

Bartolomé Clavero

GEOGRAFÍA JURÍDICA DE AMÉRICA LATINA:
PUEBLOS INDÍGENAS ENTRE CONSTITUCIONES LADINAS*

* Los capítulos aquí no reproducidos – primero, segundo, cuarto, séptimo y octavo – se publican en soporte de papel como libro impreso por Siglo XXI Editores de México bajo el título de *Geografía Jurídica de América Latina. Derechos Indígenas entre Constituciones Mestizas*, las que en algo atienden la presencia indígena, lo que no necesariamente significa el respectivo derecho. En rigor, entre las Constituciones contempladas, ladina y no mestiza es solamente la de Chile, cuyo capítulo se encuentra aquí en internet y no en el libro impreso. Ladinadas son todas pues de diverso modo comparten la habilidad de ofrecer una apariencia incluyente y producir un efecto excluyente. Pero no adelantemos conclusiones.

A las compañeras y compañeros de viaje
con impedimenta ligera de derechos
entre Américas indígenas y ladinas,
desde Diné Bikeya a Ragco Mapu.

ÍNDICE

Presentación de la obra y localización de su autor

Capítulo I

Geografía de Estados y Precedencia de Naciones

1. Establecimiento de los Estados y sus fronteras.
2. Imperativo de civilización y privación de derechos.
3. Cobertura constitucional de la propiedad comunitaria.
4. Derecho a la cultura y reto a la historia.
5. Narrativas constitucionales.

Referencias: Cádiz indígena.

Apéndice I: Versión castellana de Tratado de Confederación.

Apéndice II: Pronunciamientos constitucionales no vigentes.

Capítulo II

Antropologías Normativas y Derechos Humanos: ¿Multiculturalismo Constituyente en el Ecuador?

1. Derecho, cultura, antropología.
2. Pluralidad de culturas y derecho a la identidad en la Constitución del Ecuador, 1998.
3. Registro de comunidad y derecho a la cultura en el orden internacional de los derechos humanos vigente por Constitución en el Ecuador.
4. Antropología normativa y derechos humanos una y otros constituyentes entre la república ecuatoriana y el orden internacional.
5. A modo de conclusión por ahora imposible.

Apéndice I: Presencia indígena en la Constitución de Ecuador.

Apéndice II: Sección constitucional de la cultura.

Capítulo III

El Derecho Indígena entre Derecho Constitucional y Derecho Interamericano, Venezuela y Awás Tingni

1. Hace un siglo, Venezuela.
2. Excepción constitucional y regla internacional.
3. Novedades constitucionales y continuidades constituyentes.
4. Lenguas, silencios, culturas.

5. De vuelta a Venezuela, 1961 y 1999.
6. Estados, pueblos, minorías.
7. Derechos internacionales, interamericanos y constitucionales, todos humanos, salvo indígenas.

Referencias: Viraje de Venezuela.

Apéndice I: Presencia indígena en la Constitución de Venezuela.

Apéndice II: Presencia indígena en las Constituciones de Bolívar y Zulia.

Capítulo IV

Derecho Agrario entre Código Francés, Costumbre Aymara, Orden Internacional y Constitución Boliviana

1. Composición de Estado.
2. Código Civil sin congénere agrario.
3. Motivaciones de rechazo del Código Rural.
4. Constancia de comunidad en Europa.
5. Ayllu qamaña y derecho agrario en América.
6. Hipoteca doméstica de códigos y aval internacional de costumbres.
7. Reforma constitucional y persistencia comunitaria.
8. Reconstitución de derecho.

Apéndice I: Título Preliminar del primer Código Civil de Bolivia.

Apéndice II: Índice y pronunciamientos indígenas de la Constitución de Bolivia.

Capítulo V

Reconocimiento Mapu-Che de Chile: Tratado ante Constitución

1. Una reforma constitucional.
2. Una constante constituyente.
3. Los Parlamentos de Mapu y sus Tratados hispanos.
4. Comisiones de estudios, informes oficiales e invocaciones de verdad para un nuevo trato:
 - 4.1. Naciones Unidas
 - 4.2. República de Chile.
5. Reconocimiento de Mapu y desconocimiento de Chile.
6. Una declaración de derechos y un coro de voces.

Apéndice I: Articulado en castellano del Tratado de Tapihue.

Apéndice II: Bases constitucionales de Chile.

Capítulo VI

Guaca y Huasipungo Constitucionales: La Historia y la Lengua como Yacimientos del Derecho

1. Presencia y derecho de los pueblos indígenas.
2. Canal en Panamá.
3. Sedimentos de libertad.
4. Apoderamiento por la arqueología.
5. El complejo constituyente de superioridad.
6. Género artificioso y especie forzada.
7. El continente de Colombia.
8. Arranque del programa:
 - 8.1. Anglo y Latinoamérica
 - 8.2. Estados Unidos Mexicanos.
9. Prospección constitucional en terreno internacional.
10. Pasado y futuro en tiempo presente.
11. Ciencia del derecho, ignorancia de la lengua y conciencia de la historiografía.

Apéndice I: Pronunciamientos constitucionales panameños.

Apéndice II: Artículos de la ley de propiedad intelectual indígena.

Capítulo VII

Estado Pluricultural, Orden Internacional, Ciudadanía Postcolonial: Democracia y Biodiversidad en el Perú

1. Unas elecciones no tan ordinarias en el Perú.
2. Una historia constituyente del Perú.
3. Orden internacional y constitucionalismo postcolonial.
4. Estado pluricultural y ciudadanía virtual.
5. Piedra de toque de la biodiversidad.
6. Vulnerabilidad, interculturalidad y pueblos “no contactados”.

Apéndice I: Pronunciamientos constitucionales peruanos.

Apéndice II: Ley de biodiversidad (2004).

Capítulo VIII

Principios y Derechos, Constituciones y Pueblos: México y la Libre Determinación en el Contexto Internacional

1. Un par de nuevos principios constitutivos de un derecho por mitades.

2. La plasmación constitucional, o evacuación tal vez, de las novedades.
3. Desarrollo normativo: las jurisdicciones y las leyes.
4. Constitución de México y Derecho Internacional.
5. Conclusiones plausibles entre Estados y Pueblos, ambos por reconstituir.
 - 5.1. Principios constituyentes y agentes constitucionales.
 - 5.2. Planteamiento constitucional de los Estados Unidos Mexicanos.

Apéndices: Presencias indígenas por Constituciones en vigor:

- I. Latinoamericanas.
- II. Mexicanas.
 - II.1. Estados Unidos Mexicanos.
 - II.2. Estados de la Federación.

Capítulo IX

Desprestigio de Políticas Indigenistas y Prestigio de Derechos Humanos

1. Políticas indigenistas contra principios constitucionales.
2. Frustraciones, padecimientos, contraindicaciones.
3. Multiculturalidad como signo constitucional y su sombra indigenista.
4. Test de derecho internacional o bien estándar de derecho humano.

Apéndice: Proyecto de Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas.

PRESENTACIÓN DE LA OBRA Y LOCALIZACIÓN DE SU AUTOR

Ronojel winaq ya'tal chech kub'ano, kuq'alajisaj ri uno'jib'al pa ri uwokaj jachke na k'u reta'mam ulop pa ri unich'al.

Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad.

Uq'alajisaxik Pa Ronojel Uwachulew Ri
Ya'talik Kab'an Pa Ri K'aslemal /
Declaración Universal de Derechos Humanos¹.

Hace allá por más de veinte años que la Constitución de Guatemala reconociera “el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural”, un derecho a la par individual y colectivo en consideración de la presencia indígena, presencia de la veintena de pueblos con culturas propias y distintas respecto a la ladina o mestiza de matriz europea que caracteriza al Estado guatemalteco desde los tiempos de su independencia. Así era realmente aunque en el artículo preciso que reconocía el doble derecho a la cultura la Constitución guatemalteca no puntualizase que procedía en consideración de dicha concreta presencia humana, la indígena. En toda la historia del constitucionalismo latinoamericano, fue la primera vez en producirse un reconocimiento de tal implicación y tal alcance. Bastantes otros han seguido, pero el caso de Guatemala es singular no sólo por pionero, sino también por estático. La Constitución tiene previsto un desarrollo reglamentario en lo que interesa a la presencia indígena (“una ley regulará lo relativo a las materias de esta sección”, la específica que dedica a “comunidades indígenas”), el cual no se ha dado hasta hoy, por esa vía legislativa o por otra alguna que directamente se vincule a los planteamientos de la Constitución. No significa esto que no haya habido novedades por supuesto, sino que no están produciéndose al nivel constitucional que mejor podría implantarlas y afianzarlas².

¹ <http://www.unhchr.ch/udhr/navigate/alpha.htm#S> es el sitio de Naciones Unidas con versiones de la Declaración Universal de Derechos Humanos en más lenguas que las oficiales de Estado. Cito de entrada un pronunciamiento en quiché, como luego citaré algún otro pasaje en quichua, en náhuatl, en guaraní, en mapudungun y en wayuunaiki. En más de un capítulo haré el intento de comunicar no tanto con otras lenguas, pues las ignoro, como con otros lenguajes, pues ahí están. Por lo demás, voy a cuidar el registro de direcciones en internet pues hay mucho material en línea y puesto que es buena vía de información, como también de aplicación a estudio o hasta, como constataremos, de ejercicio de democracia. Todas las direcciones han sido visitadas para última comprobación cuando finalizo el libro, en noviembre de 2006.

² Jesús GARCÍA RUIZ, *Hacia una Nación Pluricultural en Guatemala: Responsabilidad histórica y viabilidad política. Acercamiento a los implícitos conceptuales del Acuerdo sobre Identidad y Derechos Indígenas*, Centro de Documentación e Investigación Maya, 1997; Raquel YRIGOYEN, *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*, Fundación Myrna Mack, 1999, también sobre dicho acuerdo y la frustrada reforma constitucional que le siguiera. PNUD (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo), *Diversidad Étnico-Cultural. La Ciudadanía en un Estado Plural*, Informe Nacional de Desarrollo Humano (<http://www.desarrollohumano.org.gt/Informe2005.htm>), Guatemala 2005; Gobierno de la República de Guatemala, *Política Pública para la Convivencia y la Eliminación del Racismo y la Discriminación Racial*, 2006 (<http://www.sigep.gob.gt/portal>).

El caso de Guatemala puede resultar emblemático para un proceso interesante a todo lo que hoy llamamos Latinoamérica, el de un reconocimiento constitucional de presencia indígena concitando esperanzas y provocando frustraciones. Dicho de este modo resulta ciertamente simplificador y engañoso incluso para la propia Guatemala, pues las dinámicas que así se ponen en marcha van mucho más allá de la consecuencia o la inconsecuencia de unas u otras Constituciones, pero digámoslo gráficamente para introducirnos en materia. Ya habrá tiempo a lo largo del libro para matizaciones. Hace una década larga que publiqué uno primero sobre el asunto. Se quedó a mitad de camino en una historia que atraviesa el presente y corre hacia el futuro cuestionando visiones optimistas tanto como desautorizando previsiones pesimistas. Hay asuntos en los que el optimismo defrauda y el pesimismo engaña. Por evitar tamaños riesgos, sigo apostando por evidencias sin permitirme predicciones. Volverá este libro a quedarse a medio camino para lo que suele esperarse de este tipo de obras. No hay que hacerse ilusiones sobre lo que pueden. La historia no se detiene ni nadie, por enderezarla o torcerla, la doma. Sólo muestra su lógica cuando ha transcurrido, no antes. Y falta por decir lo principal de entrada: la palabra decisiva no le corresponde a quien no participa de los derechos que la memoria del caso pone en juego. Trato de derecho indígena, lo que no soy. Observo, lo que puedo hacer. Como ha habido últimamente una aceleración de acontecimientos, vale la pena proceder a nuevo recuento para nueva ubicación. Este libro no es sólo una prosecución, sino también una revisión de aquel otro³.

Arranca el mismo con un capítulo que intenta situar el derecho en el tiempo a fin de cobrar la perspectiva histórica que se encuentra tan a menudo ausente del campo constitucional, como si este orden pudiera ser intemporal, y la cual resulta precisa para el derecho indígena aunque sólo sea por las deudas que guarda pendientes de cobro respecto al propio constitucionalismo. No deja el libro de acudir luego a la historia, pero siempre por lo que interesa a la actualidad, porque es *historia del presente*, una historia incluso viva en cuanto que derecho. Por estas páginas se recorre una geografía jurídica bien arraigada con toda la carga del tronco y las ramas de un tiempo pasado. La historia ayuda a situarnos por los recovecos de un mapa de fronteras que necesitaron operaciones sangrientas no sanadas todavía pues produjeron heridas que aún se encuentran abiertas. He ahí el detalle que marca la diferencia. Ante tanta injusticia acumulada a lo largo de la historia, distínganse – no se confundan ni equiparen – las lesiones irreparables y las que todavía alcanzan a sujetos presentes por tracto nunca interrumpido. Colonialismo mediante y activo, con el sello colonial inscrito en la propia geografía política de Estados por América, hay historias que, de tomarse en cuenta, pueden que constituyan títulos de derechos. Baste pensar en el caso de Bolivia que por primera vez en toda su trayectoria constitucional de casi un par de siglos se enfrenta hoy con el propio reto constituyente. ¿Cuánto pasado entonces hace falta tener presente? No digo hacerse vivo porque lo está, con todos los problemas que arrastra, con creces⁴.

He dicho derecho constitucional y derecho indígena. Me ocupo de ambos entre ayer y hoy sin solución de continuidad porque no la hay. Es usual que incluso quien

³ B. CLAVERO, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, Siglo XXI de México, 1994.

⁴ Ricardo CALLA, *Indígenas, política y reformas en Bolivia. Hacia una etnología del Estado en América Latina*, Instituto Centroamericano de Prospectiva e Investigación, 2003. Bolivia cuenta aquí con capítulo. Con miras precisamente a la determinación de responsabilidades jurídicas y políticas actuales es como se ha habilitado la expresión de *historia del presente*: Timothy GARTON ASH, *Historia del Presente. Ensayos, Retratos y Crónicas de la Europa de los 90*, Tusquets, 2000; fue acuñada, comentando otro libro de este mismo autor, por George F. KENNAN, *Witness*, en *New York Review of Books*, 37-3, 1990.

valora como activo importante deudas pendientes se obnubile con créditos sólo actuales. Quien se compromete con derechos indígenas suele concentrarse en los mismos hasta el punto de desentenderse del tracto consolidado del propio sistema jurídico. Cuando una Constitución de Estado, con todo su carácter fundamental, viene no sólo a registrar la presencia indígena, sino también a concretar derechos indígenas, suele pasarse a la consideración y al requerimiento de aplicación y desarrollo como si la misma estructura constitucional que ha venido ignorando tal presencia y despreciando tales derechos resultase indiferente y pudiera mantenerse al margen o incluso ponerse ahora al servicio de los nuevos reconocimientos. Prevalece la estrategia a corto plazo dirigida a la defensa de unos derechos por vía ya política, ya judicial, sobre visiones y análisis de tiempos menos perentorios. Con todo lo esencial que es lo primero en su flanco de justicia sobre todo⁵, no conviene descuidarse lo segundo. Hay ya por América Latina una larga historia en materia indígena – tan larga como prácticamente de todo un siglo – con ilusiones y frustraciones provocadas en concreto, en lo que aquí interesa, por gestos de unas Constituciones que no guardan la costumbre de ponerse en cuestión a sí mismas al adoptar novedades de fondo. Cuidan ante todo su línea de flotación. Y resulta que discapacitan a quienes amparan; neutralizan lo que reconocen; reducen cuanto integran. O tales son sus efectos incluso a la corta cuando se trata de indígenas. Es hora de someter a revisión los mecanismos constitucionales que resulten disfuncionales para la eficacia y garantía de derechos indígenas. He dicho lo de un siglo porque la historia de unos reconocimientos constitucionales comienza con la Constitución de México de 1917, la de la revolución. Tras tantas frustraciones, desahuciar la vía constitucional o darla por agotada no figura en mi agenda de trabajo. Si algo puedo aportar, es por razón de tomarme en serio el constitucionalismo al interesarme por derecho indígena⁶.

Esta *Geografía Jurídica de América Latina* se expone mediante excursiones, no por recorridos completos de territorios ni por exploraciones exhaustivas de parajes. Hay razones de lo más sencillas para procederse de este modo. Se trata de una geografía no tan simple como la que se marca por unas Constituciones con sus fronteras de Estados, respecto a la cual además resultan sumamente limitados los conocimientos no sólo del viajante, sino también de su empresa⁷. No se tienen hoy por hoy posibilidades de trazado de un mapa de *Pueblos Indígenas entre Constituciones Ladinias* en América Latina. Conviene arrancar con conciencia de la ignorancia. Hay otro motivo de más peso y ya aludido, el de que alguien no indígena o ni siquiera, como en mi caso, americano no sólo es que difícilmente podría afrontar con éxito tamaño empeño, sino que ni siquiera parece que esté legitimado para el intento. La geografía jurídica, el mapa

⁵ David ROTHSCHILD (ed.), *Protegiendo lo nuestro. Pueblos indígenas y biodiversidad*, Centro por los Derechos de los Pueblos Indígenas de Meso y Sudamérica, 1996; Sarah PRITCHARD (ed.), *Indigenous Peoples, the United Nations, and Human Rights*, Zed Books, 1998; Fergus MACKAY, *Guía para los derechos de los pueblos indígenas en el sistema interamericano de derechos humanos*, International Work Group for Indigenous Affairs, 2002; Roque ROLDÁN, *Manual para la formación en derechos indígenas. Territorios, recursos naturales y convenios internacionales*, Abya Yala, 2004.

⁶ B. CLAVERO, *Ama Llunku, Abya Yala. Constituyencia indígena y código ladino por América*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

⁷ Banco de datos bastante al día es el que brinda en internet el Banco Interamericano de Desarrollo, BID: http://www.iadb.org/sds/ind/site_3152_s.htm, bien que con tendencia marcada al empleo de categorías clasificatorias demasiado generosas para con las normas de Estados, comenzando por su presentación como normatividad *indígena* cual si no cupiera la propiamente tal, y sin cuidado con la distinción del rango y la eficacia de la variedad que se colecciona. De este banco del Banco depende reconocidamente la información y conceptualización que a su vez ofrece el Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe, Fondo Indígena: <http://www.fondoindigena.org/legislaind.shtml>.

de derecho indígena, ha de diseñarse ante todo por quienes tienen los derechos del caso, indígenas entonces. Es también en consecuencia conveniente comenzar con la constancia de un déficit no sólo científico, sino también moral, por así decirse. Por unas u otras razones, en temas tan postergados y de tanta entidad como éste, no es raro que se produzcan avances menos, bastante menos, por acercamientos sistemáticos que mediante abordajes parciales, aun siendo todo ello, también por supuesto lo primero, de utilidad indiscutible⁸. Puede ser sintomático que la excursión al pueblo rinda más que el periplo del hemisferio; la visita local más que el vuelo continental; la conversación informal más que el discurso académico; la intensa velada en aldeas más que la extensa estancia en metrópolis; la relación de amistad más que la de profesión. La cala artesanal puede exhumar mejor, no digo más, que la perforación industrial. Sea el síntoma entonces, si se me permite, no sólo así indicio, sino también signo; no sólo así testimonio de ignorancia, sino también manifestación de conciencia⁹.

He venido a ser como jurista un ignorante empedernido en materia de doctrina. Lo indico porque es postura que guía metódicamente el curso del libro. Me centro en derecho constitucional junto al internacional de derechos humanos postergando doctrina constitucionalista o internacionalista. Por Europa continental y Latinoamérica impera el estilo de ver el primero a través de la segunda, el derecho a través de la doctrina, con lo que las novedades de fondo, como pueda serlo en América el reconocimiento constitucional de derechos indígenas, han de pasar por el prisma de las convenciones doctrinales. A menudo no atraviesan el filtro, cuando no es que se dejan las vísceras en la criba. Así resulta que la doctrina no deja ver el derecho o, lo que es definitivamente peor, no permite ver los derechos de las gentes ajenas a la cultura de quienes adoctrinan. Por Latinoamérica la doctrina jurídica es todavía, casi sin más, ladina, criolla, mestiza o como quiera llamarse a lo caracterizadamente no indígena ni afroamericano. Vive en un mundo ensimismado, por no decir supremacista, casi toda ella. La propia enseñanza

⁸ El arranque del milenio ha presenciado una espectacular eclosión de títulos con referencia genérica a Latinoamérica aunque no suelen cubrir, como tampoco mi libro, el espectro: Cletus Gregor BARIÉ, *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina. Un panorama*, Instituto Indigenista Interamericano, 2000 (el panorama más completo, con edición además actualizada y ampliada, 2003, y en línea: <http://indigenas.gob.mx/conadepi/iii/cletus>); Donna Lee VAN COTT, *The Friendly Liquidation of the Past: The Politics of Diversity in Latin America*, University of Pittsburg Press, 2000; Alison BRYSK, *From Tribal Village to Global Village: Indian Rights and International Relations in Latin America*, Stanford University Press, 2000; Marco APARICIO, *Los pueblos indígenas y el Estado. El reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América*, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, 2002; David MAYBURY-LEWIS (ed.), *The Politics of Ethnicity: Indigenous Peoples in Latin American States*, Harvard University Press, 2002; Kay B. WARREN and Jean E. JACKSON (eds.), *Indigenous Movements, Self-Representation, and the State in Latin America*, University of Texas Press, 2002; Rachel SIEDER (ed.), *Multiculturalism in Latin America: Indigenous Rights, Diversity and Democracy*, Institute of Latin American Studies, 2002; Erick D. LANGER y Elena MUÑOZ (eds.), *Contemporary Indigenous Movements in Latin America*, Jaguar Books, 2003; Vicente CABEDO, *Constitucionalismo y Derecho Indígena en América Latina*, Universidad Politécnica de Valencia, 2004; D.L. VAN COTT, *From Movements to Parties in Latin America: The Evolution of Ethnic Politics*, Cambridge University Press, 2005; Nancy Grey POSTERO y Leon ZAMOSC (eds.), *The Struggle for Indigenous Rights in Latin America*, Sussex Academic Press, 2004; Fabiola ESCÁRZAGA y Raquel GUTIÉRREZ (eds.), *Movimiento indígena en América Latina. Resistencia y proyecto alternativo*, Gobierno del Distrito Federal de los Estados Unidos Mexicanos, 2005; Deborah J. YASHAR, *Contesting Citizenship in Latin America: The Rise of Indigenous Movements and the Postliberal Challenge*, Cambridge University Press, 2005; *Revista IIDH* (Instituto Interamericano de Derechos Humanos) 41, 2005, *Edición Especial sobre Derecho Indígena. El derecho indígena hoy en América Latina* (se tiene en línea para cuanto citemos de esta revista: http://www.iidh.ed.cr/Publicaciones/publicaciones_venta.asp#Periódicas).

⁹ Magdalena GÓMEZ RIVERA (compiladora), *Derecho indígena*, Instituto Nacional Indigenista, 1997.

universitaria ladiniza a fondo. ¿Se entiende entonces mi voluntaria y recalcitrante ignorancia? Espero compartirla a la lectura sin excluir, por supuesto, a colegas en la profesión jurídica. De entrada puede explicarles por qué me centro en las normas constitucionales y no en sus teorías constitucionalistas. No se vea por favor como desprecio, pues a lo que responde, si me lo permiten, es al aprecio por otras gentes¹⁰.

Conviene la localización cultural del autor cuando la obra intenta moverse entre culturas varias. Tengo que comenzar por reconocer que no soy la persona más indicada. Respondo al retrato del sujeto tradicional del dominio colonial y también, sin solución de continuidad, de la libertad constitucional: individuo varón de rostro pálido y cuello blanco, con familia de patrimonio, autosuficiente, transmisor de disciplina sobre bases de cultura europea excluyente de cualquier otra sin siquiera proponérselo, esto además fiel y orgullosamente durante bastantes años, como tantos¹¹. A principios de 1993, tras la celebración con fastos y nefastos del quinto centenario del arranque de la invasión de América, después de un año de inhibición personal en Sevilla, acudí a Guatemala a un taller sobre derecho indígena en el que se me reservaba el papel de participar unas fórmulas españolas de acomodamiento, las de fueros residuales y autonomías novatas, no comprendiendo tampoco entonces por mi parte que no se hallan a las alturas del caso. Descubrí que tenía poco que enseñar y mucho que aprender. Ahí, en Guatemala, empieza un peregrinaje que no tiene, aunque quiera dárselo, término. No creo que el recorrido baste para acreditarme si no lo hace en solitario la obra. Procuro no olvidar raíces inapropiadas al propósito y recomiendo a quien me lea que las recuerde al andar adentrándose por el libro para no fiarse nunca del todo. Quizás no sea el único esfuerzo recomendable. Comprendo que se produce un contrasentido entre el estilo académico que empleo y la lectura no tan académica que espero. Si la consigo, será de agradecer a ella más que a mí. Al final, por mucho empeño que se ponga y por muchos intentos que se hagan, nadie es capaz de completar un salto limpio sobre su propia sombra¹².

El libro se compone de trabajos en su mayor parte previamente publicados, tal y como se registra en los capítulos correspondientes. Llevan éstos en cabeza datos de su publicación previa o de sus motivaciones más inmediatas a fin de que pueda tenerse debidamente en cuenta el momento original de concepción de cada pieza. Cuando lo veo necesario, actualizo, lo que no he de hacer de continuo pues son trabajos todos ellos bastante recientes. Al proceder al repaso advierto que, especialmente entre el primer y el último capítulo de una parte y todo el resto de otra, estoy incurriendo en reiteraciones de referencias y hasta de argumentaciones. No creo que la repetición tenga por qué estorbar ni aburrir, pues puede por el contrario servir para abundar en extremos que son relevantes o que a mí al menos me lo parecen. Los capítulos además se planearon como calas autosuficientes que puedan leerse por separado, como excursiones de circuito redondo que, estén de por sí logradas o malogradas, resultarían en todo caso desfiguradas y mutiladas de consumarse ahora la supresión de reiteraciones. Son tan independientes que hay capítulos aventurando por su cuenta conclusiones imposibles. El

¹⁰ B. CLAVERO, *Tratados con otros Pueblos y Derechos de otras Gentes en la Constitución de Estados por América*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

¹¹ Barbara ARNEIL, *John Locke and America: The Defence of English Colonialism*, Oxford University Press, 1996.

¹² B. CLAVERO, *Genocidio y Justicia. La Destrucción de Las Indias Ayer y Hoy*, Marcial Pons, 2002; Michael J. SHAPIRO, *Methods and Nations: Cultural Governance and Indigenous Subject*, Routledge, 2004.

índice guarda por supuesto una lógica. Si no se capta a primera vista, remito a la introducción del capítulo séptimo, el que aborda, tan tarde, cuestiones de democracia¹³.

Los textos que se reproducen como apéndices de los capítulos, igual que sus breves encabezamientos, pretenden mantener aquí la entidad propia que por sí mismos tienen. Su intención podrá verse que no es tan sólo la de ilustrar cuestiones tratadas, sino también la de provocarlas nuevas, pues selecciono y organizo textos y pasajes con tal propósito adicional. No agoto en absoluto su comentario. Ofrecen un testimonio más vivo. El despliegue de los textos va así más allá de la conveniencia de documentar lo que aquí se expone porque esto mismo, lo que expongo, espero que espolee el aprovechamiento de su lectura directa sin necesidad de dependerse de mis explicaciones, pudiendo así quien me lea cuestionarlas y hasta liberarse de ellas. Insisto en esto para que no se desprecie la parte del libro que pudiera parecer meramente reiterativa. Cabe que sea, en el sentido distinto al de copia, replicante. Con intención por supuesto, con toda ella, mala y buena, la serie de apéndices de textos comienza por voz española, la de visión llanamente supremacista de relaciones con indígenas, y concluye con registro autorizado de requisitos mínimos para imprimir un impulso decisivo a la superación definitiva de la desigualdad institucionalizada entre voces, quiero decir entre personas y entre pueblos. Entre apéndices hay algún solapamiento; de ser mayor, recorro a remisión; cuando es menor, incurro en repetición, espero que nunca cansina¹⁴.

Ofrecidas con las advertencias en serie mis disculpas en serio, hable el libro por sí solo. Podrá hacer ver que lo de *Constituciones Ladinás* para las que no hacen ya distinción de ciudadanía entre no indígenas e indígenas, o que ni siquiera por tiempos pasados incurrieron directamente en discriminación tamaña, no es descalificación de la que se parta, sino conclusión a la que se llega. El anuncio del título es lo primero de la

¹³ Se observarán también detalles como que cada capítulo sigue pautas propias de citas y referencias, lo que se debe a que he mantenido algunas de las reglas de estilo de la primera impresión. Los capítulos finales, el octavo y el noveno, por recapitulativos, los actualizo más a conciencia al redondear el libro, en noviembre de 2006. El séptimo, el de Perú, lo reviso para puntualizaciones y también actualizaciones, a cuyo efecto le añado además un par de apartados, los últimos. El tercero, el de Venezuela, como lo pongo al día es aprovechando su anexo de referencias. Para actualizar el cuarto, el de Bolivia, me sirve su último apartado. En el caso del capítulo sexto, el de *Guaca y Huasipungo*, los textos del apéndice se incluían originalmente en la misma exposición, con lo que he debido efectuar reajustes por causa del traslado; también lo amplí, en su caso bastante. Procedo a correcciones no sólo de estilo por doquier. Ningún capítulo de los previamente publicados se reproduce tal cual. Suprimo notas ahora llanamente superfluas, en exceso repetitivas o incluso, por no estar operativa alguna dirección electrónica tal vez de forma definitiva, caducadas. No hay más retoques, salvo algún que otro toque todavía acá y allá de actualización incluso de última hora, como para Bolivia y para Ecuador. Los apéndices todos son añadidos de ahora. Las referencias bibliográficas se registran completas a la primera vez que se citan en cada capítulo.

¹⁴ Tampoco escapará a la lectura, pues salta a la vista ya en el índice, que el apéndice último, el que contiene el proyecto actual, a las alturas de finales de noviembre de 2006, de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas por Naciones Unidas, es el único en solitario de un capítulo, abierto como queda a la posibilidad de agregación de normativa – sea internacional, interamericana, constitucional, de los propios pueblos o de todo ello coherente y complementariamente – que por fin comience a satisfacer dichos requisitos de igualdad entre personas indígenas y no indígenas, pues de esto, de la equiparación en derechos de los individuos, al cabo se trata como podrá verse. La lectura misma puede proceder a las actualizaciones precisas y actuaciones convenientes. No dejaré de registrar las direcciones en internet que mejor mantienen al día. Hoy, con la comunicación en línea, son los libros mismos los que pueden quedar abiertos como si prosiguiesen con páginas en blanco a disposición de quienes lean. Quienes obtengan provecho de éste podrán añadir por su cuenta más que meros apéndices desde luego. Su punto final renuente es punto y seguido consciente. Diversos estadios del libro ya han estado en internet para comentarios e intercambios: <http://www.derecho.us.es//clavero>. Los viajes interamericanos, entre gentes indígenas y ladinás, a los que se refiere la dedicatoria de agradecimiento han podido ser también virtuales.

obra acabada que se ve o que se escucha en portada o en lomo, en biblioteca o en pantalla, en clase o en taller, en solio de academia o en foro de política, en bufete profesional o en corte judicial, en cita o en charla formal o informal, mas puede ser, como en este caso, lo último en concebirse y acuñarse, tras todas las excursiones y explicaciones contenidas en el libro. No se presume, por favor, más sentido de entrada que el anuncio de derecho indígena. Sin prejuicios ni siquiera constitucionales es como puede convenir que se efectúe el abordaje de esta obra. Sería todo más sencillo si nos contentásemos con el trazado de la geografía constitucional. Salud, ánimo y provecho¹⁵.

Pipo Clavero,
Sevilla, 28/XI/2006.

¹⁵ Mi ubicación académica: Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas, Área de Historia del Derecho, Universidad de Sevilla, Andalucía, España, Unión Europea. Mi paradero electrónico: clavero@us.es. El trabajo se comprende en el proyecto de investigación español SEJ2004-06696-C02-01.

III

El Derecho Indígena entre Derecho Constitucional y Derecho Interamericano, Venezuela y Awas Tingni*

Permitiéndoles [a la parte de ciudadanos que hasta hoy se ha denominado indios] el reparto en propiedad de las tierras que les estaban concedidas y de que están en posesión, para que a proporción entre los padres de familia de cada pueblo las dividan y dispongan como verdaderos señores.

Constitución de Venezuela, 1811.

A la luz del artículo 21 de la Convención [Americana de Derechos Humanos, “Derecho de Propiedad Privada”], el Estado ha violado el derecho al uso y el goce de los bienes de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, toda vez que no ha delimitado y demarcado su propiedad comunal.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001.

* Publicado en *Revista IIDH*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 39, 2004 (en línea no sólo por el mismo Instituto, como ya he indicado, sino también, sin mi consentimiento, por el de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, lo que especifico porque la edición es deficiente: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/39/pr/pr11.pdf>).

Hace no tanto tiempo, pongamos que un siglo, el enunciado de este capítulo no tendría mucho sentido, pues tanto el derecho constitucional, el orden fundacional de los Estados, como el derecho interamericano, el internacional que aquí, en América, mediaba entre ellos, no reconocían la existencia de derecho indígena, de derecho de pueblos ubicados o comunidades comprendidas en fronteras estatales, ni siquiera cuando éstas no eran efectivas, unos y otras bajo la amenaza de expansiones coloniales provenientes de tiempos anteriores al establecimiento de Estados que no ponían en cuestión el colonialismo porque se hubiesen constituido independizándose de Europa. Este capítulo, hace un siglo, sería ciertamente breve, pues, si tomamos en serio la expresión de derecho indígena, habría de agotarse con tal constatación. No es que ese derecho no tuviera existencia, pues para los pueblos y comunidades indígenas indudablemente estaba vivo, sino que resultaba inexistente para los Estados, para estas entidades políticas que pretendían y en buena parte aún pretenden detentar el monopolio de la determinación de lo que pueda ser derecho. Entre hace un siglo y hoy en día, algo ha cambiado la posición al respecto por parte del orden de los Estados, tanto del constitucional como del interamericano. Me refiero de entrada a este arco de tiempo, remontándome de momento a principios del siglo XX, porque va a ayudar a hacernos con una perspectiva para el momento actual, el que no simporta por supuesto¹⁶.

1. Hace un siglo, Venezuela.

Ejemplifiquemos con la Constitución de Venezuela de hace un siglo, la de 1904, en la cual encontramos un par de referencias, bien elocuentes, a indígenas, una explícita y otra implícita. Por una parte, a propósito de la asignación de escaños para la representación política, se dispone que “no se computarán en la base de población los indígenas que viven en estado salvaje” (artículo 33). Por otra parte, previamente, tratándose “de la Nación y su territorio” (título I), se ha dispuesto que “Los Territorios Federales, que serán organizados por leyes especiales, son: Amazonas, Cristóbal Colón, Colón, Delta-Amacuro y Yuruarí” (art. 4). La referencia implícita a indígenas es clara tanto por la razón de distinguir a tales específicos territorios frente a los que en cambio forman como Estados la Federación Venezolana (art. 3: Aragua, Bermúdez, Bolívar, Carabobo, Falcón, Guárico, Lara, Mérida, Miranda, Táchira, Trujillo, Zamora y Zulia; estos trece entonces frente a los veinticuatro que son hoy), como también por el mismo significado jurídico de la categoría que se les aplica, la de *territorios federales*. Expliquémonos, pues todo ello pone de manifiesto la ignorancia constitucional del derecho indígena por América, no sólo por Venezuela, hace un siglo.

La razón de distinguir dichos territorios frente a los Estados federados venía expresándose paladinamente por Constituciones venezolanas anteriores de forma que además resultaba más expresiva de la significación de la categoría que se les asignaba, la de *territorios federales*: “Los territorios despoblados que se destinen a colonias, y los ocupados por tribus indígenas, podrán ser separados de las provincias a que pertenezcan por los Congresos constitucionales y regidos por leyes especiales” (1858, art. 4); “la

¹⁶ El texto que ahora compone este capítulo fue al tiempo base y resulta de mi participación en la segunda edición de los *Nuevos Diálogos Interétnicos*, dedicada a *Identidades y Discursos Jurídicos*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela, octubre de 2004. Dejo especial constancia de agradecimiento a Yanet Segovia, alma del encuentro. Mantengo algunos giros más propios de la exposición oral que de la escrita. Al final reúno las referencias. Ahí también las pongo al día. Las mantengo en el texto, por su expresividad, a una exposición de motivos de un proyecto de ley entonces (2004), el de Pueblos y Comunidades Indígenas, que ahora (2006) es ley sin dicho preámbulo, habiéndolo perdido durante el trayecto parlamentario.

Legislatura nacional tiene las atribuciones siguientes: Establecer con la denominación de territorios el régimen especial con que deben existir temporalmente regiones despobladas o habitadas por indígenas no civilizados: tales territorios dependerán inmediatamente del Ejecutivo de la Unión” (1864, 1874, 1881 y 1891, art. 43.22). Obsérvese que comienza por asimilarse *territorios despoblados y territorios ocupados por tribus indígenas o regiones despobladas y regiones habitadas por indígenas no civilizados*, como si dicha ocupación y habitación no constituyesen derecho alguno, para proseguirse por su sometimiento a unas *leyes especiales* que implican la sujeción al *Ejecutivo de la Unión* a los efectos entendidos de *civilización* o transculturación.

Adviértanse las implicaciones. Se produce una exclusión por partida doble; de una parte, de las zonas caracterizadamente indígenas respecto a la capacidad de constituirse como Estados o al reconocimiento de cualquier otra forma del título al propio territorio; de otra parte, de los individuos indígenas respecto a derechos constitucionales y garantías judiciales. Negándoseles determinación propia, no pueden hacerse cargo por sí mismos o al menos no hay por parte del Estado disposición a permitirselo. Quedando sujetos a su poder expedito, se les priva de paso de cualesquier libertades y garantías constitucionales. Dicho sometimiento pudo históricamente concretarse en la cesión del gobierno de los territorios del caso, sin cautela constitucional ninguna, a órdenes religiosas católicas, lo que pone bien de relieve dicha exclusión respecto tanto a poderes colectivos como a derechos individuales. La situación se entiende constitucionalmente como transitoria (“establecer con la denominación de territorios el régimen especial con que deben existir temporalmente regiones despobladas o habitadas por indígenas no civilizados” y hasta que lo sean, se entiende, o también puede sobrentenderse hasta que dejen los indígenas de existir como tales o sin más), por lo cual queda a su vez de manifiesto el requisito para que los individuos indígenas lleguen a gozar de derechos y garantías constitucionales: la renuncia a los propios territorios y recursos, lenguas y culturas; dicho de otra forma, a su constitución en comunidades y condición de pueblos.

Por aquellos tiempos, otra Constitución de Venezuela estuvo pronta a una puntualización sobre el régimen territorial: “Son atribuciones del Presidente de los Estados Unidos de Venezuela: Prohibir la entrada al territorio de la República de los extranjeros dedicados especialmente al servicio de cualquier culto o religión, cualquiera que sea el orden o la jerarquía de que se hallen investidos. Sin embargo, el Gobierno podrá contratar la venida de misioneros que se establecerá precisamente en los puntos de la República donde hay indígenas que civilizar” (1909, art. 80.18). En 1915 la Ley de Misiones se ocupa del endoso a órdenes religiosas de tal tarea de “reducir y atraer a la vida ciudadana las tribus y parcialidades indígenas no civilizadas que aun existen en diferentes regiones de la República”. No es que sea desde luego mera anécdota la circunstancia de quedar bajo tamaña sujeción tal y como, sin ir más lejos, en tiempos de la colonia, pero, entre todas las consecuencias que entrañan privación neta de derechos mediante la asunción constitucional de poderes plenos sin limitación alguna de separación ni contrapeso, ello resulta una secuela más, tampoco la peor entre las pensables, pues cabe el exterminio. Transitorio y todo, era un régimen permanente de excepción y, caso de darse resistencia, de guerra que se tenía por legítima pues respondía al establecimiento y desarrollo de previsiones constitucionales o, más todavía, a un imperativo que se tenía por supraconstitucional, el de civilización cristiana o más en concreto católica.

Desde 1896 el Código Civil de Venezuela establece el monopolio oficial de una lengua: “El idioma legal es el castellano. Las oficinas públicas no podrán usar otro en sus actos, y los libros de cuentas de comerciantes, banqueros, negociantes, empresarios

y demás industriales, deben llevarse en el mismo idioma” (art. 11 del Código de 1896; 13 de los de 1922 y 1942). Puede verse que se dirige especialmente a gentes de otras lenguas europeas, como la inglesa, francesa, holandesa o alemana, presentes en el territorio y el mercado, no sólo por las Guayanas, pero el cierre funcionaba respecto a lenguas indígenas igualmente o incluso en mayor medida pues no se sentía ni siquiera la necesidad de expresarlo a esta banda, tal y como si las mismas llanamente no existieran.

2. Excepción constitucional y regla internacional.

Cuando, en su referencia explícita, la Constitución de hace un siglo ha dicho que “no se computarán en la base de población los indígenas que viven en estado salvaje”, dice más y acerca de más gente de lo que a primera vista parece. Estaba diciéndose que no se tomarían en cuenta como sujetos de derechos a quienes se aferrasen a sus lenguas y culturas, comunidades y territorios, o a quienes siguieran mostrando apego a todo ello en la medida en que lo hicieran. En esto consistía a la hora de la verdad un *estado salvaje* que admitía de hecho graduaciones. He ahí la condición que se depara a quienes también se han dicho *indígenas no civilizados*. Entre presunta civilización y no menos presunta barbarie, cabían estados intermedios. Ser *indígena*, mientras que se fuera y en el grado en el que se fuere, implicaba para el Estado no ser sujeto de derecho ni de derechos, de orden social propio ni de libertades algunas. La regla era así de sencilla, pero su juego resultaba complejo.

El primer pronunciamiento constituyente de Venezuela sobre la presencia de indígenas se refería a “las tierras que les estaban concedidas y de que están en posesión” (1811, art. 200). Con toda la evidencia de que les pertenecían, no se concebía constitucionalmente que pudieran ser titulares por derecho propio. Si había título, era derivado. Estaban sólo *en posesión* de tierras *concedidas*. Unas leyes especiales podrán no sólo privar sin más de derechos, sino también reconocer tierras, ya para distribuir las en propiedad privada, ya también manteniéndolas en dominio comunitario, pero siempre todo esto bajo el supuesto de que el derecho no se tiene. La especialización legislativa puede ser también regional o por pueblos, lo que contribuye a la diferenciación entre indígenas de unas u otras latitudes. En todo caso, el territorio se nacionaliza, o mejor dicho se estataliza, y la tierra, de conferirse, se confiere por el Estado. Toda una serie de leyes sientan el principio y ensayan modalidades. Si sigue habiendo desde luego derecho indígena no dependiente del Estado es por la vía de resistencia o por la de acomodo que, al plegarse, no renuncia a título propio. Podían cambiar políticas, pujando fuertemente la de privatización, pero en cuanto al título último de unos poderes el Estado constitucional pasaba a ocupar la posición graciosa en la que se había con anterioridad absolutamente presumido y relativamente situado una Monarquía colonial. No es que se improvisara ni inventara. Se heredaba. La herencia para el constitucionalismo era el colonialismo, ahora así, por lo que se ve, interiorizado.

Tampoco constituía invento ni improvisación de Venezuela el *régimen especial de territorios* de la referencia implícita. No lo era ni siquiera en cuanto a la intervención misionera, lo que ha constituido por América recurso de Estados aún en los casos o en los periodos de escrupulosa separación constitucional con las iglesias. Constituía un elemento bien definido e incluso definitorio del federalismo americano. Se fraguó por los primeros Estados Unidos, los anglosajones, al tiempo que su Constitución federal, en los años ochenta del siglo XVIII, y al margen de la misma. Sólo se constituyeron en un principio Estados por la franja atlántica, programándose una expansión hacia el oeste mediante la colonización de territorios por población no indígena que, reduciendo o desplazando a la existente, se hiciese con el control de los mismos para la erección e incorporación de nuevos Estados. Así es como se formuló y puso en práctica el régimen

subordinado de los *Territorios* no como alternativa, sino como transición a la autonomía constitucional de los *Estados*, con el requerimiento entendido de la desposesión o la extinción de los pueblos que los habitaban y sin reconocimiento por ende de derecho indígena estricto alguno. Podía así equivaler el tratamiento de *territorios deshabitados* y de *territorios indígenas*. El *régimen territorial* del federalismo típicamente americano resulta entonces, ya de por sí, un programa llanamente genocida. Misiones religiosas inclusive, en la región Colombia era por entonces el Estado que ya marcaba dirección.

Tamaño privación era pensable y factible por obra no sólo del derecho constitucional, sino también del derecho internacional en el sentido esto de interestatal, el ordenamiento entre Estados independientes, el cual se mostraba por entonces tan dispuesto a reconocer Estados de matriz europea como reacio a admitir que pudiera haberlos de otras culturas incluso fuera de la misma Europa. Para el caso de América la pauta se potenciaba ante la propia evidencia de que buena parte del territorio era indígena y de que indígena también no raramente lo resultaba la misma mayoría de la población en territorios controlados por los Estados. Hace un siglo, a principios del XX, estaba ya desarrollándose un derecho internacional específico de América, el derecho interamericano, con la obsesión de fondo de cancelar cualquier posibilidad de reconocimiento de dicha evidencia palmaria, la de existencia de territorios y mayorías indígenas. Las Conferencias Internacionales de Estados Americanos que venían celebrándose más regularmente desde 1889 con el propósito de ir formulando tal derecho internacional específico comenzaba por sentar entre los mismos un principio taxativo: “En América no existe territorio alguno que pueda reputarse *res nullius*”.

No es un principio tan esotérico como parece con su fulminante latinajo. *Res nullius* es cosa o *tierra de nadie* que, según el derecho internacional de entonces, podía ser incorporada por el primer Estado que la avistara y ocupase. No olvidemos un par de detalles: que los territorios indígenas podían asimilarse a los territorios deshabitados y que Estados eran los europeos o, como por América, los de matriz cultural europea. Extráiganse las consecuencias de tan taxativo aserto y entendida implicación por tierras americanas. Tradúzcase en lenguaje paladino: “En América no pueden existir, aunque de hecho existan, territorios que puedan ser reclamados por pueblos indígenas, como tampoco por Estados europeos”, ambas cosas y por dicho orden. El mismo derecho internacional y el interamericano más específico bloquean la posibilidad primera, la de Estado indígena. Es el planteamiento cuyo reverso ya también se formulaba por la doctrina jurídica internacionalista con otro latinajo: *uti possidetis*, esto es, *tal y como estés poseyendo*, el cual, presumiendo la continuidad de las fronteras coloniales salvo modificaciones por medio de Tratados entre los propios Estados, tampoco dejaba espacio ninguno para el reconocimiento ni aún la visibilidad de territorios indígenas. Se presumía que América latina había estado ocupada completa por los colonialismos europeos y que eran las fronteras coloniales mismas, cubriendo igualmente toda la geografía, las que de heredaban por los flamantes Estados de esa matriz europea. La herencia presunta de fronteras redondas era expresión reconocida del legado colonial.

Las Constituciones de Venezuela no dejaban de aplicar dicho principio del *uti possidetis*. Hace un siglo, la de 1904, en línea con las precedentes, arrancaba de esta guisa: “El Territorio de los Estados Unidos de Venezuela es el mismo que en el año de 1810 correspondía a la Capitanía General de Venezuela, con las modificaciones que resulten de Tratados Públicos” (art. 1). Puede que resulte una tercera referencia, otra implícita, a la presencia indígena. Tal principio de la extensión de fronteras era en sí ficticio por estos tiempos constitucionales como lo había sido por los coloniales. Las mismas Constituciones no dejaban de traslucirlo al haberse de referir a *territorios* tanto

deshabitados como, asimilándolos, *indígenas*, territorios de hecho no comprendidos dentro de las fronteras efectivas del Estado, pero se trataba precisamente de fijar el título sobre el territorio íntegro sin dejar cabida ni resquicio para el derecho de los pueblos que los estuviesen eventual o transitoriamente ocupando, esto conforme a la perspectiva de las propias Constituciones. Interesaba el territorio, el derecho del Estado sobre el mismo, más desde luego que la humanidad, más por supuesto que el derecho de unos pueblos, los indígenas, pues esto, el derecho propio, ni se concebía. Era lo que constitucional e internacionalmente se cancelaba de raíz.

La modificación admitida mediante *Tratados Públicos* tampoco dejaba resquicio para consideración alguna de derecho indígena. Para las propias Constituciones, los Tratados eran instrumentos que se acordaban “con otras Naciones” en el sentido de Estados, el excluyente de indígenas, y así acuerdos *internacionales* en la acepción de interestatales (1904, arts. 16, 52.12, 80.15 y 120). No es la forma como siempre se pensaron las cosas. El Acta Constitucional de Nueva Granada, la primera propuesta de Constitución de una Gran Colombia con el designio de abarcar a Venezuela, podía proceder, por más consciente de la ficción de fronteras, a la previsión de “tratados y negociaciones con ellos”, los “indios bárbaros”, a fin de hacerse con sus territorios no por imposición ninguna, sino por las “vías suaves que aconseja la razón y dicta la caridad cristiana” (1811, arts. 24 y 25). El desliz no lo comete la primera Constitución específica de Venezuela, que contiene en cambio todo un programa de acción directa para la trasulturación y descomunitarización (1811, art. 200 citado). No lo cometerán tampoco otras Constituciones aunque hubiera de recurrirse en ocasiones a la práctica de acuerdos que ya tenderían a no formalizarse como Tratados para no comprometer al Estado en reconocimiento ninguno, ni directo ni indirecto, de derecho indígena.

3. Novedades constitucionales y continuidades constituyentes.

Todo lo extraído del caso de Venezuela hace un siglo resulta representativo del tratamiento constitucional de la humanidad indígena a lo ancho y largo de América por aquel entonces. Incluso algo aparentemente tan específico del federalismo como sea el régimen de los territorios también es típico de Estados no federales, donde se da igualmente la excepción de grandes áreas sustraídas a la administración territorial ordinaria con sujeción arbitraria, sin limitaciones ni contrapesos constitucionales, a unos poderes centrales o al gobierno no menos discrecional, o bastante más, de instituciones religiosas, comúnmente católicas. Hay Estados, como en algunas fases la propia Venezuela, que oscilan entre el federalismo de autonomías y la provincialización de dependencias sin que movimientos de aspecto tan pronunciado afecten para nada al régimen de los espacios exceptuados por su condición indígena. Por su parte, el derecho internacional y más todavía el específicamente interamericano, el que invisibilizaba la evidencia indígena, es por definición común. Media con latinajos entre Estados.

Durante el siglo XX se producen novedades ante todo en el orden constitucional. El lenguaje es expresivo de una época y de la determinación de un cambio. Abre camino la Constitución de México en 1917: “Los condueñazgos, rancherías, pueblos, congregaciones, tribus y demás corporaciones de población que de hecho o por derecho guarden el estado comunal tendrán capacidad para disfrutar en común las tierras, bosques y aguas que les pertenezcan o que se les haya restituido o restituyeren (...). Sólo los miembros de la comunidad tendrán derecho a los terrenos de repartimiento y serán inalienables los derechos sobre los terrenos mientras permanezcan indivisos” (1917, arts. 27.VI y VII). Prosigue Perú en 1920: “Los bienes de propiedad del Estado, de instituciones públicas y de comunidades de indígenas son imprescriptibles y sólo podrán transferirse mediante título público, en los casos y en la forma que establezca la ley”

(art. 41); “El Estado protegerá a la raza indígena y dictará leyes especiales para su desarrollo y cultura en armonía con sus necesidades. La Nación reconoce la existencia legal de las comunidades de indígenas y la ley declarará los derechos que les correspondan” (art. 58). La Constitución de Venezuela se mantiene en sus treces en 1924. He aquí su artículo 58: “No se computarán en la base de la población los indígenas no reducidos”; y el 80: “El Gobierno podrá contratar la venida de misioneros que se establecerá precisamente en los puntos de la República donde hay indígenas que civilizar”.

El contraste respecto a Venezuela podrá seguir acentuándose por otros Estados que siguen la vía de México y Perú, pero reparemos en el alcance del cambio. ¿Qué posición está comenzando a reconocerse constitucionalmente? No se trata de derecho de pueblos sobre sus territorios y recursos, derecho entonces al derecho propio, el derecho al propio gobierno y a la propia justicia, derecho a la propia determinación, esto que está en entredicho desde un inicio, sino el más limitado de comunidades a sus dominios colectivos por título dependiente de la decisión del Estado y ejercicio sujeto a la regulación de *la ley*, la ley igualmente estatal y no del propio orden indígena. Es un cambio importante y una garantía apreciable por sí misma y más aún si se le compara con casos de inercia como el venezolano. Recuérdese lo que la Constitución de Venezuela, cambiando tan sólo la forma de expresión, más cuidadosa ahora, pero también igual de poco comprometida, reitera a mediados de siglo: “Corresponde al Estado procurar la incorporación del indio a la vida nacional. Una legislación especial determinará lo relacionado con esta materia, teniendo en cuenta las características culturales y las condiciones económicas de la población indígena” (1947, art. 72).

Hay sin embargo algo no menos importante en común. Se trata del objetivo, el de *la incorporación del indio a la vida nacional*. Con todo lo que ello implica y también con toda la diferencia que media, no es otra la finalidad del reconocimiento de unos derechos comunitarios dependientes de la determinación constitucional de los Estados y subordinados a su legislación y jurisdicción, sólo que en estos casos produciéndose un verdadero compromiso con *las características culturales y las condiciones económicas de la población indígena*. El principio de excepción respecto a Constitución sigue siempre implicándolo, en uno u otro caso, la sola y usual previsión de *legislación especial*, pero no es lo mismo que haya de responder a requerimientos constitucionales especificados o a la simple discreción en manos de los poderes del Estado.

La advertencia de doble filo, por garantía para las comunidades y por apoderamiento del Estado a un tiempo cuando se dispensa derecho indígena por las Constituciones, puede repetirse ante otros pasos que otros Estados, no todavía Venezuela, irán emprendiendo conforme avanza y acelerando a medida que declina el siglo XX, tales como el reconocimiento de lenguas indígenas (Ecuador, 1945; Paraguay, 1967; Perú, 1979; Nicaragua, 1987...) o también de las culturas, lo que se extiende, entre otras manifestaciones, por supuesto a las lenguas (Panamá, 1972; Guatemala, 1985; Colombia, 1991; México y Paraguay, 1992; Perú, 1993; Bolivia, 1994; Nicaragua, 1995; Ecuador, 1996...); o como el reconocimiento constitucional de jurisdicción indígena (Colombia, 1991; Paraguay, 1992; Perú, 1993; Bolivia, 1994; Ecuador, 1998...) o incluso el establecimiento constitucional de algún régimen de autonomía territorial (Nicaragua, 1987; Colombia, 1991...).

