

# *Guaca constitucional*

## *La historia como yacimiento del derecho*

---

**Bartolomé Clavero**

*Yolki, pampa ni tlatepanitalotl, ni tlasenkauajkayotl iuan ni kuali nemilistli ipan  
ni tlalpan, yaya ni moneki moixmatis uan monemilis, ijkinoj nochi kuali tütstosej  
ika touampoyouaj [...]*

*Kaytaqa jatun tantakuyipi, tukuyinin llajtasmanda ujllachasqa runa qhelqerqanku,  
imakunachus kay pachapi atiyninghej kasqanta yachananchejpaj [...]*

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 [...]

Declaración Universal de Derechos Humanos, Principio  
(en náhuatl, quechua y español).

### *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 alguno 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”, este 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 alguno que otro derecho.<sup>1</sup>

Por lo que respecta a las constituciones, suelen ser disposiciones incidentales, sectoriales o saltuarias las que proceden en ellas a un tal reconocimiento, no efectuándose en cambio, por 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 las 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 interro-

---

<sup>1</sup> El milenio se inaugura con una sintomática eclosión bibliográfica: Cletus Gregor Barié, *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina. Un panorama*, Instituto Indigenista Interamericano, 2000 (edición actualizada y ampliada, 2003); Donna Lee van Cott, *The Friendly Liquidation of the Past: The Politics of Diversity in Latin America*, University of Pittsburg Press, 2000, pp. 257-280; Alison Brysk, *From Tribal Village to Global Village: Indian Rights and International Relations in Latin America*, Stanford University Press, 2000; Melina Selverston-Scher, *Ethnopolitics in Ecuador: Indigenous Rights and the Strengthening of Democracy*, North-South Center Press, 2001; 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 y Jean E. Jackson (eds.), *Indigenous Movements, Self-Representation, and the State in Latin America*, University of Texas Press, 2002; Marco A. Calderón, Willem Assies y Ton Salman (eds.), *Ciudadanía, Cultura, Política y Reforma del Estado en América Latina*, El Colegio de Michoacán, 2002, con sección sobre *Ciudadanía Étnica*, así dicha.

gantes inmediatos. ¿Ha de importar el derecho a la historiografía? ¿Habría 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 espacio suficiente ni tampoco tengo conocimiento bastante 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. Helos:<sup>2</sup>

### *Constitución de Panamá*

#### Título III. Derechos y Deberes Individuales y Sociales

##### Capítulo I. Garantías Fundamentales

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.

#### 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.

Panamá nos interesa como síntoma. La Constitución panameña vigente declara así, mediante dichos términos genéricos sin referencia alguna de carácter indígena, por una parte, en capítulo de derechos y garantías, la libertad de religión, así

---

<sup>2</sup> El mejor sitio para compulsar Constituciones de América al día lo ofrece por internet la Universidad de Georgetown: <http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/constitutions.html>. Conviene añadir la consulta a la dirección de la Biblioteca Cervantes, pues está avanzando en la introducción de los textos constitucionales históricos desde la misma independencia de Latinoamérica: <http://cervantesvirtual.com/portal/constituciones>.

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 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 entenderse la constitución por los constitucionalistas. ¿Es la suya, esta jurídica, una lectura justa y correcta, transparente y conforme, indubitable y definitiva? ¿Debemos comprender esos 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 específica 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 que entró en vigor la Constitución con el artículo de libertad en los términos más genéricos ya citados. Estoy citando esta última sin indicar fecha, por cuanto que representa el presente para el derecho. Haré lo propio con otras igualmente en vigor. He aquí, en fin, las capas de este yacimiento panameño en su debida secuencia arqueológica de tiempo a la inversa:<sup>3</sup>

*Constitución de Panamá, 1946*

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.

*Constitución de Panamá, 1941*

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.

*Constitución de Panamá, 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.

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 estas 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

---

<sup>3</sup> Jorge Fábrega (ed.), *Constituciones de la República de Panamá*, Imprenta Nacional, 1963. Son textos no incluidos todavía (octubre de 2003) en el sitio citado de la Biblioteca Cervantes.

