



## Derechos Colectivos y Administración de Justicia Indígena

# Tratados con Pueblos o Constituciones de Estados: Dilema para América

Bartolomé Clavero\*

Los derechos de pueblos indígenas, de pueblos que no forman estados y que son anteriores a ellos en el propio territorio manteniendo cultura propia, han sido reconocidos bajo formas jurídicas distintas, según su relación con la estructura de los Estados nacionales.

### Contenido

1. **Tratados antes que Constituciones**
2. **Constituciones entre Tratados**
3. **Constituciones sin Tratados**
4. **Tratados entre Constituciones**
5. **Tratados después de Constituciones**

Los derechos de pueblos indígenas, de pueblos que no forman estados y que son anteriores a ellos en el propio territorio manteniendo cultura propia, pueden reconocerse y actualmente se reconocen por medio de formas distintas, mediante, por ejemplo, sentencias, leyes, estatutos, constituciones o tratados. No digo que el medio sea el mensaje o que la forma determine el contenido, mas pienso que esto, lo mediático y formal, no es indiferente o que incluso cuestiones bien de fondo pueden implicarse en ello. Ya por la clase de instrumento que se utilice, sea judicial, sea legislativo, sea estatutario, sea constitucional, sea de tratado, cabe que se determine la misma posición que se le adjudica a la parte indígena. Mediante uno u otro tipo de norma, sólo con ello, puede determinarse el alcance efectivo del derecho que procede a reconocérsele. No voy a ocuparme de todas las especies documentales que pueden mediar formalmente en el registro y admisión de derechos indígenas, sino tan sólo del par más significado, la forma de tratado y la forma de constitución. Me sitúo en América.

### 1. **Tratados antes que Constituciones**

Históricamente precede el tratado. Antes de que aparezca la constitución como forma normativa en el sentido básico que hoy le conferimos, lo que sólo ocurre hacia las postrimerías del siglo XVIII con la independencia de los Estados Unidos y sus secuelas por América, antes de esto ya se lleva un tiempo practicando a una doble banda, tanto por las potencias europeas entre sí como entre ellas por separado y pueblos indígenas, tratados que interesan a derechos de éstos. Unos y otros instrumentos pueden entonces llamarse formalmente tratados, pero entre uno y otro supuesto, entre estados europeos o entre estado europeo y pueblo indígena, se presenta una importante diferencia a menudo solapada o implícita, no puesta de manifiesto ante una de las partes contrayentes.

Por aquellos siglos, por el XVII y el XVIII sobre todo, entre potencias europeas acuerdo y trato se entienden usualmente negociados y contraídos por iguales. Entre parte europea y parte indígena, se presume en cambio

por la primera una posición de superioridad en virtud de la cual sobrentiende la misma una reserva de facultades que van de la interpretación a la cancelación unilaterales. No se necesita consignar esto expresamente en el tratado pues no se considera sujeto a negociación ni acuerdo. Se tiene de parte europea por un dato natural de distancia entre culturas debiendo la propia, y no sólo pudiendo, hacerse cargo de la responsabilidad directiva o, como se concebía a sí misma, civilizatoria y colonizadora. Como deber, y no sólo como derecho, que así se presumía, dicha reserva y el eventual ejercicio de facultades retenidas permeaba el entendimiento e inspiraba la práctica de dichos tratados entre potencias coloniales y pueblos colonizados. Para el lenguaje de esta parte, la de matriz europea, ello se expresaba con la categoría de soberanía, el poder que así se presumía, retenía y ejercía.

Sin embargo, de mediar tratado, había bilateralidad, algo sumamente importante incluso frente a dicha presunción de cultura. No sólo existía la inteligencia de una parte, de la que se pensaba superior, sino también de la otra, la que creía lógicamente en pie formal de igualdad (Williams, 1997). Podía ésta justamente entender que prácticas como la del reconocimiento mutuo mediante el intercambio de obsequios expresaba esa relación formalmente igualitaria por delante y por encima de cualquier estipulación registrada en escritura y, desde luego, de cualquier presunción de parte. El tratado no dejaba de ser un instrumento bilateral en pie de igualdad porque se sesgase y desvirtuara por el entendimiento e interpretación de una de las partes. Su propia existencia, la del tratado, testimoniaba el mutuo reconocimiento de derechos respectivos, no sólo el de derechos indígenas por potencias europeas, sino también de derechos europeos por pueblos indígenas en América, lo cual era por supuesto lo primario. Porque la parte europea, la advenediza, se pensase legitimada por el imperativo religioso de su deber civilizatorio, no tenía legitimación ante la humanidad indígena. No la recibía desde luego sino por su consentimiento, el indígena.

