segundos pudieron tener la importancia que apunta Clara Alvarez: su liga es anterior al federalismo estadounidense, a un federalismo constitucional que, dígame lo que se diga, fue todo un invento americano y que así puede que tuviera en efecto precedentes, no europeos, sino indígenas. Pero éste no era el punto, sino el de la posición *india* en el sistema estadounidense constituido. Y fue el caso cheroquee el que llevó a su formulación en unos términos tan formalmente constitucionales como materialmente coloniales durante la década dicha de los años treinta.

El caso del pueblo cheroquee pudo seguir siendo significativo a todo lo largo del siglo. Fue, tras su remoción forzosa de Georgia, el pueblo indígena principal del territorio indio que se formó en Oklahoma. Y parece que también fue el que fundamentalmente mantuvo la idea de constituir su nuevo territorio en estado, en un estado indígena dentro de los Estados Unidos de América. Pero el propio fede-

1. Pero ya lo hace Robert A. WILLIAMS Jr., *The American Indian in Western Legal Thought. The Discourses of Conquest*, Nueva York 1990, que sigo considerando el libro básico para estos dos puntos primeros.

2. Es justo recordar que entre nosotros la indicación procede de Marta LORENTE, «Poesía como constitución: las razones de Clavero», p. 655, en *Quaderni per la Storia Pensiero Giuridico Moderno*, 22, 1993, pp 645-663.

ralismo estadounidense no parece que estuviera para este grado de pluralismo. Aparte decisiones políticas y acciones militares de inspiración no siempre constitucional, su adopción del *status de etnia* para la población indígena embarazaba, si no impedía, dicha posibilidad de estados indios que estuvo abierta hasta cerca de finales de siglo. La creación del estado de Oklahoma, la forma como se hizo fundiendo el territorio indio y el territorio federal, fue la puntilla. Sobradas veces el cine ha mostrado desde la perspectiva colonial la escena de la cabalgada, el mediodía en punto del 22 de abril de 1889, en pos de la ocupación de la tierra en este territorio cuyo estado cancelaría definitivamente lo que hubiera podido suponer una superación constitucional del *status de etnia* en los Estados Unidos³. No se produjo, sino todo lo contrario. De estos finales de siglo data el arranque del mayor empeño de supeditación no sólo política, sino también jurídica, y no sólo legislativa, sino también judicial, de la población indígena⁴.

Digo todo esto porque tiene que ver con nuestro tercer punto. Explico a qué viene, pues lo creo clave. Ante los términos nacionales e internacionales como se plantea la aparición de los estados americanos y bajo los cuales se produce dicha formulación constitucional del *status de etnia*, Clara Alvarez no parece ver otras posibilidades jurídicas para los pueblos y territorios indígenas que la que rinde la historia o tal vez, a mi juicio, la historiografía. Sobre todo respecto al derecho internacional la crítica realiza finalmente la constatación, hablando en términos literales de imposibilidad, y no sin subrayar que los fundamentos del derecho estatal son unos mismos o viceversa que es igual. Lo dice para ayer y lo dice para hoy, respecto a lo cual, y tanto a un momento como al otro, vuelvo a encontrarme conforme. Lo dice incluso para mañana, mas no es cuestión de discrepar respecto a un futuro incontrastable si no es por el pasado y por el presente. Hoy el derecho internacional me parece que está bastante más abierto⁵, pero aquí miramos lo primero, la historia. En ella misma, en su momento precisamente constitucional, creo que hay posibilidades no valoradas por la crítica ni tampoco destacadas por el libro. Pues tocan al punto clave, no sólo apuntaré la posibilidad ilustrada por Oklahoma. Veré otras luego.

Oklahoma ilustra. No es sólo una película ni sólo un caso. Tlaxcala puede ser, salvando las distancias, el Oklahoma mexicano. Era la *república de indios* en mejores condiciones para constituirse como estado indígena dentro de una federación mexicana. Probablemente por ello, la primera constitución federal de

3. Es capítulo ya estudiado no sólo desde la perspectiva colonial, véase últimamente William G. MCLOUGHLIN, *After the Trail of Tears. The Cherokees' Struggle for Sovereignty, 1839-1880*, Chapel Hill 1995. Un buen estudio específicamente histórico-jurídico, que no se deja además llevar por la perspectiva de sus fuentes de parte colonial, es de autoría curiosamente finesa: Markku HENRIKSSON, *The Indian on Capitol Hill. Indian Legislation and the United States Congress, 1862-1907*, Helsinki 1988, pp. 190-220 para el asunto de Oklahoma.

