

en México, de la Constitución estadounidense, pero con peculiaridades propias. Se había considerado anteriormente la competencia de relaciones y comercio exteriores sin la mención indígena que figuraba en el modelo. Cuando finalmente se hace la advertencia por parte de la Federación, viene el añadido de la inculturación oblitada, "procurar la civilización" y, sobre todo, el dato previo de la misma diferencia cultural, de la existencia de comunidades "no comprendidas en la sociedad de la República" y no desde luego por hallarse fuera de sus fronteras constitucionalmente declaradas: "el antiguo reino de Guatemala a excepción por ahora de la provincia de Chiapas", esto eran los estados de Costa Rica, Nicaragua, El Salvador, Honduras y Guatemala. Ahí estaban las poblaciones indígenas en cuya existencia, por parte de este constitucionalismo centroamericano, sólo ahora así se repara³⁵.

Guatemala formaliza su independencia de la Federación dándose en 1839 de una serie de leyes constitucionales. Una versa sobre derechos, conteniendo esto: "Aunque todos los hombres (los) tienen por naturaleza iguales..., para fundar y mantener el equilibrio social, las leyes amparan al débil contra el fuerte, y, por esta necesidad, en todas las naciones, aún 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 lo cual, por todo lo cual, "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 de que no sean molestados en aquellos usos y habilidades aprendidos de sus mayores y que no sean contrarios a las buenas costumbres". Reparemos. Sencilla-

35 Constitución Federal reformada, art. 83.32; original y reformada, 5 y 6. Alvarez, Emilio (ed.), *Las constituciones de Nicaragua*, Madrid 1958, págs. 395-419; Gallardo, R. (ed.), *Las Constituciones de El Salvador*, Madrid 1961, vol. II, págs. 298-312; Mariñas, L. (ed.), *Las Constituciones de Honduras*, Madrid 1962, págs. 53-91; Peralta, Hernán G. (ed.), *Las Constituciones de Costa Rica*, Madrid 1962, págs. 205-226.

mente resulta que estamos ante el estado de minoría de edad permanente indígena en virtud del cual sus derechos constitucionales pueden quedar bajo *tutela* y así en suspenso. Es manifestación, una más paladina que en México, de un principio constitutivo de la Guatemala independiente³⁶.

Una ley guatemalteca de 1836 ha declarado que la situación de "los indígenas no civilizados" no permite "reglas fijas", facultando con esto al gobierno para que opere "como parezca más conveniente" con vistas a "su incorporación con el Estado". He aquí el criterio de oportunidad que no contenía ni parecía admitir la Constitución. Antes también de la ley constitucional dicha, en el mismo año de 1839, otra ordinaria ya se ocupaba de establecer todo un régimen de *tutela* o de darle más bien continuidad comenzando por la declaración expresa de vigencia de las *Leyes de Indias* coloniales³⁷. Viene así a cubrirse en tiempo constitucional toda una realidad precedente. Unas disposiciones legislativas riñen con previsiones constitucionales, presumiendo así su suspensión para la población indígena.

De 1851 es una Constitución bastante magra. Desaparecen los signos indígenas, inclusive los indirectos, como el del estado de sirviente doméstico, pero la misma asamblea constituyente responsable de este texto tan inexpresivo produce leyes bien expresivas. Dicen querer impedir "la completa desmoralización de los indígenas por medios adecuados a sus costumbres, comprensión y necesidades" y lo hacen reforzando el estado de minoría hasta un extremo cercano al *apartheid*, a un régimen de apartamiento constitucional con sometimiento político. "Los indios se mantengan separados en su administración de justicia o municipal" formando *parcialidades* propias. Junto a las *Leyes de Indias*, en cuya vigencia se

36 Mariñas, L. (ed.), *Las Constituciones de Guatemala*, págs. 375-382, decreto 76 de la Asamblea Constituyente, sección II, art. 3.

37 Skinner Klee, Jorge (ed.), *Legislación indigenista de Guatemala* (1954), Guatemala 1995, edición puesta al día, págs. 20-27.

abunda, quieren recuperarse también más cosas. "El gobierno, poniéndose de acuerdo con el ordinario eclesiástico, podrá, con el objeto de civilizar y reformar las costumbres de los indios, restablecer las pensiones de religiosos misioneros"³⁸.