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 éstas:

*Constitución de Panamá*

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

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.

¿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? ¿Está diciéndose que no puede haber discriminación alguna entre ellas y que a todas se les dispensan garantías por igual? Sigue en realidad entendiéndose que tales reconocimiento y salvaguardia de grado y eficacia constitucionales para con la identificación y el asociacionismo culturales cualificados así, como religiosos, alcanzan y benefician 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 tiene por entendido en los pronunciamientos constitucionales mismos. ¿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 quizá 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. Presenta alguna cosa 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:

*Constitución de Panamá, 1946*

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] 8° 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 [...].

*Constitución de Panamá, 1941*

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] 6° 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 [...].

Observemos que el lenguaje normativo de la arqueología constitucional también contiene en este caso 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 más primario, no el de las ruinas arqueológicas, sino el de los monumentos vivos que fueran en tiempos o que pudieran todavía seguir siéndolo. En su acepción más genuina, *guaca* es el lugar de custodia de los restos de antepasados o de los enseres e imágenes que se veneran, el sitio también de concurrencia ceremonial o de identificación cultural, ahí 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. Más de diez millones de quechua-hablantes actuales no necesitan la aclaración.<sup>4</sup>

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 expropiada. En 1941 lo que realmente se constitucionaliza es toda una expropiación bastante anterior, la producida por el colonialismo español. El mismo lenguaje constitucional a lo que se refiere es a *guacas indígenas*. Pero no deje de advertirse que las constituciones, tomando en consideración alguna forma 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 prevén, como puede verse, compensación para terratenientes, para quienes tuviesen la propiedad privada de las tierras afectadas. Lo que se toma exclusivamente en consideración a tal propósito 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 de 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

---

<sup>4</sup> Gordon Brotherston, *Book of the Fourth World: Reading the Native Americas through their Literature*, Cambridge University Press, 1992, pp. 28-39, 193-211; Walter D. Mignolo, *The Darker Side of the Renaissance: Literacy, Territoriality, and Colonization*, University of Michigan Press, 1995, pp. 125-169, 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. Ilustra buscar por internet *Quechua* o también *Guaca*, comenzándose por <http://www.quechuanetwork.org>.

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, habían 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 étnica 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”.

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 para el reciclaje y el aprovechamiento de la ciencia o del turismo: “explotación, estudio y rescate”. 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 sagrados.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> 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 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 (antropología académica mediante, entre excesos se ha pasado de entender que no hay religión indígena a distinguir la sociedad indígena como constituida por cosmovisión de fuerte componente religioso, cuando no por religión a secas).

### 5. El complejo constitucional 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 diferenciatoria, 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 compartirla.

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 que puede franquearse, no por ciencia alguna del derecho presente, sino por la labor menos cómplice, si cobra conciencia, de la historiografía. Reténgase, si se aprecia, el aviso, pues la última puede que de hecho contribuya en un sentido o en otro incluso en el caso de permanecer inconsciente de su propia función jurídica, como suele.

La cuestión actual, tanto histórica como práctica, es entonces la ya aludida de si una composición cultural se despeja o una carga se libera 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 de 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 mutuamente.<sup>6</sup>

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 cultural” a su respecto. Son expresiones de todo un giro de posición aparente.<sup>7</sup> ¿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 convoca-

---

<sup>6</sup> 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> (U.S. Department of State, Bureau of Democracy, Human Rights, and Labor, *International Religious Freedom Report. 2002, Panama*).