Si recuperamos el entendimiento justamente bilateral, no etnosesgado, de unos tratados, resulta entonces haberlos incluso en casos en que una parte, la europea, no les prestaría luego de grado reconocimiento alguno. Los aprovechó como credencial de entrada para negar más tarde su existencia. Me refiero a prácticas como la dicha de intercambio de

obsequios o como la de mutuo emparentamiento efectivo o también ficticio sin necesidad de acompañamiento de escrituras. Constituían verdaderos tratados, si se quiere implícitos, por el reconocimiento que realmente implicaban. Lo hacían del mismo modo que unos documentos o incluso en mayor medida para una de las partes, para la principal que era entonces la indígena, de cuyo consentimiento dependía la legitimidad de la otra presencia, la europea. Los tratados fueron entonces una práctica tan generalizada como también defraudada de forma sistemática por el entendimiento parcial y sesgado de la parte procedente de Europa. Por sí mismos representaban un reconocimiento mutuo de derechos en pie formal de igualdad.

Entre los dos principales colonialismos europeos en América, el hispano y el británico, los tratados explícitos para ellos por constar en escritura, como pieza de hecho usualmente complementaria de los protocolos de intercambio material y familiar, fueron práctica más característica del segundo que del primero, pero éste, el hispano, que usó y abusó de los tratados implícitos desde un inicio, también recurrió bastante al registro documental sobre todo en el siglo XVIII (Levaggi, 2002). Lo hizo sobre todo para granjearse el apoyo de pueblos no dominados frente a las otras presencias coloniales, no porque cambiase de posición respecto a la humanidad indígena (Weber, 1998). En todo caso, los unos como los otros, los hispanos como los británicos y demás europeos que se hicieran presentes por América, portaban y aplicaban el mismo entendimiento de presunción cultural con el efecto de reserva de facultades unilaterales y desigualitarias o inequitativas, con la secuela de asunción y retención de soberanía como poder último o así primero que he dicho (Williams, 1990).

## **2. Constituciones entre Tratados**

Entre las últimas décadas del XVIII y las primeras del XIX, América se puebla de estados independientes con flamantes constituciones por iniciativa de parte no indígena. Aun con sus importantes diferencias respecto a la presencia indígena, tienen algo en común tales estados constituyentes y esto es el tropo de tomar la parte por el todo. Cortocircuitan de entrada la bilateralidad. Dicho con la categoría de matriz europea, heredan y asumen la soberanía potenciándola y reforzándola con la propia práctica constitucional. Una parte de la población, la más advenediza, se arroga el

poder de constituirse a sí misma como si estuviera constituyendo a la totalidad humana del territorio que, de forma igualmente unilateral, se asigna o prevé asignarse. El poder constituyente se lo atribuye y lo ejerce una parte sobre el todo. Las constituciones americanas nacen con este pecado original de tropismo y unilateralidad.

El signo más claro lo ofrece el primer caso en orden cronológico. Los Estados Unidos se independizan contra la política de bilateralidad británica representada por la proclamación regia de 1763 reconociendo territorio indígena y sentando reglas para unas relaciones que pudieran desarrollarse mediante tratados, bien que todo ello bajo el principio expreso de soberanía continental, de costa a costa, de la parte europea. La constitución estadounidense guarda silencio sobre tal proclamación porque la rechaza. Contra ella se ha producido la propia independencia aunque no guste luego recordarse (Clinton, 1989). El principio potenciado y reforzado de soberanía se expresa ahora en la unilateralidad de la constitución misma. Cuestión ulterior es que determine el mantenimiento de un escenario favorable a la práctica de los tratados ya así todavía, en todo caso, más subordinada. Lo permite indirectamente la famosa cláusula de comercio en cuanto ubica a las *indian tribes* como entidades más cercanas a las *foreign nations* que a los *several states* constituyentes de los Estados Unidos (*US Constitution*, art. 1, sec. 8.3). Cabría la prosecución o reanudación de la práctica de tratados.

Bajo dicho paraguas pudo tener continuidad en efecto durante buena parte del XIX la política relativamente bilateral de tratados con el escoramiento ahora más fuerte de la presunción cultural de retención de poderes por parte de matriz europea, la estadounidense tras la independencia (Prucha, 1994). Ante conflictos entre pueblos indígenas, estados internos y federación, la jurisprudencia constitucional formuló pronto dicha política en términos de continuidad sustancialmente colonial (Williams, 1990: 287-323; Norgren, 1996). La prevalencia de la constitución de los Estados Unidos sobre los tratados con pueblos indígenas ha significado exactamente la atribución a la parte federal de unos poderes unilaterales respecto a dichos instrumentos bilaterales absolutamente al margen de cualquier chequeo y balance que pueda decirse constitucional. He ahí el cortocircuito de procedencia y tracto realmente coloniales, pero extremadamente agravado por la unilateralidad más marcada del constitucionalismo.

