

ETNICIDAD Y DERECHO: APROXIMACIÓN JURÍDICA AL DERECHO INDÍGENA DE AMÉRICA

Ignacio CREMADES

SUMARIO: *Introducción. I. Pluriculturalidad y Estado compuesto. II. Nación y nacionalismos: Los derechos forales y la lucha contra la unificación jurídica. III. Derecho indígena. Caracteres del derecho indígena como derecho particular en un cuadro de descentralización político administrativa. IV. Materias reservadas. V. El derecho privado de los indígenas. VI. Algunas consideraciones sobre el reconocimiento actual de los derechos indígenas. VII. La voluntad de los pueblos indios sobre su derecho. VIII. El derecho indígena como derecho consuetudinario indígena.*

INTRODUCCIÓN

Las movilizaciones y pronunciamientos indios —Ecuador, Bolivia, Brasil, Guatemala o México— que preludearon la conmemoración reciente del quinto centenario del inicio del descubrimiento de América apenas recibieron un adecuado tratamiento informativo en la prensa europea. Ni siquiera la solemne Declaración de Quito, con ocasión del Encuentro Continental “500 años de Resistencia India”, entre el 17 y el 21 de julio de 1990, recabó la atención que indudablemente merecía. Como se ha señalado, la ausencia de toda referencia al problema indio en la serie de artículos publicados por *Le Monde* entre el 21 y el 25 de julio de 1992, bajo el título “Variations latino-américaines”, es sintomático de este fenómeno.¹ Sin embargo, se añade, aquellos acontecimientos “revelan unas problemáticas sociológicas que son quizá menos ajenas a la Eu-

1 Fassin, D., en *Esprit*, diciembre de 1992, p. 17.

ropa actual que lo que una visión exotizante y culturalista tiende a menudo a hacer creer”,² pudiéndose afirmar que cuestiones como las de identidad y exclusión, etnicidad y pobreza, las de las relaciones entre los estados y las naciones, que constituyen algunos de los términos en que se pone el problema indio en América Latina, son también los términos en que se ponen ciertos problemas sociales de Europa. En realidad, es lo mismo que sugieren los especialistas en problemas indios cuando señalan que la forma en la cual las sociedades pluriétnicas o multinacionales afrontan la cuestión del pluralismo étnico ha llegado a ser uno de los asuntos en juego más importantes en numerosos estados modernos.³

I. PLURICULTURALIDAD Y ESTADO COMPUESTO

1. *Nacionalismo indio*

Es sabido que la defensa de la identidad particular en el seno de los estados-nación europeos ha encontrado su vehículo en el nacionalismo. Conocido es también que los estados-nación modernos son hijos de ese nacionalismo desarrollado en el siglo XIX, como puede aceptarse también que la nación es hija del nacionalismo y no al revés, y que la sustancia de la nación sólo cabe entreverla en función de su periodo nacionalista o de exaltación nacional, que es cuando ésta queda troquelada. Es el nacionalismo, pues, quien construye a la nación.

Sin embargo, puede plantearse si resulta oportuno abordar el tratamiento de la cuestión india desde el aparato histórico conceptual del nacionalismo y, especialmente, del nacionalismo europeo. Al reproche de etnocentrismo, de un lado, cabría quizá añadir la objeción de que sentimiento nacional, el propio de los nacionalismos europeos —y americanos— del siglo XIX y también del XX, y sentimiento étnico son dos cosas distintas.

2 Fassin, D., *ibidem*.

3 Stavenhagen, R., “Comunidades étnicas en estados modernos”, en *América Indígena*, 1989, XLIV, pp. 11-34.

Pero en realidad, las organizaciones indias no sólo se auto-proclaman oficialmente nacionalidades y naciones y no grupos étnicos, sino que utilizan además términos propios del mismo campo semántico: soberanía, autonomía, autogobierno, autodeterminación. Un ejemplo de esto es la Declaración de Quito, julio 1990.⁴ Es cierto que en el documento de referencia se señala que las diversas denominaciones “nacionalidades, pueblos, naciones... no coinciden necesariamente con las que utilizan los académicos.” Pero es el caso que tampoco en ámbito europeo el acuerdo es pleno, ni mucho menos, en cuanto a los significados ni sociales ni político-jurídicos de estos términos, por lo que la inseguridad acerca del referente semántico y material es un elemento más de coincidencia con el fenómeno europeo del nacionalismo hoy emergente. Coincidencia no anulada por la preferencia manifestada por la denominación de pueblos indios: “En el interés por encontrar una denominación común, la mejor de ellas quizá es la de pueblos indios”, reza la Declaración de Quito. Y habría pues que observar que el deliberativo “quizá” puede que sea sintomático, primero, de que para el conjunto indio tal vez sea la denominación pueblos indios la que mejor se adapte a su lucha por el derecho a la autodeterminación. Pero, en segundo lugar, el “quizá” es con toda probabilidad dubitativo, pues si bien en ciertos documentos de derecho internacional se reconoce el derecho de y a la autodeterminación a los pueblos (no a naciones o nacionalidades); sin embargo, bien se sabe que tampoco el significado del término pueblo ha sido establecido inequívocamente en este contexto. Por ello, la coincidencia no queda impedida, pues las nacionalidades o naciones de Europa consideran no haber diferencia semántica entre pueblo y nacionalidad o nación, estableciendo así su sinonimia, cuando autodenominándose oficialmente en esta última forma no ven

4 “Pueblos, nacionalidades y naciones indias”, Proemio y 2. Comisión, autodeterminación y proyecto político, también aquí “naciones originarias” y “nacionalidades”; “nacionalidades de Abya-Yala (América)”, en 3. Educación, Cultura y Religión, y “nacionalidades indígenas”, en 3. 1; “naciones indígenas”, en 5. La mujer indígena y en 8. Derechos humanos y presos políticos indígenas, resoluciones 3; Naciones indígenas internacionales en VII, propuestas 6.

en ello óbice para acogerse al principio de la autodeterminación de los pueblos, ya que como tales se consideran a sí mismas. De manera que, aun cuando el signo lingüístico sea arbitrario, la denominación pueblo indio en la medida en que tiene que referirse necesariamente a un mínimo del significado material del que participan todos los sentidos de pueblo que puedan encontrarse en el campo semántico ordinario de este término, y en el jurídico internacional más restringido, no resulta claramente distinto del de nación o nacionalidad, pues se suele explicar con base en éstos o éstos se suelen utilizar como sinónimos de aquél. Así, pues, lo que queda es que a partir de estos términos de común e impreciso significado resulta formulable y conocido el problema indio, lo que avala lo pertinente del acceso al mismo desde el aparato histórico-conceptual, aunque con matizaciones, de la experiencia europea.

También a la inversa, para valorar la oportunidad del acercamiento conceptual a la cuestión india desde la experiencia europea puede ser de algún valor el considerar el no escaso desarrollo que ha tenido y está teniendo en Europa el uso de términos como etnia o étnico, en sentido amplio, para referirse a “aquellas características, cualesquiera que puedan ser, que, al prevalecer dentro del grupo y distinguirlo de los demás, nos inclinan a considerarlo un pueblo aparte”.⁵ Incluso se manifiesta en el ámbito europeo cierta preferencia por el adjetivo étnico frente a nacional, por resultar aquél actualmente menos peyorativo, dada la fuerte ideologización de éste último⁶ —al revés que en América, quizá, donde, como se ha dicho (Bonfil Batalla), “grupo étnico” es algo “blandengue y pedante”—,⁷ y es que además la utilización del término étnico va unida a la presencia cada vez más frecuente de la voz cultura en las constituciones europeas. Pero es aquí donde hay que tener en

5 Azkin, B., *Estado y nación*, México, FCE, 1968, p. 34.

6 Breton, R., *Les ethnies*, Que sais je?, Paris PUF, 1981, pp. 6 y ss.

7 Véase Ordóñez Cifuentes, J. E. R., Conceptualizaciones jurídicas en el derecho internacional público moderno y la sociología del derecho. “Indio”, “Pueblo” y “Minorías”, en *Antropología Jurídica, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, UNAM, 1995, pp. 47 y ss.; en especial, pp. 71 y ss. para la referencia amplia a Bonfil Batalla.

cuenta especialmente que, si bien culturas indias y cuestión de los pueblos indios son términos coimplicados en los documentos, declaraciones y pronunciamientos indios, la reivindicación de los pueblos indios no se agota en lo cultural o étnico, como puede suceder en ocasiones en Europa y en Estados Unidos, sino que es una reivindicación de derechos socioeconómicos y, ante todo, una reivindicación de cambio político —autonomía y democracia— dentro de las sociedades políticas que los albergan o, en su caso, de constitución política independiente como pueblos que son naciones.

En definitiva, el problema, por tanto, es en parte que con sólo los términos de las ciencias sociales, por mucho que haya coincidencia, a la manera escolástica, en el objeto material, no se pueden abordar cuestiones de filosofía política ni cuestiones jurídicas. Cada ciencia tiene sus propios instrumentos conceptuales para sus propios y distintos objetos formales. También, que la diversidad de filosofías políticas es un hecho, y que los significados y relaciones recíprocas de términos como comunidad, sociedad, nación, cuerpo político, Estado y pueblo no son unívocos.

Sólo quiero señalar aquí sintéticamente algunos conceptos de los que parto,⁸ aunque utilizaré en el curso de estas páginas la ordinaria equivalencia de Estado y sociedad política. A la nación la considero algo natural: una comunidad ético-social, una comunidad étnica, cuando ha llegado a ser consciente de su individualidad, especificidad y deseo de perseverancia en el ser;⁹ el concepto de nación no implica una organización política

8 Sigo en esto fundamentalmente a Maritain, J., *El hombre y el estado*, Madrid, Fundación Humanismo, Democracia y Encuentro, 1983.

9 Esta característica se da en el movimiento indio. Véanse las definiciones que de "indígena" dan los propios grupos indígenas, quienes reivindican el derecho a autodefinirse y a no ser definidos por otros; véase en Ordóñez Cifuentes, J. E. R., artículo cit., *op. cit.*, pp. 56 y ss., un comentario a las definiciones del Consejo Mundial de Poblaciones Indígenas, del Consejo Indio de Sudamérica (CISA), etcétera. Si bien puede abrirse paso una concepción de pueblo como el integrado por todos los oprimidos, unidos en un proyecto de liberación, los pueblos indios son muy conscientes de constituir naciones. Así, Declaración de Quito, *Observaciones*, en 2. Comisión, autodeterminación y proyecto político: "Clase y etnia no se contradicen, lo importante es la autoafirmación como naciones originarias." Definir nuestra lucha como nacionalidades no significa excluir la lucha conjunta con sectores populares, sólo significa

estatal: se es nación sin ella; por sociedad política entiendo algo requerido por la naturaleza, pero realizado por la razón, que se puede apoyar en una realidad de nación, que es la más feliz de las coincidencias, pero no necesariamente, pues el cuerpo político, la sociedad política, podría llegar a engendrar la nación. Por Estado entiendo aquella parte del cuerpo político especializada sólo en los intereses del todo, negándole su condición de persona moral o sujeto de derecho; es una parte —un conjunto de órganos— del todo que es la sociedad política, el verdadero sujeto de derecho, y ésta no es desde luego la yuxtaposición amorfa, amoral y apolítica de los grupos de interés particular. Entiendo por pueblo los miembros —hombres y mujeres— orgánicamente unidos que en cuanto unidos forman la unidad que llamo cuerpo político o sociedad política. Si el pueblo es una nación, si la realidad corporativa de hombres y mujeres descansa previamente en, o ha generado posteriormente, la conciencia de ser algo específico, individual y dirigido a la conservación en el ser, entonces tenemos la unidad de pueblo, sociedad política y nación. Cuando se proclama la existencia de diversidad de naciones dentro de una sociedad política, entonces la realidad corporativa del pueblo debe fundarse sobre nuevas bases, a menos que del fraccionamiento de aquélla surjan tantas sociedades políticas, tantos pueblos, como naciones existan. A este problema responden los diversos modelos de autonomía política-administrativa en el seno de estados compuestos.

Esto asentado, abordar la cuestión india desde la experiencia del nacionalismo europeo no tiene por qué significar el hacerlo desde una desconsiderada traslación de conceptos decimonónicos, sino que resulta posible y oportuno abordarla desde planteamientos actuales. Ni las cuestiones de identidad vivas en Europa se plantean en los periclitados términos del nacionalismo decimonónico o de principios de siglo ni la cues-

ratificar nuestra realidad como naciones. "Todos los sectores oprimidos luchan contra el sistema pero, cada país le da el sello propio, por eso tiene sentido hablar de identidad, de cultura."

tión de los pueblos indios tiene por qué plantearse en esa misma forma. La aparición de la supranacionalidad en Europa, por ejemplo, si plantea el difícil problema de la fidelidad a lo nacional y a lo europeo, que es tanto como la ampliación y multiplicación del problema de la difícil fidelidad a la cultura particular dentro de la cultura hegemónica del Estado-nación, es además algo que se produce en el seno de una planetarización de la cultura y que amenaza —cualquiera que sea el marco, si infraestatal, estatal o supraestatal, que consideremos— no sólo a la etnicidad nacional, sino incluso a la supranacional y que pone en peligro la diversidad cultural toda.

2. *Defensa de la identidad*

Defensa de la identidad y construcción de la identidad son dos caras de una misma moneda. La construcción de la identidad y la defensa de la misma ha tenido y tiene en época moderna y contemporánea dos vertientes, interna y externa, siendo el término de referencia el Estado-nación. Así, la identidad nacional es el supuesto de la configuración estatal en el ámbito internacional. Pero el Estado-nación, que es el precipitado fundamental del nacionalismo, ha sido, con su pretensión de establecer una unidad cultural interna, con base en el establecimiento de una de sus culturas como hegemónica y como cultura legítima,¹⁰ el enemigo mayor del pluralismo cultural interno. En el ámbito interno estatal, la construcción de la identidad nacional se manifiesta, pues, como un proceso hacia la homogeneidad cultural a costa de particularismos de toda especie. Si bien hay estados que han buscado preservar su pluralidad cultural interna, sin embargo, el mismo elemento que forjó la implantación del Estado-nación sobre la construcción de culturas nacionales homogéneas es el que dificulta la coexistencia armónica de la efectiva pluralidad cultural interna y la personalidad única de carácter internacional.¹¹ Me refiero

¹⁰ Véase Prieto de Pedro, J., *Cultura, culturas y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 63.

¹¹ *Op. cit.*, pp. 60 y ss.

claro está al nacionalismo, es decir, al principio según el cual ha de existir una correspondencia entre frontera política y frontera cultural: a cada nación le corresponde un Estado: una teoría, según Ernest Gellner, de la legitimidad política que exige que los límites étnicos coincidan con los límites políticos.¹² Nada de extraño tiene que cuando los particularismos internos han buscado decididamente su defensa y afirmación lo hayan hecho autoconceptuándose naciones y exigiendo así autonomía administrativa o político-administrativa o, incluso, la autodeterminación frente al grupo mayoritario o dominante, no necesariamente mayoritario. Nada de extraño tiene pues el hecho de que las identidades particulares hayan utilizado las mismas armas que sus enemigos. Y con mayor razón, pues son ellas quienes pueden quizá más fácilmente mostrar la naturalidad de su identidad —en cuanto hay correspondencia entre lo uno y lo otro— frente a la artificialidad de la nación que sirve de soporte a los estados-nación hijos del nacionalismo, que han de mostrar una unicidad integradora o superadora o alcanzada a costa de la diversidad subyacente o, en el mejor de los casos, que conjugan, sin aporía posible, unicidad y diversidad.

El desajuste entre frontera política y grupo étnico no ha sido siempre fuente de conflicto. No lo fue en el mundo antiguo. Ha comenzado a serlo desde el momento en que la nación, una concepción política de la cultura, fue erigida en elemento preponderante de integración colectiva. Y ello por causa del desarrollo de políticas de dominación cultural. El establecimiento de culturas legítimas, oficiales, hegemónicas y homogenizadoras, es decir, las culturas de los grupos políticamente dominantes, está en la base del conflicto. Pero el surgimiento de la nación como forma preponderante de integración de la vida colectiva es algo que ha venido exigido también por la transición de la sociedad tradicional a la modernidad. El nuevo Estado, hijo del liberalismo político y nacido sobre un proceso de cambio y transición social y enfrentado

¹² Gellner, E., *Nations et nationalismes*, Paris, Payot, 1989 (edición inglesa 1983), p. 12.

a las crecientes nuevas exigencias de la sociedad industrial ha precisado que en su seno se diera una cultura desarrollada, homogénea y favorecedora de la movilidad social, en definitiva, un nuevo sistema de intercomunicación social que sólo cabía erigir sobre la drástica o paulatina eliminación de las prácticas retardatarias del Antiguo Régimen.¹³

Si el nacionalismo inicialmente construye la nación fundamentalmente para el Estado resultante de la extinción novatoria del Estado del Antiguo Régimen, las identidades particulares se autorrepresentarán como naciones desarrollando un nacionalismo para su Estado todavía inexistente. El nacionalismo engendra, pues, nacionalismo. Pero deponer el arma del nacionalismo unilateralmente no es garantía de armisticio.