4. Literatura menos parcial también existe; véase ahora Sidney L. HARRING, *Crow Dog's Case. American Indian Sovereignty, Tribal Law, and United States Law in the Nineteenth Century*, Cambridge 1994.

5. Russel Lawrence BARSH, «Indigenous Peoples in the 1990s: From Object to Subject of International Law?», en *Harvard Human Rights Journal*, 7, (1994), pp. 33-86, que es pregunta nada histórica también afrontada por el libro y no confrontada por la crítica aunque tampoco ésta es que se ensimisme en la historia.

México, la de 1824, no le incluye entre los estados remitiendo su caso a ley, la cual vendrá a continuación declarando a Tlaxcala territorio federal, esto es, territorio sin autonomía y así directamente sujeto al gobierno central. Tampoco es caso singular. Buena parte de la península de Yucatán está bajo dominio indígena: se le trata como territorio federal hasta que una minoría criolla o ladina pueda hacerse con el control y aunque la constitución, ahora la de 1857, no hiciera la previsión. Un reconocimiento constitucional del cambio de condición es tardío. No otra cosa ocurre, siempre en México y al margen todavía más de constitución, con Nayarit, que se declara territorio federal cuando queda bajo control indígena. Las constituciones mismas se cuidan por su parte de que toda la Baja California, territorio indio, lo fuera federal ⁶.

Si había mecanismos y se producían determinaciones en contra de la posibilidad de constitución de estados indígenas, es porque la misma existía. Un federalismo que los incorporase no dejó de proponerse y rechazarse en los propios debates constituyentes mexicanos, en los cuales tampoco falta constancia de que el mantenimiento del *status de etnia* no cuadraba exactamente con el sistema constitucional en construcción. Previsión y defraudación también hubo en los Estados Unidos. Dicha otra posibilidad no era algo inconcebible. No estaba dado que a todo lo largo y ancho de América no se constituyese formalmente ni un solo estado indígena ni federado ni independiente. Es la historiografía la que tiende a convertir en historia total la parcialidad de unas resultas.

Puede por supuesto decirse que no supondría una gran diferencia el hecho de que se constituyese algún estado indígena en una federación de signo adverso, pero este signo de contrariedad no habría resultado presumiblemente inmune ante una quiebra tal de su presunción cultural en su mismo seno o en su mismísima estructura. A la luz de unos resultados, el cerrojazo no es coyuntural. No parece pasajero. No resulta casualidad la coincidencia y la constancia definitivas en el rechazo. Un estado indígena no hubiera sido una reserva india. Y vuelvo a decir que no estamos ante casos raros. Podemos estar ante indicios de una historia y ante muestras de una historiografía, la primera olvidada por vencida, no por desaparecida, y la segunda al servicio de la parte que mantiene el éxito tanto más vivo cuanto menos advertido. Esta, la historiografía, no hace falta que sea consciente o incluso resulta más eficaz si es inconsciente. Inconsciencia de la teoría es poder de la práctica, más poder que el saber.

El saber entonces compromete. La América de los tiempos de constitución de unos estados no es la que nos dibuja una historiografía y menos la que se figura la constitucional, la de esta inspiración y materia. Frente a la impresión que en momentos ofrece la misma crítica, por América, por toda América, por todo lo ancho y largo de América, desde Alaska hasta la Tierra de Fuego, abundaban los territorios indígenas independientes cuyo mismo derecho el sistema constitucional ni siquiera consideró, viniendo así, no a reconocerlo ni a mantenerlo, sino a ignorarlo

6. Para Yucatán y para Nayarit con noticias que interesan a la cuestión, faltando estudios específicos y conjuntos, Alfonso VILLA ROJAS, *Los elegidos de Dios. Etnografía de los mayas de Quintana Roo*, México 1978; José Alberto GONZÁLEZ GALVÁN, *El derecho consuetudinario de las culturas indígenas. Notas de un caso. los Nayeritj*, México 1994.

y a cancelarlo. Vino a hacer esto realmente, históricamente, aunque pudiera conocer virtualmente, también así históricamente, otras posibilidades. Considerarlas no es hacer historia contrafactual. Infrafactual es la historiografía que contribuye a consagrar un resultado cegándose y cegando para el resto.