Por matriz compartida y por influencia directa, en el primer constitucionalismo americano de área hispana pueden encontrarse planteamientos similares e incluso más explícitos. No interesa ahora la distinción de casos, sino la inferencia de pautas. En textos constitucionales puede hacerse la previsión de "tratados y negociaciones con ellos", con los pueblos indígenas o, como entonces se dice en la misma sede constitucional, "los indios bárbaros", implicándose así claramente la posición de superioridad que asume la parte constituyente. Se abunda. El mismo texto constitucional explica requisitos y objetivos de la práctica de los tratados: "Se les respetará (a los indios bárbaros) 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". La situación de partida también se define en este texto constitucional. El estado que así se constituye está atribuyéndose territorios realmente poblados y en manos de "tribus errantes o naciones de indios bárbaros", indígenas no sometidos (Clavero, 2000: 390-397).

Ahí se dibuja un escenario que puede generalizarse para la América flamantemente constitucional. Los estados constitucionales se adjudican territorios ajenos. Entienden que los habitan pueblos inciviles, humanidad precisada de la civilización procedente de Europa. Se muestran dispuestos a transmitirla pacíficamente o, caso de necesidad, a imponerla bélicamente. Los tratados forman parte de los métodos de paz. En este cuadro, resultan sólo relativamente bilaterales. Los pueblos dichos bárbaros se considera que están obligados a la negociación y al trato con el estado realmente ajeno en beneficio presuntamente propio. Si falta esta disponibilidad de parte indígena, se le reputa como hostil con la consecuencia de resultar legítima o justa la guerra de dominio entonces emprendida por parte del estado. Durante los siglos XIX y XX, son también las presuposiciones que operan, las prácticas que se desarrollan, no sólo entre el resto de los estados latinoamericanos, sino igualmente en los Estados Unidos. Campean por la generalidad de América.

No es usual toda esa franqueza de tratados y hostilidades en planteamientos expresamente constitucionales. Lo más habitual es que las

constituciones guarden un discreto silencio sobre las relaciones entre pueblos indígenas y estados y más en particular sobre la práctica de tratados y su alternativa bélica. Pero ambas cosas, el tratado como la guerra, son recurrentes y compatibles, sobre todo durante el XIX, como mecanismos de relación con el objetivo bien marcado de inculturación, supeditación y domesticación de la humanidad indígena de grado o la fuerza. Esto ocurre por Angloamérica, según nos han acostumbrado a ver a su modo las películas, como también por Latinoamérica (Levaggi, 2000; Briones y Carrasco, 2000). La diferencia constitucional entre una y otra Euroamérica se produce en un extremo desde luego importante, pero entonces secundario. Se sitúa en el punto de la concepción del territorio y de la ciudadanía. Las constituciones latinoamericanas parten de una idea relativamente más neta del propio territorio conforme a fronteras coloniales acompañada de un entendimiento comparativamente más general de la propia ciudadanía, comprendiendo a población indígena. En este marco, la práctica de los tratados entre estado y pueblo puede parecer más atípica, pero así también, como anormal, pese a una larga y densa experiencia, acabará considerándose en los Estados Unidos (Prucha, 1994: subtítulo). Se reputarán esos acuerdos como tratados impropriadamente dichos, sin el pie definitivamente de igualdad, el carácter enteramente bilateral ni la fuerza particularmente comprometida de los suscritos entre estados, los propiadamente entonces dichos. Todo esto operaba realmente de origen, de unos orígenes coloniales que así en efecto tienen, para la parte indígena, continuidad completa e incluso agravada en tiempo constitucional.

### 3. Constituciones sin Tratados

Lo usual es que las constituciones americanas no hagan referencia alguna a los tratados con pueblos indígenas. Es hoy excepcional el caso de Canadá por proceder en 1982 a un reconocimiento constitucional de "treaty rights of the aboriginal peoples". Conviene la lectura más por extenso: "The guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed so as to abrogate or derogate from any aboriginal treaty or other rights or freedoms to the aboriginal peoples of Canada, including any rights or freedoms that have been recognized by the Royal Proclamation of October 7, 1763" (*Charter of Rights and Freedoms*, part. I, sec. 25). Ya estamos en antecedentes para advertir la duplicidad. El reconocimiento constitucional de

derechos derivados de tratados se incluye en el mismo cuadro del planteamiento colonial de la soberanía antes británica y ahora canadiense (Kulchyski, 1994). No salimos de un constitucionalismo en línea de continuidad de fondo con el colonialismo por lo que toca y afecta a la parte indígena. Dicho reconocimiento produce desde luego novedades, pero resultan secundarias a nuestros efectos de apreciar el valor intrínseco de unos instrumentos, los tratados y las constituciones.