Si la eliminación de particularismos de toda especie para la tarea de la construcción nacional viene exigida por los factores de cambio social y políticos aludidos, no es menos cierto que en su realización es factor decisivo la amplitud de los marcos territoriales de los estados. Las exigencias de la transición del Antiguo Régimen al Estado liberal, las exigencias de uniformación y generalización planteadas por la revolución industrial tienen distinto significado en el seno de estados con una base cultural inicialmente homogénea que en otros en los que el dato primero es una amplia heterogeneidad cultural. Pero es el caso que los primeros son una minoría absolutamente exigüa.¹⁴ De manera que en la prácticamente absoluta mayoría la situación era de gran diversidad cultural. Y nada más fácil por consiguiente que la defensa de la identidad particular fuera fuente de conflicto, ya en nombre de esa sola identidad, sin rechazo de los postulados de la modernidad, ya en nombre de la tradición amenazada por las exigencias de la nueva realidad política. En todo caso, bajo una u otra bandera, el enemigo a combatir era y es todavía hoy el ámbito territorial del Estado contemporáneo. La configuración político territorial del Estado se convierte así en cuestión disputada. Y las posiciones van desde

13 Véase Recalde, J.R., *La construcción de las naciones*, Madrid, Siglo XXI, 1982, p. 7; Prieto de Pedro, J., *op. cit.*, pp. 61 y ss.

14 Prieto de Pedro, J., *op. cit.*, pp. 60 y ss.

el unitarismo de los representantes de la cultura oficialmente hegemónica hasta la autodeterminación de los más radicales antagonistas de aquéllos, pasando finalmente por acuerdos políticos de compromiso sobre fórmulas diversas de Estado compuesto.

Pero si el enemigo fue y es la generación de una cultura uniforme exigida por postulados políticos y realidades de transformación socioeconómicas, actualmente, sin dejar de pervivir esa situación, es el caso que a la aculturación producida por las culturas nacionales hegemónicas se superpone la aculturación misma de éstas por la vía de la universalización de la cultura o advenimiento de la cultura de masas. Y no es ya sólo el Estado-nación quien sojuzga la diversidad cultural, sino los medios de comunicación quienes son los agentes de esa cultura planetaria transnacional en la que la misma cultura nacional hegemónica, e incluso supranacional, es amenazada en su especificidad. De manera que la cuestión de la defensa de la identidad resulta ser universal, llegándose a prescribir la necesidad de la defensa frente a la propia cultura: un mundo enfermo de su propia cultura.

En la defensa de la identidad está la causa últimamente de la cada vez mayor implantación del Estado compuesto. Pero es claro que no sólo esta razón es la causante. También es causa fundamental la conciencia de que frente a la centralización administrativa y política, el esquema de autonomía administrativa o, más bien, político-administrativa puede servir mejor a los fines de la vida estatal independientemente de consideraciones de carácter étnico específicas, aun cuando no dejan de advertirse razones por los más antiguos representantes del federalismo que plantean la menor necesidad actual de tales fórmulas y sus posibles nuevos inconvenientes. Pero es posible, es cierto, que la conveniencia de esa descentralización administrativa o político-administrativa, incluso, puede confluir con la necesidad de la misma para resolver un problema de multiculturalidad o multinacionalidad en el seno de un Estado-nación. Y, como se dice, hacer de la necesidad virtud es, por ejemplo, lo acontecido en España desde 1978.

Lo que sí parece claro es que con centralización —advíertase de todas formas que puede haber “centralismo” en un Estado federal y descentralización en un Estado unitario— no hay posible o efectiva preservación, defensa ni reconstrucción posibles de una identidad colectiva. Lo prueba todavía más el hecho de la potencialidad etnogenética —como ha sucedido en España— que puede suscitar una decisión de descentralización político-administrativa, aunque esto puede verse también, en ocasiones, como la otra cara de la moneda.¹⁵

3. *Autonomía india y etnicidad*

Como bien señala Díaz Polanco, “el régimen de autonomía adquierer rasgos muy variables, según el medio histórico en que tiene lugar...no existe un patrón universal de autonomía que pueda ser generalizado... las copias o extrapolaciones resultan remedios estériles...”.¹⁶ Sin embargo, sí que del estudio de las diversas construcciones de regímenes autonómicos se pueden inducir ciertas condiciones *sine qua non*. Señala así este autor, y nosotros desde la experiencia española no podemos sino corroborarlo, que, como regla general, “la autonomía se implanta en el contexto de vastas transformaciones sociopolíticas a escala nacional y, de hecho, la autonomía es parte y resultado de ellas”; que la autonomía no puede reducirse a una mera descentralización administrativa dentro de un patrón centralista; que no puede ser resultado de una concesión, sino fruto de la “conquista y reconocimiento de derechos” logrados gracias a la “efectiva participación de los grupos involucrados”; que, “en rigor, la garantía de los derechos autonómicos alcanzados no deriva de su formalización jurídica, sino que más bien la forma jurídica y el grado real de las conquistas resultan de la efectividad de la fuerza política que encarnan

¹⁵ Greenwood, D. J., *Antropología 3*, Madrid, Asociación Madrileña de Antropología, octubre 1992, pp. 5 y ss.

¹⁶ Díaz Polanco, H., *Autonomía regional. La autodeterminación de los pueblos indios*, México, Siglo XXI, 1991, p. 230.

las colectividades demandantes".¹⁷ A este respecto, la experiencia española enseña que la construcción de un nuevo Estado vino presidida por la irrenunciabilidad de la democracia. Este carácter irrenunciable de la democracia supuso a la vez la necesidad de un consenso o una transacción, es decir, fue precisa la autolimitación de las aspiraciones de los diversos grupos empeñados en su implantación, ya en relación con la forma de Estado, la forma política de gobierno, la estructura del Estado y el modelo de sociedad. Este compromiso versaba sobre problemas de largo alcance histórico-político, y a la vez se formalizaba con la conciencia de que había de construirse la democracia no en el vacío sino teniendo muy presente el pasado reciente y su presente legado. La afirmación nacionalista encontró en el deseo común de la democracia —y, muy importante, gracias a la involucración de los nacionalismos en la lucha por la democratización de España frente a la dictadura y aun antes— su mejor oportunidad. Sin esto no hubiera podido hacerse valer por sí sola. Pero de no haberse fraguado tenaz y poderosamente, si aquella afirmación nacionalista no hubiera existido previamente con fuerza, ni le habría bastado el haber sido también compañera en la lucha por la democracia ni el deseo general de democracia habría tenido que pactar con ella. Sobre el deseo de la democracia, sobre la postulación de un modelo democrático de sociedad y cediendo fundamentalmente, sin conceder íntimamente, en ocasiones, ante la "indisoluble unidad de la Nación española", constitucionalmente proclamada, pudo abrirse camino, para los nacionalismos, la noción de España como nación de naciones, que es la base del reconocimiento del "derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones" que la integran y la solidaridad entre todas ellas" (artículo 2).¹⁸ Guarda con esto último algunos puntos de contacto lo que escribe Díaz Polanco cuando, al preguntarse sobre las perspectivas de que se establezcan regímenes de autonomía en los países de América Latina, señala

17 *Op. cit.*, pp. 230 y ss.

18 Véase Morodo, R., *La transición política*, Madrid, Tecnos, 2a. ed., 1993, pp. 185 y ss.

que “es necesario ante todo que se den las condiciones nacionales de transformación y democratización”, esto es, de participación de los grupos involucrados, pues la autonomía se alimenta de la democratización de la sociedad, “se alimenta de ésta y al mismo tiempo la profundiza”; y asimismo cuando prosigue diciendo que es necesario también:

que persista y aun se profundice el proceso de nacionalización de los movimientos étnicos en el sentido indicado: articulación con proyectos políticos que procuran un cambio a escala nacional, consolidación de la conciencia étnica como conciencia política (esto es, conciencia de la problemática particular como cuestión de la sociedad global), reforzamiento de la identidad y las demandas propias.¹⁹

En relación con la nacionalización de los movimientos étnicos, aparte de lo brevemente apuntado, desde la experiencia española cabría añadir simplemente algunas breves observaciones. En primer lugar que tras el reconocimiento de la autonomía sólo la existencia en ciertas comunidades autónomas de partidos nacionalistas fuertes, presupuesto que es de toda federación o cuasifederación real de estados, marca el trato diario más profundizador de la autonomía respecto a unas comunidades autónomas por parte del gobierno central que respecto a otras. La preeminencia de un gran partido nacional en otras comunidades regionaliza o disminuye el peso político-administrativo de su realidad autonómica.

En segundo lugar, en relación con el carácter del nacionalismo, una observación que es casi una anécdota. El nacionalismo catalán, tan poderoso, respetado e influyente en el ámbito de

19 Por lo demás, los pueblos indios son conscientes de ello: “[...] Sin autogobierno indio y sin control de nuestros territorios, no puede existir autonomía. Lograr este objetivo es tarea principal de los pueblos indios, sin embargo, a través de nuestras luchas, hemos aprendido que nuestros problemas no son distintos en muchos aspectos de los de otros sectores populares; por lo tanto estamos convencidos de que tenemos que marchar juntos con los campesinos, los obreros, los sectores marginados, junto a los intelectuales comprometidos con nuestra causa, para destruir el sistema dominante y opresor y construir una nueva sociedad, pluralista, democrática y humana, en donde se garantice la paz”, Declaración de Quito, “Proemio”.

las cuestiones nacionales españolas, ha sido no sólo una cierta idea de la participación de Cataluña en España sino incluso una cierta idea catalana de España. No deja de ser curioso que históricamente este nacionalismo haya concitado por ello mayor animadversión, pero también mayor respeto de parte de los nacionalistas españoles, que el nacionalismo vasco, que por negador de España y por su indiferencia para con ella, no ha levantado en su contra sino una ola de pareja indiferencia. Quizá esto pueda dar qué pensar en relación con un nacionalismo indígena.²⁰

En definitiva, la lucha por la autonomía parece enseñar que es dable y útil el nacionalizar la propia cuestión diferencial de manera que se proyecte al conjunto de la sociedad en términos de una profunda transformación democrática de toda la sociedad.

Quizá no constituya sino una obviedad que el mejor modo de luchar contra los proyectos políticos homogenizadores y hegemónicos, cuáles son ordinariamente los estados nacionales, sea la contraposición de otro proyecto político, contrario a todo hegemonismo, de carácter democrático y basado en la afirmación del derecho a la autonomía. Negar la nación, en nombre de las nacionalidades, es hoy claramente menos útil que la negación de tan sólo cierto concepto de nación.

Parece claro que así como los estados nacionales se han planteado su relación —o su no relación— con los pueblos indígenas, también al nacionalismo indígena le corresponde fijar su posición respecto al Estado-nacional. Si el indigenismo integracionista se resolvía en un proceso de etnofagia —el Estado-nación no reconocía por tanto a su antagonista, sino que esperaba fagotizárselo— el etnicismo se encierra en un proyecto indio negador de la Nación. Es fácil que por su negación de la realidad compleja en que están insertos los pueblos indígenas y por la obstaculización que tal catarismo y mani-queísmo puede plantear a la articulación de su lucha con la

²⁰ En este sentido, García Cortazar, F. y J. M., González Vesga, *Breve historia de España*, Madrid, Alianza, 1994, pp. 552 y ss.

de otras fuerzas sociales, constituya el etnicismo no un error teórico y político —práctico y táctico— que los complacientes gobiernos toleran, si es que no impulsan, quizá henchidos de una gozosa indiferencia al contemplar un espectáculo de autoextrañamiento debilitador.²¹

En cualquier caso, por razones de incompetencia personal y por no ser propiamente el asunto de estas páginas, no podría analizar con rigor si, de ser cierta, la facilidad teórica del etnicismo y la complejidad de lo real hacen del etnicismo una utopía arbitraria.²² Dependiente como soy de mi propia circunstancia, sólo quisiera reiterar que, a mi modo de ver, la nacionalización de los movimientos étnicos a través de la consolidación de la conciencia étnica como conciencia política, que propugna Díaz Polanco, me parece un elemento imprescindible para la consecución de la autonomía de los pueblos indios. Y a este respecto, sin olvidar que el asunto de la defensa de la identidad y etnicidad, presupuesto de una conciencia política con fundamento en la realidad, no se agota en el reconocimiento de unos derechos culturales —son necesarios igualmente los políticos, sociales y económicos—, intentaré poner de manifiesto la importancia del propio derecho en la preservación de la idiosincrasia de los pueblos y en la afirmación nacionalista cuando ésta ha sido necesaria. Puede que todo ello sirva para valorar el papel que puede desempeñar la exigencia del derecho al derecho indígena propio en el proceso de nacionalización, de consolidación de la conciencia étnica de los movimientos étnicos como conciencia política. Naturalmente que los resultados que se desprendan puede que tengan algún valor también para un planteamiento etnicista.

21 Díaz Polanco, H., *op. cit.*, pp. 100 y ss. En contraste con todo autoextrañamiento véase la conciencia indígena en las siguientes palabras: “Los indígenas debemos fortalecer nuestras propias organizaciones y trazar lineamientos claros sobre nuestros movimientos, porque al interior de todo, no debemos aislarnos del resto de la población que se encuentra en situación similar de pobreza, hambre y represión. Sin embargo, cada organización deberá mantener su autonomía; somos indígenas, defendemos nuestros derechos, pero no desconocemos la realidad global en la cual nos desenvolvemos.” Declaración de Quito, 4. Comisión de organización indígena, experiencias, mecanismos de coordinación y comunicación.

22 *Op. cit.*, p. 102.

En definitiva, sin conciencia y realidad étnica, no se abriría paso ninguno de los dos planteamientos.

II. NACIÓN Y NACIONALISMOS: LOS DERECHOS FORALES Y LA LUCHA CONTRA LA UNIFICACIÓN JURÍDICA

No es este lugar para una completa descripción y análisis crítico de todo este asunto, baste con entresacar sólo algunos de los elementos que puedan servir de reflexión para un acercamiento al problema del derecho indígena en el seno de los estados nacionales. En realidad, al igual que las cuestiones de los nacionalismos europeos y no europeos, y la de los modelos político-administrativos que han salido a su encuentro, quizá valgan a modo de puntos de arranque para una reflexión ordenada acerca de la autonomía de los pueblos indios, así también lo que nos proponemos decir no tenga otra finalidad que la de otorgar elementos eurísticos para el acceso a nuestro problema: el sentido y distinto valor del reconocimiento, la conservación, y modificación y desarrollo de los derechos indígenas. Se eliminan así de esta exposición multitud de matices sin los cuales no es posible un juicio atinado sobre el problema en España que tomamos como ejemplo. Sin embargo, confiamos en otorgar los suficientes elementos, entresacados de esa experiencia española, para contribuir a la discusión del problema del derecho indígena desde un marco amplio y desde una experiencia histórica y política, concreta y práctica. Se trata, pues, de dar bases arquitectónicas, no desconociendo que la cuestión del derecho indígena contiene tal vez elementos de suma importancia que no se han dado en España prácticamente desde el final de la Edad Media.

1. La codificación, en general, ha supuesto la desaparición o la reducción al máximo del particularismo jurídico. Sin embargo, en España ello no se ha producido por la subsistencia de los derechos forales, es decir, ciertas variantes históricas del derecho civil.

Así, por ejemplo, el Código civil francés de 1804 nació con la denominación de Código civil de los franceses, pues ya la Asamblea constituyente de 1791 había acordado la creación

de un “Código de leyes civiles comunes a todo el reino” que acabara de una vez con todo resto de particularismo jurídico. El ejemplo de Francia despertó en Alemania el deseo de realizar una codificación —tarea que ocupó todo el siglo— que unificase la variedad de legislaciones particulares que regían en los extensos territorios del Sacro Romano Imperio de la nación germánica. Y aunque la ley de 20 de diciembre de 1873 declaró materia federal el derecho civil —el BGB contempló sus relaciones con el derecho privado de los países (*Landesprivatrecht*)—, a través del artículo 55 de la ley introductora del Código civil (*EGBGB*), es decir, por medio del principio de la codificación (*Kodifikationsprinzip*) se fue logrando la unidad jurídica de forma más rápida de lo que había llegado a imaginarse cuando se estableció el BGB. La diversidad jurídica suiza, ligada a su particular organización política, también cedió ante la unificación legislativa consagrada por el Código civil suizo de 1912 (*ZGB*), y los derechos cantonales, en materia no reservada a la soberanía de los cantones (artículo 5 CCS), han quedado relegados al ámbito de la costumbre.

Así, pues, codificación y búsqueda de la uniformidad jurídica parecen estar imbricados. En España, sin embargo, esta cuestión presenta un aspecto un tanto peculiar, pues se hizo del derecho particular algo cuya preservación se consideró imprescindible para lograr la defensa de la identidad nacional o regional.

La unidad jurídica procurada por la codificación ha contribuido de forma importante a la consolidación de las nacionalidades —como es el caso de Francia e Italia— o incluso, junto con otros factores, a hacer posible la unidad nacional, anteriormente inexistente, como es el caso de Italia o de Alemania. En España, en cambio, si bien con la codificación perdieron su derecho peculiar y propio los territorios sometidos al derecho de Castilla (Base 27 y artículo 1976 del Código civil),²³ las tradiciones forales se mantienen subsistentes junto al Código

23 Ley de 11 de mayo de 1888 por la que se autoriza al gobierno para publicar un Código civil con arreglo a las condiciones y bases establecidas en la misma. *Gaceta de Madrid* de 22 de mayo de 1888.

civil (1889) —sistema de apéndices—, volviendo a recobrar toda su fuerza con las posteriores *Compilaciones* (1959-1973) de cada derecho foral. No es este el lugar para entrar en la valoración de las causas y oportunidad de esta conservación a la luz de los acontecimientos del siglo XIX español. Sólo señalaremos unas cuantas ideas. De un lado, que Estado federal y unificación jurídica no se excluyen, como enseñan los ejemplos alemán y suizo. Y de otro, que la originaria duplicidad de sistemas en Francia a la hora de hacerse la codificación, ni impidió ésta ni la unificación jurídica y consolidación de la nacionalidad. En España, las dificultades que entorpecieron el movimiento constitucional dieron tiempo y ocasión suficientes para que se desarrollaran y ya estuvieran maduros algunos intentos de federalismo cuando por fin se logró configurar un cierto Estado “centralista”. Ello se tradujo en algunas concesiones a la autonomía regional por parte del poder central, lo cual tiene un reflejo en la conservación por el Código civil de la diversidad legislativa: las variantes históricas del derecho civil en ciertos territorios que son los derechos forales.²⁴ Esta diversidad hunde sus raíces en la historia del fraccionamiento político y jurídico que se produjo durante la Reconquista, y que han llegado hasta nuestros días en la situación anormal creada por las disposiciones de Felipe V, y por las leyes de 1839 y 1841, las cuales segaron los órganos legislativos de estos derechos particulares, haciendo imposible su renovación progresiva.²⁵ Es decir la peculiar estructura histórico-política de España y la resistencia frente a la ilustración borbónica son dos fenómenos que van unidos y que están en la raíz y explican aspectos esenciales de esta conservación de los derechos particulares desde el Código civil y que últimamente ha entrado en juego a la hora de conceptualizar a España como nación de naciones y de dotarla de un régimen de autonomías.