<sup>7</sup> Constitución de Panamá, tít. III (Derechos y Deberes Individuales y Sociales), cap. IV (Cultura Nacional), 84: “Las lenguas aborígenes serán objeto de especial estudio, conservación y divulgación y el Estado promoverá programas de alfabetización bilingüe en las comunidades indígenas”; 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”; cap. V (Educación), 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”; cap. VIII (Régimen Agrario), 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”; 122: “[...] La política establecida para este Capítulo será aplicable a las comunidades indígenas de acuerdo con los métodos científicos de cambio cultural”; 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 [...]”. tít. V (El poder legislativo), 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 habitantes 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”.

das 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. 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 sigue siendo literalmente ciega a tales mismas evidencias.<sup>8</sup>

#### 6. Género artificial 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. Veamos la estratigrafía, que también sólo alcanza a la capa de 1941:

##### *Constitución de Panamá*

##### 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.

##### *Constitución de Panamá, 1946*

##### Título I. El Estado Panameño

---

<sup>8</sup> 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 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.

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

*Constitución de Panamá, 1941*

Título I. Disposiciones Preliminares

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

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. ¿Qué tiene que ver el asunto con la presencia indígena a la que no se hace tampoco ahora referencia explícita? Por ella viene realmente la especialidad. Estaba buscándose una fórmula constitucional de excepción para acomodar a unos pueblos que desde un inicio se resisten al establecimiento sobre ellos del Estado de Panamá, como antes de Colombia y, antes aún, de España. Se acepta a regañadientes su existencia en “comarcas” o bajo “regímenes” especiales. Aunque este pequeño detalle no se confiese por las constituciones, 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 resulta mera ficción, bien que con toda la fuerza de su empeño de subordinación. La veta actual resulta precisamente la más opaca, puesto que abandona la referencia territorial de comarcas y procede además al registro mezclándolo con “razones de conveniencia administrativa o de servicio público” que pudieran también requerir especialidad de algún género.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Se habrá observado que entre 1946 y 1972 desaparecen en el retrato territorial de Panamá los “municipios autónomos”, que además formaban mancomunariamente las provincias, lo que pudiera interesar a comu-

Estamos en realidad divisando tan sólo la cresta de todo un iceberg sumergido. 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.<sup>10</sup> He

---

nidades 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).

<sup>10</sup> 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, *Indigenous Peoples in International Law*, Oxford University Press, 1996 (versión al castellano puesta el día de próxima publicación por Trotta); Patrick Thornberry, *Indigenous Peoples and Human Rights*, Manchester University Press, 2002.

aquí la otra cara, la cara oculta, de la misma historia constitucional. Constitucional lo es también por sí, aunque ni el constitucionalismo ni la historiografía del derecho suelen dignarse en considerarla.

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 figuración 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.<sup>11</sup>

### 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.<sup>12</sup> Panamá encuentra un ejemplo que seguir, el estadounidense de expropia-

---

<sup>11</sup> 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 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.

<sup>12</sup> En internet mantengo una colección viva de pronunciamientos constitucionales pasados y presentes sobre presencia indígena por toda América: <http://alertanet.org/constitucion-indigenas.htm> (Raquel Yrigoyen,

ción 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* del derecho de gentes, tal y como si unos pueblos no debieran estar allí o, más sencillamente, como si no existiesen.<sup>13</sup> 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 misiones.<sup>14</sup>

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

---

ed.), pero conviene en todo caso la consulta de los textos íntegros, cuyas direcciones electrónicas ya he registrado. También en internet se tiene la nueva edición de la obra citada de C.G. Barié, *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina*: <http://www.cdi.gob.mx/conadepi/iii/cletus>.

<sup>13</sup> Diego Uribe Vargas (ed.), *Las Constituciones de Colombia*, Instituto de Cooperación Iberoamericana, 1985. Constitución de 1811, 23: “Queda a la generosidad de las Provincias la cesión de aquellas tierras baldías que existen dentro de sus límites conocidos y habilitados de sus territorios, y que algún día, con la naturalización de extranjeros, o aumento de la población, pudieran producir un fondo considerable al Congreso; pero se reputarán indisputablemente de éste todas las que hoy se pueden considerar *nullius* por estar inhabitadas y fuera de los límites conocidos de las mismas Provincias, aunque comprendidas bajo la demarcación general del Reyno [de Nueva Granada] y de sus líneas divisorias con otras potencias y estados, o antiguos virreinos, tales como las que bañan el alto Amazonas, Napo, Putumayo, Caquetá, Guaviare y otros ríos que descargan en el primero, o en el grande Orinoco, y en donde a su tiempo se establecerán nuevas poblaciones que hagan parte de esta Unión, a donde por lo menos conviene mantener lugares fronterizos que nos deslinden y dividan de las naciones vecinas que hoy ocupan la costa oriental de la América meridional”.