Puede suponer un comienzo de recapacitación constitucional que también se produce de otra forma, como enseguida recordaré, por otros estados americanos, pero no por los Estados Unidos. De forma cada vez más degradatoria de la posición indígena y nugatoria para los tratados, la jurisprudencia de apariencia constitucional y de sustancia colonial que arrancaba de la cláusula de comercio ha seguido desarrollándose, sobre todo desde las postrimerías del siglo XIX (Harring, 1994; Clark, 1994). En el siglo XX, la concesión unilateral de la ciudadanía ha abundado en el efecto. Pueden mantenerse de parte indígena y hasta en el lenguaje común unos principios de formarse *nations* reconocidas por *treaties* contándose incluso con *sovereignty* para dotarse de *constitutions*, las de *reservations* indígenas, pero todo ello se encuentra degradado, realmente subvertido por el acoso federal, por su entendimiento de parte desde una posición siempre de superioridad, nunca en pie de igualdad. A estas alturas, los Estados Unidos aún no se han planteado enmienda, reforma o reconstitución alguna que afronte el colonialismo enquistado en el propio sistema establecido ni hay viso ninguno en absoluto de que se proponga hacerlo (Wilkins, 1997; Deloria y Wilkins, 1999).

Por el ámbito latinoamericano, desde unas constituciones reconociendo y garantizando hacia principios del siglo XX propiedad comunitaria indígena y otras, o reformas de las mismas, profesando y proclamando hacia sus finales, en estos últimos años, la multiculturalidad del Estado por pluriétnicidad de la sociedad, han sido bastantes los intentos de diagnosticar al menos y tratar en casos el aparente quiste (Sánchez, 1996; Clavero, 2000; Barié, 2000). Desde ofrecer amparo al comunitarismo territorial hasta tomar en consideración el multiculturalismo estatal, desde así admitir un margen de autonomía indígena hasta plantearse un reto de reconstitución común sin tropos de una parte por el todo, se despliega un nutrido menú de fórmulas constitucionales trayendo novedades

y abriendo posibilidades. Sin embargo, a lo que ahora nos está importando, respecto a dicha cuestión del valor o disvalor intrínseco de unos instrumentos normativos, no puede decirse que haya novedad apreciable. No la hay tangible. No puede haberla operativa mientras que no se afronte la continuidad del colonialismo, el verdadero quiste. El mismo multiculturalismo constitucional, hoy bastante común por Latinoamérica como reto de reforma del Estado (Assies, van der Haar y Hoekema, 1999; van Cott, 2000; Brysk, 2000), resulta un fraude en toda regla si así se proclama para una sociedad aún constitutivamente colonial.

Respecto a los instrumentos, para las constituciones latinoamericanas no hay cuestión de tratados, ni de la existencia de unos pretéritos cuya bilateralidad pudiera recuperarse ni de la posibilidad de unos futuros que pudieran efectivamente reconstituir en unos términos justamente multiculturales mediante el pie de igualdad formalmente debido. Las propias constituciones que así reconocen multilateralidad siguen planteándose bajo unos supuestos de determinación constituyente de parte. No se aplican a sí mismas la premisa plural. La pluralidad es todavía un tropo con respecto a lo principal, a lo constituyente del sistema político y el orden jurídico. Habrán éstos de ser plurales por determinación que sigue siendo parcial y por tanto bajo condiciones no sólo decididas, sino también perfiladas, de una parte, siempre la no indígena. Por mera declaración de multiculturalidad no se despeja la presunción cultural de superioridad, la que sigue de hecho constituyendo aunque se presuma ya ahora otra cosa.