El epígrafe historiográfico que en Argentina sigue presidiendo el capítulo de la ocupación de la Patagonia en las últimas décadas del XIX, con el casi absoluto exterminio en su parte de los pueblos *che*, es el de *La Conquista del Desierto*, del desierto así producido⁷. *La Conquista del Oeste* de perspectiva similar constituye todo un género espectacular del agente historiográfico más potente de nuestro tiempo. Me refiero de nuevo al cine porque crea ilusión de conocimiento a la misma publicística que nunca mira al asunto. De Norte a Sur, América puede que sufra la historiografía que responde, no exactamente a su historia, sino al resultado presente de la misma, nada así definitivo como bien se sabe. En ella, en la historia misma y propia, puede que haya otras realidades y otras perspectivas. Puede que hubiera otras posibilidades. Ya hablaré más de ellas.

Posibilidades distintas también se presentarían ante España. Considerarlas tampoco sería historia contrafactual. Los planteamientos de la Constitución de Cádiz no eran nada ineluctables. Las mismas Cortes debatieron y acordaron una determinada constitución y no otra por opción más o menos manipulada, pero al fin y al cabo propia. Fue a mi entender y a lo que ahora nos importa un intento tan pionero y deliberado como incapaz y fallido de formulación constitucional del *status de etnia*. No lo resulta para Clara Alvarez, quien aquí también se detiene. Creo que hay siempre motivo, aunque tampoco comparta el suyo. La formulación de Cádiz tuvo desde luego menos alcance que la teología y el derecho anteriores, pero encerraba su valor para la continuidad de un dominio. Ya fue a un mismo tiempo constitucional y colonial, una cosa y la otra precisamente. No parece considerarlo así la crítica. Sigue como ofreciendo la impresión injusta a mi entender consigo misma de estar eximiendo a la parte hispana de una especie de responsabilidad. Lo digo sin temor a equívoco porque ya he descartado este proceso de intenciones.

El propio desentendimiento ulterior de España por la suerte de la población indígena bajo los nuevos estados americanos sería para la crítica, si no obligado, comprensible y, sobre todo, jurídicamente explicable. El mismo derecho internacional impediría que España se interesase finalmente por otra cosa que no fuera la ratificación de unas independencias y el trato con unos estados, algo así como si Gran Bretaña hubiera no sólo inicialmente concebido, sino también finalmente prohijado la Rhodesia blanca. No se diga que es otro continente y otro siglo. Es caso igualmente colonial y tiempo también constitucional. La misma crítica sugiere la comparación entre América y África. En lo que concierne a Europa, en lo que es responsabilidad suya, no son de partida historias distintas. Un desenlace colonial diverso nos hace verlas diferentes. Mas no tiene por qué no haber más historia que la que se ha impuesto. Solapadas están otras que constituyen un riesgo y no un apoyo para ella. No son, por subterráneos, unos cimientos que la sostengan.

7. Curapil CURRUHUINCA y Luis ROUX, *Las matanzas del Neuquén. Crónicas mapuches*, Buenos Aires 1993, para contraste sencillo.

Respecto a América, conviene recordar igualmente que Gran Bretaña también olvidó la presencia indígena en el Tratado de París de 1763 mediante el que aceptara formalmente la independencia de los Estados Unidos, con el agravante en el caso de que veinte años antes la misma monarquía británica había proclamado no menos solemnemente el respeto de la población y el territorio indígenas al oeste de las colonias. Tampoco es cosa que suela ni guste recordarse que la oposición a dicha proclamación por parte de éstas, por parte de unas colonias entre las cuales algunas consideraban virtualmente el Pacífico como su frontera natural, fue uno de los detonantes principales de la misma independencia. Ya sé que no es lo que cuenta la historiografía al uso y al gusto y menos la constitucional, la de esta vocación y objeto, pero con esto precisamente es con lo que estamos ⁸.

Hay ejemplos de tratados con atención a la presencia indígena, de unos tratados *interestatales*, entre estados independientes, pues luego me referiré a los que pueden considerarse más propiamente *internacionales*, entre pueblos. Sin ir más lejos, mírese el Tratado de Guadalupe Hidalgo de 1848 por el que Estados Unidos recibió cerca de la mitad del territorio mexicano marcándose la frontera del Río Grande ⁹. Contiene previsiones sobre *indios*. Se conviene el tratamiento hostil de una *tribus salvages*. México propone y Estados Unidos no ratifica un compromiso de no remoción ni reclusión en reservas de los indígenas sedentarios, a los cuales en todo caso les interesa unos acuerdos de conservación de la ciudadanía mexicana, pues la tenían, o de opción por la estadounidense. Esto es lo que creó la posición peculiar de los *pueblo* ¹⁰. Ahora estoy con otro punto: México mostraba al menos la preocupación que no tuvo España ni en su momento tampoco Gran Bretaña.

