
CLAVERO, Bartolomé. *Derecho indígena y cultura constitucional en América*. México: Editorial Siglo XXI, 1995. 210 p.

Fernando Luis Blanco*

Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Brasil

El intento de Bartolomé Clavero surge en el marco de las “celebraciones no festivas” del *Año Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo*, como subraya el mismo autor en su presentación. Se trata, pues, de un trabajo que se destaca por abordar una temática poco común, ya que no sólo representa una síntesis de las ideas jurídicas que tratan sobre la cuestión indígena, desde el punto de vista jurídico, trazando de un derrotero, que desde la conquista de América, hasta las últimas resoluciones en los foros internacionales, en los años noventa, aún les niega a esos pueblos su lugar en las sociedades modernas.

Así el problema central de la obra, es el de comprender esa posibilidad, tanto de existencia de un espacio reservado a los aborígenes, cuanto una aspiración de descubrir las formas que posibilitarían abandonar los prejuicios culturales, y por ende jurídicos sobre las poblaciones indígenas, en el caso particular, americanas. El autor comienza el análisis, desarrollando la historia de la consolidación de la cultura constitucional, concepto central en la obra de Clavero, cultura pía de la modernidad y que es el vehículo que acompaña las mudanzas en la consideración jurídica de los sujetos de derechos.

Así, en la primera parte de la obra habla del *Tiempo de colonia* como un *tiempo de constitución*, en la cual analiza el contraste existente entre los presupuestos jurídicos del derecho internacional moderno, y el representado por el pensamiento de los teólogos y juristas, como Francisco de Vitoria, que postulaba a los indios verdaderos titulares de jurisdicción pública y dominio privado. Aquí coloca las principales cuestiones a exponer. A pesar de que

* Alumno de Maestría en Historia.

el derecho de los conquistadores reconocía la existencia del derecho indígena, Calvero describe cual era el verdadero lugar para la juridicidad aborigen, cuando afirma que la conquista “debía someterse a un ordenamiento cuyas bases se definían por un teología” (p. 6), lo que significaba en la práctica, que existía un principio de exclusión cultural, que sería base de la cultura constitucional posterior.

El autor introduce otra cuestión básica para su argumentación, esto es la creación, por parte del derecho hispánico, de un status nuevo que se ajustó a las comunidades indígenas: el status de etnia. Éste se constituye por la conjunción de los estados de rústico, de persona miserable y de menor. Los indígenas, como rústicos “podían guiarse en materias privadas conforme a sus costumbres, sin que éstas constituyeran un derecho propio” (p. 12); como rústicos tenían la posibilidad de tener a la costumbre como base de sus actos, sin que se constituya en derecho; como personas miserables precisaban de amparo, pues carecían de autonomía; y en cuanto menores no resultaban gente de razón. En este momento hallamos, entonces a los indígenas en una posición de derecho, pero sujetos al derecho ajeno impuesto por los conquistadores.

Otro punto importante es el de vacío constitucional, que se produce como consecuencia de la aparición de la concepción, jurídica, del individuo como sujeto de derecho por naturaleza propia y la existencia de un derecho colectivo o público, no de cualquier comunidad, sino de la institución política constituida conforme a dicho fundamento, o sea el Estado. Este es uno de los puntos claves en la línea argumentativa de Clavero, pues, ese vacío es el que permite la negación de los derechos particulares de los indígenas. El razonamiento es claro: la prédica universal de derechos a cada uno de los individuos permitiría teóricamente la igualdad jurídica de todos los individuos, pero eso significa, por un lado la inexistencia de diferencias culturales y sobre todo sociales. Partir del supuesto de que todos los hombres son iguales, evita la reflexión sobre la situación social de los mismos y pierde cualquier sentido histórico. Es decir el vacío constitucional significa la diferencia entre la práctica y la teoría jurídica.