<sup>14</sup> Constitución de 1853, 47: “[...] Las secciones territoriales de la Goajira, el Caquetá y otras que no estén pobladas por habitantes reducidos a la vida civil, pueden ser organizadas y gobernadas por leyes especiales”; Constitución de 1863, 78: “Serán regidos por una ley especial los territorios poco poblados u ocupados por tribus de indígenas”. De hecho, en términos tanto o más frontalmente coloniales, la fórmula *territorial* de régimen especial ya había sido adoptada por la Constitución Española de 1812 (335.10: “Las diputaciones de las provincias de ultramar velarán sobre la economía, orden y progreso de las misiones para la conversión de los indios infieles...”), la cual tuvo aplicación en México, América Central y Perú, pero directamente no en Colombia, donde se incluía Panamá. Referencias sobre los Estados Unidos, comprendiendo noticia de una historiografía jurídica más específica y comprometida que falta por Latinoamérica, vienen luego.

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, resignándose éste de *Colombia* 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* venía enseguida modulado 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.<sup>15</sup>

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 recurrían a tratados con pueblos indígenas para una neu-

---

<sup>15</sup> Constitución de 1811, 24: “No por esto [*terra nullius*] se despojará ni se hará la menor vejación o agravio a las tribus errantes o naciones de indios bárbaros que se hallen situadas o establecidas dentro de dichos territorios; antes bien se las respetará como legítimos y antiguos propietarios, proporcionándoles el beneficio de la civilización y religión por medio del comercio y por todas aquellas vías suaves que aconseja la razón y dicta la caridad cristiana, y que sólo son propias de un pueblo civilizado y culto; a menos que sus hostilidades nos obliguen a otra cosa”; 25: “Por la misma razón podremos entrar en tratados y negociaciones con ellos sobre estos objetos, protegiendo sus derechos con toda la humanidad y filosofía que demanda su actual imbecilidad, y la consideración de los males que ya les causó, sin culpa nuestra, una nación conquistadora”; 26: “Pero si dentro de los límites conocidos de las Provincias, o entre Provincia y Provincia, hubiera naciones de esta clase ya establecidas que hoy pudieran hacer cómodamente parte de esta Unión o de las mismas Provincias, principalmente cuando ya no las aterra un tributo ignominioso, ni un gobierno bárbaro y despótico, como el que ha oprimido a sus hermanos por trescientos años, se las convidará y se las atraerá por los medios más suaves, cuales son regularmente los del trato y comercio, a asociarse con nosotros, y sin que sea un obstáculo su religión, que algún día cederá tal vez el lugar a la verdadera, convencidos con las luces de la razón y del evangelio que hoy no pueden tener”.

tralización 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 tratados.<sup>16</sup> 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*. Nombres propios menos coloniales no faltaban. 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 comunicación de civilización 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 tamaño, la perspectiva indígena se situaba en el terreno no menos o incluso más sus-

---

<sup>16</sup> 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”, en Christine Daniels y Michael V. Kennedy (eds.), *Negotiated Empires: Centers and Peripheries in the Americas, 1500-1820*, Routledge, 2002, pp. 79-103 (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; 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, 147-171), tratándose en todo caso de un triler de la obra, que aún se cuece en el horno, de D.J. Weber, *Spaniards and their Savages in the Age of Enlightenment*.

tancialmente 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 apegándose por ello a constitución alguna de Colombia, sino al tratado con la parte hispana, fuese luego colombiana o panameña, que se había celebrado en efecto en 1787, al tiempo que se constituían definitivamente al norte los Estados Unidos. ¿No hay toda una historia constitucional que la historiografía tal se resiste a tomar en consideración? Ahí se tiene.<sup>17</sup>

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 (postabolicionistas, postnativistas, postcoloniales, postconstitucionales, no necesariamente postmodernas), interesando además de un modo bien neurálgico a materia tanto jurídica en general como constitucional muy en particular.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> James Howe, *A People Who Would Not Kneel: Panama, the United States, and the San Blas Kuna*, Smithsonian Institution Press, 1998.

