



A RAÍZ DE ALGUNAS “CEGUERAS CONSTITUCIONALES”

Bartolomé Clavero

Tierras baldías y tutela¹

A primera vista, el arranque constitucional hispanoamericano parece resuelto en la dirección incluyente. Unos estados que se independizan de la monarquía hispana lo hacen en nombre de la población toda y no sólo de una minoría de origen europeo. Proceden de un régimen colonial que ya ha instaurado un dominio comparativamente más directo, aunque nada completo, sobre población indígena con establecimiento expreso de *tutela*². Ahora, unas constituciones van a plantearse por lo general bajo el supuesto de una sola *nación* en singular, sobre la base de participación de *nacionalidad* e incluso de

ciudadanía, mas con actitud también equívoca respecto a la irrealidad de la inclusión. Y la incorporación constitucional tampoco sigue. Tenemos igualmente la exclusión que nos ocupa, una jurídica. Vayamos a verlo.

En 1811, el Acta Constituyente de la Confederación de las Provincias Unidas de Nueva Granada, que, independenciamiento definitiva mediante, se vería seguida por la República de Colombia comprendiendo a Venezuela y Ecuador, la llamada Gran Colombia, prevé la transferencia, desde las Provincias a la Unión, de “las tierras baldías” que se sumen a “todas las que se pueden considerar ‘nullius’ por estar deshabitadas” ya atribuidas a la Confederación³. Lo de

tierras baldías e inhabitadas resulta incierto pues a continuación se dispone que “no por esto 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”, con la previsión además, según prosigue el Acta, de que “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”.

Esta buena disposición se manifiesta reconociéndoseles “como legítimos y antiguos propietarios” a la espera del “beneficio de la civilización y religión” por medio de relaciones pacíficas, “a menos que su hostilidad nos obligue a otra cosa” y con los pertrechos de “toda la humanidad y filosofía que demanda su actual imbecilidad”. Todo esto, la despoblación y la presencia, el reconocimiento y la descalificación, puede parecernos de entrada completamente contradictorio, pero seamos pacientes. Ya nos haremos de elementos para captar la coherencia de fondo. De momento, podemos apreciar una coincidencia. El derecho indígena se reconoce, siempre que deje de presentar entidad propia. El reconocimiento mismo pudiera ser especular. La imagen ajena resulta tan deformada que ni siquiera identifica, cuanto menos va a reconocer. La inclusión puede ser excluyente igual que la viceversa.

Poco menos de un mes después, finalizando el año 1811, en el mismo ámbito latamente granadino, Venezuela formaliza su propia confederación⁴. Su acta constituyente expresa de modo paladino un punto de partida incluyente. Se produce sobre el supuesto de la ciudadanía común con la consecuencia de la cancelación explícita del estado de *tutela* de los indígenas, esto es, como dice, de los “privilegios de menor de edad” que, “dirigiéndose al parecer a protegerlos, les ha perjudicado sobremanera, según ha acreditado la experiencia”. La cancelación viene precedida a efectos de motivación por un largo artículo dedicado a esta “parte de ciudadanos que hasta hoy se ha denominado *indios*”. Pone de relieve un horizonte efectivamente cancelatorio, mas con alcance muy superior. Se registra un programa de conversión primariamente religiosa y mayormente cultural de los dichos *indios*. Se marca el objetivo de “hacerles comprender la íntima unión que tienen con todos los demás ciudadanos” para que puedan superar “el abatimiento y rusticidad en que los ha mantenido el antiguo estado de las cosas” y asumir “los derechos de que gozan por sólo el hecho por ser hombres iguales a todos los de su especie”. Desde ya, se agrega, sin necesidad de esperar a dicha integración completa en una ciudadanía común mediante la privatización de la propiedad, “quedan sin valor alguno las leyes que en el anterior Gobierno concedieron ciertos tribunales protectores y privilegios de menor edad a dichos naturales”. Específicamente se prohíbe que los antes llamados *indios* “puedan aplicarse involuntariamente a prestar sus servicios a los Tenientes o Curas de sus parroquias”.

Hay así programación de desculturización indígena para inculcación constitucional con aplicación por la misma Constitución a la previsión concreta del “reparto de propiedad de las tierras que les estaban concedidas y de que están en posesión”, así en precario. Queda entendido que no hay dominio territorial si no se viene a propiedad privada. Y que no cabe comunidad propia ni derecho propio. Desde la perspectiva indígena, la inclusión pudiera ser exclusión.