En el otro apartado, *Tiempo de constitución, tiempo de descolonización*, abandona el análisis de los fundamentos teóricos del derecho, para dirigirse al estudio concreto de la práctica de la cultura jurídica; haciendo hincapié en el ámbito de los foros internacionales, desde la proclamación de la Sociedad de las Naciones, que consideró internacionalmente a las minorías, siguiendo

con la “Declaración universal de los derechos humanos”, en 1948, hasta el “Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes” de 1992, así como la “Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas”, remarcando que a pesar de constituir avances en el reconocimiento de los pueblos aborígenes, las minorías, como son mal llamadas, siguen sin ser sujetos plenos. También realiza la crítica de utilización de ese concepto y marca el rumbo que está tomando la transformación de la categoría de *minoría étnica a pueblo*.

Luego pasa de la historia y la práctica a la perspectiva de autodeterminación, que se encuentra sintetizada en la propuesta de “Declaración universal de los derechos indígenas”. En ella, lo que demuestra Clavero es que todas estas resoluciones de carácter internacional, aún se mantienen dentro de la idea de derechos individuales/derechos públicos, privativos por naturaleza, tanto de los seres humanos como de los estados, pero que es un punto de partida para alcanzar la consideración de las minorías como sujetos de derechos y no como objetos de protección.

Continuando con el desarrollo del libro llegamos a la tercera parte, *Tiempo de descolonización, tiempo de derechos*, en donde despliega aquellos elementos teóricos que dan fundamento a la formulación de un derecho indígena, que debe apartarse substancialmente de la cultura jurídica constitucional, pero que no puede aparecer como irreconciliable con ésta. Esos conceptos son: el derecho indígena como derecho colectivo de los pueblos indígenas, y el sujeto de esos derechos, el pueblo indígena. Para establecer ello se recurre a ciertas precisiones como la que brinda el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, que establece que aquellos son los que desciendan “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, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas, añadiéndose como criterio fundamental para su identificación concreta el de la propia conciencia de su identidad indígena” (p. 110). Otros conceptos movilizados básicos para la formulación son el derecho asociativo y de asociación, es decir los títulos para disponer de las tierras y sus frutos en el espacio indígena. Finalmente la igualdad jurídica como corolario de la instauración de los anteriores derechos.

La conclusión de todo ello es el conflicto que se presenta entre el derecho indígena y la cultura constitucional que es la que rige los derechos de los estados y sus ciudadanos. Por ello estos planteamientos son siempre considerados cautelosamente por Clavero en cuanto a la factibilidad de su aplicación, pero según él, son los puntos iniciales para la profundización y el reconocimiento de la pluralidad jurídica a que llevaría la constitución de los derechos indígenas. La dificultad estriba en la posibilidad de cambiar la relación entre los Estados y los Pueblos Indígenas, que podría basarse en “un diferenciado espacio jurídico” que sería “articulador de las principales reivindicaciones aborígenes, es decir la posesión y propiedad de la tierra, la autodeterminación política en cualquier nivel que sea, y la autonomía cultural” (p. 153).

Para concluir, el objetivo de Clavero es presentar una situación profundizando en que la existencia de un derecho indígena está relacionado con la constitución de pueblos indígenas como comunidades con identidades y valores culturales que se diferencian de un sistema social dominante, nacional “y no como un conjunto de individuos, tal como lo pretende el derecho individual”. A pesar de que muchas de ellas preservan sus costumbres y controlan las tierras, no resulta fácil encontrar a los indígenas formando comunidades aborígenes; por otro lado existen casos de reconstitución etnias y comunidades (p. 112-113). Por lo tanto el significado de derecho colectivo indígena está vinculado al derecho a la diferencia cultural, no debe ser entendida como una simple inserción de la noción usual del derecho occidental, pues éste siempre presupone una colectividad construida en torno de un ‘contrato’ entre individuos.

Esta obra representa un valioso aporte para quienes se dedican a la tarea, inmensa, de no sólo estudiar a las comunidades indígenas, sino especialmente para aquellos que pretenden en cierto modo comprometerse con la causa de esos pueblos. La profundidad y alcances del trabajo es un aliciente para continuar en la investigación y reflexión sobre la cuestión indígena aportando una perspectiva clave y movilizadora para la misma. Por ello creo importante concluir con las propias palabras del autor en la presentación, al dejar abierta una cuestión final, sobre las posibilidades o no para el derecho indígena de tener “cabida y una cabida digna en una cultura constitucional o si en cambio lo que se requiere es otro tipo de cultura constitucional”.