¿Ilustramos pronunciamientos? Veamos algunos, sin necesidad de agotarlos, desde unos primeros arranques constitucionales, remontándonos de nuevo, a fin de que puedan apreciarse unos contrastes que son sobre todo entre tiempos. Sean del Ecuador. 1830: “Este Congreso constituyente nombra a los venerables curas párrocos por tutores

y padres naturales de los indios, excitando su ministerio de caridad en favor de esta clase inocente, abyecta y miserable” (art. 78); 1906: “Los Poderes Públicos deben protección a la raza india, en orden a su mejoramiento en la vida social” (art. 128); 1945: “Se reconocen el quechua y demás lenguas aborígenes como elementos de la cultura nacional”, “en las escuelas establecidas en las zonas de predominante población india, se usará, además del castellano, el quechua, o la lengua aborígen respectiva” (art. 5 y 143); 1967: en tales escuelas, “de ser necesario”, será de uso, “además del español, el quichua o la lengua aborígen respectiva, para que el educando conciba en su propio idioma la cultura nacional y practique luego el castellano” (art. 38); 1996: “El Ecuador es un Estado soberano, independiente, democrático, unitario, descentralizado, pluricultural y multiétnico” (art. 1); 1998: “Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes” (art. 191), entre otros pronunciamientos de la Constitución vigente, inclusive un pasaje en quichua que, como si fuera lengua extraña, no deja de traducirse inmediatamente al castellano: “Ama quilla, ama llulla, ama shua. No ser ocioso, no mentir, no robar”, única aparición de idioma indígena para un pronunciamiento constitucional en vigor por América, por toda ella (art. 97.20).

4. Lenguas, silencios, culturas.

Hagamos algún inciso, el primero sobre la lengua. En una cual el castellano minoritaria de partida y en competición como franca con el náhuatl, el quechua o el guaraní, se produce toda una historia constitucional. Hay Constituciones en tales lenguas y también en otras americanas por mandato constitucional, aparte las que se hagan sin esta previsión. Así se tienen hoy por Guatemala en quiché, en mam, en cakchiquel y en kekchí, o también por Venezuela en wayuunaiki, pero se trata de traducciones y de segundo momento además. El original autorizado es siempre el castellano. No hay ni siquiera Constituciones propiamente bilingües. Y la educación tal, bilingüe, se entiende unidireccional con rumbo más o menos impaciente hacia el castellano. La matriz autorizada y el destino programado son los de lengua europea. Cuando finalmente viene, como acabamos de ver, a recogerse como texto principal alguna regla indígena, la traducción es inmediata dentro del propio documento de autoridad. Compárese con los latinajos de curso jurídico sin el detalle por lo usual de la traducción. Y recuérdese que por América muchísima más gente entiende lo que significa y lo que implica *ama quilla, ama llulla, ama shua* que *res nullius* o *uti possidetis*. Sin embargo, una lengua muerta europea conserva mayor autoridad jurídica por América que las lenguas vivas indígenas, todo un síntoma de cuanto constatamos.

He aquí la diligencia literal de la Constitución de Guatemala: “En el curso del año de su vigencia, esta Constitución será ampliamente divulgada en lenguas Quiché, Mam, Cakchiquel y Kekchí” (1985, disposiciones transitorias y finales, 18). Se trata de dicho momento segundo, el de comunicación aplicativa, y no del primero de producción normativa, éste siempre en castellano. Y la divulgación ni siquiera se garantiza con dicha diligencia. Tales lenguas no cubren todo el espacio humano al que presuntamente se dirigen. Como lenguas francas, el castellano y el quiché tampoco lo logran. Si la misma Constitución de Guatemala proclama que “se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres” (art. 58), su propio planteamiento lingüístico habría de ser otro. A la ficción de fronteras políticas se une esta otra, la ficción de lengua normativa, una ficción igualmente operativa a los efectos de imposición de una exclusiva. En el

caso de Venezuela, cuando se plantea un monopolio de idioma, hemos visto que se declara frente a otras lenguas europeas no por respetarse las indígenas, sino bien al contrario, por no tomárseles ni siquiera en consideración.

Caben incisos, o más también se deben, sobre las Constituciones mismas. Sus registros textuales no bastan. Las menciones constitucionales en lengua castellana, aunque las recordásemos todas, no serían suficientes. De una parte, en cuanto que parten de la presunción de poderes propios sobre un territorio sin consideración para con pueblos, las Constituciones completas, todas ellas en su totalidad, afectan a indígenas por América, les nombren o no. De otra parte, las hay que guardan silencio, como las de Bolivia durante todo el siglo XIX o las de Chile prácticamente hasta hoy (salvo un momento inicial de franqueza; 1822, art. 47.6: “Corresponde al Congreso cuidar de la civilización de los indios del territorio”). En el mismo caso del Ecuador ha podido apreciarse un largo lapso de silencio, pues hay unas cuantas Constituciones entre 1830 (“Este Congreso constituyente nombra a los venerables curas párrocos por tutores y padres naturales de los indios”) y 1906 (“Los Poderes Públicos deben protección a la raza india”), lapso que resulta bastante representativo. Es tónica general. La continuidad de unos pronunciamientos constitucionales en el caso de Venezuela, esto en concreto, es un tanto excepcional. Hace más de un siglo, avanzando el XIX, prima más bien el silencio, aunque no inexcrutable pues entre líneas y en el contexto resulta clamoroso.

Tal silencio constitucional que intenta hacer opaca la presencia clamorosa de la humanidad indígena puede representar la posición más denegatoria de cualquier posibilidad de derecho. También el silencio programa genocidio. Encubriendo este efecto bajo un mutismo empecinado hasta hoy tanto en el campo constitucional como también en cuanto a la ignorancia de instrumentos internacionales de los que ahora hablaremos, resulta paradigmático el caso de Chile. Mas vuelvo a decir, pues fácilmente se olvida, que la dimensión genocida del laconismo constitucional es general. Para que se apreciase gráficamente, quizás habríamos de dejar aquí enteros espacios en blanco, o tal vez cubrir páginas completas de rojo y negro. No todo se dice con palabras, ni siquiera por parte de las normas jurídicas comenzándose desde luego por las Constituciones. Las historias constitucionales que se atienen a la letra con toda su carga de presunciones prorrogan el juego siniestro.

Los pronunciamientos apreciativos actuales son desde luego importantes, pero siguen constituyendo en todo caso reconocimientos subordinados a unos presupuestos de apoderamiento estatal y a unos objetivos de incorporación indígena que no se abandonan o que incluso se acentúan. El mismo reconocimiento de culturas resulta compatible con el programa de *nacionalización* cultural o puede incluso constituir una vía hacia este designio. Es elocuente lo que hemos visto que dispusiera la Constitución del Ecuador en 1967 acerca del quichua como vehículo de acceso al castellano y, con todo, a *la cultura nacional*. Más expresivo aún resulta el planteamiento que mantiene la Constitución de Panamá desde 1972: al tiempo que registra “el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat” y hasta reconoce más generalmente “los patrones culturales propios” indígenas, dispone que las correspondientes políticas se conduzcan “de acuerdo con los métodos científicos de cambio cultural” (arts. 63, 104 y 122). Con esto de la ciencia, tras las misiones religiosas no siempre triunfantes, parece llegado el turno de disciplinas como la antropología o también la jurisprudencia para unos objetivos que en el fondo no han cambiado. Rectificación del lenguaje puede significar continuidad de planteamiento.

Tras el reconocimiento de las culturas indígenas, han venido últimamente Constituciones nuevas o reformas constitucionales que enfatizan el multiculturalismo

como principio constitutivo (Ecuador, 1998; México, 2001 o ya en 1992; Bolivia, 1994 y 2004, algún otro más débilmente... y también ahora Venezuela, declarándose “multiétnica y pluricultural”, adoptando “la interculturalidad bajo el principio de igualdad de las culturas” y registrando, con ulteriores especificaciones, el derecho de *los pueblos indígenas* “a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores, espiritualidad y sus lugares sagrados y de culto”, 1999, preámbulo y arts. 100 y 121). Son Constituciones que ya no se permiten tales licencias de lenguaje respecto a un último objetivo de *cambio cultural* o de transición hacia *cultura nacional*, pero resulta más dudoso el cambio efectivo de perspectivas, dado que no proceden a una revisión a fondo de todo el edificio constitucional de raíz monocultural conforme a las nuevas premisas multiculturales que se hacen propias. El doble filo, por lo que de derecho ajeno se reconoce y por lo que de poder propio no se pone en cuestión, puede seguir punzante.

5. De vuelta a Venezuela, 1961 y 1999.

Hemos regresado a Venezuela. Hasta 1999, hasta ayer mismo, su Constitución no tenía nada nuevo que decir al propósito: “La ley establecerá el régimen de excepción que requiera la protección de las comunidades indígenas y su incorporación progresiva a la vida de la Nación” (1961, art. 77). Asentada la excepción, el resto de la Constitución, toda ella entonces, puede producirse como si los pueblos indígenas no existieran, estableciéndose en sus territorios y respecto a sus recursos unos poderes, los del Estado, y aun pudiendo todavía recurrirse a órdenes religiosas como fórmula de transición para acabar de hacer efectivo el propio dominio, el que puja desde hacía siglo y medio. El Concordato suscrito por entonces con la Iglesia Católica ampara expresamente la práctica (1964, art. XII). A las alturas de 1961 o mejor de 1999, pues hasta este año alcanza la vigencia de aquella Constitución, seguía prácticamente diciéndose lo mismo que por un arranque cerca de un par de siglos antes, con el detalle si acaso de que entonces, en un inicio, se rechazaban mediaciones como la religiosa: “Prohibiendo desde ahora que puedan aplicarse involuntariamente a prestar sus servicios a los Tenientes o Curas de sus parroquias, ni a otra persona alguna” (1811, art. 200 citado).

La situación de derecho de los pueblos indígenas para la República de Venezuela no fue estática entre 1961 y 1999, produciéndose incluso alguna novedad a nivel constitucional de los Estados internos que interesará finalmente al giro federal. Un *territorio* pasa a ser Estado en 1992 con previsiones en su Constitución (1993) como las siguientes: “El Estado Amazonas es una entidad política multiétnica y pluricultural” (art. 2); el mismo “reconoce a sus pueblos y comunidades indígenas el derecho a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su fe religiosa y ritos ancestrales, a emplear y fomentar su lengua materna” (art. 11); además, “las tierras ocupadas por los pueblos y comunidades indígenas son de interés social e inalienables; los órganos competentes del Estado (Amazonas) procederán a delimitarlas conforme a sus patrones de asentamiento, para adjudicárselas en propiedad colectiva, según lo previsto a las leyes nacionales que rigen la materia” (art. 12), lo que esencialmente remite a la Ley de Reforma Agraria (1960) que, sin reflejo constitucional todavía, ya registraba en efecto derecho indígena a tierras y recursos bajo la determinación y dependencia legislativas así bien entendidas (art. 2.d, referente a “la población indígena que de hecho guarde el estado comunal o de familia extensiva” y garantizándole “el derecho de disfrutar de las tierras, bosques y aguas que ocupen o les pertenezcan en los lugares donde habitualmente moran sin perjuicio de su incorporación a la vida nacional”). He ahí fórmulas que podrán pasar a la Constitución federal, cuyo giro pronunciado no es en redondo ni tampoco parte de la nada. El flamante Estado Amazonas ya cuenta por su

parte también con himno: “Un emporio bendito es tu suelo/ Del aborígen refugio y hogar/ De la Patria ellos son los primeros/ Y su origen honra nacional”.

Bajo la Constitución federal de 1961, alguna otra Constitución de Estado ya había procedido a algún registro de derecho indígena (Bolívar, 1986; Delta Amacuro, 1993; además de Amazonas, 1993...). Es en 1999, acercándose Venezuela al par de siglos, cuando la Constitución federal sintoniza. Viene a hacerlo con la evolución de doble filo, acentuándola: “El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida...” (art. 119). Se extiende y concreta respecto no sólo al reconocimiento de *pueblos y comunidades indígenas*, sino también al apoderamiento, aun así condicionado, del Estado: “Los pueblos indígenas, como culturas de raíces ancestrales, forman parte de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano como único, soberano e indivisible. De conformidad con esta Constitución tienen el deber de salvaguardar la integridad y la soberanía nacional” (art. 126); “el aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos e, igualmente, está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas. Los beneficios de este aprovechamiento por parte de los pueblos indígenas están sujetos a la Constitución y a la ley” (art. 120).

Es el doble filo que la Constitución misma hace el intento de articular ulteriormente, como la legislación luego de desarrollar. Dejemos constancia de que en el año 2000 se ha promulgado la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas. Se hace por mandato de la Constitución (art. 119 citado y disposición transitoria decimosegunda, marcando el plazo así cumplido de dos años, bien que ahora queda todo el complejo proceso de la demarcación efectiva). Entre Constitución y ley se ha creado una categoría de *hábitat* como tercera categoría entre territorio y tierra, más que tierra por no recluírse en el derecho privado de propiedad y menos que territorio por no acabar de situarse plenamente en el ámbito del derecho público, de un autogobierno de derecho propio. En el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de 1989, ratificado por Venezuela tras la Constitución y también tras la Ley del Hábitat, en 2002, se da un intento de asimilar o al menos acercar las tres categorías (13.2: “La utilización del término tierras... deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”), pero las diferencias y sus problemas están ahí.

La Constitución ha dispuesto que dentro de dicho mismo término de dos años “se le dará prioridad”, lo que en cambio no se ha cumplido dentro de plazo, a un instrumento de mayor alcance, “la Ley Orgánica de Pueblos Indígenas” (disposición transitoria sexta), la cual, junto a ese punto específico y básico de la demarcación territorial, debiera cubrir todos los campos interesantes a la posición indígena. El proyecto alcanza estado parlamentario. Su primera discusión se produce a finales de 2002 y la segunda está pendiente para estos días (hacia octubre de 2004, fecha original de este capítulo; véase el apartado de referencias para la ley ya promulgada). Aparte modificaciones que aún caben, ya hay un índice: derechos territoriales y medioambientales, derechos políticos y civiles, derechos sociales y económicos, derechos culturales y jurisdiccionales, todo ello avanzándose por el doble filo del encuadramiento *nacional* en el sentido de estatal de los derechos indígenas y el

principio que se dice de “autogestión” indígena, pues mal cabe entonces decir autodeterminación o ni siquiera autogobierno como principios estrictos. Los mismos derechos políticos donde ponen el acento es en la participación en ciudadanía común, todo lo cual resulta congruente con la Constitución. Así, con esta incorporación, se entiende que ejercen eso mismo de la “libre determinación” para “autogobernarse” (arts. 1 y 134). Frente al nombre previsto por la Constitución, el proyecto se titula de Ley de Pueblos y Comunidades Indígenas considerando realmente como sujetos más a las segundas que a los primeros. Y el desarrollo legislativo desigual no va acompañado ni en su caso corregido por otro judicial de alcance constitucional, a cuyo efecto la doctrina venezolana está recurriendo como guía, sin valor normativo por supuesto, a la jurisprudencia colombiana.

En lo que interesa a derecho indígena en la Constitución estricta, ésta viene en todo caso a ponerse no sólo en sintonía con la avanzadilla del constitucionalismo latinoamericano, sino también en consonancia con el ordenamiento internacional, que igualmente ha evolucionado, en particular durante la segunda mitad del siglo XX. No voy a proceder en este capítulo al repaso de tal desenvolvimiento. Haré el intento de contemplarlo a través de la propia Constitución de Venezuela en la medida ya de por sí notable en la que también supera en este terreno más general el relativo anacronismo del texto constitucional de 1961. Ya hemos tenido incluso alguna prueba de la actual conexión entre orden internacional y derecho constitucional venezolano. Abunda justamente a lo largo de la Constitución la interactividad de constitucionalismo e internacionalismo por lo que importa además en concreto al cuerpo normativo de los derechos humanos que viene desarrollándose por Naciones Unidas desde hace poco más de medio siglo. La regla es nítida: “El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen” (art. 19).

6. Estados, pueblos, minorías.

La referencia recién vista a *información y consulta* indígenas para la intervención del Estado en su ámbito tiene dicha procedencia internacional. Es contenido sustancial del referido Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales de una agencia especializada de Naciones Unidas, la Organización Internacional del Trabajo, el conocido por su número de serie como Convenio 169. Venezuela, en conformidad con el propio registro constitucional, ya sabemos que lo ratifica tras la Constitución, en 2002. De dicha misma procedencia internacional procede otra previsión constitucional referente a pueblos indígenas. Como tales, como *pueblos*, en cuanto que sujetos de derechos, los reconoce la Constitución (título III, “De los Deberes, Derechos Humanos y Garantías”, capítulo VIII: *De los Derechos de los Pueblos Indígenas*), pero con la siguiente salvedad: “El término pueblo no podrá interpretarse en esta Constitución en el sentido que se le da en el derecho internacional” (art. 126). Es la regla que se sienta en dicho instrumento de la Organización Internacional del Trabajo: “La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional” (art. 1.3).

Adviértase que sigue todavía claramente jugando un principio de excepción. En el orden internacional, los pueblos gozan por lo visto de unos derechos, pero no entonces si son indígenas. En el cuerpo normativo de Naciones Unidas, entre los sujetos de los

derechos humanos figuran efectivamente *los pueblos*. Lo hacen en el mismo principio de los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconociéndoles ambos con idénticas palabras, como premisa de las libertades individuales que a continuación contemplan, la libre determinación en todas esas dimensiones, tanto la civil y política, como la económica, social y cultural: “Todos los pueblos tienen el derecho a la libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural” (1967, art. 1). Por lo visto, unos individuos necesitan para ser libres la libertad del respectivo pueblo, mientras que otros, los indígenas, no precisarían de tan humano requerimiento. Conviene recordar que estos instrumentos, además de constituir el principal desarrollo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, se encuentran ratificados por Venezuela desde 1978, inclusive el protocolo jurisdiccional que refuerza la vinculación al Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Con ellos, como máximos exponentes del orden internacional de derechos humanos, se entiende ahora muy particularmente comprometida la Constitución de Venezuela.

Limitándose de dicha forma el alcance aparentemente general de *todos los pueblos* como el sujeto del respectivo derecho, tal discriminación entre pueblos es lo que asume de forma explícita la Constitución de Venezuela conforme al Convenio de la Organización Internacional del Trabajo. La misma no deja de adoptar enfáticamente una regla de conducta constituyente: “El pueblo de Venezuela” procede, entre otras motivaciones, “de acuerdo con el principio de no intervención y autodeterminación de los pueblos, la garantía universal e indivisible de los derechos humanos, la democratización de la sociedad internacional...”. A la hora de la verdad, *pueblo* se identifica con *Nación* y con *Estado*, comenzando por la venezolana y el venezolano: “Los venezolanos y venezolanas tienen el deber de honrar y defender a la patria, sus símbolos, valores culturales, resguardar y proteger la soberanía, la nacionalidad, la integridad territorial, la autodeterminación y los intereses de la Nación” (art. 130); “Las relaciones internacionales de la República responden a los fines del Estado en función del ejercicio de la soberanía y de los intereses del pueblo; ellas se rigen por los principios de independencia, igualdad entre los Estados, libre determinación y no intervención en sus asuntos internos, solución pacífica de los conflictos internacionales, cooperación, respeto de los derechos humanos y solidaridad entre los pueblos en la lucha por su emancipación y el bienestar de la humanidad” (art. 152). En un campo semántico de tal forma definido mediante la ecuación circular de *pueblo*, *patria*, *nación*, *nacionalidad*, *soberanía* y *estado*, puede fácilmente vaciarse siempre de sentido la identificación de los pueblos indígenas como tales *pueblos* y no entenderseles nunca comprendidos en la categoría por lo que respecta a derechos.

Tanto si se formula en sede de derecho constitucional como en la de orden internacional, la excepción ahora se produce respecto a los derechos humanos, lo cual la hace desde luego más difícil de justificar y sostener. Justificarse no parece que quepa. Sostenerse lo hace por la simple determinación de Naciones Unidas, esto es, de los Estados que las constituyen. Cuando las mismas adoptaron una política de descolonización en 1960 mediante la Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales que ya formulaba el derecho de libre determinación en los mismos términos literales que los Pactos posteriores, antepusieron en ella el siguiente pronunciamiento: “La sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una denegación de los derechos humanos fundamentales, es contraria a la Carta de Naciones Unidas y compromete la causa de la paz y la cooperación mundiales” (art. 1). En lo que interesa a lo pueblos

indígenas, la clave se encierra en la adjetivación como *extranjeras* de la *dominación y explotación*. Así quedan excluidos desde antes de dichos Pactos los pueblos comprendidos dentro de las fronteras metropolitanas de los Estados constituidos, como los indígenas precisamente por América. Los mismos Pactos se formulan sobre dicho entendimiento cada vez, conforme avanza el desarrollo de los derechos humanos, más difícil de justificar y sostener, ya no digo de imponer.

Mientras que tal entendimiento discriminatorio resista en el mismo orden internacional de los derechos humanos, el principio *uti possidetis* del derecho interamericano puede seguir perfectamente operando. Se ha generalizado incluso finalmente por las propias Naciones Unidas aplicándosele a la fijación de fronteras entre los Estados a los efectos de la descolonización, con la continuidad de coordinadas sentadas por el colonialismo y la generación incluso de *dominación y explotación* entre pueblos, ya no *extranjeros*, que ello implica. Pues se trata, con todos sus problemas viejos y nuevos, no sólo de que unas fronteras creen Estados que sigan sin identificarse en rigor con pueblos, sino que las mismas los dividen de forma que se sigue favoreciendo, cuando no fomentando, el dominio y la sujeción entre ellos. Tras la descolonización dirigida por Naciones Unidas, frente a lo que pudiera esperarse, el problema de pueblos privados de derecho propio o en riesgo de perderlo, en vez de remitir, arrecia. Con todo esto, el asunto no ha quedado solventado. No lo da por superado ni siquiera el propio derecho internacional.

Los Pactos intentaron ofrecerle un acomodo al derecho indígena en compañía de otros colectivos no identificados con los Estados en suerte. Serían *minorías* con derechos específicos de carácter individual: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar la propia religión y a emplear su propio idioma” (art. 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos). Conviene agregar de inmediato que este concepto tan inmaterial de cultura ha sido extendido a sus dimensiones materiales por el órgano jurisdiccional de dicho Pacto, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Bien lo advierte en Venezuela precisamente la exposición de motivos del citado proyecto de Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas: “Según la interpretación del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la integridad cultural cubre todos los aspectos de la existencia de un pueblo indígena como cultura diferenciada, incluyendo sus instituciones económicas y políticas, su derecho, sus patrones de uso de la tierra, idioma y religión. En el caso de los pueblos indígenas, el particular estilo de vida asociado al uso de los recursos de la tierra o del agua está siendo reconocido como factor más importante para la preservación de su integridad cultural”.

Agreguemos también que un instrumento en desarrollo de dicho artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración de Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas acordada en un año tan emblemático para América como 1992, no ha recogido tales avances, lo cual tampoco implica que los mismos se cancelen. En el orden internacional, tanto en el general como en el interamericano, está en trance realmente de superación la consideración de los pueblos indígenas como *minorías*, unas minorías ya así, conforme al propio título de dicha Declaración, *nacionales* o más que *étnicas*. Puede ser significativo que la referencia de minoría no se utilice por las Constituciones latinoamericanas que reconocen la presencia indígena. Sólo Paraguay hoy lo hace: “En

el caso de las minorías étnicas cuya lengua materna no sea el guaraní, se podrá elegir uno de los dos idiomas oficiales”, el dicho y el castellano; “Las lenguas indígenas, así como las de otras minorías, forman parte del patrimonio cultural de la Nación” (1992, arts. 77 y 140), bien que tras haber registrado un concepto fuerte del mismo sujeto: “Esta Constitución reconoce la existencia de los pueblos indígenas, definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo” (art. 62). Todo ello resulta reflejo de evoluciones internacionales en curso y en contacto.

7. Derechos internacionales, interamericanos y constitucionales, todos humanos, salvo indígenas.

Entre la titularidad individual de un derecho a la propia cultura, la inmaterial y la material, y su práctica necesariamente colectiva, *en común* (reléase el artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos), el acomodo se ha revelado, aun con extensión tan relevante, insuficiente. Toman nota las propias Naciones Unidas, que actualmente consideran un proyecto de Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas reconociéndoles el de libre determinación en sus diversas dimensiones, la política, la económica, la social y también la cultural, y contemplando, como ejercicio de la misma, una autonomía internacionalmente garantizada y no dependiente por tanto de la determinación constitucional de los Estados. Según las reglas que se formulan y los procedimientos que se articulan en el proyecto, ya no se trataría para los pueblos indígenas, de *información y consulta*, sino de *información y consentimiento*, de esto, de consentimiento ante todo, de aquello que falta desde los orígenes de toda esta historia.

Los derechos humanos, por la misma fuerza de su lógica, pueden deparar desde luego sorpresas en favor de quienes aún padecen discriminación o exclusión. Ya lo han hecho en el espacio precisamente del derecho interamericano, el cual, movido ahora, desde 1948, por la Organización de Estados Americanos, también evoluciona bajo dicha misma inspiración de derechos humanos. Tarda en venir a la consideración de unos derechos de los pueblos o, dicho de otra manera, a la superación de la ecuación cerrada entre *pueblo, nación y estado*. En realidad, lo mismo que el derecho internacional al fin y al cabo, no ha llegado todavía estrictamente a dicho estadio, pero está actualmente tomando también en consideración un proyecto declarativo de derechos indígenas. La sorpresa a la que me refiero no ha venido por esta vía de acuerdo político en el seno de la Organización de Estados Americanos para el desarrollo de un orden interamericano de derechos humanos, sino por otro cauce, el jurisdiccional, de la misma institución americana. Se ha producido mediante sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año 2001, tras la Constitución de Venezuela por tanto.

Se trata del caso *Awas Tingni versus la República de Nicaragua*, del cual ahora nos interesa otro pormenor que el de la motivación de la resolución judicial en derechos humanos, en derechos que no solamente comprometen al Estado de Nicaragua, sino también a otros, como patentemente a Venezuela, y esto a su vez en base no sólo a su ratificación (1977) de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), sino también y ante todo al compromiso de la propia Constitución con los referidos derechos, los humanos. La sentencia de la Corte Interamericana a favor de Awas Tingni se fundamenta concretamente en el artículo 21 de dicha Convención, un reconocimiento de propiedad privada como derecho humano (“Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes”) que en apariencia no interesa a una comunidad que reivindica un dominio colectivo sobre el propio territorio. Ahí es donde viene exactamente la sorpresa. He aquí el razonamiento de la Corte: “El artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal”. En este

ámbito, también conviene reiterar lo que ya nos ha recordado en Venezuela la exposición de motivos del proyecto de Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas y esto es que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el órgano intermediario entre las partes y la Corte, participa en la concepción más integral de la cultura, la material así tanto como la inmaterial, a la que tienen derechos los pueblos indígenas.

Se trata de evidentes extensiones, pero que no son nada arbitrarias. Corrigen un sesgo discriminatorio, cuando no excluyente, del derecho interamericano ya insostenible en tiempos de derechos humanos. Y se basan justamente en reglas de construcción formuladas por la propia Convención Americana de Derechos Humanos (art. 29, “Normas de interpretación” en tal dirección extensiva: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de... d) excluir o limitar el efecto que puedan producir” los instrumentos interamericanos de derechos). Como tal interpretación por la corte competente, no sólo así se resuelve un asunto entre partes, sino que al tiempo se sienta el alcance general de la norma en cuestión conforme a su nuevo entendimiento. A partir de ahora el derecho indígena de carácter colectivo al propio territorio y a los propios recursos puede entenderse que está incluido en la Convención Americana de Derechos Humanos con el consiguiente efecto vinculante para todos los Estados signatarios, Venezuela desde luego comprendida. La sentencia en el caso *Awas Tingni* no afecta en exclusiva al Estado de Nicaragua ni beneficia tan sólo ni en exclusiva a una comunidad indígena entre tantas como existen por América.

Recordemos los términos ya citados de la Constitución de Venezuela: “El aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos e, igualmente, está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas. Los beneficios de este aprovechamiento por parte de los pueblos indígenas están sujetos a la Constitución y a la ley” (1999, art. 120). Compárese con el tenor más categórico y menos condicionado del pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cambian las tornas. Ya no es, como entiende la Constitución, que el derecho indígena dependa del reconocimiento del Estado y haya de conformarse con su legislación, sino más bien al contrario. Son los Estados los que quedan obligados a reconocer el derecho indígena. Son sus leyes, son ante todo sus Constituciones, las que deben conformarse a esta obligación de reconocimiento. El derecho indígena como derecho precisamente humano puede resultar entonces no sólo mayor en contenido, sino también superior en jerarquía. Si nos tomamos plenamente en serio el derecho internacional de los derechos humanos como la Constitución de Venezuela precisamente hace, resulta entonces que la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas ha podido quedar obsoleta a los pocos meses. Es de diciembre de 2000 mientras que la sentencia del caso *Awas Tingni* se emite en el agosto siguiente. Ha sido superada al menos en cuanto a sus principios de determinación por el Estado, pues no necesariamente respecto a previsiones concretas suyas “a los fines de garantizar el derecho a las propiedades colectivas” (art. 1).

Todavía de doble filo con uno, el indígena, ahora más agudo, la situación resulta crecientemente compleja. Ocurre, como tras la descolonización, que los problemas se acrecientan no porque las previsiones no sean tendencialmente justas, sino porque son radicalmente insuficientes. La actual legislación venezolana de reforma agraria, la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (2001), contiene una previsión sobre el asunto indígena muy por debajo de lo que hemos visto en la precedente Ley de Reforma Agraria (1960): “Dentro del régimen del uso de tierras con vocación para la producción agroalimentaria,

se garantiza la protección de la cultura, el folclore, la artesanía, las técnicas ancestrales de cultivo, las costumbres, usos y tradición oral campesinos, así como la biodiversidad del hábitat” (art. 17.6). Compárese. Y advirtamos enseguida que el proyecto de Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades indígenas contiene a su vez la previsión de exceptuarlos del ámbito de aplicación de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario. Lo uno como lo otro penden de ley, la del Estado. Aunque se esté diciendo en Venezuela que los pueblos se autogobiernan y hasta se autodeterminan, sigue determinando el Estado.

Hábitat es un término que venimos viendo repetirse en la Constitución de Venezuela con referencia a indígenas (arts. 119, 120, 160, 327, disposición transitoria decimosegunda). Notoriamente se aplica para no decirse *territorio* por la fuerte implicación actual de este otro término en cuanto espacio no sólo de gobierno del Estado, sino también de asignación al mismo de recursos por encima o por debajo, en el suelo o en el subsuelo, de la propiedad privada de la tierra. Hábitat es entonces, con todo ello, concepto que permitiría un dominio comunitario incluso de significación política, bien que bajo los poderes constitucionales y económicos del Estado. Ya sabemos que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo intenta la cuadratura del círculo entre tierra, territorio y hábitat por asegurar al máximo un derecho indígena que sigue sin definirse en términos netamente políticos. Otras Constituciones latinoamericanas vienen a adoptar dicho mismo empleo de hábitat como sucedáneo de territorio con dicha mismísima función de sobreponer e incluso acentuar unos poderes tanto políticos como económicos del Estado cuando se trata de pueblos indígenas (Paraguay, 1992; México, 2001...). Ya había habido algún uso constitucional (Panamá, 1972). El juego interno viene a ser el mismo que el internacional. Pueblo indígena no puede implicar lo mismo que pueblo no indígena cuando el propio lenguaje en el que viene ahora a adoptarse dicha misma identificación de *pueblos* está en manos de los Estados de matriz ajena o de otras instituciones que, como la Organización Internacional del Trabajo, ni siquiera admiten una representación indígena en su seno.

Concentrándose sus ratificaciones por Latinoamérica, el Convenio 169 viene convirtiéndose en pieza de un derecho interamericano. El estándar oficial del derecho indígena está realmente marcándolo por ahora la Organización Internacional del Trabajo, bien que su mismo instrumento se encuentre a ojos vista en trance de ser superado en el propio espacio del orden internacional, en el general y en el interamericano. En Venezuela, aunque tampoco plegándose plenamente como ya podemos venir apreciando, ese estándar internacional y americano es el que define todavía el horizonte del mismo proyecto de Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, tal y como se expresa por su exposición de motivos: “La mayoría de las Constituciones actuales de los países latinoamericanos reconocen el carácter multiétnico y pluricultural de sus respectivas sociedades como también lo hace la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En el derecho internacional se ha superado el enfoque integracionista y asimilacionista de las normas anteriores referidas a *poblaciones* indígenas y se ha llegado a reconocer y valorar *la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad*, como queda expresado en el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo. Basado en el reconocimiento de la diversidad cultural, el Convenio 169 obliga a las partes a garantizar el respeto a la integridad de los pueblos indígenas”.

En especial tras *Awás Tingni* si su tónica se mantiene, como así parece ante casos subsiguientes, por la jurisdicción interamericana de derechos humanos, he aquí que nos encontramos en una fase transitoria no ya, por supuesto, entre *Territorio* programando

genocidio y *Estado* asumiendo poderes a tal extremo, sino entre reconocimiento constitucional subordinado y reconocimiento internacional de orden superior. El periplo recorrido desde la desposesión constitucional del territorio del pueblo hasta el reconocimiento interamericano de la propiedad de la comunidad es suficientemente expresivo del sentido de una evolución que está lejos todavía de haber llegado a su término. Los derechos humanos constituyen ahora el impulso decisivo desde luego. No identifiquemos con ellos tan sólo los del orden internacional, ya general, ya interamericano. Para la Constitución de Venezuela, como ha podido apreciarse, los derechos que contiene son también, inclusive los de pueblos indígenas, expresamente *humanos*, especificando, desarrollando y garantizando. Dicho de otro modo, no debe haber discontinuidades entre unos y otros órdenes, el constitucional y los internacionales. En esto ha seguido Venezuela la pauta marcada en 1998 por la Constitución de Ecuador.

En consideración de derechos indígenas, la misma Constitución de Venezuela se plantea la superación de un orden internacional en un extremo que les es especialmente desfavorable: “Se garantiza y protege la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnologías e innovaciones de los pueblos indígenas. Toda actividad relacionada con los recursos genéticos y los conocimientos asociados a los mismos perseguirán beneficios colectivos. Se prohíbe el registro de patentes sobre estos recursos y conocimientos ancestrales” (art. 124). Dado que la ciencia empírica, como la que tiene la experiencia de virtudes terapéuticas de especies naturales, no es internacionalmente patentable, viene produciéndose una expropiación masiva de ciencia indígena por parte de empresas transnacionales que patentan y explotan la fórmula analítica del mismo conocimiento extraído de indígenas mediante investigación antropológica o similar. Es una expropiación que hoy se intenta hasta de sus recursos genéticos como humanos. La Constitución está entonces comprometiendo a Venezuela no sólo en la defensa de unos derechos indígenas de propiedad intelectual entre las propias fronteras, sino también en la promoción del cambio de planteamiento en el ámbito del orden internacional, donde ya existe la sensibilidad y el ambiente. Es siempre la lógica de los derechos humanos, de unos derechos humanos no excluyentes ni discriminatorios entre personas ni entre pueblos, la que preside y conduce estos desenvolvimientos.

En una fase de transición como la que está atravesándose a muy variados niveles, desde los derechos de la comunidad y el pueblo hasta los órdenes interamericano e internacional con el Estado siempre todavía de por medio, las contrariedades y contradicciones, los desajustes y conflictos, habrán de irse solventando conforme a normas de interpretación como las referidas del propio derecho interamericano, esto es, sumando y no sustrayendo, potenciando y no reduciendo, dando un paso intercultural en suma. La Constitución no dice la última palabra. Aún menos la tienen las leyes del Estado, ni las anteriores ni las posteriores a 1999 en el caso de Venezuela.

El método ha de ser por fin el de los *diálogos interétnicos* o, quizás mejor, en el mismo sentido, *internacionales*, esto es, diálogos entre culturas y derechos de sujetos varios en concurrencia: de comunidades, de pueblos, de Estados, de un orden interamericano no excluyente de indígenas, como también del internacional o global que lo sea efectivamente de derechos humanos. Las teorías generales del derecho y otras doctrinas jurídicas realmente monoculturales o todas unas prácticas de enseñanza y desempeño profesionales de matriz europea y raíz estatalista habrán de quedar definitivamente desahuciadas. Así cabría el interculturalismo en serio, esto es, en base a un respeto entre culturas y no bajo el peso del desequilibrio dado de hecho que sesga, cuando no impide, la relación e intercambio postulados de derecho. ¿No es esa la

interculturalidad constitucional consecuente con el muticulturalismo jurídico que finalmente corresponde? Para comenzar por un lenguaje tan cargado como el del derecho, no bastaría por supuesto con dejarse de latinajos abriéndoles espacio a principios en lenguas vivas, bien que sería ciertamente todo un progreso: *ama quilla, ama llulla, ama shua*, no vivir explotando, no andar defraudando, no seguir expoliando.

Intercultural, a fuer de multicultural, lo es la Constitución de Venezuela: “Las culturas populares constitutivas de la venezolanidad gozan de atención especial, reconociéndose y respetándose la interculturalidad bajo el principio de igualdad de las culturas” (art. 100); “el Estado fomentará la valoración y difusión de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas, los cuales tienen derecho a una educación propia y a un régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe, atendiendo a sus particularidades socioculturales, valores y tradiciones” (art. 121). El motivo de la interculturalidad ya apareció en la Constitución del Ecuador de 1978 para fundamentarse una educación bilingüe para acceso al castellano como “lengua de relación intercultural” (art. 27; 1996, art. 40). En el mismo Ecuador, la Constitución actual reformula la fundamentación (“El Estado fomentará la interculturalidad, inspirará sus políticas e integrará sus instituciones según los principios de equidad e igualdad de las culturas”), pero mantiene el giro: “El Estado garantizará el sistema de educación intercultural bilingüe; en él se utilizará como lengua principal la de la cultura respectiva, y el castellano como idioma de relación intercultural” (1998, arts. 62 y 69). Hay también Constituciones que recurren al interculturalismo no como operativo habilitador, sino como correctivo reductor de un multiculturalismo apenas aceptado (Argentina y Perú, 1994; Nicaragua, 1995; México, 2001...). Parece con todo que tanto Venezuela como Ecuador se encuentran también en el caso pese al propio principio de *igualdad de las culturas* que ahora comparten. No hay otra posición constitucional de momento.

Constituciones puestas al día, sintonizadas con un contexto latinoamericano y así no disonantes con unos órdenes interamericano e internacional, pueden ofrecer la falsa impresión de acomodo conseguido entre derechos conforme a principios. No hay sin embargo tal cosa ni mucho todavía que se le acerque. Entre derecho constitucional y tales otros órdenes, el interamericano y el internacional, entre unos y otros, el derecho propiamente indígena, un derecho humano que siempre ha existido pese a la ignorancia de todos los otros ordenamientos, se abre paso a duras penas. Recuérdense el síntoma agudo de la lengua y el padecimiento imponente del silencio. Para la Constitución de Venezuela (art. 9), las lenguas indígenas constituyen *patrimonio cultural de la Nación y de la humanidad* sin haber sentado con carácter previo que lo son ante todo de los propios pueblos y a su disposición por supuesto. ¿Y no constituye además la diversidad cultural riqueza de la humanidad y de América antes y no después que patrimonio del Estado en suerte? El silencio, como la invisibilidad, anda finalmente escondiéndose en las menudencias del derecho entre los intersticios del texto.

REFERENCIAS: VIRAJE DE VENEZUELA.

Para introducción oficial a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la vigente: <http://www.constitucion.ve>; entre otras traducciones, se ofrece al wayuunaiki o guajiro: http://www.constitucion.ve/constitucion_view_wu/view/ver_arbol.pag; también en sitio oficial, la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas: <http://www.asambleanacional.gov.ve/ns2/leyes.asp?id=264>; el proyecto de Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas: <http://www.asambleanacional.gov.ve/ns2/leyes.asp?id=512>. De la ley definitiva diré ahora.

Para legislación anterior, con interés el mismo recopilador en misiones, Cesáreo de Armellada, *Fuero Indígena Venezolano*, Universidad Católica Andrés Bello, 1977, ateniéndose a normas del Estado como si no existiera el derecho propiamente indígena ni posibilidad de que lo hubiera. El propio Armellada, *malgré lui*, había puesto de manifiesto la relación de continuidad entre colonialismo y constitucionalismo en el gozne mismo de la conexión hispana: *La causa indígena americana en las Cortes de Cádiz*, Instituto de Cultura Hispánica, 1959.

Para momento más actual, Cletus Gregor Barié, *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina. Un panorama*, Comisión Nacional para Desarrollo de los Pueblos Indígenas, 2003, también en la red como ya he dicho: <http://indigenas.gob.mx/conadepi/iii/cletus>. Para la vertiente internacional, S. James Anaya, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Editorial Trotta, 2005; Ronald Niezen, *The Origins of Indigenism: Human Rights and the Politics of Identity*, University of California Press, 2003; Patrick Thornberry, *Indigenous Peoples and Human Rights*, Manchester University Press, 2002; sobre propiedad intelectual, Tony Simpson, *Indigenous Heritage and Self-Determination: The Cultural and Intellectual Property Rights of Indigenous Peoples*, International Work Group for Indigenous Affairs, 1997.

He abordado por mi parte una y otra vertiente, la constitucional y la internacional, pues las entiendo, cuando no cómplices, bien avenidas como buena pareja, en *Ama Llunku, Abya Yala. Constituyencia indígena y código ladino por América*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001 (arranque del derecho interamericano, pp. 121-126), con el primer capítulo en la red, en el sitio de *Alertanet. Derecho y Sociedad* (<http://alertanet.org>), en el que, bajo el cuidado de Raquel Yrigoyen, podrá obtenerse ulterior y renovada información; mi perspectiva: *Multiculturalismo constitucional, con perdón, de veras y en frío*, en *Revista Internacional de Estudios Vascos*, 47, 2002, pp. 35-62.

Para la situación de derecho bajo la Constitución venezolana de 1961, esto es en las mismas vísperas de la actual, Luís Jesús Bello, *Venezuela*, en Enrique Sánchez (ed.), *Derechos de los Pueblos Indígenas en las Constituciones de América Latina. Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Perú, Venezuela*, Disloque Editores, 1996, pp. 214-235; el mismo L.J. Bello, *Los derechos de los pueblos indígenas en Venezuela*, International Work Group for Indigenous Affairs, 1999.

Más específicamente sobre Venezuela hoy, René Kuppe, *El estado actual del pluralismo jurídico en Venezuela*, en *América Indígena*, LVIII.1-2, 1999, pp. 147-172, y sus *Reflexiones sobre los derechos de los pueblos indígenas en la nueva Constitución de Venezuela y el establecimiento de una sociedad participativa, pluricultural y multiétnica*, en *Anuario Iberoamericano de Historia del Derecho e Historia Contemporánea*, 2, 2002, pp. 257-293; Donna Lee Van Cott, *Movimientos indígenas y transformación constitucional en los Andes. Venezuela en perspectiva comparativa*, en *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, 8, 2002, pp. 41-60.

Para la jurisprudencia constitucional colombiana influyente, a falta de una propia de tal rango, en Venezuela, Willem ASSIES y Rosa GUILLÉN (eds.), *El reconocimiento de los derechos indígenas: Jurisprudencia colombiana y propuestas sobre la jurisdicción indígena en Ecuador y Bolivia*, Colegio de Michoacán, 2001; Carlos Vladimir Zambrano, *Apropiación y reconocimiento de los derechos de la diversidad étnica. Antropología jurídica para la globalidad*, Unión de Universidades de América Latina, 2003, pp. 251-293. Para jurisprudencia propia, Ricardo Colmenares, *El derecho consuetudinario indígena en Venezuela: Balance y perspectivas*, en *Revista IIDH* (Instituto Interamericano de Derechos Humanos), 41, 2005, pp. 83-118.

Para el giro pronunciado de la actual Constitución, el mismo Ricardo Colmenares, *Los derechos de los pueblos indígenas*, Universidad Católica Andrés Bello, 2001; *Constitucionalismo y derechos de los pueblos indígenas en Venezuela*, en el sitio citado de *Alertanet*: <http://www.alertanet.org/dc-rcolme-const-ve.htm>, y en la *Revista CENIPEC*, 21, 2002, pp. 185-217, junto a otros trabajos resultantes de la primera edición de los *Nuevos Diálogo Interétnicos* de la Universidad de los Andes publicados, útiles además a los efectos de orientación

bibliográfica entre antropología inconscientemente colonialista y derecho incipientemente postcolonial (en línea: <http://www.saber.ula.ve/revistacenipec>). CENIPEC es el Centro de Investigaciones Penales y Criminológicas que hospeda los *Diálogos Interétnicos* en su Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Ya he dicho que este capítulo procede de la segunda edición de estos mismos *Diálogos Interétnicos*, la dedicada a *Identidades y Discursos Jurídicos*.

A la nueva constitucionalidad y su incardinación en el derecho internacional también interesa Vladimir Aníbal Aguilar Castro (ed.), *Los conocimientos indígenas amenazados*, Fudacite Guayana, 2002. Para documentación sobre el caso referido de derecho interamericano, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 19-1, 2002; para introducción en castellano, *El caso Awas Tingni contra Nicaragua. Nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas*, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto, 2003; Luis Rodríguez Piñero, *El caso Awas Tingni y la norma internacional de la propiedad indígena de las tierras y recursos naturales*, en Fernando MARIÑO y Daniel OLIVA (eds.), *Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas*, Instituto Universitario de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria, 2004, pp. 221-248.

Puede finalmente añadirse, como reporte más reciente cuando escribí este capítulo y a espera de sucesivas entregas, la sección sobre *Derechos de los Pueblos Indios*, del informe 2002-2003 de PROVEA (Programa Venezolano de Educación – Acción en Derechos Humanos), *Todos los Derechos para Todos*: http://www.derechos.org.ve/publicaciones/infannual/2002_03/index.htm. Al repasar las referencias para la edición del libro, compruebo que ya están publicados los informes de 2003-2004 y 2004-2005, manteniéndose siempre la sección de *Derechos de los Pueblos Indios*. En el último se incluye un *Informe Especial sobre el Derecho a la Vivienda y Hábitat Dignos en Venezuela (1999-2005)* sin ocuparse específicamente del derecho territorial indígena que la Constitución ha venido a definir como *hábitat*, el regulado por la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas. El informe de 2000-2001 arrancaba con unos apuntes críticos sobre ella.

En el repaso entre artículo y libro, 2004 y 2006, veo algo tan significativo, aunque ya sin efecto práctico, como que Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, aprobada finalmente en diciembre de 2005 (<http://www.tsj.gov.ve/gaceta/Diciembre/271205/271205-38344-06.html>), procede a la derogación formal definitiva de la Ley de Misiones de 1915. En asuntos como éste, la historia puede pesar en el derecho incluso cuando deja de determinarlo. La ley al final no incorpora la exposición de motivos tan expresiva que he venido citando, lo que queda por tanto en todo caso como testimonio parlamentario. Las referencias vistas de derecho internacional se sintetizan en el artículo primero: “El Estado venezolano reconoce y garantiza la existencia de los pueblos y comunidades indígenas como pueblos originarios, garantizándoles los derechos consagrados en la Constitución Bolivariana de Venezuela, los tratados, pactos y convenios internacionales y otras normas de aceptación universal...”. Otros pormenores a los que me he referido del proyecto pueden ahora confrontarse en línea para la ley, lo que ahora importa.

En cuanto a las Constituciones de los Estados con registro indígena subsiguiente a la Constitución federal de 1999, la Bolivariana (Amazonas, Anzoátegui, Apure, Bolívar, Delta Amacuro, Monagas, Sucre, Zulia...), pues no dispongo de la colección completa al día, sólo reproduzco, como contraste, las disposiciones respectivas de las Constituciones de los Estados Bolívar, 2001, y Zulia, 2003.

APÉNDICES:

I. PRESENCIA INDÍGENA EN LA CONSTITUCIÓN DE VENEZUELA *.

Título I. Principios Fundamentales.

Artículo 9. El idioma oficial es el castellano. Los idiomas indígenas también son de uso oficial para los pueblos indígenas y deben ser respetados en todo el territorio de la República, por constituir patrimonio cultural de la Nación y de la humanidad.

Título III. De los Deberes, Derechos Humanos y Garantías. Capítulo VI. De los Derechos Culturales y Educativos.

Artículo 100. Las culturas populares constitutivas de la venezolanidad gozan de atención especial, reconociéndose y respetándose la interculturalidad bajo el principio de igualdad de las culturas. La ley establecerá incentivos y estímulos para las personas, instituciones y comunidades que promuevan, apoyen, desarrollen o financien planes, programas y actividades culturales en el país, así como la cultura venezolana en el exterior. El Estado garantizará a los trabajadores y trabajadoras culturales su incorporación al sistema de seguridad social que les permita una vida digna, reconociendo las particularidades del quehacer cultural, de conformidad con la ley.

Capítulo VIII. De los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Artículo 119. El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Corresponderá al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y la ley.

Artículo 120. El aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos e, igualmente, está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas. Los beneficios de este aprovechamiento por parte de los pueblos indígenas están sujetos a la Constitución y a la ley.

Artículo 121. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, cosmovisión, valores, espiritualidad y sus lugares sagrados y de culto. El Estado fomentará la valoración y difusión de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas, los cuales tienen derecho a una educación propia y a un régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe, atendiendo a sus particularidades socioculturales, valores y tradiciones.

Artículo 122. Los pueblos indígenas tienen derecho a una salud integral que considere sus prácticas y culturas. El Estado reconocerá su medicina tradicional y las terapias complementarias, con sujeción a principios bioéticos.

Artículo 123. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y promover sus propias prácticas económicas basadas en la reciprocidad, la solidaridad y el intercambio; sus actividades productivas tradicionales, su participación en la economía nacional y a definir sus prioridades. Los pueblos indígenas tienen derecho a servicios de formación profesional y a participar en la elaboración, ejecución y gestión de programas específicos de capacitación, servicios de asistencia técnica y financiera que fortalezcan sus actividades económicas en el marco del desarrollo local sustentable. El Estado garantizará a los trabajadores y trabajadoras pertenecientes a los pueblos indígenas el goce de los derechos que confiere la legislación laboral.

Artículo 124. Se garantiza y protege la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnologías e innovaciones de los pueblos indígenas. Toda actividad relacionada con los recursos genéticos y los conocimientos asociados a los mismos perseguirán beneficios colectivos. Se prohíbe el registro de patentes sobre estos recursos y conocimientos ancestrales.

Artículo 125. Los pueblos indígenas tienen derecho a la participación política. El Estado garantizará la representación indígena en la Asamblea Nacional y en los cuerpos deliberantes de las entidades federales y locales con población indígena, conforme a la ley.

Artículo 126. Los pueblos indígenas, como culturas de raíces ancestrales, forman parte de la Nación, del Estado y del pueblo venezolano como único, soberano e indivisible. De conformidad con esta Constitución tienen el deber de salvaguardar la integridad y la soberanía nacional.

* <http://www.constitucion.ve/documentos/ConstitucionRBV1999-ES.pdf>.

El término pueblo no podrá interpretarse en esta Constitución en el sentido que se le da en el derecho internacional.

Título IV. Del Poder Público. Capítulo II. De la Competencia del Poder Público Nacional.

Artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional: 32. La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal, penitenciaria, de procedimientos y de derecho internacional privado; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la de crédito público; la de propiedad intelectual, artística e industrial; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria; la de inmigración y poblamiento; la de pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos; la del trabajo, previsión y seguridad sociales; la de sanidad animal y vegetal; la de notarías y registro público; la de bancos y la de seguros; la de loterías, hipódromos y apuestas en general; la de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado; y la relativa a todas las materias de la competencia nacional.

Capítulo III. Del Poder Público Estatal.

Artículo 166. En cada Estado se creará un Consejo de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas, presidido por el Gobernador o Gobernadora e integrado por los Alcaldes o Alcaldesas, los directores o directoras estatales de los ministerios y representación de los legisladores elegidos o legisladoras elegidas por el Estado a la Asamblea Nacional, del Consejo Legislativo, de los concejales o concejales y de las comunidades organizadas, incluyendo las indígenas donde las hubiere. El mismo funcionará y se organizará de acuerdo con lo que determine la ley.

Capítulo IV. Del Poder Público Municipal.

Artículo 169. La organización de los Municipios y demás entidades locales se regirá por esta Constitución, por las normas que para desarrollar los principios constitucionales establezcan las leyes orgánicas nacionales, y por las disposiciones legales que en conformidad con aquellas dicten los Estados. La legislación que se dicte para desarrollar los principios constitucionales relativos a los Municipios y demás entidades locales, establecerá diferentes regímenes para su organización, gobierno y administración, incluso en lo que respecta a la determinación de sus competencias y recursos, atendiendo a las condiciones de población, desarrollo económico, capacidad para generar ingresos fiscales propios, situación geográfica, elementos históricos y culturales y otros factores relevantes. En particular, dicha legislación establecerá las opciones para la organización del régimen de gobierno y administración local que corresponderá a los Municipios con población indígena. En todo caso, la organización municipal será democrática y responderá a la naturaleza propia del gobierno local.

Artículo 181. Los ejidos son inalienables e imprescriptibles. Sólo podrán enajenarse previo cumplimiento de las formalidades previstas en las ordenanzas municipales y en los supuestos que las mismas señalen, conforme a esta Constitución y la legislación que se dicte para desarrollar sus principios.

Los terrenos situados dentro del área urbana de las poblaciones del Municipio, carentes de dueño o dueña, son ejidos, sin menoscabo de legítimos derechos de terceros, válidamente constituidos. Igualmente, se constituyen en ejidos las tierras baldías ubicadas en el área urbana. Quedarán exceptuadas las tierras correspondientes a las comunidades y pueblos indígenas. La ley establecerá la conversión en ejidos de otras tierras públicas.

Título V. De la Organización del Poder Público Nacional. Capítulo I. Del Poder Legislativo Nacional. Sección I. De las Disposiciones Generales.

Artículo 186. La Asamblea Nacional estará integrada por diputados y diputadas elegidos o elegidas en cada entidad federal por votación universal, directa, personalizada y secreta con representación proporcional, según una base poblacional del uno coma uno por ciento de la población total del país.

Cada entidad federal elegirá además, tres diputados o diputadas.

Los pueblos indígenas de la República Bolivariana de Venezuela elegirán tres diputados o diputadas de acuerdo con lo establecido en la ley electoral, respetando sus tradiciones y costumbres.

Capítulo III. Del Poder Judicial y el Sistema de Justicia. Sección I. De las Disposiciones Generales.

Artículo 258. La ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces o juezas de paz serán elegidos o elegidas por votación universal, directa y secreta, conforme a la ley.

La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos.

Artículo 260. Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

Capítulo IV. Del Poder Ciudadano. Sección II. De la Defensoría del Pueblo.

Artículo 281. Son atribuciones del Defensor o Defensora del Pueblo: 8. Velar por los derechos de los pueblos indígenas y ejercer las acciones necesarias para su garantía y efectiva protección.

Título VII. De la Seguridad de la Nación. Capítulo II. De los Principios de Seguridad de la Nación.

Artículo 327. La atención de las fronteras es prioritaria en el cumplimiento y aplicación de los principios de seguridad de la Nación. A tal efecto, se establece una franja de seguridad de fronteras cuya amplitud, regímenes especiales en lo económico y social, poblamiento y utilización serán regulados por la ley, protegiendo de manera expresa los parques nacionales, el hábitat de los pueblos indígenas allí asentados y demás áreas bajo régimen de administración especial.

Disposiciones Transitorias.

Sexta. La Asamblea Nacional en un lapso de dos años legislará sobre todas las materias relacionadas con esta Constitución. Se le dará prioridad a la Ley Orgánica de Pueblos Indígenas, Ley Orgánica de Educación y Ley Orgánica de Fronteras.