A partir de ahora, las mismas leyes podrán adoptar una separación entre clases: la *india* y la *ladina*, esto es etimológicamente *latina*, la culturalmente no indígena, séalo o no étnicamente, con efectos tan discapacitadores de una como apoderadores de otra. Esta condición *ladina*, que no es étnica, sino cultural, puede incluso concederse y sustraerse mediante decreto. Así se consagran aquellas *clases* cuyo cancelamiento constitucional planteara México. En el orden local constituyen *parcialidades* distintas. Cuando un grupo *ladino* se establece o se forma en un municipio indígena, el mismo se divide a medias entre minoría *ladina* y mayoría *india*, con los cargos principales para la primera y manteniendo la segunda, normal y solapadamente, su orden interno propio. Esto suele implicarlo "la incorporación con el estado" que decía la ley de 1836. Las aldeas indígenas prosiguen como comunidades con esta organización suya y con aquellos "acaldes auxiliares" realmente elegidos por ellas y aceptados por las instancias superiores que teóricamente los designan³⁹.

Es el apartamiento colonial que digo y cuyas secuelas están a la vista⁴⁰. *Ladino*, *indio* y sus *parcialidades* son términos como reali-

38 Mariñas, L. (ed.), *Las Constituciones de Guatemala*, págs. 403-412, la Constitución, art. 1; Skinner Klee (ed.), *Legislación indigenista de Guatemala*, págs. 30-32.

39 Skinner Klee (ed.), *Legislación indigenista de Guatemala*, págs. 33, 46-51, 68, 84 y 92-103. Colby, Benjamín N. y van den Berthe, Pierre J. *Ixiles y ladinos. El pluralismo social en el altiplano de Guatemala* (1969), Guatemala 1977, págs. 95-126.

40 A propuesta de Ana M^a Ruiz Tagle, como presidenta de la Agencia Española de Cooperación Internacional, he participado en la observación electoral de la Unión Europea en Guatemala, a mediados de noviembre de 1995 y princi-

dades completamente coloniales. *Parcialidades* indígenas son *repúblicas de indios* y divisiones culturales dentro de ellas igual que en tiempo precedente. En el constitucional, siguen siendo instituciones locales sin instancias decisorias de carácter representativo entre la municipal y la estatal. Entre departamentos capacitados como delegaciones gubernativas y el propio gobierno culturalmente extraño a la que sigue siendo mayoría indígena, la misma multiplicación localista de repúblicas resulta pieza de todo un sistema de sujeción, con su *tutela* ahora administrativa y siempre colonial, que el constitucionalismo así planteado asume y reproduce⁴¹.

El México sureño es similar. Y ni en uno ni en otro sitio unas revoluciones del siglo XX han transformado un panorama por encararlo⁴². Miremos de nuevo a Chiapas, el territorio procedente de

pios de enero de 1996, por zonas de lenguas *chuj*, *kanjobal*, *kekchi* y *pocomchi* de los Departamentos de Huehuetenango y Alta Verapaz, formando con Eva Zettenberg, parlamentaria de Suecia, equipo móvil, gracias a la eficiencia de unas embajadas, en especial de la española presidida por Manuel Piñero, a otras asistencias, en particular la de Rudolf Weber del programa europeo ALA (América Latina) 91/21, y al amparo de MINUGUA, Misión de Naciones Unidas en Guatemala para verificación del Acuerdo Global sobre Derechos Humanos de 1994 entre las partes de la guerra civil que ahí se arrastra desde hace más de tres décadas. Gracias a unas y otros, la observación electoral fue toda una experiencia antropológica, midiendo sobre el terreno los grados de suspensión de derecho *ladino*, de mantenimiento de comunidad indígena y de desajuste de un sistema constitucional de planta estatal. El 12 de noviembre, me encuentro observando las elecciones menos nacionales de Guatemala que indígenas de unas *repúblicas* sobre cuya problemática interna, la relevante para ellas, puede proyectarse, sin excluirse acuerdos no gratuitos, los otros comicios, a los parlamentos nacional y centroamericano y a la presidencia de la República; la segunda vuelta de ésta, el 7 de enero, desertó las urnas. Y atestiguo que un sufragio negociado puede ejercitarse y materializarse, solapándose la resolución colectiva, mediante voto individual secreto.