<sup>18</sup> 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,

## 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. Estados Unidos los introdujo en la historia constitucional como literalmente el enemigo a mantener a raya combatiéndole y batiéndolo.<sup>19</sup> La segunda y definitiva Constitución estadounidense, la de 1787, con todas sus primeras enmiendas, asume 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 nada.<sup>20</sup> En lo que a este último respecta, la posición constitucional no cambia cuando se suprime la prima al esclavismo por abolirse la esclavitud.<sup>21</sup> Ninguna enmienda constitucional se ha enfrentado 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, no por medio constitucional, sino por procedimiento legislativo y vía administrativa, sin consentimiento además de los propios pueblos indígenas.<sup>22</sup> He ahí de nuevo y en definitiva la cresta de todo un iceberg,

---

2003. Dejo ahora aparte el problema del equívoco que puede producir la aplicación al caso de América de la categoría de *postcolonialismo*, como si el prefijo estuviera dando por zanjada la raíz. Y al margen pongo el postmodernismo porque, refundiendo supuestos de última generación, confunde casos de generación primera.

<sup>19</sup> Primera Constitución de los Estados Unidos, los Artículos de la Confederación de 1781, 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 [...]”.

<sup>20</sup> Constitución de los Estados Unidos, 1787, I.2(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” (siendo *other persons* los esclavos que así añaden puntos a sus amos; y cabe preguntarse por qué, si están de entrada excluidos, se añade pronunciamiento, asumiéndose así disposición, sobre *Indians*).

<sup>21</sup> Constitución de los Estados Unidos, Enmienda XIV, 1868, 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 [...]”.

<sup>22</sup> 1924 (cuando ya existe la Sociedad de Naciones y *Hodensaunee* –la Confederación Iroquesa– se ha personado reclamando su reconocimiento como nación y correspondiente ingreso): “Act to Authorize the Secretary

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 comunicación y garantía de libertades. No conviene olvidar estos detalles respecto de padres fundadores y enmendadores.<sup>23</sup>

Los hermanos 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.<sup>24</sup>

---

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 [...]. Sobre la actuación internacional de *Hodenoosaunee*, Ronald Niezen, *The Origins of Indigenism: Human Rights and the Politics of Identity*, University of California Press, 2003, pp. 31-36, 51.

<sup>23</sup> 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. y 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.

<sup>24</sup> Como ejemplo bien elocuente, valga la Constitución de Venezuela de 1811, 200: "Como la parte de ciudadanos que hasta hoy se ha denominado indios no ha conseguido el fruto apreciable de algunas leyes que la monarquía española dictó a su favor, porque los encargados del Gobierno en estos países tenían olvidada su

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 sometérseles 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 masculino.<sup>25</sup>