Séptima. A los fines previstos en el artículo 125 de esta Constitución, mientras se apruebe la ley orgánica correspondiente, la elección de los representantes indígenas a la Asamblea Nacional y a los Consejos Legislativos Estadales y Municipales se regirá por los siguientes requisitos de postulación y mecanismos:

Todas las comunidades u organizaciones indígenas podrán postular candidatos y candidatas que sean indígenas.

Es requisito indispensable para ser candidato o candidata hablar su idioma indígena, y cumplir con, al menos, una de las siguientes condiciones:

1. Haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad.
2. Tener conocida trayectoria en la lucha social en pro del reconocimiento de su identidad cultural.
3. Haber realizado acciones en beneficio de los pueblos y comunidades indígenas.
4. Pertenecer a una organización indígena legalmente constituida con un mínimo de tres años de funcionamiento.

Se establecerán tres regiones: Occidente, compuesta por los Estados Zulia, Mérida y Trujillo; Sur, compuesta por los Estados Amazonas y Apure; y Oriente, compuesta por los Estados Bolívar, Delta Amacuro, Monagas, Anzoátegui y Sucre.

Cada uno de los Estados que componen las regiones elegirá un representante. El Consejo Nacional Electoral declarará electo al candidato o candidata que hubiere obtenido la mayoría de los votos válidos en su respectiva región o circunscripción.

Los candidatos y las candidatas indígenas estarán en el tarjetón de su respectivo Estado o circunscripción y todos los electores o electoras de ese Estado los podrán votar.

Para los efectos de la representación indígena al Consejo Legislativo y a los Concejos Municipales con población indígena, se tomará el censo oficial de 1992 de la Oficina Central de Estadística e Informática, y las elecciones se realizarán de acuerdo con las normas y requisitos aquí establecidos.

El Consejo Nacional Electoral garantizará con apoyo de expertos indigenistas y organizaciones indígenas el cumplimiento de los requisitos aquí señalados.

Decimosegunda. La demarcación del hábitat indígena, a que se refiere el artículo 119 de esta Constitución, se realizará dentro del lapso de dos años contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de esta Constitución.

II. PRESENCIA INDÍGENA EN LA CONSTITUCIONES DE BOLÍVAR Y ZULIA* .

Constitución del Estado Bolívar (2001).

Título I. Disposiciones Fundamentales.

Artículo 2. El Estado Bolívar es una entidad multiétnica y pluricultural de la República Bolivariana de Venezuela, donde se garantiza la convivencia armónica de todos sus pobladores. El Estado Bolívar reconoce la biodiversidad ecológica, genética y biológica. Los recursos naturales existentes en la jurisdicción del Estado Bolívar son patrimonio inalienable; su aprovechamiento y conservación estará al servicio de los intereses de sus habitantes y los de toda la Nación.

Artículo 9. El idioma oficial en el Estado Bolívar es el castellano. Los idiomas de los pueblos indígenas también son de uso oficial para sus respectivos pueblos y deben ser respetados en todo el territorio del Estado, por constituir patrimonio cultural de la Nación y de la humanidad. Asimismo, el Estado Bolívar promoverá que estos idiomas indígenas sean respetados en todo el territorio nacional, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. El Estado tomará las medidas necesarias para promover y proteger estos idiomas y evitar su extinción.

Título III. De los Deberes, Derechos Humanos y Garantías. Capítulo II. De los Deberes Civiles.

Artículo 34. 7. Toda persona puede transitar libremente por el territorio del Estado Bolívar, entrar y salir, cambiar de domicilio y residencia, trasladar bienes, sin más limitaciones que las de la Ley. En los territorios de los pueblos indígenas se respetará lo que establezcan sus costumbres ancestrales, sin menoscabo de la prohibición constitucional de extrañamiento del territorio estatal.

Capítulo V. De los Derechos de los Pueblos Indígenas del Estado Bolívar.

Artículo 62. El Estado Bolívar reconoce la existencia de todos los pueblos indígenas ubicados en toda su geografía, como los antiguos y autóctonos pobladores de su territorio, los cuales constituyen, junto con los demás pueblos indígenas del mundo, patrimonio cultural de la humanidad.

El Estado Bolívar reconoce a sus pueblos indígenas todos sus derechos de organización social, política y económica, culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, territorios, hábitat y derechos sobre sus tierras, necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida, conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes nacionales, esta Constitución y demás leyes del Estado.

Artículo 63. El Estado Bolívar reconoce la potestad del Ejecutivo Nacional de demarcar las tierras de los pueblos indígenas asentados en su territorio. En la demarcación de sus tierras colectivas, participarán los respectivos pueblos indígenas. El Estado garantiza el derecho a la propiedad colectiva de las tierras indígenas y su carácter inalienable, imprescriptible, inembargable e intransferible, conforme a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley.

Artículo 64. Los pueblos indígenas del Estado tienen derecho a mantener y promover sus propias prácticas económicas basadas en la reciprocidad, la solidaridad y el intercambio; sus actividades productivas tradicionales; su participación en la economía estatal y a definir sus prioridades; a los servicios de formación profesional y a participar en la elaboración, capacitación, servicios de asistencia técnica y financiera que fortalezcan sus actividades económicas en el marco del desarrollo local sustentable. El Estado garantizará a los trabajadores pertenecientes a los pueblos indígenas la protección y el goce de los derechos que confiere la legislación laboral.

Artículo 65. El aprovechamiento de los recursos naturales de los territorios y el hábitat indígenas por parte del Estado y los particulares, se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos e igualmente está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas. Los beneficios de este aprovechamiento por parte de los pueblos indígenas del Estado, quedan sujetos a la Constitución y la ley.

Artículo 66. Los pueblos indígenas del Estado Bolívar, tienen derecho a mantener y desarrollar su identidad étnica y cultural, valores, cosmovisión, espiritualidad y sus lugares sagrados y de culto. El Estado Bolívar fomentará la valoración y difusión de las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas, los cuales tienen derecho a una educación propia y autóctona y a un régimen educativo de carácter intercultural y bilingüe, atendiendo a sus particularidades socioculturales, valores y tradiciones.

* Se encuentran en los respectivos sitios oficiales: <http://www.e-bolivar.gov.ve/documentos/general.php>; <http://www.gobernaciondelzulia.gov.ve/index.asp>.

Artículo 67. Los pueblos indígenas del Estado Bolívar, tienen derecho a una salud integral que considere sus prácticas y culturas. El Estado reconoce su medicina tradicional y terapias complementarias, con sujeción a principios bioéticos.

Artículo 68. El Estado Bolívar, garantiza y protege la propiedad intelectual colectiva de los conocimientos, tecnología e innovaciones de los pueblos indígenas. Toda actividad relacionada con los recursos genéticos y los conocimientos asociados a los mismos, perseguirán beneficios colectivos. Se prohíbe el registro de patentes sobre estos recursos y conocimientos ancestrales.

Artículo 69. En virtud del derecho a la participación política de los pueblos indígenas, el Estado Bolívar garantizará su representación en el Consejo Legislativo y en los demás organismos de elección popular situados en la jurisdicción territorial del Estado Bolívar, donde existan pueblos indígenas. Los pueblos indígenas, también participarán en los organismos de la sociedad civil que coadyuven en su actividad política, conforme a la ley nacional y estatal.

Artículo 70. Los pueblos, las comunidades y las etnias indígenas asentadas en el territorio del Estado Bolívar, constituyen sistemas sociales completos y culturales diferentes, cuyas estructuras y contenidos integran y enriquecen el patrimonio del Estado, la nación y la humanidad. Esta pluralidad social, cultural y humana le confiere al Estado su condición de conglomerado social esencialmente multilingüe, multiétnico y pluricultural.

Artículo 71. La presente Constitución será traducida a los diferentes idiomas de los pueblos indígenas que habitan el territorio del Estado Bolívar.

Artículo 72. Es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma, del futuro de Venezuela, del Estado Bolívar y del mundo. Toda persona tiene derecho, individual y colectivamente, a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado. El Estado Bolívar protegerá el ambiente, la diversidad biológica, los recursos genéticos, los procesos ecológicos, los parques nacionales y monumentos naturales y demás áreas de especial importancia ecológica.

Es una obligación fundamental del Estado Bolívar, con la activa participación de la sociedad, garantizar que la población se desenvuelva en un ambiente libre de contaminación en donde el aire, el agua, los suelos, las costas, riberas, el clima, la capa de ozono y las especies vivas, sean especialmente protegidos, de conformidad con la ley.

Artículo 73. El Estado Bolívar desarrollará en el ámbito de sus competencias y conforme a los principios y criterios que establezca la ley orgánica nacional, una política de ordenación del territorio, atendiendo a las realidades ecológicas, geográficas, poblacionales, sociales, culturales, económicas, políticas, de acuerdo con las premisas de desarrollo sustentable, que incluya la información, consulta y participación ciudadana.

Artículo 74. La conservación, protección y defensa del ambiente y los recursos naturales serán objeto de tutela jurídica por el Estado Bolívar, en sus diversos elementos físonaturales y sociales, de conformidad con su competencia en la materia y lo que disponen las leyes.

El aprovechamiento, explotación y conservación de los bosques estará sometido a la supervisión y vigilancia de las autoridades del estado y de los municipios con la participación ciudadana, en coordinación con las autoridades nacionales, conforme a lo previsto en la legislación aplicable.

El Estado Bolívar creará un organismo que se encargará de la vigilancia, cuidado, protección y preservación de los ríos, lagos y lagunas, dentro de su ámbito territorial.

Artículo 75. Será objetivo del Estado Bolívar, dentro de la normativa legal correspondiente, definir los mejores parámetros de aprovechamiento de sus recursos, de acuerdo con la indispensable transformación socio-económica del mismo, en atención a sus características, condiciones y capacidad ecológica.

Artículo 76. El Estado Bolívar establecerá, a través de las autoridades competentes, un sistema de control de las actividades que requieren la utilización de recursos naturales que se ajuste a la dinámica del desarrollo económico, social y de la protección de la naturaleza.

Título V. De la Organización del Poder Público Estatal. Capítulo I. Del Consejo Legislativo. Sección I. Disposiciones Generales.

Artículo 95. (...) Los pueblos indígenas del Estado Bolívar elegirán un diputado al Consejo Legislativo, conforme a la ley electoral, respetando sus tradiciones y costumbres.

Artículo 97. Además de los diputados del Consejo Legislativo, podrán asistir con derecho a voz, pero sin voto, a los fines de participar en la función legislativa, (...) un representante de los pueblos indígenas que habitan en el Estado (...).

Sección VI. De la Formación de las Leyes.

Artículo 131. Tendrán derecho de palabra en los procedimientos legislativos (...) los representantes de las comunidades indígenas (...).

Título VI. Del Poder Ciudadano. Capítulo II. De la Defensoría de los Habitantes del Estado Bolívar.

Artículo 186. Son atribuciones de la Defensoría de los Habitantes del Estado: Velar por los derechos de los pueblos indígenas del Estado y llevar a cabo las actuaciones necesarias para su garantía y efectiva protección

Título VII. Del Consejo de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas.

Artículo 195. De conformidad con lo establecido en la Constitución de la República, en el Estado Bolívar habrá un Consejo de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas, presidido por el Gobernador e integrado por los Alcaldes; los directores estadales de los ministerios, una representación calificada de las corporaciones adscritas a la administración nacional central y descentralizada establecida en el Estado, una representación de los diputados del Consejo Legislativo, una representación de los concejales y una representación de las comunidades organizadas, incluyendo las indígenas. El mismo funcionará y se organizará de acuerdo con lo que disponga la ley nacional.

Título VIII. Del Poder Municipal. Capítulo I. Disposiciones Generales.

Artículo 197. (...) La ley estatal sobre régimen municipal asegurará el establecimiento de diferentes regímenes para la organización, gobierno y administración de los Municipios del Estado, incluso en lo que respecta a la determinación de sus competencias y recursos, atendiendo a las condiciones de población, desarrollo económico, capacidad para generar ingresos fiscales propios, situación geográfica, población indígena, elementos históricos y culturales y otros factores relevantes.

Artículo 201 (...).El Estado tomará en cuenta la población indígena, a fin de promover la creación de Municipios y Parroquias indígenas en su territorio.

Disposiciones Transitorias.

Sexta. (...) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 71, de la presente Constitución, ésta será traducida a los diferentes idiomas de los pueblos indígenas que habitan el territorio del Estado Bolívar.

Constitución del Estado Zulia (2003).

Título I. Principios Fundamentales.

Artículo 8. El Estado Zulia fomentará la valoración y difusión de las manifestaciones culturales de la comunidades indígenas y su derecho a una educación propia, intercultural y bilingüe atendiendo a sus valores y tradiciones.

Artículo 9. El idioma oficial es el castellano; pero en atención a la condición multiétnica y pluricultural del Estado Zulia, también son de uso oficial, en los pueblos indígenas que habitan su territorio, los respectivos idiomas o lenguas, los cuales se reconocen como Patrimonio Cultural de la Nación y de la Humanidad, debiendo promoverse el respeto y conocimiento de los mismos. La enseñanza que se imparta en las comunidades indígenas comprenderá el idioma castellano y el respectivo idioma o lengua.

Título II. Del Poder Público Estadal. Capítulo III. De la Competencia del Poder Público Estadal.

Artículo 26. Es competencia del Estado Zulia, en concurrencia con el Poder Nacional o el Municipal, entre otras: (...) 8. La promoción, protección y mejoramiento de las comunidades indígenas, atendiendo a sus derechos fundamentales.

Título III. De los Municipios y de la Descentralización.

Artículo 28. La legislación estatal que se dicte para la organización de los Municipios y demás entidades locales territoriales atenderá a las normas que para desarrollar los principios establecidos en la Constitución de la República, establezcan las leyes orgánicas nacionales, considerando especialmente la condición del Estado Zulia como Estado-Región, entidad federal fronteriza, multiétnica y pluricultural. Dicha legislación establecerá diferentes regímenes para la organización, gobierno y administración de los Municipios del Estado.

Título VII. Del Consejo de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas.

Artículo 36. El Consejo Estatal de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas estará integrado por el Gobernador del Estado, quien lo preside, por los alcaldes de los municipios que conforman el Estado, por los Directores Estadales de los Ministerios, por los Presidentes o representantes legales de los institutos o corporaciones nacionales que actúen en el Estado, la representación de los diputados elegidos por el Estado ante la Asamblea Nacional, del Consejo Legislativo y de los Concejos Municipales respectivamente, así como de las comunidades organizadas y las indígenas.

V

Reconocimiento Mapu-Che de Chile: Tratado ante Constitución*

Son chilenos: Los nacidos en el territorio de Chile.

Constitución de Chile, 1822.

Kimnieel fij mapu mew tañi kimgen kvme felen kisugvnew felen xvr kvme mvlen. Tvfaci zugu ñi mvleken mvleyem yamvwnn ka xvr kvme nor felen kom pu reñmawke ce mew (...).

Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana (...).

Kom Mapu Fijke Az Tañi Az Mogelean /
Declaración Universal de Derechos Humanos.

* Publicado en *Derecho y Humanidades*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 13, 2007.

Constituciones y Tratados o, mejor dicho, Tratados y Constituciones presiden la fundación de Estados de cara a los pueblos indígenas y frente o junto a sus derechos como tales, como pueblos. Hay casos que unen el sigilo de las Constituciones a la locuacidad de los Tratados viniendo al final el Estado a fundarse en un imperio normativo de las primeras, de las Constituciones, que sólo cabe erigirse sobre el quebrantamiento acabado de los segundos, de los Tratados. El presunto cadáver se oculta en el armario, en un clóset donde hiberna vivo. La postura oficial de Estado podrá llegar a ser la de que nunca hubo Tratados y que además, para remate, ya no quedaban indígenas que pudieran considerarse parte con los derechos correspondientes puesto que a todos alcanzaría una misma ciudadanía. No es que haya luego resurrecciones, sino que el cementerio del ordenamiento quedaba poblado de criaturas dadas falsamente por fallecidas. Hay historias que entrañan derechos porque se generan entre ellos, se desenvuelven contra ellos y nunca acaban con ellos. Sólo el genocidio consumado extingue entonces el derecho. El nombre del caso paradigmático es Chile¹⁷.

1. Una reforma constitucional.

En octubre de 1991 la Presidencia de la República de Chile, conforme a un compromiso adquirido solemnemente por escrito durante la campaña electoral cerca de un par de años antes, presenta ante la Cámara de Diputados una propuesta de reforma constitucional con vistas al reconocimiento de la presencia indígena a dicho nivel fundamental del ordenamiento del Estado¹⁸. Comienza proponiéndose este añadido concesivo al mismísimo artículo primero de la Constitución: “El Estado velará por la adecuada protección jurídica y el desarrollo de los pueblos indígenas que integran la Nación chilena”. No es estrictamente un reconocimiento de derecho a un tal nivel normativo, pero representa una importante novedad para una República que guarda de tiempo el silencio constitucional más impasible sobre dicha presencia humana¹⁹.

A mediados de 1992, de este año emblemático para el asunto, la Cámara de los Diputados aprueba por amplísima mayoría, casi unánimemente, la referida propuesta con un cambio en el orden de enunciación entre los factores cuyo motivación no resulta sólo de esmero gramatical, pues antepone la integridad de Nación: “El Estado reconoce y ampara a los indígenas que integran la Nación chilena y velará por su desarrollo y su adecuada protección jurídica”. Ahí muere esta iniciativa de reforma constitucional. No tiene en cuanto tal curso ulterior. Se cruza una propuesta de ley para “protección,

¹⁷ Entre finales de junio y principios de julio de 2006 visité Chile como miembro de una misión de la Federación Internacional de Derechos Humanos (<http://www.fidh.org>) en compañía de Luíís Rodríguez-Piñero y con la asistencia técnica sobre el terreno de Víctor Toledo y Sergio Fuenzalida del Centro de Políticas Públicas y Derechos Indígenas (<http://www.politicaspUBLICAS.cl>), donde tuve ocasión de comprobar en vivo, entre otros hechos más preocupantes todavía a los que me referiré, el negacionismo académico de simples hechos, ya no digo de derechos. Fue la espoleta de este capítulo.

¹⁸ Víctor TOLEDO LLANCAQUEO, *Trayectorias de una negación. La transición chilena y el compromiso de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, 1989-2006*, Santiago, Centro de Políticas Públicas y Derechos Indígenas, 2006, en línea: <http://www.politicaspUBLICAS.cl>, ofreciendo en anexo una colección de textos más nutrida de lo que aquí reflejo: “Jugando a las escondidas. Proyectos de reforma constitucional relativos a pueblos indígenas presentados por el ejecutivo y parlamentarios, 1991-2006”. Pues no soy ciudadano de Chile, no me permito más humorismo que el que transmite Víctor Toledo.

¹⁹ Para información sobre la humanidad involucrada distinguiéndose entre pueblos, José AYLWIN, (coordinador), *Los derechos de los pueblos indígenas*, Temuco, Instituto de Estudios Indígenas, 2003.

fomento y desarrollo de los indígenas” que se aprobaría al cabo de menos de un año²⁰, como si entonces ya fuera superfluo algún reconocimiento constitucional o de un modo más propio, por menos concesivo, de derechos. Tras algún que otro intento fallido, se producirá finalmente en el Senado una iniciativa que en parte y tras algunas vicisitudes llegará al puerto de una aprobación parlamentaria. Estamos a mediados del 2000.

Se sigue siempre interesando al artículo primero constitucional tratándose ahora de agregarle el siguiente pronunciamiento: “El Estado promoverá el respeto y desarrollo de las culturas de los pueblos indígenas y garantizará a sus integrantes la plena participación social en iguales términos que a los demás sectores o grupos que conforman la Nación chilena”. A principios de 2002 se aprueba por el pleno del Senado con cambios de redacción, tampoco inocentes, y la anteposición de una frase: “La Nación chilena es indivisible. El Estado reconoce la diversidad de origen de los chilenos que forman parte de la Nación y declara su especial preocupación por las poblaciones indígenas originarias, a las cuales garantiza su derecho a fortalecer los rasgos esenciales de su identidad”. Paralizado su curso parlamentario, al cabo de unos meses el gobierno propondrá otra fórmula que será rechazada por el Senado: “La Nación chilena es indivisible. El Estado reconoce la existencia de etnias indígenas originarias, entre éstas, la Mapuche, la Aimara, la Rapa Nui o Pascuense; las comunidades Atacameñas, Quechuas, Collas, Kawashkar o Alacalufe y Yámana o Yagán. Ellas constituyen parte esencial de las raíces de la Nación chilena. Es deber del Estado respetar su identidad y promover su cultura y tradiciones”.

La premisa ya parece invariable: “La Nación chilena es indivisible”, a lo cual enseguida se añadirá, con toda lógica, que además y ante todo “una”. El gobierno insiste con una nueva iniciativa a finales de marzo de 2005 separando oraciones y ampliando referencias. La premisa de unidad se destaca elevándose a un momento anterior del artículo primero mientras que el registro indígena permanece al final del mismo como agregado que no forma párrafo propio: “Intercálanse en el artículo 1° el siguiente inciso tercero nuevo, pasando los actuales incisos tercero, cuarto y quinto, a ser incisos cuarto, quinto y sexto, respectivamente: La Nación chilena es una e indivisible. Reemplázase el inciso final del artículo 1° por el siguiente: Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional. Especialmente, la ley garantizará el derecho a conservar, desarrollar y fortalecer la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones espirituales, sociales y culturales de los pueblos indígenas que habitan el territorio nacional”²¹. El Senado rechaza la propuesta a finales de mayo, pero con esto no se pone término a su trayectoria.

²⁰ Puede encontrarse en el banco de la Biblioteca del Congreso Nacional: <http://www.bcn.cl/portada.html>, al que cabe perfectamente acceder por el portal del Congreso mismo: <http://www.congreso.cl>.

²¹ Para la debida ubicación, añadiendo la numeración de incisos o párrafos, he aquí el primer artículo de la Constitución a dichas alturas: “(1.) Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. (2.) La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. (3.) El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos. (4.) El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece. (5.) Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar

A principios de 2006 la misma propuesta se sustancia ante la Cámara de Diputados con un ligero retoque en la composición de párrafos. El pronunciamiento referente a indígenas no figura como parte del último inciso del artículo primero, el que comienza por la seguridad nacional y prosigue con la protección de la población y la familia, sino como apartado distinto, formando él solo el último párrafo. De esta forma se someten a votación separada el pronunciamiento sobre la unidad indivisible de la Nación y ese otro referente a identidad indígena que estaba en el origen de todo este proceso. El 10 de enero de este año, 2006, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados aprueba por unanimidad un inciso: “La Nación chilena es una e indivisible”, y rechaza rotundamente, sin ningún voto a favor, el otro: “Especialmente, la ley garantizará el derecho a conservar, desarrollar y fortalecer la identidad, idiomas, instituciones y tradiciones espirituales, sociales y culturales de los pueblos indígenas que habitan el territorio nacional”. A partir de este momento la reforma constitucional para el reconocimiento de la presencia indígena se contrae al pronunciamiento sobrevenido: “Intercálase en el artículo 1° de la Constitución Política de la República el siguiente inciso tercero, nuevo, pasando los actuales incisos tercero, cuarto y quinto a ser cuarto, quinto y sexto, respectivamente: La Nación chilena es una e indivisible”. Por el trámite de urgencia se remite al Senado el mismo día 10 de enero.

El Senado recibe la propuesta de la Cámara de Diputados, bajo el título ahora definitivamente extraño de “reforma constitucional sobre pueblos indígenas”, pasándola por trámite ordinario, “sin urgencia”, a la propia Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, donde el asunto permanece cuando escribo, en octubre de 2006. La única discusión habida por ahora en el Senado es la referente al trámite de urgencia que se retira. Quien me lea tiene forma fácil de ponerse al día sobre tan llamativo registro de la presencia indígena: “La Nación chilena es una e indivisible”²². El primer paso parlamentario ya había sido el de anteponer la integridad nacional al reconocimiento indígena. Con todos sus altibajos, el proceso guarda una lógica.

Es esto, registro indígena, dicha proclamación de unidad e indivisibilidad de Nación no sólo porque así se siga llamando el trámite parlamentario. Tal es la forma de proceder a un reconocimiento a la que se muestra dispuesta Chile, la de no reconocer. Lo explica la información sobre el estado del procedimiento de esta reforma constitucional que ofrece la propia legislatura chilena: “El proyecto considera que la consagración constitucional de los Pueblos Indígenas, así como de sus derechos económicos, sociales y culturales fundamentales, implica no sólo una consecuencia natural de integración de todos los sectores de la sociedad chilena, sino, sobre todo, un deber primordial con miles de chilenos que desean resguardar las raíces de nuestro pueblo”, *nuestro* por supuesto como lo no indígena de hoy junto a lo indígena de ayer.

2. Una constante constituyente.

Puede entenderse que entre la Cámara de Diputados y el Senado se haya perdido la urgencia si se tiene en cuenta que no es otra la posición constitucional de Chile desde sus mismos orígenes como Estado independiente de la Monarquía española. Y lo es que

el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”. La Constitución al día puede encontrarse por supuesto en sitio oficial: <https://www.presidencia.cl/view/pop-up-nueva-constitucion-texto.asp>.

²² El sitio del Senado mantiene buena información sobre trámites de proyectos. Conviene entrar en los links de la página relativa a esta reforma: <http://sil.senado.cl/pags/index.html>. El detalle que sigue en el próximo párrafo figura en http://alegislativo.bcn.cl/alegislativo/site/pry/fset1_4069-07.html.

se encuentra además a estas alturas bien asegurada por la Constitución tal y como está sin cambiarle ni una coma. Chile constitucionalmente no sólo es que sea uno, sino que es encima unitario, tan indivisible que no admite ni tan siquiera posibilidad de autonomías territoriales, permitiendo descentralización tan sólo y si acaso por delegación. Así categóricamente se establece por los primeros párrafos del artículo tercero de la Constitución actual: “El Estado de Chile es unitario, su territorio se divide en regiones. Su administración será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, en conformidad con la ley”. Veamos en unos orígenes²³.

En 1822 ya se procede al trazado de la geografía de Chile por Constitución, marcándose sustancialmente aquella a la que, tras algunos desplazamientos frente a Bolivia y Perú y con la salvedad de una agregación extracontinental como la de Rapa Nui o Pascua, se refiere tal principio de unidad indivisible: “El territorio de Chile conoce por límites naturales: al sur, el Cabo de Hornos; al norte, el despoblado de Atacama; al oriente, los Andes; al occidente, el mar Pacífico. Le pertenecen las islas del Archipiélago de Chiloé, las de la Mocha, las de Juan Fernández, la de Santa María y demás adyacentes” (art. 3). Y se identifica además una presencia: “Corresponde al Congreso: 6. Cuidar de la civilización de los indios del territorio” (art. 47). Se reconoce constitucionalmente que por dicha geografía, entre Atacama y Hornos, hay *indios* a fin de situárseles bajo el poder del Estado en dichos términos que resultan suspensivos de cualquier derecho. Han de someterse a *civilización*, a la pérdida de sus propias culturas y al abandono del control de sus territorios y recursos, antes de incorporarse al ejercicio de una *ciudadanía* en la que en principio se encuentran incluidos o de la que al menos no están explícitamente excluidos (tít. III, cap. II, “De los Ciudadanos”).

Es la primera y la última mención expresa de la presencia indígena en la historia de las Constituciones de Chile. Aparte la cancelación de este registro, que ya se produce en 1823 resultando así definitiva, la Constitución de 1828 trae la novedad de una especificación en la identificación de la geografía de la República: “Su territorio comprende de Norte a Sur, desde el desierto de Atacama hasta el Cabo de Hornos, y de Oriente a Occidente, desde las Cordilleras de los Andes hasta el mar Pacífico, con las islas de Juan Fernández y demás adyacentes. Se divide en ocho Provincias, que son: Coquimbo, Aconcagua, Santiago, Colchagua, Maule, Concepción, Valdivia y Chiloé”. Es también la primera y la última vez que se procede a la enumeración constitucional de las provincias que conforman un mapa político. Puede entenderse. Si se compara la definición del territorio con la composición de sus piezas salta a la vista una falta de correspondencia. Las provincias conforman un territorio discontinuo, con amplios espacios no sólo en los extremos, sino también por medio, sobre una geografía constitucional entonces tan fantástica entre Atacama y Hornos, el Pacífico y los Andes.

Una evidencia tan palmaria se evitará por una vía de lo más expeditiva a partir de la Constitución de 1833, la que ya regirá, con todas sus reformas, durante cerca de un siglo. La misma eleva a artículo primero, único del capítulo primero, “Del Territorio”,

²³ Utilizo una edición de Constituciones prácticamente oficial, como “obra publicada por acuerdo de las Honorables Comisiones de Policía Interior del Senado y de la Cámara de Diputados”: Luis VALENCIA AVARIA, *Anales de la República. Textos Constitucionales de Chile y Registro de los Ciudadanos que han integrado los Poderes Ejecutivo y Legislativo desde 1810* (1951), Santiago, Andrés Bello, 1986, ampliada hasta la Constitución de 1980 y la nómina de gobernantes y legisladores en la dictadura. Para las citas de Constituciones históricas me atengo a la ortografía evidentemente actualizada de esta edición. Es la que utiliza la Biblioteca Nacional del Congreso para reproducciones de los textos históricos en internet: históricas: http://www.bcn.cl/pags/legislacion/leyes/constituciones_anteriores.htm.

el trazado del mapa guardando silencio sobre la identificación de sus componentes: “El territorio de Chile se extiende desde el desierto de Atacama hasta el Cabo de Hornos, y desde las cordilleras de los Andes hasta el mar Pacífico, comprendiendo el Archipiélago de Chiloé, todas las islas adyacentes, y las de Juan Fernández”. Sin nombres o apellidos de unas piezas ya no cabe apreciar la discordancia en la Constitución: “El territorio de la República se divide en provincias, las provincias en departamentos, los departamentos en subdelegaciones y las subdelegaciones en distritos” (art. 115).

De hecho Chile comenzaba definiendo su territorio constitucional porque no lo era efectivo y con el designio de que lo fuera. Por su misma denominación no se entendía coloquialmente por entonces la totalidad de aquella geografía. Al hablarse de Chile solía hacerse referencia poco más que a un territorio contiguo al alcance de Santiago junto, si acaso, a algunos enclaves por otras zonas a los que también llegaban una población y unas instituciones que comenzaban a identificarse de tal modo, como chilenas. “Supuesto que ya no dependemos de España, no debemos llamarnos españoles, sino chilenos”, establecía un decreto de mediados de 1818 que, como la misma prensa oficial en castellano donde se hacía público, no alcanzaba más allá de dichas latitudes discontinuas (*Gaceta Ministerial de Chile* de 2 de junio)²⁴. Sólo se dirigía a quienes manejaban esa lengua castellana de España, los *españoles*, no a los *indios* de los que viniera a acordarse luego una Constitución para suspenderles derechos por entenderles privados de *civilización*.

Abundan testimonios por entonces de una idea de Chile contraída a territorio entre santiaguino y discontinuo. Los hay oficiales sobre existencia de un Estado indígena independiente entre la zona nuclear y los enclaves sureños: “La plaza marítima de Valdivia está situada a ciento cuarenta leguas al sur del Bio-Bio, que forma los límites australes de Chile. El país intermedio comprende los cuatro Butalmapus, o provincias del Estado antiguo e inconquistado de Arauco” (*Gaceta Ministerial de Chile* de 23 de diciembre de 1820). Arauco procede de *Ragco*, con raíz de agua en mapudungun, la lengua de *Mapu*, “la Tierra”. Mapu-Che es su gente, pues esto es, gente o pueblo, lo que significa *Che*. He ahí, entre el Bío-Bío y Valdivia, un Estado independiente al que me voy a referir como Mapu, y a su población como Mapu-Che, aunque esto resulte bastante o incluso muy reduccionista. Para la cuestión constituyente que aquí afrontamos, no hay necesidad de que nos adentremos en la composición de sus mal llamadas “provincias”, los referidos, con trascrición castellanizada, Butalmapus, ni tampoco en la pluralidad misma de los pueblos Che. Ahí tenemos entonces un Estado de Nación como entidad bien distinta y además anterior a la que estaba de momento improvisándose como independiente bajo el nombre de Chile.

Si se sigue la prensa oficial de Chile verá esfumarse dicha constancia conforme la República se afirma. En 1823 tanto hay ley, el 10 de junio, disponiéndose por Chile de dominio indígena para su reducción a propiedad particular como también se tiene, el 27 de octubre, ley que, para la “redención de familias chilenas que estuvieran

²⁴ Para las referencias normativas de estos primeros tiempos me ha ofrecido citas y pistas Víctor GAVILÁN, *La República de Chile y los Mapuche 1810-1881*, en *Actas del Primer Congreso Internacional de Historia Mapuche*, Siegen, Eigenverlag (autoedición en Conmemoración del Parlamento de Negrete de 1803), 2003, pp. 119-137; para las disposiciones se tienen las compilaciones de José Antonio VARAS, *Colonización de Llanquihue, Valdivia i Arauco, o sea Colección de las Leyes i Decretos Supremos concernientes a esta materia, desde 1823 a 1871 inclusive*, Santiago, Imprenta de la República, 1872, y de Ricardo ANGUITA, *Leyes Promulgadas en Chile desde 1810 hasta el 1.º de Junio de 1912*, vol. I, 1810-1854, Santiago, Imprenta Barcelona, 1912.

prisioneras” de indígenas, se sitúa en cambio en el escenario de existencia de frontera y de relaciones de carácter internacional con Mapu, sin dicha disposición por lo tanto de dominio indígena por parte de Chile. En los años consecutivos irá imponiéndose la primera sobre la segunda hasta llegar a hacerse exclusiva. A mediados de siglo una ley ofrece testimonio a un tiempo tanto de la persistencia de la frontera con Mapu como de la determinación de Chile por cancelarla completamente.

Es de 2 de julio de 1852. Baste con recordar su artículo primero: “Establécese una nueva Provincia con el nombre de Arauco que comprenderá en su demarcación los territorios de indígenas situados al sur del río Bío-Bío i al norte de la provincia de Valdivia, i los departamentos o subdelegaciones de las provincias limítrofes que, a juicio del Presidente de la República, conviene al servicio publico agregar por ahora. Los departamentos o subdelegaciones completamente sujetos a las autoridades constitucionales, que por ahora formaren parte de esta nueva provincia, serán regidos por los mismos funcionarios i de la misma manera que las demás provincias del Estado. Los territorios habitados por indígenas i los fronterizos se sujetarán a las autoridades i al régimen que, atendidas sus circunstancias especiales, determine el Presidente de la República”. Ahí se define un designio entonces incierto²⁵.

El 14 de marzo de 1853 un decreto lo que contempla es un escenario poco integrado constitucionalmente. Dispone que “toda compra de terrenos hecha a indígenas o de terrenos situados en territorios de indígenas debe verificarse con intervención del Intendente de Arauco i del Gobernador de Indígenas del territorio respectivo que el Intendente comisione especialmente para cada caso. La intervención del Intendente o del funcionario comisionado por él tendrá por objeto asegurarse de que el indígena que vende presta libremente su consentimiento, de que el terreno que vende le pertenece realmente i de que sea pagado i asegurado debidamente el pago del precio convenido”. Entre la intendencia regular y el comisionado especial, entre ley y decreto, no hay perspectivas incompatibles. La habilitación por ley a la Presidencia de la República para decidir el régimen de “los territorios habitados por indígenas... atendidas sus circunstancias especiales” permite el mantenimiento de un escenario institucional no caracterizado tanto por el concurso de las autoridades comunes o especiales del Estado que se reglamentaban como por la resistencia o el no acomodamiento de parte indígena que determinaban la especialidad misma. Mapu o Arauco, si era provincia, resultaba distinta, tanto que podía estar incluso al margen de las expectativas de transferencia de tierras²⁶. Al margen de las instituciones constitucionales, la Presidencia de la República podía también legalmente recurrir a la práctica de Parlamentos que ahora veremos.

Lo decisivo es desde luego lo que sigue al cabo todavía de unas tres décadas, durante la primera mitad de los años ochenta, cuando Chile lleve a término la sangrienta conquista de Mapu y se empeñe en una política de reducción a concentraciones poblacionales y de expropiación masiva del territorio con concesiones limitadas de propiedad bajo título de merced como si no hubiera nunca habido derecho político ni

²⁵ J. AYLWIN, *Estudio sobre tierras indígenas en la Araucanía. Antecedentes históricos legislativos, 1850-1920*, Temuco, Universidad de la Frontera / Instituto de Estudios Indígenas, 1995 (se tiene en línea: http://www.memoriachilena.cl/mchilena01/temas/documento_detalle.asp?id=MC0027515).

²⁶ José ANKAÑ, *Historias de familias: Restitución de autoría, voces de independencia, memorial de una derrota, antecedentes para lo que vendrá*, en Tomás GUEVARA y (como recopilador efectivo) Manuel MAÑKELEF (e informantes o más bien autores y autoras Mapu-Che), *Kiñe mufü trokiñche ñi piel. Historias de familias. Siglo XIX* (1912). Temuco, Liwen / Santiago, CoLibris, 2002, pp. 7-28.

dominical indígena²⁷. La recuperación de las tierras o la reparación por el expolio es el asunto principal hoy incluso, como veremos, en relación a unos Tratados entre Chile y Mapu. Son estas piezas lo que ahora ante todo nos interesa, pues establecen los términos de partida no sólo de una historia, sino también de un derecho, cuando la República de Chile se encontrara con la existencia para nada inesperada del Estado de Mapu o Arauco, *Ragco Mapu*.

He aquí algo que, encauzándose a través de Tratados, no podremos entender a cabalidad si no tomamos en consideración la perspectiva de la contraparte, la Mapu-Che. Difícilmente podré ni siquiera atisbarla cuando de su lengua, el mapudungun, apenas si conozco un par de vocablos, pero intentaré divisar alguna cosa a través de documentación en castellano y entre líneas²⁸. Prosigamos.

3. Los Parlamentos de Mapu y sus Tratados hispanos.

Una pista nos ha ofrecido la segunda ley citada de 1823, la que, para redimir cautivos, contemplaba las relaciones entre Chile y Mapu en términos sustancialmente internacionales con la frontera reconocida del Bío-Bío por medio. Así era. Ahí estaba desde hacía un buen tiempo y aun seguirá por una buena temporada. Poco después, en 1825, se celebra un Parlamento General en Mapu con asistencia masiva de representantes indígenas y representación también de Chile en el que se llega al acuerdo de un Tratado. Es el Parlamento de Tapihue, el cual se desenvuelve en mapudungun produciendo un Tratado que se recoge por escrito en castellano²⁹.

El Tratado entre Mapu y Chile resultante del Parlamento General de Tapihue de 1825 ofrece una imagen verdaderamente compleja, aparentemente doble, de las relaciones existentes y acordadas entre ambas entidades políticas. Se parte en todo caso de la constancia de una dualidad que ahora viene literalmente a hermanarse para formar entre “los nuevos hermanos”, mediante la “nueva hermandad”, una sola “gran familia chilena” (art. 1), con frontera que hacia el sur se declara que llega hasta “los últimos límites de la provincia de Chiloé” (art. 2), lo suficiente para comprender el mismo Mapu, aunque bien distante de hecho de la marca del Cabo de Hornos ya establecida por unas Constituciones de Chile que el Tratado justamente no toma en consideración. Lo de “últimos límites” venía a encubrir la fantasía de que la provincia sureña llegaba sin discontinuidades tan lejos. En virtud de Tratado y no de Constitución es como ahora se fijan unas fronteras, las meridionales, tanto de Chile como también, por lo que se ve,

²⁷ *Legislación indígena, tierras y pueblo mapuche*, volumen especial de *CUHSO (Cultura, Hombre y Sociedad)*, Centro de Estudios Socioculturales, Universidad Católica de Temuco, 1999; Mylène VALENZUELA REYES, *La política indígena del Estado chileno y la legislación mapuche*, Santiago, Universidad de Chile, 2002 (en línea: <http://www2.estudiosindigenas.cl/images/instituto.html>); V. TOLEDO LLANCAQUEO, *Pueblo Mapuche, Derechos Colectivos y Territorio: Desafíos para la sustentabilidad democrática*, Santiago, Chile Sustentable / Heinrich Böll Foundation, 2006 (también en línea entrándose por la dirección citada del Centro de Políticas Públicas y Derechos Indígenas).

²⁸ Juan Paulo HUIRIMILLA OYARZO, *Palimpsesto*, Temuco, Ñuke Mapuförlaget, 2001, por la idea que expresa el título de este libro de poemas Mapu-Che: la playa de Mapudungun está debajo del pavimento del castellano, nunca éste tan acabado ni tan firme como para no tener siempre calvas y fisuras.

²⁹ Pablo MARIMÁN QUEMENADO (compilador), *Parlamento y Territorio Mapuche*, Concepción, Escaparate / Instituto de Estudios Indígenas, 2002, pp. 103-109 para el texto del Tratado de Tapihue de 1825 (el libro está en línea: http://www2.estudiosindigenas.cl/images_public/territ.pdf). A estas alturas, si no me equivoco, es la primera vez que vuelve a imprimirse, tomándose el texto del anexo segundo del volumen 439 de la Biblioteca Americana José Toribio Medina (http://www.dibam.cl/biblioteca_nacional).

dentro de la República misma. Tratados fundan entonces. Comienzan por el trazado de la geografía política, algo nunca natural ni dado aun entre cordilleras, ríos y océanos.

La entidad en común resulta compuesta. Se acuerdan relaciones bajo supuestos que resultan internacionales. “Ultra Bío Bío” es expresión de frontera (art. 8). El río la marca interior. Para su tránsito se necesita “pasaporte”, expedido por Mapu o por Chile según la procedencia (arts. 22 y 30). “Embajadores” o “correos” forman parte del personal que puede transitar con un régimen especial de protección por ambas partes (arts. 25 y 27). A otros efectos, para presencias indeseadas, se prevé la práctica de la extradición en unos términos de reciprocidad que implica el reconocimiento de la jurisdicción penal de cada parte (arts. 9 y 18). Quienes, con la “línea divisoria” del Bío Bío (arts. 20 y 22), pertenecen a una u otra entidad política, las que así no se funden en absoluto por estar hermanándose, resultan identificados por el Tratado del modo más neto. Aunque entre todos se forme “la gran familia chilena” y aun debiendo así todos los hermanos, “todos los que ecsisten entre ambas líneas” y especialmente ultra Bío Bío, recibir un trato “como a ciudadanos chilenos” (art. 2), *naturales* son unos y *chilenos* son los otros (arts. 17-19).

Chilenos, como Chile, es apelativo que corresponde a gente al norte del Bío Bío o en la ciudad de Valdivia, no en rigor a la de Mapu o “la Tierra”. Entre sí son “hermanos”, formando “nueva familia”, se dice y repite. El mismo Tratado registra que van a tener un régimen en común, el de un “Supremo Gobierno” conforme al derecho que siente el “Soberano Constituyente” al que todos habrán de quedar “sugetos”, en una nueva Constitución por lo tanto (art. 5). He ahí la única soberanía expresa que comparece en el Tratado, ni de Chile en rigor ni de Mapu tampoco, sino común, aunque la supremacía de un gobierno que se entiende del primero comience por no responder a ello. Común es ante todo el acuerdo sustancialmente confederativo que se acepta con toda formalidad por parte indígena conforme a su propio derecho y procedimiento: “El Diputado de los naturales bajo la ceremonia más religiosa según sus ritos y costumbres jura unión y hermandad perpetua” (art. 4), una “amistad eterna” entre sí y con Chile que pasan a jurar a su vez “todos los Caciques” (art. 12), los lonkos en mapudungun. Un oficio de “Lengua General” mediará entre “los nuevos hermanos” para que puedan “entenderse y comunicarse” (arts. 13, 15 y 31). “¡Viva la Unión!”, no ¡Viva Chile! como tampoco ¡Viva la Tierra! o ¡Viva Mapu!, es el grito en común con el que se sella el Tratado (art. 33).

“Queda al arbitrio del Supremo Gobierno designar los tiempos en que a estos nuevos hermanos se haga un Parlamento general, mas ellos deberán concurrir en junta cuando el Gobierno para tratar de grandes negocios tenga a bien citarlos a dietas particulares”, es la previsión del artículo 29, la cual en todo caso no conduce al impulso de algún procedimiento de determinación constituyente con concurrencia de todas las partes mediante los oportunos Parlamentos y Tratados conforme a soberanía en común. Dicho de otro modo, a la luz de ese mismo artículo, nunca se produce dicho concreto “Parlamento General” tan singularizado que pudiera haberse entendido como Congreso Constituyente de una Confederación y que, según el Tratado, debiera haber sido convocado por la parte no indígena. Luego vamos a ver la base efectiva para el entendimiento confederativo por parte Mapu-Che. Por lo que a continuación ocurre, o más bien por lo que no ocurre, recordemos que no será por Constitución, sino mediante ley ordinaria, como se habilite a la Presidencia de la República de Chile con poderes discrecionales, con dicho “arbitrio”, para atender ese artículo 29 del Tratado con Mapu conforme al propio criterio de parte, no en conformidad con lo acordado según corresponde en la práctica internacional o también en la confederativa de Tratados.

La Constitución de Chile subsiguiente al Tratado con Mapu, la de 1828, no le hará honor ninguno, como tampoco la más decisiva, por duradera, de 1833. Por lo que hemos visto, ya sabemos que lo ignoran olímpicamente. Lo cual merece subrayarse. El Tratado del Parlamento de Tapihue representa un reconocimiento mutuo entre Mapu y Chile que el segundo, pues no el primero, desprecia y dilapida. Y no cabe decir que fuera por ignorancia de lo que pudiera implicar un recurso que se hubiera improvisado. Los Parlamentos en mapudungun y sus Tratados en castellano venían presidiendo notoriamente las relaciones entre parte indígena de Mapu y parte hispana de Chile desde tiempos coloniales, concretamente desde mediados del siglo XVII. Y la práctica de Parlamentos o, con sentido más amplio y formal de reconocimiento mutuo, de *Koyagtun* era anterior en Mapu a la presencia hispana. Constituía una pieza clave de su sistema político. La visión española, al producirse la incorporación, había comenzado por singularizar la institución de los Parlamentos al escindirlos de su contexto comprensivo de unas prácticas sociales de tal alcance político³⁰.

La sociedad de Mapu se organizaba mediante relaciones familiares latas y expansivas a partir de comunidades de carácter no local, sino de ese otro carácter, pues su mismo hábitat era disperso, no concentrado en localidades. No conocía jerarquías políticas ni poderes centrales. La práctica de lo que los españoles llamarían Parlamentos Generales, con asistencia multitudinaria de autoridades comunitarias, era una de las principales formas de reproducción de unos vínculos confederativos que, frente a la misma presencia hispana, se demostraron sólidos y eficaces. Ante la evidencia de que no contaban con gobierno común de las comunidades ni siquiera a escala local, la parte de procedencia europea nunca entendió su habilidad de organización política ni su capacidad de resistencia militar. A lo más que llegaron unos cronistas hispanos, intentando comprender, es a parangonar Mapu americano con el Flandes europeo, no menos resistente frente a la Monarquía española sobre bases también de orden confederativo, aunque no tan radical³¹. El caso es que, no consiguiendo conquistar Mapu y optando entonces por la capitulación, la parte hispana se aviene a incorporarse a la práctica de lo que llamaron Parlamentos. Desde la perspectiva indígena venía a integrarse en el orden confederativo como una parte más en aquel orden de relaciones multilaterales ahora de indígenas y no indígenas, no sólo bilaterales entre unos y otros³².

³⁰ José BENGEOA, *Historia de los Antiguos Mapuches del Sur. Desde antes de la llegada de los españoles hasta las paces de Quilín. Siglos XVI y XVII* (1985), Santiago, Catalonia, 2003, permitiendo esta conclusión aunque no llegue a ella.

³¹ Diego de ROSALES, *Historia General de Chile. Flandes Indiano* (1674), cuya primera edición impresa es la de Benjamín Vicuña MacKenna, Santiago, Imprenta del Mercurio, 1877-1878, la cual se encuentra ahora disponible en la red: <http://www.memoriachilena.cl/archivos2/pdfs/MC0005271.pdf>. De ahí toma el concepto Carlos LÁZARO ÁVILA, *Las fronteras de América y los Flandes Indianos*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1997, buen recordatorio de paso de lo discontinuo y desigual que fue en general el dominio español frente a ilusiones de entonces y también de ahora, tanto hispanas como criollas: Matthew RESTALL, *Los siete mitos de la conquista española*, Barcelona, Paidós, 2004.

³² J. BENGEOA, *Historia de los Antiguos Mapuches del Sur. Desde antes de la llegada de los españoles hasta las paces de Quilín. Siglos XVI y XVII*, pp. 159-170. Aun sin llegar tampoco a la idea de confederación mediante Parlamentos o ni siquiera a la consideración como tales de los Tratados, ha venido José Bengoa evolucionando hacia una apreciación de la consistencia y capacidad de la organización política Mapu-Che bastante superior a lo habitual tanto en la historiografía como en la antropología.

En su incompreensión de una práctica, por parte de la Monarquía española se formó la idea de una relación bilateral mediante Tratados que, si no resultaban en todo equivalentes a los que se contraían entre entidades políticas de Europa, era por plantearse y desenvolverse, según su visión, en un pie de desigualdad. Pertenecen en todo caso a la misma categoría de un instrumento jurídico para la que no se dejaba de distinguir entre clases³³. Las actas en castellano de la celebración de los Parlamentos a los que concurren representantes de la Monarquía, que fueron al menos una treintena entre mediados del XVII y principios del XIX, reflejan dicha posición singular con todas las dificultades de la afluencia multilateral³⁴.

Unas actas las encabeza el texto en castellano presentado por parte de la Monarquía como si el mismo ya fuese el Tratado y ningún otro asunto hubiera de ventilarse por una asamblea. Según las mismas, preside y, en último término, resuelve la representación de la Monarquía, como si la práctica ya fuera criatura suya³⁵. Suelen las actas proseguir con registro de las intervenciones de los centenares de autoridades comunitarias durante varios días como si tan sólo se refirieran al texto español en términos además cansinamente aprobatorios, cuando no laudatorios y agradecidos. No deja de constar que, como todo se desarrolla en mapudungun, media un “Comisario de Naciones y Lengua General” que presta fe de las traducciones simultáneas para la presentación del texto y para las intervenciones en la asamblea, no para el registro de las actas en castellano. De lo más expresivas son las del Parlamento de Negrete de 1803, el último colonial, importante de por sí pues representa el estado del derecho de las relaciones entre Mapu y Chile antes de la independencia, el vigente por tanto para la parte indígena hasta los acuerdos del Parlamento General de Tapihue en 1825³⁶.

El texto de la propuesta que las actas españolas toman sin más como Tratado, el de Negrete de 1803, resulta en cuanto tal extraño por el lenguaje político que pone en juego. Resalta que por parte de “la Tierra” se reconoce “la soberanía” de la Monarquía española prestándosele “vasallaje” como si tal fuera la clave de las relaciones, además tan sólo entre dos partes, “ambas naciones”, la americana y la europea, presidiendo siempre ésta en la persona del representante del Monarca. La multilateralidad confederativa desaparece de las actas. A otros supuestos respondería la misma

³³ Es sabido que el Tratado de 1641 o más bien el texto resumido que transmite un cronista se recoge por Joseph Antotio de ABREU Y BERTODANO, *Colección de los Tratados de Paz, Alianza, Neutralidad, Garantía, Protección, Tregua, Mediación, Accesión, Reglamento de Límites, Comercio, Navegación. Hechos por los Pueblos, Reyes y Príncipes de España, con los Pueblos, Reyes, Príncipes, Repúblicas, y Demás Potencias de Europa y Otras Partes del Mundo*, etc., cuyos volúmenes se publican entre 1740 y 1752 y de los que hay ahora edición en CD-Rom: José ANDRÉS GALLEGO (cuidador), *Tratados Internacionales de España, CD II, 1700-1902*, Madrid, Fundación Tavera, 2000.

³⁴ Leonardo LEÓN, *El Parlamento de Tapihue, 1774*, cuaderno de *Nütram: conversación – palabra – historia*, 32, 1993 (en línea: http://www2.estudiosindigenas.cl/images/_publ/MC0000975.pdf). Para un estadillo de Parlamentos hasta 1825: http://users.skynet.be/reino-del-mapu/tratados_en_chile.htm.

³⁵ Perspectiva que aún se revitaliza en la academia cuando viene a considerarse seriamente el asunto: Abelardo LEVAGGI, *Diplomacia hispano-indígena en las fronteras de América. Historia de los tratados entre la Monarquía española y las comunidades aborígenes*, Madrid, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

³⁶ P. MARIMÁN QUEMENADO (compilador), *Parlamento y Territorio Mapuche*, pp. 87-101; A. LEVAGGI, *Tratado hispano-mapuche de Negrete de 1803*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 26, 2004, pp. 553-559; más completa, por incluir la integridad de las actas conservadas, resulta la edición del primero, que es la que además se ofrece en internet: <http://www.mapuche.info/mapuint/ParlaNeg020400.html>.

celebración de la asamblea. Habla la parte no indígena en 1803: “Que este Parlamento haga época en los tiempos más remotos a vuestra posteridad, como un fundamento invariable de todos sus tratados y de la protección de nuestro Soberano a que os hareis acreedores por vuestra subordinación y obediencia”. Existe ya también el lenguaje de distinción de “los naturales” como “hermanos” de los no indígenas, pero su valor palidece bajo el peso de la soberanía y el vasallaje, la subordinación y la obediencia.

Para la parte que no conocía ni autoridades superiores ni jerarquías políticas se trataba de pronunciamientos perfectamente sin sentido. No había palabras en mapudungun para traducir soberanía ni vasallaje, como tampoco subordinación ni obediencia en la significación política del caso, y esto desde luego no porque aquejase a esta lengua alguna limitación, sino porque no se tenía la necesidad. Lo extraño era al fin y al cabo un concepto como el de la soberanía con sus implicaciones y no que se careciera del mismo. El Comisario de Naciones y Lengua General podría ahorrarse hasta la perífrasis. No tenía sentido el intento.

De hecho, aquel tipo de lenguaje, no digo todo el instrumento, no se dirigía a contraparte indígena, sino a congéneres coloniales. Aquella Monarquía lo que intentaba era preconstituir pruebas de imperio frente a las potencias coloniales europeas que no reconocían la investidura pontificia como título de dominio, lo que era particularmente entonces el caso de Gran Bretaña. A este público y no al Mapu miraba el lenguaje soberanista de aquel presunto Tratado, el del texto en castellano³⁷.

Las actas por su parte prosiguen como si las intervenciones o “parlas” indígenas sólo se produjeran para la aprobación del texto en castellano. Ya comenzaban por confundir la naturaleza de este mismo documento, el que constituía base y objetivo de la asamblea tan sólo para la parte hispana. Hay intercambios de obsequios y otros actos ceremoniales a los que no se les confiere por las actas mayor significación frente a toda la evidencia de su valor político por entonces. No sólo la lengua era lenguaje³⁸.

El Tratado consiste por supuesto en lo que se acuerda oralmente en mapudungun y se traduce del mismo modo, de forma oral, por el Comisario de Naciones como Lengua General o por sus lenguas particulares, los intérpretes durante la asamblea. Esto constaba en Mapu como también a las autoridades coloniales. Se ignora por los archivos en castellano y por la historiografía que ni siquiera se plantea la conveniencia del manejo del mapudungun. Entre líneas se tiene algo en las mismas actas hispanas.