Unos arranques constitucionales definitivos pueden también acabar produciéndose con posiciones que velan presencia y cancelan derecho en bastante menor medida, pero esto por la razón de mantenerse con mayor franqueza la posición colonial de una *minoría de edad* cualitativa para la mayoría cuantitativa a los efectos de suspensión de derechos y sometimiento a *tutela*. En 1830, la Constitución del Ecuador todavía integrado en la Gran Colombia resulta de lo más franca: “Este Congreso constituyente nombra a los venerables curas párrocos por tutores y padres naturales de los *indios*, excitando su ministerio de caridad a favor de esta clase inocente, abyecta y miserable”. Así, lo que Venezuela intentaba cancelar en 1811, Ecuador consagraba constitucionalmente en 1830. En su primera Constitu-

ción independiente de 1835, sin embargo, Ecuador ya prefiere el silencio.

La Declaración de Derechos de Guatemala de 1839, de la Guatemala también independiente tras la disolución en su caso de la federación de Centro América, no es menos expresiva. Proclama la precisión de que sean “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”, con lo cual no sólo la mujer, sino otros mayores resultan también *menores*. Queda expresamente comprendida “la generalidad de los indígenas” como incapaces ni siquiera del conocimiento del derecho que se les presume constitucionalmente, pero capaces, según la propia visión constitucional, de atenerse al que viene imponiéndoseles desde unos tiempos previos, los coloniales. Lo uno queda suspendido y lo otro prorrogado. La cancelación es del primero, del constitucional, no del segundo, del colonial. Hay también su punto de coincidencia con el planteamiento de Colombia y Venezuela.

Territorios y conversión

Una posición de *minoría* cualitativa, aun constituyéndose mayoría cuantitativa, y correspondiente *tutela*, sea estatal o eclesiástica, no es cosa que suela manifestarse de modo tan abierto en sede constitucional, pero representa la política usual. Y es el punto significativo. La misma Venezuela que ha arrancado con la afirmación taxativa de la ciudadanía igual, pasa desde 1864 a la abierta formulación constitucional de la *tutela* estatal mediante el régimen federal de *territorios* para llegar a la modalidad eclesiástica en 1909: “El Gobierno podrá contratar la venida de misioneros que se establecerán precisamente en los puntos de la República donde hay indígenas que civilizar”. La Constitución venezolana de 1963, todavía teóricamente en vigor, sigue ofreciendo cobertura para la suspensión del propio derecho: “La ley establecerá el régimen de excepción que requiera la protección de indígenas y su incorporación progresiva a la vida de la Nación” (art. 77). Y Colombia hace lo propio sólo que por ley. La Constitución colombiana de 1863, aparte de contemplar el régimen de *territorios* transitorio mientras que no se contase con “población civilizada”, especifica una previsión: “Serán regidos por una ley especial los territorios poco poblados u ocupados por tribus de indígenas”. La legislación ratificará la suspensión de constitucionalidad. Entre Colombia y Venezuela, porque fracasase la federación, no difieren direcciones⁵.

Parece claro que, igual que lo que sucede con la *tutela*, el régimen de los *territorios* -este invento estadounidense⁶- sirve para la pretensión e imposición de dominio sobre población indígena independiente, tanto en México como en Argentina. La influencia del federalismo no es ajena a este designio. Puede incluso potenciarse persiguiéndose el objetivo. Las constituciones evitan cualquier posibilidad de que se convirtiera en estado o equivalente, como en provincia también autónoma, territorio de dominio indígena.

La de México de 1857, la mexicana más importante del siglo XIX, contiene la prohibición de acuerdos federativos interestatales por separado con una exclusiva salvedad: “Esceptúase la coalición, que pueden celebrar los Estados fronterizos, para la guerra ofensiva o defensiva contra los bárbaros”, contra los indígenas independientes⁷.

Argentina conoce la práctica de tratados interprovinciales con previsiones para “escarmentar la insolencia de los bárbaros” y “expedicionar en combinación sobre los bárbaros”. Las provincias “se ligan y constituyen en alianza ofensiva y defensiva contra los indios fronterizos, ya sea para resistir las incursiones que vengan de las Pampas, o ya para penetrar en ellas”. La Constitución de Argentina de 1853, la más importante no sólo del XIX, sino hasta hoy, atribuye a la federación competencia para “conservar el trato pacífico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo”⁸. Y ya vemos que no era otra la línea del federalismo colombiano y venezolano.



El derecho indígena se reconoce, siempre que deje de presentar entidad propia.

El inciso susodicho de la “conversión al catolicismo” en la Constitución de Argentina de 1853, es “conversión al cristianismo y a la civilización” en la de Paraguay de 1870, con la premisa en ambas de “trato pacífico con los indios”⁹.