Sobre el problema en el siglo XIX, únicamente consideraremos dos puntos de vista de la época. En primer lugar, podría

24 Mozos, J. de los, *Derecho civil español*, Salamanca, 1977, vol. 1., p. 235 y ss.

25 Castán Tobeñas, J., *Derecho civil español, común y foral*, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1975, p. 231.

admitirse que a la luz de la historia española del XIX la conservación final de la diversidad legislativa es una supervivencia del “*ancien regime*” en un Estado moderno. Sin embargo, como nada es malo si no es peor que su contrario, quizá no sorprendan las siguientes palabras de Marx acerca de un movimiento rural, clerical y antiliberal como el carlismo:

el carlismo no es un puro movimiento dinástico y regresivo, como se empeñaron en decir y mentir los bien pagados historiadores liberales. Es un movimiento libre y popular en defensa de tradiciones mucho más liberales y regionalistas que el absorbente liberalismo oficial, plagado por papanatas que copiaban a la Revolución francesa. Los carlistas defienden las mejores tradiciones jurídicas españolas, los Fueros y las Cartas legítimas que pisotearon el absolutismo monárquico y el absolutismo centralista del Estado liberal. Representaban la patria grande como una suma de patrias locales, con sus peculiaridades y tradiciones propias. No existe ningún país en Europa que no cuente con restos de antiguas poblaciones y formas populares que han sido atropelladas por el devenir de la historia. Estos sectores son los que representan la contrarrevolución frente a la revolución que imponen las minorías dueñas del poder. En Francia lo fueron los bretones, y en España, de un modo más voluminoso y nacional, los defensores de don Carlos. El tradicionalismo carlista tiene unas bases auténticamente populares y nacionales; el liberalismo está encarnado por el militarismo, el capitalismo (nuevas clases de comerciantes y agiotistas), la aristocracia latifundista y los intelectuales secularizados, que en la mayor parte de los casos piensan con cabeza francesa, o traducen —embrollando— del alemán.²⁶

Y aunque en la defensa foral carlista había mucho de reaccionarismo, conviene recordar que las formas y las instituciones políticas de los estados responden en gran medida a las estructuras sociales y a los antagonismos y relaciones de clase dentro de las mismas, realidad que afectaba también a las

²⁶ Lo decía Carlos Marx en la *Rheinische Zeitung* (1849), más tarde en el *New York Daily* (1854), citado por Alberto Rull Sabater, *Política económica de España*, Madrid, Ediciones Istmo, 1983, p. 27, nota 2.

posiciones liberales o unionistas del XIX. Por eso quizá un observador tan agudo como Marx supo ver tempranamente más allá de los datos inmediatos.

Y en segundo lugar, podría no carecer de valor consignar unas palabras, esta vez sí que con fuerte sabor de época, de M. Durán y Bas, máximo exponente de la Escuela histórica en España: “la nacionalidad de un pueblo en nada encuentra expresión tan espontánea como en el organismo de sus instituciones jurídicas”,²⁷ de manera que “si la legislación de Castilla se observa en gran parte del territorio nacional, no es razón para que no se respeten, como organismos independientes, las demás legislaciones” pues, distinguiendo entre principio histórico y el principio natural, con preeminencia de éste sobre aquél, principios que sirven de fundamento a la afirmación anterior, señala que:

en el principio histórico hay que distinguir lo que es espíritu nacional de lo que es espíritu de la época; éste debe ser matizado por aquél: la unidad legislativa está en función de la unidad de un sólo espíritu popular, y es evidente que en España hay unidad política, pero no unidad social. Lo que no es un mal: en todo organismo incluso en el Estado, debe haber variedad. El día en que en España hubiera una “escuela nacional” del derecho, una conciencia colectiva de nacionalidad, no sólo política, sino social, podría hablarse igualmente de una unidad legislativa; hoy por hoy, la antigua estructura de pluralismo de reinos se mantiene.²⁸

La verdad escondida en estas palabrase no puede impedir la justeza de la afirmación según la cual Durán y Bas no alcanzó a comprender el espíritu de la escuela histórica, y que en vez de utilizar sus postulados, al modo de Savigny, para “sistematizar” el derecho nacional, los utilizó para defender el derecho regional.²⁹ Pero aunque hubiera recogido acertada-

27 Prólogo a la traducción española de J. Mesía y M. Poley del *Sistema del derecho romano actual*, de Savigny, Madrid, 1878, t. I, p. XXV.

28 En *Escritos*, I Serie: Estudios jurídicos, Barcelona, 1888, p. 309

29 Mozos, J. L. de los, *op. cit.*, p. 239.

mente el espíritu de la Escuela histórica, lo que hubiera legitimado su oposición a la codificación tan sólo en la misma medida en que quedó justificada esa misma oposición en Alemania —no se olvide a Thibaut y, posteriormente, a Ihering y su crítica al principio de la nacionalidad del derecho en nombre del de la universalidad del derecho moderno—,³⁰ hay que tener en cuenta que ni el marco político ni el estado de postración a que había conducido a la ciencia jurídica española el característico aislamiento del país con respecto a las corrientes de pensamiento europeo hubieran hecho posible entonces —desde luego no hasta mediado el siglo— una elaboración científica que sintetizara la diversidad jurídica dentro de una existente común tradición.

Pero el caso es que el derrotero que el asunto tomó fue aquel otro, es decir, el de la nacionalización del derecho, y la cuestión se hizo patrimonio de la política de partidos, uniéndose así la conservación de la legislación civil particular con el sentimiento de la identidad regional.³¹ Que esta unión no haya sido legítima en España, pues la conservación de la legislación particular era también la supervivencia de antiguos vestigios feudales y la defensa de los beneficios económicos derivados de los “conciertos económicos” y, por lo tanto, la defensa también de unos intereses de clase de las burguesías locales, y que quizá todo debiera haberse enfocado como un problema técnico-jurídico a resolver por la codificación,³² puede que sea parte de la verdad. Como tal vez pueda parecerles verdad a otros también que el sentimiento regionalista o nacionalista hubiera debido canalizarse, ayer como hoy, por otras vías —la defensa de la lengua, como ejemplo paradigmático— sin involucrar a la legislación civil u otras instituciones de derecho público. Pero a este propósito parece que en la conservación de la identidad y la etnicidad propias es más virtud el hacer que el no hacer, y el hacer más que el hacer menos.

30 Ihering, R. von, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, vol. I, “Introducción”, título primero.

31 Mozos, J. L. de los, *op. cit.*, p. 244.

32 Mozos, J. L. de los, *op. cit.*, p. 246.

La falta de la necesaria previsión frente a un siempre posible inminente riesgo de desaparición, que han demostrado prácticamente hasta hoy, por ejemplo, los, por otra parte, sinceramente interesados en la conservación de la lengua vasca, suscita las siguientes palabras L. Michelena, una autoridad en la materia:

Lo que sucede es que ni una lengua va a seguir viva porque haya sido viva hasta entonces ni unas instituciones van a conservar su vigencia porque su legalidad haya sido aceptada hasta cierto momento. Es evidente que las instituciones no se sostienen por su legitimidad ni caen por su ilegitimidad, aunque la legitimidad, real o ficticia, les añada decoro y acaso solidez. No cabía esperar que, en un mundo en ebullición, donde las relaciones de fuerza cambiaban rápidamente, la simple invocación de unos títulos legales bastara para que una situación, ya inestable por conflictos internos, se mantuviera idéntica a sí misma por los siglos de los siglos. Nuevas circunstancias exigían adaptaciones previsoras.

Y respecto a esto último señala que —lo escribe en 1971, años antes, pues, de la Constitución de 1978—:

La opinión más general sostiene que la disminución o pérdida de la autonomía de las regiones vascas es la secuela de la participación, desacertada o desafortunada según los criterios, de Vasconia (con restricciones que, en sustancia, son sociológicamente claras) en las guerras civiles españolas. En principio, me parece igualmente aceptable, por lo menos, la tesis de que la autonomía se ha mantenido residualmente, o sigue viva como aspiración, gracias tan sólo a esa participación. Por desgracia, esto no es una comedia de Priestley y no podemos distinguir experimentalmente entre dos líneas temporales: la que pudo ser y fue, que sí conocemos, y la que pudiendo ser no llegó a conseguir realidad, que sigue incógnita. Puesto que estamos en materia de fe, tengo que confesar que creo en la eficacia de los sobresaltos, aun alocados, no creo, por el contrario, en las virtudes de la pasividad.³³

33 Michelena, L., se trata del artículo "Lengua y cultura", recopilado en *Lengua e historia*, Madrid, Paraninfo, 1985, p. 158, nota 26.

Es un hecho que la actividad en defensa de la singularidad, con todos sus altibajos, flujos y reflujos desde el inicio del se-
cientos borbónico, ha llegado hasta nuestros días, y que la
preservación de los derechos históricos es una realidad hoy que
se ha visto reforzada por el reconocimiento constitucional de
1978.

Naturalmente, foralistas y antiforalistas realizan una muy
distinta valoración del criterio conservacionista establecido por
el Código civil. Así, como dice F. de Castro:

la solución del Código civil significa el abandono de las aspi-
raciones unificadoras del derecho nacional, admitiendo como so-
lución transaccional la pluralidad legislativa, con la esperanza
de recopilar las arcaicas instituciones forales en unos futuros
apéndices. Fue además, un retroceso en la evolución jurídica, al
desconocerse el valor que había logrado el derecho común (de
origen castellano) e imponer forzosamente las reglas romanas,
contra cuya vigencia se defendieran los antiguos juristas.³⁴

Pero entre los que lamentan el abandono de las aspiraciones
unificadoras del derecho nacional también se oye el eco de
un agravio comparativo hecho por el Código a la propia *tra-*
dicción jurídica castellana, pues no es un Código que recoja se-
riamente aquella tradición, sino que, a la busca de un carácter
de Código *nacional*, realiza un acercamiento a ciertas institu-
ciones de los derechos forales, estableciéndose además en la
Base 27a.³⁵ que:

la disposición final derogatoria será general para todos los
cuerpos legales que constituyan el derecho civil llamado de
Castilla, en todas las materias que son objeto del Código y
aunque no sean contrarias a él, y quedarán sin fuerza legal
alguna así en el concepto de leyes directamente obligatorias
como en el de derecho supletorio.

34 Castro, F. de, *Derecho civil de España*, 3a. ed., Madrid, 1955, t. I, p. 248.

35 Ley de 11 de mayo de 1888 por la que se autoriza..., cit.

De manera que la codificación, como reconocen sus mismos partidarios, redundó en agravio del derecho propio de Castilla y no en el de los que se oponían a la misma.

2. El regionalismo español del siglo XIX, como hemos visto, influyó de manera decisiva en la solución que el problema de los derechos forales recibió de parte del Código civil. A este regionalismo, que es la postulación de un renacimiento espiritual y material, se le ha de insertar, como fruto algo retrasado, en la proyección de aquel movimiento de renovación cultural surgido en Alemania y que vino a suponer, en cierto modo, una rectificación de la propia Ilustración. A este movimiento, íntimamente engarzado con el romanticismo hay que vincular las bases espirituales de la Escuela histórica que, como se sabe, se opuso a la codificación en nombre del principio de las nacionalidades y, por tanto, en nombre de la tradición secular iniciada por la recepción del derecho romano en Alemania, que se veía amenazada por la pretensión excesiva del derecho natural de convertir a éste en el derecho positivo de los pueblos. Este es el contexto espiritual en el que hay que situar la famosa y conocida polémica entre Savigny y Thibaut.³⁶

Con independencia del hecho aludido de no haberse entendido a fondo en España el sentido último del programa de Savigny, es claro que, guste o no, la defensa de los derechos particulares españoles se hace en el seno de un regionalismo que bebe de aquél movimiento referido. Este movimiento de "renovación cultural" en Alemania y el del *risorgimento* italiano, mediante los que logran la unidad nacional Alemania e Italia, influyen decisivamente en el surgimiento del sentimiento regional (más tarde, nacional) y "foralista" de catalanes —*renaixença*—, vascos y gallegos. No se trata ahora sino de resaltar la importancia que ha tenido la relación entre derecho foral y el sentimiento regional o nacional potenciado por la materialización de un resurgimiento todavía no insurgente.

³⁶ Wieacker, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2a. ed., Gotinga, 1967, pp. 348 y ss.

Ponemos, pues, de manifiesto que la lucha por el derecho particular ha tenido éxito en el seno de un profundo movimiento de renovación cultural —histórica, literaria, lingüística, artística, musical, etcétera—, en el seno, por tanto, de un renacimiento de la conciencia comunitaria, de una concepción política de la cultura como es el nacionalismo y a quien se debe el troquelado de la nación.

Esta relación entre derecho y sentimiento regional o nacional en España ha sido y es un hecho, independientemente de los juicios que pueda merecer. En España quizá sea cierto que el problema del derecho particular no debiera estar conectado con el sentimiento regional o nacional; quizá sea cierto que este problema tendría que haber recibido una solución técnica que hubiera posibilitado la unificación jurídica civil —un solo sistema—, abandonando la coexistencia de diversos sistemas. Quizá sea no menos cierto que pudiera bastarle al sentimiento regional y nacional un adecuado sistema político-administrativo que garantice la autonomía de regiones y nacionalidades y la defensa y desarrollo de su especificidad. Pero frente a esto, aparte de las ventajas que veíamos para el mantenimiento de la identidad y etnicidad en el hacer sobre una confiada y cándida pasividad, negligencia o dejación de derechos —solidaridad interterritorial y defensa de la identidad no son incompatibles, sino conjugables—, es un hecho también que sólo les corresponde decidir a los que gozan de un derecho particular el ceder frente al general. En realidad, la defensa de la uniformidad civil no es tan técnica y desideologizada como quiere aparentar. La idea viene inspirada por la legítima creencia en una nación mayor, como la española; pero lo que ya no es tan legítimo es considerar que esa nación mayor exija la uniformidad o el sincretismo cultural. No hay sincretismo perfecto. De seguro que ese sincretismo, jurídico en este caso, sería sentido por unos como un triunfo y, por otros, como una derrota. Tal vez se perdió una oportunidad de lograrlo en algún momento del pasado. Pero, ¿no es acaso esto la confirmación de que lo que no debía ser no podía ser y viceversa?

3. El caso es que hoy en España el artículo 149-1 de la Constitución de 1978 contiene —en el seno de una amplísima descentralización político-administrativa— la garantía constitucional de la pluralidad de regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional. Se establece un reparto de competencias legislativas en materia de derecho civil entre el poder central y las comunidades autónomas:

El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

...8a. Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las comunidades autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial.

Por tanto, la implantación directa de la unificación jurídica del derecho civil estaría viciada de inconstitucionalidad. Hoy el bien constitucionalmente protegido, en tema de derecho civil, no es la unidad, sino el pluralismo.³⁷

La garantía de la pluralidad de regímenes civiles se da, como hemos señalado, en el seno del llamado Estado de las autonomías, una fórmula de Estado compuesto a mitad de camino quizá entre el principio unitario y el federal. Pero de hecho, aunque pluralismo jurídico de derecho civil y descentralización político administrativa no se exigen mutuamente, no cabe duda que son más compaginables que pluralismo de derecho civil y centralismo.

De una primera interpretación de los preceptos constitucionales,³⁸ se desprende: 1) que todas las comunidades que ac-

37 Delgado Echevarría, J., "Los derechos civiles forales en la Constitución", en *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Zaragoza, Libros Pórtico, 1979, p. 332.

38 Seguimos la interpretación que J. Delgado realiza en el artículo citado en la nota precedente.

cedan a la autonomía plena podrán legislar sobre derecho civil si existen en ellas (“allí donde existan”) derechos forales, 2) que esta delimitación “allí donde existan” derechos civiles, forales o especiales, podría interpretarse no sólo en un sentido restrictivo (donde esté vigente y sin fuerza expansiva espacial) sino también de forma que “allí” signifique comunidad autónoma, pudiendo así expandirse por toda ella, con tal de que en algún punto de esa comunidad esté vigente, y que “existan” pueda significar también vigencia pretérita, 3) que la Constitución con su disposición adicional 1a. puede dar base para esa posible recuperación de derechos civiles forales históricos aun en aquellas comunidades autónomas en que hubiera dejado de estar vigente a la entrada en vigor de la Constitución: “La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales.

La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía”.