El texto del Tratado del Parlamento de Taphue, el de 1825 con Chile, resulta todavía más elocuente por sí mismo y, sobre todo, por contraste con el precedente de 1803. Su lenguaje político es otro. Refleja un fondo de pie formal de igualdad ausente u opaco en unas actas coloniales. Parece encontrarse mucho más cercano a lo que previsiblemente se expresara y acordase en mapudungun. El vínculo político básico, el constituyente, es de “perpetua hermandad” en el seno de una “gran familia chilena”, como ya sabemos, lo cual se haría bien en no entender como concesión a quienes carecerían de otras categorías o, menos aún, como huera licencia retórica. Era expresión de fondo de todo un orden confederativo que pudiera realmente compartirse entre

³⁷ Ya se ha hecho ver respecto al famoso requerimiento de tiempo antes, que se dirigía a indígenas en lengua europea invocándose el título pontificio para brindarles religión y amenazarles con guerra, y otros actos en apariencia absurdos para una perspectiva actual: Patricia SEED, *Ceremonies of Possession in Europe's Conquest of the New World, 1492-1640*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995.

³⁸ Compárese, por su apreciación para otros casos, Robert WILLIAMS JR., *Linking Arms Together: American Indian Treaty Visions of Law and Peace, 1600-1800*, Oxford University Press, 1997.

indígenas y no indígenas. Tampoco parece que proceda entenderse la categoría de ciudadanía de la Constitución siguiente, la de 1828, o de la más definitiva de 1833 como algo superior en la que pudiera subrogarse la de hermandad del Tratado de 1825³⁹. Como ahora, tras lo que acabamos de ver, podrá mejor apreciarse, resulta más bien lo inverso. La perspectiva confederativa de unos Tratados presentaba una capacidad desconocida para la posición estatal de las Constituciones. En Mapu se tenía la mejor constancia de la potencialidad, como se tendrá la peor de la cancelación. Se sufrió realmente en carne propia.

La práctica de los Parlamentos entre Mapu y Chile no se agota en Tipahue. Las Constituciones no bastan para cancelar unos Tratados. La habilitación vista de la ley de 2 de julio de 1853 a la Presidencia de la República para que, “atendidas sus circunstancias especiales” (las de “los territorios habitados por indígenas”), actúe a su discreción ofrece también cobertura para la prosecución de la práctica de los Parlamentos ya prevista en el mismo Tratado de 1825. El hecho es que se mantiene⁴⁰. A lo largo del XIX sus manifestaciones evolucionan en una línea de reposición de los términos coloniales con lenguaje ahora estatal. Hay intentos de celebrarlos incluso tras la derrota militar de Mapu, a mediados de los años ochenta, ahora para que los supervivientes aceptasen una política de reducción a poblaciones con abandono del hábitat disperso para el expolio del territorio y su entrega a colonos europeos⁴¹. Entre dichos amagos ya por supuesto no se encuentra término que pudiera proceder del mapudungun. Pese a quienes pese, perezcan cuantos y cuantas perezcan, la República de Chile definitivamente opta por ser un país europeo en geografía americana⁴².

Es la fase desde luego decisiva, pero de la que ya he dicho que aquí no nos interesa tanto en sí como en cuanto quiebra de relación de Tratado. Estamos contemplando un reconocimiento mutuo y más en particular el de Chile por parte de Mapu, el que acaba dilapidándose y no precisamente por responsabilidad Che⁴³.

³⁹ Ninguna de dichas Constituciones tiene un capítulo “De los Ciudadanos” como el referido de 1822, pero no dejan de identificar la ciudadanía en el “De los Chilenos” (caps. II y IV respectivamente), sin expresión ninguna de exclusión ni inclusión indígenas. Una disposición de la de 1833 excluye implícitamente al Mapu, pero no en los términos que debiera, como ciudadanía distinta por confederada mediante Tratado (art. 9: “Nadie podrá gozar del derecho de sufragio sin estar inscrito en el registro de electores de la Municipalidad a que pertenezca...”, institución que ahí no existía).

⁴⁰ Aun sin entenderla como confederativa, Jorge PINTO RODRÍGUEZ, *La formación del Estado y la nación, y el pueblo mapuche: De la inclusión a la exclusión* (2000), Santiago, Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos / Centro de Investigación Diego Barros Arana, 2003 (esta segunda edición ampliada se encuentra en línea: <http://www.memoriachilena.cl/archivos2/pdfs/MC0027516.pdf>), p. 80: “En realidad, los parlamentos nunca fueron abandonados;... a partir del de Tapihue de 1825, parecen haber recobrado la importancia que habían tenido en los años previos al conflicto” de la independencia.

⁴¹ Evidencia también de todo ello ofrece J. BENGOA, *Historia del pueblo mapuche. Siglos XIX y XX* (1985), Santiago, Lom, 2000. Para perspectivas distintas sobre la otra vertiente de los Andes, Claudia BRIONES y Morita CARRASCO, *Pacta sunt servanda. Capitulaciones, convenios y tratados con indígenas en Pampa y Patagonia*, Copenhague, International Work Group for Indigenous Affairs, 2000; A. LEVAGGI, *Paz en la frontera. Historia de las relaciones diplomáticas con las comunidades indígenas en la Argentina. Siglos XVI-XIX*, Buenos Aires, Universidad del Museo Social Argentino, 2000, pp. 167-560.

⁴² Jean Pierre BLANCPAIN, *Immigration et nationalisme au Chili, 1810-1925. Un pays à l'écoute de l'Europe*, París, L'Harmattan, 2005.

⁴³ Mientras escribo, el 26 de octubre de 2006, me llega un mensaje electrónico de la abogada Ana María Olivera: “Por este tratado (el de Tantauco, de 1826, entre los ejércitos español y chileno), el estado de Chile se comprometía a respetar los derechos sobre bienes legítimamente adquiridos por los habitantes

4. Comisiones de estudios, informes oficiales e invocaciones de verdad para un nuevo trato.

El reconocimiento mediante Tratado por Mapu, junto a la posterior ruptura unilateral del arreglo por parte de Chile, no es un asunto, porque se signifique, singular, sino más bien al contrario. Estamos ante la historia usual de la defraudación de acuerdos con Pueblos indígenas por Imperios coloniales y Estados constitucionales no sólo en América, sino también a lo largo y ancho de otros continentes. Se trata de un asunto internacional por partida doble. En primer lugar, porque como tal se plantea entre las partes, según hemos visto entre Mapu y Chile. En segundo lugar, porque su expansión lo es, encontrándose el caso bastante generalizado en el seno de la humanidad desde tiempos coloniales. En los que ya vienen a ser de descolonización, Naciones Unidas afronta el asunto. Y habrá de hacerlo Chile. Veamos.

4.1. Naciones Unidas.

Naciones Unidas es una organización de Estados, pero que a estas alturas contiene en su seno foros donde se hacen presentes otros colectivos humanos, por ejemplo los indígenas. Su presencia hoy es notable, aunque muy desigual, en el ámbito de los organismos internacionales y del propio derecho internacional⁴⁴. He ahí ante todo, en el ámbito de Naciones Unidas, un específico Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas que estuvo encargándose desde hace un cuarto de siglo, por mandato de la Comisión (hoy Consejo) de Derechos Humanos, de la preparación en particular de lo que finalmente se ha presentado como una Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas y, más en general, de los debates y estudios pertinentes para la elucidación del asunto. Entre ellos no ha faltado uno dedicado a los Tratados, en el cual, aunque lo cierto es que se le presta una mínima, por no decir mísera, atención al área latinoamericana, no deja de registrarse el caso significado de Mapu⁴⁵.

Se nos introduce asegurándose que los acuerdos resultantes de los Parlamentos de Mapu son Tratados a pesar de que un tratamiento académico de carácter “estato-céntrico” venga a negarle esa categoría por su “naturaleza colonial” en el contexto hispano de dominio impuesto y no de acuerdo concertado. Pues saldríamos entonces de lo que suele entenderse por colonialismo en América, que sólo sería el europeo, no se toma cuenta de la existencia de Tratados de Mapu con Chile tras la independencia. Mediante los Parlamentos, como “conferencias de paz” entre “naciones”, es sólo España quien habría reconocido “la soberanía y la independencia” de Mapu, pero nada se nos participa acerca de que Chile celebre Tratados equivalentes, merezcan esa valoración

del territorio de Chiloé durante la Corona, este tratado no fue respetado por el estado de Chile, ya que en el año 1900 se inscribieron las tierras williche a nombre del Fisco dándoles el tradicional trato de tierras de nadie. El proceso posterior es predecible, ventas, adjudicaciones en favor de particulares, empresas forestales y arrinconamiento territorial para los poseedores williche, etc. El Tratado es también un fuerte respaldo que surge del derecho internacional para las demandas de restitución y reparación de la organización williche”. Sobre esto veremos ahora.

⁴⁴ Para ubicarse respecto a los mismos materiales que siguen, S. James ANAYA, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Madrid, Trotta, 2005, que es traducción puesta al día.

⁴⁵ Miguel Alfonso MARTÍNEZ, Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (ahora, transitoriamente en tanto que se reorganiza toda el área del Consejo de Derechos Humanos, Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos). *Estudio sobre los Tratados, Convenios y otros Acuerdos Constructivos entre los Estados y las Poblaciones Indígenas*, 1992-1996, en línea: <http://www.unhcr.ch/indigenous/treaties.htm>, entrada del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ofreciendo links a sus cuatro largas entregas.

o alguna más matizada. Si la situación se mantuvo durante parte del siglo XIX, se nos dice que fue por prolongarse el estado de cosas sentado por el último Parlamento colonial, el de 1803. Se relata también cómo se liquida dicha situación por parte de Chile a través de la guerra y el expolio, pero en esto ya no entra problema alguno de ruptura de Tratado que habría sido con la colonia y no con el Estado, no con Chile⁴⁶.

“El origen, causas y desarrollo de estos instrumentos jurídicos (los de Parlamentos de Mapu) podría compararse prima facie y desde ciertos puntos de vista, a los de ciertos tratados indígenas en los territorios británicos y franceses de Norteamérica”, esto es, a otros casos “coloniales”, pues no se hace referencia al supuesto, en el que el propio estudio se extiende, de los *Indian Treaties* o Tratados Indios de los Estados Unidos⁴⁷. La responsabilidad aplicable al caso de Chile recaería así sólo en Europa: “Al establecer unas relaciones jurídicas formales con los pueblos de ultramar, las partes europeas se daban cuenta cabal de que estaban negociando y entablando relaciones contractuales con naciones soberanas, con todas las implicaciones legales que tenía ese término”, bien que “los nuevos arribantes trataron de despojar a los pueblos indígenas de sus atributos soberanos, en particular de la jurisdicción sobre sus tierras, del reconocimiento de sus diversas formas de organización social y de sus estatutos como sujetos de derecho internacional”⁴⁸. ¿Dónde queda entonces para Chile el compromiso contraído mediante Tratados y la responsabilidad subsiguiente por su ruptura? Queda incógnito, pues ni siquiera se ha registrado el supuesto⁴⁹. Unas conclusiones apreciativas del valor jurídico actual de estos instrumentos, incluso de los procedentes de tiempos coloniales, difícilmente le serían aplicables⁵⁰.

⁴⁶ M.A. MARTÍNEZ, *Estudio sobre los Tratados, Convenios y otros Acuerdos Constructivos entre los Estados y las Poblaciones Indígenas. Tercer informe* (1996), párrafos 25 y 145-170.

⁴⁷ Para registro cumplido de edición posterior o, para el informe final, simultánea, Vine DELORIA Jr. y Raymond J. DEMALLIE (editores), *Documents of American Indian Diplomacy: Treaties, Agreements, and Conventions, 1775-1979*, Norman, University of Oklahoma Press, 1999.

⁴⁸ M.A. MARTÍNEZ, *Estudio sobre los Tratados, Convenios y otros Acuerdos Constructivos entre los Estados y las Poblaciones Indígenas. Informe Final* (1999), párrafos 109-112; y véase también la nota 36 por la tendencia elusiva que acusa: “En febrero de 1998 las autoridades mapuches de la actual provincia chilena de Cautín presentaron solemnemente al Relator Especial importante documentación relativa a cierto número de esos parlamentos. Hasta junio de 1998 sólo se ha podido realizar un examen inicial de esa documentación”, lo que se dice en el informe de cierre. Ha vuelto al asunto sin acordarse de ese pendiente, entre otras ocasiones en 2003: M.A. MARTÍNEZ, *Documento de Trabajo preparado por el Relator Especial de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos encargado del Estudio sobre los Tratados, Convenios y otros Acuerdos Constructivos entre los Estados y las Poblaciones Indígenas*, en línea: <http://www.unhchr.ch/indigenous/treaties/E2003-92S.pdf>. Tampoco se plantea la revisión más general de sus posiciones que suponen escasa la práctica de Tratados por el colonialismo hispano ante evidencias como las masivas aportadas, aparte lecturas, por Abelardo Levaggi.

⁴⁹ Ante la misma insatisfacción provocada por el *Estudio sobre los Tratados* y no sólo por proseguirse el trabajo, están sucediéndose seminarios por iniciativa o con los auspicios del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos; así, <http://www.unhchr.ch/indigenous/treaties.htm>, que es el sitio ya citado como vía de entrada al propio *Estudio*; René KUPE y Richard POTZ (editores), *Law and Anthropology. International Yearbook for Legal Anthropology*, 12, 2004, *Indigenous Peoples, Constitutional States and Treaties or other Constructive Arrangements between Indigenous Peoples and States*; en el primero, el más oficial, se le prestó atención al caso Mapu-Che: Mario IBARRA, “Algunas reflexiones y notas a propósito de algunos tratados, en este momento no reconocidos, firmados entre potencias coloniales o Estados actuales y pueblos indígenas”, en línea por dicha misma entrada de la oficina del Alto Comisionado: <http://www.unhchr.ch/indigenous/ibarra-BP13.doc>.

⁵⁰ M.A. MARTÍNEZ, *Estudio sobre los Tratados, Convenios y otros Acuerdos Constructivos entre los Estados y las Poblaciones Indígenas. Informe Final*, párrafo 271: “El Relator Especial considera que,

Existe otro informe sobre derechos indígenas procedente de instancias de Naciones Unidas referido específicamente a Chile. La Comisión de Derechos Humanos tiene hoy entre sus oficinas de relatores especiales una que se documenta e informa sobre “los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas”. En 2003 rinde visita a Chile y el informe subsiguiente. El asunto de los Tratados no escapa a su atención, aun no utilizándose el término en momento alguno. Figura en un apartado de “Antecedentes históricos y contexto: Hacia un nuevo trato para los pueblos originarios”. He aquí la entrada: “Varios intentos de los españoles por someter a los mapuches fracasaron, y a lo largo de diversos acuerdos –Parlamentos– la Corona reconoció la independencia de estos pueblos, respetando su soberanía territorial al sur del río Biobío que resultó ser una auténtica pero porosa frontera entre dos sociedades, dos culturas. Durante la primera mitad del siglo XIX la República Chilena mantuvo la misma relación con la nación mapuche, sin embargo, poco a poco las incursiones chilenas en la región fueron debilitando la soberanía indígena y generando diversos conflictos”. Eso es todo. Mirándose con sensibilidad hacia un futuro de necesario nuevo trato, pero sin consideración de título de derecho que pudiera venir del pasado por razón tan consistente como la de Tratados reiterados por las partes en presencia y quebrados por una de ellas, a la cuestión no se regresa ni para conclusiones ni para recomendaciones⁵¹.

4.2. República de Chile.

A principios de 2001 se forma en Chile, por encargo presidencial, una Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato que rinde su informe poco tiempo después, a finales de 2003. Verdad de historia y novedad de relación se refiere a indígenas en exclusiva enfrentando el reto de superar mentira establecida y viejo trato⁵². Es informe respecto a indígenas y para con indígenas, de Comisión constituida para indagar en la historia de las relaciones de Chile con los Pueblos indígenas y para proponer los términos de una nueva política, para que así procediera, además de a indagaciones, a recomendaciones conforme a sus resultados. Ambos objetivos se consideran cubiertos al cabo de tres años. Entonces se hace entrega de un cumplido y dilatado Informe General y, por el funcionamiento de diversos grupos de estudios y la formulación de algunos votos particulares, de varios informes más. Veamos lo que refiera al Mapu y sus Tratados.

en efecto, esos instrumentos (los tratados y otros instrumentos jurídicos concertados por colonizadores europeos y sus sucesores con naciones indígenas) mantienen su valor original y siguen siendo plenamente vigentes y, por consiguiente, son fuente de derechos y obligaciones para todas sus partes originales –o sus sucesores– que deberán respetar su disposición de buena fe”.

⁵¹ Rodolfo STAVENHAGEN, *Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas. Misión a Chile*, 2003, apartado II, (en línea: <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/170/94/PDF/G0317094.pdf?OpenElement>). Es relator directamente de la Comisión (hoy Consejo) de Derechos Humanos, a nivel superior por tanto. Luego me referiré al detalle, pues no media obligación, de la respuesta oficial del gobierno chileno.

⁵² En la práctica comparada de Comisiones de Verdad (véanse Robert I. ROTBERG y Dennis THOMPSON, editores, *Truth v. Justice: The Morality of Truth Commissions*, Princeton, Princeton University Press, 2000; Priscilla B. HAYNER, *Unspeakable Truths: Facing the Challenge of Truth Commissions*, Nueva York, Routledge, 2002; y el sitio *Alertanet. Derecho y Sociedad*: <http://alertanet.org/verdad.html>), ésta Comisión chilena, no mirando sólo a regímenes o episodios racistas o dictatoriales próximos, realmente se singulariza hasta el punto de que no viene a recibir de momento la consideración debida: Teresa Godwin PHELPS, *Shattered Voices: Language, Violence, and the Work of Truth Commissions*, Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2004. Ninguna de estas publicaciones deja naturalmente de considerar la otra Comisión de Verdad en Chile, la referida a la dictadura, la Comisión de Verdad y Reconciliación que rindió informe en 1991. Hay sitio oficial chileno de derechos humanos que incluye este informe y no aquel, no el referido a indígenas: <http://www.ddhh.gov.cl>.

El abordaje de los Parlamentos por parte del Informe General comienza por perfilar un escenario que les resulta bastante halagüeño: “Toda la institucionalidad surgida en la frontera, desde el siglo XVI en adelante, es una institucionalidad gestada en ese espacio a partir del diálogo entre los actores; y en este sentido, entonces, el mapuche no habría sido nunca un objeto de conquista, sino al contrario, un sujeto que resiste la guerra, y que después de ganarla, muestra una inmensa capacidad de diálogo en la consecución de acuerdos que le permitan vivir pacíficamente”, concretándose enseguida al asunto: “Tradicionalmente se ha entendido el parlamento como una estructura sociopolítica implantada por la corona española, y que, por lo tanto, supone un mecanismo de aculturación y subordinación de los mapuches hacia los españoles. Sin embargo, un análisis diferente, podría liberar al parlamento de esta perspectiva unidireccional, considerando el carácter interactivo de todo contacto interétnico”, por lo cual puede comprenderse su relevancia actual: “Las organizaciones indígenas mapuches han asumido con mucha fuerza la importancia de los Parlamentos, como fuente de legitimación de sus demandas territoriales y culturales”⁵³.

En ello se abunda añadiéndose precisiones. “Si bien es cierto que en estos tratados (entre los siglos XVI y XVII) los mapuches debieron asumir múltiples obligaciones, los parlamentos coincidieron en reconocer la frontera en el Bío-Bío, la que ninguno podía cruzar sin el permiso del otro, diferenciando así los territorios y jurisdicciones de ambos pueblos. Se trataría entonces de un tratado internacional entre naciones soberanas”, enfoque que “en los últimos años ha sido apoyado por distintas instancias nacionales como internacionales”. Ante esto, el Informe General se apresura a asegurar que en Chile tales Tratados no conservan valor jurídico alguno, concediéndose tan sólo que “debieran ser tomados en cuenta como un antecedente de la mayor importancia frente a situaciones de controversia contemporánea”⁵⁴. A efectos de unas evidentes reservas, lo más significativo parece ser que no se entre prácticamente para nada en Tratados del siglo XIX, ni en el último colonial, el de 1803, ni, menos aún, en el de 1825 y sucesivos ya celebrados entre Mapu y la República de Chile. Aún así, se señala, sin referencia a Tratados, una continuidad: “Se mantienen las mismas relaciones fronterizas del período colonial, el mismo sistema de administración y también un ejército de fronteras de características similares al colonial”⁵⁵.

El Parlamento de 1825 aparece sorpresivamente, pues no lo hecho antes, en las Recomendaciones: “Entre el río Bío Bío y el río Cruces se mantiene un reconocimiento genérico de la propiedad indígena sustentado en la ocupación ancestral y que, al igual

⁵³ *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato*, 2003, que se tiene completo en internet: [⁵⁴ *Informe General de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato*, vol. I, p. 366 dicha, con referencia, respecto al valor actual de los Tratados, “nacional” al Aukiñ Wallmapu Ngulam \(Consejo de Todas las Tierras; para noticia: <http://www.xs4all.nl/%7Erehue/art/jmar2.html>\) e “internacional” al *Estudio sobre los Tratados* de Naciones Unidas, bien que sin dejar de añadir que en éste se matiza: “El estudio de Miguel Alfonso Martínez muestra sin embargo las diferencias importantes que hubo entre los tratados firmados por la Corona Británica y los acuerdos en Parlamentos y otras formas de reconocimiento que realizó la Corona Española y Portuguesa. Es por ello que muchos tratados en Canadá y Estados Unidos tienen vigencia legal y, en cambio, en América latina la situación adquiere una mayor complejidad”, sin ofrecerse mayor aclaración.](http://www.serindigena.org/territorios/recursos/biblioteca/monografias/historia, Informe General, vol. I, pp. 363-366, con notas de citas y hasta debates, a lo que iré luego con distintas referencias.</p></div><div data-bbox=)

⁵⁵ En el *Informe General*, en su parte sustantiva (ahora veremos *Recomendaciones*) al Parlamento de Negrete de 1803 sólo se alude, sin otra consideración que la de dicha continuidad, por un par de notas (vol. I, p. 364, n. 41, y p. 381, n. 70). De los Tratados con Chile no hay trazas por dicha parte sustancial.

que en el período colonial, quedó establecido en un parlamento adoptado en la localidad de Tapihue en 1825”, añadiéndose ahora en nota expresivas citas literales de su Tratado que van bastante más allá, por sus implicaciones constituyentes, del “reconocimiento genérico de la propiedad”. Pero, aún teniéndosele ante la vista, de tal vertiente principal del Tratado, la que importa, pues le retan, al constitucionalismo chileno, no se dice nada. En esto las Recomendaciones guardan coherencia con el Informe. Es la cuestión de la propiedad la que preocupa a las mismas. El derecho indígena se califica como consuetudinario aseverándose que la Ley Indígena, la de 1993 con sus reformas, sólo lo subordina a “los derechos fundamentales”. La formulación adviene en un contexto que, con toda la contradicción, lo supedita a ley tanto en general como, respecto a propiedad, muy en particular: “La Comisión constata que el derecho consuetudinario se encuentra acogido de diversas formas en nuestro ordenamiento jurídico (*secundum, praeter y contra legem*) con el sólo límite del respeto a los derechos fundamentales (vid. Ley Indígena). Esto –en particular– deja fuera del derecho consuetudinario indígena el derecho penal sustantivo y las regulaciones de la propiedad (ambos garantizados por el principio de legalidad)”. No deje de observarse que los Tratados ya no comparecen pese a haberseles referido a propiedad⁵⁶.

En las Recomendaciones se le dedica un apartado especial al caso de las tierras de Mapu afrontando el asunto sensible del expolio: “Es opinión de la Comisión que deben generarse mecanismos de reparación y, en lo posible, de restitución de las tierras mapuches cuando, en conformidad a los antecedentes, hubiere mérito para ello”. Siguen no sólo constancias, sino también cautelas: “La Comisión adquirió la convicción que esos mecanismos y circunstancias (de adjudicación de tierras indígenas a no indígenas) fueron en muchos casos ilegales, y no fueron detenidos en su momento por la falta de acceso a la justicia de los afectados y por las barreras culturales que les impedían tutelar debidamente sus derechos e incluso comprender las transgresiones de que eran víctimas. Las profundas diferencias culturales operaron en este caso como obstáculos para que los propósitos perseguidos por la titulación se cumplieran a cabalidad. Esas diferencias culturales y la privación de los integrantes de los Pueblos Indígenas, fueron usadas como ventajas ilegítimas –bajo la ley entonces vigente– por sujetos plenamente integrados. No se le escapa a la Comisión que esas situaciones –reprochables en su origen– han sido saneadas, desde el punto de vista del sistema legal, por la prescripción”. Así se absuelve quienes se aprovecharon y aprovechan del expolio⁵⁷.

Queda para la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato la responsabilidad más colectivizada y difusa del Estado sin que a dicho propósito hagan ya nunca los Tratados acto de comparecencia entre las piezas del Informe General y sus

⁵⁶ *Informe General de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato*, vol. I, *Recomendaciones*, pp. 603 y 642. Y conviene o compulsar el par de pronunciamientos pertinentes de la Ley Indígena, ninguno de ellos en los referidos términos de limitación única por “derechos fundamentales”; sobre cultura, en art. 7: “El Estado reconoce el derecho de los indígenas a mantener y desarrollar sus propias manifestaciones culturales en todo lo que no se oponga a la moral, a las buenas costumbres y al orden público”; sobre costumbre, en art. 54: “La costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República”.

⁵⁷ *Recomendaciones*, pp. 641-648: *Respuestas y recomendaciones relativas a la situación de las tierras mapuches*. Soy testigo presencial de la reacción primaria de incrédula sorpresa de personas de procedencia chileno-alemana criadas en los Estados Unidos ante la maleducada revelación de que sus ancestros fueron a poblar un territorio recién despoblado a sangre y fuego, haciéndose cómplices de un despojo y no titulares de un derecho al aceptar una cuota del botín. Luego me referiré a literatura jurídica actual poniendo en cuestión unos títulos en sí y para la misma efectividad de unas reparaciones.

Recomendaciones. A efectos concretos de posibilidad de reparación, la responsabilidad sólo juega para casos que, por una vía no judicial, sino administrativa de un carácter especial y temporal, pudieran probarse ilegítimos conforme al derecho de entonces y no respecto al mismo despojo por conquista y a la expropiación por legislación de colonización. Lo segundo resulta que ampara y sana a lo primero⁵⁸. En el juego de la misma lógica, la Comisión acepta que la República de Chile ha cometido genocidio, pero sólo de cara a unos pueblos australes completamente extinguidos, no a quienes, por contar con sobrevivientes, pudieran tener título a reparación y devolución⁵⁹.

Los comisionados Mapu-Che emiten reporte particular que se incluye entre los anexos del Informe General. Su visión es distinta respecto tanto a los Tratados históricos como al derecho actual y a la vinculación entre lo uno y lo otro en lo que interesa a la tierra: “Los Tratados o Parlamentos cubrían los derechos territoriales que actualmente reivindican las comunidades Mapuche. Los Derechos de tierras y territorios fueron reconocidos y ratificados a partir de los Tratados, como instrumentos jurídicos que reconocían dominio, soberanía y gobernabilidad, y se efectuaban en base al principio del consentimiento libre e informado de las partes; la bilateralidad constituía la condición esencial para su legitimidad y exigibilidad de las partes que las convenían”. Con esto, la visión sobre la responsabilidad del Estado y el derecho a la reparación ha de ser también forzosamente otra, más contundente por más rigurosa. Un principio general puede entonces sustentarse: “La celebración de los Tratados representa la primera fuente del reconocimiento jurídico del derecho a la libre determinación”⁶⁰.

⁵⁸ *Respuestas y recomendaciones relativas a la situación de las tierras mapuches*, p. 646: “La Comisión ha alcanzado la convicción que pesa sobre el Estado de Chile –y sobre toda la comunidad política– un deber de reparación en aquellos casos en los que se acredite que en las sucesivas transferencias de propiedad hubo defectos procedimentales que a la luz de la ley entonces vigente resultaban ilegítimos. Esta no es una reparación jurisdiccional, sino una reparación que debe ser alcanzada mediante mecanismos administrativos”, pasando a concretar esta propuesta de reducción a ámbito interno y sustracción del asunto a justicia que pudiera poner en cuestión cobertura histórica, no previsiblemente la chilena, pero sí la de unas jurisdicciones internacionales hoy abiertas y accesibles (FERGUS MACKAY, *Guía para los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Copenhague, International Work Group for Indigenous Affairs, 2002; PATRICK THORBERRY, *Indigenous peoples and human rights*, Manchester, Manchester University Press, 2002; S.J. ANAYA, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*).

⁵⁹ *Informe General de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato*, vol. I, pp. 525-579, “Los Pueblos Indígenas del Extremo Sur”; *Recomendaciones*, p. 584, refiriéndose a consecuencias para el presente acreditadas por el Informe General sobre la verdad histórica respecto a indígenas: “reducción territorial, fragmentación social, pérdida patrimonial, pérdida de vigencia de sus sistemas normativos propios, pérdida de sus idiomas por políticas de castellanización forzosa, y hasta la muerte y desaparición de Pueblos Indígenas enteros como los Aónikenk y Selk’man, que fueron objeto de un verdadero genocidio”, prescindiéndose con ello de que la tipificación de este delito por el derecho internacional de derechos humanos también alcanza a dichas otras políticas que no llegan a la completa extinción física; p. 619, “Propuestas y Recomendaciones relativas a los Pueblos Extintos”, la única entonces, bajo tales supuestos, imaginable de que “la comunidad nacional debe honrar la memoria” para que “nunca más tengan lugar hechos” tales.

⁶⁰ *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato. Bibliografía y Anexos* vol. I, 8 pp. (la paginación de estas piezas es propia y no corrida): *Posición y recomendaciones de los comisionados José Llancajón Calfucura, Aucan Huilcamán Paillama y Galvarino Reiman Huilcamán, sobre el Informe de Verdad y Nuevo Trato*, apartado 4: “Los Tratados, la Soberanía y los Derechos Territoriales del Pueblo Mapuche”. Menos rigurosamente, sin atender las salvedades respecto a Latinoamérica en general y al Mapu en particular, el voto particular alega al propósito la conclusión vista del *Estudio sobre los Tratados* de Naciones Unidas sobre su valor normativo en la actualidad.

Entre los anexos del Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato aparece uno extensísimo que se dice “autónomo” de una Comisión de Trabajo Mapuche con tratamiento dilatado del capítulo de tierras ofreciendo noticia de Parlamentos, inclusive del último colonial de 1803 y del celebrado con Chile en 1825, aquel sobre el cual guarda en cambio silencio el Informe General en su parte sustantiva, y resaltándose además su significación histórica como base de partida de las relaciones institucionales entre Mapu y la República. La información es abundante, pero en momento alguno se adentra en la construcción jurídica del caso mismo del título a la tierra ni a otro efecto a partir de la evidencia de los Tratados, y esto pese a que se dedica también un largo capítulo a los fundamentos del derecho Mapu-Che. Para el extremo que estamos considerando, lo más interesante me parece el contraste entre Informes, el general y los particulares⁶¹.

Todo parece indicar que la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato ha tenido ante su vista la evidencia bien palpable de la significación constitucional o, mejor, internacional del Tratado de Taphue de 1825 entre Mapu y Chile y ha preferido, por así decirlo, mirar hacia otro lado, lo que resulta al fin y al cabo congruente con sus posiciones sobre el derecho a la tierra y a la reparación⁶². Así y todo, la información oficial de Chile no sólo es que rehuya las recomendaciones, sino que llega incluso a hurtar el testimonio al cabo bien elocuente de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato⁶³. En el contexto que se nos va poniendo de manifiesto, que disguste oficialmente puede ser por desgracia hasta un buen signo. Si el gobierno chileno ha hecho uso, es hasta ahora como coartada para intentar blindarse del escrutinio internacional de derechos humanos en lo que toca a indígenas⁶⁴. A la hora de la verdad, la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato viene a ofrecer el saldo de Comisión de Verdades a Medias y Mismo Trato⁶⁵.

⁶¹ Para ulteriores comentarios, hay introducción en el archivo de publicaciones del Centro de Documentación Mapuche Ñuque Mapu: <http://www.mapuche.info>.

⁶² *Informe de la Comisión Verdad Histórica y Nuevo Trato*, vol. II, tomos II y III, *Informe Final de la Comisión de Trabajo Autónomo Mapuche*, cap. II: “Territorios y Tierras Mapuche”; cap. III: “Fundamentos y Manifestaciones del Derecho Mapuche”.

⁶³ Ya está advertido respecto al sitio gubernamental de derechos humanos (<http://www.ddhh.gov.cl>); si se tiene tiempo para perder, invito a rastrear el asunto por la buena información oficial de Chile en internet o también por ese sitio concreto. Conforme a recomendaciones de la Comisión de Verdad y Reconciliación, la que tratara de los crímenes de la dictadura, se creó en 1992 una Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación cuya consideración como tal, en sus aspectos específicos, al caso Mapu-Che, caso de “personas de origen mapuche” en su nada inocente perifrasis, fue tan nimia que puede decirse prácticamente nula: http://www.ddhh.gov.cl/DDHH_informes_cnrr.html. Confróntese Roberto MORALES URRRA, *Cultura Mapuche y Represión en Dictadura*, en *Revista Austral de Ciencias Sociales*, Instituto de Ciencias Sociales, Facultad de Filosofía y Humanidades, Universidad Austral de Chile, 3, 1999, pp. 81-108 (en línea: <http://www.humanidades.uach.cl/revsociales.htm>). Luego me refiero al tracto de legislación represiva de la dictadura de cara al Mapu.

⁶⁴ V. TOLEDO LLANCAQUEO, *Panorama de las políticas públicas y derechos indígenas en Chile: Hechos y procesos claves del año 2004*, en el sitio citado del Centro de Políticas Públicas y Derechos Indígenas.

⁶⁵ En 2005 se produjo la respuesta oficial ya aludida al *Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas* en Chile, alegándose, como logro propio de gobierno, la labor de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato cuyas mismas recomendaciones viene ignorando. Puede verse, junto con otra documentación que, porque no me ocupe ahora, no deja de guardar relevancia, en el sitio de dicho Centro de Políticas Públicas y Derechos Indígenas: http://www.politicaspUBLICAS.cl/expedientechile/panel_expedientechile.html. Y hay ahora una especie de contrainforme oficial frente al de la Comisión, pues intenta contrarrestar y se destina a la

5. Reconocimiento de Mapu y desconocimiento de Chile.

Durante los últimos años, bastante intensamente durante las dos décadas finales del pasado siglo XX y con importantes novedades en sus mismas postrimerías, se ha producido un notable proceso de reconocimientos constitucionales de la presencia indígena por parte de los Estados a lo ancho y largo de Latinoamérica. Chile hoy precisamente se singulariza por la resistencia que hemos contemplado al principio. Se da por hecho que tal, el constitucional de Estado, es el reconocimiento procedente e incluso bastante. Sin embargo, de seguirse el tracto jurídico de la construcción de los Estados de América en el tiempo, la primera cuestión que comparece no es la de su reconocimiento de unos pueblos, sino la inversa, la del consentimiento de éstos, sus condiciones y garantías. El problema no es sólo entonces que los Estados ni se lo plantearan por aquel tiempo, sino que hoy, por este tiempo, el asunto ni se vea. Forma la ceguera del presente estrecha pareja con la invisibilidad del pasado. La cuestión del reconocimiento por parte indígena sencillamente no existe para el mundo oficial de la política, no digamos del derecho, ni para el oficioso de la academia. En Chile se cultiva distancia y olvido con verdadero esmero tanto historiográfico como jurídico⁶⁶. Pues consta la humanidad a la que nos referimos, llego en momentos a hablar en unos términos completamente prosopopéyicos de Chile como de Mapu.

Hay en Chile y sobre Chile una arraigada tradición de historiografía sobre la construcción del Estado y la formación de ciudadanía contemplándosele en marcha resuelta desde el mismo arranque de la independencia hacia principios del siglo XIX y no haciéndose ver, entre alardes de desprecio olímpico por la presencia indígena, ni siquiera que el contingente así protagonista, además de sobrevenido, constituía de entrada una minoría, en casos además ausente, a lo largo y ancho de la geografía presuntamente chilena⁶⁷. La evidencia no puede ocultarse sin más por supuesto. Hoy cobra auge una historiografía que se dice sobre la frontera, como si tal lo fuera todo Mapu. Por ella no habría más presencia humana activa que la de un mestizaje ya chileno, tal y como si la humanidad Mapu-Che, por absorción, incapacidad o extinción completa, pues todo esto se presume, no estuviera ni siquiera en unos términos de interacción con presencias sobrevenidas⁶⁸. En la historiografía, es ésta, la menos apreciativa de la entidad de la presencia indígena cuando se digna contemplarla, la tendencia más beligerante en nombre de una ciencia rendida en realidad a la política⁶⁹.

divulgación: *Memoria Nuevo Trato, 2000-2006*. No hay que decir que, aunque el Informe del Relator Especial pudiera dar pie, no hay en la respuesta oficial la más mínima alusión a Tratados con indígenas.

⁶⁶ Para información sobre excepciones también historiográficas, Nicolás RICHARD, (editor), *Movimiento de campo. En torno a cuatro fronteras de la antropología chilena*, Guatemala, Instituto Centroamericano de Prospectiva e Investigación, 2003. Puede añadirse el *Portavoz Antropológico*, sitio de la Escuela de Antropología de la Facultad de Artes, Humanidades y Ciencia Sociales de la Universidad Católica de Temuco: <http://www.uct.cl/portavozantropologico>.

⁶⁷ Véase ahora un fuerte refuerzo exterior, ya póstumo, bien expresivo de todo ello: Simon COLLIER, *Chile. La Construcción de una República, 1830-1865. Políticas e Ideas* (2003), Santiago, Universidad Católica de Chile, 2005, *mapuche* como voz casi vacía en el índice de materias. Representa la prosecución de su *Ideas y política de la independencia chilena, 1808-1833* (1967), Santiago, Andrés Bello, 1977 (previsto en línea: http://www.dibam.cl/biblioteca_nacional/noticias.asp?sh=1&id=1414).

⁶⁸ Sergio VILLALOBOS, *Vida fronteriza en la Araucanía: El mito de la guerra del Arauco*, Santiago, Andrés Bello, 1995; L. LEÓN, Patricio HERRERA, Luis Carlos PARENTINI, y S. VILLALOBOS, *Araucanía: La Frontera Mestiza, Siglo XIX*, Universidad Católica Silva Henríquez, 2003.

⁶⁹ Para indicios de ocultamiento de datos, J. BENGÓA, *Historia del pueblo mapuche. Siglos XIX y XX*, p. 207, en nota. Añádase Alfredo GÓMEZ ALCORTA, *La rebelión mapuche de 1834-1835. El Estado-Nación*

Si las evidencias de la historia efectivamente transcurrida abonan el derecho del pueblo Mapu-Che, he ahí que están al quite para neutralizarlas los prejuicios generados y reproducidos por los silencios y las manipulaciones de una historiografía académica⁷⁰.

Se viene también en Chile a acercamientos más apreciativos de la actividad indígena interesando a la construcción del Estado y a la formación de la ciudadanía, pero sin que nada de esto conduzca a su reposición en los términos de interacción entre pueblos o naciones que entonces, al menos de momento para la historia, corresponde⁷¹. Con el registro de la existencia mantenida de Parlamentos y Tratados, ya hay incluso una literatura académica de historia Mapu-Che en tiempos de Chile, bien que sin acercarse a la apreciación del valor constituyente en común de dicho género de prácticas e instrumentos y su concreto desempeño por Mapu⁷². Para el derecho, una literatura jurídica de presente muy inclinada a extender su mirada al pasado sigue sencillamente empeñándose en ignorar sin más la existencia y el alcance de tales Tratados para la formación histórica de Chile, no digamos ya acerca de su potencial valor para hoy. Están fuera de juego para el derecho incluso cuando se les registra en su propia historia⁷³, ya no digo en la más general o menos especializada. La invisibilidad es la pauta incluso cuando los acontecimientos y sus consecuencias se tienen bien a la vista. Por esto hacen falta Comisiones de Verdad⁷⁴. Importando neurálgicamente a derechos,

chileno versus el enemigo bárbaro. Antecedentes para la desmitificación historiográfica de la 'frontera pacífica', Temuco, Ñuke Mapuförlaget, 2003. Y puede verse en línea un debate sobre posiciones de S. Villalobos en el archivo de *Artículos Mapuche* de la Fundación Rehue: <http://www.xs4all.nl/%7Erehue>, así como en la Net Mapu: <http://www.mapuche.cl/documentos/mapuches/repvilla.htm>. La obra de Sergio Villalobos recuerdo que se distinguió con el Premio Nacional de Historia en un año tan emblemático para América y significativo en Chile, esto por la reciente recuperación de la democracia, como el de 1992.

⁷⁰ Sobre narrativas históricas que producen y solapan derecho constituyente de parte para todo el conjunto, indígenas inclusive, Renáta UITZ, *Constitutions, Courts and History: Historical Narratives in Constitutional Adjudication*, Budapest, Central European University Press, 2005, con tratamiento de casos, como el de Canadá, que pueden interesar comparativamente a Chile.

⁷¹ Gabriel SALAZAR y Julio PINTO (directores), *Historia Contemporánea de Chile*, Santiago, Lom, 1999-2002; especialmente vol. I, G. SALAZAR, Arturo MANCILLA y Carlos DURÁN, *Estado, Legitimidad, Ciudadanía*, y vol. II, J. PINTO, Azun CANDINA y Robinson LIRA, *Actores, Identidad y Movimiento*, con capítulo éste sobre “Las etnias indígenas”, en estos términos.

⁷² J. BENGUA, *Historia del pueblo mapuche. Siglos XIX y XX*; J. PINTO RODRÍGUEZ, *La formación del Estado y la nación, y el pueblo mapuche: De la inclusión a la exclusión*; Isabel HERNÁNDEZ, *Autonomía o ciudadanía incompleta: El pueblo mapuche en Chile y Argentina*, Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2003 (en línea en el sitio de la CEPAL: <http://www.eclac.org/publicaciones>); Jorge Iván VERGARA, *La herencia colonial del Leviatán. El Estado y los mapuche-huilliches, 1750-1881*, Iquique, Instituto de Estudios Andinos, 2005.

⁷³ Por el mérito de no eludir el asunto, calificando además el Mapu como Estado y Tapihue como Tratado, queda sintomáticamente fuera de contexto tanto histórico como sobre todo jurídico de una cultura no sólo académica el registro de Eric Eduardo PALMA G., *Historia del Derecho Chileno, 1808-1924*, Santiago, Orión, 2005, pp. 125-129.

⁷⁴ B. CLAVERO, *Genocidio y Justicia. La Destrucción de Las Indias Ayer y Hoy*, Madrid, Marcial Pons, 2002, afrontando el efecto de invisibilidad. Para la visualización incluso de genocidio, aunque referido tan sólo como ya he recordado a pueblos completamente extintos sin derecho así a reparación, se tiene ahora el testimonio del *Informe General* de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, ese que el propio Gobierno que lo encargara hemos visto que está intentando invisibilizar. La imagen poco favorecida que, por invisibilizar a indígenas, ha podido aquí ofrecerse de la Comisión de Verdad y Reconciliación no hace desde luego justicia a su labor. Desde España además, donde llanamente se rehuyó la verificación a la salida de su dictadura, no puede impartirse lección ninguna.

el pasado resulta demasiado importante para dejarlo confiado por entero en manos de especialistas, sean de historia, de antropología o hasta del mismo derecho⁷⁵.

Si volvemos a mirar las Constituciones de Chile durante el siglo XIX, lo que se amaga y cancela resulta tanto o más significativo que lo que se mantiene. Esto segundo es la definición entonces fantasmiosa del territorio. Lo primero es el mandato de civilización y la identificación de las provincias. Que éstas dejaran de identificarse en la Constitución, para no ponerse en evidencia la discontinuidad del dominio efectivo de Chile, no cancelaba designio ninguno de expansión y conquista, pues esto era lo que se mantenía en la definición del territorio⁷⁶. Que dejara enseguida de formularse el proyecto civilizatorio en la Constitución misma (recordemos la efímera de 1822: “Cuidar de la civilización de los indios del territorio”) tampoco produce cancelación ninguna salvo la de una evidencia que quiere pasar también a encubrirse con el silencio constitucional. Esto mismo del encubrimiento es lo que sigue al cabo significando el actual acuerdo parlamentario sobre la forma peculiar de reconocimiento constitucional de la presencia indígena en Chile: “La Nación chilena es una e indivisible”.

La continuidad de fondo entre las formulaciones constitucionales es superior desde luego de lo que se manifiesta. El cuidado de “la civilización de los indios” y la preocupación porque “la Nación chilena” sea “una e indivisible”, en vez de plural y articulada, son extremos que se hilan con el cordón verdaderamente umbilical de lo que suele hoy llamarse el supremacismo cultural, aquel que comienza por considerar a otras culturas como incapaces de responsabilizarse de sí mismas y, sobre todo, de sus recursos. Civilizar es forzar a un abandono no sólo de cultura propia, sino también del manejo de los propios recursos, comenzando por la tierra. El régimen visto de tutela para su transferencia resultaba un signo más. Para la parte que se entiende a sí misma como agente de civilización, tal supremacismo es lo que da sentido a las aparentes contradicciones entre las Constituciones de Chile y los Parlamentos de Mapu. Los Tratados con el segundo se entienden por el primero expedientes de tránsito en tanto que no se está en condiciones para el asalto que le otorgue el gobierno y los recursos del territorio. Por esto Chile nunca cancela durante el siglo XIX el artículo constitucional que define una geografía por entonces ilusoria entre Hornos y Atacama⁷⁷.

Chile nunca confirió entonces a los Tratados con indígenas el sentido de un acuerdo entre naciones en pie formal de igualdad ni nada que se le acercara o pareciera. A efectos constitucionales, es cosa que no cabe en las mientes de Chile. Pese a que en el Parlamento General de Tapihue se contempla un “Soberano Constituyente” en común, las Constituciones siguen produciéndose a espaldas de Mapu por Congreso o

⁷⁵ Para ilustración de una práctica de suplantación de voces, por superposición autoritaria de la académica, que suele ser solapada y en este caso es flagrante, sin reparo ni disimulo: Rolf FOERSTER G., *El tratado de paz de 1793. Una aproximación a la gramática de la memoria mapuche-huilliche*, en *Revista Austral de Ciencias Sociales*, Instituto de Ciencias Sociales, Facultad de Filosofía y Humanidades, Universidad Austral de Chile, 2, 1998, pp. 59-68 (en línea ya citada).

⁷⁶ Existía la técnica constitucional del *territorio* bajo gobierno federal como régimen transitorio, mientras que prevaleciese la presencia indígena, antes de formarse *estado* interior, lo que puede explicar el predicamento del federalismo en América (B. CLAVERO, *Freedom's Law and Indigenous Rights: From Europe's Oeconomy to the Constitutionalism of the Americas*, Berkeley, Robbins Collection, 2005), pero Chile precisamente lo rechazaba, como lo rechaza, para lo malo como para lo bueno, ayer como hoy.

⁷⁷ Por todo lo visto, creo que la visión expresada por el subtítulo, que fuera título en la primera edición, de J. PINTO RODRÍGUEZ, *La formación del Estado y la nación, y el pueblo mapuche: De la inclusión a la exclusión*, podría reformularse como entre formas distintas *de inclusión excluyente o exclusión incluyente*; comparativamente, de una más a otra menos digna, por no decir de menos a más inhumana.

Parlamento exclusivo de Chile. El mismo artículo 29 del Tratado, aquel que podía haber dado paso al Congreso Constituyente de la Confederación, resultaba en castellano de una ambigüedad elocuente. Pero todo esto no dice nada respecto al valor de derecho de los Tratados de Chile con Mapu o de Mapu con Chile comenzándose por el de 1825. Había otra parte entre cuyas perspectivas ni siquiera parece que entrase la Constitución en común y esto, no por ignorar sus virtudes, sino por entender que bastaban las superiores de la relación más puramente confederativa mediante Tratado.

Nunca se olvide esto tan elemental de que tales instrumentos son por su propia naturaleza cosas de dos o de más de dos, documentos como mínimo bilaterales. Multilateral era la práctica confederativa Mapu-Che. Extrayendo la lógica consecuencia, el entendimiento unilateral de Chile resulta por completo indiferente para la entidad jurídica del Tratado, lo mismo que ocurriría si se mirase en absoluta exclusividad la perspectiva Mapu-Che⁷⁸. El propio texto de parte en castellano tiene por supuesto un doble valor, el demostrativo de la existencia del Tratado y el indiciario de su contenido, pero no más. No hace falta conocer el mapudungun, aunque sería preferible por supuesto, en orden a extraer entre líneas lo que es verdaderamente acuerdo entre las partes y no posición de una sola. Sirve la lógica si no es desde luego la de un sesgo supremacista, ésta que viene impidiendo la simple inteligencia, ya no digo el respeto⁷⁹.

El desconocimiento por parte de Chile es, como ya nos consta, no menos doble como mínimo, el académico en general y el jurídico en particular, alcanzando éste no sólo a gobierno y parlamento, sino también a la justicia. Ambos encierran significación política. Buena parte de la academia constituye hoy en Chile el ámbito más refractario a la toma en consideración de la historia propia en su integridad y del derecho ajeno en su actualidad⁸⁰. Representa el estrato de aparatosa cultura que puede sostener expeditivas políticas como, con sus secuelas de todo orden, la de negativa constitucional a cualquier reconocimiento salvo el de la proclamación de la unidad e indivisibilidad de una Nación para la que lo indígena es el pasado, heroico incluso si se quiere, pero periclitado⁸¹. De

⁷⁸ Como el punto debiera ser elemental y no lo es, invito a un repaso de todo el arco científico y político de la literatura académica sobre estos Tratados con toda su diversidad, de la historiografía a la antropología pasándose por el derecho, de Abelardo Levaggi a Rolf Foerster por ejemplo, para comprobarse hasta qué extremo realmente no lo resulta. Es la posición desde la que se tiene sin más por inconsistente para el pasado y para el presente la perspectiva de parte Mapu-Che sobre el valor de los Tratados siempre que desde luego no sea la que generosamente les presta la academia misma.

⁷⁹ Para todo ello, con ilustraciones de otras latitudes, B. CLAVERO, *Tratados con otros Pueblos y Derechos de otras Gentes en la Constitución de Estados por América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

⁸⁰ R. MORALES URRRA (compilador), *Universidad y Derechos Indígenas*, Temuco, Instituto de Estudios Indígenas, 1997 (en línea: http://www2.estudiosindigenas.cl/images/_publ/universidad.pdf), para excepciones confirmando la regla.

⁸¹ Holdenis CASANOVA G., *Entre la ideología y la realidad: La inclusión de los mapuches en la nación chilena, 1810-1830*, en *Revista de Historia Indígena*, Departamento de Ciencias Históricas, Facultad de Filosofía y Humanidades, Universidad de Chile, 4, 2000, pp. 9-48; Viviana GALLARDO PORRAS, *Héroos indómitos, bárbaros y ciudadanos chilenos: El discurso sobre el indio en la formación de la identidad nacional*, también en la *Revista de Historia Indígena*, 5, 2001, pp. 119-134 (se encuentra la misma en línea: http://www.uchile.cl/facultades/filosofia/publicaciones/revista_indigena/electronica/index.html). Como indagaciones sólidas de base, Álvaro JARA, *Guerra y Sociedad en Chile. La transformación de la guerra de Arauco y la esclavitud de los indios* (1961, en francés), Santiago, Editorial Universitaria, 1971 (en línea: http://www.memoriachilena.cl/mchilena01/temas/documento_detalle.asp?id=MC0009041, la edición, con nuevo prólogo, de 1981); Guillaume BOCCARA, *Guerre et ethnogenèse mapuche dans le Chili colonial. L'invention du soi*, París, L'Harmattan, 1999.

algo tan elemental como una presencia constante necesita realmente la academia, en especial la de historia y la de derecho, el recordatorio⁸².

Sin mayores problemas de cara al establecimiento académico ni siquiera del campo del derecho y con escaso cuestionamiento en el mundo igualmente no indígena de la política oficial, hoy todavía prosigue un proceso de expropiación de tierra en Mapu con recursos bien eficaces al efecto como el de la legislación pretendidamente antiterrorista de tiempos de dictadura que se mantiene en vigor para aplicarse, por lo que ha resultado, a la resistencia civil Mapu-Che⁸³. Es éste un episodio en el curso de la historia que comenzara por la declaración sobre civilización de 1822 y el consiguiente entendimiento supremacista mal solapado del Tratado de 1825. Por la otra parte, la Mapu-Che, también puede haber continuidad. El derecho a la tierra frente al expolio habido puede perfectamente fundarse en dicho Tratado de 1825. El propio reclamo de reparación se refuerza con este título⁸⁴. Hay derecho histórico de Mapu anterior al que pudiera reconocerse a Chile como Estado desde la independencia, según Chile mismo al fin y al cabo, de mala gana por supuesto, vino a reconocer mediante tal Tratado⁸⁵.

Como hemos visto, durante la última década y media, entre 1991 y 2006, Chile se platea reconocer en vez de plantearse ser reconocido. Quiere mantener Constitución exclusiva en el lugar de Tratado no excluyente, llámesele a éste también Constitución en común. Chile sigue sin querer reconocer que no se ha fundado históricamente mediante Constituciones, sino por Tratados, y con Tratados que pueden conservar un valor

⁸² Ricardo H. HERRERA LARA, *La Construcción Histórica de la Araucanía: Desde la Historiografía Oficial a las Imágenes Culturales y Dominación Política*, en *Revista Austral de Ciencias Sociales*, Instituto de Ciencias Sociales, Facultad de Filosofía y Humanidades, Universidad Austral de Chile, 7, 2003, pp. 29-40 (en línea ya citada). Para sesión de trabajo que precisó del recordatorio en casa propia de derecho: http://www.derecho.uchile.cl/noticias/2006/julio/derechos_indigenas_ley_antiterrorista.htm.

⁸³ Pueden verse los informes de la Federación Internacional de Derechos Humanos editados en internet: http://www.fidh.org/IMG/pdf/cl_mapuche2006e.pdf; <http://www.fidh.org/IMG/pdf/cl1809e.pdf>. Con ocasión del segundo tuve ocasión de visitar el Mapu junto a Luis Rodríguez Piñero y Víctor Toledo. ¿Lo que me llamó más la atención humanamente? El buen humor contagioso incluso en la mayor de las adversidades, como la de penuria económica agravada por el aprisionamiento de los familiares más hábiles por acciones de resistencia civil calificadas judicialmente como terroristas. Pero la página de *Humor* del sitio de la Net Mapu (<http://www.mapuche.cl/netmapu>) está todavía (noviembre, 2006) *petu zeumamekeiñ*, esto es en construcción. Y desde luego que el mejor humor tiene humanamente un límite. Presenciamos también episodios de quiebra en el aguante y degradación autoinflingida con la bebida. Los informes no registran la experiencia ni más humana ni más inhumana. Habría que recurrir a un género de ficción para transmitir por escrito tamaña no-ficción.