- 41 Rojas Lima, F. *Los indios de Guatemala*, págs. 195-227; Piel, Jean. *El Departamento del Quiché bajo la dictadura liberal, 1880-1920*, Guatemala 1995.
- 42 Gamio, M. (pr.), *Legislación indigenista de México*, págs. 79-89; Skinner Klee (ed.), *Legislación indigenista de Guatemala*, págs. 121-135.

Guatemala que forma Estado en México, que reconocía la "multitud de indígenas" para proyectar instituciones constitucionales que permitiesen el mantenimiento solapado de tal población bajo un orden de tracto colonial. El resultado puede ser también el de la distinción persistente de una *clase ladina* con mecanismos jurídicos para conservar su dominio. El replanteamiento constitucional de la revolución mexicana causa leyes en Chiapas que vuelven a perseguir "la incorporación" mediante "la civilización". Aquí, como en Guatemala, la situación, cuando menos, se reproduce. En México, en todo él, cabía de igual modo constitucionalmente el *apartheid*, la inclusión con exclusión aparejada⁴³.

*El Gobierno de los mismos Estados Unidos tendrá muy presente la Santidad de esta obligación siempre que tenga que desalojar a los indios de los indicados territorios o que establecer en él a ciudadanos suyos*⁴⁴.

6. Volvamos a aquel tiempo, al constitucional primero, y vayamos al Norte, a los llamados Estados Unidos. A la altura de 1848, cuando Guadalupe Hidalgo, tenían ya bastante formado un derecho indígena en su contexto constitucional. No se busque tampoco el asunto en una historiografía tal. Resultará, si no inútil, decep-

43 Gamio, M. (pr.), *Legislación indigenista de México*, págs. 151-159 Favre, Henri. *Cambio y continuidad entre los mayas de México* (1973), México 1992; Carmack, Robert M. "Spanish-Indian Relations in Highland Guatemala, 1800-1944", págs. 230-235, en: MacLeod, Murdo J. y Wasserstrom, Robert. *Spaniards and Indians in Southeastern Mesoamerica: Essays on the History of Ethnic Relations*, Lincoln 1983, págs. 215-252; Wasserstrom, R. *Clase y sociedad en el centro de Chiapas* (1983), México 1989, págs. 11-18 y 187-274; Smith, Carol (ed.), *Guatemalan Indians and the State, 1540 to 1988*, Austin 1990; De Vos, J.. *Vivir en frontera. La experiencia de los indios de Chiapas*, México 1994, págs. 157-190.

44 *Tratados ratificados y convenios ejecutivos celebrados por México*, vol I, pág. 212, en el art. 11 ya referido del Tratado de Guadalupe Hidalgo; Israel F.L. (ed), *Major Peace Treaties*, vol. II, pág. 741: "The sacredness of this obligation shall never be lost sight of by the said Government, when providing for the removal of the Indians from any portion of the said territories, or for its being settled by citizens of the United States".

cionante. Contexto no significa sistema. Es derecho que aparece también un tanto al margen y en entresijos ciegos del orden constitucional. Ya se ha dicho que estos otros Estados Unidos comenzaban por no concebir la participación interna de población ajena a sus presupuestos culturales. En el mismo Tratado de Guadalupe Hidalgo se deslizaba la expresión de *ciudadanos suyos* en la versión mexicana, *citizens of the United States* en la propia, para los no indígenas de su procedencia. Entendiéndose así a otros pueblos como algo exterior, importaría menos que constituyeran mayoría o minoría. El *teorema* de O'Reilly no sería quizá tanto problema.

Había en el caso estadounidense un punto de partida colonial, algo, sólo algo, diverso. La monarquía británica no había dominado directamente unas *repúblicas de indios* y los Estados Unidos no se las encontraron en su seno. Antes de la independencia, en 1763, se había producido una proclamación formal en tal sentido. Reconocía territorio indígena, aunque no por derecho propio de su población, sino por el de la parte colonial, como expresión de su *sovereignty, protection and dominion*, de soberanía, protección y dominio de la monarquía británica. Era territorio expresamente *reserved*, reservado, por determinación suya, para dicha población. La protección comportaba *tutela*: la misma declaración considera incapaces a los indígenas para disponer de sus tierras. Sólo podrán enajenarlas a la propia monarquía, a esta soberanía que así se extiende y así se aplica⁴⁵.