El caso de México puede resultar de lo más ilustrativo a estas alturas. En 1994, un levantamiento en zona indígena desemboca en todo un proceso largo de negociación que, en lo que interesa a derechos, acaba encauzándose y desenvolviéndose directamente entre las partes principales de la reconstitución pendiente, la federal en este caso y la misma indígena. Se llegan a unos acuerdos constituyentes formalmente suscritos por ambos sectores y así finalmente presentados, tras variadas vicisitudes, a la institución con facultad formal para el cambio constitucional, el Congreso federal. Ya estamos en el 2001. El poder constituyente constituido, ese Congreso con la ratificación de una mayoría de los estatales, no entiende que el acuerdo le comprometa. Para su posición, ni hay tratado ni posibilidad de nada equivalente. Opta por otra reforma constitucional, por una frontalmente contraria al espíritu de la formalmente

acordada. No es óbice para esto un instrumento internacional, un tratado entre estados ratificado por México, que requiere consulta a la parte indígena para medidas estatales que le afecten. O supone más llanamente dicho poder constituyente que, con el acuerdo incumplido, la misma consulta se ha efectuado. Otra cosa entiende que es condicionar inconstitucionalmente a las instituciones de soberanía. Con prácticas de acuerdos y todo, el poder constituyente sigue sin participarse (Burguete, 1999; Gómez, 2000). Al tratado susodicho entre estados, el famoso Convenio 169, me referiré enseguida.

Esta última reforma mexicana, la del 2001, otorga rango constitucional a una autonomía municipal e intermunicipal que puede ser indígena. Hay también ahora casos americanos de establecimientos constitucionales de autonomías comarcales o regionales en consideración a la presencia indígena. De hecho, no son novedades. Vienen a reconocer y formalizar situaciones dadas de comunidades o pueblos resistentes a las presiones estatales en territorio propio. Dichas autonomías constitucionalmente formalizadas vienen también a producir de otra banda un apoderamiento de los mismos estados de cara a tales realidades. Reconocimiento y aceptación constitucionales suponen capacitación estatal para la determinación de relaciones como instancia previa al propio ejercicio de la autonomía indígena. La retención referida del poder constituyente, de una soberanía así entendida, conlleva ese corolario de supeditación normativa. Hoy por hoy, las constituciones como instrumentos alcanzan por sí mismas, incluso cuando reconocen derechos y admiten autonomías, tal efecto lesivo para la parte indígena.

#### **4. Tratados entre Constituciones**

El tratado entre estados al que he hecho referencia respecto al caso de México es naturalmente el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo de 1989, Convenio 169 para la forma usual de identificación por número de serie entre los que esta institución ha acordado con estados desde sus orígenes en 1920. Es tratado entre estados y algo más. Los estados se comprometen ratificándolo, pero existe un acuerdo previo que es el de la propia institución internacional, la cual está compuesta de un modo tripartito no sólo por gobiernos, sino también por organizaciones empresariales y sindicales. En su seno,

con esta concurrencia, se ha producido el acuerdo de elaborar el tratado que ulteriormente así se ofrece a la ratificación de los estados. Éstos en el caso se comprometen a respetar unos derechos indígenas y el referido procedimiento de consulta para las propias determinaciones, las estatales, que puedan afectar a dichos pueblos, los indígenas.

Un tratado entre estados con mediación y supervisión internacionales procede al reconocimiento de derechos indígenas, no nos interesa ahora sustantivamente cuáles. Nos importa el instrumento y su alcance formales. Es más que un tratado entre estados, pues su texto se elabora y su práctica se controla no sólo por gobiernos, sino también por otras partes, la patronal y la sindical. Hay algo que sigue sin encajar. Si la parte destinataria es la indígena y si así se amplía el terreno de juego, ¿cómo es que ella precisamente, tratándose de sus derechos, no participa? Puede responderse que la OIT, la Organización Internacional del Trabajo, tiene una constitución que no contempla la posibilidad, pero ahí es donde radica nuevamente el problema. Un poder constituyente parcial no se pone en cuestión por venir a considerarse como sujetos de derechos a partes nuevas. Consigo misma, la OIT ni siquiera se aplica el requerimiento de consulta que entiende debido para los estados. El mismo Convenio 169 guarda también un hilo de continuidad con prácticas coloniales y constitucionales de tratados entre estados que afectan a pueblos indígenas sin contarse para nada con ellos respecto al propio acuerdo.

La OIT no es un caso excepcional en el actual panorama internacional. Al fin y al cabo, es agencia ahora de Naciones Unidas y estas mismas no conocen otros principios constituyentes. Advierto que no es un chiste por doble sentido lo que ahora digo. Naciones Unidas es nombre que significa exactamente Estados Unidos, Estados que se reúnen en una organización común, la que se dice internacional por asimilación idéntica a interestatal. La OIT es excepción en la medida en la que se abre constitutivamente a entidades no gubernamentales, a patronales y sindicatos en concreto. Guarda en común con la entidad matriz que los constituyentes principales son los estados. Esto de principal, no tanto como exclusivo, puede también decirse hoy, a nuestras alturas de comienzo del siglo XXI, de Naciones Unidas, pues de hecho se ha abierto, aunque sin revisar su constituyencia, a participaciones no gubernamentales y entre ellas a la indígena. Luego me ocuparé de este punto importante por supuesto.