⁸⁴ Conviene informarse, como ya advertí, sobre reparaciones habidas y pendientes, entre éstas últimas desde luego las de indígenas en América, y acerca especialmente de sus fundamentos jurídicos: Elazar BARKAN, *The Guilt of Nations: Restitution and Negotiating Historical Injustices*, Baltimore, John Hopkins University Press, 2000; Janna THOMPSON, *Taking Responsibility for the Past: Reparation and Historical Justice*, Cambridge, Polity Press, 2002; William C. BRADFORD, *Beyond Reparations: An American Indian Theory of Justice*, en *Ohio State Law Journal*, 66, 2005, pp. 1-104.

⁸⁵ Para el argumento de que la deuda de derecho puede que exista, pero que es llanamente impagable o, de admitirse, resultaría imperecedera, con la aparente fuerza del pragmatismo, R. FOERSTER G., *Sociedad mapuche y sociedad chilena: la deuda histórica*, en *Polis. Revista de la Universidad Bolivariana de Chile*, 2001, 2 (en línea: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/HomRevRed.jsp?iCveEntRev=305>). Son páginas que se presentan como pertenecientes a un proyecto de investigación colectivo sobre *¿Demanda étnica o demanda etnonacional mapuche?* en el que, aparte el mismo sesgo del dilema, el segundo elemento, el nacionalista Mapu-Che, representa sin duda el maniqueo a conjurar con la magia de la ciencia (para un dossier del debate: <http://www.mapuche.info/mapuint/azkdossie050414.html>; para noticia de financiación pública: <http://www.conicyt.cl/bases/fondecyt/proyectos/01/2000/1000024.html>).

jurídico, quiero decir normativo en sus términos de multilateralidad, pues la quiebra unilateral no basta para eliminar del mapa esta clase de instrumentos. En Chile, como en general desde luego por las más diversas latitudes de América, el Tratado ha representado Constitución mientras que la Constitución ha sido quiebra de Tratado. La justicia entonces requiere no sólo reparación de daños y perjuicios, sino también recuperación de relaciones y mecanismos, del pie formal de igualdad entre naciones o pueblos en último término, por muy desiguales que de hecho hoy sean entre sí⁸⁶.

Chile se resiste incluso al simple reconocimiento constitucional de una presencia en mayor medida que otros Estados de Latinoamérica porque, con la ignorancia voluntaria y todo, tiene ante la vista las evidencias más a la contra de su propia posición de Estado, tales como los Tratados. Chile no aprecia el reconocimiento Mapu-Che mediante el Tratado de Tapihue porque, según todos los visos, esto le obligaría a replantearse por completo de raíz sus propios fundamentos constitucionales. El Congreso que convierte el reconocimiento indígena en alarde de Chile sabe lo que hace. Vienen tiempos de bicentenario que previsiblemente acentuará ese reflejo⁸⁷. No es el fin de la historia. Aunque la ilusión constitucional consista en atribuirse la exclusiva de la capacidad de reconocimiento, Chile no tiene la última palabra respecto al derecho de Mapu. Pues de su derecho se trata, la primera ha de ser Mapu-Che⁸⁸.

6. Una declaración de derechos y un coro de voces.

El asunto es internacional en doble sentido como ya sabemos, porque se dirime entre naciones y porque hoy se le plantea al derecho internacional de los derechos humano. Por basarse en su reconocimiento y comprometerse con su desarrollo, Naciones Unidas no se reducen ni mucho menos a una organización de Estados. A mediados de 2006, su Consejo de Derechos Humanos aprueba en Ginebra el proyecto de Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas que comenzó a elaborarse en los

⁸⁶ R. WILLIAMS JR., *Linking Arms Together: American Indian Treaty Visions of Law and Peace*, con dicha consideración del Tratado como Constitución.

⁸⁷ Un pulso del ambiente puede detectarse a través del tratamiento usual de la presencia Mapu-Che por la prensa chilena; para un archivo, <http://www.mapuche-nation.org/espanol/html/nosotros/prensa.htm>; para un contraste, <http://www.azkintuwe.org>. La relativa peculiaridad chilena en el mismo contexto americano se revelaría con el desconcierto que de seguro produciría si, de llegar a aprobarse, se sumara a los ya habidos su extraño reconocimiento constitucional de la presencia indígena: “La Nación chilena es una e indivisible”. El mismo fantasma de unos bicentenarios también acecha por la antigua metrópolis: B. CLAVERO, *Cádiz en España: Signo constitucional, balance historiográfico, saldo ciudadano*, apéndice de Marta LORENTE y Carlos GARRIGA, *Cádiz 1812. La Constitución Jurisdiccional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, de inminente publicación. Y puede ya verse el sitio oficial de los preparativos de calentamiento en Chile: <http://www.bicentenario.gov.cl>.

⁸⁸ Para las posibilidades de construcción del caso en el ámbito internacional, Ber MORTON, *In Defence of Ragco Mapu: Building a case for Mapuche self-determination*, en *A Journal of Indigenous Governance*, University of Victoria, British Columbia, Canadá, 1, 2004 (en línea: <http://web.uvic.ca/igov/research/journal/contents.htm>). Respecto a tierras, conviene añadir la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de 2001: *The Case of the Mayagna (Sumo) Indigenous Community of Awás Tingni Against the Republic of Nicaragua*, número especial del *Arizona Journal of International and Comparative Law*, College of Law, The University of Arizona, 19.2, 2002. Y considérese si la conquista de Mapu no reúne circunstancias, produce consecuencias y da pie hasta hoy a políticas tipificables como genocidas conforme a la Convención de Naciones Unidas para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (conviene repasarse los supuestos que contempla: <http://www.ohchr.org/spanish/law/genocidio.htm>). Para documentación de iniciativa Mapu-Che en foros internacionales, la que puede construir legítimamente el caso, Mapuche International Link: <http://www.mapuche-nation.org/espanol/documentos.htm>.

años ochenta del pasado siglo por el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, como ya dije. Cuando escribo, en el mes de octubre, se encuentra en trámite de comité para presentarse a la Asamblea General en Nueva York.

Como organización de Estados, Naciones Unidas también están necesitadas de ser reconocidas, para lo que reconocer en términos dignos siempre es una buena baza. Ahí viene el proyecto de la Declaración⁸⁹. Sólo por serlo formal ya ha sobrepasado posiciones anteriores. Conviene la advertencia para que no vaya a proyectarse sobre sus disposiciones los distinguos problemáticos de otros documentos con todo esto superados, como para la materia de Tratados pueda ser el caso del estudio específico que bien conocemos⁹⁰. Un Tratado es un Tratado. ¿Se quiere un ejemplo? He ahí, sin ir más lejos, el que se celebrara entre Chile y Mapu en 1825. A casos como éste se refiere el artículo 37 de la prevista Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas:

Los pueblos indígenas tienen derecho a que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los Estados o sus sucesores sean reconocidos, observados y aplicados (según su espíritu y propósito originales) y que los Estados acaten y respeten esos tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos. Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que menoscaba o suprime los derechos de los pueblos indígenas que figuren en tratados, acuerdos y arreglos constructivos⁹¹.

¿Hace falta que nos adentremos en la consideración de un desencaje de Constitución al encontrarse nuevamente ante Tratado o, en rigor de precedencia, el producido por situarse el Tratado ante Constitución? Con sólo releer el pronunciamiento inicial del artículo constitucional que hemos citado, la formulación del principio que desde 1980 ratifica una unidad compacta ya nada fantasiosa (“El Estado de Chile es unitario...”), podríamos comenzar a entrever el alcance del desajuste⁹². Pero no

⁸⁹ Como para cualquier información de orden normativo sobre el derecho internacional de derechos humanos, el mejor sitio para seguirse la trayectoria ulterior del proyecto de Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas es el que viene utilizándose del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, dando entrada a todos los organismos suyos competentes: <http://www.ohchr.org>.

⁹⁰ Teniendo ambas fundamentos, según se miren las referencias al Mapu o las sugerencias más genéricas, las lecturas discrepantes vistas del *Estudio sobre los Tratados* por parte del Informe General o del Informe Mapuche de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato ya no representan un dilema. El derecho internacional le concede la razón a la lectura menos acorde con el propio *Estudio*, la Mapu-Che.

⁹¹ <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/LTD/G06/125/74/PDF/G0612574.pdf?OpenElement>, el proyecto en castellano en el sitio del Consejo de Derechos Humanos. El inciso “según su espíritu y propósito originales” lo recluyo entre paréntesis pues no aparece en las versiones oficiales del proyecto en otras lenguas, al haberse suprimido y escapado de momento la corrección en el texto castellano.

⁹² Como por ámbitos políticos, judiciales y académicos de Chile cunde la natural susceptibilidad frente al recuerdo, aunque sea de lo más implícito, del origen en tiempo de dictadura, en 1980, de la Constitución actual, quiero manifestar que, con el conjunto de reformas habidas desde 1989 en consideración de derechos humanos y democracia (entre las que figuran las del artículo tercero, incluyéndose en 1991 la referencia a la descentralización administrativa y en 2005 un principio de solidaridad interregional), no hago de ello en absoluto cuestión, como tampoco la haría, por las mismas razones, respecto a los orígenes dictatoriales de la actual Monarquía española. Además, el sangrante problema de que ni democracia ni derechos humanos alcancen ni beneficien a indígenas hunde sus raíces bastante más lejos que en la dictadura, de lo cual ya sabemos que ni la Comisión de Verdad y Reconciliación ni la Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación han acusado conciencia. Puede verse un informe ya citado, pero sin haber identificado su título: *La otra transición chilena: Derechos del Pueblo Mapuche, política penal y protesta social en un Estado democrático* (http://www.fidh.org/IMG/pdf/cl_mapuche2006e.pdf).

olvidemos que no es ése el inicio. Desde 1999, cuando se sustituyen *los hombres por las personas* como sujetos primeros de derechos, la Constitución de Chile arranca con un pronunciamiento que ofrece buena base para el ajuste necesario. Es el primer inciso del artículo primero del primer capítulo, el que sienta las “Bases de la Institucionalidad”:

Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos⁹³.

¿Qué más puede añadir alguien que no es individuo de Mapu ni ciudadano de Chile como es mi caso? Tal vez que desde esa primera frase convendría que nos esmerásemos en la lectura no supremacista⁹⁴, en la que toma en cuenta culturas hasta ahora tenidas al margen del constitucionalismo de derechos que debieran desenvolverse en libertad, igualdad y dignidad⁹⁵. Para esto mismo, para la propia base de partida, pudieran aportar concepciones preciosas y prácticas valiosas, inesperadas las unas y las otras tan sólo para quienes vienen empecinadamente ignorándolas⁹⁶. Como se trata del acomodamiento constitucional no sólo de intereses sectoriales de base territorial, sino también y ante todo de posiciones culturales, en buena parte ahora desarraigadas, que

⁹³ Cabe agregarse el arranque del cuarto inciso del mismo artículo primero: “El Estado está al servicio de la persona humana”, así como el primer pronunciamiento del capítulo tercero, “De los Derechos y Deberes Constitucionales”, esto es, art. 19: “La constitución asegura a todas las personas: 1. El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”, no tan reiterativo como aparenta. Y a quienes aún abrigan un sincero escepticismo sobre la procedencia de unos cuidados en el lenguaje, sobre todo si constitucional, como el de esta sustitución de *los hombres por las personas*, les propongo el siguiente ejercicio. Léase la nota que sigue sobre la categoría y la práctica de *ubuntu*, y considérense luego, sólo a continuación de esa lectura, las implicaciones discriminatorias de la siguiente variante: “El hombre tan sólo puede ser hombre a través de otros hombres”. Mediando una fuerte tradición de clasismo social y supremacismo cultural, la reducción ahora inconfesada, por inconfesable, de la categoría de *hombre* como sujeto de derechos constitucionalmente garantizados puede desde luego producirse por razón y efecto no sólo de sexismo.

⁹⁴ B. CLAVERO, *Multiculturalismo constitucional, con perdón, de veras y en frío*, en *Revista Internacional de Estudios Vascos*, Eusko Ikaskuntzen Nazioarteko Aldizkaria, 47-1, 2002, pp. 35-62.

⁹⁵ Yvonne MOKGORO, *Ubuntu and the Law in South Africa*, en *Potchefstroom Electronic Law Journal*, North-West University / Yunibesiti ya Bokone-Bophirima / Noordwes-Universiteit, 1, 1998 (en línea: <http://www.puk.ac.za/fakulteite/regte/per/index.html>), aparte la suerte declinante de la concepción y la práctica de *ubuntu* en el constitucionalismo sudafricano por habersele reducido a recurso para la transición de salida del régimen racista, pues en sí puede interesar más de lo que cupiera sospechar al caso de la concertación de Mapu y Chile a partir de la libertad, la igualdad y la dignidad entre las personas. Según Yvonne Mokgoro, magistrada actualmente de la Corte Constitucional de la República de Sudáfrica, el término *ubuntu*, común al isizulú y al xhosa, denota una forma de solidaridad humana para la que no hay palabra en inglés, como tampoco en español, pues se carece del concepto y de la práctica, y que se entiende mejor mediante una perífrasis: “Umuntu ngumuntu ngabantu”, “Motho ke motho ba batho ba bangwe”, “Una persona tan sólo puede ser persona a través de otras personas”, lo cual, por cuanto implica, alcanza a los pueblos ¿Una prueba de esto último? Los Parlamentos Mapu-Che sin ir más lejos.

⁹⁶ Sugiero otro ejemplo, tras el de *la persona*. Sabemos que en su artículo primero la Constitución de Chile se refiere acto seguido a *la familia*, de entrada en estos términos: “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad”. Intente leerse este pronunciamiento a la luz de lo que hemos visto de parte Mapu-Che o también de la referencia igualmente inicial de la Declaración Universal de Derechos Humanos a *la familia humana*, lo cual, *ubuntu* o equivalentes mediante, no tiene por qué reducirse a gesto retórico o lenguaje figurado. Al fin y al cabo, Naciones Unidas representa hoy un orden confederativo de solidaridad humana para la cual lo que sobra en cambio a estas alturas es aquel término de *soberanía* incomprensible en mapudungun (véase en la traducción citada de la Declaración Universal de Derechos Humanos los términos que se aclaran en castellano, comenzando por el de *Estado*). En Chile, como en España, habríamos de empezar por despejar la dificultad de que dicho tipo de registro familiar en sede normativa o incluso constitucional fue introducido como mecanismo netamente antidemocrático por las dictaduras, las de los generales Pinochet y Franco respectivamente. A este efecto que supone un reto, ya he dicho que no a otros, creo que nunca conviene olvidar el origen histórico de la Constitución en vigor.

resultan de alcance constituyente para un amplio radio además de materias no exclusivamente políticas, desde la entidad de la familia al manejo de los recursos, unas fórmulas de autonomía o incluso de federalismo a las que Chile viene mostrándose más que refractario se quedarían cortas. No digo que no sirvan, sino que no bastan⁹⁷.

Más allá no voy ni debo. Procuero no sumarme a la pléyade académica siempre bien dispuesta a apropiarse de voz ajena ejerciéndola por presunto crédito de ciencia social, sea de antropología, de historia, de derecho u otra. No hace falta ni siquiera que la misma esté en el secreto para que el efecto de privación opere. Como la operación no tiene por qué ser deliberada para que funcione, no hay ofensa ninguna en acusarlo. Eso espero. La academia es la primera que puede estar socavando democracia al estorbar con más eficacia que la política la manifestación de voces distintas. El problema por ejemplo con la historiografía que hemos visto manipular historia para neutralizar derecho puede que no anide y se alimente por ella misma completamente en solitario, sino también por la contaminación de quienes la debaten, pues suelen igualmente arrogarse la investidura de una representación no menos indebida. En democracia la voz ante todo ha de tenerla quien tiene el derecho y así el voto. A eso vienen, como piezas previas a las mismas Constituciones, las Declaraciones de Derechos, ahora la de Derechos de los Pueblos Indígenas.

Dicho de otro modo y a efectos prácticos, la dificultad primaria de la democracia no sólo radica en la identificación de los sujetos colectivos que se pronuncian y en el acceso individual al pronunciamiento, sino también en la conformación y la accesibilidad del espacio de la deliberación. Es la razón por la que hoy internet constituye con diferencia, en términos comparativos, el foro más democrático⁹⁸. Repárese cuidadosamente el directorio contenido a lo largo del aparato de notas si se necesita todavía comprobación en concreto para el caso Mapu-Che. El ciberespacio está dando voz a quienes la tienen todavía secuestrada por parte de la política y la academia incluso conciudadanas. Seguimos literalmente dejando con la palabra en la boca al coro de voces con derecho a pronunciarse. La mejor recomendación práctica entonces es la que se haga el silencio para que pueda escucharse.

En fin, concluyo. Puesto que por mi parte ignoro tanto y de tanto alcance sobre culturas a las que no pertenezco y con las que, si tengo relación, no es en absoluto próxima, comenzando desde luego por la Mapu-Che, ni puedo ni debo sugerir nada más en absoluto a unos efectos mínimamente operativos, díganse prácticos.

⁹⁷ James TULLY, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995; Duncan IVISON, *Postcolonial Liberalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002; R. UITZ, *Constitutions, Courts and History: Historical Narratives in Constitutional Adjudication*, pp. 268-284; también para la evidencia ya referida de que el federalismo históricamente no sólo no ha bastado, sino que por regla general ni ha servido por lo que interesa a indígenas. Mis sugerencias se han elevado con todo esto a fundamentos, a las primeras “Bases de la Institucionalidad” en el actual lenguaje constitucional chileno, no por esconder ninguna agenda, sino porque ahí nos ha conducido el motivo de los Tratados ante las Constituciones o mejor dicho, como expresión de principio en deuda también por lo que toca a Chile con la parte Mapu-Che, de *Tratado ante Constitución*.

⁹⁸ Gloria MONASTERIOS, *Abya Yala en Internet. Políticas comunicativas y representaciones de identidad de organizaciones indígenas en el ciberespacio*, en Daniel MATO (ed.), *Políticas de identidades y diferencias sociales en tiempos de globalización*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2003, pp. 303-330 (el mismo libro en línea: <http://www.globalcult.org.ve/pub/Rocky1.htm>).

APÉNDICE I:
ARTICULADO EN CASTELLANO DEL TRATADO DE TAPIHUE* .

1. Convencidos ambos gefes de las grandes ventajas de hacernos una sola familia, ya para oponernos á los enemigos de nuestro país, ya para aumentar y solidar el comercio, y hacer cesar del todo los males que han afligido a la República en catorce años de consecutiva guerra ha venido D. Francisco Mariluan como autorizado por todos los Caciques en unirse en opinión y derechos a la gran familia chilena.

2. El Estado se compone desde el Despoblado de Atacama hasta los últimos límites de la provincia de Chiloé.

3. Todos los que ecsisten entre ambas líneas serán tratados como a ciudadanos chilenos con goce de todas las prerrogativas, gracias, y privilegios que les corresponden.

4. El Diputado de los naturales bajo la ceremonia más religiosa según sus ritos y costumbres jura union y hermandad perpetua.

5. Promete toda su fuerza para repeler a los enemigos del Estado y del orden, cuando el Supremo Gobierno necesite valerse de ella, quedando éste, y sus poder dantes sugetos a las mismas obligaciones de los chilenos y a las leyes que dicte el Soberano Congreso Constituyente.

6. A consecuencia de la unión de que habla el art. 4º el Gobierno Supremo admitirá a todos los individuos que de esta nueva hermandad quieran libremente salir a instruirse en las escuelas públicas del Estado, cuyos gastos corren de cuenta del Erario de la Nación.

7. Si hubiese una declaración de guerra contra los derechos del país se unirán todas las fuerzas para repeler a los agresores, corriendo por cuenta del Estado todos los alimentos, que consuman los nuevos hermanos en toda la campaña.

8. Queda obligado de ultra Bio-Bio a entregar todo oficial o soldado enemigo y que casualmente se abrigue en sus territorios, persiguiéndolos hasta su total esterminio, cuando no puedan haberse a las manos, cuyo cumplimiento será precisamente en el término de quince días desde la celebración de estos Tratados.

9. Cada Cacique ecsijido por su Diputado entregará al Gobierno en el término de ocho días las familias hijas de otro país que ecsistan en sus terrenos, y las que hayan sido conducidas allí en clase de prisioneras en la procsima pasada guerra en todo el mes corriente, quedando el Gobierno con la obligación de hacer lo mismo con cuantas personas de la tierra hubiesen en la comprensión de la República.

10. Quedan obligados todos los Caciques contratantes a devolverse mutuamente con nuestros antiguos aliados todas las familias que con motivo de sus disensiones pasadas se hubiesen cautivado en sus malones.

11. Si lo que no es de esperar, verificada la unión, algún Gobernador de Bultrmapu la quebrantare, los restantes tratarán de reducirlo a ella, dando cuenta primero al Gobierno para que por su mediación se consiga; mas si tocados todos los resortes de la prudencia siga este todavía en revolución, se unirá una fuerza armada del Estado a los conservadores de la paz para hacer entrar por ella a los disidentes, y pertinaces, con prevención que este es el último recurso.

12. Verificada la unión, todos los Caciques bajo el juramento enunciado, hacen una amistad eterna con olvido de todos los disgustos pasados.

13. El Gobierno queda obligado a nombrar y rentar un comisario, y un lengua jeneral, por cuyos conductos pueda entenderse y comunicarse con sus nuevos hermanos, y por los mismos éstos con aquél.

14. Los Caciques Gobernadores nombrarán libremente para cada Reducción un Capitán de amigos, y con él saldrán a sus Negocios Mercantiles, o de Estado, los que a su salida se entenderán con el lengua jeneral, quien avisará al Comisario los asuntos que los conducen.

15. El lengua jeneral y capitanes estarán sugetos al Comisario.

16. El Comisario tendrá obligación precisa de recorrer cada dos meses los cuatro Bultrmapus con el fin de llevar adelante las ideas liberales de paz y unión dando cuenta al Gobierno cada trimestre de lo que ocurra, y cuando este lleve alguna embajada del Gobierno la hará en juntas públicas, cuyo resultado comunicará oportunamente.

17. Siendo ya una sola familia nuestros comerciantes serán tratados fraternalmente cuando se internen en sus terrenos, cuidando escrupulosamente no se les saltee y robe, y cuando se roben unos a

* Editado por Pablo MARIMÁN QUEMENADO (compilador), *Parlamento y Territorio Mapuche*, Concepción, Escaparate / Instituto de Estudios Indígenas, 2002, pp. 103-109. Me anticiparon copias José Aylwin y Víctor Toledo.

otros, descubiertos los ladrones pagarán el duplo de lo robado, si tubieren con qué, y sino se castigarán con arreglo a las leyes.

18. Los gobernadores o Caciques desde la ratificación de estos tratados no permitirán que ningún chileno ecsista en los terrenos de su dominio por convenir así al mejor establecimiento de la paz y unión, Seguridad Jeneral y particular de estos nuevos hermanos.

19. Haciendo memoria de los robos escandalosos que antiguamente se hacían de una y otra parte, queda desde luego establecido, que el Chileno que pase a robar a la Tierra, y sea aprendido, será castigado por el cacique bajo cuyo poder cayere; así como lo será con arreglo a las leyes del país el natural que pillase en robos de este lado del Bio Bio, que es la línea divisoria de estos nuevos aliados hermanos.

20. No obstante que la línea divisoria es el Bio Bio el Gobierno mantendrá en orden y fortificadas las plazas ecsistentes, o arruinadas al otro lado de este río, como también a sus pobladores en los terrenos adyacentes del modo que antes lo estaban.”

21. Habiendo instado el Diputado Mariluan sobre la población de Los Ángeles, Nacimiento, S. Carlos, y Santa Bárbara ya para la seguridad, ya para su tráfico continuo, el Gobierno queda con la obligación de la más pronta reedificación de todas ellas.

22. La línea divisoria no se pasará para esta, ni para aquella parte sin el respectivo pasaporte de quien mande el punto por donde se pase, y el que lo haga sin este requisito será castigado como infractor de la ley.

23. Se declaran por boquetes habilitados para el pase al otro lado de la Cordillera los de Llayma, Longuinay, Cuenco, Villucura, y Antuco; y por inhabilitados todos los que desde el último hubiesen hasta el río Maule, y sujetos a la misma pena los que roben a este lado de la Cordillera, o pasen sin el requisito del anterior articulo.

24. El Diputado a nombre de sus poderdantes estará pronto con todas sus fuerzas para unirse a las del Estado si fuese necesario marchar contra los rebeldes de Pincheira, y sus aliados de ultra Cordillera.

25. Los correos que el Gobierno haga sobre Osorno, Valdivia, o Chiloé, serán respetados y ausiliados por los Caciques Gobernadores de reducción en reducción; y si algún atentado, que no es de esperar, se cometiere contra ellos, al Cacique en cuya tierra suceda el hecho sino lo castigase, será tratado como a reo de lesa patria, quedando el Gobierno con la misma obligación con sus Embajadores.

26. Si el Gobierno tubiese a bien mandar por tierra algunas tropas para guarnecer la plaza de Valdivia, estas harán su marcha sin impedimento alguno, y si en ella necesitaren algunos víveres, los Caciques Gobernadores los facilitarán, los que con un recibo del Comandante en Gefe de ellos, se pagarán a dinero de contado por cuenta del Estado.

27. Todos los comerciantes que hagan sus jiros sobre las provincias de Valdivia, o Chiloé, y los que de aquellas lo hagan a estas con efectos del país, o con los que vulgarmente se llaman de Castilla, tendrán el pase y ausilio necesario, mostrando el pasaporte que anuncia el art. 22 a los Caciques Gobernadores, comprendiéndose en éstos los que hagan su tráfico del Estado de Buenos Ayres a éste, y de éste a aquel.

28. El Gobierno se obliga a mantener siempre en la frontera del Sud los agasajos de costumbre para la recepción de algunos Caciques que pasan a la Ciudad de los Ángeles. A pesar que se ha interesado el comisionado en la supresión de este artículo por no gravar al Fisco, no ha sido posible por instancias del Diputado D. Francisco Mariluan como antigua costumbre.

29. Queda al arbitrio del Supremo Gobierno designar los tiempos en que a estos nuevos hermanos se haga un Parlamento General; mas ellos deberán concurrir en junta cuando el Gobierno para tratar de grandes negocios tenga a bien citarlos a dietas particulares.

30. Queda obligado el Gobierno a facilitarles el paso para este y el otro lado del Bio Bio poniendo de su cuenta lanchas, balsas, o barquitos pequeños en los lugares de costumbre a fin de evitar incomodidades de su comercio, que podrán estender hasta lo último de la República con la condición precisa de saludar y pedir el correspondiente pasaporte por medio del Comisario al Gefe de Frontera.

31. La residencia del Comisario y Lengua General será precisamente en el lugar donde lo tenga el Comandante de Frontera para por su medio acudir a todas las ocurrencias del Gobierno.

32. Hecha la paz, y no siendo necesarios destacamentos de línea en lo interior de la tierra, ordenará el Gobierno se retiren a incorporarse a sus respectivos Rejimientos.

33. Sellada y ratificada la unión se formarán las tropas en el lugar de su ratificación que será en el centro del cuadro que ocupan, y enarbolándose el pabellón de la Nación con salva de diez tiros de cañón, son de cornetas y cajas, se procederá a la ceremonia usada entre los naturales en señal de paz, rompiendo por parte del Supremo Gobierno una espada, y por cada Bultramapu una lanza, en cuya conclusión se hará una salva de Artillería de igual número con grito general de Viva La Unión.

APÉNDICE II:
BASES CONSTITUCIONALES DE CHILE*.

Capítulo I. Bases de la Institucionalidad.

Artículo 1. Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional.

Artículo 2. Son emblemas nacionales la bandera nacional, el escudo de armas de la República y el himno nacional.

Artículo 3. El Estado de Chile es unitario.

La administración del Estado será funcional y territorialmente descentralizada, o desconcentrada en su caso, de conformidad a la ley.

Los órganos del Estado promoverán el fortalecimiento de la regionalización del país y el desarrollo equitativo y solidario entre las regiones, provincias y comunas del territorio nacional.

Artículo 4. Chile es una república democrática.

Artículo 5. La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Artículo 6. Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República.

Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.

La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.

Artículo 7. Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley.

Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.

Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale.

Artículo 8. El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.

Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquellos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.

Artículo 9. El terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos.

Una ley de quórum calificado determinará las conductas terroristas y su penalidad. Los responsables de estos delitos quedarán inhabilitados por el plazo de quince años para ejercer funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular, o de rector o director de establecimiento de educación, o para ejercer en ellos funciones de enseñanza; para explotar un medio de comunicación social o ser director o administrador del mismo, o para desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones; ni podrán ser dirigentes de organizaciones políticas o relacionadas

* http://www.bcn.cl/pags/legislacion/leyes/constitucion_politica.htm.

con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general, durante dicho plazo. Lo anterior se entiende sin perjuicio de otras inhabilidades o de las que por mayor tiempo establezca la ley.

Los delitos a que se refiere el inciso anterior serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales y no procederá respecto de ellos el indulto particular, salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo.

VI

Guaca y Huasipungo Constitucionales: La Historia y la Lengua como Yacimientos del Derecho*

En estos 500 años han legislado los no indígenas para los indígenas, lo que ha significado la violación sistemática de los derechos de los Pueblos Indígenas.

Estatuto del Pueblo Embera-Wounaan.

Nochi tlakamej uan siuamej kipiaj manoj kuali tlakatisej, nochi san se totlatechpouiltis uan titlatepanitalojkej, yeka moneki kuali ma timouikakaj, ma timoiknelikaj, ma timotlasojtlakaj uan ma timotlepanitakaj.

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Tlajtlnemilistli Tlen Moijtojtok Para
Ma Kuali Timouikakaj Ipan Ni Tlaltipaktli/
Declaración Universal de Derechos Humanos

* Publicado en diversas versiones en *Istor. Revista Internacional de Historia*, 16, 2004, y en *Derecho Constitucional para el Siglo XXI*, Thompson-Aranzadi, 2006; edición inglesa resumida en *Rechtsgeschichte. Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, 4, 2004. La actual versión es integrada y ampliada.

Las Constituciones americanas se escriben en lenguas europeas, la mayoría en español. Algunas se traducen a lenguas indígenas, pero la versión en castellano es la que guarda autoridad para el propio constitucionalismo. Hay palabras no europeas que se han colado en alguna Constitución. Si no cuento mal y no se me escapa algo, son exactamente ocho por Latinoamérica, todas quechuas o quichuas. Dejo aparte los gentilicios como este mismo de *quechua* o *quichua*. Una de esas palabras es *huasipungo*. Otra es *guaca*. El resto forma proverbio: *Ama quilla, ama llulla, ama shua*. Las dos primeras son casos de historia pasada y las otras seis de derecho presente. Todas aparecen, como igualmente *quichua*, en Constituciones del Ecuador, con la sola salvedad de *guaca*, que comparece en cambio por las de Panamá, lugar donde no alcanza la humanidad quechuahablante. Puede que se estén colando no tan sólo unos vocablos, mucho más que unas simples palabras más o menos sueltas o trabadas. Aquí importa lo que testimonien de derecho, del derecho indígena por supuesto, tanto la media docena presente como el par pretérito. Nos interesa el registro de la historia para el derecho mismo. Partamos siempre, para hacernos con perspectiva, del escenario, del general y en este caso particularmente del más extraño en apariencia, el panameño⁹⁹.

1. Presencia y derecho de los pueblos indígenas.

A lo largo y ancho de América, las Constituciones actualmente en vigor suelen tener el gesto de reconocer la presencia e incluso algún que otro derecho de los pueblos indígenas, *pueblos indígenas* en el sentido que hoy se registra en el derecho internacional por obra del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales de 1989: “Pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”, guardando “la conciencia de su identidad” como “criterio fundamental” éste último para la misma identificación. Significativamente, hasta el momento son sobre todo Estados Latinoamericanos los que ratifican este tratado multilateral como forma añadida, junto a la constitucional, o incluso como vía principal del reconocimiento de presencia y algún que otro derecho¹⁰⁰.

Dado que nos importa aquí la posición de unos pueblos, podría pensarse que la entrada más apropiada no habría de ser la de unas Constituciones, sino la del derecho internacional. A éste efectivamente se nos conducirá precisamente por testimonios de dichos mismos pueblos, los indígenas, mas el comienzo parece más oportuno que sea el constitucional, no porque hubiera en teoría de corresponder, sino porque en la práctica actual se entiende que, cuando unos pueblos son esos y no otros (son aquellos que

⁹⁹ Como habrá podido apreciarse por la nota editorial, quiero decir sobre publicación previa, este capítulo se ha beneficiado del test de exposición ante diversos públicos por escrito o, con la utilidad del debate, oralmente, más incluso de lo que ahí se registra. Su primera presentación se produjo en el seno del III Encuentro de la Asociación de Investigadores e Investigadoras sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, celebrado en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto, País Vasco, a mediados de 2002.

¹⁰⁰ Los Estados que en América tienen ratificado el susodicho convenio son, por orden cronológico hasta noviembre de 2005, México, Colombia, Bolivia, Costa Rica, Paraguay, Perú, Honduras, Guatemala, Ecuador, Argentina, Venezuela, Dominica y Brasil. El estado de las ratificaciones, como el propio convenio, puede compulsarse en el sitio de la propia Organización Internacional del Trabajo, ILOLEX: <http://ilolex.ilo.ch>.

descienden “de poblaciones que habitaban en el país” antes de una invasión colonial que acabare constituyendo Estados), su suerte jurídica, su posición de derecho, resulta primordialmente de responsabilidad constitucional. No voy a tratar ahora de los derechos en concreto de unos pueblos, ni siquiera del derecho que les sea más característico, el de libre determinación, sino de su posición constitucional, lo que precisamente en su caso no coincide con la acreditación de libertades. No creo que sea prejuicio, sino evidencia, como veremos. Se comprobará por qué trato como presunto del derecho reconocido por Constituciones.

En unas Constituciones por América, suelen ser disposiciones incidentales, sectoriales o saltuarias las que proceden a un reconocimiento de presencia indígena, no habiéndose efectuado hasta el momento, en consideración de la presencia y derecho de los pueblos indígenas, tipo alguno de revisión o replanteamiento a fondo, por extenso ni sistemático de estos instrumentos fundamentales de los Estados. Voy a ocuparme de parcelas no reformadas de las Constituciones, lo que resulta en consecuencia la parte con mucho más dilatada y significativa de las mismas. Pretendo cuestionarme si la historia es de alguna utilidad para el derecho y en concreto para el que hubiera de corresponder en el tiempo presente a los pueblos indígenas. Si se piensa que parto de una concepción utilitarista del quehacer historiográfico, espérese por favor a la exposición del argumento. Historiografía llamo a la reconstrucción laboriosa o figuración actual de la historia, reservando este nombre de historia al acontecer mismo del tiempo pasado o, visto el presente, no siempre tan pasado.

En suma, ¿interesa la evidencia de la historia al orden del presente? ¿Sirve la historiografía al derecho en concreto? Lo cual tiene el corolario de unos interrogantes inmediatos. ¿Ha de importar el derecho a la historiografía? ¿Habrà de comprometerla? ¿No se encuentra ya, lo admita o lo deniegue, comprometida? Obsérvese de entrada el peso patente de la historia y la responsabilidad posible de la historiografía en la definición de pueblo indígena de la Organización Internacional del Trabajo.

2. Canal en Panamá

No cuento con conocimiento suficiente para un repaso cumplido de material constitucional, así que me introduzco en un solo laboratorio para realizar una sola prueba. Sea el primero, por sintomático, Panamá, así como la segunda, por elocuente, una pareja de artículos constitucionales panameños en vigor entre aquellos naturalmente, por lo dicho, que no hagan referencia expresa a presencia ni derecho indígenas. Me refiero, por una parte, a la declaración constitucional de que “es libre la profesión de todas las religiones” y “el ejercicio de todos los cultos” con los solos límites de “la moral cristiana y el orden público”; por otra parte, a la adjudicación constitucional de “los sitios y objetos arqueológicos” al dominio del Estado.

Panamá nos interesa como síntoma. La Constitución panameña vigente declara mediante dichos términos genéricos, sin referencia alguna de carácter indígena, por una parte, en capítulo de derechos y garantías, la libertad de religión, así como por otra, en sede de dominio público, la pertenencia al Estado de los yacimientos arqueológicos. ¿Tienen estos pronunciamientos algo que ver con pueblos indígenas? No lo parece al propio tenor constitucional, aunque tal vez sí lo haga precisamente a su modo, pues parece que debemos, como gente de derecho, interpretar que una libertad cual la religiosa interesa a la gente tanto indígena como no indígena y también que la responsabilidad pública y administración estatal de los bienes arqueológicos aprovechan igualmente a toda la ciudadanía panameña, a la indígena como a la no indígena. Es así como suele precisamente entenderse la Constitución por los constitucionalistas. ¿Es la

suya, esta jurídica, una lectura justa y correcta, transparente y conforme, indubitable y definitiva? ¿Debemos comprender tales pronunciamientos constitucionales en tal forma tan exquisitamente indiscriminada? ¿Se dice y se entiende, se asume y aplica realmente eso, lo que se nos asegura por la lectura constitucionalista? ¿Ha de darse así por sabido y solventado el asunto?

Vayamos a la historia sin por ello abandonar ni darle siquiera la espalda al derecho. Bástenos de entrada, para situarnos, la propia sucesión de textos constitucionales en el tiempo. Excavemos en una estratigrafía textual para escudriñar entre los sedimentos. Abramos en canal el yacimiento arqueológico de las Constituciones de Panamá. Seamos arqueólogos y constitucionalistas a un tiempo, historiadores o historiadoras del derecho al cabo. Por fortuna, no tendremos que profundizar de momento mucho, pues Panamá resulta joven como Estado independiente. Es notorio que nació, separándose de Colombia, hace con exactitud tan sólo un siglo bajo el patronazgo de los Estados Unidos por el interés marcado de éste en abrir el gran canal, el que parte por la mitad y en dos el continente de América. En fin, excavemos igualmente. Hagamos arqueología constitucional de la arqueología material y también de la libertad religiosa. Puede haber vinculación por medio entre esta pareja de asuntos en apariencia tan heterogénea. Veamos y, sobre todo, miremos.

3. Sedimentos de libertad.

Cuando Panamá se independiza de Colombia apadrinada por los Estados Unidos, se declara la libertad de religión, pero su primera Constitución enseguida especifica algo. Excluye a las “tribus indígenas” encomendando su conversión a las misiones católicas. El mismo artículo constitucional establece la libertad religiosa y provee por la continuidad y el financiamiento de la actividad misionera en tierras indígenas. Confiere y sustrae libertad de una sola tacada. Es un planteamiento mantenido explícitamente en el constitucionalismo panameño desde 1904 hasta 1972, año en el que entró en vigor la Constitución con el artículo de libertad en los términos más genéricos ya citados. Estoy citando esta última sin haber indicado fecha por cuanto que representa el presente para el derecho. Haré lo propio con otras igualmente en vigor. Mírense en el apéndice de pronunciamientos constitucionales panameños las capas de este yacimiento panameño en su debida secuencia arqueológica de tiempo a la inversa. Recomiendo una lectura a contramano del orden cronológico, como aparecen los estratos en los yacimientos, de lo más reciente a lo más distante, desde 1946 hasta 1904 pasándose por 1941¹⁰¹.

No es difícil por supuesto adivinar la lógica subyacente que ni siquiera advierte contradicción en la denegación de libertad como consecuencia de su reconocimiento. Para el sector social que producía aquellas Constituciones, la religión católica propia o, si se daba libertad religiosa por bienvenida a los Estados Unidos, todas las confesiones cristianas representaban civilización, *la civilización* en singular, mientras que la gente indígena, de no dejarse convertir, sólo tenía *barbarie* o carencia pura y simple tanto de civilización como de religión, incultura rotunda en suma y no cultura particular alguna. De este modo habrán igualmente de entenderse otras referencias a religión en el mismo capítulo de los derechos de libertad y las garantías de Constitución, pues también tenemos actualmente la de que “no habrá fueros o privilegios especiales ni discriminación por razón de raza, religión o ideas políticas” o la de reconocimiento de la

¹⁰¹ Jorge FÁBREGA (ed.), *Constituciones de la República de Panamá*, Imprenta Nacional, 1963. En sitio oficial ahora: <http://bdigital.binal.ac.pa/bdp/const>.

personalidad jurídica de “las asociaciones religiosas” en términos igualmente generales, sin discriminación alguna que se consigne.

¿Se significa por *religión* y por *asociación religiosa* todas y cada una de las religiones y de las asociaciones culturales de persuasión o presencia de dicha concreta cualificación de espiritualidad? ¿Está diciéndose que no puede haber discriminación alguna entre ellas, entre las religiones y correspondientes asociaciones, y que a todas se les dispensa garantías completamente por igual? Sigue en realidad entendiéndose que tal reconocimiento y tal salvaguardia de grado y eficacia constitucionales para con la identificación y el asociacionismo culturales cualificados así, como religiosos, alcanza y beneficia a indígenas sólo cuando se trata de cofradías cristianas o agrupamientos similarmente cristianizados, ya sea superficialmente, no en cambio sin la conversión o sin la cobertura. Y esto se da por supuesto y se tiene por entendido en los pronunciamientos constitucionales mismos. No hay necesidad de que se exprese o ni siquiera de que se repare en ello. ¿Cómo puede? El derecho no tiene respuesta pues ni siquiera siente la perplejidad. La historia cabe que la dé. Puede hacerlo la historiografía.

4. Apoderamiento por la arqueología.

Estamos quizás precipitándonos al anticipar reflexiones. Tenemos todavía por ver la otra pieza de la pareja, la arqueología entonces por partida a su vez doble, no sólo constitucional, sino también ahora material. Contemplemos su estratigrafía. Procedamos a la misma operación de lectura a contramano del tiempo de los textos constitucionales respectivos que se reproducen en el apéndice. Presenta alguna cosa de más entre el ajuar de sus artículos y alguna capa de menos en la sedimentación que forman, pues la nacionalización de los yacimientos sólo fue constitucionalizada en 1941. Entonces y en 1946 se adjudican al Estado “las guacas indígenas”, esto es entonces lo que en 1972 se denominarán “los sitios y bienes arqueológicos”. Al mismo tiempo, tanto en 1941 como en 1946, se adoptaban diligencias de respeto transitorio de los “derechos de propiedad privados adquiridos conforme a la legislación” o “derechos de propiedad legítimamente adquiridos” sobre dichas “guacas indígenas” o “sitios arqueológicos”.

Observemos que el lenguaje normativo de la arqueología constitucional también contiene en sus mismos estratos la referencia indígena. *Guaca* es ahora la clave. Es castellano, aunque latinoamericano y más particularmente andino. Llega a Panamá y a parte ulterior incluso de Mesoamérica a través de Colombia. *Guaca*, con grafías también como *huaca* o *waka*, es vocablo de procedencia quechua o *runasimi*. Entre hablantes criollos o no indígenas, cobra primordialmente la acepción que presenta en los textos constitucionales panameños, el de restos y ruinas, significando también tesoros bajo tierra, ahorros escondidos en casa fuera del alcance de los impuestos y de los bancos o incluso dinero negro que escapa a todo control salvo el de la propia delincuencia y hasta asunto o material vergonzoso que se saca a la luz. Con alguna ilación siempre, la misma voz guarda en quechua otro sentido, uno más primordial, no el de las ruinas arqueológicas, sino el de los monumentos vivos que fueran en tiempos o que pudieran todavía seguir siéndolo¹⁰². En su acepción más genuina, *guaca* es el lugar de custodia

¹⁰² Ilustra buscar por internet *Quechua* o también *Guaca*, comenzándose por <http://www.quechuanetwork.org>, con una *hot line* a un diccionario en construcción mediante la que le tengo solicitada la definición viva del término. “From webmaster@quechuanetwork.org to claver@us.es. Sent: Monday, October 06, 2003 9:54 AM. Subject: Quechua Network-Vocabulary. Estimado amigo(a). Muchas gracias por enviar la palabra *guaca* a nuestro *Hot List*. Por favor no olvide de chequear el diccionario QN pronto, nosotros hacemos lo posible por aumentar nuestra base de datos constantemente. Muchas Gracias”, lo que forguardeo al lector o lectora pues es sitio así en actividad.

de los restos de antepasados o de los enseres e imágenes que se veneran, el sitio también de concurrencia ceremonial o de identificación cultural, allí donde se acude por remisión, alivio y aliento en prácticas de comunidad. *Guaca* resulta paraje sagrado. Adviértase, si no se ha pensado ya, que las *guacas* arqueológicas, los yacimientos arruinados por la acción disruptiva de gentes sobrevenidas, pueden perfectamente seguir cumpliendo sus funciones culturales. Aunque no haya comunidades quechuas ni en Panamá ni más al norte, para entender cosas incluso por Mesoamérica, conviene informarse de esta cultura. Unos diez millones de quechuahablantes actuales no necesitan la aclaración¹⁰³.

Adviértase además que las Constituciones no se limitan a la nacionalización o, dicho mejor, estatalización de unos presuntos restos. Por efecto de la misma, es gente indígena la que puede resultar culturalmente expropiada. En 1941 lo que en realidad se constitucionaliza es toda un expolio bastante anterior, el producido por el colonialismo español. El mismo lenguaje constitucional a lo que originalmente se refiere es a *guacas indígenas*. Pero no deje de advertirse que las Constituciones, tomando en consideración alguna forma, bien que ligera, de indemnización, no reconocen derecho alguno precisamente a parte indígena o, dicho también mejor, a unos pueblos identificados culturalmente con los sitios sujetos a expropiación, sino que sólo hacen previsión de compensación para terratenientes, para quienes tuviesen la propiedad privada de las tierras afectadas. Lo que se toma exclusivamente en consideración a tal propósito, como acabamos de ver, son los “derechos de propiedad privados adquiridos conforme a la legislación” (1941) o “derechos de propiedad legítimamente adquiridos” (1946). Salvo en la especificación de que con esto no se trata exactamente de indígenas, de unos derechos de comunidad sin amparo alguno de legislación del Estado, las Constituciones son paladinas respecto a todo este extremo, tanto que la aclaración resulta poco menos que ociosa.

Todo transcurre como si los pueblos indígenas no existieran o si acaso, pues se tienen pistas de su existencia en la misma estratigrafía de las Constituciones, como si no pudieran contar con derechos y garantías, como si no pudiesen tener derecho a los derechos, acceso a las libertades, salvo en el caso de renunciar a tierras, recursos, culturas, religiones y, en fin, identidades y comunidades propias; dicho de otra forma, para las Constituciones mismas, habrían de dejar de tener existencia y libertad como pueblos para verse reconocidos como individuos libres. Dicho aún de otro modo, no tenía por qué tratarse de un proyecto genocida, sino meramente étnicida en el sentido de cancelatorio de diversidad entre culturas humanas con perjuicio para muchas y beneficio de una sola. Recordemos los expresivos términos del registro histórico de la libertad religiosa. No parece que se despejen del todo por una depuración limitada del texto constitucional. Desaparece la referencia indígena, pero se mantiene en el texto mismo, aparte sus presuposiciones, el registro del cristianismo: “sin otra limitación que el respeto a la moral cristiana y el orden público” (1972).

Por lo que toca a las *guacas*, no podían ser sencillamente, en la perspectiva de las Constituciones, lugares sagrados, sino ruinas arqueológicas tan sólo, material inerte

¹⁰³ Gordon BROTHERSTON, *Book of the Fourth World: Reading the Native Americas through their Literature*, Cambridge University Press, 1992, pp. 28-39 y 193-211; Walter D. MIGNOLO, *The Darker Side of the Renaissance: Literacy, Territoriality, and Colonization*, University of Michigan Press, 1995, pp. 125-169 y 289-313; Kenneth J. ANDRIEN, *Andean Worlds: Indigenous History, Culture, and Consciousness under Spanish Rule, 1532-1825*, University of New Mexico Press, 2001, faltando algo similar para tiempo constitucional.

para el reciclaje y el aprovechamiento de la ciencia o del turismo: para la “explotación, estudio y rescate” (1972). No cabía que fueran ni posesión ni patrimonio indígenas, pues esto implicaría la reproducción de culturas nefandas o verdaderos estados de incultura para las Constituciones mismas. Denegación de libertad religiosa y privación de las *guacas*, de unos bienes y lugares que podían ser sagrados, guardan así en efecto relación estrecha. No hay que decir que los monumentos y parajes religiosos cristianos no arriesgaban expropiación alguna. Constitucionalmente, las tumbas indígenas resultan sitios arqueológicos y los cementerios cristianos, lugares sagrados¹⁰⁴. Son prejuicios tan de fondo que no se ven afectados o ni siquiera identificados cuando viene a reconocerse e incluso garantizarse derechos culturales indígenas¹⁰⁵.

5. El complejo constituyente de superioridad.

¿Estamos ante contradicciones flagrantes o nos encontramos en cambio con algún tipo complicado, con algún verdadero complejo, de lógica propia y característica poco menos que definitoria del constitucionalismo? Con referencia a la pareja de religión y *guacas*, ya he anticipado que puede tratarse de lo segundo. Un doble rasero, como mínimo, constitucionalmente impera, con la vara de medir etnocida en el sentido de cancelatoria de culturas que acabo de especificar. Resulta una lógica que hoy anda un tanto solapada o que llega incluso a la inconsciencia, pero que aparece de forma bastante diáfana en el yacimiento constitucional mismo. Quienes han venido produciendo Constituciones abrigan la noción que diferencia, consciente o no, entre *religión* con acceso a libertad de una parte y, de otra, *superstición* que por sí lo impide, *incultura* obligada a la conversión para poder acceder a libertades. No se niega la libertad, sino que se entiende que requiere unas condiciones y se reputa a parte de la humanidad como en estado de carencia con la suerte de que la otra, la sobrada de cultura, es generosa y está dispuesta a participarla.

He ahí una composición tal vez superada en otros ámbitos, pero enquistada todavía en el derecho. No lo revela hoy su letra ni tampoco su doctrina, pero lo acusa su historia para el presente incluso. Es detalle que puede haber afectado y estar afectando no sólo a religión o de rebote a *guacas*, sino a todo el despliegue y a cada una de las libertades propias del constitucionalismo. A nuestras alturas, difícilmente se aprecia sin la historia, sin las evidencias de una historia que pueden franquearse, no por ciencia alguna del derecho presente, sino por la labor menos cómplice, si cobran conciencia, si

¹⁰⁴ Tony SIMPSON, *Indigenous Heritage and Self-Determination: The Cultural and Intellectual Property Rights of Indigenous Peoples*, International Work Group for Indigenous Affairs, 1997; Encuentro Nacional de los Pueblos Indígenas de México, *Derechos religiosos y pueblos indígenas*, Instituto Nacional Indigenista, 1998; por citar sendas publicaciones tomando en consideración, como la primera, o dando voz a la posición de derecho indígena, como la segunda. Y dejo ahora al margen la cuestión constitucionalmente bien sensible de si la fórmula de libertad *de religión* o entre religiones no está por sí misma limitando alguna más comprensiva de conciencia y conducta, tanto individuales como colectivas, fuere religiosa o no tal libertad, irreligiosa así también, pero sin término de referencia en religión, de forma ni negativa a la contra ni adversativa al margen, lo que puede interesar no sólo a irreligión de matriz europea, sino también a otras matrices tampoco siempre tan religiosas (antropología académica mediante, a bandazos entre excesos, se ha pasado de entender que no hay religión indígena, sino superstición, a destacar la sociedad indígena, sin más distingos, como constituida por cosmovisión o espiritualidad de fuerte componente religioso, cuando no por religión a secas).

¹⁰⁵ De mediados de 2000 es la ley panameña “de propiedad intelectual sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas, para la protección y defensa de su identidad cultural y de sus conocimientos tradicionales” (*Gaceta Oficial* de 27 de junio, <http://www.gacetaoficial.gob.pa>; la ley también en <http://www.prodiversitas.bioetica.org/20pan.htm>) que no incide en la estatalización de la arqueología ni ha llevado a su revisión.

cobran conciencia, de los tratamientos menos comprometidos con la exégesis aparente y la apologética solapada del orden constituido. No añado que puede tratarse de la misma historiografía no sólo por no constituirme en juez y parte respecto a la querrela vejada de las presuntas ciencias jurídicas, sino también porque la historia del derecho que se estila suele ser más abstraídamente anticuaria que responsablemente arqueológica.. Reténgase en todo caso, si se aprecia, el aviso, pues la misma historiografía puede que de hecho contribuya en un sentido o en otro incluso en el caso de permanecer inconsciente, como suele, de su propia función jurídica. Tampoco es que la antropología muestre por lo común mucha conciencia de la función política que satisface sin necesidad tampoco de que sea cómplice o incluso a menudo haciéndose ilusiones.

La cuestión actual, la incógnita constitucional por despejar que se le plantea tanto a la historiografía como a la antropología y respecto tanto al pasado como al presente, es entonces la ya aludida de si una hipoteca cultural cabe que se libere completamente por la sola depuración del lenguaje. Los artículos constitucionales de marras ya sabemos que hoy no reflejan nada de doble rasero ni de proyecto etnocida respecto directamente a indígenas, aunque siga el registro de libertad de religión produciéndose a favor de la “moral cristiana”. ¿Basta eso para despejar el campo? Ya tenemos indicios de que no lo parece en absoluto. El derecho lo encubre y la historia lo pone de manifiesto. La historiografía puede hacerlo. Si se mantiene la ceguera del orden constituido hacia su propio sustrato de tiempo no tan pasado, las Constituciones seguirán defraudando con su déficit de libertades discriminatorio y opaco. A lo que ahora particularmente nos importa, hay una clara responsabilidad de la historiografía en la causa como en el efecto. De callar, como al propósito suele, su silencio se sumaría al del fingimiento constitucional reforzándose mutuamente¹⁰⁶.

Hoy, desde 1972, la Constitución de Panamá reconoce “patrones culturales propios” de los “grupos indígenas” al tiempo que auspicia el recurso a “los métodos científicos de cambio cultura” a su respecto. Son expresiones de todo un giro de posición aparente. ¿En qué quedamos entonces? ¿Se reconocen por derecho propio y en pie de igualdad unas culturas no europeas ni euroamericanas? Con la previsión todavía de una conversión cultural, más bien parece que la antropología, las ciencias políticas y otras presuntas ciencias similares son convocadas para que reemplacen a unas misiones religiosas que no han resultado por lo visto tan eficaces. Es difícil, no digo imposible, ni siquiera sospechar todo esto de unos registros constitucionales actuales, tampoco es que diga entenderlos, analizarlos y confrontarlos, si no se recupera la dimensión histórica de los estratos subyacentes, todavía éstos sosteniendo y además permeando, contaminando e invadiendo el yacimiento entero, inclusive el nivel al aire libre, no tan aireado en libertad para el caso indígena. El problema se cifra en el detalle de que la historiografía necesaria al propósito no es precisamente la que tenemos a mano y dispuesta. La constitucional sígue siendo literalmente ciega a tales mismas evidencias¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Se tiene en internet un sitio especialmente elocuente para esto de la ceguera del derecho encubierta por el silenciamiento de la historia, procedente de una parte con la pretensión de erigirse en justicia universal de los derechos de libertad: <http://www.state.gov/g/drl/rls/irf/2002/14053.htm> (United States Department of State, Bureau of Democracy, Human Rights, and Labor, *International Religious Freedom Report. 2002, Panama*).