El mismo tratado precedente de límites con cesión también de territorios, el Tratado de Washington de 1819 entre Estados Unidos y España, tampoco mostraba preocupación alguna por la población indígena ¹¹. México así la introduce en el curso de un derecho interestatal. Con razón podrá también decirse que ello no es que cambiara mucho las cosas, pues las propuestas concretas mexicanas no desbordaban los planteamientos propios del *status de etnia*. Así lo creo, pero el contraste me interesa por lo que pueda dejar en evidencia no tanto ahora a los antiguos imperios como a sus más recalcitrantes mitologías historiográficas, esto que puede todavía ayudar a internizar un mismo dominio en la propia América. No es el caso de la crítica, pues ya sabemos que no comparte ni siquiera nuestra versión profesional y así también interiorizada de una tal mitología: la ideología constitutiva del *derecho indiano*.

8 Robert N. CLINTON, «The Proclamation of 1763. Colonial prelude to two centuries of federal-state conflict over the management of indian affairs», en *Boston University Law Review*, 69, (1989), pp. 329-385, con el texto de la proclamación en apéndice.

9. SENADO DE LA REPÚBLICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, *Tratados ratificados y convenios ejecutivos por México*, vol. 1.º, 1823-1883, México 1972, pp. 203-223

10 Félix S. COHEN, *Handbook of Federal Indian Law*, reprint Búfalo 1988, pp. 383-400, *manual* que en su versión original sigue siendo básico al cabo de más de medio siglo a unos efectos ya más históricos que positivos; para puesta al día de fondo está desde 1982 la edición de Rennard Strickland

11. Alejandro del CANTILLO, *Tratados, convenios y declaraciones de paz y de comercio*, Madrid 1843, pp. 819-825.

Estábamos con Cádiz y decía que ofreció a mi juicio un modelo constitucional que también era colonial. Sobre un fondo de *status de familia* que mantenía de hecho el *de etnia*, pero sin formalizarlo del modo como sólo ocurrirá en Estados Unidos, incluía un régimen territorial que permitía la marginalización de los pueblos indígenas, de sus territorios no controlados con vistas a su dominio, pero esto se hacía mediante una intervención eclesiástica de más difícil encaje y dificultoso juego constitucionales que los del federalismo ya inventado, éste sí, en América. No es asunto que haya mirado ni siquiera la historiografía que expresamente se ha ocupado de la consideración del *indio* por Cádiz. El caso es que el derecho federal estadounidense, sobre el mismo fondo de *status* pronto formalizado y con su régimen transitorio de territorios indígenas para su conversión en estados no indígenas, brindó una pieza maestra. Tampoco es cosa que contemple la historiografía constitucional respectiva. Para mí también pienso, y como lo pienso lo digo, que todo el federalismo americano tiene mucho que ver con la presencia indígena no sólo por lo que unas prácticas *internacionales*, por intertribales, pudieran inicialmente inspirarle ¹², sino también y sobre todo por esta aportación técnica propia de ocupación de territorios y sometimiento de poblaciones.

Desde Canadá a Argentina, desde la Columbia Británica a la Patagonia, el federalismo también sirvió para eso. Es punto que falta, ya no digo en la historiografía, sino en mi libro. Clara Alvarez tiene toda la razón al sorprenderse de que no me ocupo del apoderamiento de los nuevos estados de cara a los pueblos indígenas. Desde el siglo XIX, éstos sufren presiones y ataques inéditos que no son desde luego ajenos a las nuevas formas constitucionales. Durante la primera centuria constitucional pudo con ello producirse una caída demográfica de la población indígena sólo comparable, no digo equiparable, a la del siglo XVI. No sólo es el *derecho indiano* el invento que sirve a estos propósitos. El *derecho constitucional* pudo suponer una continuidad y hasta un refuerzo coloniales, pero también una innovación y hasta virtualmente una superación del mismo colonialismo. No es paradoja como la crítica parece entender y todavía espero explicar. Por mucho que la historiografía del caso siga nada inocentemente empeñada en lo contrario como si en ello le fuera la vida, el *derecho indiano* no contenía ninguna posibilidad ni virtual ni actual de dicho signo no colonial. Tampoco acabará de recuperarla el *derecho constitucional* si, como no ha sido raro en los mismos Estados Unidos, se empeña en conectarse al respecto con el *derecho indiano* como con su propio origen, como si no cupiera otra fuente que la historia y una parte sólo de la misma.