Como también se entiende por las expresiones vistas de las Constituciones de Venezuela desde 1909, hay todo un destino para la parte indígena bajo el signo de la pérdida de cultura propia y de otras privaciones no menos materiales, como las de tierras, o todo un albur también nada pacífico, habiendo resistencia, de exterminio. No es designio que les gustase manifestar a las Constituciones en clave menos religiosa o más paladina. Tampoco suelen expresar la situación de hecho como lo hace la Constitución de Honduras en 1865: “el régimen judicial y gobierno interior o local” puede ser distinto y singular en el caso de “las tribus aún no civilizadas”¹⁰. Lo es y no precisamente por dispensa constitucional ni por deficiencia cultural, sino por contar con ello, con esta cultura propia.

Enseñanzas de la parábola

Hay más rasgos en común que distintivos en estas variadas parábolas hispanoamericanas.

Lo primero que hay en común es la presunción constitucional de dominio territorial sobre gentes independientes hasta el punto de denegarles el derecho mismo al territorio propio: *tierras baldías, nullius, deshabitadas*. Los estados se constituyen como si alcanzasen unas fronteras contiguas entre ellos al tiempo que reconocen la existencia de enteros territorios que de hecho no dominan o que incluso llanamente desconocen sin que esto empece ni empañe su título, el del estado. El horizonte venezolano de ciudadanía común no inme-

diato requiere la pérdida de la condición indígena que primordialmente se manifiesta a través de la privatización de la propiedad con desaparición implícita de la comunidad. De momento, para la entera parábola, toda garantía queda en suspenso. Ni siquiera se reconoce un derecho estricto de dominio: “tierras que les estaban concedidas y de que están en posesión”. Y cabe la guerra de agresión de haber resistencia: “a menos que sus hostilidades nos obliguen a otra cosa”.

Hay otra presunción constitucional en común, la que se refleja en calificativos como *errantes, bárbaros, imbeciles, abatidos, rústicos, menores, inocentes, abyectos* o *miserables*, algunos de los cuales eran estrictas categorías jurídicas marcando un estatus o condición de degradación y supeditación mientras que se fuera indígena.

El estado de *tutela* que de aquí deriva, una tutela muy activa pues buscaba ahora no sólo conversión religiosa, sino también transculturalización jurídica, o el poder discrecional sin más a un mismo propósito, siempre parece entendido como una fase necesaria de transición hacia dicha comunidad determinada de ciudadanía. En una parábola constitucional como la venezolana, por ejemplo, no hay tanta diferencia entre los extremos, el primero y el último. No la hay siquiera de fondo entre los comienzos de afirmación de la ciudadanía o de la tutela. Es cuestión de énfasis, no de paradigma, lo que distingue unos planteamientos de otros, inclusive el angloamericano con respecto al latinoamericano o también el colombiano respecto al venezolano iniciales. Ambos se mueven en un limbo situado entre exclusión e inclusión, colonial la una y constitucional la otra, ambas compatibles y ninguna ni de lejos el paraíso, el prometido religiosamente por el colonialismo o el presumido liberalmente por el constitucionalismo.

La *tutela* y todo lo que la misma implica en cuanto a degradación de posición con neutralización de derechos era invención de un *ius gen-*

Parece claro que, igual que lo que sucede con la tutela, el régimen de los territorios [...] sirve para la pretensión e imposición de dominio sobre población indígena independiente, tanto en México como en Argentina.

tium, del derecho de gentes que, desde tiempos medievales, se permite concebir Europa para la humanidad toda sin contar con el resto, entendiéndolo además *ius naturale*, derecho de naturaleza, orden así obligado. Y el *tutor* ya se sabe que tiene unos poderes discrecionales. Presume que conoce el interés del pupilo mejor que éste mismo. Como antes monarquías e iglesias, ahora iglesias y estados saben lo que les conviene a los pueblos indígenas de América. No cabe entonces interponer derecho alguno ante la discreción tutelar. Incluso cuando ésta no se formula ni impone, como en algunos inicios

o en unos recientes desarrollos, la posición de fondo puede y suele mantenerse. Los estados se sienten investidos de ciencia y no sólo de poder para el tratamiento de la población indígena como humanidad inerte sin discernimiento atendible ni siquiera para los intereses propios. La degradación de unas *gentes* frente a otras, en presencia de las europeas, no es un invento constitucional. Procede de siglos y se agrava incluso por unas vísperas, cuando ya está concibiéndose lo que acabará llamándose estado de derecho¹¹.

Notas

¹ Este artículo ha sido editado a partir de un artículo y un ensayo del autor: “Original Latin American Constitutionalism”, en *Rechtsgeschichte*, n.16, 2010, pp. 25-28; *Ama Llunku, Abya Yala: Constitución indígena y Código Ladino por América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, esp. Cap I, “Parábola de Ackerman. Originalidad constitucional americana”. Se remite a esos textos para una bibliografía más exhaustiva de los argumentos aquí tratados. El segundo de los textos referidos, así como muchos otros escritos de Bartolomé Clavero, se encuentra en versión electrónica en su blog <http://clavero.derechosindigenas.org>.