¹⁰⁷ B. CLAVERO, *Ama Llunku, Abya Yala. Constituyencia indígena y código ladino por América*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp. 19-71, llamando a esta ceguera *la parábola de Ackerman* por el visto y no visto de la presencia indígena en la historia constitucional de Bruce ACKERMAN, *We the People*, I, *Foundations*, y II, *Transformations*, Harvard University Press, 1991-1998, hasta el momento. Se produce la presencia junto a la de mujeres y esclavos cuestionando, por una

6. Género artificioso y especie forzada.

Continuemos todavía en Panamá, ya que estamos. Colacionemos un tercer tópico de pronunciamiento constitucional que tampoco, por lo que ya sabemos, haga referencia explícita a la presencia indígena. Sea el de la provisión más genérica sobre la composición territorial del Estado de Panamá en provincias, distritos y corregimientos. Se trata de estratigrafía que también sólo alcanza a la capa de 1941. Entonces es cuando la Constitución habilita a la ley para “crear comarcas sujetas a regímenes especiales”, lo que, con variantes de lenguaje, se mantiene en la actual norma constitucional: “El territorio del Estado panameño se divide políticamente en Provincias, éstas a su vez en Distritos y los Distritos en Corregimientos. La ley podrá crear otras divisiones políticas, ya sea para sujetarlas a regímenes especiales o por razones de conveniencia administrativa o de servicio público”.

Como excepción a la estructura territorial ordinaria de Panamá, tenemos hoy unos “regímenes especiales” que eran antes “comarcas especiales”, lo cual, ante el silencio de 1904, pudiera parecer una novedad constitucional, como la de las *guacas*, de 1941, bien que ya se introdujera esta otra por vía legislativa en 1925. Se trata de una impresión en todo caso engañosa, como veremos enseguida. No lo es el progresivo empeño de situar al *Estado Panameño* como primer compareciente y así primer sujeto, en el sentido de agente, del edificio constitucional, con anterioridad a los propios titulares de libertades como la de religión, éstos los individuos y las religiones mismas, siempre que no indígenas los unos y las otras como ya nos consta.

¿Qué tiene que ver el asunto de esa estructura del Estado con la presencia indígena a la que no se hace tampoco ahora referencia explícita? Por ella y no por otra cosa viene realmente la especialidad. Estaba buscándose una fórmula constitucional de excepción para acomodar a unos pueblos indígenas que desde un inicio se resisten al establecimiento sobre ellos del Estado de Panamá, como antes de Colombia y, antes todavía, de España. Se acepta a regañadientes su existencia en “comarcas” o bajo “regímenes” así, para la perspectiva constitucional de Estado, especiales. Aunque por parte de las Constituciones este pequeño detalle no se confiese, está permitiéndose que se mantengan con su jurisdicción propia y así ajena al Estado. Se dice que “la ley podrá crear comarcas” para encubrirse la realidad de que son los pueblos indígenas quienes realmente generan, con su resistencia, la especialidad. La potencia de creación constitucional, este ejercicio constituyente, resulta mera ficción, bien que con toda la fuerza de su empeño de subordinación de unos pueblos o domesticación de una realidad que se tiene por adversa. El estrato a la luz del día, la veta de la Constitución vigente, resulta precisamente el registro más opaco puesto que abandona la referencia territorial de comarcas y se mezcla además con “razones de conveniencia administrativa o de servicio público” que pudieran también requerir especialidad de algún género¹⁰⁸.

exclusión más que mayoritaria, el momento constituyente de los Estados Unidos y no vuelve en cambio el caso indígena a comparecer cuando se considera la superación del handicap mediante la abolición de la esclavitud y el consiguiente, aunque diferido, compromiso federal con los derechos civiles sin discriminación finalmente de sexo.

¹⁰⁸ Podrá observarse también en el apéndice que entre 1946 y 1972 desaparecen en el retrato territorial de Panamá los “municipios autónomos” que además formaban mancomunitariamente las provincias, lo que pudiera interesar a comunidades indígenas, pero no hago hincapié en ello porque la Constitución actual mantiene la autonomía municipal en su capítulo particular (VIII.II). No es indiferente en todo caso el salto de imagen del Estado como construcción ascendente (1946) o descendente (1972, la Constitución de hoy sin enmienda en esto).

Estamos en realidad divisando tan sólo la cresta de todo un iceberg que se sustrae a la vista. Dentro de las fronteras de Panamá, existen pueblos capaces de sustentar su “régimen especial”, por decirlo con la terminología constitucional, no tanto en el ordenamiento panameño, que tachan de colonial sin solución de continuidad con el dominio español pretérito, como en el derecho internacional. Conforme nos recordaba justamente la definición del Convenio sobre Pueblos Indígenas de la Organización Internacional del Trabajo, se trata de pueblos anteriores al Estado mismo, puesto que, guardando “conciencia de su identidad”, descienden “de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales”.

Uno de esos pueblos es el embera-wounaan. La Carta Orgánica acordada por el Congreso Embera-Wounaan en 1993, aun reconociéndose dependiente de la previsión constitucional y de la legislación de desarrollo de Panamá, procede en su preámbulo a este género de manifestaciones: “En estos 500 años han legislado los no indígenas para los indígenas, lo que ha significado la violación sistemática de los derechos de los Pueblos Indígenas, fundamentalmente porque los primeros no comprenden el desarrollo jurídico y social que tenemos los pueblos indígenas. Las leyes existentes mantienen implícito el carácter discriminatorio y antidemocrático de sus antecesoras, por lo que se hace necesario dar un giro total a la concepción jurídica sobre los Pueblos Indígenas, a fin de propiciar el respeto, goce y disfrute de sus derechos fundamentales de manera real. Así, en la actualidad, en el ámbito internacional a nivel de la Organización de Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos, se están elaborando con los Estados miembros declaraciones y convenios que buscan proteger los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas y sus formas de organización jurídica y política”¹⁰⁹. He aquí la otra cara, la cara oculta, de la misma historia constitucional. Constitucional lo es también por sí esta faz, aunque ni el constitucionalismo ni la historiografía del derecho suelen dignarse en considerarla. He ahí el iceberg no tan sumergido.

Puede haber historia constitucional, historia estrictamente tal, a espaldas e incluso a la contra de las Constituciones mismas. Los signos se muestran por los propios documentos constitucionales, bien que se precisa de la historiografía, de una historiografía entonces integral, indígena y no indígena, para poder procesarse y entenderse. Son dos caras de una moneda dándose la espalda, pero condicionándose existencia. Si se pretende que una ha de primar por representar *generalidad* y otra deba ceder por constituir sólo *especialidad*, no hemos salido entonces de la historiografía ni del constitucionalismo más sesgadamente unilaterales. Es una lección no sólo para el derecho, sino también, de ser responsable y estar a la altura, para la historiografía. La ficción historiográfica, primando a los Estados sobre los pueblos como sujetos de su narrativa con todas sus pretensiones científicas, puede cobrar un alcance constituyente superior, por previo, al de las propias Constituciones. Se figuran protagonistas de historia que lo resultan así de derecho o de poder. Menuda responsabilidad¹¹⁰.

¹⁰⁹ Aresio VALIENTE LÓPEZ (ed.), *Derechos de los Pueblos Indígenas de Panamá*, Centro de Asistencia Legal Popular, 2002, pp. 83-119. Para las referencias de derecho internacional, con lo que tiene también de historia, S. James ANAYA, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Editorial Trotta, 2005.

¹¹⁰ Elías PALTI, *La nación como problema. Los historiadores y la “cuestión nacional”*, Fondo de Cultura Económica, 2003, puede ser muestra de un estado de la crítica en el que se evidencia, frente a la propia práctica historiográfica usual, la inconsistencia histórica del sujeto estatal tenido ya de entrada por *nacional*, pero que sigue, esta crítica misma, postergando la existencia de otras formaciones, como precisamente los pueblos, *pueblos* “por el hecho de descender...” y etcétera. En tal línea, con similar postergación ahora de salida, ante la evidencia histórica de las culturas indígenas, se acentúa y sofisticada la

7. El continente de Colombia.

Panamá se independiza de Colombia con los auspicios y el patronazgo de los Estados Unidos. Una influencia no sólo se muestra en la libertad de religión con todo su lastre compartido entre gentes cristianas en detrimento de otras culturas, sino que también se manifiesta por el mismo tratamiento de la presencia indígena. Panamá encuentra un ejemplo que seguir, el estadounidense de expropiación y confinamiento, bien que el pupilo, a su escala menor, tendría bastante menos éxito que el patrón. Colombia por su parte, incluyendo a Panamá, había procedido a su primer movimiento constitucional en 1811 asimilando explícitamente los territorios indígenas a “tierras baldías” conforme a la doctrina de *terra nullius*, esto es tierra de nadie, del derecho de gentes o internacional, tal y como si unos pueblos no debieran estar allí o, más sencillamente, no existiesen. El proyecto etnocida arranca así con un tenor incluso genocida. Sólo más tarde, en 1853, Colombia, la matriz constitucional de Panamá, adopta el modelo realmente estadounidense de los *territorios* de régimen especial para la reducción de los pueblos indígenas. Panamá pudo aprender una técnica de gestión territorial tanto de su madre patria colombiana como de su padrino estadounidense, resultando entonces al propio propósito España una abuela y no faltando además la otra, pues lo era y vivía una iglesia, la católica con su despliegue de misiones¹¹¹.

En el caso de Colombia, incluyendo a Panamá, el arranque constitucional de cara a los pueblos indígenas y en cuanto a los propios planteamientos textuales fue en realidad bastante más complejo. Había otros pronunciamientos en la Constitución de Colombia de 1811 o, mejor dicho, en la *Constitución de Nueva Granada*, pues el nombre derivado de Colón sólo vendría más tarde. El de de *Colombia* se resignaría a bautizar un solo Estado cuando, barajándose matrices siempre europeas, se había acuñado con la ambición de sustituir a *América*. A lo que ahora nos importa, el principio de la *terra nullius*, o de nadie cuando era indígena, venía enseguida modulado en aquella Constitución de 1811 por expresiones de buena voluntad y cristiana caridad dirigidas a los pueblos indígenas hasta el punto de hacerse previsión concreta de recurrirse a “tratados y negociaciones” como forma más respetuosa de establecerse relaciones y como reconocimiento así también de que la propia Constitución, precisamente por unilateral, pudiera no servir o al menos no bastar a tan importante efecto. Todo ello se registraba constitucionalmente dentro del contexto igualmente explícito de desequilibrio manifiesto entre “la civilización y religión” que se ofrecen y la “actual imbecilidad” de las “naciones de indios bárbaros” que, como tales y para ser inculturizados, habrían de doblegarse y someterse, si no en primer término, en el último. Todas las citas entrecomilladas son expresiones literales de aquella Constitución.

Tratados existían. Con anterioridad a la independencia latinoamericana, la monarquía española se había dedicado no sólo a conquistar pueblos indígenas, sino también a alcanzar acuerdos especialmente con aquellos que se resistían con éxito a la invasión. Esto se había incluso acentuado en unas vísperas por la competencia de otras potencias europeas o ya también de una euroamericana, como los Estados Unidos, que

ocurrencia de su disolución en una cultura criolla que sería menos europea por más mestiza: Jorge CAÑIZARES-ESGUERRA, *How to Write the History of the New World: Histories, Epistemologies, and Identities in the Eighteenth-Century Atlantic World*, Stanford University Press, 2002.

¹¹¹ Diego URIBE VARGAS (ed.), *Las Constituciones de Colombia*, Instituto de Cooperación Iberoamericana, 1985. Para las referencias, éstas y las que siguen, a tratamiento reservado a indígenas por Constituciones pretéritas, se tienen los textos en el apéndice segundo del capítulo primero. Para las alusiones a los Estados Unidos, registraré alguna bibliografía en el siguiente epígrafe.

recurrieran a Tratados con pueblos indígenas para una neutralización definitiva de los títulos virtuales de investidura religiosa, sin necesidad de acuerdo ni ocupación, del dominio español. El hecho es que, frente a lo que pareciera por alguna primera Constitución como la neogranadina, *tratados y negociaciones* no eran cosa nueva. Pueblos indígenas comprendidos dentro de las teóricas fronteras primero de Colombia y luego de Panamá, como fuera el caso más notorio del pueblo kuna, tenían suscritos tratados¹¹². He aquí, en dichas vísperas de independencia, que se podía pretender, con fundamento jurídico de valor para ambas partes, la existencia de unos pueblos de derecho propio de cara a quienes venían de Europa y se establecían en el continente de América o, en lengua kuna significando *alma mater* o madre nutricia, de *Abya Yala*. Es denominación que hoy está adoptándose para América en medios indígenas¹¹³. Nombres propios menos coloniales no faltaban entonces. Colombia no era la única alternativa.

La primera Constitución de Colombia, la Constitución de Nueva Granada, registraba la eventualidad de Tratados con pueblos indígenas, pero ni siquiera consideraba la posibilidad de ratificar o reconocer los existentes. Operaban presuposiciones que ahora podían acentuarse. Conforme a las propias previsiones constitucionales, los Tratados se situaban en un contexto definitivamente desigual por cuanto que se reducían a un medio más de participación de cultura en singular y establecimiento final del propio Estado. Con su pretensión característica de una potencia generativa de derecho e instituciones, las Constituciones no parecían verdaderamente dispuestas a aceptar acuerdos dados con pueblos. Bien al contrario, no compartiendo presunciones tales ni sometándose a pretensión tamaña, la perspectiva indígena se situaba en el terreno no menos o incluso más sustancialmente constitucional de reconocimiento y respeto entre comunidades, las propias como las ajenas, de derecho propio. Faltando esto, el pueblo kuna se resistió a la independencia de Panamá, no apejándose por ello a Constitución alguna de Colombia, sino si acaso, entre referencias externas, al Tratado con la parte hispana, fuese luego colombiana o panameña, que se había celebrado en efecto en 1787, prácticamente al tiempo que se constituían al norte los Estados Unidos como Federación, por esta época ya constitucional en otras latitudes de América. ¿No hay toda una historia de este carácter o de tal interés, quiero decir

¹¹² Abelardo LEVAGGI, *Diplomacia hispano-indígena en las fronteras de América. Historia de los tratados entre la Monarquía española y las comunidades aborígenes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 304-309 (con la lectura unilateral de parte española del tratado con el pueblo kuna de 1787); David J. WEBER, “Bourbons and *Bárbaros*: Center and Periphery in the Reshaping of Spanish Indian Policy”, Christine DANIELS and Michael V. KENNEDY (eds.), *Negotiated Empires: Centers and Peripheries in the Americas, 1500-1820*, Routledge, 2002, pp. 79-103 (p. 99: “El estilo de dicho tratado en lengua española indica que resultaba de la rendición kuna, pero parece improbable que este pueblo lo viera por su parte de ese modo”, y un tratado ya se sabe que es cosa de dos o más y no un vicio solitario; p. 101, para otro ejemplo ilustrativo: Nueva España pagó tributo a cambio de paz al pueblo apache aunque por su parte interpretase que sólo entregaba regalos, así que la monarquía española pudo ser tributaria de pueblos indígenas en América). De “Bourbons and *Bárbaros*” hay edición en castellano de revista argentina (*Anuario del Instituto de Estudios Histórico-Sociales*, 13, 1998, pp. 147-171), tratándose en todo caso de un trailer de una obra que se ha publicado a continuación: D.J. WEBER, *Spaniards and their Savages in the Age of Enlightenment*, Yale University Press, 2005.

¹¹³ Véase por ejemplo cómo se adopta en un medio de lengua quichua o, en su ortografía, kichwa y de la shuar, junto a la castellana, el de *Amautai Wasi*, la Universidad Intercultural de Nacionalidades y Puestos Indígenas sita en el Ecuador: <http://uinpi.nativeweb.org/modulos/modulos.html>.

constitucional, que la historiografía de esta especialidad se resiste a tomar en consideración? Ahí se tienen más que indicios¹¹⁴.

La historia indígena o, dicho mejor, toda la serie en plural de historias indígenas no resulta algo ajeno a la historia constitucional, pues hay alcance e interactividad. Hay trayectorias que no se ajustan exactamente a las presunciones ni a los planteamientos de la parte que se identifica con el constitucionalismo, una parte exactamente al cabo. Para entender esta historia, necesitamos más, el arco completo de testimonios y narrativas, de manifestaciones y construcciones. De pueblos como el embera-wounaan y el kuna hemos aprendido que una vertiente básica se nos escapa si identificamos historia constitucional con pretensión constitucionalista. Ahorro citas de comprobación pues serían gratuitas y hasta injustas al no ser otra la tónica imperante en la academia.

En el ámbito de la historiografía del derecho y del constitucionalismo, sigue predominando prácticamente en solitario la visión más unilateral cuando ya se tienen hoy ante la vista, si no se prosigue con la práctica de cerrar los ojos o de dirigir con anteojeras la mirada, ejemplos suficientes de historias multilaterales y postistas (postabolucionistas, postnativistas, postcoloniales,... postconstitucionales, no necesariamente postmodernas), interesando además de un modo bien neurálgico a materia tanto jurídica en general como constitucional muy en particular¹¹⁵. Dicho de otro modo, al alcance de la historiografía y del constitucionalismo no faltan evidencias ni materiales, notificaciones ni reflexiones de la multiculturalidad existente de hecho y el multiculturalismo necesario de derecho.

8. Arranque del programa.

La historia constitucional no empezó por América ni en Panamá ni en Colombia ni en Latinoamérica siquiera. Bien se sabe. Mas unos comienzos continentales no fueron más brillantes en lo que afecta a los pueblos indígenas. Para hacernos con una perspectiva, dentro de lo que aquí cabe, sobre el yacimiento arqueológico del constitucionalismo americano, conviene que echamos una ojeada a unos primeros estratos no sólo latinoamericanas. Impera todavía rampante el tópico de la radical diferencia de fondo entre unos colonialismos, el hispano y el británico, y los constitucionalismos consiguientes, conforme al cual Gran Bretaña y los Estados Unidos habrían ignorado lo que España y los Estados latinoamericanos en cambio protegido, el derecho indígena. La consecuencia lógica de las herencias colonial respectiva, la

¹¹⁴ James HOWE, *A People Who Would Not Kneel: Panama, the United States, and the San Blas Kuna*, Smithsonian Institute Press, 1998; *The Kuna Gathering: Contemporary Village Politics in Panama* (1986), Fenestra, 2002.

¹¹⁵ Por poner algunos ejemplos de diverso radio, Devon A. MIHESUAH (ed.), *Natives and Academics: Researching and Writing about American Indians*, University of Nebraska Press, 1998; Frederick COOPER, Thomas C. HOLT y Rebecca J. SCOTT, *Beyond Slavery: Explorations of Race, Labor, and Citizenship in Postemancipation Societies*, The University of North Carolina Press, 2000; Vinayak CHATURVEDI (ed.), *Mapping Subaltern Studies and the Postcolonial*, New Left Review – Verso, 2000; Dipesh CHAKRABARTY, *Provincializing Europe: Postcolonial Thought and Historical Difference*, Princeton University Press, 2000; Linda Tuhiwai SMITH, *Decolonizing methodologies: Research and Indigenous Peoples*, Zed Books – University of Otago Press, 2001; Bartholomew DEAN y Jerome M. LEVI (eds.), *At the Risk of Being Heard: Identity, Indigenous Rights, and Postcolonial States*, The University of Michigan Press, 2003. Dejo ahora aparte el problema del equívoco que suele producir la aplicación al caso de América de la categoría de *postcolonialismo*, como si el prefijo estuviera dando por zanjada una raíz colonial que sólo hubiera sido europea y no también, independencias de Estados mediante, euroamericana. Y al margen pongo el postmodernismo porque, refundiendo supuestos de última generación, confunde casos de generación primera.

española, sería, según siempre el tópico, la ciudadanía en común característica desde un inicio del constitucionalismo latinoamericano en contraste con el anglosajón. Hasta en términos de raza ha venido manifestándose un orgullo constitucional latino por la incorporación indígena gracias a la historia hispana y pese a la arqueología americana. Veamos.

8.1. Anglo y Latinoamérica.

Estados Unidos comienza por introducir la presencia indígena en los anales de la historia constitucional como el enemigo literal a mantener a raya combatiéndole y batiéndolo¹¹⁶. La segunda y definitiva Constitución estadounidense, la de 1787 con todas sus primeras enmiendas, adopta una aritmética política que no deja de guardar su consistencia: el *hombre libre* cuenta por uno; el esclavista propietario por más de la unidad; el *indio* por cero, como nada¹¹⁷. En lo que a éste último respecta, la posición constitucional no cambia cuando se suprime la prima al esclavismo por abolirse la esclavitud¹¹⁸. Ninguna enmienda constitucional se ha enfrentado en los Estados Unidos con la cuestión indígena.

Toda una historia que afecta y compromete al propio constitucionalismo viene así desde un origen transcurriendo en los Estados Unidos. La novedad de una ciudadanía en común llegará en el siglo XX no por medio constitucional, sino por procedimiento legislativo y vía administrativa, sin consentimiento además de los pueblos indígenas afectados¹¹⁹. He ahí de nuevo y en definitiva la cresta de todo un

¹¹⁶ Primera Constitución de los Estados Unidos, los Artículos de la Confederación de 1781, art. 6: "(...) No State shall engage in any war without the consent of the United States in Congress assembled, unless such State be actually invaded by enemies, or shall have received certain advice of a resolution being formed by some nation of Indians to invade such State, and the danger is so imminent as not to admit of a delay till the United States in Congress assembled can be consulted (...)" (Ningún Estado miembro podrá emprender guerra ninguna sin el consentimiento del Congreso de los Estados Unidos, a menos que le invadan enemigos, o tenga noticia de la intención de invadirle de alguna nación indígena, siendo tan inminente el peligro que no pueda esperarse a la decisión del Congreso).

¹¹⁷ Constitución de los Estados Unidos, 1787, art. I, sect. 2, par. 3: "Representatives and direct taxes shall be apportioned among the several States which may be included within this Union, according to their respective numbers, which shall be determined by adding to the whole number of free persons, including those bound to service for a term of years, and excluding Indians not taxed, three fifths of all other persons" (Los escaños de la Cámara de Representantes y los impuestos directos se distribuirán entre los Estados miembros en proporción a la población, la cual se computará agregándose al número de personas libres tres quintos del total del resto con exclusión de indígenas que no pagan impuestos), siendo dicho resto, *other persons*, los esclavos que así a quienes añaden puntos es a sus amos y cabiendo además preguntarse por qué, si están de entrada excluidos a efectos desde luego no sólo fiscales, se añade pronunciamiento, con asunción así de poder, sobre indígenas, *Indians*.

¹¹⁸ Constitución de los Estados Unidos, Enmienda XIV, 1868, sect. 2: "Representatives shall be apportioned among the several states according to their respective numbers, counting the whole number of persons in each state, excluding Indians not taxed (...)" (Los escaños de la Cámara de Representantes se distribuirán entre los Estados miembros computándose el número total de personas con exclusión de indígenas que no satisfacen impuestos).

¹¹⁹ 1924 (cuando ya existe la Sociedad de Naciones y *Hodensaunee* – la Confederación Iroquesa – se ha personado en Ginebra reclamando su reconocimiento como nación y correspondiente ingreso): "Act to Authorize the Secretary of the Interior to Issue Certificates of Citizenship to Indians: Be it enacted by the Senate and House of Representatives of the United States of America in Congress assembled that all non-citizen Indians born within the territorial limits of the United States be, and they are hereby, declared to be citizens of the United States (...)" (Ley de Autorización al Secretario del Interior para la Emisión de Acreditaciones de Ciudadanía a Indígenas: Se dispone por las dos Cámaras del Congreso de los Estados Unidos que todo indígena no ciudadano nacido dentro de los límites territoriales estadounidenses sea tenido por ciudadano de los Estados Unidos). Sobre la actuación internacional de *Hodensaunee*, Ronald

iceberg, el testigo de una historia de hostigamiento, expropiación, confinamiento, subyugación y hasta masacre por medios además jurídicos y hasta presuntamente constitucionales por cuanto que se acabará todo argumentando en términos de participación y garantía de libertades. No conviene olvidar estos detalles respecto a padres fundadores y enmendadores¹²⁰.

Los hermanos, y no hermanas, fundadores de los Estados por Latinoamérica no irían a la zaga. En la primera hornada de Constituciones, hay toda una panoplia de pronunciamientos sobre la presencia indígena de apariencia variopinta, pero de fondo común. Por aquí se suponía de entrada la comunidad de ciudadanía, pero con determinadas condiciones para el contingente indígena, el mayoritario entonces. Para acceder a libertades, se habrían de rendir creencias y ceder recursos, abandonar culturas y franquear territorios, renunciar en fin a su entidad de pueblos y así el gobierno de la propia sociedad. Tal era la *conversión* que ya sabemos. Sólo de tal modo, mediante tamañas condiciones, podría accederse a la condición *humana* acreedora de libertad. De otro modo, tanto gentes como bienes seguirían siendo objeto de tutela o similar, ya fuera todavía eclesiástica, ya ahora constitucional por el Estado.

La participación de ciudadanía corre pareja con el apoderamiento del Estado para incoar la conversión. Cabe en este contexto la adopción de la composición federal de los Estados Unidos de aquel tiempo, confiriéndose a las entidades federadas la competencia sobre derechos y garantías, mas reservándose la federación el poder sobre las relaciones con los pueblos indígenas. Se compartiera o no la ciudadanía, era igualmente asunto de sometérselos al tratamiento de choque que se tenía por civilizatorio. El arranque constitucional se mueve entre genocidio y etnocidio con prevalencia de lo segundo. No faltan Constituciones más francas en esta primera hornada. La hay que establece la tutela eclesiástica por beneficio que se dice de una “clase inocente, abyecta y miserable”, no otra que la indígena sin lugar a dudas. Tampoco falta la asimilación, por requerirse de igual modo protección, entre “los indígenas”, todos y todas, y la mujer, indígena o no, cuando por entonces, respecto a la exclusión de las libertades por razón de sexo, era más usual el silencio, bastando el uso gramatical del género masculino¹²¹.

NIEZEN, *The Origins of Indigenism: Human Rights and the Politics of Identity*, University of California Press, 2003, pp. 31-36 y 51.

¹²⁰ Haciendo una selección que incluya contraste dentro siempre de lo solvente: Sidney L. HARRING, *Crow Dog's Case: American Indian Sovereignty, Tribal Law, and United States Law in the Nineteenth Century*, Cambridge University Press, 1994; Francis Paul PRUCHA, *American Indian Treaties: The History of a Political Anomaly*, University of California Press, 1994; John R. WUNDER, “Retained by the People”: *A History of American Indians and the Bill of Rights*, Oxford University Press, 1994; Jill NORGREN, *The Cherokee Cases: The Confrontation of Law and Politics*, McGraw-Hill Case Studies in Constitutional History, 1995; Robert A. WILLIAMS Jr., *Linking Arms Together: American Indian Treaty Visions of Law and Peace, 1600-1800*, Oxford University Press, 1997; David E. WILKINS, *American Indian Sovereignty and the U.S. Supreme Court: The Masking of Justice*, University of Texas Press, 1997; Blue CLARK, *Lone Wolf v Hitchcock: Treaty Rights and Indian Law at the End of the Nineteenth Century*, University of Nebraska Press, 1999; Vine DELORIA, Jr. and D.E. WILKINS, *Tribe, Treaties, and Constitutional Tribulations*, University of Texas Press, 1999; Ward CHURCHILL, *Perversions of Justice: Indigenous Peoples and Angloamerican Law*, City Lights Books, 2003. Obsérvese que no hay capítulos de historias constitucionales o jurídicas generales.

¹²¹ Como ya he recordado, para todo esto y para lo que todavía sigue puede encontrarse ilustración en el apéndice de Constituciones pretéritas del capítulo primero o también, para la conexión de rigor, en el de las actuales del octavo. La locuacidad de los primeros tiempos ha vuelto en estos últimos y no siempre con los giros de mensajes que se aparentan. Como también ya advertí, el contraste no lo agoto.

No son muchos los Estados por América que guardasen desde un inicio silencio constitucional completo sobre la presencia indígena. Manteniéndolo hasta hoy, el más significativo puede ser el de Chile. Desde la primera norma constitucional hasta la vigente, desde 1818 hasta 2005 (el año de la última reforma de la Constitución hasta el momento), prácticamente no hay rastro de la presencia indígena en el orden constitucional de Chile. Repasando Constituciones desde 1823, nadie sospecharía de la existencia del pueblo mapuche o de otros pueblos indígenas por esa geografía. El silencio puede ser una forma de discurso. A veces lo que no existe debe tomarse en cuenta y tratarse de interpretar pues puede resultar incluso un medio de establecerse derecho. En este caso lo es. Desde 1822 Chile define constitucionalmente su territorio con absoluto desprecio de la ocupación indígena e incluso de las fronteras coloniales previamente establecidas, como fuera especialmente la del río Bio Bio, con el pueblo mapuche que de hecho todavía resistirá durante buena parte del XIX¹²². Ignorar no es todavía eliminar, aunque sea una premisa. Los genocidios suelen comenzar por ser virtuales. Ahí están en la Patagonia otras partes, otros sujetos de historia además de Chile y Argentina, cuya perspectiva habrá de hacer por recuperarse a fin de reintegrarse una historia y quizá también de resarcirse un derecho¹²³.

Adviértase que, junto a la doctrina de *terra nullius*, la de nadie por lo visto cuando era indígena, el silencio constitucional puede ser la posición más genocida, pues la mención, por muy peyorativa y degradante que fuera, registra existencia. Conviene aprender a leer la deficiencia e incluso la carencia de fuentes constitucionales e interpretar los silencios constituyentes. Hay que comenzar por ampliar el propio panorama. El derecho internacional congeniaba con el fondo común lesivo para la presencia indígena propio de todas las variantes constitucionales. Habrá en el siglo XIX otra doctrina de derecho internacional, la de *uti possidetis* o de mantenimiento del estado anterior de posesión referido, como luego también la descolonización, a fronteras teóricas coloniales, viniendo a echar una buena mano a los Estados con su definitiva ignorancia de las independencias indígenas en América¹²⁴.

La historiografía constitucional puede abrir los ojos y hasta devolver la vista a unas Constituciones ciegas a condición de que mire efectivamente más allá e incluso fuera del propio constitucionalismo, no sólo por el derecho internacional que le fuera congenial, sino también y sobre todo por los derechos de los pueblos que le resultan

¹²² Constitución de Chile de 1822, art. 3. Por las mismas secuelas actuales de la conquista de la Patagonia por Chile y Argentina en las postrimerías del XIX, ya sabemos que hay constancia pública del asunto, pero no la consecuencia jurídica estricta de reconocimiento de derechos ni tampoco la reconstrucción historiográfica que interesaría al propio presente. Chile guarda silencio constitucional, no a otros niveles, y ésta es la palabra, sometiendo derecho a ley tanto federal como provincial, de la Constitución de Argentina, art. 75: “Corresponde al Congreso: 17. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. (...) Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”.

¹²³ Pascual COÑA, *Lonco Pascual Coña ñi tuculpazugun – Testimonio de un cacique mapuche*, texto dictado al padre Ernesto Wilhelm de Moesbach (1924-1927), paralelo en mapudungun y español, Pehuén, 1984, donde el apelativo para los chilenos es *winka*, esto es forastero ladrón o extranjero depredador, lo que no se aprecia en la traducción puesto que se vierte de forma casi invariable precisamente por chileno. *Mapuche* significa gente de la propia tierra, denominándose en el texto original *pewenche*, gente de otra tierra, al otro lado de los Andes, no sólo a indígenas, sino también a argentinos, lo que no es de suponer que fuera uso entre los transandinos de este mismo pueblo, el mapuche, para sí mismos y para quienes les invadían, pero la presunta autobiografía ya se ve cuán mediatizada está por la mano misionera, no menos de lo que suele todavía ocurrir con la historiografía o también con la antropología de matriz académica.

¹²⁴ B. CLAVERO, *Diritto della Società Internazionale*, Jaca Book, 1995, como introducción de dichas perspectivas en un terreno de historiografía especialmente deficiente no sólo por usualmente apologética.

ajenos. El panorama ha de ser siempre multilateral. De hecho, por América se supera la unilateralidad advirtiéndose la pluralidad de culturas, pero, en lo que interesa a derecho, en lo que importa también a la trayectoria o en particular al arranque de las constituciones, lo que se ve es bilateralidad, la definida en concreto por el encuentro y la confrontación de unas variantes culturales europeas, las de matriz anglo y latina¹²⁵. Puede ser otra forma de concurrir no sólo al etnocidio, cancelándose culturas, sino también al genocidio, invisibilizándose humanidad. Estoy midiendo cuidadosamente mis palabras con relación a unas secuelas probadamente previsibles de unas posiciones presuntamente científicas¹²⁶.

8.2. Estados Unidos Mexicanos.

Estados Unidos linda al sur con México; los Estados Unidos de América con los Estados Unidos Mexicanos. He aquí el espacio de Latino América más estudiado para las cuestiones que estamos considerando, por lo que voy a permitirme alguna reflexión historiográfica sobre arranque y desenvolvimiento, bien que necesariamente sumaria, a su respecto. No es que exista para México una historiografía constitucional que se adentre por dichos asuntos, ya no digo que los penetre y analice. En el campo estricto de los estudios jurídicos donde pudieran abordarse las cuestiones del caso, hay apenas algún voluntarioso tanteo¹²⁷. Aparecen pioneros en territorio que pudiera tenerse por explorado si, manejándose lenguas o teniéndose al menos conciencia, hubiera comunicación con la parte viva interesada, lo que no es uso en la historiografía y menos de la jurídica o todavía menos de la constitucional. Así me parece que están las cosas en un ámbito de especialidad histórica que interesa al derecho actual. Sin embargo, se cuenta con indagaciones de verdadero interés para unas implicaciones constitucionales.

Los mejores abordajes sobre la resistencia indígena en el sentido del mantenimiento de unos pueblos y unas culturas por tiempos coloniales no se adentran apenas ni se proponen proseguir a través de la historia constitucional. Entre los efectivamente mejores, hay alguno que se introduce en un primer momento de constitucionalismo, pero lo usual es quedarse a las mismas puertas¹²⁸. Pareciera que ahí concluyese el periplo resistente de unos pueblos que vendrían ahora a confluir en el generoso caudal de la ciudadanía en común entre indígenas y no indígenas, la que ya se habría establecido por una Constitución española, la de Cádiz de 1812. No es que se

¹²⁵ Morris S. ARNOLD, *Unequal Laws unto a Savage Race: European Legal Traditions in Arkansas, 1686-1836*, The University of Arkansas Press, 1985; David J. LANGUM, *Law and Community on the Mexican California Frontier: Anglo-American Expatriates and the Clash of Legal Traditions, 1821-1846*, University of Oklahoma Press, 1987; Charles R. CUTTER, *The Legal Culture of Northern New Spain, 1700-1810*, University of New Mexico Press, 1995.

¹²⁶ B. CLAVERO, *Genocidio y Justicia. La Destrucción de Las Indias Ayer y Hoy*, Marcial Pons, 2002. No es quizás un término muy diáfano el de *etnocidio*, pero está consolidándose junto al de genocidio con el significado realmente diferenciado dicho. *Culturicidio*, por más impersonal, no suena mejor.

¹²⁷ Manuel FERRER MUÑOZ y María BONO LÓPEZ, *Pueblos indígenas y Estado nacional en México en el siglo XIX*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.

¹²⁸ Estoy pensando en Nancy M. Farris, *La sociedad maya bajo el dominio colonial. La empresa colectiva de la supervivencia* (1984), Alianza Editorial, 1992, adentrándose en tiempo constitucional, y, sin asomarse, James LOCKHART, *Los nahuas después de la conquista. Historia cultural y social de la población indígena del México Central. Siglos XVI-XVIII* (1992), Fondo de Cultura Económica, 1999; Kevin TERRACIANO, *The Mixtecs of Colonial Oaxaca: Nudzahui History, Sixteenth Through Eighteenth Centuries*, Stanford University Press, 2002. Tampoco para el mundo quechua hay prosecución hacia el presente de estudios como el citado de K.J. ANDRIEN, *Andean Worlds, 1532-1825*.

niegue una presencia, sino que no se deja prácticamente espacio para las culturas y políticas propias y distintas de unos pueblos, para unas dinámicas distintivas respecto tanto al Estado como entre sí, pues son plurales. Hay incluso quien viene ahora a presentar las cosas con esa perspectiva histórica de un constitucionalismo en común para toda Latinoamérica como si no presentase incógnitas ni afrontase desafíos. La vecindad colonial desembocaría pacíficamente en la ciudadanía compartida sin mayor problema todo ello para la presunta incorporación indígena. Es posición beligerantemente dispuesta a falsear la historia constitucional en lo que afecta a indígenas con el convencimiento de estar luchando contra prejuicios racistas al negar tan simplemente su existencia desde unos arranques constitucionales¹²⁹.

Hay también quien enfoca su interés en la pluralidad constitutiva de México, pero ciñéndose a la composición entre las entidades a federarse sin reserva de escenario alguno para los pueblos indígenas en cuanto tales. Quien se interesa por su acción política adopta la categoría definitoria de un campesinado más indiferenciado especialmente incapaz de dar cuenta propia de unas dinámicas, ya resistentes, ya concurrentes, ya recurrentes por alternancias entre resistencia y concurrencia, por parte de unos pueblos de cultura distintiva, lengua incluida, y a veces todavía, nada raramente, de territorio independiente¹³⁰. Prevalece la presunción de un destino común hacia la construcción de una Nación compartida frente a los propios indicios de resistencias y distancias, negociaciones y acomodos o también desacomodos. Cuando la confluencia en historia común no se confirma es por interponerse unas fronteras marcadas, no por los pueblos indígenas, sino por los Estados Unidos¹³¹. Aunque no siempre lo consiga, la historiografía, al contrario de lo que suele ocurrir en el campo del derecho contaminando a su historia, sabe bien que no debe actuar con ideas preconcebidas o expectativas marcadas del signo que sean. Lastre y sesgo siguen siendo comúnmente no indígenas¹³². Una historia de un solo pueblo como tal, por sí mismo y

¹²⁹ Tamar HERZOG, *Vecinos y Extranjeros. Hacerse español en la edad moderna* (2003), Alianza Editorial, 2006; *Networks and Ethnicity: A Tale about How the Indians Became White*, en línea: <http://www.iga.ucdavis.edu/files/All-UC/Herzog.pdf>.

¹³⁰ Respectivamente a la formación federal y a la caracterización campesina, Timothy E. ANNA, *Forging Mexico, 1821-1835*, University of Nebraska Press, 1998; Florencia E. MALLON, *Campesino y Nación. La construcción de México y Perú poscoloniales* (1994), México 2003.

¹³¹ Andrés RESÉNDEZ, *Changing National Identities at the Frontier: Texas and Mexico, 1800-1850*, Cambridge University Press, 2004, el más ilustrativo para un primer periodo constitucional en todo caso.

¹³² Podría naturalmente extenderse al propio campo de operaciones americano, al euroamericanocentrismo, la incisión quirúrgica de José RABASSA, *Inventing America: Spanish Historiography and the Formation of Eurocentrism*, University of Oklahoma Press, 1993, p. 215: una obra ya tan incisiva como la de Edmundo O'GORMAN, *La Invención de América. Investigación acerca de la estructura histórica del Nuevo Mundo y del sentido de su porvenir*, Fondo de Cultura Económica, 1977², “no deja espacio para historias alternativas a la universalidad de la cultura occidental y, por ende, para una América culturalmente pluralista” (la primera edición, de 1958, llevaba el subtítulo de *El universalismo de la cultura de Occidente*). A mi entender puede extenderse la observación a otro clásico incisivo mexicano: Luis VILLORO, *Los grandes momentos del indigenismo en México*, Colegio de México, 1950, y reediciones. Pudieron resultar ambos valiosos en su momento y pueden serlo ciertamente a estas alturas, según entiendo, por la vertiente deconstructiva más que por la reconstructiva. Para ulterior noticia crítica, no librándose precisamente la antropología, Consuelo ROS ROMERO, *La imagen del indio en el discurso del Instituto Nacional Indigenista*, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, Cuadernos de la Casa Chata, 1992.

no como pieza de Nación ajena ni de cultura extraña, puede bastar, si no para un cambio de perspectivas en dirección desde luego más realista, al menos para avizorarse¹³³.

Llegando la revolución mexicana con su proyecto de Nación más inclusiva que sigue excluyendo el reconocimiento de pueblos de cultura propia en cuanto que tales, puede ser sintomático que se acentúe en el campo de la historiografía la caracterización reductivamente campesina de la pluralidad indígena, así como el signo de un destino de Nación en común junto al amplio resto o ya, según se entiende, residuo de pluralismos de todo género. México identifica y refunde incluso, o quizás sobre todo, cuando no figura expresamente la Nación de Estado propio como sujeto de indagación y exposición historiográficas. No hace falta que sea *Historia de México* la historia de México para entronizar el sujeto mexicano solapando la presencia de los pueblos indígenas. La presencia indígena puede contemplarse perfectamente sin verse en absoluto la existencia de los respectivos pueblos.

La presencia humana más distintiva, la indígena de cultura propia, se disuelve como por ensalmo en el escenario figurado de una Nación en singular. Es gracias, no a la historiografía, sino a la antropología, que se tienen investigaciones de interés histórico sobre la trayectoria de pueblos indígenas a lo largo del siglo XX por sí mismos y también por la interactividad política y cultural entre ellos y con el Estado¹³⁴. Con todo, las cuestiones estrictas de historia y derecho constitucionales de cara a la presencia indígena no existen para la historiografía, ya no digamos para el constitucionalismo¹³⁵. Incluso con algún registro de presencia indígena desde la Constitución de 1917 y a través de sus reformas, el derecho indígena no cobra cuerpo constitucional. El grueso del constitucionalismo, tanto del normativo como del doctrinal conspira en contra¹³⁶.

9. Prospección constitucional en terreno internacional.

Bajo cada disposición constitucional de Estado en América puede que lata alguna privación de derecho indígena. Las constituciones no son textos planos, sino palimpsestos arqueológicos, verdaderas *guacas*. Necesitan, no el miramiento ingenuo de

¹³³ Peter IVERSON, *Diné: A History of the Navajos*, University of New Mexico Press, 2002, como pueblo el *diné* o navajo que teóricamente pasó de España a México. Para noticia de contactos en la primera fase desde percepción española muy elocuente a su propio pesar, Rick HENDRICKS y John P. WILSON (eds.), *Navajos in 1705: Roque Madrid's Campaign Journal*, University of New Mexico Press, 1996, p. 45: "(D)ivisaron dos bultos, los cuales dieron su alcance y hallaron ser indias cada una, una con su hijo a cuestras, una de nación jémez cristiana y la otra apache [navajo también entonces], a las cuales luego dividí, poniéndolas en cuestión de tormento para que me declararan...", con este orgullo de diario nada secreto de campaña y como iniciativa ordinaria, sin dramatismo alguno, la tortura. La perspectiva de las víctimas no representaría una posición victimaria, como suele entenderse desde posturas supremacistas, sino la contribución indispensable a la multilateralidad debida.

¹³⁴ Rosalva Aída HERNÁNDEZ CASTILLO, *La otra frontera. Identidades múltiples en el Chiapas poscolonial*, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, 2001, referente a la historia de parte del pueblo mam al alcance de México por emigrar desde Guatemala y producirse una revolución a un lado y no a otro de unas fronteras de Estados. Hay edición simultánea en inglés (University of Texas Press, 2001).

¹³⁵ Con las lagunas como la indígena por el ensueño de Nación, todavía puede ser sumamente significativo el monumental repaso de *El Constitucionalismo en las Postrimerías del Siglo XX*, I-II, *Las Constituciones Latinoamericanas*, III-IV, *Constitucionalismo*, V-VI, *La Constitución Mexicana, 70 años después*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1988. Hoy se tiene una incipiente literatura constitucional de efecto similarmente cancelatorio al mirar a indígenas sin ver pueblos.

¹³⁶ Francisco LÓPEZ BÁRCENAS (ed.), *Legislación y Derechos Indígenas en México*, Porrúa, 2005, con mi prólogo de repaso constitucional.

la doctrina jurídica, inclusive como tal la historiografía del derecho, sino la malicia experimentada de las ciencias sociales. La misma división constitucionalmente característica de poderes que se tiene por garantía de libertades – el legislativo, el ejecutivo y el judicial – cae entonces bajo la sospecha de que constituya fórmula del establecimiento y despliegue del apoderamiento mismo del Estado sobre pueblos. La estructura constitucional de poderes secundariamente en plural, sumada al sustrato constituyente de cultura primariamente en singular, permite que el mismo reconocimiento de derecho indígena quede con facilidad a disposición del propio Estado. Por esto de entrada dije presunto de un tal derecho. No creo que prejuzgara¹³⁷.

He ahí entonces la verdadera arqueología constitucional con las *guacas indígenas* definitivamente reducidas a las posiciones inferiores para la posición constituyente de Estados. Cuando vienen finalmente a adicionarse en el mismo edificio constitucional unos reconocimientos de la presencia y de algún que otro presunto derecho, la contradicción resulta, por no cederse poderes ni corregirse cultura, flagrante desde luego. Puede encerrar su lógica. La mención constitucional de derecho indígena también es forma de apoderar al Estado cara al mismo. Ocurre esto particularmente cuando lo que se hace es levantar acta constituyente de una existencia que de hecho no depende del registro constitucional. Con la contradicción y todo, el derecho, quiero decir su tratamiento doctrinal, permanece ciego, sordo y mudo. Para las cosas decisivas del constitucionalismo en definitiva solapado, puede que funcione realmente mejor el silencio que la mención¹³⁸.

¿Nos va a extrañar que haya pueblos indígenas en América evitando el terreno constitucional para recurrir al internacional incluso persiguiendo acomodos internos de autonomía dentro del Estado que les ha tocado en suerte, esto que en teoría cabe perfectamente en el constitucionalismo sin necesidad de internacionalización alguna? Un pueblo como el emberá-wounaan, al que hemos visto proceder de ese modo, no constituye realmente un caso singular. Tiene éste ante sí unas posibilidades de autonomía por “régimen especial” en el interior de Panamá que otros pueblos tanto indígenas como no indígenas vienen también abriéndose en beneficio propio dentro de

¹³⁷ B. CLAVERO, *Alma Lunku, Abya Yala*, pp. 141-233; *El Orden de los Poderes*, Trotta, de próxima publicación. Para Angloamérica, con su peso entre poderes más del judicial que del legislativo, a D.E. WILKINS, *American Indian Sovereignty and the U.S. Supreme Court*, citado, puede agregarse Peter KULCHYSKI (ed.), *Unjust Relations: Aboriginal Rights in Canadian Courts*, Toronto, Oxford University Press, 1994.

¹³⁸ Como ejemplo – sólo uno – de la contradicción actual entre derecho de Estado y derecho indígena, entre justicia del uno y jurisdicción del otro en concreto, como también de su lógica no tan oculta, Constitución del Perú, art. 138: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos (...)”; art. 139: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional”; art. 149: “Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas (...) pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial”. En este lenguaje jurídico, como calificación de *comunidad*, lo que significa *campesina* es quechua y aymara; *nativa*, perteneciente a alguno de los diversos pueblos amazónicos. La *ley*, como derecho de Estado, podrá seguir subordinando comunidad a Estado o también encapsulándola (*Compendio de Legislación para los Pueblos Indígenas y Comunidades Nativas*, Ministerio de Justicia y Defensoría del Pueblo, 1999-2000), pero no resolver una contradicción, lo cual no está evidentemente al alcance de una sola de las partes y aún menos de la que se entiende, por constitucional, responsable y garante de libertades en exclusiva y sin concurrencia.

sus respectivos Estados¹³⁹. Éstos mismos pueden por su parte venir franqueando espacio gracias a su incorporación de derecho internacional, particularmente del de derechos humanos¹⁴⁰, en mayor medida que por medio de menciones constitucionales de asuntos pendientes como el indígena. Por esto también se da el caso de que se recojan velas por recuperarse control político sobre orden jurídico y así potencialmente por encima de libertades¹⁴¹.

La tendencia a recurrir a principios de derecho internacional, siendo menos factible a sus prácticas, está por su parte generalizándose entre pueblos indígenas. Guarda un sentido, pues lo que se dirime es el título al derecho: no la acreditación constitucional por Estado culturalmente ajeno, sino el reconocimiento internacional, ante instancias menos lastradas, de la capacidad del propio pueblo a ser por sí mismo titular y generador de derecho. Se trata por supuesto ante todo de la libre determinación que se reclama incluso a los efectos de fundación de autonomías acomodadas en el Estado respectivo, lo que no resulta entonces un contrasentido. Como puede inferirse de la misma definición de la Organización Internacional del Trabajo, estamos ante pueblos dependientes por no haber podido recurrir a una descolonización que comenzó excluyendo los casos de contigüidad o de inclusión dentro de fronteras de Estados reconocidos¹⁴².

Observemos también que, por parte de los pueblos indígenas, puede no estarse recurriendo tanto al derecho internacional en vigor como a principios suyos que incluso se entienden todavía en formación o pendientes de desenvolvimiento en lo que precisamente les interesa. Lo hemos visto en el preámbulo o exposición de motivos de la carta orgánica o estatuto de autonomía del pueblo emberá-wounaan a las alturas de

¹³⁹ Hurst HANNUM, *Autonomy, Sovereignty, and Self-Determination: The Accommodation of Conflicting Rights*, University of Pennsylvania Press, 1990, y su edición de *Documents on Autonomy and Minority Rights*, Kluwer Academic Publishers, 1993; Thomas D. MUSGRAVE, *Self-Determination and National Minorities*, Oxford University Press, 1997.

¹⁴⁰ Ariel E. DULITZKY, “Los Tratados de Derechos Humanos en el Constitucionalismo Iberoamericano”, Thomas BUERGENTHAL y António CANÇADO (eds.), *Estudios Especializados de Derechos Humanos*, I, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, pp. 129-166.

¹⁴¹ Puede ilustrar también el Perú, donde la Constitución de 1979 reconocía el valor normativo interno del orden internacional de los derechos humanos (art. 105: “Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos tienen jerarquía constitucional...”) mientras que la actual, de 1993 (Final 4ª: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”), adopta la fórmula de la Constitución Española (art. 10.2: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España”), reduciendo literalmente la recepción al registro interpretativo, lo que llega a contradecir, en Perú como en España, el propio tenor de las convenciones internacionales que se ratifican, por su eficacia directa con procedimientos de verificación propios. La contradicción encierra la lógica de seguir aparentando la disposición del derecho por el Estado, pero la apariencia no es inocente por supuesto. Con semejante función de distorsión constitucional al menos teórica, cuando no práctica, y con el orgullo irresponsable usual de parte cooperante española, hay más casos actuales de préstamos literales en contextos de riesgo efectivo para las libertades como, por ejemplo, entre título preliminar del código civil español y ley orgánica judicial de Guatemala identificando sin más, sin cautela de derechos, derecho con ley, lo cual, por añadidura, cortocircuita en el mismo caso guatemalteco un reconocimiento constitucional de derecho indígena remitido a legislación de desarrollo.

¹⁴² S. James ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, Oxford University Press, 1996; Patrick THORNBERRY, *Indigenous Peoples and Human Rights*, Manchester University Press, 2002.

1993: “Así, en la actualidad, en el ámbito internacional a nivel de la Organización de Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos, se están elaborando con los Estados miembros declaraciones y convenios que buscan proteger los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas y sus formas de organización jurídica y política”, lo que era cierto y, con la demora que esto implica, sigue todavía siéndolo¹⁴³.

Tampoco es de extrañar la evasiva. Se trata precisamente de los pueblos que fueron excluidos de la declaración de la libre determinación como derecho humano constituyente del fundamento mismo de la descolonización¹⁴⁴. El propio ordenamiento internacional de derechos humanos procuró a continuación un acomodo mediante un derecho a la propia cultura de las personas pertenecientes a minorías como título estrictamente individual, aunque de ejercicio reconocidamente colectivo, pero sin lograr el objetivo en la medida que no contemplaba extensión ninguna de autonomía propia confiando al contrario la garantía de tal práctica en primera instancia a los Estados mismos respectivos. Jurídicamente, como titular de derecho, no existe así la minoría, sino la persona perteneciente a ella. Por el orden internacional actual de los derechos humanos, la libre determinación del pueblo se considera realmente en mucho, tanto como premisa de las libertades de los individuos, mientras que la minoría en cuanto tal, en cuanto colectivo, no cuenta con derecho alguno¹⁴⁵.

La persistencia de pueblos sin derecho de título propio en el orden internacional vigente realmente tensa las costuras del régimen de minorías sin derecho de las mismas, por no decir que las hace estallar. El reconocimiento constitucional de la presencia de unos pueblos presume por su parte la legitimidad constituyente del sujeto y de la agencia estatales, pudiendo incluso incrementar la dependencia de los mismos respecto al derecho subsiguiente, el de Estado. Libertad individual más participación ciudadana,

¹⁴³ S.J. ANAYA, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Trotta, 2005, no mera traducción, sino versión puesta el día que aparece simultáneamente en inglés.

¹⁴⁴ 1960, Declaración sobre la Concesión de la Independencia a los Países y Pueblos Coloniales, art. 1: “La sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una denegación de los derechos humanos fundamentales, es contraria a la Carta de Naciones Unidas y compromete la causa de la paz y la cooperación mundiales”, residiendo la clave de exclusión por supuesto en el adjetivo de *extranjeras*.

¹⁴⁵ 1966, Convención o Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 1: “Todos los pueblos tienen el derecho a la libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultura”; art. 27: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar la propia religión y a emplear su propio idioma”. No viene a modificar sustancialmente el planteamiento la Declaración de Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, 1992, salvo si acaso en lo que interesa a la necesaria modulación de un principio constitucional de igualdad (art. 8.3: “Las medidas adoptadas por los Estados a fin de garantizar el disfrute efectivo de los derechos enunciados en la presente Declaración no deberán ser consideradas *prima facie* contrarias al principio de igualdad enunciado en la Declaración Universal de Derechos Humanos”). Adviértase también por medio una elocuente variante del derecho individual de quienes pertenecen a las llamadas minorías en la Convención de los Derechos del Niño, 1989, art. 30: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”, elocuente por cuanto insinúa una distinción entre supuestos, el de *origen indígena* y el de minorías. Si la práctica constitucionalista estuviera más atenta, no haría falta añadir que todo ello es desarrollo del derecho internacional de derechos humanos nada detenido en la Declaración Universal y crecientemente interesando a derecho constitucional.

una libertad de hecho lastrada por cultura y también política, una y otra ajenas, más una participación consiguientemente condicionada aunque nada de esto por supuesto se reconozca de parte constitucional, no es fórmula suficiente para la constancia y garantía de derechos o ni siquiera necesaria en el caso indígena por cuanto que se remite en exclusiva a la cobertura y acción del Estado. La propia experiencia jurídica y política de los pueblos indígenas en contextos constitucionales se motiva y mueve entre expectativas y frustraciones que no parecen propiamente planteables ni adecuadamente procesables sino en un escenario de orden internacional como el de los derechos humanos¹⁴⁶.

La propia existencia está reconocida en el orden internacional. Ya conocemos el momento más paladino de la Organización Internacional del Trabajo. Además de que en las propias Naciones Unidas, en organismos suyos más nucleares como los subsidiarios de la Comisión de Derechos Humanos, ahora Consejo, el asunto viene debatiéndose y concretándose desde hace más de dos décadas, la identificación más clara se produce en efecto desde 1989 por medio del susodicho Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Sin embargo, no hemos visto que la alegación de derecho internacional para fundar derecho propio por parte del pueblo emberá-wounaan haga referencia a dicho tratado. No es cuestión de su no ratificación entonces y hasta el momento por parte de Panamá, pues la motivación indígena, mirando hacia el futuro, hemos constatado que se elevaba por encima del orden panameño y hasta del internacional en vigor.