Se desprende también 4) que la especificación “foral o especial” significa que las comunidades autónomas con autonomía plena, en cuyo territorio exista derecho civil foral —es decir, variante histórica de derecho civil—, no tienen limitada su capacidad de legislación civil sólo al desarrollo de las actuales legislaciones forales —lo que representaría un alarde de historicismo y supondría decantarse en favor del peso de los juristas conocedores de la tradición foralista por encima de la voluntad popular— sino que pueden legislar —en un planteamiento realmente autonomista: voluntad popular expresada a través de asambleas legislativas elegidas— sobre derecho civil en general, sin otros límites que las materias expresamente excluidas en el segundo párrafo del artículo 149-1-8o. de la Constitución, 5) que la limitación de la actividad a las de “conservación, modificación y desarrollo” del derecho foral excluye la posibilidad de que la comunidad autónoma pueda abrogarlo, lo que de un lado supone impedir que un pueblo pueda renunciar a su derecho histórico, restricción que si bien no parece aceptable supone asimismo una cierta garantía de que,

si alguna vez es clamor popular la necesidad de su abrogación, la misma dificultad constitucional en alcanzarla lleve a la exigencia de las reformas constitucionales necesarias para que la abrogación sea fruto de una voluntad común y democrática y no de la manipulación interesada.

4. Para concluir tres observaciones. En primer lugar, que es evidente que si en España la discusión quedó prácticamente limitada a la subsistencia de los distintos regímenes civiles es porque lo que se cuestionaba era una materia política delimitada en sus términos por su base histórica y la situación política decimonónica, cuestión que se reactualizó en la forma de sentimiento regional o nacional. Pero no había lugar lógicamente a una discrepancia que cuestionara las mismas bases culturales de raíz europea. La discusión, desde la aceptación final de los postulados de la Revolución francesa, siempre se ha mantenido dentro de un mismo orden. La aceptación del derecho indígena quizá no sea tan sólo la aceptación de diversidad de sistemas basados en diversas tradiciones jurídicas, sino de diversidad de culturas jurídicas.

En segundo lugar, conviene recalcar que el hecho diferencial al que va ligado en España el reconocimiento de autonomía plena inicial —vía privilegiada de acceso a esa plenitud en la autonomía— no está determinado por la existencia de los derechos forales —aunque éstos fueron aglutinante parcial de la identidad— sino por la insistencia nacionalista en el hecho diferencial —con base también de otros demarcadores de identidad— que desde finales del siglo XIX se produjo en esos territorios: Cataluña, País Vasco y Galicia. Que el hecho diferencial pudiera “nacionalizarse” no dependió tampoco de un pasado político uniforme, pues sus situaciones han sido históricamente, desde el punto de vista de la vinculación política con Castilla, muy diferentes.³⁹ Esa “nacionalización” del hecho

39 Quizá convenga explicar que cuando se habla de Castilla a partir de los *reyes católicos* uno se refiere en realidad a Galicia, Asturias, León, Castilla la Vieja, Extremadura, Castilla la Nueva, Murcia y Andalucía, pues todas estas regiones componían un sólo Estado, con fronteras comunes, comunes cortes, común legislación, idéntica moneda, y una misma política económica. De este Estado formaban parte las Vascongadas con ciertas peculiaridades forales, algunas de carácter aduanero, muy im-

diferencial se ha producido en territorios que presentan diferencias importantísimas desde el punto de vista de su pasado político y en los cuales su peculiaridad jurídica-pública, naturalmente, y también privada —foral o especial— es de distinta importancia, que va desde una rica y distinta tradición jurídica navarra, aragonesa o catalana hasta la muchísimo menos prominente “costumbre gallega”. Lo que quiere decir que lo importante es haber sabido destacar y reflexionar sobre el hecho diferencial, sin admitir que el pasado, si victorioso o menos frente a los intentos de asimilación, pudiera deslegitimar esa reivindicación. También es cierto que la consecución de victorias parciales en el pasado —como la alcanzada por esos nacionalismos en la Segunda República (1931)— ha tenido un valor acumulativo para el futuro del hecho diferencial. Lo que vuelve a señalar el valor de la acción comprometida sobre la pasividad o el autoextrañamiento y la importancia por tanto de la proyección de la conciencia étnica-nacional sobre la sociedad global.

Y en tercer lugar, que podría pensarse que es el hecho lingüístico el determinante del reconocimiento de ese hecho diferencial. Pero obsérvese que la castellanización lingüística prácticamente total de Aragón y la ausencia de un nacionalismo aragonés al modo catalán, por ejemplo, no han sido óbices para el reconocimiento constitucional de su especificidad jurídico-civil —y alguna de derecho público—, lo que posibilita que Aragón no sólo pueda mantener su derecho foral —ya reconocido por el Código Civil (1889) y codificado en la correspondiente Compilación (1967)— sino que incluso puede legislar —sobre esto no habrá ningún género de duda cuando acceda a la autonomía plena, posibilidad abierta a todas las comunidades— en toda materia civil, con las únicas limitaciones de las pocas materias reservadas al poder central. Su si-

portantes. Navarra, Aragón, Cataluña y Valencia estaban en unión personal bajo el mismo rey de Castilla, pero eran estados distintos, con distinta legislación, distintas cortes, y distinta moneda y fronteras aduaneras que los separaban de Castilla. Puede decirse que la unión jurídico-política del Estado español no se produce hasta los Borbón.

tuación es por tanto mejor que la de Valencia, no obstante su diversidad lingüística, y mejor que la de Andalucía, que, sin embargo, accedió muy pronto a la autonomía plena. Andalucía, que carecía de derecho foral —según lo que esto significa desde el Código civil—, no puede ni podrá legislar en materia de derecho civil.

Es claro, por tanto, que aquí la especificidad jurídica se ha constituido en común denominador de una autonomía más plena y no, en cambio, como pudiera parecer, la especificidad lingüística. Visto de otra manera, la pérdida de la peculiaridad lingüística, aunque siempre dañina, no es obstáculo a la permanencia y reconocimiento de la etnicidad como tal, o de lo que quede de ella, siempre que se conserve el derecho particular.⁴⁰ Pero en definitiva, también es verdad que Aragón resultó beneficiario de la nacionalización que otros hicieron de su cuestión étnica.

III. DERECHO INDÍGENA. CARACTERES DEL DERECHO INDÍGENA COMO DERECHO PARTICULAR EN UN CUADRO DE DESCENTRALIZACIÓN POLÍTICO ADMINISTRATIVA

De la experiencia de los derechos forales podemos quizá extraer ciertos principios para una aproximación constructiva a los derechos indígenas. Es presupuesto de todo ello una previa delimitación de materias, pero ésta es cuestión aparte.

1. Ante el reconocimiento de diferentes regímenes jurídicos dentro de un Estado-nación creo que el mejor camino para nuestro propósito es el de afirmar el actual derecho indígena como derecho particular o propio, *ius proprium*, y no como costumbre jurídica respecto al derecho general del Estado. Es decir, se le debe reconocer su carácter de sistema de derecho completo, autóctono, que responde a unos principios generales

⁴⁰ Y esto, aun cuando no resultan parangonables, en realidad, el derecho de Aragón, Cataluña, Baleares y Navarra a los fueros y costumbres de Ayala, el Baylío, Vizcaya y Galicia. Sin embargo, el Código no distinguió y trató a todos por igual. Y de este hecho se derivan las actuales competencias autonómicas en materia de derecho civil.

y desarrolla sus consecuencias. Pero esto habría que demostrarlo, al menos mínimamente. No sería obstáculo el que su desarrollo pretérito y actual por circunstancias de todos conocidas haya quedado dificultado e incluso truncado. La ardua tarea de su revitalización habría que afrontarla.

2. Su carácter de derecho particular negaría que pudiera ser considerado como un *ius introductum*, una norma de carácter excepcional dentro de un régimen de derecho común. Todo derecho indígena sería un sistema coexistente con el sistema general.

3. Su carácter de derecho particular le valdría el de derecho común respecto a su territorio, sin perjuicio de la existencia dentro de ese derecho común de normas de carácter especial o excepcional.

4. En caso de reconocimiento de autonomías político-administrativas indias, ese derecho particular quedaría absorbido por el derecho autonómico indio como una parte del ordenamiento autonómico.

5. Mientras, su carácter de derecho particular y común a un territorio no le eximiría de la existencia de un derecho general a todo el territorio del Estado-nación, por lo que hay que resolver el problema de la compatibilidad o no de la condición supletoria de ese derecho general respecto al derecho indígena y, si la respuesta es negativa, parcial o totalmente, se plantearía, por tanto, la cuestión de cómo el derecho indígena puede, y en qué medida, autointegrarse, conscientes de que por la sola costumbre nueva que se genere ello es imposible a corto plazo por definición. Tampoco se vería libre de esta cuestión del derecho estatal como supletorio el derecho de las autonomías indias en caso de que éstas se reconocieran.

6. Su carácter de derecho particular negaría su condición de privilegio personal, la cual, de otorgársele, es decir, dejar la sumisión a uno u otro derecho a la elección de los ciudadanos indígenas, disminuiría la fuerza jurídica del derecho indígena casi tanto como su conceptualización como costumbre.

7. Por eso su condición de derecho particular, se tenga o no autonomía político-administrativa, exige su carácter territorial. Precisa además que se delimite un presupuesto de aplicación —quienes están sometidos al derecho indígena y quienes no (*ius sanguinis*, *ius soli*)— que sirva también para determinar la ley *personal* (por ejemplo, capacidad, estado civil, derechos y deberes de familia y sucesión por causa de muerte) aplicable en los conflictos de derecho interregional. Esta circunstancia del *status* debería poderse hacer constar en el registro civil. Además es preciso establecer normas conflictuales de derecho interregional.

8. Los conflictos entre derechos indígenas entre sí y de éstos con el general estarían regidos, por consiguiente, por el principio *iura novit curia*, al consistir en conflictos interregionales y no internacionales. Nadie, pues, estaría obligado a acreditar el contenido y vigencia de su derecho.

IV. MATERIAS RESERVADAS

Es claro que el reconocimiento en España de la pluralidad jurídica se refiere exclusivamente al derecho civil. Y ni siquiera en este ámbito la competencia de las comunidades de autonomía plena con derecho foral preexistente es total. Existen, por diversas causas, de las que no sería razonable que nos ocupáramos ahora, materias de derecho civil reservadas al poder central en todo caso, es decir, también cuando, por estar incluidas en el concepto de derecho civil foral o especial, pudieran corresponder, de no existir esas excepciones, a las comunidades autónomas. Están contenidas en el segundo párrafo del número 8o. del artículo 149-1 de la Constitución. Pero este elenco también supone que todo lo demás no reservado cae bajo la competencia de aquellas comunidades autónomas, es decir, que sobre el núcleo más importante del derecho civil la competencia legislativa la tiene la comunidad autónoma. De manera que la actividad legislativa en materia civil no sufre la restricción de sólo poderse referir a aquellas instituciones de derecho civil foral que conviniera conservar en apén-

lices al Código, como se decía en la ley de bases, artículo 6o., de 1888,⁴¹ y que quedaron verdaderamente codificadas —y no simplemente compiladas—⁴² cuando se dio cumplimiento (de 1959 a 1973) al sistema de compilaciones —con abandono del de apéndices— ordenado por el Decreto de 1947.

El ámbito, pues, de actuación de las comunidades autónomas con competencia legislativa en materia civil es muy amplio y no viene limitado sino por las materias reservadas en el artículo 149-1 de la Constitución, que es fiel reflejo del artículo 13-1 del Código civil, igual a su vez al anterior artículo 12 y al artículo 5o. de la ley de bases del Código de 1888; y limitado también lo está por el principio sentado por el artículo 149-3 de la Constitución según el cual “El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las comunidades autónomas”. Pero esto sólo en el ámbito de sus competencias asumibles —no lógicamente respecto a sus competencias exclusivas, como es la referente a materia civil en ciertas autonomías—, por lo que cada comunidad autónoma es la que ha de decidir a través de sus estatutos hasta qué punto desea una heterointegración de su ordenamiento con base en el derecho estatal, es decir, central (artículo 149-3).⁴³

El carácter nacional —de absoluta generalidad— de ciertos códigos, como el de comercio y el penal, así como el de la ley de procedimiento criminal y el de las leyes procesales mercantiles, no fue cuestión disputada en España en el siglo XIX. Sin embargo, respecto al procedimiento civil, también

41 Puig Brutau, J., *Introducción al derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1981, p. 181.

42 Las compilaciones, aunque en realidad no son tales, sino más bien códigos, sin embargo, y a pesar de haber sustituido a los cuerpos históricos, no han perdido su contacto con ellos, de forma que “los derechos forales conservan algo de la vitalidad y del carácter abierto de los sistemas no codificados, lo cual tiene interés no sólo para la pervivencia y la continuidad de las propias tradiciones jurídicas”, sino que permite el tratamiento del mismo de una forma más de acuerdo con los modelos mentales del “derecho jurisprudencial”; véase Mozos, J. L. de los, *op. cit.*, pp. 323 y ss.

43 Todo esto y la interpretación que consignamos anteriormente de los preceptos constitucionales, se ha visto confirmado por el desarrollo constitucional de estos últimos años; véanse las introducciones a *Compilaciones y leyes de los derechos civiles forales o especiales*, Madrid, Tecnos, 1993.

hoy de carácter general, tenemos del gran federalista Pi y Margall la alegación de una verdad que todos conocemos:

Vengamos a las leyes de procedimiento. Las hay [está escribiendo en 1876] hace mucho tiempo para toda España. ¿Las dejaremos al Estado? Las leyes adjetivas o de procedimientos guardan estrecha relación con las sustantivas: aquí hasta las modifican esencialmente. A quien corresponden las sustantivas deben en mi opinión entregarse las adjetivas... Hemos considerado por lo contrario de la competencia de las provincias las leyes civiles: hemos de conceder la de enjuiciamiento civil a las provincias... Sigue a esto una enumeración de los perjuicios enormes que supone la regulación procesal, todavía de actualidad, y concluye postulando también la competencia de las provincias sobre la organización de los tribunales civiles.⁴⁴

Esta relación entre derecho sustantivo y procesal es reconocida, aunque sólo lo sea débilmente, también hoy por el artículo 149-1 de la Constitución. En su número 6o., atribuye competencia exclusiva al Estado en materia de "legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las comunidades autónomas." Se admite así la posibilidad de establecer procedimientos adecuados para llevar a la práctica las instituciones propias de cada una de las regiones autónomas, y, en materia de derecho civil, de aquellas regiones con derecho civil propio.

La tónica del reconocimiento constitucional de la realidad indígena en materia jurídica privada viene constituida por el régimen de la propiedad de la tierra en atención a su explotación agraria. Este tratamiento constitucional del régimen de la propiedad no es propiamente una materia reservada, pero parece, por otras razones, resultar algo parecido, y por ello vamos a considerarlo brevemente aquí. Normalmente se trata de la protección e impulso de la propiedad colectiva o comu-

⁴⁴ Pi y Margall, F., *Las nacionalidades*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 288 y ss.

nal y, en caso de abrirse este régimen a la propiedad privada, el régimen es antilatifundista y de proscripción del acaparamiento de la tierra. Por razones socioeconómicas, las medidas van desde poderse establecer o estimular legislativamente toda forma de propiedad colectiva o comunal, con la consiguiente prohibición, en su caso, de la apropiación privada de las tierras, hasta llegar a establecer aquélla taxativamente y decretar la inenajenabilidad, inembargabilidad, indivisibilidad, carácter imprescriptible de la propiedad comunitaria y su inhabilidad para garantizar obligaciones contractuales o ser arrendada.

Es interesante comprobar que cuando las comunidades indígenas quedan inscritas en entidades con personalidad jurídica de derecho público, dentro de un cuadro de división político-administrativa, el Estado se limita a reconocer las formas comunales de propiedad de las tierras que se den en dichas regiones autónomas y a garantizar su efectividad (Nicaragua, 1987, comunidades de la Costa Atlántica). Nada hay aquí de ese sentido protector que hemos visto, sino reconocimiento de la autonomía y responsabilidad de los pueblos indígenas de esos territorios respecto a la configuración y reglamentación de la propiedad y sus formas.⁴⁵

45 El punto de partida indígena hace depender la concepción de la propiedad de la visión cósmica indígena, y en este sentido el valor de lo comunitario parece ser la esencia indeclinable de los pueblos indígenas. Al menos así se establece en la Declaración de Quito (6): "Nuestra concepción de territorio se sustenta en la forma de entender el sentido de lo humano y el de la naturaleza así como la interrelación de éstos. Las formas organizativas, políticas, económicas, de producción, en fin, todos los elementos que conforman nuestras culturas, están enraizadas y orientadas por lo comunitario; por ello creemos que la tenencia de la tierra debe ser colectiva; por ello la cultivamos en comunidad y entre ésta distribuiremos sus frutos; por ello sí creemos en la solidaridad y por ello nuestros hijos son de la comunidad.

Este valor de lo comunitario desde el cual entendemos el sentido de lo humano y la posibilidad de todos y cada uno de lograr una vida armónica, la que sustenta nuestra concepción de territorios y la persistencia de mantener formas de vida solidaria. Asimismo, este convivir fraterno lo es también con los seres, es decir, con la naturaleza.

No nos sentimos dueños de ella; es nuestra madre, no es una mercancía, es parte integral de nuestra vida. Es nuestro pasado, presente y futuro. Creemos que este sentido de lo humano y del entorno no es solamente válido para nuestras comunidades o para los pueblos indoamericanos." Y en 6-2.17: "Las tierras y el pueblo indígenas son inseparables. La tierra es vida y no se puede comprar ni vender. Es responsabilidad nuestra cuidarla según la tradición, para garantizar nuestro futuro."