Antes conviene recordar que Naciones Unidas, conforme a su establecimiento constituyente, también practican los tratados entre estados aun interesando a otros. Así se desarrolla precisamente el derecho internacional de los derechos humanos que Naciones Unidas asumen e impulsan desde sus tiempos fundacionales, los del segundo lustro de los años cuarenta del siglo XX. Sus declaraciones de derechos se adoptan por los estados en conjunto y a ellos se dirigen en particular. Sus convenciones o pactos de desarrollo y garantía de derechos se acuerdan igualmente entre estados y se ofrecen a los mismos para que los ratifiquen y así se comprometan.

La Convención sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966, la principal sin duda, afecta particularmente a humanidad indígena, aunque no la mencione, por su artículo 27: "In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities exist, persons belonging to such minorities shall not be denied the right, in community with the other members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion, or to use their own language". La Convención de Derechos del Niño de 1989 abunda, mencionándola, con su artículo 30: "In those States in which ethnic, religious or linguistic minorities or persons of indigenous origin exist, a child belonging to such a minority or who is indigenous shall not be denied the right, in community with other members of his or her group, to enjoy his or her own culture, to profess and practise his or her own religion, or to use his or her own language". Son tratados entre estados sin consideración además ninguna para con otras entidades colectivas como posibles sujetos. Obsérvese la cuidadosa redacción de los citados artículos para que los titulares del derecho a cultura propia sean sólo los individuos, las *personas pertenecientes a minorías*, pese a que el mismo sólo pueda lógicamente ejercerse de forma precisamente colectiva, *en común con los demás miembros de su grupo*. Al propósito de control jurisdiccional en el mismo ámbito internacional, ello ha supuesto que se les reconozca legitimación a los individuos ante el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sin que pueda en cambio constituirse en parte el grupo social, comunidad o pueblo indígena en el caso. A efectos prácticos y pese a que el propio Comité, esta jurisdicción internacional de derechos humanos, tiende a distinguir, por su superior entidad e incluso diversa naturaleza, el supuesto indígena del de minorías, resulta que en contenciosos que se plantean entre

individuo y estado afectando neurálgicamente a colectividades indígenas, éstas ni siquiera cuentan con voz propia. Siguen siempre, como en tiempos coloniales, sujetas a determinaciones ajenas, comprendidas ahora las internacionales (McGoldrick, 1994: 14-16 y 247-268; Pritchard, 1998; Clavero, 1999). Con Naciones Unidas, derechos humanos, jurisdicciones internacionales y todo, sigue dándose una continuidad con el colonialismo en lo que toca a la humanidad indígena, a aquella de pueblos que no forman estados y que son anteriores a los mismos en el propio territorio manteniendo cultura propia. Por su misma identificación con derechos humanos, Naciones Unidas se muestran bastante más conscientes que los estados por separado. Tampoco ha revisado su constituyencia igualmente estatal, pero ha ampliado la participación en su seno hasta franqueársela a representaciones indígenas. Viniendo al reconocimiento del problema pendiente y pasando a plantearse la posibilidad de un instrumento específico de derechos de los pueblos indígenas, ha llegado a entender que no debe considerarse el asunto sin la participación de la parte interesada, la indígena (Hannum, 1990; Anaya, 1996; Palmisano, 1997; MacKay, 1999).

Es un inicio, sólo un inicio, de historia por fin postcolonial. Ante dificultades ingentes por incapacidades ante todo culturales de la mentalidad todavía dominante y aún inconsciente del lastre colonial, no es fácil desde luego vislumbrar cuál vaya a ser el rumbo que acabará tomándose (Tully, 1995; Kymlicka, 1995; Ivison, Patton y Sanders, 2000). Naciones Unidas están actualmente debatiéndose entre fórmulas distintas y no se sabe si complementarias de hacer presente la voz indígena (representación ante grupos de trabajo de la Subcomisión de Derechos Humanos; relator especial de la Comisión; foro permanente consultivo del Consejo Económico y Social...), ninguna de las cuales implica en lo más mínimo alguna revisión de su constituyencia de estados, pero cuyo mismo complejo suscita esperanzas todavía nada seguras todavía.

Más en concreto, en Naciones Unidas se está considerando la recuperación de la bilateralidad de los tratados (Martínez, 1992-1999), como está también debatiéndose un proyecto de Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas que progresaría previsiblemente, si finalmente adoptara, en dicha dirección definitivamente postcolonial y, por lo que

puede resultar, también postconstitucional (Anaya, 1996: 207-216).