Hay otra razón para la reticencia y bien de peso además. He aquí lo que añade dicho instrumento tras la definición citada: “La utilización del término *pueblos* en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que puedan conferirse a dicho término en el derecho internacional”¹⁴⁷. ¿Hace falta comentario? En Naciones Unidas se alarga actualmente el debate sobre el proyecto de Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas mientras que ellas mismas y la Organización Internacional del Trabajo sortean, peor que mejor, compromisos con Estados que ratifican y problemas con éstos y con aquellos otros que no lo hacen si, lo reconozcan o no, contienen dentro de sus fronteras pueblos indígenas.

10. Pasado y futuro en tiempo presente.

No sólo se está mirando al derecho internacional de derechos humanos en su desarrollo actual y, más todavía, en sus posibilidades futuras. También hemos comprobado que se vuelve la vista de parte indígena hacia el pasado y no por nostalgia ninguna, sino por recuperar el valor de unos instrumentos que fundaron unas relaciones bilaterales para ser luego cancelados de forma completamente unilateral por parte que se profesaba constitucional. El pueblo kuna tiene el Tratado de 1787 con España pudiendo entender que secuencialmente se subrogan – debieran subrogarse – los Estados de Colombia y Panamá. Tampoco se trata de un caso singular entre los pueblos indígenas¹⁴⁸. Sus Tratados con potencias coloniales o luego con Estados no menos tales

¹⁴⁶ Kathrin WESSENDORF (ed.), *Challenging Politics: Indigenous Peoples' Experiences with Political Parties and Elections*, International Work Group for Indigenous Affairs, 2001.

¹⁴⁷ Es el tercer y último párrafo del primer artículo, conteniéndose en el primero de la secuencia el elemento objetivo, el de la preexistencia en algún grado a colonialismo y Estado, y el subjetivo, el de la conciencia, en el segundo.

¹⁴⁸ Entre tantos como hubo, el Tratado con el pueblo tule o, como hoy se autodenominan, kuna es uno de los pocos del colonialismo español que se certifican en el registro de Naciones Unidas elaborado por Miguel Alfonso MARTÍNEZ, *Estudio sobre los Tratados, Convenios y otros Acuerdos Constructivos entre*

han cundido realmente para seguir la suerte común de ser ignorados por esta otra parte, la no indígena, cuando han cumplido lo que para ella es su función, la de dar un pie de entrada a la penetración. La potencial recuperación de este género de Tratados no tanto por su contenido ya por lo general imposible, sino, aparte las justas y necesarias compensaciones, por el principio de relación en pie de igualdad que representan si se mira, como se debe, la visión de ambas partes, constituye uno de los temas más presentes hoy en el propio debate de Naciones Unidas sobre los derechos pendientes de los pueblos indígenas¹⁴⁹. En honor de la verdad sin sombra de duda y también de la honestidad sin doblez de rasero, a estas alturas, basar en Tratados y encauzar por Tratados un edificio constitucional complejo resulta todo menos un anacronismo¹⁵⁰.

Respecto a Tratados de pueblos indígenas con Estados y no sólo de Estados con pueblos indígenas, pues ni la iniciativa ni la resolución son de una sola parte, hay específicamente toda una dimensión histórica que puede resultar de valor actual, dígame internacional o constitucional, aun con todo el desequilibrio de un pasado que es de lo más colonial. El colonialismo no ha sido un fenómeno de fuerza bruta e invasión neta como se empeña todavía en representar buena parte de la historiografía, aséptica o comprometida, apologética o denunciatoria, pues las posiciones enfrentadas nunca se diferencian del todo. Cuenta el colonialismo con presupuestos culturales y procedimientos jurídicos. Piensa que extiende civilización. Se entiende obligado a difundir religión. Hay veces que conquista como otras que negocia. En ambas ocasiones, también en la primera, suele llegar a acuerdos, se formalicen o no según el gusto de la parte que invade o presiona. Son precisamente los Tratados, unos acuerdos por definición como mínimo bilaterales¹⁵¹.

Existe en efecto toda una larga historia de implicación internacional y constitucional – de derecho internacional y constitucional – no concluida todavía, quedando más que secuelas en el orden de unas relaciones inequitativas entre pueblos no por un transcurso ineluctable de las cosas, sino por fraudes e incumplimientos, engaños deliberados y hechos consumados, de la parte además más inconsciente por efecto de su complejo impenitente de superioridad, no otra que la constitucional por supuesto. Es una historia que no sólo ilustra un pasado, sino que también ilumina un presente. Puede dar luz a derecho.

los Estados y las Poblaciones Indígenas. Tercer informe (1996), párrafos 116 y 126-144 (edición oficial en línea: <http://www.unhchr.ch/indigenous/treaties.htm>). En la compilación oficial del derecho kuna sólo se comprende el vigente, comenzándose por la Ley Fundamental o estatuto de autonomía de 1995, y no se hace mención de aquel Tratado: *Anmar Igar – Normas Kunas*, Congreso Nacional Kuna, 1991.

¹⁴⁹ Al estudio de Naciones Unidas interesaría sumar, de entre lo citado, la perspectiva de R.A. WILLIAMS Jr., *Linking Arms Together*, y la información de A. LEVAGGI, *Diplomacia hispano-indígena*, ésta conforme al acercamiento Claudia BRIONES y Morita CARRASCO, *Pacta Sunt Servanda. Capitulaciones, convenios y tratados con indígenas en Pampa y Patagonia, 1742-1878*, International Work Group for Indigenous Affairs, 2000.

¹⁵⁰ Enrico SCODITTI, *La Costituzione senza Popolo. Unione Europea e Nazioni*, Laterza, 2001, pp. 189-208. Y el testimonio por supuesto, cualquiera que sea su suerte, del *Proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2003 (<http://european-convention.eu.int>).

¹⁵¹ V. DELORIA, Jr. y Raymond J. DEMALLIE (eds.), *Documents of American Indian Diplomacy: Treaties, Agreements, and Conventions, 1775-1979*, University of Oklahoma Press, 1999, registran los acuerdos con pueblos indígenas interesantes a los Estados Unidos, sean suyos o de otros, como Gran Bretaña o también como España y México.

Cuando se afirma, como suele, que el constitucionalismo agradece la perspectiva histórica, viene a entenderse que la historia respalda y por esto conviene colacionarla, a tal punto resulta autista el universo comúnmente constitucionalista. Es la perspectiva que, en la sucesión temporal de artículos como el de la pareja panameña de religión y arqueología, lo que ve es progreso paralelo, sustentándose mutuamente, de libertad privada y de responsabilidad pública, lo que debe ser. ¿Pasa el lenguaje jurídico de la expresión de *guacas* a la de *sitios y objetos arqueológicos*? Estupendo. Sería otro signo de progreso. Así se depura la lengua constitucional evitándose la contaminación de lenguajes ajenos al constitucionalismo¹⁵². Si de paso con ello se potencia la unidad cultural y el apoyo mutuo, entre Europa y América, de una comunidad hispana crecientemente constitucional, miel sobre hojuelas. ¿Se reconocen posiciones habitualmente, salvo entre indígenas, no tildadas de coloniales ni por asomo? Por no ofender a nadie, vuelvo a ahorrar citas académicas o también políticas de ocurrencias, por traslaticias y hasta consuetudinarias, más que consabidas¹⁵³.

El constitucionalismo convencional no entiende de *guaca constitucional* que sea ni de nada indígena que se le parezca por asomo ni excavación mediante. Creyéndose sinceramente universalista y proclamándose convencidamente universal, ha conquistado y mantiene un indudable predominio. Se trata de la posición sobradamente preponderante, aunque no por fortuna de la postura absolutamente exclusiva en este mismo mundo limitado suyo, el constitucional¹⁵⁴. Es además la que suele tener por

¹⁵² En el constitucionalismo latinoamericano en vigor, hoy sólo hay un paraje originariamente, aparte traducciones, en lengua de matriz no europea: *Ama quilla, ama llulla, ama shua*, lo cual no solamente entienden, por ser *rule* bastante difundida y de lo primero que se aprende en quechua, los millones que lo tienen por lengua propia. En Bolivia he escuchado añadirse un cuarto elemento: *Ama llunku*, y en Perú los tres en otro orden. El lema aparece en museos o en *guacas* como bienvenida al turismo. Pese al conocimiento común, aun con esto, la Constitución donde figura, la actual del Ecuador, de 1998 (art. 97.20), cree necesario añadir la versión al castellano. Ahí, de necesitarse, se tiene la traducción, o con glosa en *Ama llunku, Abya Yala*, citado.

¹⁵³ Sin permitirme más comentario que el sumario de entrada y un ligerísimo estrambote, no me resisto a la ilustración del inefable preámbulo del *Proyecto de Tratado de una Constitución para Europa* en párrafo único y con uso de *derecho* minúsculo para libertad y *Derecho* mayúsculo para ordenamiento (la grafía es idéntica en la edición de internet) dentro del contexto tópico del orgullo europeo que sigue tomando el propio colonialismo como dispositivo civilizatorio en beneficio de la humanidad entera: “Conscientes de que Europa es un continente portador de civilización, de que sus habitantes, llegados en sucesivas oleadas desde los tiempos más remotos, han venido desarrollando los valores que sustentan el humanismo: la igualdad de las personas, la libertad y el respeto a la razón, con la inspiración de las herencias culturales, religiosas y humanistas de Europa, cuyos valores, aún presentes en su patrimonio, han hecho arraigar en la vida de la sociedad el lugar primordial de la persona y de sus derechos inviolables e inalienables, así como el respeto al Derecho...”, y etcétera, pues todavía se extiende por algo más del doble de espacio. Y aún así hay quien discute que ahí desentone la mención del cristianismo o quienes, frente a la propuesta del alarde, utilizan la oposición a tal especificación para tapan las vergüenzas nada ajenas de motivación en el mejor de los casos tan desproporcionada y extemporánea, aunque tal vez no gratuita si se observa que no hay derecho de libertad alguno, minúsculo ni mayúsculo, sino mera declaración de propósitos, precisamente en el capítulo de *Diversidad cultural, religiosa y lingüística* de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión* ahora incluida, sin admitirse enmiendas, en el proyecto de Tratado container de Constitución.

¹⁵⁴ Alain-G. GAGNON y James TULLY (eds.), *Multinational Democracies*, Cambridge University Press, 2001, como muestra signficada de la superación progresiva de paradigmas lastrados como los de las minorías discapacitadas, la descolonización condicionada y el federalismo unilateral o monocultural, bien que con el defecto todavía generalizado y arraigado de tenderse a privilegiar casos de matriz europea y postergar a los pueblos indígenas no ahora, en tiempos que se profesan postcoloniales, de la humanidad toda, pues se les tiene presentes por lo que respecta a Estados Unidos, Canadá, Australia y Nueva Zelanda, mas sí para todo un resto incluso mayoritario, para Latinoamérica muy en particular, a cuyo

impertinente al propio propósito toda historia que no sea la de los Estados constitucionales o, peor aún, la que éstos en su ensimismamiento se figuran. Unos pueblos pueden naturalmente entender otra cosa. Entre recuerdo de tratados por rescatar y recurso a derechos humanos por lograr, nos han enseñado que compromisos de pasado y expectativas de futuro pueden estar incubando, frente a la común indiferencia constitucional, un derecho de presente.

11. Ciencia del derecho, ignorancia de la lengua y conciencia de la historiografía.

Conviene repetirlo. Recuérdalo tú y recuérdaselo a cuantas y cuantos puedas. Bajo los pronunciamientos constitucionales de Estado en América, en todos y cada uno de los pasajes de sus Constituciones, cabe que lata, todavía viva y virulenta, alguna privación de derecho indígena. Los textos constitucionales no son documentos planos, sino palimpsestos arqueológicos, verdaderas *guacas* que tienen que ganarse a pulso su condición de sagradas. El derecho sin embargo permanece ciego, sordo y mudo mientras que la historiografía por su parte, extendiéndose con perspectiva hasta el presente, puede estar en condiciones de mirar y ubicar, analizar y explicar, contribuir a conciencia. Repito adrede. Recordemos. Para las cosas decisivas del constitucionalismo en definitiva solapado, funciona realmente mejor el silencio que la mención. Tomen nota, por lo que les concierne, la historiografía y el derecho, quiero decir también juristas. Hágalo, por lo que nos interesa a todas y todos, el constitucionalismo, algo que, con su equipaje de libertades, no sobra por supuesto, pero que, frente a lo que presume, tampoco basta ni mucho menos. Es una parte de la multilateralidad obligada. Debiera ser partícipe sensible en el multiculturalismo existente de hecho y necesario de derecho.

Multiculturalidad es ante todo la lingüística. Repitamos también. Abundan las exploraciones vanas por no tenerse, ya no digo conocimiento, sino ni tan siquiera conciencia de la ignorancia de lenguas. Para hacer historiografía constitucional de América Latina, ¿qué lenguas se necesitan? El español ante todo por supuesto, el idioma constitucional y el de las Constituciones de la mayoría de los Estados de la región, la lengua, si es que hay una en singular, del constitucionalismo latinoamericano. Si lo que se quiere es hacer lo que se entiende por buena historiografía constitucional, conviene añadir al menos un par, el inglés para leer en original a gentes como John Locke y el francés para hacer lo propio con individuos como el barón de Montesquieu, y a fin de familiarizarse con toda la tradición constitucional positiva y doctrinal a partir de ellos y hasta hoy. ¿Ya está? ¿Y qué ocurre con el nahua, el quiché, el quechua, el guaraní o tantos otros idiomas? ¿Se puede prescindir de ellos para hacer buena historiografía constitucional mexicana, ecuatoriana, peruana, boliviana o tantas otras historias? Hasta hay quien piensa que antes se necesita el latín para poder hacernos bien con la verdadera tradición europea, la buena y vieja tradición supremacista de Europa.

De centrarnos precisamente en las Constituciones, parece que podemos prescindir perfectamente, sin ningún problema, de las lenguas no europeas. En toda la

respecto sigue prevaleciendo, para la perspectiva académica del mirador constitucionalista, la llana invisibilidad salvo por turismo o por solidaridad tan humanitariamente sensible como inhumanamente supremacista, contándose también con panorama que pueda en algo contrarrestar: el propio J. TULLY, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*, Cambridge University Press, 1995; Richard SPAULDING, "Peoples as National Minorities: A Review of Will Kymlicka's Arguments for Aboriginal Rights from a Self-Determination Perspective", *University of Toronto Law Journal*, 47, 1997, pp. 35-113; Duncan IVISON, Paul PATTON y Will SANDERS (eds.), *Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples*, Cambridge University Press, 2000, con contribución matizada del propio Will KYMLICKA, "American Multiculturalism and the *Nations Within*" (pp. 216-236).

historia latinoamericana, sólo hay tres momentos en los que se les utiliza por parte de las Constituciones, los tres quechuas. Uno es actual: *Ama quilla, ama llulla, ama shua* en la Constitución del Ecuador (art. 97.29). No hace falta saber la lengua porque acto seguido se tiene el detalle de agregarse la traducción al castellano. El otro es histórico, de Constitución que ya no está en vigor, también del Ecuador: “La privación, sin justa causa, del *huasipungo* se considerará como despido intempestivo” (1946, art. 185.p). En este caso no se ofrece traducción pues se trata de palabra adoptada por el castellano de aquellas latitudes, igual que *guaca*. *Guaca* es por supuesto el otro momento de empleo constitucional del quechua que completa trío tan exiguo.

Huasipungo, igual que *guaca*, crea la impresión de que es cosa que se entiende por no indígenas. No hace falta un término que traduzca. Basta con la simple adopción del vocablo pues la comunicación del uso lo permite. Igual que para *guaca*, el problema se encierra en la significación. ¿Significa lo mismo al emplearse en una u otra lengua, en quechua o en castellano? Si se ignora la primera, como es mi caso, lo que conviene hacer es informarse. *Huasipungo* significaba una relación de servidumbre con denegación absoluta de derecho de propiedad para la parte quechua mientras que la mestiza la entendía como una aparcería en precario para cultivo de tierra y partición de frutos¹⁵⁵. Obsérvese la disposición constitucional de 1946: “La privación, sin justa causa, del *huasipungo* se considerará como despido intempestivo”. Para la parte mestiza se trata de la emancipación del campesinado al suprimirse la precariedad garantizándosele la relación con la tierra. Reléase el artículo desde la otra perspectiva. Sencillamente significa que la relación de subordinación se perpetúa por tratarse jurídicamente el asunto en términos de contrato de trabajo con la otra parte, la que se sigue teniendo por terrateniente, y no de derecho real, de propiedad u otro, sobre la tierra. Que se admita para la privación “justa causa” a ser apreciada por justicia no indígena, pues para la Constitución no había otra, significaba que ni siquiera se cancelaba del todo la precariedad. He ahí una pieza de los mecanismos de supeditación de indígenas bajo condiciones de privación creciente no sólo de propiedad nada ajenas al constitucionalismo de entonces y gravitando todavía sobre el de hoy¹⁵⁶.

Por la forma y el grado como se defraudan unas libertades, la de propiedad y la de trabajo en el caso, puede escribirse un *Huasipungo Constitucional*, igual que una *Guaca Constitucional*, trayéndose a la vista una historia constitucional que sigue viendo emancipación donde podía subsistir servidumbre. Digámoslo en términos más generales con referencia a las Constituciones mismas. Cuando están hoy disponiendo versiones inmediatas en lenguas americanas, quiero decir indígenas, cooficiales ahora en diverso

¹⁵⁵ Se aprenderá más de relatos literarios que de narrativas jurídicas: Jorge ICAZA, *Huasipungo* (1934), edición en línea: <http://www.comunidadandina.org/bda/docs/EC-OC-0001.pdf>; también, pues se trata de prácticas no sólo ecuatorianas, José María ARGUEDAS, *Obras Completas*, Horizonte, 1983. De *Huasipungo*, en versiones a otras lenguas, se han ensayado imposibles traducciones del título. Para el contraste supremacista que conviene mantener a la vista pues sigue estando operativo, Mario VARGAS LLOSA, *La utopía arcaica. José María Arguedas y las ficciones del indigenismo*, Fondo de Cultura Económica, 1996. Para debate en línea: <http://www.andes.missouri.edu/ANDES/Arguedas>.

¹⁵⁶ Andrés GUERRERO, *The Administration of Dominated Populations under a Regime of Customary Citizenship: The Case of Postcolonial Ecuador*, en Mark TURNER y A. GUERRERO (eds.), *After Spanish Rule: Postcolonial Predicaments of the Americas*, Duke University Press, 2003, pp. 272-309; Mercedes PRIETO, *Liberalismo y temor: imaginando los sujetos indígenas en el Ecuador postcolonial, 1895-1950*, Abya Yala, 2004 (en línea: http://www.flacso.org.ec/docs/liberalismo_temor.pdf). Y para el arranque del giro actual véase la entrevista que mantiene Andrés GUERRERO con Felipe BURBANO DE LARA, *Se acabaron las formas vetrílocuas de representación*, en *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*, 1, 1997, pp. 60-66.

grado, indefectiblemente entienden como texto de autoridad el castellano o el de otra lengua europea. No hay doctrina ni jurisprudencia de ámbito constitucional operando sobre versiones indígenas o ni siquiera tomándolas adicionalmente en consideración. Es la vía por la que la relativa desprecarización del *huasipungo* significa emancipación de gentes y no ratificación de dependencia. Y así sucesivamente para poco menos que todo el despliegue normativo y doctrinal del constitucionalismo. Respalda, sin necesidad de reconocimiento, la historia no sólo constitucional. He ahí una responsabilidad de la historiografía, de toda ella, que alcanza neurálgicamente al derecho, al presente y no sólo al pretérito, sin necesidad de complicidad consciente.

Huasipungo está emitiendo, con su doble sentido, el indígena y el no indígena, una señal de advertencia. Evoluciones constitucionales que pudieran parecer positivas o que incluso patentemente lo fueran para unos sectores populares excluidos durante un buen tiempo de los beneficios del constitucionalismo presentan una doble cara, siendo la oscura la que incide entre indígenas. Me refiero en concreto al derecho del trabajo que en América Latina conoce un proceso de constitucionalización desde que fuera resueltamente acogido por la Constitución de México de 1917 (arts. 4 y 5 y tít. VI). Su campo de incidencia es el de unas relaciones obligacionales que hasta entonces se habían desarrollado al margen de principios constitucionales en unos términos prácticamente serviles. Ahora, para corregirse este rumbo, se parte de la libertad individual y colectiva no sólo con reconocimiento, sino también con garantía de la Constitución frente a efectos de la relación laboral depresivos de la dignidad de la persona y del mundo del trabajo.

Obsérvese que esa es la lógica que se aplica para la desprecarización del *huasipungo*, sellando con ello la expropiación de la tierra, de su valor no sólo económico, sino también cultural y político. Sólo el aspecto dominical de forma aislada se toma eventualmente en cuenta por políticas de reforma agraria. El problema no reside por supuesto en el derecho del trabajo por sí mismo. Lo provoca que se le sitúe en posición de centralidad para una corrección del constitucionalismo postergándose así, cuando no cancelándose sin más, la problemática territorial, jurisdiccional y cultural del derecho indígena¹⁵⁷. Tanto las políticas liberales como también las sociales y todas las combinaciones entre ellas, de las más conservadoras a las más revolucionarias, las alterglobalizadoras ahora inclusive aun con su adopción decidida del lenguaje comprometido de los derechos¹⁵⁸, vienen arrojando esa sombra lesiva sobre uno previo, dado el tracto colonial, como el indígena.

Ama quilla, ama llulla, ama shua, esto que ya es todo un pronunciamiento de principios y no sólo un mero registro de palabra suelta, puede también tener y de hecho tiene el doble entendimiento según la cultura, indígena o no indígena, de quien lo aplica.

¹⁵⁷ La evidencia más palmaria me la encontré en los cursos y talleres organizados por la Universidad de la Cordillera en Bolivia en tiempos del rectorado y por la iniciativa de Ricardo Calla, durante los años noventa del pasado siglo. Iba a enseñar y terminaba, con todo mi agradecimiento, aprendiendo. Departiendo con *malkus* de *ayllus*, autoridades de comunidades, sobre posibles fórmulas normativas para el aseguramiento de la propia autonomía, la categoría que provocó un rechazo más raudo y tajante fue la de *estatuto*, por su resabio de norma sindical de los tiempos de la revolución de 1952, de mejor recuerdo para otros sectores populares que para los medios más indígenas.

¹⁵⁸ Con atención ya obligada a indígenas, en línea, Boaventura de Sousa SANTOS y César A. RODRÍGUEZ-GARAVITO (eds.), *Law and Society from Below: Towards a Cosmopolitan Legality*, Cambridge University Press, 2005 (http://www.ces.uc.pt/bss/documentos/law_and_globalization_from_below.pdf); Daniel MATO (ed.), *Políticas de identidades y diferencias sociales en tiempos de globalización*, Universidad Central de Venezuela, 2003-2005 (<http://www.globalcult.org.ve/Program.htm>).

La traducción que proporciona la Constitución del Ecuador no parece presentar problema ninguno de tan literal que es: “No ser ocioso, no mentir, no robar”. Para una perspectiva no indígena resulta, ya una banalidad impropia de un texto normativo, ya un recordatorio no tan inoportuno de una ética política, la del trabajo, la transparencia y la integridad, la que habría de impedir el parasitismo, la mendacidad y la corrupción. Ambas visiones no indígenas, la menos y la más sensible, confluyen en un punto que entienden consistente por debido, no a posición política, sino a cultura jurídica. Esas cosas tan feas tendrían su sitio si acaso y no siempre, mediante la tipificación de unas conductas punibles que ofrezca las debidas garantías, en código penal, no en Constituciones, no elevándose en ellas a guías sociales con esa arriesgada generalidad. Esto, ya se ve, es algo propio de indígenas.

Para la parte indígena *ama quilla, ama llulla, ama shua* representa, desde tiempos muy anteriores a los constitucionales, todo eso de una ética política y algo más. Ahí se tienen unos principios de convivencia y comunidad, de intercambio convivencial y solidaridad comunitaria¹⁵⁹. Al registrarse en la norma constitucional, está lanzándose un mensaje bien preciso que podría traducirse desde luego al castellano como a cualquier otra lengua: “No vivir explotando, no andar defraudando, no seguir expoliando”, todo esto que ha venido haciendo precisamente el constitucionalismo por América de cara a indígenas. ¿Anda de verdad fuera de lugar en el corazón de la Constitución? Lo que no conozco en castellano ni en idioma europeo ninguno es doctrina constitucional que se tome en serio estos mandamientos tal y como se expresan tradicionalmente en quechua. Ya se sabe. La cultura constitucional habla lenguas, no de América, sino de Europa, para casa y, conforme a sus convicciones más íntimas, para todo el universo mundo.

Están además como palabras también indígenas los gentilicios, signos por donde asuman en el texto de las Constituciones lenguas, culturas y pueblos, algunos, muy pocos, poquísimos, de entre ellos. Así, *quechua* y *aimara* en la Constitución del Perú (art. 48); *quichua* y *shuar* en la del Ecuador (art. 1); *guaraní* en Paraguay (arts. 77, 140 y, en las disposiciones finales, 18); *quiché*, *mam*, *cakchiquel* y *kekchí* entre otros *grupos indígenas de ascendencia maya* en la de Guatemala (arts. 66 y, también de las disposiciones finales, 18), con el cajón de sastre que en algunos de estos registros se añade de las *demás lenguas aborígenes* o *demás lenguas ancestrales* junto a otras referencias ya igualmente genéricas y anónimas de otras Constituciones a dicha concurrencia humana. Inténtese también la otra lectura, la de quien se reconoce, no en el texto de lengua europea con la satisfacción de mostrarse consciente de presencias ajenas, sino en el gentilicio que se identifica con nombre propio, el de lengua indígena, con la insatisfacción consiguiente de que la presencia se reduzca a la mera mención. ¿Hay un constitucionalismo que siquiera conciba la necesidad de escuchar más de una voz, quiero decir más de una lengua entre las existentes y vivas en la geografía del Estado? ¿Hay una historia constitucional que haga al menos el intento de ofrecer elementos para la pluralidad de lecturas? Si el caso es que no los hay ni por asomo, he

¹⁵⁹ Véase cómo lo refleja el ideario educativo de *Amautai Wasi*, la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas con sede en el Ecuador (<http://uinpi.nativeweb.org/docs/docs.html>): “Los valores que se impartirán tendrán como sustento tres mandatos de los pueblos originarios que son: Ama shua, Ama quilla, Ama llulla (no robar, no mentir, no ser ocioso); entre los valores generales se destacan: La práctica del comunitarismo como un elemento consustancial a los espacios de decisión de la universidad intercultural, es decir, las resoluciones deben ser de tipo colectivo. La reciprocidad como componente intrínseco a las relaciones de los pueblos originarios. La solidaridad entre comunidades debe expresarse en todos los estamentos del centro de estudios superiores. La redistribución como una actitud que genera escala de comportamientos justos alrededor de la educación”.

ahí definitivamente una responsabilidad inconmensurable de ambas actividades académicas y sociales, tanto de la historiografía como del constitucionalismo.

De tota America, Latina Anglicaque, fabula narratur, con perdón por el ladinajo de mi cosecha. De todas las Américas dominantes, anglo o latina, habla la fábula. Son personajes suyos la *guaca* y el *huasipungo* con todo un reparto interminable flanqueándole, con toda la estratigrafía histórica que alcanza y afecta al sistema constitucional constituido, valga la aparente redundancia pues conviene siempre especificar para este género tan delicado de cosas, las que tocan a libertades. ¿Seguimos aventurando conclusiones? ¿Clausuramos el capítulo con la moraleja de rigor? Puede ser a triple banda, de tres a falta de una. Sin historia no hay ciencia del derecho. Sin derecho no hay conciencia de la historiografía. Sin lenguas puede haber tanto la una como la otra, de buscarse y conseguirse comunicación humana. Vaya también, si se me admite, una propina de metodología. Seamos realistas y utilitaristas. Hay que aprender a leer la deficiencia e incluso la carencia de fuentes e interpretar los silencios porque no sólo importan a la historia, sino también al derecho. Ha de comenzarse por ubicar e interpretar la propia ignorancia.

APÉNDICE I:
PRONUNCIAMIENTOS CONSTITUCIONALES PANAMEÑOS* .

Constitución de 1904.

Artículo 26. Es libre la profesión de todas las religiones (...). Se reconoce que la Religión Católica es la de la mayoría de los habitantes de la República, y la Ley dispondrá se le auxilie (...) para misiones a las tribus indígenas.

Constitución de 1941.

Artículo 5. El territorio de la República se divide en Provincias y Distritos (...). La Ley podrá crear comarcas sujetas a regímenes especiales.

Artículo 38. (...) Se reconoce que la Religión Católica es la de la mayoría de los habitantes de la República (...). La Ley dispondrá los auxilios que se le deban prestar a dicha Religión y podrá encomendar misiones a sus Ministros en las tribus indígenas.

Artículo 145. Pertenecen a la República de Panamá: (...) 6. Las guacas indígenas, cuya exploración y explotación serán reguladas por la Ley.

Artículo 147. Sobre los bienes comprendidos en (...el ordinal) 6º del artículo 145 (...), con respecto a los cuales existan al tiempo de entrar a regir esta reforma constitucional derechos de propiedad privados adquiridos conforme a la legislación anterior, sus propietarios actuales conservarán el dominio útil (...), pero la nuda propiedad revertirá al Estado sin indemnización alguna (...).

Constitución de 1946.

Artículo 5. El territorio de la República se divide en municipios autónomos agrupados en provincias. La ley podrá crear comarcas sujetas a regímenes especiales.

Artículo 36. Se reconoce que la religión católica es la de la mayoría de los panameños (...). La Ley dispondrá los auxilios que se deban prestar a dicha religión para misiones a las tribus indígenas.

Artículo 208. Pertenecen al Estado: (...) 8. Las guacas indígenas, cuya exploración y explotación serán reguladas por la Ley.

Artículo 210. Los propietarios actuales de los bienes comprendidos en (...el ordinal) 8º del artículo 208 (...), con respecto a los cuales existan derechos de propiedad legítimamente adquiridos al tiempo de entrar a regir esta Constitución, conservarán el dominio útil durante veinte años (...), pero dicha propiedad revertirá al Estado sin indemnización (...).

* http://bdigital.binal.ac.pa/bdp/const/constitucion197204_P3.pdf. Se producen algunas pequeñas repeticiones con el apéndice segundo del capítulo primero, pero prefiero que las piezas vayan completas.

Constitución de Panamá en vigor.

Título I. El Estado Panameño.

Artículo 5. El territorio del Estado panameño se divide políticamente en Provincias, éstas a su vez en Distritos y los Distritos en Corregimientos. La ley podrá crear otras divisiones políticas, ya sea para sujetarlas a regímenes especiales o por razones de conveniencia administrativa o de servicio público.

Título III. Derechos y Deberes Individuales y Sociales. Capítulo I. Garantías Fundamentales.

Artículo 19. No habrá fueros o privilegios especiales ni discriminación por razón de raza, religión o ideas políticas.

Artículo 35. Es libre la profesión de todas las religiones, así como el ejercicio de todos los cultos, sin otra limitación que el respeto a la moral cristiana y el orden público. Se reconoce que la religión católica es la de la mayoría de los panameños.

Artículo 36. Las asociaciones religiosas tienen capacidad jurídica y ordenan y administran sus bienes dentro de los límites señalados por la ley, lo mismo que las demás personas jurídicas.

Capítulo IV. Cultura Nacional.

Artículo 83. El Estado reconoce que las tradiciones folclóricas constituyen parte medular de la cultura nacional y por tanto promoverá su estudio, conservación y divulgación, estableciendo su primacía sobre manifestaciones o tendencias que la adulteren.

Artículo 84. Las lenguas aborígenes serán objeto de especial estudio, conservación y divulgación y el Estado promoverá programas de alfabetización bilingüe en las comunidades indígenas.

Artículo 86. El Estado reconoce y respeta la identidad étnica de las comunidades indígenas nacionales, realizará programas tendientes a desarrollar los valores materiales, sociales y espirituales propios de cada uno de sus culturas y creará una institución para el estudio, conservación, divulgación de las mismas y de sus lenguas, así como la promoción del desarrollo integral de dichos grupos humanos.

Capítulo V. Educación.

Artículo 104. El Estado desarrollará programas de educación y promoción para grupos indígenas ya que poseen patrones culturales propios, a fin de lograr su participación activa en la función ciudadana.

Capítulo VIII. Régimen Agrario.

Artículo 120. El Estado dará atención especial a las comunidades campesinas e indígenas con el fin de promover su participación económica, social y política en la vida nacional.

Artículo 122. (...) La política establecida para este Capítulo será aplicable a las comunidades indígenas de acuerdo con los métodos científicos de cambio cultural.

Artículo 123. El Estado garantiza a las comunidades indígenas la reserva de las tierras necesarias y la propiedad colectiva de las mismas para el logro de su bienestar económico y social. La Ley regulará los procedimientos que deban seguirse para lograr esta finalidad y las delimitaciones correspondientes dentro de las cuales se prohíbe la apropiación privada de las tierras.

Título V. El Poder Legislativo.

Artículo 141. La Asamblea Legislativa se compondrá de los Legisladores que resulten elegidos en cada Circuito Electoral, de conformidad con las bases siguientes: (...) 5. Cada Circuito Electoral tendrá un máximo de cuarenta mil habitante y un mínimo de veinte mil habitantes, pero la Ley podrá crear Circuitos Electorales que excedan el máximo o reduzcan el mínimo anteriores, para tomar en cuenta las divisiones políticas actuales, la proximidad territorial, la concentración de la población indígena, los lazos de vecindad, las vías de comunicación y los factores históricos y culturales, como criterios básicos para el agrupamiento de la población en Circuitos Electorales.

Título IX. La Hacienda Pública. Capítulo I. Bienes y Derechos del Estado.

Artículo 254. Pertenecen al Estado: (...) 8. Los sitios y objetos arqueológicos, cuya explotación, estudio y rescate serán regulados por la Ley.

APÉNDICE II:
ARTÍCULOS DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL INDÍGENA *.

Capítulo I. Finalidad.

Artículo 1. Esta Ley tiene como finalidad proteger los derechos colectivos de propiedad intelectual y los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas sobre sus creaciones, tales como invenciones, modelos, dibujos y diseños, innovaciones contenidas en las imágenes, figuras, símbolos, gráficos, petroglifos y otros detalles; además, los elementos culturales de su historia, música, arte y expresiones artísticas tradicionales, susceptibles de un uso comercial, a través de un sistema especial de registro, promoción y comercialización de sus derechos, a fin de resaltar los valores socioculturales de las culturas indígenas y hacerles justicia social.

Artículo 2. Las costumbres, tradiciones, creencias, espiritualidad, religiosidad, cosmovisión, expresiones folclóricas, manifestaciones artísticas, conocimientos tradicionales y cualquier otra forma de expresión tradicional de los pueblos indígenas, forman parte de su patrimonio cultural; por lo tanto, no pueden ser objeto de ninguna forma de exclusividad por terceros no autorizados a través del sistema de propiedad intelectual, tales como derecho de autor, modelos industriales, marcas, indicaciones geográficas y otros, salvo que la solicitud sea formulada por los pueblos indígenas. Sin embargo, se respetarán y no se afectarán los derechos reconocidos anteriormente con base en la legislación sobre la materia.

Capítulo II. Objetos susceptibles de protección.

Artículo 3. Se reconocen como vestidos tradicionales de los pueblos indígenas, aquellos utilizados por los pueblos kuna, ngöbe y buglé, emberá y wounaán, naso y bri-bri, tales como:

1. Dule mor. Consiste en el uso combinado de la vestimenta con que las mujeres y los hombres kunas identifican la cultura, historia y representación de su pueblo. Está compuesto por el morsan, saburedi, olassu y wini.

2. Jio. Consiste en el uso combinado de la vestimenta con que las mujeres y los hombres emberás y wounaán identifican la cultura, historia y representación de su pueblo. Las mujeres usan la wua (paruma), boró barí, dyidi dyidi, kondyita, neta, parata kerá, manía, sortija, kipará (jagua), kanchí (achiote) y kera patura. Los hombres utilizan las mismas piezas, con excepción de la paruma; y, además, la orejera, pechera, amburá y andiá.

3. Nahua. Consiste en el vestido con que las mujeres ngöbes y buglés identifican la cultura, historia y representación de su pueblo. Este vestido es de una sola pieza, amplio y cubre hasta las pantorrillas; es confeccionado con telas lisas de colores llamativos, adornado con aplicaciones geométricas de tela de colores contrastantes e incluye un collar amplio confeccionado con chaquiras.

La descripción técnica de estos vestidos tradicionales estará contenida en sus respectivos registros.

Artículo 4. Se reconocen los derechos colectivos de los pueblos indígenas sobre sus instrumentos musicales, música, danzas o forma de ejecución, expresiones orales y escritas contenidos en sus tradiciones, que conforman su expresión histórica, cosmológica y cultural.

La solicitud de registro de estos derechos colectivos se hará por los respectivos congresos generales o autoridades tradicionales indígenas, ante la Dirección General del Registro de la Propiedad Industrial del Ministerio de Comercio e Industrias, en adelante DIGERPI, o ante la Dirección Nacional de Derecho de Autor del Ministerio de Educación, según corresponda, para su aprobación y registro.

Capítulo VII. Disposiciones Finales.

Artículo 24. Los artesanos panameños no indígenas que, a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, se dediquen a la elaboración, reproducción y venta de réplicas de artesanías indígenas tradicionales y se encuentren registrados en la Dirección General de Artesanías Nacionales, podrán realizar dichas actividades, con la anuencia de las autoridades tradicionales indígenas.

El Ministerio de Comercio e Industrias, previa comprobación de la fecha de registro y expedición de la licencia de artesano, emitirá los permisos y autorizaciones respectivos. Sin embargo, los artesanos panameños no indígenas deberán fijar, imprimir, escribir o identificar, de manera fácilmente visible, que es una réplica, así como su lugar de origen.

Artículo 25. Para los efectos de la protección, uso y comercialización de los derechos colectivos de propiedad intelectual de los pueblos indígenas contenidos en esta Ley, las expresiones artísticas y

* <http://www.prodiversitas.bioetica.org/20pan.htm>.

tradicionales indígenas de otros países tendrán los mismos beneficios establecidos en ella, siempre que sean efectuados mediante acuerdos internacionales recíprocos con dichos países.

Artículo 26. Esta Ley será reglamentada por el Órgano Ejecutivo a través del Ministerio de Comercio e Industrias.

IX

Desprestigio de Políticas Indigenistas y Prestigio de Derechos Humanos *

La protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales presuponen el reconocimiento de la igual dignidad de todas las culturas y el respeto de ellas, comprendidas las culturas de las personas pertenecientes a minorías y las de los pueblos autóctonos.

Convención sobre la Protección y la Promoción
de la Diversidad de las Expresiones Culturales,
Organización de las Naciones Unidas
para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 2005.

Los pueblos indígenas tienen derecho, colectiva o individualmente, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el derecho internacional relativo a los derechos humanos.

Proyecto de Declaración de Derechos
de los Pueblos Indígenas,
Naciones Unidas, 2006.

* Papel del *Expert Seminar on Implementation of National Legislation and Jurisprudence Concerning Indigenous Peoples' Rights: Experiences from the Americas*, seminario de trabajo con el Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, Rodolfo Stavenhagen a la sazón, Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Programa de Derecho y Políticas de los Pueblos Indígenas de la Universidad de Arizona, Tucson, 10-12, octubre, 2005. Versión ahora ampliada.

El Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas nos convoca para que deliberemos acerca de extremos sensibles y no para que disertemos entre generalidades. En concreto propone que nos centremos en “el gap o la brecha de implementación”, según lo denomina, que evidentemente existe entre reconocimientos constitucionales y legislativos de derechos indígenas de una parte y, de otra, el derecho y la justicia que realmente se experimenta en carne propia por indígenas. Es la brecha por donde fluye todo género de frustraciones. Asumo la sugerencia, pero no tomando dichos registros de constitucionalismo y legislación como premisa dada de un problema que sólo se presentaría a continuación, sino para interrogarme sobre la responsabilidad del uno y de la otra, de sus presunciones comunes. La provocación de frustraciones no es historia de ahora. Me pregunto si la causa no anida, no sigue anidando pese a los cambios de registro, en las Constituciones y las leyes mismas o incluso en la premisa hoy primordial que el propio cargo del Relator Especial representa, en el derecho internacional de los derechos humanos. A estas alturas del libro puedo ser franco sin temor a producir equívocos. Mi posición es desde luego esa misma, la constitucional e internacional de derechos humanos y sus debidas garantías sin reservas ni discriminaciones, pues de esto, de reserva y discriminación contra indígenas, se trata¹⁶⁰.

1. Políticas indigenistas contra principios constitucionales.

Por América Latina existe ya una larga historia de políticas indigenistas que han resultado tan fallidas desde el punto de vista de los Estados como contraproducentes o incluso lesivas para indígenas. Consta la experiencia del empeño y es palpable la conciencia de la frustración. El indigenismo de Estado se halla profundamente desprestigiado. De ahí procede al fin y al cabo el viraje constitucional bien pronunciado al que se asiste durante estos últimos años. Voy por partes. Procuraré caracterizar sumariamente, en términos muy generales, las políticas indigenistas que se dan por fracasadas con el giro en curso de los planteamientos constitucionales para recalar en éstos últimos. Es por supuesto la actualidad lo que importa, y no en sí la historia, para diagnosis de presente y prospección, si cabe, de futuro. No voy a entrar por mi parte en pronósticos. Quiero incidir en el momento estrictamente constitucional, pues creo que es el que está marcando la diferencia en este espacio latinoamericano. Me pregunto sobre el test de constitucionalidad o, mejor dicho, de derecho humano que debe hoy aplicarse a las políticas de interés indígena.

Recordemos ante todo que las políticas que ahora están en entredicho fueron seriamente indigenistas, quiero decir empeñadas en la consideración y el favorecimiento de la parte indígena. Arrancaron con fuerza en Estados latinoamericanos como México o como Perú hace ya bastantes décadas, pronto se redondeará el siglo. Allá por los últimos años veinte y treinta, los del siglo XX, se produjeron y acumularon cuerpo

¹⁶⁰ Muy sintéticamente, tales fueron los términos del saludo de Rodolfo Stavenhagen al seminario referido como origen de este capítulo final. Ampliando, integro intervenciones sobre el derecho a la cultura como primer derecho humano más bien inédito (llegué a usar el título provocativo de *¿Por qué no hay un derecho humano a la cultura?*) de sucesivas conferencias en Santiago y Temuco, Chile, Curitiba, Brasil, e Iguala, México, en julio y agosto de 2006. Para la reflexión conté con una estancia de trabajo en el Programa de Derecho y Políticas de los Pueblos Indígenas de la Universidad de Arizona entre los meses de octubre y diciembre de 2005, por la que quiero consignar mi agradecimiento a Jim Anaya y Rob Williams. Documentación de la tarea notable de Rodolfo Stavenhagen como primer Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas (y de las Indígenas) se ofrece en internet por el sitio oficial donde radica, el del Alto Comisionado (o Alta Comisionada) de Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <http://www.ohchr.org/spanish/index.htm>.

normativo y patrimonio político en atención específica a intereses indígenas considerándose además tan relevante el empeño como para anunciarse y garantizarse mediante pronunciamientos constitucionales. Se trataba principalmente de reconocer la forma comunitaria de propiedad bajo la cual, con su sustento material, se mantenían y reproducían formas de gobierno jurisdiccional y ordenamiento social en tales términos de comunidad. Las implicaciones más integralmente comunitarias que no se registraban de forma expresa en la norma constitucional no dejaban de asumirse y de contemplarse por los desenvolvimientos legislativos y las prácticas políticas, inclusive la judicial¹⁶¹. Componente importante de estas políticas indigenistas, usualmente al margen ya no sólo de Constitución, sino también de legislación, era el de carácter asistencial. Se desplegaban políticas asistenciales ante las necesidades y dependencias generadas por el mismo control creciente de territorios y recursos de parte del Estado. Era una presión que no cesaba por razón del reconocimiento de comunidades.

Que el compromiso indigenista se registrase en casos por Constituciones no significaba que se entendiese y practicase como un principio constitucional. Porque viniera a reconocerse una forma comunitaria de propiedad en consideración a las comunidades indígenas no se ponía en cuestión aquello que, desde hacía todo un siglo, desde su nacimiento latinoamericano a principios del siglo XIX, las Constituciones venían entendiendo como principio en materia dominical, no otro que el contrario, el de propiedad privada sobre la generalidad de los bienes unido al de dominio estatal sobre el territorio y los recursos, lo cual, tal conjunción de derechos privado y público, reclamaba y promovía el desmantelamiento de las formas comunitarias.

Se trataba entonces de una rectificación y de una excepción, de ambas cosas a un tiempo y también a medias. Lo primero, el cambio de rumbo, cedía ante la resistencia indígena frente al empecinamiento político en privatizar y nacionalizar, es decir mercantilizar y estatalizar. Lo segundo, lo de considerarse que la rectificación venía tan sólo a sentar una excepción, implicaba el mantenimiento de la propiedad privada y el dominio estatal como principios constitucionales, se proclamase o no ahora todo ello de forma abierta. De parte constitucional, prefería evitarse la evidencia de una contradicción que debilitaba el reconocimiento de propiedad indígena. Con todo ello, no es sólo que las políticas indigenistas carecieran de principio constitucional incluso cuando se registraban en las Constituciones. Realmente se planteaban como excepción y a la contra de unos principios constitucionales de Estado que no se ponían en cuestión. El reconocimiento constitucional no era sino otra forma de tolerancia transitoria.

Algunas Constituciones elaborarían la nueva política presentando las previsiones indigenistas como “régimen especial” sin capacidad ya así reconocida para sentar principios y con la interpretación y desarrollo consiguientes de carácter restrictivo. Con

¹⁶¹ Para el Perú, José VARALLANOS (ed.), *Legislación indiana republicana. Compilación de leyes, decretos, jurisprudencia judicial, administrativa y demás vigentes sobre el indígena y sus comunidades*, Lima (CIP) 1947; Dirección de Asuntos Indígenas, *Legislación Indigenista del Perú*, Lima (Penitenciaría Central) 1948; Manuel D. VELASCO NÚÑEZ (ed.), *Compilación de la legislación indigenista concordada*, Lima (Médica Peruana) s.a. (1959). Para otros casos se cuenta con la serie de *Legislación indigenista* publicada por el Instituto Indigenista Interamericano a lo largo de los años cincuenta: Colombia (ed. Antonio GARCÍA, 1952); Guatemala (ed. Jorge SKINNER-KLEE, 1954; actualizada, Serviprensa Centroamericana, 1995); Ecuador (ed. Alfredo RUBIO ORBE, 1954), Chile (ed. Álvaro JARA, 1956), Costa Rica (ed. Carlos MELÉNDEZ CHAVERRI, 1957), Argentina (ed. Lázaro FLURY, 1957), Honduras (ed. Ernesto ALVARADO GARCÍA, 1958) y México (ed. Francisco GONZÁLEZ DE COSSIO, 1958). El mismo Instituto hace ahora intentos por renovar y actualizar la colección en internet extendiéndose además a algún otro Estado: <http://www.indigenista.org/web/legislacion.html>, ed. Gisela GONZÁLEZ GUERRA.

ello puede venir a especificarse por parte de las mismas Constituciones el corolario de la jurisdicción y el ordenamiento comunitarios bajo el paraguas de la propiedad sin que se corriera el riesgo de que la comunidad se elevase a principio constituyente y un orden comunitario a regla constitucional. Lo propio ocurre con las lenguas o con formas de cultura en general, como sean las jurisdiccionales y las consuetudinarias, pues pueden venir a especificarse ulteriormente unos reconocimientos constitucionales bajo términos de especialidad sin que el planteamiento de fondo se altere. El registro de la propiedad comunitaria ya podía venir cubriendo y encerrando otras expresiones de cultura y derecho, como lengua y jurisdicción indígenas, aflorasen o no en el texto constitucional.

Como el caso de México puede en especial poner de manifiesto, tal paradigma constitucional de signo indigenista no se agota en la propiedad ni en los casos cuando la Constitución hace sólo referencia a ella y no a sus implicaciones bien palmarias. La propiedad es entonces cobertura de comunidad para lo bueno y para lo malo, para la garantía novedosa y para el riesgo persistente. Los reconocimientos constitucionales resultan meras puntas del inmenso iceberg de derecho indígena que las Constituciones habían conseguido sumergir, pero no ahogar. Si el continente helado no navegaba a la deriva, es porque el control lograban mantenerlo en sus manos comunidades y pueblos indígenas pese y a la contra de las Constituciones mismas, de las que reconocían y de las que no reconocían su presencia.

2. Frustraciones, padecimientos, contraindicaciones.

No es un descuido por supuesto que los principios constitucionales se mantengan impasibles mientras que en las Constituciones mismas se introducen capítulos indígenas por vía de régimen especial más o menos confesado. Las Constituciones son instrumentos normativos de los Estados, los cuales no cambiaban de programa constituyente por venir a reconocer y hasta garantizar realidades constituidas fuertemente adversas para el propio designio. Su planteamiento constitucional no ofrecía sencillamente espacio propio a la presencia indígena. No lo hacía ni siquiera cuando vino a brindarle un nicho.

Desde la perspectiva del Estado, el cambio de posiciones era tan sólo táctico, instrumental y transitorio. Comprobándose que la propiedad comunitaria no se desmantelaba tan fácilmente por la legislación privatizadora o nacionalizadora; constatándose que la jurisdicción indígena no se mostraba dispuesta a ceder espacio porque la codificación del ordenamiento la ignorara; experimentándose que las lenguas indígenas perdían a duras penas terreno ante la política nacionalista, en el sentido igualmente de estatalista, de imposición de una lengua de procedencia europea; constatándose que legitimidad y operatividad del mismo Estado sufrían severamente ante tamañas resistencias, venían entonces a admitirse como excepciones formas sociales y culturales de carácter comunitario con la expectativa de que su recesión fuera más rápida y efectiva ante el empuje menos hostil de las reglas dadas, esto es, de los principios constitucionales que no se sometían a revisión o a los que en casos ni siquiera se les sumaba algún complemento transitorio de forma expresa. La frustración para el Estado se ha producido ante la evidencia de que la esperanza de su programa constitucional sigue sin colmarse ni presenta visos de que vaya algún día a satisfacerse.

Las políticas indigenistas tampoco parece que puedan considerarse como satisfactorias desde perspectivas indígenas según todos los visos y esto tanto por lo que arrastran como por lo que implican. En cuanto toca a proyecto constituyente de Estados, guardan una fuerte relación de continuidad con el constitucionalismo decimonónico que programaba abiertamente la desaparición de derechos y culturas indígenas o que

sencillamente ignoraba esta presencia humana dándola así sin más por cancelada y reservándose con ello todos los medios, incluso bélicos, para alcanzar en su momento el objetivo. En cuanto implica de reconocimientos y garantías al fin, no deje de repararse en el contexto normativo que le confiere sentido.

Se trata de compromiso del Estado reteniendo el poder de administrarlo y dosificarlo, de desarrollarlo y también de revisarlo o, en el momento propicio, cancelarlo. No se erige en principio constitucional. Su aplicación se encomienda a la ley, al gobierno, a la administración y a la judicatura del propio Estado, regularmente por dicho orden, con la justicia a la cola por Latinoamérica. La posición constitucional en términos de excepción o especialidad deja además un amplio margen de discrecionalidad en manos siempre del Estado. La misma posibilidad de jurisdicción indígena o así de autonomía bajo el paraguas de la propiedad comunitaria se mantiene por el Estado sobre unas bases de precariedad no muy diversas a las de los tiempos de aquel constitucionalismo más agresivo de fase anterior. El terreno del reconocimiento es el de la costumbre y la tradición que menos capacita a individuo y a comunidad. La parte indígena, si quiere subsistir en tal contexto constitucional, se encuentra obligada a las formas comunitarias dadas. Es la autonomía con la que entonces cuenta, la que le ata a tradición. De todo ello, el caso de México resulta siempre de lo más elocuente¹⁶².

Todo esto creo que merece tenerse en cuenta para acercarnos finalmente al momento actual, lo que aquí interesa. Ahora vamos a asistir nada menos que a la elevación del reconocimiento indígena a principio constitucional por parte del Estado. Hasta ahora no es sólo que no lo fuera, sino que jugaba la parte indígena en campo ajeno habiendo de enfrentarse a principios contrarios. Cómo y con qué virtualidad se produce el cambio actual es lo que queda por considerar. ¿Se viene a campo propio para la parte indígena?

3. Multiculturalidad como signo constitucional y su sombra indigenista.

A mediados de los ochenta del siglo pasado la flamante Constitución de Guatemala registra entre los *derechos humanos* un derecho individual y comunitario, *de las personas y de las comunidades* en general y particularmente si indígenas, a la *identidad cultural*. Así en particular, como *indígenas*, no se identifican unos sujetos en el momento de reconocerse tal *derecho humano*, pero la puntualización sobre *valores, lenguas y costumbres* no parece dejar dudas. Cuando la misma Constitución alcanza a una sección ulterior sobre *comunidades indígenas*, cuyas previsiones quedan expresamente a la determinación exclusiva de la ley del Estado, el derecho a la *identidad cultural* no hace acto de comparecencia. Se añade una previsión sobre enseñanza de lenguas que tampoco toma en cuenta la capacidad tanto individual como comunitaria para determinarse sobre el asunto en virtud del derecho a la identidad de

¹⁶² Para la actualidad constitucional, aparte cuanto ya sabemos y que enseguida sumariamente repasaremos, Jorge Alberto GONZÁLEZ GALVÁN (ed.), *Constitución y derechos indígenas*, México (Universidad Nacional Autónoma de México) 2002; Juan Carlos SILVA ADAYA, *Control de constitucionalidad y elecciones indígenas*, México (Purrúa), 2004; Rosalva Aída HERNÁNDEZ, Sarela PAZ y María Teresa SIERRA (eds.), *El Estado y los indígenas en tiempos del PAN: neoindigenismo, legalidad e identidad*, México (M.A. Porrúa), 2004; la misma M.T. SIERRA, *Derecho indígena y acceso a la justicia en México: Perspectivas desde la interlegalidad*, en *Revista IIDH* (Instituto Interamericano de Derechos Humanos), pp. 287-314; Francisco LÓPEZ BÁRCENAS (ed.), *Legislación y Derechos Indígenas en México*, México (Porrúa) 2005. El primero se tiene en línea por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de dicha Universidad: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=278>. La *Revista IIDH* ya sabemos que está también en línea.

cultura. Por consideración a la pluralidad lingüística, la educación, además de ser preferentemente bilingüe, habrá de descentralizarse y regionalizarse, previsión que se especifica porque la misma Constitución mantiene una planta exactamente contraria, centralizada y descendente, del propio Estado.

He ahí por fin un principio constitucional de interés indígena, pero adviértase el contexto que puede todavía, cuando menos, neutralizarlo. La misma ley indígena que habría de articular ese conjunto de previsiones, al cabo de veinte años, no existe ni hay visos de que lo haga. La justicia no tiene capacidad reconocida para el conocimiento y amparo de tal derecho de identidad. El gobierno tampoco se encuentra habilitado a tal efecto. Aparte la agitada historia que viene incidiendo en el estancamiento constitucional, creo que interesa observar hasta qué punto la dificultad, si no es la imposibilidad, de poner en práctica el derecho indígena a la identidad cultural deriva del propio planteamiento de la Constitución. El principio constitucional se agrega ahora a la serie anterior sin revisión ni articulación de alcance constituyente. El Estado es el mismo. La misma forma como suele hacerse previsión de la educación bilingüe está acusando que sigue primándose una lengua, la no indígena. No se toma en consideración el derecho a la determinación ni individual ni comunitaria, lo que para las comunidades habría de ser entonces un título para la autonomía o autogobierno. La Constitución ignora en absoluto esto que sería un primer requerimiento para la revisión y articulación de lo que ahora resulta o habría de resultar una intercomunidad política.