² Nota del Coordinador Editorial: los énfasis del Autor se han destacado en letra cursiva a lo largo del texto.

³ Diego Uribe Vargas (ed.), *Las Constituciones de Colombia*, edición ampliada y actualizada, Madrid, Instituto de Cooperación Iberoamericana, 1985 (ed. orig. 1977), Acta de Confederación de 1811, arts. 23-25. La Constitución de Cundinamarca o pequeña Colombia del mismo año es anterior, como también lo son dichas bases federales, a la venezolana, pero la cundinamarquesa primera guarda vínculo con España y silencio sobre la presencia indígena.

⁴ Luís Mariñas Otero (ed.), *Constituciones de Venezuela*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1965, Constitución de 1811, *Disposiciones generales*, arts. 200 y 201. Un buen cuerpo de constituciones latinoamericanas cuenta con edición en serie de dicho Instituto y del de Cultura Hispánica que casi nos basta para una visión histórica: Ecuador (1951), Cuba (1952), Argentina (1952), Puerto Rico (1953), Perú (1954), Panamá (1954), Uruguay (1956), República Federal de Centro América (1958), Guatemala (1958), Nicaragua (1958), Bolivia (1958), Brasil (1958), El Salvador (1961), Honduras (1962), Costa Rica (1962), Venezuela citada (1965), Haití (1968), Colombia (1977) y Paraguay (1978). Para México, Felipe Tena (ed.), *Leyes Fundamentales de México, 1808-1992*, México, 1992.

⁵ Para Venezuela, ver L. Mariñas Otero (ed.), *op. cit.*, Constitución de 1864, 1874, 1881 y 1891 art. 43.22; de 1893, art. 44.21; de 1901, art. 54.30; de 1904, arts. 4 y 52.4; de 1909, arts. 9, 57.5 y 80.18, el de misiones cuyo registro no se reitera en otros textos constitucionales porque pasa a ley hasta hoy; para Colombia, ver D. Uribe Vargas (ed.),

op. cit., Constitución de 1863, art. 78.

⁶ La Constitución federal de los Estados Unidos de 1787 hace previsión de incorporación de nuevos estados, lo cual entonces, en 1787, acababa de regularse mediante el invento no menos federal del *territorio*, caracterizado éste por no gozar de autonomía constitucional, de la posibilidad de constituir estado, en tanto que no se cumpliesen requisitos de población, suponiendo que la población inmigrante se hiciera con el control mediante el desplazamiento de la población indígena o por su reducción a *reservas*. La contrariedad de tal presencia lleva pronto a la Corte Federal Suprema a una concreción del principio de competencia federal. Según su temprana jurisprudencia, el referido artículo de las relaciones comerciales ha de leerse en lo que toca a la posición intermedia de las *tribus indias* como reconocimiento de *naciones* bajo la *tutela de la Nación*, de los Estados Unidos, entidades entonces *domésticas* suyas, todo a un tiempo, “domestic dependent nations”, “in a state of pupilage”, “the Indian tribes”. Ver Philip P. Frickey, “Marshalling Past and Present: Colonialism, Constitutionalism, and Interpretation in Federal Indian Law”, en *Harvard Law Review*, n. 107, pp. 381-440.

⁷ F. Tena (ed.), *op. cit.*, Constitución de 1857, art. 111.1.

⁸ Laura San Martino (ed.), *Documentos constitucionales argentinos*, Buenos Aires, 1994, acuerdos entre Buenos Aires y Santa Fe de 1823, preámbulo, entre Santa Fe y Montevideo del mismo año, art. 2, y entre Buenos Aires y Córdoba de 1829, arts. 4 y 5, pues esta colección se extiende a tratados interprovinciales además de a constituciones provinciales del XIX; Constitución de 1853, art. 64.15.

⁹ Faustino J. Legón (ed.), *Las Constituciones de la República Argentina*, Madrid, Ediciones de Cultura Hispánica, 1952, Constitución de 1857, art. 64.15, que es el 67.15 desde la reforma de 1860; L. Mariñas Otero (ed.), *Las Constituciones de Paraguay*, Madrid, Ediciones de Cultura Hispánica, 1978, Constitución de 1870, art. 72.13.

¹⁰ L. Mariñas Otero (ed.), *Las Constituciones de Honduras*, Madrid, Ediciones de Cultura Hispánica, 1962, Constitución de 1865, art. 108; de 1873, art. 112.

¹¹ S. James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, New York, Oxford University Press, 1996, pp. 9-38.