Hay otras posibilidades. Que la historia, mostrándolas, nos libere de la historia. La historia constitucional las contiene. El constitucionalismo creo que puede contenerlas desde sus inicios, aunque sea a su pesar hasta el presente. El propio federalismo constitucional podía estar más abierto en América durante el siglo XIX de lo que luego, tras el cierre y el bloqueo, viene a darse por dado y por supuesto. Podía estar todavía en un momento más cercano al derecho *internacional* que al *estatal*. Estados Unidos conduce una política de tratados con los pueblos in-

12. Pero no se entienda que descarto un asunto perfectamente plausible: Donald A. GRINDE Jr., *The Iriquois and the Founding of the American Nation*, San Francisco 1977; Bruce E. JOHANSEN, *Forgotten Founders. Benjamin Franklin, the Iriquois, and the Rationale for the American Revolution*, Ipswich 1982.

dígenas que no se sujetan de buen grado al *status de etnia* como *naciones domésticas*. Lo hace durante toda la época constitucional, prosiguiendo una práctica regular británica y acabando por modificar, frente al compromiso y ante la necesidad, el modo más que la sustancia. Se acuerdan y suscriben tratados formalmente hasta 1871 e informalmente o formalizándolos como leyes con posterioridad, durante cerca de un siglo todavía y actualmente de nuevo, ahora como tratados internos entre reservas y estados en cuanto que entidades entre sí independientes. No conozco una sola exposición de derecho constitucional que valore estas cosas.

En el mismo México, aunque con mayor resistencia a reconocerse ayer y hoy como tales, no faltan tratados con pueblos indígenas que teóricamente, sólo en teoría, eran mexicanos. No se busquen en las colecciones oficiales como la citada del Senado. Y no digo ya todo lo que encontraríamos de esta práctica si recorriésemos el continente desde Canadá hasta Argentina, casos ambos de recurso al tratado para ir haciendo acto de presencia en unos territorios dilatados, acto que luego, sólo luego, pasa de *internacional a estatal*. El derecho internacional del XIX no es lo que nos dicen que fuera los internacionalistas de hoy, quienes se deben a una depuración hasta el extremo de la amnesia, hasta esta completa inconsciencia. Que la historia, recobrando la materia ¹³, recupere la conciencia.

La identificación entre derecho *internacional* y derecho *interestatal* no es cosa genuinamente americana. Lo suyo es más complejo. La práctica de tratados entre unos estados y unos pueblos, entre *naciones* que también ambos se decían, fue un mecanismo de apoderamiento final de los primeros como es una evidencia de equiparación inicial de los segundos. Esto abunda en cosas ya indicadas. Hubo tratados conteniendo la previsión de incorporación del pueblo indígena en cuanto tal al sistema constitucional y de formación como tal de estado dentro de la propia federación. El tratado con los cherokees de 1784 contemplaba el derecho de que tuvieran representación propia en el congreso. El que se había suscrito con los delawarees poco antes, en 1778, les ofrecía sumarse a la confederación formando estado propio con extensión de la oferta a todos los pueblos indígenas que vinieran practicando acuerdos. La perspectiva puede seguirse entendiéndola contenida en tratados de asentamiento y organización en Oklahoma como en los diversos suscritos con los cherokees durante el XIX. No desapareció la posibilidad totalmente del mapa, como he dicho, hasta un siglo después de la constitución definitiva, la de 1787, la que tiene a las *tribus indias*, como Clara Alvarez registra, por un tercer género entre estados extranjeros y estados propios. No era exactamente un panorama de *status de etnia*, cosa que pone la jurisprudencia, esta cultura jurídica.

13. También lo está haciendo una historiografía angloamericana, véase ahora, aun con la inconsciencia del subtítulo, Francis Paul PRUCHA, *American Indian Treaties The History of a Political Anomaly*, Berkeley 1994. Se insinúa en la latinoamericana Abelardo LEVAGGI, «Tratados entre gobiernos argentinos e indios del Chaco», en *Folia Histórica del Nordeste*, 11, (1993) pp. 31-63, y citas propias. El recobro de la materia resulta de por sí doblemente interesante, para el derecho tanto como para la historia, pues en las labores actuales de Naciones Unidas sobre el particular, que aportan la conciencia, puede acusarse la laguna latinoamericana: Miguel ALFONSO MARTÍNEZ, *Estudio sobre los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre los Estados y las poblaciones indígenas Primer informe*, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 1992.