La oposición de las colonias a dicho cierre de fronteras fue uno de los principales desencadenantes de la independencia, pero así se había creado una situación de derecho que estos Estados Unidos heredarían. La propia Federación se considerará al efecto subrogada en la misma posición de la monarquía. Como ya hemos visto reflejado en la Constitución Federal de 1787, las *indian tribes*,

45 Clinton, Robert N. "The Proclamation of 1763: Colonial prelude to two centuries of Federal-State conflict over the management of Indian affairs", en: *Boston University Law Review*, 69, 1989, págs. 329-385; con el texto, págs. 382-385.

los pueblos indígenas, se entenderían entidades exteriores, pero bajo una soberanía finalmente de dicha competencia Federal. Constituían de este modo una especie de tercer género entre Estados internos y Estados extranjeros. La jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema formulará a las pocas décadas esta posición en los términos de que dichos pueblos constituyen *domestic dependent nations*, de que son naciones, pero domésticas y así dependientes *in a state of pupilage*, bajo *tutela* en dicho sentido familiar de *minoría* cualitativa respecto a los Estados Unidos⁴⁶.

Los pueblos indígenas son aquí reconocidamente *naciones* y así se autogobiernan, salvo la incapacidad como pupilos de tratar ni acordar con otras partes que no sea su *tutor*, esta federación de unos Estados Unidos. Aunque hubo intervención de los mismos Estados internos y fue además seria⁴⁷, la *tutela* es federal y lo es así la competencia. Aquí constitucionalmente no se le define ni activa al nivel estatal que hemos visto en México. La relación es entonces entre *nations* y *Nation*, entre las naciones indígenas y la Nación estadounidense. La *tutela* así se entiende en los términos de que las primeras sólo pueden, y además deben, entenderse con la segunda entre todas las naciones del universo. Los pueblos indígenas tienen territorios y gobiernos propios. Tienen sus relaciones *internacionales* con estos Estados Unidos, unas relaciones de principio obligado, pero de alcance convenido. Les obliga ante todo a la paz, legitimándose así también la guerra que los Estados Unidos puedan hacer a los pueblos indígenas que no se avengan y atengan al planteamiento.

El procedimiento normativo para su concreción será entonces uno *internacional*, el de los *tratados* en el sentido más estrictamente

46 Williamz Jr, Robert A. *The American Indian in Western Legal Thought: The Discourses of Conquest*, Nueva York 1990, págs. 287-317; Frickey, Philip P. "Marshalling Past and Present: Colonialism, Constitutionalism, and Interpretation in Federal Indian Law", en: *Harvard Law Review*, 107, 1993, págs. 381-440.

47 Haring, Sidney L. *Crow Dog's case: American Indian sovereignty, tribal law, and United States law in the nineteenth century*, Cambridge 1994, págs. 25-56.

constitucional, no de otros menos formales que pudieron también darse en los casos vistos de México y Guatemala⁴⁸. Unos primeros de las colonias ya independientes y todavía previos a la Constitución definitiva de 1787 traen previsiones y ofertas federales para los pueblos indígenas. En 1778, uno con los *delawares* resuelve “for the mutual interest of both parties to invite any other tribes who have been friends to the interest of the United States, to join the present Confederation, and to form a state”, invitar a todas las tribus amigas de los Estados Unidos a incorporarse formando Estado. Otro de 1784, éste con los *cherokees*, hace una oferta también potencialmente general de representación en el congreso: “They [the Indians] shall have the right to send a deputy of their choice, whenever they think fit, to Congress”⁴⁹.