## 5. Tratados después de Constituciones

El proyecto actual de Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas comienza por equipararles a los restantes pueblos de la humanidad en el punto esencial de un derecho a la propia determinación en todos los órdenes: "Indigenous peoples have the right of self-determination. By virtue of that right they freely determine their political status and freely pursue their economic, social and cultural development". Es toda una formulación solemne de todo un principio de partida para toda una historia postcolonial.

El derecho queda así reconocido a los pueblos indígenas en pie de igualdad con otros pueblos y por ello también con aquellos que forman estados, inclusive el de pertenencia, pero este proyecto sólo ofrece garantías internacionales a una determinada opción en su ejercicio, a aquella que se mantenga dentro del estado presente en un régimen de autonomía con un mínimo apreciable de facultades y unos requisitos consecuentes de procedimientos previstos por el propio instrumento. Sería una autonomía por determinación ante todo propia, la indígena, y no por la decisión constituyente unilateral y así dependiente del estado.

Como forma de ejercicio del derecho a la autodeterminación, el proyecto no dice que no quepan otras opciones. Pues no las contempla, lo que da por entendido es que no las garantiza. Ofrece reconocimiento internacional y garantía así supraestatal a la autonomía de los pueblos indígenas que opten por permanecer y articularse con el estado al que se atribuye la soberanía y la retiene ya de otro modo. La misma en consecuencia ya no implica el poder constituyente, el derecho de constituir el conjunto por determinación de una parte sola. El instrumento subsiguiente a la propia declaración ya no sería la constitución unilateral, sino el tratado bilateral o los tratados multilaterales ahora entre pueblos y estados. ¿No se augura e incluso está prefigurándose con esto el futuro finalmente postcolonial de tratados antes que de constituciones?

Dado el sesgo colonial con todo más pronunciado, frente a lo que suele presumirse, en las constituciones que en los tratados, resulta lógico que el proyecto guarde silencio sobre las primeras y se pronuncie sobre los segundos: "Considering that treaties, agreements

and other arrangements between States and indigenous peoples are properly matters of international concern and responsibility”, con esta motivación, “indigenous peoples have the right to the recognition, observance and enforcement of treaties, agreements and other constructive arrangements concluded with States or their successors, according to their original spirit and intent, and to have States honour and respect such treaties, agreements and other constructive arrangements”. Hablando de la recuperación de bilateralidad más genuina de pasado, *según su espíritu y propósito originales*, puede estar también abriendo un escenario de futuro.

En un porvenir que así se perfila volverían a tener más

juego los tratados que las constituciones o mejor dicho, pues no hay regreso ninguno en la historia y menos a la preconstitucional, en él, en un futuro, las segundas, las constituciones, tendrán que identificarse ante todo con los primeros, con los tratados. De esta forma, por un imperativo al fin y al cabo de derechos, el tiempo postcolonial habrá de ser también postconstitucional. Aunque no todas lo han recorrido desde luego, unas constituciones, las americanas por lo menos, puede que hayan agotado su ciclo como normas fundamentales. En Naciones Unidas está abriéndose otro horizonte que comienza así por afectar a una cuestión de forma, la de unos instrumentos normativos. De esto tan sólo me he ocupado.

\* **Bartolomé Clavero**. Doctorado en Derecho por la Universidad de Sevilla, catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones de dicha Universidad, profesor invitado en la Libre de Lisboa, Portugal, la de Sassari, Italia, la Federal de Rio Grande do Sul, Brasil, la de La Cordillera, Bolivia, y la de Chicago, USA.. Especialista en historia de las instituciones castellanas, de la cultura jurídica europea y del constitucionalismo comparado.