A nadie se le escapa la importancia de la propiedad de la tierra y su régimen jurídico en cualquier sociedad. Pero si es cierto que las disposiciones arriba mencionadas favorecen más que perjudican el bienestar social y económico de las comunidades indígenas, no parecen sino dirigirse a su conservación y tutela, a su confinamiento en un presente sempiterno de resguardo y reserva. Ese régimen de propiedad comunal y colectiva, cuando no hay unidad social global, es una necesidad para la conservación, y de esta forma se erige en un principio prácticamente indeclinable, sancionado incluso constitucionalmente. Pero cuando una sociedad es libre —pongamos que dentro de un régimen de autonomía en el seno de un Estado—, libremente adoptará —y constitucionalizará o no en su estatuto— las formas de propiedad que en cada caso y circunstancia más le convenga no a su conservación estática y como a la defensiva, lo cual es paralizante, sino a su mejor desarrollo y cabal despliegue. Pero para ello es necesario que esa sociedad constituyéndose en comunidad política sea fuente de su derecho, de un derecho propio que responda y se dirija en cada momento a las continuas necesidades del desarrollo socioeconómico y espiritual de la comunidad política autónoma. En esto descansa el valor de la descentralización político-administrativa.⁴⁶

Pero la dignidad de los pueblos en tanto que sujetos de derecho exige la libertad y capacidad de sujetarse a su derecho propio también en otros aspectos, y, especialmente, a su derecho privado y no a otro ajeno.

V. EL DERECHO PRIVADO DE LOS INDÍGENAS

Por razones obvias, nos vamos a limitar a hacer algunas consideraciones de carácter general, aunque en algún aspecto descendamos un poco al detalle. A mi modo de ver, hay que partir, en primer lugar, de la separación de la cuestión de

⁴⁶ Véase, Díaz Polanco, H., "Autonomía y derechos étnicos", *Autonomía...*, pp. 154 y ss.

etnicidad y derecho de la que suscita la pugna entre la idea nacional del derecho y la idea de su universalidad, para, posteriormente, pasar a considerar las dificultades que puede plantear la ostentación simultánea de la triple condición: humana, ciudadana e indígena. Y en tercer lugar hay que mostrar que sin libertad de desarrollo de su derecho privado difícilmente va a existir una realidad existencial indígena para sus hombres y mujeres. Los dos últimos puntos los abordaremos, de manera fragmentaria, en un apartado referente a los actuales reconocimientos, internacionales y nacional-constitucionales, del derecho indígena.

Se puede decir que el derecho constituye “el precipitado” de un pueblo (Portalis),⁴⁷ la “armadura de una sociedad” (Mauss),⁴⁸ su mejor definición, incluso por encima de su religión o sus técnicas. Si, como postula Mauss, lo jurídico es lo más específico de una sociedad, es natural que se afirme a continuación su no aptitud para ser aplicado indiferentemente a otra. En ocasiones, las estructuras jurídicas de las distintas sociedades son tan diferentes que se hace imposible la integración siquiera de un elemento foráneo, y la experiencia de los préstamos jurídicos no contradice esencialmente lo afirmado, pues su posibilidad depende de que la integración descanse en una adecuada reinterpretación.⁴⁹

Por constituir el derecho el *palladium* del carácter específico de un pueblo y ser expresión él mismo de una comunidad íntimamente vivida de la que ningún extraño puede tomar parte —“en todo el Imperio romano no hay garantía más que para el *civis romanus*, mientras que los demás hombres sólo pueden ser objeto del derecho de gentes, es decir, de la in-

47 *Discours Préliminaire*, ante el Consejo de Estado al presentar el proyecto del *Code civil* en 1801.

48 Mauss, M., *Introducción a la etnografía*, 2a. ed., Madrid, Istmo, 1974, pp. 236 y ss.

49 En todo caso, es necesario siempre conocer a fondo las necesidades y estructuras de la sociedad que tome en préstamo y conocimiento de la existencia de las reglas pertinentes en otros sistemas, véase Watson, A., *Sources of Law, Legal Change, and Ambiguity*, Edimburgo, 1985, pp. 93 y ss.

dulgencia del emperador"—, quizá por ello sea el derecho el elemento más sensible a la violencia colonizadora.⁵⁰

La persistencia del derecho visigodo durante más de trescientos años entre los mozárabes de Toledo, hispanos arabizados lingüísticamente a raíz de la ocupación musulmana de la ciudad, es un ejemplo, entre muchos otros, de las características de mayor fragilidad, pero también de mayor dureza, del derecho, y también de la subsistencia de la identidad y etnicidad de un pueblo por su aferramiento a su derecho antañón. La persistencia de las tradiciones jurídicas rectoras de la vida familiar y comunal de los pueblos de América, hispanizados en muchas de sus manifestaciones, hablan también en este sentido, hasta el punto de poderse afirmar, quizá sin exageración, que el derecho "está tan entrañablemente unido a la vida de los pueblos que éstos mudan de habla y aun de religión con menos dificultad que abandonan sus tradiciones jurídicas".⁵¹

Una manifestación, aunque patológica desde otros presupuestos, de la especificidad del derecho lo constituye el fenómeno del excesivo localismo jurídico. A propósito de la situación en la Edad Media europea señalan Pollock y Maitland, por ejemplo, que

el número de esquemas de derecho de propiedad matrimonial parece casi infinito, sin que pueda explicarse la prevalencia de un particular esquema por la operación de algunos de esos grandes acontecimientos de los que nos hablan los historiadores. Supongamos, así, dos poblaciones vecinas en Alemania; supongámoslas habitadas por hombres de la misma raza, religión y lengua que por siglos enteros han estado sometidos a las mismas condiciones económicas; sin embargo, tienen muy diferentes reglas para el gobierno de las más comunes de todas las relaciones humanas.⁵²

50 Mauss, M., *op. cit.*, pp. 236, nota del traductor F. del Pino.

51 Sánchez Albornoz, C., "Pervivencia y crisis de la tradición jurídica", *Il passaggio dall'Antichità al Medioevo in Occidente*, Spoleto, 1962, pp. 144 y ss.

52 *The History of English Law*, 2a. ed., 1898, vol. 2, p. 399.

Desde otro punto de vista se reconoce que la filosofía o filosofías conectadas con un sistema jurídico, y ciertamente la religión misma, representan o dan a conocer las costumbres, los usos y aspiraciones del pueblo o pueblos, o viceversa. Por esto es por lo que hay ramas o escuelas, territoriales y/o sociales, tanto de religión como de derecho, una curiosidad de otro modo difícil de explicar. Pero si es cierto que el derecho, tal como lo conocen nuestros estudiantes, está a menudo coloreado e informado por los motivos, ideales, valores éticos, categorías y, todavía más, por la tímida tradición culta de la sociedad —hasta el punto de que el lenguaje formal y los detallados razonamientos del derecho reflejan y derivan del espíritu del tiempo o, más a menudo, del inmediatamente precedente, y de sus conclusiones y convicciones espirituales, si alguna existe—, sin embargo, todo el derecho está basado sobre lo que la gente acepta, conviene en ello, o desea, y sobre lo que ellos colectivamente encuentran, por experiencia, que funciona.⁵³

De la persistencia del derecho propio nos hablan también los límites de la romanización por causa del carácter urbano de la penetración cultural romana, sólo extendida a sus *hinterlands* inmediatos, y por el limitado interés en realizarla que tuvo Roma, tanto en Hispania, como en la Galia o en la misma Italia. También confirman la tozudez de los pueblos en el mismo sentido, entre otros ejemplos, el fuerte renacimiento celta en Galia y Britania del siglo III, la resistencia cultural de los gascones en la Galia, emparentados con Hispania, o la regresión de los pueblos del norte de España tras la conquista árabe, regresión consolidada quizá por la afinidad entre el vivificado derecho consuetudinario godo y los restos del indigenismo peninsular —de Asturias a Vasconia— que no había sucumbido a la romanización ni al Estado visigodo. Pero es

53 Derret, J. Duncan M., *An Introduction to Legal Systems*, Sweet & Maxwell, Londres, 1968, Preface, p.ix.: "The notion that in oriental societies relatively immune from western influence law is derived from religion is deeply ingrained. It is difficult to shake off the mistaken notions of our former teachers on this subject." El principio parece confirmarse no sólo para el derecho hebreo y el islámico, sino incluso para el derecho hindú.

que además, como se ha escrito al ejemplificar la permanencia de antiquísimos usos y costumbres jurídicas a lo largo de los siglos e, incluso, hasta el día de hoy en Italia, la

continuidad de la historia rural subordinada, su relativa autonomía respecto a los grandes hechos del mundo dominante, podría maravillar a quien esté habituado a medir el ritmo de los tiempos históricos en función de los grandes choques entre naciones, de las conquistas, de las revoluciones sociales de clases enteras, pero si de estos monumentos históricos pasamos a indicios más diminutos (la toponimia, las formas del paisaje, los ritos religiosos, las supersticiones, etcétera), se hace evidente en seguida y, a veces, de forma desconcertante que la mayor parte de la humanidad ha permanecido totalmente ajena a aquellos sucesos e intereses.⁵⁴

El sentido que ha tenido esta permanencia en Italia, claramente atestiguada para un tiempo anterior y posterior a los siglos XIV y XV, en los que se redactan sobre las base de las costumbres los estatutos rurales, es el interés de las comunidades “en reproducir, en proporciones inalteradas, los presupuestos materiales y espirituales de su propia existencia, en no salirse de aquella franja económica y cultural que asegura la supervivencia del grupo”, es decir su derecho.⁵⁵ La resistencia de los pueblos indios, los límites de la hispanización, la permanencia o desarrollo del propio derecho vinculado a la continuidad de la historia rural y a la reproducción de los presupuestos materiales y espirituales que asegura la supervivencia del grupo, son otro capítulo, esta vez americano, de la misma historia.

Es cierto que en la defensa por instrumentos o instancias internacionales de la identidades particulares en Europa —siglos XVII, XVIII y XIX—, los elementos cuya preservación se consideró imprescindible para lograr aquélla pueden cifrarse

54 Tentori, T., “Problemas de método en el estudio de los usos jurídicos en materia sucesoria y dotal”, *Dote y matrimonio en los países mediterráneos*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas-Siglo XXI, 1987, pp. 237 y ss.

55 *Op. cit.*, p. 240.

en la religión y la lengua. Pero atiéndase al hecho de que en el primer caso se trataba de la discriminación derivada de la aplicación del principio *cuius regio eius religio*. Se buscaba, por tanto, garantizar la libertad religiosa. Es verdad que hemos venido sosteniendo que tal vez ni el cambio religioso ni el lingüístico tienen el carácter definitivo que el cambio jurídico representa para lo que es el corazón de un pueblo. Pero esto no obstante, sí lo tienen cuando, relativamente a los pueblos circundantes, no es el derecho el elemento realmente diferenciador, sino principalmente la lengua o cierto credo religioso. Ocurre entonces, cuando la pérdida del derecho es tan sólo la pérdida del particularismo jurídico dentro de una misma cultura y civilización, que esa pérdida pueda considerarse consecuencia inevitable de un proceso de universalización del derecho dentro de la propia área cultural. Así sucedió en Europa con motivo de la codificación, como hemos visto. No ha de extrañar entonces que suprimido el particularismo jurídico, y debilitado o anulado el principio *cuius regio eius religio*, se erigiera, o erija aún hoy, en muchas partes la lengua como señal de identidad y principal demarcador de etnicidad. Pero por otra parte, ya hemos visto en la cuestión de los derechos forales cómo la defensa de una propia tradición jurídica en el seno de una misma tradición cultural común pudo nacionalizarse y utilizarse en la reivindicación política. La “nacionalización” del derecho, y en especial el privado —este nacionalismo jurídico-privado— es importante para nuestro tema en cuanto puede hacer posible, como en España, el reconocimiento de capacidad legislativa, también en materia jurídico privada, en el seno de un cuadro de autonomía político-administrativa. Sin embargo, es claro que del espíritu del reconocimiento del derecho foral, ya cuando la promulgación del Código —sistema de apéndices—, ya cuando posteriormente aquéllos se compilaron —codificaron— como sistemas independientes, iba por el lado, al menos según los civilistas menos defensores del particularismo jurídico, de una superación jurisprudencial y técnica de esa diversidad dentro y en nombre de una común tradición. Hoy, ciertamente, se ha abandonado, con el reco-

nocimiento de aquella competencia autonómica en materia civil, que hemos examinado, la aspiración a la unidad jurídica en este ámbito. El nacionalismo jurídico particular ha sido, por consiguiente, un buen medio en la lucha por la autonomía.

Pero ésta es cuestión distinta respecto de si ello siempre es en sí necesario. Pues la coexistencia de diversos sistemas jurídicos, en este caso español, no viene exigida en el fondo por una diversidad de culturas jurídicas,⁵⁶ como la diversidad de los sistemas nacionales en Europa no niega la existencia de una unidad de cultura jurídica, que es la que hace posible que la suerte final de los diversos sistemas nacionales sea idéntica, para bien o para mal. El deseo, fundado en la realidad, de la unidad cultural jurídica de Europa hizo que los esfuerzos siempre se encaminaran hacia el logro de la universalidad del derecho en este ámbito territorial. Tanto la jurisprudencia del derecho común como la formulación del derecho natural fueron expresión de un movimiento en la dirección de la universalidad del derecho moderno. Pero éste se detuvo, con la consiguiente conversión de la ciencia del derecho en jurisprudencia local, por la identificación que hizo la Escuela histórica entre historia y nacionalidad. Esta identificación puede ser considerada un error, si se considera, como opinamos, que la nacionalidad es el resultado de un movimiento siempre incesante, aunque dotado de distintos ritmos en cada caso, desde lo propio y característico, en cada momento una síntesis en vías de ser superada, hacia la universalidad. No cabe duda de que

56 De un lado, hay que considerar que ya en un pasado cercano como en el presente las aspiraciones socioeconómicas y económico-jurídicas de aragoneses, castellanos, catalanes y navarros son las mismas. De otro, que el acercamiento técnico entre las diferentes tradiciones es a veces más fácil que en otras. Así sucede entre los grupos balear y catalán, de base romana, aunque con elementos germánicos, y la tradición jurídica castellana, por haber sido ésta más romanizada que la del derecho navarro y aragonés, que son derechos populares en su raíz, si bien se presentan en modalidad culta; por ejemplo, la del derecho aragonés, que brota de su compilación, puede que resulte un tanto germánica. Por último, conviene tener presente que en iguales circunstancias surgen semejantes o idénticas respuestas, como sucede con el *usus terrae*. De donde las diferencias que puedan encontrarse en lo relativo a la propiedad, a los contratos agrarios, etcétera, no responden en ocasiones más que a las posibilidades económicas de explotación, no constituyendo manifestaciones consuetudinarias (*mos regionis*) del derecho propio; véase, Mozos, J.L. de los, *op. cit.*, pp. 330 y ss.

en ocasiones ciertos ensimismamientos —el derecho a ordenarse por dentro— son necesarios en los pueblos, como lo son en nuestra vida personal. Pero ellos son tan sólo un medio, una preparación para asegurar un más auténtico acceso al intercambio universal, desde la propia posición, que es el desenvolvimiento de la nacionalidad. De manera que, si hubiera que establecer alguna definición de la nacionalidad por algo, no lo sería por la historia sino por la peculiar participación en la idea de universalidad. La equivalencia que cabría establecer no sería, de este modo, la de historia y nacionalidad, sino la de nacionalidad y universalidad.⁵⁷

Hacemos propia así la explicación en estos términos de un fenómeno capital en sí interesante para nuestro tema: la defensa en Alemania del derecho romano como derecho nacional realizada por Savigny y la escuela histórica, cuando, en realidad, hubieran debido pedir la exclusión del derecho romano. Según Savigny, no había contradicción con el principio de las nacionalidades porque con el transcurso de los años el derecho romano había llegado a enraizarse en las entrañas y la historia de las naciones. Pero, como señaló Ihering, la insuficiencia de esta explicación, que dejaba sin resolver el problema de cómo había llegado a convertirse el derecho romano en el derecho del pueblo alemán, avaloraba la que él mismo proponía:

Nunca el derecho romano penetrará en la ciencia jurídica por la puerta del principio de la nacionalidad, contradictorio con él. No es difícil, sin embargo, explicar el problema si tenemos en cuenta que la vida de los pueblos es un gigantesco intercambio en todos los aspectos y actividades de la existencia humana. Ni el individuo ni los pueblos pueden sustraerse a la recepción y asimilación recíproca de elementos exteriores. Con el auxilio mutuo y la expansión recíproca se compensa en los pueblos la imperfección de cada uno en particular.

57 Ihering, R. von, *op. cit.*, *ibidem*.

Siendo esto así, en términos más generales quisiéramos señalar que la equivalencia establecida entre nacionalidad e idea de universalidad no pretende significar, naturalmente, la validación del etnocentrismo que aprisiona al universalismo actual ni, como creo que no podrá dejar de colegirse de lo dicho, tampoco la pérdida del derecho a la originalidad o diferencia. Sólo quiere señalar que la búsqueda de lo universal debe hacerse, desde la defensa de la diversidad cultural de la especie humana, en el seno de un diálogo intercultural, intra y supraestatal, que sea fruto de la libertad y la autonomía y que haga realidad la unidad moral del género humano.