La fórmula final de las reservas también responde en principio a tal género de planteamientos entre partes, si no equipotentes, al menos equicapaces, lo cual, la capacidad de derecho y no la potencia de hecho, es lo que aquí primordialmente importa. En los tratados más formales, la reserva no es el área donde los Estados Unidos recluyen a los indígenas, sino la zona de su territorio que éstos retienen, que precisamente se reservan, cediendo el resto a aquellos, a los Estados Unidos, de forma onerosa desde luego. En principio, la reserva tiene su dignidad en un sistema federal interestatal e internacional, ambas cosas. En definitiva, la reserva se acerca a la indignidad de las reducciones de población tan características del colonialismo y tan practicadas bajo el *derecho indiano*. Para proceder a la comprobación de relaciones y a la consideración de comparaciones, tenemos siempre la dificultad casi infranqueable de que tanto confluencias como divergencias actualmente las marca, más que la historia, la historiografía. Para nuestro punto clave de la posición indígena en el sistema constitucional, en su versión y evolución respectivas, para este capítulo fundamental concreto, para su problemática jurídica y para su materia colonial, ocurre además que una historiografía prácticamente no existe ni reconoce tampoco su inexistencia. No hace falta decir que me refiero a la latinoamericana¹⁴.

Con todo y un conocimiento de causa un tanto hipotecado por dependiente, sigo pensando que el derecho estadounidense, este derecho constitucional, supone al respecto más una continuidad que una creación coloniales, pero también pienso que el capítulo no se agota en esto. La crítica no sé si aquí a su vez se muestra un tanto prejudicial por incompleta. Hay otra vertiente de esa historia, de la misma historia de una parte, que pudieran apuntar otras posibilidades, unas posibilidades que no hubieran precisamente solapado la historia y así el derecho de la otra parte¹⁵. Podía como puede haber la posibilidad de un constitucionalismo interestatal, intemacional y con ello también intercultural, de éste y no de otro federalismo, no del federalismo conocido que conduce en cambio a lo contrario: al apoderamiento de unos estados sobre unos pueblos, de unas naciones políticas sobre unas naciones culturales, con negación de la propia historia o, en lo que interesa al derecho, con neutralización de los propios tratados y otros entendimientos mutuos formativos de la federación o del estado mismo¹⁶. Ante esto, la recuperación de la historia ya sabemos que no es indiferente al rescate del derecho, de un derecho que hoy está en todo esto más

14. Puede contrastarse ahora la guía sumaria del *Bibliographical Essay*, que puede decirse específicamente históricojurídico, de John R. WUNDER, «Retained by the People» *A History of American Indians and the Bill of Rights*, Nueva York 1994, pp 251-262.

15. Lo considera, tratando las cuestiones que digo y en el sentido que indico, Mark SAVAGE, «Native Americans and the Constitution: The Original Understanding», en *American Indian Law Review*, 16, (1991), pp. 57-118. Y es expresamente una cuestión respecto a la cual, al igual que para los tratados, la vejada vía del *entendimiento original* puede ayudar a recuperar no sólo historia, sino también derecho. Imagínese la diferencia respecto a la cuestión racial que se tiene por arquetípica, si no por única, con prejuicio y perjuicio para otras: el *entendimiento original* de la propiedad, aun representando autonomía, encierra esclavitud y casi punto, como bien sabe y explica Clara Alvarez en este mismo *Anuario*.

16. Will KYMLICKA, *Multicultural Citizenship. A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford 1995, pp 28-30, 116-120 y 181-186, con todo ello y con unos conceptos así de *liberal* y *minoría* a los que no tendría mucho inconveniente en apuntarme.

abierto, por menos anclado en el estado, de lo que conceden, ya no digo historiadores, sino constitucionalistas, internacionistas y demás juristas ¹⁷.

Ahora estábamos con la cuestión del apoderamiento. El federalismo típicamente americano no ha sido la única fórmula. Hay toda una batería ya diversificada, con dispositivos bien distintos por Latinoamérica. Vuelvo a confesar mi pecado. Clara Alvarez tiene toda la razón en acusar la laguna. La tiene no sólo ni principalmente porque es un asunto de sustancial interés histórico, sino también y sobre todo por serlo de significación jurídica, quiero decir con esto para el derecho actual o más bien para su deficiencia o incluso todavía para su carencia. Como el libro mira fundamentalmente a esto, a la actualidad del apoderamiento de unos estados sobre unos pueblos, de unas naciones sobre otras, la crítica me parece que aquí, en este momento más sensible, no puede ser más acertada ni estar más oportuna.