Antes de la Constitución definitiva de 1787 se da otro paso de alcance constitucional, sobre el cual estamos en antecedentes. Me refiero a la invención del *Territory*, el Territorio, como alternativa al *State*, al Estado, por no contar con constitución o autonomía propias. Es un régimen de transición mientras una colonización desplaza o reduce a la población indígena. En él, en este capítulo, no operan las previsiones de unos tratados, ni siquiera el principio de reconocimiento territorial de la proklamación colonial, aquélla de 1763 que en sí se rechazaba. Los Estados Unidos se arrogan el derecho de disposición y gobierno de las tierras que no forman parte de los Estados internos. Desde esta perspectiva, la misma práctica de los tratados puede verse y plantearse en unos términos menos equilibrados de concesión de reservas, permisión de gobier-

48 Smith, Ralph A. “Indians in American-Mexican Relations before the war of 1846”, en: *The Hispanic American Historical Review*, 43, 1963, págs. 34-64; Prucha, Francis P. *American Indian Treaties: History of a Political Anomaly*, Berkeley, 1994. En Guatemala, en la ley citada de 1836 para “incorporación con el estado” de pueblos indígenas, hay oferta de conversaciones que llevó a tratados.

49 Prucha, F.P. (ed.), *Documents of United States Indian Policy* (1975), Lincoln 1990, edición ampliada, págs. 6-8; *American Indian Treaties*, págs. 31-34 y 59-66.

nos y aplicación con todo de *tutela*. Bajo la Constitución de 1787 ya se entra con este conjunto de elementos⁵⁰.

Permanecen durante décadas. La práctica de los tratados se mantiene hasta 1871 derivando luego en acuerdos menos formales y más directamente así sujetos a la disposición e interpretación de los poderes federales. La posibilidad de establecimiento de Estado indígena, que se ha mantenido particularmente en el Territorio Indio de Oklahoma por parte sobre todo de los *cherokees*, va cerrándose en los años siguientes y se liquida en forma definitiva con la erección constitucional en 1907 de dicho Estado como no indígena. De nada les vale haber cumplido en su caso el requisito de forma republicana que la Constitución Federal exige para la acepción de Estado (art. 4.4). Todo un complejo va reduciéndose del modo más *colonial*. Entretanto, no sólo ha venido desarrollándose una práctica constitucional sobre una base internacional mal reflejada y no asumida por los textos estadounidenses de este rango sino que también han podido producirse por la otra parte unos materiales jurídicos de este interés constitucional igualmente luego devaluados⁵¹. Pero son ya tiempos de erosión del

50 Berman, Howard R. "The Concept of Aboriginal Rights in the Early Legal History of the United States", en: *Buffalo Law Review*, 27, 1977-1978, págs. 637-667; Savage, Mark. "Native Americans and the Constitution: The Original Understanding", en: *American Indian Law Review*, 16, 1991, págs. 57-118; Prucha. *American Indian Treaties*, págs. 67-182; Duffey, Denis P. "The Northwest Ordinance as a constitutional Document", en: *Columbia Law Review*, 95, 1995, págs. 929-968, éste sobre la invención del *Territorio*, mas sin la cuestión indígena.

51 Strickland, Rennard. *Fire and the Spirits: cherokee Law from Clan to Court*, Norman 1975; Henriksson, Markku. *The Indian on Capitol Hill; Indian Legislation and the United States Congress, 1862-1907*, Helsinki 1988, págs. 190-220; Haring, S.L. *Crow Dog's case*, págs. 57-99; Prucha, F.P. *American Indian Treaties*, págs. 287-333; McLoughlin, William G. *After the Trail of Tears: The Cherokees' Struggle for Sovereignty, 1839-1880*, Chapel Hill 1995. Materiales que tengo a mano: *Compiled Laws of the Cherokee Nation published by authority of the National Council*, Tahlequah 1881; *Laws and Joint Resolutions of the Cherokee Nation enacted by the National Council during the Regular and Extra Sessions of 1884-5-6- (1887)*, Londres 1975, textos bilingües y ambigráficos, pues los *cherokees* se hicieron con un alfabeto propio: McLoughlin, W.C. *Cherokee Renaissance in the New Republic*, Princeton 1986, págs. 350-354.

derecho indígena que podía así haberse entendido y visto respaldado por la práctica de unos tratados y la existencia de territorios y gobiernos propios. Si éstos ahora permanecen, es bajo la condición *colonial de reserva y tutela*⁵².