Estas consideraciones tienen el propósito de fijar el sentido y alcance de la postulación del derecho indígena como derecho propio, tanto a la hora de su reivindicación en forma de nacionalismo jurídico, como a la de su valoración en sí. Es decir, la oportunidad de lo primero se avaloraría en cuanto, como en otros lugares, puede significar un elemento activo en el fortalecimiento de la identidad, con su consecuencia en la lucha por la autonomía, y también porque así la consecución de ésta podría llegar a suponer la conquista de la capacidad de establecer el derecho de las relaciones privadas sobre una posible determinación indígena del alcance, en su ámbito, de nuestra distinción entre derecho público y privado. Para lo segundo, su valoración en sí, es decir, su relación con la etnicidad indígena, la perspectiva aludida de una nacionalidad abierta a la universalidad, evitaría que su "nacionalización" suponga, a la vez que una mixtificación de la actual etnicidad a manos de un cierto catarismo, esencialmente ahistórico, un rechazo del acceso al intercambio universal en nombre de la opresión secularmente experimentada.

VI. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL RECONOCIMIENTO ACTUAL DE LOS DERECHOS INDÍGENAS

Si la codificación exigía la negación del particularismo jurídico dentro de una misma cultura jurídica y política —la diversidad previa a la unificación jurídica, o las diversidades

que se han conservado, las tomamos como variantes fonéticas de la realización de una misma lengua jurídica y política—, es porque no iba a tomar en cuenta otra manera de ser sujeto civil que a la manera del código.

La negación de toda otra cultura jurídico-política está también en la base del concepto racional de constitución. Código y constitución —al fin y al cabo ésta no es sino un código jurídico-político— responden al mismo *pathos* revolucionario. Desde el concepto racional de constitución, propio del Estado liberal-burgués, sólo es constitucional el código jurídico-político cuyo contenido coincida con el de la razón, cuya portadora en el origen pretendía serlo la burguesía. La postulada universalidad de los principios que constituyen lo constitucional fue algo, y sigue siéndolo, perfectamente vinculado con una situación social concreta. El concepto racional de constitución “adquiere sentido dentro de esa realidad y por tanto lo pierde cuando esa realidad se transforma: *il est contre la nature du corps social de s'imposer des lois qu'il ne puisse révoquer*⁵⁸ y *no society can make a perpetual constitution...the earth belongs always to the living generation.*⁵⁹

1. Afirmar la existencia de un derecho indígena es decir que existe un derecho del pueblo indígena al propio derecho. Este derecho exige todos los derechos necesarios para hacer posible su ejercicio. Su titular es el pueblo indígena, un sujeto colectivo, una corporación. Pero no queriendo llevar el hecho corporativo del pueblo indígena al terreno de la ficción de la personalidad de las personas morales o jurídicas, entendemos que este derecho del pueblo indígena lo es, en cada caso, de una corporación indígena, es decir, un derecho que pertenece a todos los miembros, pero no como personas individuales, sino en común —“con las manos unidas” (*zur gesamten Hand*)—, y que pueden usar y disponer de este patrimonio cultural y por

58 Rousseau, *Considérations sur le Gouvernement de Pologne*, citado por Esmein, *Elements de Droit Constitutionnel*, París, 1927, t. I, p. 611.

59 Jefferson, *The living of Thomas Jefferson*, Londres, 1941, p. 129, citado por García Pelayo, “Constitución y derecho constitucional”, *Escritos políticos y sociales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp. 31 y ss.

tanto jurídico —de su propia etnicidad— únicamente como totalidad de individuos unidos en la corporación.

Creo que de esta manera podría sintetizarse el alcance del Convenio 169 de la OIT, el documento más trascendente hasta ahora respecto al asunto que nos ocupa.

La base del derecho de los pueblos indígenas a su propio derecho es por tanto un derecho de titularidad y ejercicio colectivo e individual, pues no es el pueblo indígena como persona esencialmente distinta de los indígenas su titular ni tampoco los indígenas singularmente considerados.

El Convenio 169 de la OIT reconoce al indígena como hombre, como ciudadano y como indígena e insta a los estados y sus gobiernos a que reconozcan esta triple cualidad en el indígena. Pero ante todo, este triple reconocimiento aparentemente ha de hacerse efectivo bajo lo indígena como especie intelectual. Y como lo indígena es una realidad social y no individual, es el pueblo indígena en cuanto tal el objeto inmediato de reconocimiento.

El Estado ha de aceptar una ciudadanía indígena y el indígena parece estar dispuesto a aceptar una forma indígena de ser ciudadano. La compatibilidad, difícil quizá en la práctica, está por hacer. Pero la dificultad se extiende también a la conciliación de la manera “universal” de ser hombre y la manera indígena de serlo.

Los derechos humanos y libertades fundamentales son reconocidos a los pueblos indígenas, a los hombres y mujeres de esos pueblos (artículo 3), así como también los derechos y oportunidades que las legislaciones nacionales otorgan a los demás miembros de la población (artículos 2, 2a. y 4, 3). Pero, en primer lugar, claramente el ciudadano se sobrepone al indígena en la medida en que “el goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales” como se precise adoptar “para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.” (artículos 4, 1 y 3); y el reconocimiento (*toma en consideración*) de sus costumbres o

su derecho consuetudinario por la legislación nacional y el derecho a conservar sus costumbres e instituciones propias (artículos 8, 1 y 2) "no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes (artículo 8. 3). Pero además, en segundo lugar, no es menos cierto que la manera "universal" de ser hombre se sobrepone a la manera indígena de serlo: "Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos". (artículos 8, 2; y 9, 1).

En el primer caso se trata de la colisión entre ser indígena y la nacionalidad, entendida ésta como ciudadanía. Como este concepto no es neutro ni inocuo, se puede experimentar y manifestar en ocasiones la colisión como una contradicción en los términos, especialmente si no se "indigeniza" la ciudadanía del y para el indígena y se prefiere, en cambio, que pueda ostentar los dos estados netamente separados. La ciudadanía, la estatalidad, se extiende sobre el indígena, pero lo indígena quizá no tenga tan claramente la facultad de resemantizar la ciudadanía. De hecho, la comunidad indígena puede verse herida, y seriamente, por la ciudadanía no indigenizada de sus miembros, que puede ser hecha valer, en cuanto derecho individual, por encima del derecho colectivo al propio derecho.

En el segundo caso, el problema formalmente es el mismo. El ser hombre a la manera indígena debe ceder paso al ser hombre a la manera "universal". Las concretas formulaciones de los derechos del hombre y del ciudadano son el cedazo con el que se depura la realidad indígena. La razón universal y la razón constitucional son así, como antaño la razón cristiana, más racionales que la razón indígena.

2. Si los derechos humanos, y los constitucionales, en su caso, operan en defensa del derecho de los pueblos indígenas a su derecho, por estar integrados éstos por hombres y mujeres concretos, esos mismos derechos, que son de base indi-

vidual, pueden convertirse en los instrumentos adecuados para negar en casos conflictivos —que no son al cabo los que importan menos— aquel derecho colectivo al propio derecho. En definitiva, los derechos humanos, tal como están formulados, valen más que el derecho colectivo al propio derecho y éste puede llegar a valer menos incluso que el derecho del ciudadano. Por ejemplo, el caso *Lovelace vs. Canadá* ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. En este caso, Canadá había dado la razón previamente a la etnia *maliseet* contra la recurrente, esto es, al derecho indígena desde el derecho indígena. Sin embargo, demandado Canadá ante aquel Comité por falta de amparo, el pronunciamiento, favorable a la demandante, le reconoce el derecho individual a participar de una cierta cultura —como si la cultura no hiciera relación necesaria a la comunidad— en contra de las reglas comunitarias que establecen las condiciones de pertenencia y consiguiente participación en esa cultura. El derecho individual a la cultura —sobre la base del artículo 27 de la Convención internacional de derechos civiles y políticos— se sobrepone al derecho colectivo a la misma de todos y cada uno de los miembros de la comunidad.⁶⁰ La cuestión es importante, porque el mismo reconocimiento sobre unas bases del derecho colectivo, supone la admisión, sobre las mismas bases, de un principio de disolución de la esencia misma de ese derecho colectivo: la capacidad de decidir autónomamente quiénes son y pertenecen a la comunidad y quiénes no. La comunidad sufre un atentado a los presupuestos de su identidad y etnicidad más pernicioso quizá a la larga que el ocasionado por su no reconocimiento en absoluto.

La escasa capacidad para aceptar las realidades comunitarias y sociales distintas, y la diversidad cultural consiguiente, a más de la incapacidad para concebir la parte que la personalidad de todo individuo debe a su socialización parecen estar en el fondo de la individualidad de los derechos y de

60 Véase, Clavero, B., *Derecho indígena y cultura constitucional en América, México, Siglo XXI*, 1994, pp. 144 y ss.

las pretensiones de su universalidad. Sin embargo, bien examinado el asunto, parece que esos derechos individuales son una proyección de una cierta cultura que tiene pretensiones de universalidad. Son unos derechos individuales cuyo reconocimiento no daña a la sociedad que precisamente los ha engendrado y en los que dice consistir. Es más, hay quienes ven, y vemos, que la fidelidad de esa sociedad a su propia idiosincrasia no sólo depende de la garantía de esos derechos individuales frente al Estado, sino de la prevalencia en la configuración de la personalidad del sujeto del principio de individuación sobre el de socialización.⁶¹ El problema para las sociedades de distinta matriz está en la pretensión, que es una verdadera petición de principio de esa cultura, de que los supuestos que dieron origen a la formulación y accionabilidad de esos derechos en su sociedad —la europea— son universales.

Estos derechos universales se formularon en nombre del individuo frente al Estado europeo absolutista. Dependen, pues, de la existencia potencial de un Estado totalizante, y son, en su judiciabilidad, un mecanismo histórica y socialmente determinado. El indígena, como cualquiera, debe poder valerse de esas garantías frente al Estado en el que la historia le haya situado. E incluso, irónicamente, a la causa indígena —como señala Kuppe—

le sería muy contraproducente excluir, como algo anatémico, la relevancia de los derechos humanos para ellos mismos. Los derechos humanos son la respuesta contra la amenaza del ser humano por un poder político concentrado de tipo occidental, y no se puede negar que ciertos nuevos arreglos de autogobierno indígena a veces tienden a mostrar tales estructuras.⁶²

61 Véase Ramiro Rico, R., "El porvenir de los derechos individuales", *El animal ladino y otros estudios políticos*, Madrid, Alianza Editorial, 1980, pp. 135 y ss.

62 Así, Kuppe, R., "Algunas observaciones sobre la relación entre las instituciones indígenas y los derechos humanos", *Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indios*, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1994, p. 54.

Pero si es el caso de que no existe Estado en absoluto, cuando el sistema comunitario de pesos y contrapesos existe todavía, de manera que se preservan a su manera los derechos innatos del ser humano, parece clara la radical inconveniencia de interferir en la ética comunitaria con un principio de ética individualista, pues la preservación de aquella estructura comunitaria es precisamente la defensa mayor, si no única, de la dignidad humana de todos en un entorno dado.⁶³

3. Así, pues, el problema de fondo es ya desde el ámbito nacional-constitucional, ya desde el internacional mismo de las “declaraciones”, la aceptación del pluralismo jurídico como pluralismo de culturas jurídicas. Esta aceptación no podría por tanto verse limitada por una pretendida deficiente sistematicidad de las expresiones jurídicas de esas distintas culturas. La existencia de un sistema no puede negarse, como al parecer hacen ciertos antropólogos, por causa de la distinta procedencia de las normas que configuran el conjunto normativo por el que total o parcialmente se rige un pueblo, pues en este caso no habría sistemas en absoluto —préstamos y trasplantes jurídicos son fenómenos universales y se basan en la intercomunicabilidad del derecho—, ni tampoco creemos que pueda negarse la existencia de un sistema porque no se haya formulado ni porque se prevea de antemano que no podrá consistir en un sistema cuasiaxiomático.

Un sistema axiomático —derivaciones estrictas a partir de premisas establecidas de antemano (*axiómata*)— nunca ha encontrado sitio en la ciencia del derecho positivo. Sólo en el ámbito de la formulación de modelos de teoría general del derecho —derecho natural racionalista, teoría pura del derecho de Kelsen o la lógica deóntica actual— ha encontrado su lugar. Lo más que se aproxima a esta idea de sistema axiomático en las ciencias prácticas del comportamiento son los sistemas dialécticos, es decir:

63 Kuppe, R., *op. cit.*, pp. 45 y ss.

la organización dialéctica de un campo del saber a través de la completa clasificación y definición de sus objetos, con la constitución de un entramado cerrado tal, que el género más elevado es el objeto mismo de la ciencia, a partir del cual, a través de las subclases descendientes, se llega a la última clase (*génos, átomín*), o sea, al fenómeno individual.⁶⁴

Pero se comprende que las proposiciones así construidas no tengan una vigencia estricta y apodíctica, porque la contingencia natural, histórica o social de sus objetos sólo permite una razonable plausibilidad de estos juicios. En todo caso, un sistema dialéctico es un sistema interno y es algo más que un sistema externo, es decir, una sucesión de materiales, de apariencia inconexa o, todo lo más, asociativa, no por tanto tipo código sino compilación. La confección de un sistema externo de este tipo es una posibilidad que respecto al derecho indígena merecería la pena intentar. Criterio histórico-cronológico y ordenación por atracción de materias, incluido un principio crítico que no identifique sin más valor con vigencia o, al revés, vigencia con valor, podrían constituir puntos de arranque de un intento de sistematización dialéctica provisional. En la realización de esta última, como enseña la historia jurídica, puede ser de enorme trascendencia la elaboración de una literatura didáctica del derecho indígena.

Con esto tal vez pudiera alcanzarse un principio de ordenación sistemática del o de los derechos indígenas —estoy hablando naturalmente desde una simplificación de la compleja realidad jurídica indígena—, pero ello no supondría necesariamente que se revelara así la organización intelectual del derecho indígena. Por ejemplo, está demostrado que no se alcanza el “verdadero” sistema de los juristas romanos a través del conocimiento de los sistemas externos e internos (dialécticos) de las diferentes épocas de la historia jurídica romana. Aquél parece ser el conjunto de operaciones mentales con el que constataban la autarquía de estas estructuras —

⁶⁴ Wieacker, F., Discurso pronunciado con ocasión de su solemne investidura de doctor *honoris causa* por la Universidad de Barcelona, Barcelona, 1990, p. 24.

estructuras de elementos cerrados hacia fuera, y coherentes hacia adentro: conceptos fundamentales, instituciones y decisiones— y con las que aseguraban la coherencia de los elementos de su campo del saber. Los juristas romanos construían intelectualmente de tal manera que iban consolidando progresivamente una conexión consistente de saberes:⁶⁵ ni la sucesión de materias recibida desde las Doce Tablas (el *ordo iuris*), ni tampoco la dialéctica periférica del tratado sistemático de origen helenístico, constituían el sistema del *ius civile*, sino aquel procedimiento para asegurar la coherencia de las resoluciones mediante la comparación de casos.⁶⁶ Sin seguir todo este razonamiento, pues no es nuestro objeto —así, este sistema interno no es puro casuismo, ni sistema de precedentes, ni relación irracional intuitiva con el “espíritu” del ordenamiento jurídico, ni la tradición puede ser la sola base de la decisión, etcétera—, lo único que queremos señalar es que la sistematización convencional de ese derecho no encapsuló el verdadero sistema,⁶⁷ y que, por lo que respecta al derecho indígena, una tal sistematización necesariamente no tiene por qué hacerlo tampoco —esto habría que comprobarlo—, aunque pueda convenirle, como si dijéramos, para su presentación en sociedad.

4. Tampoco cabría descuidar la inspección de la existencia de unos principios del derecho indígena, es decir, de un a modo de conjunto de principios ordenadores o resignificadores —ideas fundamentales— de todo material jurídico foráneo y de las nuevas exigencias, pues son veneros de los que depende cualquier obra sistemática. Cuando se habla de cultura jurídica hay que referirse a esos principios y no a la existencia actual de algo que pueda considerarse un sistema. Pero atiéndase al hecho de que ni siquiera en relación con su derecho los romanos los expresaron, porque, en general:

65 Wieacker, F., *op. cit.*, pp. 30 y ss.

66 Wieacker, F., *op. cit.*, p. 33.

67 Wieacker, F., *op. cit.*, 35 y ss.

no era su costumbre la introspección ni la exposición de principios; se puede decir con certeza que de muchos de ellos los romanos no tuvieron conciencia ni siquiera una vez. Y, sin embargo, no hay que pensar que se trate de fantasías. Los principios en los que se basaron los juristas romanos deben ser reconocidos necesariamente en el resultado de su trabajo y se pueden inferir de los hechos singulares de la historia jurídica.⁶⁸

También es claro que el resultado penoso de la historia de la negación del desarrollo jurídico no puede ser razón alguna para decretar el sinsentido de su prosecución. Parece como si el reconocimiento final de una cultura jurídica se hiciera en el momento oportuno en que, alegando lo antedicho, pueda certificarse su defunción.