Interesa por sí misma, aun cuando no se desplieguen todavía los debidos efectos, la virtualidad constitucional del principio de la *identidad cultural* como *derecho humano* que aparece en Guatemala y no deja de alcanzar reflejo en toda una serie de constituciones latinoamericanas. Con contextos similares de neutralización, lo encontramos ahora también en Nicaragua, en Paraguay, en el Perú, en Bolivia, en el Ecuador, en Venezuela. Las Constituciones ecuatoriana y venezolana presentan un interés especial por un doble planteamiento que conviene relacionar entre sí. De una parte, intentan conjugar el reconocimiento de la pluralidad de *culturas* en unos términos de *interculturalidad* que, aunque de momento no lo resulte, reclaman pie de igualdad. De otra parte, conceptúan de lo más resueltamente los *derechos indígenas* como *derechos humanos*, lo cual está a su vez reclamando conexión con el orden internacional que viene reconociéndolos y promocionándolos, aparte de que también así se apunte al pie de igualdad en el goce mismo de unos derechos ante todo *humanos*. Hay otros textos constitucionales, entre ellos el de México, en los que hoy figuran los registros de pluralidad entre culturas e identidad de cultura, pero no en términos directos de derecho constitucional que los eleve a principio y pueda así consagrarlos como derecho.

La Constitución del Ecuador se encuentra actualmente repleta de referencias indígenas, inclusive la de un pasaje donde por primera vez en la historia constitucional de América, una lengua americana se usa con precedencia a la de matriz europea, pero sin extraerse la consecuencia del derecho a la identidad cultural que garantizase la determinación y el desenvolvimiento de la propia cultura para el caso específico en el que no se ha venido contando con tal cobertura constitucional, el indígena por supuesto. No hay previsión alguna de autonomía o autogobierno de comunidad o pueblo. La regla que se sienta es la de multi e interculturalidad sin entenderse que requiera ningún pie formal de igualdad o algún balance de base entre las culturas en presencia. Incluso se mantienen formulaciones que siguen primando a una cultura no indígena de Estado, la de matriz europea. La Constitución registra que “los pueblos indígenas (...) se autodefinen como nacionalidades”, pero no asume por su parte este lenguaje. De parte indígena, la autoidentificación de cada pueblo como *nacionalidad* mira sin género de

dudas a la reivindicación de autogobierno. El propio término de *pueblo* presenta desde luego en los propios textos constitucionales a estas alturas, en tal contexto, una implicación similar o incluso más fuerte de derecho a la libre determinación.

En la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos o en el derecho común o federal de México en general no figura como tal un derecho individual ni colectivo a la identidad cultural. La reforma constitucional de 2001 sólo contiene, por adopción de una expresión de derecho internacional, una alusión muy indirecta mediante referencia a la identificación de pueblo¹⁶³. También por dicha vía, la internacional, llega ahora otro registro a la misma Constitución mexicana federal. Se trata del derecho de los pueblos a la libre determinación que se encuentra internacionalmente reconocido como derecho humano desde hace años¹⁶⁴. La Constitución mexicana no se dedica a reiterarlo en sus términos generales, gesto en sí sin mayor valor al que ahora se recurre por alguna Constitución latinoamericana¹⁶⁵, sino que lo reconoce por su parte de forma específica como título para la autonomía a los pueblos indígenas, paso que tiene planteado desde hace años, pero al que viene resistiéndose, el propio orden internacional.

Con toda su virtualidad, puede haber también, sin mayor problema, efecto de neutralización en México. Para la Constitución mexicana, la concreción de la autonomía no corresponde a los pueblos indígenas pese al derecho de libre determinación que expresamente la sustenta. Se confía a los Estados federados. Corresponde a éstos el propio reconocimiento de los pueblos, cuyas condiciones y aspiraciones quedan así a juicio, no de ellos mismos, sino de los Estados internos¹⁶⁶. La federación concurre, como también los municipios o, en forma definitivamente subordinada a unos y a otros, los pueblos indígenas. A la hora de la verdad de la habilitación de los Estados federados, sólo comparecen, sujetas a las leyes estatales, las comunidades, tal y como si así finalmente se evaporasen por ensalmo, pues no por descuido, los nuevos sujetos de la libre determinación, los pueblos. No hay que decir que unas Constituciones, ni la común ni las estatales, no se revisan a la luz de la novedad del derecho de libre

¹⁶³ Conviene insistir en la carencia pues hay interpretaciones más laxas: Mirelli ROCCATTI, *Derechos humanos, pluriculturalismo e identidad cultural*, en el colectivo *El derecho a la identidad cultural*, México (Cámara de Diputados), 1999, pp. 17-44, con base también de orden internacional, de declaraciones y recomendaciones sin estricto valor normativo o no pertenecientes en rigor al cuerpo de derechos humano, reconociendo supuestamente un tal *derecho a la identidad cultural* nada menos que desde mediados de los años sesenta del siglo pasado, con lo que se pierde la importancia y la exigencia de su registro constitucional.

¹⁶⁴ Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966, art. 1, el primer pronunciamiento de ambos, no se olvide: “Todos los pueblos tienen el derecho a la libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”.

¹⁶⁵ Venezuela; Constitución 1999, Preámbulo (“autodeterminación de los pueblos”) y art. 152 (“libre determinación”), con la salvedad de exclusión precisamente indígena. También, entre las significativas ahora, Ecuador 1998, art. 4: “El Ecuador en sus relaciones con la comunidad internacional (...) 6. Rechaza toda forma de colonialismo, de neocolonialismo, de discriminación o segregación, reconoce el derecho de los pueblos a su autodeterminación y a liberarse de los sistemas opresivos”.

¹⁶⁶ México, reforma constitucional de 2001, art. 2: “(...) El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas (...). Las constituciones y leyes de las entidades federativas establecerán las características de libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas en cada entidad (...)”.

determinación de los pueblos indígenas. La parte federal, porque pueda efectivamente abrir espacio, no contribuye a la renovación de perspectivas¹⁶⁷.

El caso mexicano resulta, hoy por hoy, especialmente expresivo porque muestra como puede todavía lograrse la cuadratura del círculo entre posiciones profundamente contradictorias y aparentemente conciliadas, neutralizándose unas, las de derecho indígena, y potenciándose otras, las de poder de Estados no indígenas comenzándose por el federal mismo. Su expresión máxima el propio registro de la reforma constitucional de 2001. No menos elocuente resulta su llamativo desarrollo, no en el detalle de la libre determinación desde luego, sino en el extremo de las políticas indigenistas que han venido desarrollándose en México desde los tiempos de la revolución, desde hace ya cerca de un siglo. Perdido en 1992 el registro del reconocimiento de la propiedad indígena que podía prestar cobertura incluso a formas relativas de autogobierno, ahora, en 2001, se eleva a la Constitución, junto o realmente contra el derecho de libre determinación, la formulación más cumplida de la política indigenista, con todo un despliegue de políticas asistenciales inclusive¹⁶⁸.

He ahí, en el actual texto constitucional mexicano, el indigenismo exacerbado. Ya se tiene acreditada experiencia por México en este tipo de operaciones de verdadera prestidigitación constitucional. Lo mismo que en 1992 se reconoció el multiculturalismo por consideración a indígenas para procederse al desmantelamiento de la propiedad comunitaria, ahora ocurre lo propio. Al contrario que el registro de la libre determinación, las políticas indigenistas se han revitalizado de inmediato y a fondo¹⁶⁹. Con este blindaje, México puede permitirse el lujo de una política internacional promotora de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas que contiene el derecho de libre determinación. Una connivencia entre Estados o incluso con organizaciones no gubernamentales se genera y potencia en el terreno de las políticas indigenistas, aquel del que entienden unas agencias internacionales de cooperación y con el que sintonizan las antiguas potencias coloniales que se sienten generosas pues no se reconocen en deuda ni económica ni, aún menos, política con pueblos indígenas.

México en todas sus vertientes resulta realmente representativo de los bandazos de un pasado, las contradicciones de un presente y, tal vez también, las dificultades de un futuro. Lo es en todas sus vertientes como Estado de Estados, en la internacional, en la federal y también en la de las entidades federadas¹⁷⁰. Cuando está considerándose por

¹⁶⁷ Ley General de los Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas, 2003, abriendo realmente espacio, pero como si no mediase la novedad de la libre determinación. Es legislación que puede verse en la citada recopilación de F. LÓPEZ BÁRCENAS (ed.), *Legislación y Derechos Indígenas en México*.

¹⁶⁸ Entre los textos de los apéndices del capítulo anterior conviene repasar no sólo el de la reforma constitucional de 2001, sino también los de Constituciones de Estados posteriores a la misma. No sólo respecto a México agradezco siempre las orientaciones y los comentarios, con la impedimenta de derechos, de Magdalena Gómez.

¹⁶⁹ <http://cdi.gob.mx> es el sitio de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, organismo sucesor del Instituto Nacional Indigenista tras la reforma constitucional de 2001 para hacerse cargo de la misma a escala federal e incluso internacional, donde puede seguirse por líneas y entre líneas el asunto. Rodolfo Stavenhagen, como Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, rindió visita y emitió informe sobre México en 2003, bien que el mismo no se encuentre entre los más incisivos suyos (para la colección en línea: http://ap.ohchr.org/documents/sdpage_e.aspx?m=738t=9).

¹⁷⁰ Leyes indígenas de los Estados mexicanos posteriores a la reforma federal del 2001, como la Ley de Derechos, Cultura y Organización de los Pueblos y Comunidades Indígenas de Campeche, la Ley de Derechos y Cultura Indígenas de Chiapas, la Ley de Derechos, Cultura y Organización Indígenas de

el derecho internacional el reconocimiento expreso del principio de la libre determinación de todos los pueblos por fin sin exclusiones, su registro constitucional por parte de México resulta que no está adelantándose y abriendo camino, sino, muy al contrario, precaviéndose y blindándose. Y al blindaje contribuye la mayor exacerbación de políticas indigenistas jamás vista por las Constituciones latinoamericanas. A estas alturas ya se trata de neutralizar, constitucionalmente si hace falta, no sólo derechos indígenas, sino también derecho internacional. Si se miran unos efectos, la facundia constitucional de México no se encuentra hoy tan distante como pueda aparentar del silencio constitucional de Chile, por ejemplo de contrapunto también de lo más expresivo. Hay diferencias por supuesto. Espero que no se me malentienda tras todo lo contemplado a lo largo de este libro.

Piedra de toque para la libre determinación resulta el tratamiento constitucional de la biodiversidad. Irrumpe ahora el registro por sí mismo, no ya tan sólo sobrentendido en referencias a los recursos naturales y similares. El abordaje no cambia por desgajarse y significarse la biodiversidad. La mención constitucional persigue ante todo el efecto del apoderamiento del Estado. Lo hace especialmente cuando se vincula a derecho indígena, ofreciendo así otra apariencia, por cuanto que el supuesto implícito de referencia es el de la pertenencia de la biodiversidad como recurso a esa otra parte, la indígena, y no al Estado. Ha de mirarse el escenario para entenderse la Constitución. Con el registro específico de la biodiversidad, puede así tratarse de crear derecho contra hecho o, mejor dicho, poder contra derecho, poder de Estado contra derecho indígena.

El caso de la Constitución de Ecuador resulta bien expresivo: “El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: (...) Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural” (art. 84.6). Obsérvese ante todo el empleo del tiempo futuro para hacerse el Estado, mediante cometidos de conservación y promoción, con un control que todavía no tiene. *Sus prácticas*, las de *manejo de la biodiversidad* así como de todo un *entorno natural*, son las indígenas. Cuando a finales de 2002 Pachakutik, el movimiento político vinculado a la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, consigue promover en el Congreso una Ley de Ejercicio de los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas en línea contraria a dichas implicaciones de la Constitución y a partir de sus reconocimientos de derechos para toparse con el veto absoluto del Presidente de la República, he aquí una de las argumentaciones de éste: “No es razonable entregar decisiones sobre (...) la biodiversidad” a la autonomía indígena ni siquiera concurrente con el Estado. Un desarrollo constitucional queda así bloqueado¹⁷¹. Observemos en todo caso la otra cara de la moneda. Un derecho de

Quintana Roo, la Ley sobre Derechos y Cultura Indígenas de San Luis de Potosí o la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas de Oaxaca, pueden adoptar y conjugar unos motivos, el de libre determinación, el de autonomía y también el de identidad, sin capacidad ni siquiera para incidir en el orden de la formulación y articulación de los principios constituyentes comunes. El caso de Oaxaca es de lo más elocuente, pues en 2001 se reduce a añadido, aparte un capítulo de sanidad y seguridad social, a la propia ley indígena de 1998, anterior así a la reforma federal (art. 3: “Para los efectos de la presente Ley se entenderá por... IV. Autonomía: La expresión de la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas como partes integrantes del Estado de Oaxaca, en consonancia con el orden jurídico vigente, para adoptar por sí mismos decisiones e instituir prácticas propias relacionadas con su cosmovisión, territorio indígena, tierra, recursos naturales, organización sociopolítica, administración de justicia, educación, lenguaje, salud, medicina y cultura”).

¹⁷¹ Gina CHÁVEZ V., *Veto total a la Ley de Nacionalidades*, en *Ary-Rimay*, Boletín del Instituto Científico de Culturas Indígenas, 47, 2003 (en línea: <http://icci.nativeweb.org/boletin/47/chavez.html>). No han

determinación propia, con desapoderamiento entonces del Estado, también está ya implícito por todo este giro constitucional de reconocimiento de derechos, aparte de que un caso como el de México haya llegado a hacerse explícito.

Pese nuevamente a todo, el derecho a la libre determinación, implícito o explícito, puede guardar, aunque todavía se desactive y neutralice, no sólo sentido, sino también virtualidad como principio constitucional. El reconocimiento no tiene por qué agotarse en su intención de blindaje cuando se hace explícito. Cuando está implícito, sigue latente. El bloqueo no tiene por qué ser definitivo. Conviene no despreciarse unos principios constitucionales porque consigan de momento ningunarse. Sentido sobre todo encierra el de libre determinación si se vincula con el derecho a la identidad cultural, éste como individual y aquel como colectivo o ambos lo uno y lo otro, complementándose realmente. De diversa forma, no es por ahora el caso de México como tampoco el del Ecuador ni el de Venezuela o el de ninguno de los Estado latinoamericanos. Pero los principios están ahí. Tal pareja ya presente de derechos es la base que puede impedir que todo el nuevo cuerpo normativo y todo el nuevo patrimonio político, ahora muy acrecentados, de interés para la parte indígena recaigan y se agoten en las frustraciones y los padecimientos de las políticas indigenistas de otros tiempos.

Indicaciones y contraindicaciones pueden tenerse ahora bien a la vista. ¿Se quiere una conclusión de mi parte? Que los principios no sólo se prediquen, sino que lo sean y se articulen, y eso no por políticas ajenas ni, mucho menos, por doctrinas académicas, sino por los propios sujetos de los respectivos derechos. Lo cual me está precisamente diciendo que no soy yo quien puede concluir.

4. Test de derecho internacional o bien estándar de derecho humano.

Tratándose del escrutinio de políticas de Estados bajo la perspectiva obligada de los derechos humanos, nos encontramos entonces con el detalle de que para el caso indígena existen unos requerimientos específicos. No se trata por supuesto de que haya derechos humanos distintos para indígenas y para no indígenas, sino de que test y estándar, prueba y baremo, puedan ser diversos según individuos y comunidades cuenten o no con cobertura constitucional satisfactoria para el ejercicio de las propias libertades. Digamos que, en caso de carencia o insuficiencia, el escrutinio ha de ser también o ante todo de condiciones. Comprobadas lesiones, ¿son practicables y garantizables los derechos en el contexto instituido de Estados? Para no indígenas no hay de entrada problema en cuanto a derecho tanto individual como colectivo a la identidad propia de cultura en singular o, compatibilizándose como cabe, culturas en plural, inclusive las más híbridas, con toda la relevancia que ello tiene respecto al ejercicio de todo género de libertades. Para indígenas, ahí radica el problema de partida pudiendo realmente afectar a la totalidad de sus derechos humanos. Ignorarlo ya sesga el escrutinio. Es la ignorancia que produjo la frustración del indigenismo.

Los principios que han de regir el escrutinio pueden articularse desde la misma perspectiva constitucional de los derechos. No tenemos por qué resignarnos a la pauta actual de unos textos constitucionales que generan la desarticulación entre un derecho a

vuelto a darse hasta hoy, noviembre de 2006, condiciones parlamentarias ni políticas para un reintento. Dicho mismo veto, con el bloqueo producido, ha contribuido a deteriorar. Si, mediando la libertad de determinaciones individuales y colectivas, no es cosa de ponerse a avizorar el futuro, tampoco tiene sentido meterse en futuribles como el de imaginar lo que sería el Ecuador, frente a lo que es, si tal veto no se hubiera efectuado. A finales de este mes de noviembre unas elecciones generales se saldaron a favor de una coalición con previsión de Asamblea Constituyente en su programa.

la identidad tenido por individual y un derecho a la determinación que se tiene por colectivo. Ambos son lo uno y lo otro, de individuos y de comunidades a un tiempo. Y resultan correlativos. Si la identidad es derecho individual y la determinación derecho colectivo por separado, entonces el individuo se ve tan privado de libertad como la colectividad investida de poder. Mas cabe, debe haber, la correlación. El derecho a la identidad cultural, sea la cultura propia o adoptada en libertad, sean las culturas compatibilizadas o hibridizadas entre libertades, es derecho de individuo y es derecho de colectividad, no teniendo además sentido lo primero sin lo segundo, pues no hay cultura que se mantenga y asegure por puro juego libre entre sujetos individuales.

Y se trata por supuesto de cultura en el sentido más pleno, la que no sólo comprende bienes intangibles como lenguas y otros códigos sociales, sino que también integra valores materiales como territorios y recursos; la que no sólo se refiere a la disposición económica, sino también a la jurisdicción política. La cobertura constitucional de este alcance más integral resulta condición para el ejercicio de las respectivas libertades individuales. Es lo que sigue fallando para el caso indígena, de donde procede precisamente el requerimiento del escrutinio específico de los correspondientes derechos humanos y libertades fundamentales. No porque sean otros ni otras, sino porque, sin identidad articulada con determinación, siguen sin ser iguales a los derechos y las libertades de la otra parte de una misma humanidad.

El fallo no es sólo de derecho constitucional, sino también del internacional. Conviene no hacerse ilusiones. Sobre todo entre juristas, quienes pasan por especialistas de derechos humanos suelen darlos por redondos poco menos que desde la Declaración Universal, pasando por alto que luego ha habido no sólo desarrollo y puesta en práctica, sino también toma de conciencia y rectificación¹⁷². Las dificultades se encuentran a todos los niveles, el internacional desde luego inclusive, y no es buena posición la de suplir unos por otros, cuando alguno se experimenta que falla, si resulta que todos ellos arrostran unos mismos problemas de fondo. Afrontemos finalmente el asunto en el orden más general, dígase internacional o también, mejor, de derecho humano, por cuanto interesa de forma neurálgica al caso particular de América. Para abordarlo, permítanme comenzar por lo que considero una evidencia para cuya constatación no hay necesidad de historias ni de filosofías, pero cuyo reconocimiento no sólo no suele producirse, sino que incluso viene estorbándose por las narrativas históricas y las filosofías jurídicas imperantes hoy en día.

Hela. Todos los seres humanos nos socializamos en una cultura particular, en una de entre tantas culturas que existen en el seno de la humanidad. Aún más. Todos los seres humanos nos individuamos, nos hacemos individuos, seres individuales, gracias a una cultura en particular y no a alguna de alcance universal, no a alguna improbable cultura que se comparta por toda la humanidad. Todos los seres humanos lo somos, llegamos a serlo, por la cultura en la que nacemos y con la que nos criamos. Con la salvedad si acaso de los marsupiales, entre los mamíferos, los humanos somos los animales más incapaces y más dependientes al nacimiento. Somos también quienes, entre todo el resto de los animales, nacemos con un mayor potencial de capacitación e independencia, de ser individuos con entidad propia. No la tenemos de nacimiento, sino

¹⁷² Interviniendo en un foro sobre *Human Rights, Democracy, and Islamic Law*, que ha de confrontar dicha imagen de nacimiento prácticamente acabado de los primeros, B. CLAVERO, *Rights between Cultures and Politics: Legal Comments on Non-legal Papers*, en *Worlds and Knowledges Otherwise*, dossier electrónico del *John Hope Franklin Center for Interdisciplinary and International Studies* de la Universidad de Duke: <http://www.jhfc.duke.edu/wko>.

que la logramos gracias a la cultura particular que nos individua y socializa. Gracias a ella, podemos capacitarnos e independizarnos, conseguirlo tanto como para hacernos con otras culturas particulares o incluso para optar entre ellas, entre culturas varias, en el planeamiento y desarrollo de nuestros proyectos de vida.

Despejemos de entrada un equívoco al que se presta la palabra cultura en los medios de unas lenguas de matriz europea. La cultura a la que me refiero no es una exclusiva de nadie, de aquellos ni aquellas que se consideran cultos y cultas. Todas y todos nacemos, todas y todos nos individuamos, todas y todos nos socializamos, en una cultura determinada, en una cultura con valor para su medio a tales efectos de individuación y socialización. Dicho de otro modo, cuando se habla de cultura a tal propósito básico, no hay medios cultos y medios incultos, culturas cultas y culturas incultas o, dígase también, incivilizadas. La civilización o las civilizaciones son culturas o conjuntos de culturas que, por haberse expandido a costa de otras, se creen superiores.

Normalmente, en el lenguaje jurídico, suele tomarse el concepto de cultura como objeto de derecho en un sentido menos básico, el de habilidades añadidas y destrezas suplementarias que se adquieren mediante la instrucción programada y el estudio deliberado. Hay un abanico que va de la artificialidad de unas artes a la utilidad de unas ciencias. Para esto suele hablarse del acceso a la cultura y a sus beneficios como objeto de un derecho. Es expresión que no tiene sentido cuando nos referimos a la cultura como base de la individuación y socialización de los seres humanos. La misma hace referencia a algo más elemental, tanto que suele preterirse, y a algo también más dilatado. No hay acceso a cultura en tal sentido básico pues todos y todas, por existir y desarrollarnos, ya hemos accedido al menos a una.

Con este preámbulo, con este mero recordatorio de pura evidencia, podríamos pensar que nos encontramos ante el primer derecho humano, el derecho a la cultura así identificada, la de valor primario. Puede haber buenas razones para no aceptarse este aserto, el de tal carácter primario del derecho a la cultura propia. Cabe afirmarse por supuesto que el primer derecho es el derecho a la vida y a una vida digna, conforme a la dignidad que merece todo ser humano, no sólo así a la existencia física, sin lo cual no hay posibilidad de otro derecho ninguno mínimamente efectivo. Más obsérvese que este derecho a la vida, y no en cambio el de la cultura, resulta de carácter intransitivo para la fundación y articulación de un orden social, esto es, del derecho en su alcance social. Así es a no ser que se entienda que el derecho a la cultura propia se comprende, como debiera, en el derecho a una vida digna.

El derecho a la vida impone, por sí, unos deberes morales, y ciertamente bien fuertes, de respeto al individuo, pero no establece unas pautas estrictamente jurídicas. Unas normas de este género no se derivan del mismo, del derecho elemental a la vida. No predica nada respecto a cómo deba organizarse la sociedad en un sentido positivo. Sienta unas reglas morales de alcance negativo respecto al ordenamiento jurídico. Dice que no lo es, que no es derecho, el que no parta del respeto a la vida humana o el que ponga por sí mismo en juego medios para destruirla o para degradarla. El derecho a la cultura propia añade en cambio algo en términos ya positivos. El ordenamiento jurídico debe servir ante todo para que el ser humano pueda gozar pacíficamente de la cultura en la que se individua y socializa, lo cual inmediatamente significa que el grupo humano identificado con ella, con dicha cultura, debe gozar de condiciones para que la misma pueda reproducirse bajo el mismo signo de la paz.

Ya se están así definiendo las bases no sólo para una dimensión individual del derecho, el derecho a la cultura propia, sino también para una dimensión colectiva, para

esta otra cara necesaria del mismo derecho, el derecho del grupo a la reproducción pacífica de su cultura, a contar con los medios, o dígase si se prefiere con los poderes o también con el espacio de autonomía, para dicha vida social, no sólo individual, en paz. Por esto digo que el derecho a la cultura es un primer derecho, uno primero de alcance constituyente para el orden social. Es el que sirve para identificar no sólo a los sujetos individuales, sino también a unos primeros sujetos colectivos del ordenamiento social al que llamamos de ese modo, derecho.

Sin embargo, resulta que no es el caso. Quiero decir que el derecho a la cultura propia no se entiende por lo común como primer derecho ni en su doble alcance, el individual y el colectivo, ni en ninguno de ellos por separado, ni como derecho básico del individuo ni como principio constituyente de la comunidad. No se le entiende comprendido en el derecho a una vida digna, a una mínima dignidad humana. Con un carácter general, un tal derecho bivalente a cultura propia ni siquiera se concibe en el orden internacional de los derechos humanos. Mírese su despliegue desde la Declaración Universal hace ya más de medio siglo. No se encontrará formulado tal derecho a la cultura propia como derecho humano de alcance general ni en la Declaración Universal ni en toda la nutrida normativa que la desarrolla.

No figura en los cuerpos fundamentales de este orden internacional de derechos humanos, en el par de Pactos Internacionales de 1966, ni en el de los Derechos Civiles y Políticos ni en el de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Hay aquí derechos culturales, pero comience por observarse que vienen en un último lugar. En la misma Declaración Universal aparecían en un momento avanzado. Había más desde los tiempos fundacionales de Naciones Unidas. No sólo los derechos referentes a la cultura, sino los derechos humanos en general han estado en su organigrama situados bajo economía y sociedad, como si un determinado desarrollo de éstas fuera un requisito para su propia existencia. Naciones Unidas se había organizado con un Consejo Económico y Social situado por encima de una Comisión de Derechos Humanos. Operaron planteamientos en esto concordes de los Estados capitalistas y los Estados socialistas que concurrieron a su fundación. Unos como otros tenían a los derechos como lo propio de un estado ulterior a la afluencia económica y a la homogeneidad social, para cuando estuvieran más o menos generalizadas ambas. Hoy en cambio, pero un hoy que ha comenzado en este año de 2006, ya no hay Comisión de Derechos Humanos subordinada a Consejo Económico y Social, sino Consejo de Derechos Humanos al mismo nivel superior.

Hubo y hay razón específica para la relativa postergación de unos derechos culturales. El derecho a la cultura que se registra entre los derechos humanos es el que mira al acceso a habilidades suplementarias y no a la capacitación básica en la propia cultura de nacimiento y crianza. Por ello, porque es otro derecho y no aquel primario del que estamos hablando, es por lo que viene en posición postrera. En la Declaración Universal, la evidencia de que la cultura particular resulta clave para el individuo sólo aparece en la forma de constatación de hecho para la fundamentación de deber y no de derecho: “Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”¹⁷³.

¹⁷³ Ya está reproducido no sólo en castellano, sino también en quiché. Como ha habido otras citas de derechos humanos en náhuatl, quichua y mapugundun, reproduzcamos el pronunciamiento igualmente en estas lenguas: “Nochi tojuantij tijpaj manoj ma tiyejyektalikalaj tochinanko o topilaltepej ika kuali tlamachtlistli”; “Tucuy runacunami paypac ayllucunapac causayta causanga”; “Kom pu ce mvley ñi kisuzuam nvwael cem wimtun mew rume mvlele tañi Xokiñ Ce mew”; sumemos el guaraní: “Mayma

La doctrina jurídica imperante arroja y asegura para lo bueno como para lo malo, para la defensa de los derechos humanos como para la deficiencia del derecho humanísimo a la cultura propia. Sigue todavía la doctrina por lo común entendiendo que el derecho a la cultura no es un derecho, como suele decirse, de primera generación, sino de alguna ulterior, porque se entiende que hace referencia a la educación suplementaria, no a la individuación y socialización básicas. Y no es problema de postergación, sino de suplantación. No se trata del mismo derecho situado en distinta posición. Cuando no se da coincidencia entre las culturas de referencia, los derechos culturales de generación postrera cancelan el derecho primario a la cultura propia por cuanto que los mismos se identifican con educación y habilitación prestadas por el Estado conforme en único o último término, más o menos intensamente, con cultura entonces ajena de base para quien supuestamente se beneficia. La presunta satisfacción de un derecho realmente lo conculca. No pongo por supuesto en cuestión el interés humano, derecho si se quiere, de acceso a otras culturas, sino el efecto que se produce cuando se convierte en prestación de Estado o requerimiento de ciudadanía en medios multiculturales con culturas además indígenas. El efecto es impeditivo y conculcatorio de derecho humano más estricto. Impedimento se produce por el ofrecimiento prioritario, ya no digo en exclusiva; conculcación, por imponerse como obligación.

El género corriente de manuales y tratados de derechos humanos ni siquiera concibe que quepa tal problema de suplantación entre derechos en el ámbito de la cultura. Mal cabe en su visión pues sitúa los derechos culturales en una tercera generación, tras la primera de los derechos personales y la segunda de los derechos sociales, sin haber tomado previamente en consideración clase alguna de derecho a la cultura propia, como si esto fuera indiferente al propio despliegue de los derechos todos. Es harta la tratadística con dicha doctrina de las generaciones de los derechos humanos o también, equivaliendo, de los derechos constitucionales. Se le tiene bien a mano y a la vista en las bibliotecas jurídicas materiales y virtuales. Procuremos mirar el asunto en vivo y en directo para no enredarnos con filosofías ni doctrinas, si no impertinentes, inoportunas. Advertir la deficiencia de base del derecho internacional y constitucional de los derechos humanos no implica, no quiere desde luego implicar, relativización alguna de los mismos, sino fortalecimiento de los valores de libertad humana que representan¹⁷⁴.

yypóra oguereko derecho oparticipávo, avave ojopy terâ ojoko'yre ichupe, incomunidad rekotee ñeñandukápe". Las versiones ya sabemos donde están: <http://www.unhchr.ch/udhr/navigate/alpha.htm#S>. Tienen la relevancia de ofrecerse por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (unhchr: *United Nations High Commissioner for Human Rights*, sin acepción de género en inglés *Commissioner*). Dada mi ignorancia, no tengo explicación para ese evidente castellanismo, *incomunidad*, de la versión guaraní.

¹⁷⁴ Quien frecuente bibliotecas materiales o virtuales y tenga familiaridad con la literatura jurídica sobre derechos humanos en lenguas europeas sabe perfectamente a qué vienen unos descartes como el de la doctrina de las generaciones o el de la crítica del relativismo de valores, una acusación habitual contra cualquier puesta en cuestión de los presupuestos culturales de la Declaración Universal o de las Constituciones de Estados, sea el cuestionamiento de signo libertario o autoritario, indiscriminatorio o discriminatorio, pues tanto por lo visto le da al pensamiento que se tiene por humanista y constitucionalista. No ayudaría aquí gran cosa entrar en polémica con posiciones al fin y al cabo supremacistas. Si algo he aprendido en estos años, es que una tal dogmática, presa de prejuicios y saciada de presunciones como se halla, no aprende de la discusión. No está dispuesta a reconocerse como una doctrina en concurrencia de libre debate con otras sin el valor universal con el que se inviste a sí misma como en los mejores tiempos coloniales. Sólo el cambio del derecho puede hacerla cambiar a la larga neutralizándola a la corta. Ya en la presentación me excusé con ella por ir a ignorarla, lo que he cumplido.

La propia presentación de los derechos humanos en el orden internacional responde a dicha lógica no muy humana. En el despliegue de los derechos humanos los culturales figuran exactamente en la cola, tras los civiles, los políticos, los económicos y los sociales. El cambio de Comisión de Derechos Humanos a Consejo de Derechos Humanos en 2006 es un síntoma elocuente de replanteamiento en marcha o ya incluso avanzado. De suyo, los derechos humanos han venido desarrollándose de forma que, por fortuna, no guarda entera consecuencia con los presupuestos fundacionales de Naciones Unidas o, en concreto, con las mismas presunciones no siempre humanas de la propia Declaración Universal de Derechos Humanos. Deben ahora interesarnos unas correcciones pues tocan al asunto clave del derecho a la cultura. Ha habido realmente novedades, si no tempranas, tampoco morosas.

Los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, el de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que se acordaron en 1966 y están en vigor desde 1976, representan desde entonces el despliegue y la concreción más relevante de la propia Declaración Universal de Derechos Humanos. Pero no se limitan a desplegar y concretar. Introducen algún punto nuevo, como uno que resulta clave respecto al derecho a la cultura propia, para esto que no se contemplaba en cambio por la Declaración Universal. Aparece la novedad en el Pacto sin duda principal entre los dos principales, el de los Derechos Civiles y Políticos. Antes de que los derechos culturales de tercera generación comparezcan en el pacto correspondiente, resulta que un derecho a la cultura de primera generación, pues lo es a la cultura propia aparece entre los derechos civiles y políticos. No se trata un error en la sede, sino de una rectificación parcial de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La novedad se contiene en un artículo que contempla un sujeto realmente nuevo en el ámbito concreto del despliegue internacional de los derechos humanos hasta el momento, el de las “personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas”, a las cuales se les habilita “el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar la propia religión y a emplear su propio idioma”. Se reconoce práctica de comunidad, pero derecho tan sólo de individuo. He ahí en todo caso el derecho a la cultura propia como derecho primario reconocido a quienes pertenecen a minorías.

Y es un derecho que en el mismo seno de Naciones Unidas tiende a entenderse como de un alcance superior al literal de sus términos más concretos de referencia, los de lengua y religión. El organismo internacional que supervisa el cumplimiento por Estados y la reclamación por individuos de las libertades contempladas por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es el Comité de los Derechos Humanos. No se confunda con la antigua Comisión y actual Consejo del mismo apellido, de los Derechos Humanos, pues éste, el Consejo, se compone de representantes de Estados y aquel otro, el Comité, de expertos o expertas independientes. Pues bien, este órgano supervisor y jurisdiccional interpreta el artículo sobre “minorías étnicas, religiosas y lingüísticas” extendiendo el objeto del derecho a la cultura propia a un ámbito material, el de tierras y recursos, necesario para el ejercicio “en común” de las expresiones culturales de carácter inmaterial como esas de la lengua y la religión.

Cultura humana en su sentido básico no sólo resulta así un conjunto de habilidades adquiridas por el sujeto humano individual, sino también toda una serie de medios materiales de la comunidad humana que la produce y la reproduce, que la genera y regenera, que la cuida y la transmite. Es también cultura el despliegue de los recursos colectivos necesarios para la vida del agrupamiento humano que la presta y encomienda a quienes nacen y crecen en su seno. Dicho de otro modo, hay cultura

material tan importante como la intangible para la propia existencia colectiva e individual, para las comunidades humanas y para los individuos humanos. Por ilustrar digamos que cultura no sólo es el dominio de una lengua en la sociedad, sino también el control de unos recursos en el territorio. Lo es, conforme a la propia doctrina del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la forma de interrelación entre unas dimensiones y otras, entre las materiales y las inmateriales.

Como es bien sabido, el derecho de libre determinación es el que caracteriza a los pueblos como sujetos en el orden internacional de los derechos humanos. No lo es el derecho a cultura propia que pudiera predicarse simultáneamente de los individuos o también de las comunidades. Pero el derecho de libre determinación de los pueblos no deja de avanzar posiciones que apuntan a la confluencia entre derechos. El Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, aquel organismo que acaba de nacer y al que acabo de referirme como un signo de cambio, ha aprobado en su primera sesión, en este año de 2006, la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas que ha estado en discusión durante cerca de un par de décadas en el seno de Naciones Unidas. La eleva a la Asamblea General a los efectos de su proclamación¹⁷⁵. Dicha Declaración parte del principio de igualdad entre los pueblos y las personas y de la constancia de que las personas y los pueblos indígenas, en lo que se refiere al orden internacional de los derechos humanos, no han participado hasta el momento de tales términos de igualdad. Su énfasis de entrada es éste de la participación universal de individuos y pueblos en los derechos humanos de todo género. De ahí procede, en su artículo tercero, este reconocimiento de derecho colectivo: “Los pueblos indígenas tienen el derecho a la libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”.

No es ninguna exclusiva desde luego. Se dice para los pueblos indígenas lo que estaba dicho para otros pueblos por los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, así en plural, pues ambos, tanto el de Derechos Civiles y Políticos como el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, comienzan de tal modo: “Todos los pueblos tienen el derecho a la libre determinación; en virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”. De todos los pueblos venían excluyéndose los indígenas. Ahora se trata de reparar la postergación para establecer la igualdad. No tendría que haber necesidad de declararse

¹⁷⁵ La última noticia a la que alcanzo antes de poner punto y final es la del punto y seguido de una interceptación. El 28 de noviembre de 2006 el Tercer Comité de la Asamblea General de Naciones Unidas, el encargado de Asuntos Sociales, Humanitarios y Culturales, ha adoptado la resolución de no dar trámite (<http://www.un.org/ga/61/third/statusofproposals.html>), sin excluir que pueda retomarse durante el mismo periodo de sesiones en curso (<http://www.un.org/News/Press/docs/2006/gashc3878.doc.htm>), todo ello tras más de veinte años de deliberación y elaboración del texto de la Declaración en el propio seno de Naciones Unidas. Si dicho acuerdo suena ambiguo, es que así se maniobra todavía a la contra y con tan mal augurio. Tratándose del estreno del Consejo de Derechos Humanos por elevación de categoría de las antigua Comisión, sin la interposición ya del Consejo Económico y Social, no existe precedente para la inesperada decisión de detener el proyecto en trámite de comité. Agradezco a Patricia Borraz (Almáciga: <http://www.almaciga.org>, en construcción) información constante y fidedigna. Están dadas las direcciones en internet por las que puede seguirse la suerte de la Declaración. De momento, ya cuenta con la autoridad de haber sido acordada por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas por iniciativa y a propuesta de otros órganos suyos donde la presencia y actuación indígenas durante dicho largo par de décadas han sido fundamentales, por no decir que decisivas. Sea cual fuere el destino final de este concreto proyecto, ya constituye testimonio de primera magnitud y documento de valor incuestionable, superior en todo caso al de la literatura académica predominante que anda predicando sobre derechos en plan autista, por no repetir que supremacista. Así bien ensimismada, no es definitivamente el debate académico el que puede hacerla reparar.

para indígenas lo que está declarado en los términos más genéricos, sin expresión de exclusiones, pero el caso es que la Declaración se hace necesaria porque, como con creces nos consta, no venía dándose la participación. Es preciso incluso proclamar mediante tal Declaración que los individuos indígenas, todas y todos, tienen los mismos derechos humanos que el resto de la humanidad en términos de igualdad.

La Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas no reconoce derechos a indígenas que no tengamos quienes no lo somos. Podía incluso venir ofreciéndose la impresión de que pasaba al contrario. Resulta que las personas indígenas tienen reconocido, como hemos visto, el derecho a la cultura propia que en cambio no consta en los instrumentos internacionales de derechos humanos para las no indígenas. En realidad viene sobrentendiéndose. La apariencia de discriminación inversa o positiva a favor de indígenas ha venido encubriendo la persistencia de la discriminación sin más, la sencillamente negativa. Las personas no indígenas contamos con el derecho a la cultura propia sin necesidad de que se venga reconociendo, pues ya nos lo garantiza, sin necesidad tampoco de proclamarlo, el Estado que se identifica con ella, con nuestra cultura. Es un derecho que ahora podrá participarse a todos los pueblos. Para unos, los no indígenas, no hace falta insistir, mientras que para otros, los indígenas, la Declaración venidera, la de Derechos de los Pueblos Indígenas, hace cerca de una treintena de referencias explícitas a este elemento de la cultura propia.

En fin, derecho a la cultura propia, haberlo, haylo, sólo que no ha sido necesario declararlo para parte de la humanidad, para aquella parte que tiene la suerte de contar con un Estado de su cultura. Los Estados vienen ciertamente amparando y fomentando las culturas con las que se identifican y, por lo tanto, el derecho a las mismas de las gentes individuadas y socializadas gracias a ellas. Quienes no cuentan con Estado o con otra forma de cobijo institucional suficiente al propósito tienen experiencia más que sobrada acerca del valor vital del derecho a la cultura propia por padecimiento de las consecuencias de la condición de intemperie. La misma desigualdad se acentúa porque es la parte amparada y no la desguarnecida la que se halla en la posición de crear estado de opinión no ya predominante, sino excluyente, como si el resto no existiera.

No es en definitiva un derecho que merezca la desatención con la que se le viene distinguiendo. Para buena parte, se le da por sobrentendido. Para el conjunto, se le tiene por elemento de última generación, tal y como sigue apareciendo en la misma especificación del reconocimiento internacional de la libre determinación de todos los pueblos a los efectos políticos, económicos, sociales y culturales, por este orden de dominios. Ahora, con el proyecto formal de Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas, se sientan por fin las bases para el entendimiento en beneficio general, en todo su alcance y sin discriminación ninguna, de un derecho tan básico como el derecho a la cultura propia para todas y para todos, personas, comunidades y pueblos.

APÉNDICE:
PROYECTO DE DECLARACIÓN DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS* .

Afirmando que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales,

Afirmando también que todos los pueblos contribuyen a la diversidad y riqueza de las civilizaciones y culturas, que constituyen el patrimonio común de la humanidad,

Afirmando asimismo que todas las doctrinas, políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos o personas o que la propugnan aduciendo razones de origen nacional o diferencias raciales, religiosas, étnicas o culturales son racistas, científicamente falsas, jurídicamente inválidas, moralmente condenables y socialmente injustas,

Reafirmando también que, en el ejercicio de sus derechos, los pueblos indígenas deben estar libres de toda forma de discriminación,

Preocupada por el hecho de que los pueblos indígenas hayan sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y enajenación de sus tierras, territorios y recursos, impidiéndoles ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses,

Reconociendo la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su concepción de la vida, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos,

Reconociendo además la urgente necesidad de respetar y promover los derechos de los pueblos indígenas afirmados en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos con los Estados,

Celebrando que los pueblos indígenas se estén organizando para promover su desarrollo político, económico, social y cultural y para poner fin a todas las formas de discriminación y opresión dondequiera ocurran,

Convencida de que el control por los pueblos indígenas de los acontecimientos que los afecten a ellos y a sus tierras, territorios y recursos les permitirá mantener y reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones y promover su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades,

Reconociendo también que el respeto de los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas contribuye al desarrollo sostenible y equitativo y a la ordenación adecuada del medio ambiente,

Destacando la contribución de la desmilitarización de las tierras y territorios de los pueblos indígenas a la paz, el progreso y el desarrollo económicos y sociales, la comprensión y las relaciones de amistad entre las naciones y los pueblos del mundo,

Reconociendo, en particular, el derecho de las familias y comunidades indígenas a seguir compartiendo la responsabilidad por la crianza, la formación, la educación y el bienestar de sus hijos, con arreglo a los derechos del niño,

Reconociendo también que los pueblos indígenas tienen el derecho de determinar libremente sus relaciones con los Estados en un espíritu de coexistencia, beneficio mutuo y pleno respeto,

Considerando que los derechos afirmados en los tratados, acuerdos y arreglos constructivos entre los Estados y los pueblos indígenas son, en algunas situaciones, objeto de preocupación, interés, responsabilidad y carácter internacionales,

Considerando también que los tratados, acuerdos y demás arreglos constructivos, y las relaciones que éstos representan, sirven de base para el fortalecimiento de las asociaciones entre los pueblos indígenas y los Estados,

Reconociendo que la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos afirman la importancia fundamental del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, en virtud del cual éstos determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural,

* Me permito reiterar que el sitio de la Oficina del Alto Comisionado (o de la Alta Comisionada) de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (<http://www.ohchr.org>) es el recomendable, no sólo por autorizado, sino también por útil, para seguirse la suerte de este proyecto, como para cualquier otra información sobre desarrollo y supervisión de derechos humanos por instituciones internacionales de la órbita de Naciones Unidas.

Teniendo presente que nada de lo contenido en la presente Declaración podrá utilizarse para negar a ningún pueblo su derecho a la libre determinación, ejercido de conformidad con el derecho internacional,

Convencida de que el reconocimiento de los derechos de los pueblos en la presente Declaración fomentará relaciones armoniosas y de cooperación entre el Estado y los pueblos indígenas, basadas en los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la no discriminación y la buena fe,

Alentando a los Estados a que cumplan y apliquen eficazmente todas sus obligaciones en lo que se refiera a los pueblos indígenas que les imponen los instrumentos internacionales, en particular los relativos a los derechos humanos, en consulta y cooperación con los pueblos interesados,

Subrayando que corresponde a las Naciones Unidas desempeñar un papel importante y continuo de promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas,

Considerando que la presente Declaración constituye un nuevo paso importante hacia el reconocimiento, la promoción y la protección de los derechos y las libertades de los pueblos indígenas y en el desarrollo de actividades pertinentes del sistema de las Naciones Unidas en esta esfera,

Reconociendo y reafirmando que las personas indígenas tienen derecho sin discriminación a todos los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional, y que los pueblos indígenas poseen derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos,

Proclama solemnemente la siguiente Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas como ideal común que debe perseguirse en un espíritu de solidaridad y respeto mutuo:

Artículo 1. Los pueblos indígenas tienen derecho, colectiva o individualmente, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el derecho internacional relativo a los derechos humanos.

Artículo 2. Las personas y los pueblos indígenas son libres e iguales a todas las demás personas y pueblos y tienen el derecho a no ser objeto de ninguna discriminación en el ejercicio de sus derechos fundada, en particular, en su origen o identidad indígenas.

Artículo 3. Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Artículo 4. Los pueblos indígenas, al ejercer su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como los medios para financiar sus funciones autónomas.

Artículo 5. Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez sus derechos a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

Artículo 6. Toda persona indígena tiene derecho a una nacionalidad.

Artículo 7. 1. Las personas indígenas tienen derecho a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad de la persona.

2. Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo a vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y no serán sometidos a ningún acto de genocidio ni a ningún otro acto de violencia, incluido el traslado forzoso de niños del grupo a otro grupo.

Artículo 8. 1. Los pueblos y las personas indígenas tienen el derecho a no sufrir la asimilación forzosa o la destrucción de su cultura.

2. Los Estados establecerán mecanismos efectivos para la prevención y el resarcimiento de:

a) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privarlos de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica;

b) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia enajenarles sus tierras, territorios o recursos;

c) Toda forma de traslado forzoso de población que tenga por objeto o consecuencia la violación o el menoscabo de cualquiera de sus derechos;

d) Toda forma de asimilación e integración forzosa a otras culturas o modos de vida que les sean impuestos por medidas legislativas, administrativas o de otro tipo;

e) Toda forma de propaganda que tenga como fin promover o incitar la discriminación racial o étnica dirigida contra ellos.

Artículo 9. Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. No puede resultar ninguna discriminación de ningún tipo del ejercicio de ese derecho.

Artículo 10. Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.

Artículo 11. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, utensilios, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas.

2. Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre e informado previo o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres.

Artículo 12. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a manifestar, practicar, desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias espirituales y religiosas; a mantener y proteger sus lugares religiosos y culturales y a acceder a ellos privadamente; a utilizar y vigilar sus objetos de culto, y a obtener la repatriación de sus restos humanos.

2. Los Estados procurarán facilitar el acceso y/o la repatriación de objetos de culto y de restos humanos que posean mediante mecanismos transparentes y eficaces establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas interesados.

Artículo 13. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a revitalizar, utilizar, desarrollar y transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas, y a atribuir nombres a sus comunidades, lugares y personas y mantenerlos.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar la protección de ese derecho y también para asegurar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas, proporcionando para ello, cuando sea necesario, servicios de interpretación u otros medios adecuados.

Artículo 14. 1. Todos los pueblos indígenas tienen el derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje.

2. Las personas indígenas, en particular los niños indígenas, tienen derecho a todos los niveles y formas de educación del Estado sin discriminación.

3. Los Estados adoptarán medidas eficaces, junto con los pueblos indígenas, para que las personas indígenas, en particular los niños, incluidos los que viven fuera de sus comunidades tengan acceso, cuando sea posible, a la educación en su propia cultura y en su propio idioma.

Artículo 15. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones, que deberán quedar debidamente reflejadas en la educación y la información pública.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas interesados, para combatir los prejuicios y eliminar la discriminación y promover la tolerancia, la comprensión y las buenas relaciones entre los pueblos indígenas y todos los demás sectores de la sociedad.

Artículo 16. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer sus propios medios de información en sus propios idiomas y a acceder a todos los demás medios de información no indígenas sin discriminación.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que los medios de información estatales reflejen debidamente la diversidad cultural indígena. Los Estados, sin perjuicio de la obligación de asegurar plenamente la libertad de expresión, deberán alentar a los medios de comunicación privados a reflejar debidamente la diversidad cultural indígena.

Artículo 17. 1. Las personas y los pueblos indígenas tienen derecho a disfrutar plenamente de todos los derechos establecidos en el derecho laboral internacional y nacional aplicable.

2. Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, tomarán medidas específicas para proteger a los niños indígenas contra la explotación económica y contra todo trabajo que pueda resultar peligroso o interferir en la educación del niño, o que sea perjudicial para la salud o el desarrollo

físico, mental, espiritual, moral o social del niño, teniendo en cuenta su especial vulnerabilidad y la importancia de la educación para su realización.

3. Las personas indígenas tienen derecho a no ser sometidas a condiciones discriminatorias de trabajo, entre otras cosas, empleo o salario.

Artículo 18. Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, vidas y destinos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.

Artículo 19. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas para obtener su consentimiento previo, libre e informado antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten.

Artículo 20. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticos, económicos y sociales, a que se les asegure el disfrute de sus propios medios de subsistencia y desarrollo y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo.

2. Los pueblos indígenas desposeídos de sus medios de subsistencia y desarrollo tienen derecho a una reparación justa y equitativa.

Artículo 21. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho, sin discriminación alguna, al mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales, entre otras esferas, en la educación, el empleo, la capacitación y el perfeccionamiento profesionales, la vivienda, el saneamiento, la salud y la seguridad social.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces y, cuando proceda, medidas especiales para asegurar el mejoramiento continuo de sus condiciones económicas y sociales.

Se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidades indígenas.

Artículo 22. 1. Se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidades indígenas en la aplicación de la presente Declaración.

2. Los Estados adoptarán medidas, junto con los pueblos indígenas, para asegurar que las mujeres y los niños indígenas, gozan de protección y garantías plenas contra todas las formas de violencia y discriminación.

Artículo 23. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y a elaborar prioridades y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo. En particular, los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de salud, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernan y, en lo posible, a administrar esos programas mediante sus propias instituciones.

Artículo 24. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud, incluida la conservación de sus plantas, animales y minerales de interés vital desde el punto de vista médico. Las personas indígenas también tienen derecho de acceso, sin discriminación alguna, a todos los servicios sociales y de salud.

2. Las personas indígenas tienen derecho a disfrutar por igual del nivel más alto posible de salud física y mental. Los Estados tomarán las medidas que sean necesarias para lograr progresivamente la plena realización de este derecho.

Artículo 25. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma y a asumir las responsabilidades que a ese propósito les incumben respecto de las generaciones venideras.

Artículo 26. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como a los que hayan adquirido de otra forma.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.

3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.

Artículo 27. Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas interesados, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso.

Artículo 28. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa, imparcial y equitativa, por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado.

2. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o, en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada.

Artículo 29. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación alguna.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.

3. Los Estados también adoptarán medidas eficaces para garantizar, según sea necesario, que se apliquen debidamente programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud de los pueblos indígenas afectados por esos materiales, programas que serán elaborados y ejecutados por esos pueblos.

Artículo 30. 1. No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una amenaza importante para el interés público pertinente o que lo acepten o soliciten libremente los pueblos indígenas interesados.

2. Los Estados celebrarán consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares.

Artículo 31. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías, así como las de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de su patrimonio intelectual, sus conocimientos tradicionales y sus manifestaciones culturales tradicionales.

2. Conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos.

Artículo 32. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.

2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

3. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar sus consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

Artículo 33. 1. Los pueblos indígenas tienen el derecho de determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones. Ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las estructuras y a elegir la composición de sus instituciones de conformidad con sus propios procedimientos.

Artículo 34. Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas

y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

Artículo 35. Los pueblos indígenas tienen el derecho de determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades.

Artículo 36. 1. Los pueblos indígenas, en particular los que están divididos por fronteras internacionales, tienen derecho a mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación, incluidas las actividades de carácter espiritual, cultural, político, económico y social, con sus propios miembros así como con otros pueblos a través de las fronteras.

2. Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán medidas eficaces para facilitar el ejercicio y garantizar la aplicación de este derecho.

Artículo 37. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los Estados o sus sucesores sean reconocidos, observados y aplicados según su espíritu y propósito originales y a que los Estados acaten y respeten esos tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos.

2. Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que menoscaba o suprime los derechos de los pueblos indígenas que figuren en tratados, acuerdos y arreglos constructivos.

Artículo 38. Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración.

Artículo 39. Los pueblos indígenas tienen derecho a la asistencia financiera y técnica de los Estados y por conducto de la cooperación internacional para el disfrute de los derechos enunciados en la presente Declaración.

Artículo 40. Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de controversias con los Estados u otras partes, y una pronta decisión sobre esas controversias, así como a recursos eficaces para toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos.

Artículo 41. Los órganos y organismos especializados del sistema de las Naciones Unidas y otras organizaciones intergubernamentales contribuirán a la plena realización de las disposiciones de la presente Declaración mediante la movilización, entre otras cosas, de la cooperación financiera y la asistencia técnica. Se establecerán los medios de asegurar la participación de los pueblos indígenas en relación con los asuntos que los afecten.

Artículo 42. Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas y los organismos especializados, en particular a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por la eficacia de la presente Declaración.

Artículo 43. Los derechos reconocidos en la presente Declaración constituyen las normas mínimas para la supervivencia, la dignidad y el bienestar de los pueblos indígenas del mundo.

Artículo 44. Todos los derechos y libertades reconocidos en la presente Declaración se garantizan por igual al hombre y a la mujer indígenas.

Artículo 45. Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que limite o anule los derechos que los pueblos indígenas tienen en la actualidad o puedan adquirir en el futuro.

Artículo 46. 1. Nada de lo señalado en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiera a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de las Naciones Unidas.

2. En el ejercicio de los derechos enunciados en la presente Declaración, se respetarán los derechos humanos y libertades fundamentales de todos. El ejercicio de los derechos establecidos en la presente Declaración estará sujeto exclusivamente a las limitaciones determinadas por la ley, con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Esas limitaciones no serán discriminatorias y serán sólo las estrictamente necesarias para garantizar, el reconocimiento y respeto debidos a los derechos y libertades de los demás y para satisfacer las justas exigencias de una sociedad democrática.

3. Las disposiciones enunciadas en la presente Declaración se interpretarán con arreglo a los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la igualdad, la no discriminación, la buena administración pública y la buena fe.