Tampoco aquí vamos a estar muy lejos del *apartheid*. Mas las relaciones están planteadas de partida en unos términos *internacionales*, lo cual implica un principio bien distinto de reconocimiento jurídico de alcance constitucional de la otra parte. Ésta puede tener su propio entendimiento del derecho comenzando por otra comprensión de las palabras⁵³. El común apelativo de *nación* puede perfectamente tomarse como signo de paridad jurídica. Y otros términos cabe que no tengan un alcance peyorativo ni derogatorio. La *reserva* puede entenderse como la tierra que el pueblo indígena se guarda para sí al tiempo que se participa o se cede otra parte del propio territorio. Desde esta perspectiva, incluso la *tutela* puede pensarse asistencia negociada y aceptada en contrapartida de paz y tierras, legitimando esto la guerra defensiva. Y se trata no sólo de palabras, sino también de otros signos. Los gestos de amistad y los intercambios de obsequios podían significar justamente más y no exactamente lo mismo que un texto en lengua extraña y tampoco franca como la inglesa entonces. El humo del tabaco compartido podía encerrar más significado jurídico que la escritura de parte. Todo esto también era entonces derecho.

Es un derecho que no prevalece ni se compone paritariamente con el de los Estados Unidos. Las *reservas* quedan bajo su dependencia tutelar sin haber participado ni prestado consenti-

52 Wilkinson, Charles F. *American Indians, Time, and the Law, Native Societies in a Modern Constitutional Democracy*, New Haven 1987; Harring, S.L. *Crow Dog's case*, págs. 57-206 y 251-281; Blue Clark, *Lone Wolf v. Hitchcock: Treaty Rights and Indian Law at the end of the nineteenth century*, Lincoln 1994.

53 Prucha, F.P. *American Indian Treaties*, pág. XIV, al menos advierte que considera la materia "*from the white perspective*", lo que cumple religiosamente.

miento en su constitución y sin integrarse ni formar así tampoco parte suya. En aquel tiempo de resoluciones entre siglos, entre el fin de la era de los tratados y la erección del Estado de Oklahoma, puede decirse que los pueblos indígenas de las *reservas* siguen constituyendo *naciones* también en el sentido de excluirse de la *Nación*. Sus individuos no son ciudadanos ni ciudadanas de ella. Sigue operando el requisito de conversión a todo un orden, no sólo público sino también privado, de propiedad y familia. Se hace valer para el acceso a la ciudadanía o más bien para su imposición. Dicho tiempo, que decimos resolutivo, también lo es de una política agresivamente integracionista con privatización de tierras y disolución de comunidades que tampoco acaba de imponerse completamente y que viene replanteándose periódicamente durante el siglo XX. Tampoco aquí falta el recurso a unas iglesias para una inculturación que se entiende no sólo civilizatoria, sino también salvífica⁵⁴.

Los individuos de las *reservas* indígenas reciben con carácter general la ciudadanía de los Estados Unidos en 1924 por determinación de éstos, no por requerimiento propio, produciéndose resistencias. Un contexto *internacional*, o mejor dicho *interestatal*, está comenzando a cambiar. Hasta ahora no parece haber planteado problema. Ha predicado una condición soberana del *Estado* y una concepción territorial de la *soberanía* que dejaba las manos libres. Mas, desde 1919, existe una Liga o *Sociedad de Naciones* que ha empezado a interesarse en la suerte de algunos pueblos no constituidos estatalmente. En 1923, algún indígena americano ha intentado traer a su consideración el caso. En este contexto, Estados Unidos procede a lo que era punto de partida para otros Estados americanos: considerar ciudadanía propia a los individuos culturalmente indígenas. Razones similares de inmunización *internacional* subya-

54 Prucha, F.P. (ed.), *Documents of United States Indian Policy*, págs. 141-143: "Assignment of Indian Agencies to Religious Societies, 1872"; Henriksson, M. *The Indian on Capitol Hill*, págs. 96-116; Wunder, John R. "Retained by the People": *A History of American Indians and the Bill of Rights*. Nueva York 1994, págs. 27-41 y 147-177.

cerían años más tarde en la elevación a Estados de territorios de población indígena como Alaska y Hawaii. Nunca sería por determinación suya ni por consideración de derechos suyos, de los indígenas. Sólo ulteriormente, y sin que esto lleve a un replanteamiento del sistema, se mira como función del mismo a unos derechos también indígenas, a unos derechos que así define siempre la otra parte⁵⁵.