Una cultura jurídica se revela en sus principios. Pero éstos no han de tomarse por formulaciones conceptuales racionalistas. A este estadio pueden llegar, entrando a su vez en un proceso de historificación, y no sólo ellos sino también otros conceptos derivados de esos principios. De aquí toma pie la dogmática jurídica y la historia de los dogmas. Pero todo esto, fruto del desarrollo jurídico, no oculta que tiene su raíz en unos principios que existen previamente a su formulación conceptual racionalista.⁶⁹ Naturalmente que los principios se abstraen del material que ofrece su desarrollo jurídico concreto, y que si éste, expresión de la cultura económica y espiritual de un pueblo, se ha visto impedido o no es explícito o se ha visto interferido, la indagación de aquéllos se hace particularmente difícil. Pero en todo caso, la investigación histórica y el acercamiento al pasado, que es un imperativo para la reconstitución espiritual de un pueblo, puede servir, lejos de todo determinismo histórico, para realizar una adecuada comprensión jurídica de la actual etnicidad con apoyo en las preteritas.⁷⁰ Se ha de buscar la constante, una fisonomía, no un

68 Schulz, F., *Principios del derecho romano*, Madrid, Cívitas, 1990, pp. 23 y 24.

69 Planitz, H., *Principios de derecho privado germánico*, Barcelona, Bosch, 1957, p. 1.

70 Sobre etnicidad cambiante véase, Cámara Barbachano, F., "Identidad y etnici-

conjunto de factores singulares.⁷¹ Aparte de tratar de buscar las normas elementales y generales de un derecho indígena positivo, en la medida en que existan, lo que nos daría los rasgos de ese derecho, en este momento queremos referirnos a otra tarea, nunca estéril, que podría consistir en la indagación de esos principios del derecho indígena, positivizados o por positivizar, mediante tópicos lanzados como interrogantes a la cultura india, actual y pretérita. ¿Qué no obtendríamos de valioso si preguntáramos, como tanteando, al legado y presente indios, acerca de ley y derecho, ética social y derecho, religión y derecho, casuismo y norma, lengua y derecho, tradición, nación, libertad, autoridad, humanidad, fidelidad y seguridad?⁷² Las respuestas a éstas y otras preguntas —también las ya respondidas, pero acaso no conscientemente formuladas por lo pueblos indígenas— sin duda abriría las puertas a una reflexión y acción jurídicas —no sólo defensivas— dignas de ese nombre. Y el que ciertas preguntas no fueran pertinentes, el que carecieran de sentido, no sería el fruto menor.

5. La conservación, reconstitución y desarrollo del derecho indígena son condiciones necesarias para su propia modificación. El cambio jurídico dentro de la permanencia no sólo es posible sino que constituye la manifestación más cabal de la fidelidad de los pueblos a su íntima estructura jurídica vinculada a su identidad y etnicidad. Es cierto, como ya señalamos, que el examen de los préstamos, recepciones y trasplantes jurídicos pueden relativizar esta afirmación, pero los préstamos se toman por su afinidad o adaptándolos a la propia peculiaridad. De otra forma, el éxito queda claramente comprometido. La metabolización, resemantización o digestión, viene exigida por constituir el derecho de un pueblo el *palladium* de su etnicidad; no a otra razón se debe el fracaso

dad indígena histórica”, *Indianismo e indigenismo en América*, Madrid, Alianza 50. Centenario, 1990, pp. 69 y ss.

71 Schulz, F., *op. cit.*, p. 24.

72 Son las preguntas que hace Schulz, *op. cit.*, al derecho romano.

habitual de la importación de modelos extraños no previamente reinterpretados.

Pero el cambio dentro de la permanencia es tarea delicada y decisiva, y nadie queda sustraído a los riesgos de una transformación radical. Por eso hay quienes señalan que la pérdida de la tradición jurídica europea tal vez sea la certificación más clara de una consumada o a punto de consumarse eliminación de la cultura europea por otra de carácter transnacional que solemos denominar cultura occidental.⁷³ Aquella pérdida puede interpretarse como la manifestación más clara de la fractura más íntima de la especificidad cultural europea.

6. La negación del derecho indígena podría resultar también, a pesar de los reconocimientos constitucionales, si se reduce toda la complejidad jurídica del entorno a la complejidad del sistema jurídico del Estado. En un tal planteamiento, la justicia queda caracterizada con la "complejidad adecuada del sistema jurídico". El problema de la justicia se reduce, entonces, al creado por la presión social que acrecienta la complejidad del sistema y pone en peligro la consistencia de la capacidad de decisión. Esa presión presenta un dilema: o aumenta la complejidad del sistema jurídico a costa de la consistencia interna del mismo, o refuerza la unidad del sistema con base en la dogmatización de las categorías jurídicas, lo que produce una merma de la complejidad. Lo que no es categorizable dentro del sistema jurídico o lo que amenaza con elevar hasta un grado peligroso la consistencia interna del mismo es rechazado de plano. Por ello, el reconocimiento del derecho indígena desde un sistema conduciría a que no pudiera ser tomado en consideración sino parcialmente, lo que es al cabo su no aceptación, si hemos de ser coherentes; y naturalmente supondría llevar día a día la defensa del derecho indígena al ámbito de los grupos de presión e interés. Desde luego no podría ser aceptado en su propia sistematicidad ya que en un tal planteamiento —aunque nunca se da con tal ra-

⁷³ Berman, Harold J., *Law and Revolution*, Harvard University Press, 1983, pp. 520 y ss.

dicalidad en la práctica— no puede reconocerse otro sistema que aquél a cuya complejidad se ha reducido la complejidad jurídica del entorno. Ésta sólo puede ser tomada en consideración en la medida en que resulte integrable, bajo fuerte presión social, sin gran menoscabo de la consistencia interna o a través de una depuración dogmática simplificadora.

Parece, por tanto, que la existencia dentro de un mismo Estado de sistemas jurídicos diversos que responden a culturas jurídicas diversas —no estamos aquí ante un caso de variantes históricas de un mismo derecho, de una misma cultura jurídica, sino ante un supuesto de diversidad cultural con su reflejo jurídico— exige necesariamente la aceptación, desde la Constitución, de la coexistencia de sistemas jurídicos diferentes, esto es, del derecho indígena como derecho particular o propio en todos los extremos. Ello constituiría la aceptación de un verdadero pluralismo jurídico basado en la pluriculturalidad. Es claro que quien parta del supuesto de que Estado y derecho son lo mismo no podrá aceptar la existencia de otro derecho dentro del Estado, como no podrá aceptar, al admitir en su nacionalismo la coincidencia de frontera cultural y estatal, la existencia interior de fronteras culturales.

De esta manera el reconocimiento e impulso de la reglamentación —como hace el artículo 4o. de la Constitución mexicana— de usos, costumbres y formas específicas de organización social y también de prácticas y costumbres jurídicas de carácter agrario, fuera de un cuadro de descentralización político administrativa —derechos políticos, sociales, económicos y culturales—, podría resolverse básicamente en una consideración del derecho indígena sólo desde un punto de vista funcional. En realidad, el artículo 4o. tiene todo el aspecto de una enmienda legal, es decir, de una suerte de remiendo que no es medida suficiente para responder a la exigencia básica que plantea la aceptación del pluralismo jurídico, que es —como reza la Declaración de Quito— “la transformación integral y a fondo del Estado y la sociedad nacional; es decir, la creación de una nueva nación”. Aquel reconocimiento e impulso puede así quedar mediatizado por la toma en consi-

deración ante todo y sobre todo de las consecuencias sociales, para todo el orden económico y jurídico, de la persistencia de las instituciones indígenas. No otro sentido parece tener la precisión de que, en el específico caso del derecho agrario, se respetará el derecho indígena en los términos que establezca la ley, es decir, según algunos, “siempre que no contravenga al derecho dominante”.⁷⁴ Es de temer que también para el resto del derecho se abra paso una cláusula limitadora del estilo de las que apelan a las buenas costumbres o al orden público, pues puede sobreentenderse que el reconocimiento constitucional se hace desde dentro y para un sólo y único sistema y orden jurídicos. Ciertamente que la muletilla limitadora “en todo aquello que no contravenga la presente Constitución”, que era una precautela que se establecía en relación con la legislación que ha de desarrollar ese reconocimiento, estuvo en la redacción originaria de este artículo 4o., —la propuesta por la Comisión de Justicia para los Pueblos Indígenas—, y que luego ha desaparecido. La eliminación de esa cláusula, pero la permanencia de la de “en los términos que establezca la ley”, para las prácticas y costumbres jurídicas agrarias, creo que es expresión de que aquella eliminación no se ha consumado materialmente. Sobre todo si consideramos que frente a un concreto y en parte comprometido “En los juicios de orden federal y local, en los que un indígena sea parte, se tomarán en consideración sus prácticas y costumbres jurídicas, durante todo el proceso, y al resolver el fondo del asunto” lo que hoy queda en la redacción constitucional es tan sólo que se tomarán en cuenta aquéllas en el ámbito agrario y con la limitación aludida, “en los términos que establezca la ley”. Al reconocimiento del resto del derecho —usos, costumbres... y formas específicas de organización social— sólo sigue hoy un lacónico “y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado”, que no parece hacer referencia a la oración antecedente. Pero aunque los temores

74 Correas, O., “El derecho indígena frente a la cultura jurídica dominante”, *Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indios*, op. cit., p. 109.

aludidos puedan resultar infundados, no parece que sin un cambio profundo de mentalidad, que sin una aceptación clara de la pluralidad cultural con todas sus consecuencias puedan desecharse aquéllos fácilmente.⁷⁵ Todavía cabe dudar, a pesar de las modificaciones aludidas, de que el artículo 4o. realmente haya supuesto la incorporación a la constitución de “aquellos derechos de los indígenas que hagan posible la reglamentación sin contravenir la fuente.” La amenaza de la anticonstitucionalidad puede que subsista para las leyes de desarrollo del precepto constitucional. Quizá todavía sea cierto que “Se puede proteger, preservar y promover todo aquello que la lógica de la ley sustantiva precisamente impide”.⁷⁶ Y es que una instancia que pretenda homogeneizar la cultura puede finalmente consentir, por ejemplo, la mayor de las diversidades lingüísticas.⁷⁷ Pero un mundo homogeneizado es incompatible con la diversidad en las costumbres e instituciones jurídicas que no sean simples variantes fonéticas de una misma lengua política y jurídica. Es más fácil por tanto que un Estado se apresure a cooficializar diversas lenguas que a admitir, e impulsar verdaderamente, un verdadero pluralismo jurídico. Si la lengua propia es el instrumento idóneo —aunque la traducción es posible— para la transmisión de la propia cultura si ésta es específica, a la larga perderá su especificidad y no se distinguirá de la del entorno si están segadas sus fuentes de creación y desarrollo jurídico.

VII. LA VOLUNTAD DE LOS PUEBLOS INDIOS SOBRE SU DERECHO

Vamos a tomar en consideración ante todo la Declaración de Quito, julio de 1990, por su importancia extraordinaria y porque de ésta fueron y son conscientes los pueblos indios.

⁷⁵ En este sentido, Correas, O., *op. cit.*, pp. 100 y ss.

⁷⁶ Díaz Polanco, H., *Autonomía regional, op. cit.*, pp. 205 y ss.

⁷⁷ Pero véase Ordóñez Cifuentes, J.E.R., “El idioma, un derecho étnico específico”, *Derechos contemporáneos de los pueblos indios, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, 1992, pp. 25 y ss., y “La situación y demandas de la Academia de las Lenguas Mayas de Guatemala”, *Reclamos jurídicos de los pueblos indios*, México, III, UNAM, 1993, pp. 127 y ss., del mismo autor.

La materialización de la Alianza continental indígena sobre los 500 años de resistencia —*imperia legum potentiora quam hominum* (Livio, 2,1,1)— de un lado cancela formalmente el diagnóstico de Las Casas: “Por haberles puesto nosotros en tan gran desorden y apocado de tal manera que han quedado del todo anihilados, piensan los que así en ese estado se hallan que la confusión y abatimiento en que ahora viven fue siempre y haber procedido de su naturaleza barbárica”;⁷⁸ y por otra parte confirma la legitimidad de una *restitutio in integrum* de la dignidad violada:

porque en sus modos de gobierno, de vida social y de costumbres alcanzan niveles equiparables a los de muchas naciones (incluso las más alabadas y encumbradas) que hubo y hay en el mundo; y en seguir las reglas de la razón natural superaron con no pequeña diferencia a los propios griegos y romanos, tenidos siempre por los más prudentes y civilizados de todo el mundo.⁷⁹

Asimismo tiene interés para nuestro tema, el derecho privado de los indígenas, porque en la Declaración de Quito la necesidad de este derecho aparece claramente afirmada, confirmando y desmintiendo a la vez las palabras de Portalis,⁸⁰ como algo que no debe esperar a la consecución de la autonomía, sino que ha de consolidarse como un engranaje más del proceso de afirmación de los pueblos indígenas en la forma que hemos venido considerando.

78 *Apologética historia sumaria*, c. 244, B. A. E. CVI, p. 372.

79 *Apologética*, “Argumento”.

80 “Mais un bon Code civil pouvait-il naître au milieu des crise politiques qui agitaient la France?”

Toute révolution est une conquête. Fait-on des lois dans le passage de l’ancien gouvernement au nouveau?...On ne s’occupe plus de relations privées des hommes entre eux: on ne voit que l’objet politique et général; on cherche des confédérés plutôt que des concitoyens. Tout devient droit public. [...] Ce n’est pas dans un tel moment que l’on peut se promettre de régler les choses et les hommes, avec cette sagesse qui préside aux établissements durables, [...] Aujourd’hui la France respire; et la constitution, qui garantit son repos, lui permet de penser à sa prospérité.” Portalis, *Discours préliminaire...*, cit.

Entresacamos algunos puntos de más directa referencia al derecho indígena:

Impugnamos los marcos jurídicos de las naciones que son fruto del proceso de colonización y neocolonialismo. Pues buscamos un nuevo orden social que acoja nuestro ejercicio tradicional del derecho indígena, expresión de nuestra cultura y formas de organización... Es necesario que los pueblos indígenas recuperen las formas ancestrales de organización y no copiar las modalidades organizativas que no correspondan a su realidad... Nuestra concepción de territorio se sustenta en la forma de entender el sentido de lo humano y el de la naturaleza así como la interrelación de éstos. Las formas organizativas, políticas, económicas, de producción, en fin, todos los elementos que conforman nuestras culturas, están enraizadas y orientadas por lo comunitario; por ello creemos que la tenencia de la tierra debe ser colectiva; por ello la cultivamos en comunidad y entre esta distribuiremos sus frutos; por ello sí creemos en la solidaridad y por ello nuestros hijos son de la comunidad.

Este valor de lo comunitario desde el cual entendemos el sentido de lo humano y la posibilidad de todos y cada uno de lograr una vida armónica, la que sustenta nuestra concepción de territorios y la persistencia de mantener formas de vida solidaria. Asimismo, este convivir fraterno lo es también con los seres, es decir, con la naturaleza. No nos sentimos dueños de ella; es nuestra madre, no es una mercancía, es parte integral de nuestra vida. Es nuestro pasado, presente y futuro. Creemos que este sentido de lo humano y del entorno no es solamente válido para nuestras comunidades o para los pueblos indoamericanos... Las tierras y el pueblo indígenas son inseparables. La tierra es vida y no se puede comprar ni vender. Es responsabilidad nuestra cuidarla según la tradición, para garantizar nuestro futuro... El derecho indígena a pesar de la imposición del sistema de legislación oficial, se ha venido manteniendo así: la administración de justicia a través de la estructura organizativa, el procedimiento en caso de ser necesarias las sanciones o el juzgamiento en sí de actos reñidos con la cosmovisión indígena y a su accionar interno y cotidiano, se mantienen en el interior de las comunidades in-

dígenas... Estos derechos pueden ser concebidos como derechos alternativos, que trascienden y rebasan la lógica y funcionalidad de las leyes estatales por lo que históricamente se han constituido en salidas para enfrentar los problemas de los indígenas... Se debe entonces cambiar la denominación de derecho consuetudinario que dice de una práctica oficial, practicada por los indios o individuos integrantes de todos los sectores sociales mantenidas por la costumbre y tradición oral, a la nominación de derecho indígena... Ha sido denominado como derecho consuetudinario por el sector formal o estatal; mientras que para los pueblos indígenas, y éste se mantendría como tal, sea reconocido por la oficialidad o no, ya que dice prácticas jurídicas, culturales, ancestrales, etc... Esto exige [entre otras cosas]: La realización de un cuerpo sistemático de las leyes indígenas en cada uno de los países. Siendo la finalidad la consolidación del derecho indígena que se practica al interior de las comunidades... Conocer, codificar y sistematizar el derecho indígena. Para ello se propone se inicien y se profundicen las investigaciones en este campo, tanto a nivel nacional e internacional... juristas nacionales e internacionales de raza indígena... organizar eventos e iniciar estudios sobre el tema... las leyes deberán ser elaboradas y llevadas a consulta y aprobación ante los miembros de las comunidades indígenas... En la elaboración de las leyes deben usar los términos y conceptos propios que son utilizados e identificados por cada pueblo. Evitándose así caer en confusiones e interpretaciones controvertidas... Se deberá por tanto urgentemente exigir a los gobiernos y al poder legislativo la ratificación del convenio 169 sobre pueblos indios y tribus adoptado por la OIT... Se recomienda la participación de los representantes de los pueblos indígenas del continente en las discusiones sobre el proyecto de Declaración de los Derechos Universales de los Indígenas, documento que se encuentra en discusión en las Naciones Unidas.