---

ejecución; y como las bases del sistema de Gobierno que en esta Constitución ha adoptado Venezuela no son otras que las de la justicia y la igualdad, encarga muy particularmente a los Gobiernos provinciales que así como han de aplicar sus fatigas y cuidados para conseguir la ilustración de todos los habitantes del estado, proporcionarles escuelas, academias y colegios en donde aprendan todos los que quieran los principios de Religión, de la sana moral, de la política, de las ciencias y artes útiles y necesarias para el sostenimiento y prosperidad de los pueblos, procuren por todos los medios posibles atraer a los referidos ciudadanos naturales a estas casas de ilustración y enseñanza, hacerles comprender la unión íntima que tienen con todos los demás ciudadanos, las consideraciones que como aquellos merecen del Gobierno y los derechos de que gozan por sólo el hecho de ser hombres iguales a todos los de su especie, a fin de conseguir por estos medios sacarlos del abatimiento y rusticidad en que los ha mantenido el antiguo estado de las cosas y que no permanezcan por más tiempo aislados y aun temerosos de tratar a los demás hombres, prohibiendo desde ahora que puedan aplicarse involuntariamente a prestar sus servicios a los Tenientes o Curas de sus parroquias, ni a otra persona alguna, y permitiéndoles 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, según los términos y reglamentos que formen los gobiernos provinciales”; 201: “Se revocan, por consiguiente, y quedan sin valor alguno las leyes que en el anterior Gobierno concedieron ciertos Tribunales, protectores y privilegios de menor edad a dichos naturales, las cuales, dirigiéndose al parecer a protegerlos, les ha perjudicado sobremanera, según ha acreditado la experiencia”.

<sup>25</sup> Constitución de Argentina de 1819, 128: “Siendo los indios iguales en dignidad y en derechos a los demás ciudadanos, gozarán de las mismas preeminencias y serán regidos por las mismas leyes. Queda extinguida toda tasa o servicio personal baxo cualquier pretexto o denominación que sea. El Cuerpo Legislativo promoverá eficazmente el bien de los naturales por medio de leyes que mejoren su condición hasta ponerlos al nivel de las demás clases del Estado”. Constitución de México de 1824, 50: “Las facultades exclusivas del congreso general son las siguientes: 11. Arreglar el comercio con las naciones extranjeras, y entre los diferentes estados de la fe-

No son muchos los estados de 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 Constitución hasta la vigente, desde 1822 hasta 2001 (el año de la última reforma constitucional hasta el momento), no hay rastro de la existencia indígena en el orden estrictamente constitucional de Chile. Repasando constituciones, nadie sospecharía de la presencia de mapuches al sur o de quechuas al norte, entre otros pueblos. 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 la misma Constitución de 1822, Chile define 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 XIX.<sup>26</sup> Ignorar no es todavía eliminar, aunque sea una premisa. Ahí están

---

deración y tribus de los indios” (traducción literalmente de la Constitución de los Estados Unidos, I. 8: “The Congress shall have power: 3: To regulate commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian tribes”, de igual manera que la Constitución Federal de Centroamérica de 1835, 83.32). Constitución del Perú de 1828, 75: “Son atribuciones de estas Juntas [Departamentales]: 10. Entender en la reducción y civilización de las tribus de indígenas limítrofes al departamento, y atraerlos a nuestra sociedad por medios pacíficos”. Constitución de Ecuador de 1830, 68: “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”. Declaración de Derechos de Guatemala de 1838, 3: “Aunque todos los hombres tienen por naturaleza iguales derechos, su condición en la sociedad no es la misma [...]. Para fundar y mantener el equilibrio social, las leyes amparan al débil contra el fuerte, y por esta necesidad en todas las naciones, aun las menos cultas, son protegidas particularmente aquellas personas que por su sexo, edad o falta de capacidad actual, carecen de ilustración suficiente para conocer y defender sus propios derechos. Por tanto, hallándose la generalidad de los indígenas en este último caso, las leyes deben protegerlos a fin de que se mejore su educación; de evitar que sean defraudados de lo mejor que les pertenece en común o en particular; y que no sean molestados en aquellos usos y habilidades aprendidos de sus mayores, y que no sean contrarios a las buenas costumbres”. Y así sucesivamente, con las restantes hornadas del siglo XIX más taciturnas, volviendo en el XX la locuacidad.