Mas algo dice el libro y algo dice la crítica. Lo que ambos decimos al respecto toca particularmente al segundo punto, al del carácter del *indian law* y más en concreto, dentro de él, de su componente jurisprudencial. La jurisprudencia constitucional, y no la misma constitución, fue la que habilitó a los poderes federales en los Estados Unidos sobre los pueblos indígenas sin otro sustento además que el prejuicio colonial del *status de etnia*. La crítica añade que también guardando su lógica dentro del respectivo sistema constitucional. No me convence. Bajo la constitución estadounidense y sin ninguna enmienda de la misma realmente referente a la población indígena, cabían otras construcciones jurisprudenciales además de la colonial que se impuso, como también eran posibles otras vías de determinación constitucional que las judiciales. De recurrirse a la de enmienda y una vez que los indígenas no tenían en principio ciudadanía ni contaban con estados propios, bajo estas condiciones, los resultados podían haber sido desde luego todavía peores. Pero esto es contrafactual. Que no lo fuera ni que sobre todo corriese ese riesgo, estaba la vía de los tratados, una vía *internacional* de determinación constitucional, la vía finalmente cegada.

Los mecanismos de apoderamiento constitucional y desapoderamiento indígena son bien diversos en otros casos. El punto de partida en algunos, como en México, puede marcarlo una determinación de las Cortes de Cádiz: el principio mantenido de la ciudadanía indígena. A partir de aquí la problemática es otra. Resulta incluso más sencilla: los poderes constitucionales ya están facultados de cara a dicha población pues se trata precisamente de ciudadanía suya. Constituyendo entonces mayoría, el problema es otro: el de cómo se apodera constitucionalmente, pues de ello se trata, a la minoría. No olvidemos que ésta era la no indígena. Y no se olvide dicha vertiente de la ciudadanía indígena inconveniente para la población teóricamente interesada. Solventaba el problema arduo de un apoderamiento inicial. Dada la ciudadanía, dado así un apoderamiento, pueden operar unos mecanismos también en parte ofrecidos por las Cortes de Cádiz, desde las suspensiones de derechos a las tutelas de comunidades, los cuales no creo sin embargo que basten para explicar el mantenimiento de un dominio no sólo militar, económico y social, sino también, con todos sus pesares, constitucional. Inventos europeos, como el de la tutela administrativa, ofrecen en estas tierras americanas

17 Hurst HANNUM (ed), *Documents on Autonomy and Minority Rights*, Dordrecht 1993.

un juego de inhabilitación indígena quizá no tan imprevisible. Mas sigo creyendo que hay algo esencial para al mantenimiento del dominio colonial en tiempo constitucional que en rigor escapa a un sistema de éste género, algo que no se debe estrictamente a él, pero que el mismo no sólo adopta, sino que también potencia: el *status de etnia* que se sigue aplicando a la mayoría, factor de cultura del derecho sin el que no se entienden aquellos sistemas jurídicos con toda su capacitación de la minoría¹⁸.

El *status de etnia* no se debe estrictamente a constitución. Me reafirmo en esto frente al disentimiento de la crítica. Sin embargo, también es cierto, como la misma reseña, que he acusado la fuerte vinculación desde sus propios orígenes culturales entre sistema constitucional y *status de etnia*. En esto logro la mayor de las conformidades. A la crítica tampoco le quita el sueño que pueda ser, con toda seguridad, el extremo que haya de provocar el mayor de los rechazos, el del silencio, entre los constitucionalistas, sean o no internacionalistas o sean o no también historiadores. Clara Alvarez acepta el ligamen, aun con tendencia a recluirlo en el ámbito anglosajón, e incluso lo acentúa, esto a mi entender quizá en demasía. Traza aquella conexión tan intrínseca que llevaba a la exención del tiempo anterior. El nexo creo que no constituye una exclusiva, pero que es en efecto estrecho. Por esta razón y para la desvinculación, distinguí en el libro entre la cultura constitucional histórica que arrastra el lastre y que todavía impera y otra que digo *cultura de derechos* que pueda liberarse de la hipoteca y que ya se toma, si no en cuenta, por lo menos en consideración, mostrándose hoy beligerante en el mismo campo de la jurisprudencia incluso judicial, en este momento de la verdad del derecho¹⁹. Es un punto para el que tampoco se suscita controversia. Miramos todavía, como buenos profesionales, la historia.