VIII. EL DERECHO INDÍGENA COMO DERECHO CONSUEUDINARIO INDÍGENA

El reconocimiento constitucional del derecho indígena se suele entender como referido a un derecho consuetudinario

de origen indígena, o a un derecho indígena sólo de carácter consuetudinario, porque aquél reconocimiento hay que colegirlo de la referencia a la aceptación de usos, costumbres, tradiciones o formas específicas de organización social de carácter tradicional. También los autores cuando se acercan al derecho indígena van a buscar, y por tanto encuentran, más o menos, un derecho indígena que es consuetudinario por definición. Parece que la *diuturnitas*, la larga duración, que es un elemento necesario para todo derecho consuetudinario desde nuestra tradición romana, parece por tanto suponerse siempre que sea algo indígena. Y es lógico que esto sea así, porque así ha sido siempre en todo pueblo que haya querido hacer valer, desde dentro del sistema jurídico dominante, sus propios derechos frente a un entorno opresor.⁸¹ Pero si poco ha de importar a los que luchan, en estas circunstancias, la antigüedad o no de tal o cual costumbre, pues lo que se defiende es la relevancia jurídica, la personalidad jurídica del grupo, el protagonismo jurídico del pueblo, otra cosa sucede cuando cierto cuerpo consuetudinario o cierta capacidad de crear derecho consuetudinariamente van a ser o son reconocidos por el ordenamiento dominante. En estas circunstancias, si vemos en aquellas referencias a usos, costumbres, etcétera, el reconocimiento del derecho indígena, malo sería ahora trasladar el carácter consuetudinario, que tácticamente conviene a la defensa de la existencia de un derecho indígena, de tal manera que se convirtiera el carácter consuetudinario en la esencia misma del derecho indígena, ahora tomar el reconocimiento de costumbres, usos, etcétera, como reconocimiento cabal del derecho indígena. En realidad, al hecho de que el reconocimiento del derecho indígena se haya hecho en sede constitucional habría que darle el significado de que se ha producido el reconocimiento de un derecho propio, de carácter consuetudinario o no. Es claro que una constitución no va de entrada a reconocer el derecho indígena que pueda tener otra fuente

81 Véase, por ejemplo, referido a la costumbre en la fricción entre ley y práctica agraria en el siglo XVIII inglés, Thompson, E.P., "Costumbre, ley y derecho comunal", *Costumbres en común*, Barcelona, Crítica, 1995, pp. 116 y ss.

que no sea la costumbre, porque ninguna otra fuente va a reconocerle al pueblo indígena la Constitución y, por tanto, no otro derecho va considerar existente que el ya hecho costumbre jurídica. Ya es bastante con que, saltando por encima de toda la proscripción de la costumbre que anida en cualquier sistema de derecho moderno, basados en la preeminencia de la ley, se hayan avenido las constituciones respectivas a sancionar el derecho consuetudinario indígena. Pero el haberlo sustraído del régimen ordinario de fuentes del derecho, y, en particular, de las de derecho privado, no ha de querer decir sino que se ha abierto el camino para que los pueblos indígenas puedan llegar a un cabal desarrollo de un derecho propio no necesariamente consuetudinario.

Parece, pues, haberse sustraído formalmente el derecho indígena, en tanto que costumbre, y por su aceptación en los textos constitucionales, a la relegación y subordinación que el derecho consuetudinario, la costumbre jurídica, tiene en cualquier sistema jurídico moderno, codificado o no (*common law*). Y de esta forma, el reconocimiento del derecho consuetudinario indígena es en realidad el reconocimiento de un derecho particular, es decir, de un sistema propio y distinto del estatal. Por eso los reconocimientos constitucionales de lo consuetudinario indígena hay que tomarlos *cum grano salis*, pues puede suceder que la calificación de consuetudinaria aplicada a la realidad jurídica indígena, si es tomada muy en serio por sus valedores, resultara del todo desafortunada, pues podría redundar en que se trasladara al concepto de derecho indígena lo que no es sino una forma de producción del mismo, o redundar en que se limite la capacidad de decisión de los órganos juzgadores indígenas a la costumbre existente. En realidad, un derecho propio, un sistema propio, existe independientemente de si su producción es consuetudinaria o no, y no puede venir limitada su capacidad de respuesta por la existencia o no de una costumbre en materia determinada: la "costumbre" también la crean los órganos judiciales, o precisamente consiste en lo que hacen los tribunales; la costumbre también se toma prestada... De esta forma, si se hiciera pesar

excesivamente el rasgo de la consuetudinariedad como la nota característica del derecho indígena, en vez de potenciarse se constreñirían aquellos reconocimientos constitucionales, haciendo del derecho indígena tan sólo una costumbre jurídica, por más que privilegiada frente al régimen común de la costumbre en el seno de las fuentes del derecho. De esta “consuetudinarización” del derecho indígena, que ha de ser la perspectiva más agradable a sus adversarios, y a la que pueden ayudar otros de buena fe, podrían derivarse consecuencias indeseables y fatales para todo desarrollo de un derecho indígena particular.

En primer lugar, que no habría otro derecho indígena que el consuetudinario. Lo que también puede querer decir que no hay otro derecho consuetudinario que el que existe actualmente, no ciertamente el del pasado, y, respecto al del presente, no parece que se fuera a aplicar el principio *iura novit curia*, sino que su existencia habría de ser alegada y probada. En segundo lugar, que la admisión del derecho indígena como costumbre jurídica no podría comportar la aceptación de otros modos de producción de ese derecho, es decir, los que consuetudinariamente vinieran estableciendo derecho de otra forma no consuetudinaria, puesto que se ha hecho que el derecho indígena sea derecho consuetudinario por definición. Por lo mismo, como la costumbre, entendida al modo romano-civil, que es como se la entendería desde los ordenamientos, sólo se da cuando hay *diuturnitas*, larga duración, puede deducirse que se pensará entonces que el derecho indígena sólo puede ser integrado con los códigos y leyes nacionales y no con decisiones indígenas —no consuetudinarias— que suplan las lagunas. En definitiva, en la práctica, quedaría negada la posibilidad de toda reconstitución, desarrollo y modificación indígena de su propio derecho, teniendo valor sólo lo que subsista o exista “aquí y ahora” y lo que la ley del grupo hegemónico culturalmente, no la ley indígena —como no sea un nueva y lenta ley consuetudinaria indígena—, convenga en impulsar.

Por tanto, desde un acercamiento al derecho indígena como derecho consuetudinario, los reconocimientos constitucionales

podrían resolverse en una mera "conservación" en aras, pues, de una pronta extinción. Permítasenos insistir en la necesidad de ser muy conscientes de que el reconocimiento de los usos, costumbres, etcétera, indígenas no se está haciendo desde los distintos códigos, sino desde las constituciones, y que esto quiere decir que se está reconociendo el derecho a regirse los pueblos indígenas por su propio derecho y no sólo el derecho a mantener unas cuantas peculiaridades consuetudinarias. Si esto se hubiera querido hacer así, su sede habría sido la de los distintos códigos. Si se le reconoce sólo a través del señalamiento de usos, costumbres, etcétera, es también porque no se está produciendo ese reconocimiento en el seno de un modelo de descentralización político-administrativa. En realidad, si se reconoce lo consuetudinario es porque todavía no hay otra cosa que reconocer, no porque sea imposible que se pueda reconocer otra cosa. Creo, por tanto, que el planteamiento del derecho indígena como consuetudinario tendría que retroceder ante una consideración del mismo como derecho particular o propio, dotado de su propia jerarquía de fuentes, de su núcleo de derecho histórico, y con una posibilidad de desarrollar derecho sustantivo y adjetivo en tan gran medida como pueda lograrse.

La inserción del derecho consuetudinario indígena en la constitución podría interpretarse también en el sentido de que tiene carácter estatal, es decir, que será derecho supletorio del estatal en relación con los pueblos indígenas. Pero sólo reconocido el derecho indígena como derecho consuetudinario en los términos vistos, esta interpretación tendría ribetes de sarcasmo.

Es claro que en un cuadro de descentralización político-administrativa lo propio es que el pueblo indígena decida qué hacer con sus fuentes de producción jurídica, esto es, seguir dando importancia extraordinaria a la costumbre o/y mantener, desarrollar o establecer otras fuentes de producción de su propio derecho, por ejemplo. Por eso destaca dentro del conjunto de reconocimientos constitucionales la Constitución de Nicaragua (1987). Ésta, si no habla de derecho indígena ni

de derecho consuetudinario indígena, usos y costumbres jurídicas, etcétera —sólo menciona una vez la palabra “costumbres”—, es porque resulta innecesario tras establecer (artículo 180), dentro de un régimen de autonomía político-administrativa para las comunidades de la Costa Atlántica, que éstas “tienen el derecho de vivir y desarrollarse bajo la forma de organización social que corresponde a sus tradiciones históricas y culturales”. Quien puede lo más, puede lo menos. Naturalmente no consideramos aquí los problemas y dificultades que han existido y existen para que el régimen de autonomía pueda ser una realidad en Nicaragua. Pero tampoco es necesario esperar a la implantación de un modelo como el aludido para que pueda darse tal posibilidad, al menos en materia de derecho privado. De ambas posibilidades la experiencia española, actual y pasada, es un ejemplo, como hemos visto. Pero, con todo, es claro que hasta el actual sistema de autonomías en España la existencia de los derechos propios quedó limitada a la conservación y desarrollo —pues se admitían los diferentes sistemas de fuentes de cada derecho particular— de lo que podríamos llamar el legado histórico vivo en un cierto momento. Con la descentralización político-administrativa hemos visto la conversión de ese legado —derecho histórico— tan sólo en una parte del derecho de cada comunidad autónoma, la cual si bien no puede abrogarlo, pues ha de conservarlo, sí que puede modificarlo y desarrollarlo y por supuesto legislar en materias de carácter civil, aun cuando sobre ellas el respectivo derecho histórico hasta hoy no se haya pronunciado.

A pesar de todo esto, hay razones para poder pensar que la vía para construir los derechos indígenas como derechos propios, y no sólo como conjunto de usos y costumbres inarticulados y fragmentarios no está del todo cerrada. Por ejemplo, el artículo 63 de la Constitución del Paraguay (1992), si bien establece un reconocimiento con las limitaciones al uso “...los pueblos indígenas... tienen derecho... a la voluntaria sujeción a sus normas consuetudinarias para la regulación de la convivencia interna, siempre que ellas no atenten contra los derechos fundamentales establecidos en esta Constitución”,

añade que “En los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena”. Desde el derecho procesal, esta cláusula no sé si está reconociendo una jurisdicción indígena como ordinaria —y entonces ese conflicto sería, más que de jurisdicciones, uno de competencias: cuestiones de competencia— entre órganos jurisdiccionales o, si más bien, como parece derivarse de la expresión “conflicto jurisdiccional”, está otorgando a la jurisdicción indígena el carácter de jurisdicción especial. En cualquier caso, parece estar reconociendo jurisdicción a los pueblos indígenas y no sólo facultades administrativas activas, lo que tendría importantes consecuencias respecto al valor de cosa juzgada de las resoluciones que se dicten. Esto aparte, hablar de la jurisdicción indígena como jurisdicción especial, que es lo que hace expresamente el artículo 149 de la Constitución del Perú (1993) —y que quizá es lo que quiere señalar la del Paraguay al decir el artículo 63 de su Constitución que “en los conflictos jurisdiccionales se tendrá en cuenta el derecho consuetudinario indígena”—, supondría considerar el derecho consuetudinario indígena como derecho estatal, en cuyo caso esa jurisdicción especial sólo aplicaría aquél, en cuanto estatal, y no el resto de éste, cuya aplicación correspondería a la jurisdicción ordinaria. Pero al hablarse de jurisdicción especial uno entendería, desde el derecho procesal, que ello quiere decir que puede ser tanto contenciosa como voluntaria, que se están reconociendo órganos —jueces y tribunales— especiales y, también, que se está estableciendo una delimitación de materias, esto es, que se les está otorgando a aquellos órganos un conjunto de atribuciones. No sé si la delimitación de materias y del conjunto de atribuciones se hace sobre la limitación de materia a la del actual del derecho consuetudinario indígena en los territorios del Perú (artículo 149), pero es del todo cierto que esa determinación va presidida, como por doquier, por la limitación derivada de la cláusula “respeto de los derechos fundamentales...”. En definitiva, el establecer respecto al derecho indígena una jurisdicción especial tiene el valor de reconocer que este derecho es estatal y que su aplicación es una

actividad pública, una función del Estado, confiada a órganos suyos, aunque especiales. Pero el reconocimiento del derecho indígena como derecho propio de un territorio y de las personas que a aquél estuvieran sujetas exigiría más bien que la jurisdicción sobre el mismo fuera, por muchas especialidades procesales que se presentaran en órganos y procedimientos, de carácter ordinario. Pues no es en razón de “clases de asuntos” —laborales, administrativos, penales o militares, típicas jurisdicciones especiales— por la que ha de haber jurisdicción indígena, sino en razón del derecho propio —que no queda limitado a “ciertos asuntos”— de ciertas personas y ciertos territorios.

En todo caso, el artículo 63 de la Constitución paraguaya tiene el valor de conectar derecho indígena y jurisdicción, aun cuando la designación del derecho indígena como “derecho consuetudinario indígena”, el poco comprometido “se tendrá en cuenta” y la problemática relación con los derechos fundamentales operan naturalmente como poderosas restricciones. El artículo 65, que regula el derecho a la participación en la vida económica, social, política y cultural del país, tampoco reconoce otro modo de participar a los pueblos indígenas que de acuerdo con la Constitución y las leyes nacionales y con sus usos consuetudinarios, es decir, sin posibilidad de que se acepten formas creadas *ex novo* por ellos. Más clara, como hemos visto, parece la Constitución del Perú (1993), que en el artículo 149, en el seno de un marco de descentralización al parecer sólo administrativa, reconoce que las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, las cuales tiene existencia legal y son personas jurídicas:

con el apoyo de las rondas campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

Asimismo, el artículo 4o. de la Constitución de México da ciertas esperanzas, puesto que la referencia a usos, costumbres y formas específicas de organización social va acompañada de que la ley no sólo “protegerá”, sino que además “promoverá su desarrollo”. Naturalmente, aquí también es dudoso si ese desarrollo incluye la génesis de otras formas y costumbres nuevas y el rescate de otras desaparecidas, pero al menos el fosilizante “aquí y ahora” del derecho indígena queda aparentemente mitigado. Ya hicimos referencia al carácter anfibólico del artículo en cuestión y por ello sólo quisiera añadir la presencia de nuevo aquí, frente a la ausencia de un decidido “se aplicarán”, de un débil “se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley...”. También la Constitución de Guatemala (artículo 59) reconoce, respeta y promueve formas de vida, costumbres, tradiciones y formas de organización social, entre otras cosas, de los diversos grupos étnicos y, en especial, de los grupos indígenas de ascendencia maya. Este “promover”, que ha de valer en lengua castellana tanto como “adelantar, dar impulso a una cosa, procurando su logro”, no deja de ser sugestivo.

Parece claro, no obstante, que si bien el anclaje en lo consuetudinario, a pesar del reconocimiento constitucional, funciona como una rémora y puede significar la materialización de una clara oposición a cualquier planteamiento autonomista, también es verdad que el valor de una costumbre privilegiada no es la nadería de una costumbre sometida al régimen común de las fuentes del derecho. Pero también resulta cierto que el carácter de costumbre privilegiada, siempre referido a lo que hay y queda de derecho sustantivo tras una depauperación jurídica no imputable sino al “reconocedor”, es nada al lado del posible “reconocimiento” de un derecho al derecho propio, pasado, presente y futuro.

Con todo, es natural que los pueblos indígenas comiencen por la exigencia del respeto al precipitado de sus respectivos pueblos antes de pasar a posteriores desarrollos y creaciones. Esta conjugación de preservación de un legado y desarrollo libre y completo del mismo es, sin duda, el espíritu del con-

tenido de los artículos del grupo de trabajo de Naciones Unidas (1993). Desde la titularidad de un derecho propio, público y privado, cabe ejercer la mejor defensa frente a “cualquier modo de asimilación o integración por otras culturas o formas de vida impuestas mediante medidas legislativas, administrativas o de otra índole (artículo 7, d.). ¿No hay acaso grandeza para un pueblo en la posibilidad de poder establecer por sí mismo la determinación de su propia ciudadanía o su vecindad civil, regular el nombre, las formas y edad de matrimonio y sus efectos personales y económicos, la filiación y la paternidad, la patria potestad e instituciones tutelares o equivalentes, la adopción, la adquisición de la capacidad de obrar y sus circunstancias modificativas de la misma, el parentesco, el valor respectivo de la agnación y la cognación, la sucesión *mortis causa*, la gratuidad y la lucratividad, etcétera? ¿No es extraordinariamente importante para un pueblo poder establecer la mayoría de edad penal, el régimen de las penas, la criminalización o no, con abandono de la cuestión a la composición privada o a la persecución sólo privada, de ciertos actos ilícitos en otros lugares criminalizados, el valor del perdón del ofendido, la valoración de la gravedad de los ilícitos penales desde su propio mundo, etcétera? ¿No lo es también el poder establecer el alcance que para ese pueblo pueda tener la división del derecho en público y privado? ¿No es cuestión jurídica esencial pública y privada la de hacer lo necesario para “mantener y fortalecer sus relaciones espirituales y materiales características con las tierras, territorios, aguas interiores y costeras y otros recursos”? ¿No lo es por tanto el establecer independientemente de dogmáticas foráneas su relación con las cosas, su concepto de propiedad, si cosa o derecho, si privada y no, y si privada, si múltiple o excluyente, etcétera, o para establecer las relaciones de vecindad o las condiciones de disfrute y aprovechamiento de los distintos bienes, en la conciliación del interés de la generación presente y las venideras? ¿Quién mejor que un pueblo para determinar por sí mismo el valor de los pactos, de la palabra dada, del valor, oportunidad y efectos de los juramentos, de las formas y efectos de

los contratos o de las obligaciones sociales y comunitarias, de la admisión o no y cómo del trabajo por cuenta ajena? ¿Quién mejor que un pueblo para determinar el grado de juridificación que le es necesario, el de complementariedad entre el derecho y otros controles sociales o complementos de la vida colectiva, o para determinar y prever el juego en su seno de los componentes extrajurídicos del orden jurídico? ¿Quién por último mejor que un pueblo para establecer las relaciones entre su religión y su derecho? El lector, si ha tenido la paciencia de recorrer estas preguntas se habrá percatado de lo que es obvio: que andar, aunque sea mínimamente por el derecho privado de un pueblo es transitar por su mismo espíritu, dicho sea esto sin ningún resabio historicista, pues, en todo caso, el derecho que ha de tener un pueblo es el derecho que necesite tener.