<sup>26</sup> Constitución de Chile de 1822, 3: “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”. Por las mismas secuelas actuales de la conquista de la Patagonia por Chile y Argentina en las postrimerías del XIX, hay constancia pública del asunto, pero no en cambio 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

en la Patagonia otras partes, además de Chile y Argentina, cuya perspectiva habrá de hacer por recuperarse a fin de reintegrarse una historia y quizá también de resarcirse un derecho.<sup>27</sup>

Adviértase que, junto a la doctrina de *terra nullius*, 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 de todas las variantes constitucionales. Particularmente la doctrina del *uti possidetis* o de mantenimiento del estado anterior de posesión referido, como luego también la descolonización, a fronteras teóricas coloniales, vendrá a echar una buena mano a los Estados con su definitiva ignorancia de las independencias indígenas en América.<sup>28</sup>

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 ajenos. El panorama ha de ser siempre multilateral. De hecho, por América se supera la unilateralidad advirtiéndose la pluralidad de culturas, pero,

---

provincial, de la Constitución de Argentina, 75: “Corresponde al Congreso: 17. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”.

<sup>27</sup> Pascual Coña, *Lonco Pascual Coña ñi tuculpazugun –Testimonio de un cacique mapuche–*, texto dictado al padre Ernesto Wilhelm de Moesbach (1924-1927), paralelo en mapudungún y español, Pehuén, 1984, donde el apelativo de los chilenos es *winka*, esto es en lengua mapuche, 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 estos otros mapuches, los transandinos, para sí mismos y para quienes les invadían, pero no hay para este otro lado una autobiografía equivalente, ni aun mediada como ésta por mano misionera.

<sup>28</sup> 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.

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 latina.<sup>29</sup> 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 científicas.<sup>30</sup>

### 9. Acotación sobre México

Entre los Estados Unidos y Centroamérica se encuentra el espacio de Latinoamérica más estudiado para las cuestiones que estamos considerando, por lo que voy a permitirme alguna reflexión historiográfica, bien que necesariamente sumaria,<sup>31</sup> a su respecto. Me refiero a México. No es que exista una historiografía constitucional que se adentre a 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 tanteo.<sup>32</sup> Aparecen pioneros en territorio que pudiera tenerse por explorado si, manejándose lenguas o teniéndose al menos conciencia, hubiera comunicación con la parte viva interesada. Así me parece que están las cosas en un ámbito de especialidad. Sin embargo, se cuenta con indagaciones históricas 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

---

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> B. Clavero, *Genocidio y Justicia. La Destrucción de Las Indias Ayer y Hoy*, Marcial Pons, 2002. No es quizá 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.

<sup>31</sup> Para extensión, B. Clavero, "Minority-Making: Indigenous people and non-indigenous law between Mexico and the United States", en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 32, 2003.

<sup>32</sup> Manuel Ferrer Muñoz y María Bono López, *Pueblos indígenas y Estado nacional en México en el siglo XIX*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.

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 puertas.<sup>33</sup> Pareciera que ahí concluyese el periplo resistente de unos pueblos que vendrían ahora a confluír en el generoso caudal de la ciudadanía en común entre indígenas y no indígenas. No es que se 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 este panorama histórico para toda Latinoamérica. La vecindad colonial desembocaría en la ciudadanía compartida sin mayor problema todo ello para la incorporación indígena.<sup>34</sup>

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 a las alternancias entre resistencia y concurrencia, por parte de unos pueblos de cultura distintiva, lengua incluida, y a veces todavía, nada raramente, de territorio independiente.<sup>35</sup> 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. Aunque no siempre lo consiga, la historiografía, al contrario que el derecho, sabe bien que no debe actuar con ideas preconcebidas

---

<sup>33</sup> Estoy pensando respectivamente en Nancy M. Farris, *Maya Society and Colonial Rule: The Collective Enterprise of Survival*, Princeton University Press, 1984, y James Lockhart, *The Nahuas after the Conquest: A Social and Cultural History of the Indians of Central Mexico, Sixteenth through Eighteenth Century*, Stanford University Press, 1992; Kevin Terraciano, *The Mixtecs of Colonial Oaxaca: Nudzahui History, Sixteenth Through Eighteenth Centuries*, Stanford University Press, 2002. Hay edición en castellano de los dos primeros (Alianza Editorial, 1992; Fondo de Cultura Económica, 1999; respectivamente). Tampoco para el mundo quechua hay prosecución hacia el presente de estudios como el citado de K.J. Adrien, *Andean Worlds, 1532-1825*.