Respecto a ella, pues también le interesa, quise subrayar algo que, como lo veo aludido sólo parcialmente en la crítica, tal vez lo haya expuesto nada suficientemente en el libro. Tiene que ver con el punto ya no sólo histórico de desacuerdo acerca de la mayor o menor posibilidad de apertura del derecho internacional y de los derechos estatales respecto a los pueblos indígenas. La cuestión entiendo que no es de política del derecho, sino de cultura jurídica, de una cultura que ya habría de ser distinta a la constitucional, a ésta que ha interiorizado el colonialismo hasta el extremo de mantenerlo sin mayores problemas por América en unos tiempos de un derecho interestatal de descolonización. Es una cultura la constitucional que podría quedar entonces descalificada, mas sin que la descalificación tuviera por qué arrastrar al derecho. La posibilidad de otra cultura jurídica, de una *cultura de derechos* y así entonces *cultura de culturas* con todos sus requerimientos de un federalismo *intercultural*, la posibilidad de todo esto que no es nada redundante, es

18. De una de las premisas, con su corolario colonial, me ocupo en *Tutela administrativa o diálogos con Tocqueville*, a publicarse en los *Quaderni Fiorentini*, 24, 1995. Sobre el asunto estoy trabajando, teniendo hasta el momento, aparte las páginas historiográficas de *Cádiz entre indígenas* en este mismo *Anuario*, poco más que un título provisional. *Teorema de O'Reilly. Presencia indígena y advenimiento constitucional por América*.

19. Peter KULCLLYSKI (ed.), *Unjust Relations Aboriginal Rights in Canadian Courts*, Toronto 1994, con la evolución de sus capítulos en el caso americano hoy más abierto. Por Latinoamérica, en vez del momento de la verdad del derecho, encontramos el de la falsedad de la constitución: de unos reconocimientos constitucionales de derecho indígena sin consecuencias jurisprudenciales ni doctrinales ni judiciales.

algo que se encuentra ya presente, por ser ya concebible, para la propia cultura constitucional desde que la misma existe y aunque venga cancelándola: aunque el constitucionalismo venga mostrándose más ciego aún, más todavía, que la historiografía. Puede haber una ceguera del presente que limita no sólo la previsión del futuro, sino también la retrovisión del pasado, de nuestro terreno. Como había una inconsciencia de la historia que lo es de la actualidad, también hay la viceversa, nuestra ceguera común.

Como digo una cosa, digo la otra. Es a la propia cultura constitucional, a esta cultura no indígena, a la que se le abre dicha posibilidad de participar, contribuyendo, en una *cultura de culturas* como *cultura de derechos*. Es ella la que anteriormente, con su teología y su derecho coloniales, estaba radicalmente incapacitada al efecto. Suyo es el problema y por ello nuestro. De otras culturas como las indígenas americanas, en plural, no digo nada, ni de ellas ni de sus derechos, porque otra de las marcas todavía coloniales de la constitucional, de la nuestra, es su pretensión de pronunciarse *urbi et orbe*, sobre sí misma y sobre las demás: sobre ella sola en realidad como si pudiera ser cultura común y así derecho superior, la cultura y el derecho sin más. Mantiene a su modo todavía el *status de cultura* propio que produce el *status de incultura* ajeno, sea o no *de etnia*, con la buena conciencia además de no entenderse así racista. Es pecado también original de la antropología. Lo es de toda una cultura. Quienes menos comulgan hoy con una teología son quizá quienes más mantienen su presunción colonial. Pero estoy ya definitivamente entrando en argumentos fuera de lugar para la crítica, cuyo mayor interés a mi parecer y mayor satisfacción a mi sentir radican precisamente en ser interna: en plantearse sobre unas bases compartidas.

Como historiador por profesión y constitucionalista por ciudadanía, son tantos mis pecados que no sé cómo escaparé el día del juicio. La historiadora y ciudadana Clara Alvarez seguro que no se verá sometida al interrogatorio del *hombre sencillo de la calle*. ¿Puedo concluir recordando a otro ciudadano y poeta guatemalteco? Pienso en Mario Payeras, recién fallecido cuando preparaba su retorno desde el exilio chiapaneco tras una interminable guerra incivil de mortandad indígena y responsabilidad ladina, responsabilidad en su caso reconocida. Deja escrito: «Su sabiduría se redujo a la certeza de que la materia está llena de pájaros y de que éstos tienen caminos innumerables», añadiendo: «De ahí las infinitas posibilidades del olvido»²⁰, Así sea lo uno aunque así sea también lo otro.

BARTOLOMÉ CLAVERO

20. Mario PAYERAS, con ilustraciones de Jordi Boldó, *El mundo como flor y como invento*, México 1987, *Historia del guacamayo que se extravió en la materia*, final.