## REFERENCIAS

- ANAYA, S. James (1996): *Indigenous Peoples in International Law*, New York, Oxford University Press.
- ASSIES, Willem, VAN DER HAAR, Gemma, y HOEKEMA, André, eds., (1999): *El reto de la diversidad. Pueblos indígenas y reforma del Estado en América Latina*, Zamora, Colegio de Michoacán.
- BARIÉ, Cletus Gregor (2000), *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina. Un panorama*, México, Instituto Indigenista Interamericano.
- BRIONES, Claudia, y CARRASCO, Morita (2000): *Pacta Sunt Servanda: Capitulaciones, convenios y tratados con indígenas en Pampa y Patagonia, 1742-1878*, Copenhagen, IWGIA.
- BRYSK, Alison (2000): *From Tribal Village to Global Village: Indian Rights and International Relations in Latin America*, Stanford, Stanford University Press.
- BURGUETE Araceli, ed., (1999): *México: Experiencia de Autonomía Indígena*, Copenhagen, IWGIA.
- CLARK, Blue (1994): *Lone Wolf v. Hitchcock: Treaty Rights and Indian Law at the End of the Nineteenth Century*, Lincoln, University of Nebraska Press.
- CLAVERO, Bartolomé (1999): “Lovelace versus Canada: Indigenous Rights versus Constitutional Culture”, René KUPPE y Richard POLZ, eds., *Law and Anthropology. International Year Book for Legal Anthropology*, 10: 1-13.
- (2000): *Ama Llunku, Abya Yala. Constituyencia indígena y código ladino por América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- CLINTON, Robert N. (1989): “The Proclamation of 1763: Colonial prelude to two centuries of Federal-State conflict over management of Indian affairs”, *Boston University Law Review*, 69, 329-385.
- DELORIA, Vine, y WILKINS, David E. (1999): *Tribe, Treaties, and Constitutional Tribulations*, Austin, University of Texas Press.
- GÓMEZ, Magdalena (2000): “Iniciativa presidencial en materia indígena. Los desacuerdos con los acuerdos de San Andrés”, Gabriel GARCÍA COLORADO e Irma Eréndira SANDOVAL, eds., *Autonomía y derecho de los pueblos indios*, México, Cámara de Diputados – Instituto de Investigaciones Legislativas.
- HANNUM, Hurst (1990): *Autonomy, Sovereignty, and Self-Determination: The Accommodation of Conflicting Rights*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press.



- HARRING, Sidney L. (1994): *Crow Dog's Case: American Indian Sovereignty, Tribal Law, and United States Law in the Nineteenth Century*, New York, Cambridge University Press.
- IVISON, Duncan, PATTON, Paul, y SANDERS, Will, eds., (2000), *Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples*, Cambridge, Cambridge University Press.
- KYMLICKA, Will (1995): *Multicultural Citizenship: A liberal theory of minority rights*, Oxford, Clarendon Press.
- KULCHYSKI, Peter, ed., (1994), *Unjust Relations: Aboriginal Rights in Canadian Courts*, Toronto, Oxford University Press.
- LEVAGGI Abelardo (2000): *Paz en la frontera. Historia de las relaciones diplomáticas con las comunidades indígenas en la Argentina. Siglos XVI-XIX*, 2000, Universidad del Museo Nacional Argentino.
- (2002): *Diplomacia hispano-indígena en las fronteras de América. Historia de los tratados entre la Monarquía española y las comunidades aborígenes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, en prensa.
- MACKAY, Fergus (1999): *Los derechos de los pueblos indígenas en el orden internacional. Una fuente instrumental para las organizaciones indígenas*, Lima, APRODEH-FIDH.
- MARTÍNEZ, Miguel Alfonso (1992-1999), *Estudio sobre los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre los Estados y las poblaciones indígenas*, Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/1992/32, 1995/27, 1996/23 y 1999/20.
- MCGOLDRICK, Dominic (1994): *The Human Rights Committee: Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights. With an updated Introduction*, Oxford, Oxford University Press.
- NORGREN, Jill (1996): *The Cherokee Cases: The Confrontation of Law and Politics*, New York, McGraw-Hill.
- PALMISANO, Giuseppe (1997): *Nazioni Unite e autodeterminazione interna. Il principio alla luce degli strumenti rilevanti dell'ONU*, Milán, Giuffrè Editore.
- PRITCHARD, Sarah, ed., (1998): *Indigenous Peoples, the United Nations and Human Rights*, London, Zed Books.
- PRUCHA, Francis Paul (1994): *American Indian Treaties: The History of a Political Anomaly*, Berkeley, University of California Press.
- SÁNCHEZ, Enrique, ed., (1996): *Derechos de los Pueblos Indígenas en las Constituciones de América Latina*, Bogotá, COAMA-Disloque.
- TULLY, James (1995): *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an age of diversity*, Cambridge, Cambridge University Press.
- VAN COTT, Donna Lee (2000): *The Friendly Liquidation of the Past: The Politics of Diversity in Latin America*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press.
- WEBER, DAVID J. (1998): "Borbones y bárbaros. Centro y periferia en la reformulación de la política de España hacia los indígenas no sometidos", *Anuario del Instituto Estudios Histórico-Sociales*, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, 13, 147-171.
- WILKINS, David E. (1997): *American Indian Sovereignty and the U.S. Supreme Court: The Masking of Justice*, Austin, University of Texas Press.
- WILLIAMS, Robert A., Jr. (1900): *The American Indian in Western Legal Thought: The Discourses of Conquest*, New York, Oxford University Press.
- (1997): *Linking Arms Together: American Indian Treaty Visions of Law and Peace, 1600-1800*, New York, Oxford University Press.