<sup>34</sup> Tamar Herzog, *Defining Nations: Immigrants and Citizens in Early Modern Spain and Spanish America*, Yale University Press, 2003.

<sup>35</sup> 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, *Peasant and Nation: The Making of Postcolonial Mexico and Peru*, University of California Press, 1994.

o expectativas marcadas del signo que sean. Lastre y sesgo siguen siendo comúnmente no indígenas.<sup>36</sup> Una historia de un solo pueblo como tal, por sí mismo y 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 avizorarsele.<sup>37</sup>

Llegando la Revolución mexicana con su proyecto de nación más inclusiva que sigue excluyendo el reconocimiento de pueblos, 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 de pluralismos de todo género. México identifica y refunde incluso, o quizá sobre todo, cuando no figura expresamente como sujeto de indagación y exposición historiográficas. 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 interacti-

---

<sup>36</sup> 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, 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, 1977, “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*, El 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.

<sup>37</sup> 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 (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, sino la contribución más indispensable a la multilateralidad debida.

vidad política y cultural entre ellos y con el Estado.<sup>38</sup> 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 constitucionalismo.<sup>39</sup>

### 10. Colofón: ciencia del derecho y conciencia de la historiografía

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 del jurista, sino la malicia experimentada de la historiografía. La misma división característica de poderes que se tiene por garantía de libertades –el legislativo, el ejecutivo y el judicial– cae entonces bajo la sospecha de que sea, ante todo, el despliegue del apoderamiento mismo del Estado frente a pueblos. Se pretende mecanismo de libertad y puede ser establecimiento de poder.

Cuando vienen finalmente a adicionarse en el mismo edificio constitucional unos reconocimientos de la presencia indígena, la contradicción resulta, por no cederse poderes, flagrante desde luego.<sup>40</sup> El derecho, sin embargo, permanece

---

<sup>38</sup> 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).

<sup>39</sup> Con 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. Confróntese ahora, alcanzando a la reforma constitucional de 2001 que declara un perfectamente inoperativo “derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación”, así tratándose de este presente tan grávido de historia como indigente de historiografía, Francisco López Bárcenas, *Legislación y Derechos Indígenas en México*, Ediciones Casa Vieja, 2002.

<sup>40</sup> 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, Constitución del Perú, 138: “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos [...]”; 139: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional”; 149: “Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, 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, calificando a *comunidad*, significa *campesina* quechua y *aymara*; *nativa*, perte-

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. Para las cosas decisivas del constitucionalismo en definitiva solapado, funciona realmente mejor el silencio que la mención. Tomen nota, por lo que les toca, la historiografía y el derecho. 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.<sup>41</sup>

*De tota America, Latina Anglicaque, fabula narratur.* Fábula es la *guaca constitucional*, toda la estratigrafía histórica que alcanza y afecta al sistema constitucional constituido, valga la aparente redundancia, pues conviene especificar en este género tan delicado de cosas. ¿Concluimos con la moraleja de rigor? Puede ser a doble banda. Sin historia no hay ciencia del derecho. Sin derecho no hay conciencia de la historiografía. Vaya también, si se me admite, una propina de metodología. Seamos utilitaristas. Hay que aprender a leer la deficiencia e incluso la carencia de fuentes e interpretar los silencios. Despedido, suscribo e invito a la prosecución del diálogo: clavero@us.es. 

---

neciente a alguno de los diversos pueblos amazónicos; las *rondas campesinas* de defensa comunitaria pueden ser tanto indígenas como no indígenas. 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. No creo que este estrambote sea privativamente para juristas.

<sup>41</sup> Entre la historia y el derecho, la historiografía y el constitucionalismo, B. Clavero "Multiculturalismo constitucional con perdón, de veras y en serio", *Revista Internacional de Estudios Vascos*, 47, 2002, pp. 35-62.