Cuando reciben finalmente la ciudadanía y unos derechos, los pueblos culturalmente indígenas ya constituyen una minoría absoluta y definitiva en el seno de los Estados Unidos. Y sus territorios propios, los que ellos interiormente gobiernan, son *reservas*, no Estados. Son *naciones domésticas dependientes*, naciones sujetas a los poderes federales, a estos poderes nacionales, sin participar del sistema Federal constituido por esta otra nación, por la *Nación*, entonces con mayúscula. Los primeros planteamientos de unos tratados se han perdido produciéndose el cortocircuito de sus presupuestos *internacionales*. Y la Constitución sigue guardando silencio salvo el enigmático tercer género, las *indian tribes*, tribus indias, entre Estados propios y Estados *extranjeros*, que sabemos. Ninguna enmienda federal estadounidense mira al caso. La jurisprudencia puede seguir constitucionalizando una posición sustancialmente *colonial*⁵⁶. ¿Hay mejor resolución del *teorema de O'Reilly* que esta aparente cancelación y desaparente solapamiento?

55 Cohen, Felix S. *Handbook of Federal Indian Law* (1942), Buffalo 1988, págs. 153-181; Vismara, María. *Le Nazioni Unite per i territori dipendenti e per la decolonizzazione, 1945-1964*, Padua 1966. págs. 189-190; Wunder, J. R. "Retained by the People", págs. 48-51 y 124-146.

56 Harvey, Irene K. Constitutional Law: "Congressional Plenary Powers over Indian Affairs, A doctrine rooted in prejudice", en: *American Indian Law Review*, 10, 1982, págs. 117-150; Williams Jr., "The Algebra of Federal Indian Law: The hard trail of decolonizing and americanizing the White Man's Indian jurisprudence", en: *Wisconsin Law Review*, 1986, págs. 219-299; Shattuck, Petra T. y Norgren, Jill. *Partial Justice: Federal Indian Law in a Liberal Constitutional System*, Nueva York 1991.

El caso constitucional de Canadá se encuentra más abierto. Originalmente se trata de colonias que no se sumaron a la independencia y que así no reaccionaban contra aquella proclamación británica de 1763. Es un punto bien distinto de partida que va a marcar una diferencia, aunque también relativa. La Constitución actual canadiense, de 1982, contiene expresamente, a favor de los "aboriginal peoples of Canada", "peuples autochtones du Canada", pueblos indígenas de Canadá, este registro de "any rights or freedoms that have been recognized by the Royal Proclamation of October 7, 1763", "droits ou libertés reconues par la Proclamation royale du 7 octobre 1763", derechos o libertades reconocidos por la proclamación dicha, reconocimiento que se hace extensivo a tratados y otros acuerdos (parte I, sección 25, y II, 35). Aquí nos interesa el punto histórico, dicha diferencia de partida con respecto a los Estados Unidos. Y bástenos con la comparación más sumaria, aunque sólo sea porque mi conocimiento del caso canadiense no da para más.

El mantenimiento de la vigencia y el valor finalmente constitucional de dicha proclamación colonial puede ser el extremo significativo a estos efectos comparativos. Recuérdese que la misma no se limitaba a un reconocimiento de territorio y derecho. Esto segundo resultaba más problemático. La declaración se hacía desde una posición expresa de *soberanía* que situaba el derecho colonial por encima del indígena. Este se reconocía por determinación del otro no concibiéndose siquiera la viceversa, lo cual además implicaba la proyección de una *tutela* que reducía la capacidad de la población indígena. Es toda una cara oscura de la proclamación de 1763 que pesa en el sistema canadiense⁵⁷. Pero así se tiene también al menos presente el *teorema de O'Reilly*. No está constitucionalmente ni solapado ni menos, desde luego, cancelado.

57 Turpel, Mary Ellen. "Aboriginal Peoples and the Canadian Charter: Interpretative Monopolies, Cultural Differences", en: *Canadian Human Rights Yearbook - Annuaire canadien des droits de la personne*, 1989-1990, págs. 3-45; Fleras, Augie y Leonard Elliott, Jean. *The "Nations Within": Aboriginal - State Relations in Canada, the United States, and New Zealand*, Toronto 1992, págs. 7-126; Kulchyski, Peter (ed.), *Unjust Relations: Aboriginal Rights in Canadian Courts*. Toronto 1994.