

ORIGINALIDAD CONSTITUCIONAL AMERICANA*

Bartolomé Clavero

1. Parábola de unos orígenes.

En 1811, el Acta Constituyente de la Confederación de las Provincias Unidas de Nueva Granada, la Gran Colombia, prevé la transferencia, desde las Provincias a la Unión, de “*las tierras baldías*” que se sumen a “*todas las que se pueden considerar ‘nullius’ por estar deshabitadas*” ya atribuidas a la Confederación. Lo de tierras baldías e inhabitadas resulta incierto pues a continuación se dispone que “*no por esto se despojará ni se hará la menor vejación o agravio a las tribus errantes o naciones de indios bárbaros que se hallen situadas o establecidas dentro de dichos territorios*”, con la previsión además, según prosigue el Acta, de que “*podremos entrar en tratados y negociaciones con ellos sobre estos objetos, protegiendo sus derechos con toda la humanidad y filosofía que demanda su actual imbecilidad, y la consideración de los males que ya les causó, sin culpa nuestra, una nación conquistadora*”. Es benevolencia que se mantiene “*a menos que sus hostilidades nos obliguen a otra cosa*”.

Poco menos de un mes después, finalizando el año 1811, en el mismo ámbito latamente neogranadino, Venezuela formaliza su propia Confederación. Su Acta Constituyente aborda de otro modo la presencia indígena. Lo que el documento constitucional encarga en su caso a las Provincias no es la transferencia de territorios con su población indígena anexa, sino una determinada política al respecto para que “*la parte de ciudadanos que hasta hoy se ha denominado indios*” comprenda “*la unión íntima que tienen con todos los demás ciudadanos*”, supere “*el abatimiento y rusticidad en que los ha mantenido el antiguo estado de las cosas*”, asuma “*los derechos de que gozan por sólo el hecho por ser hombres iguales a todos los de su especie*” y proceda al “*reparto en propiedad de las tierras que les estaban concedidas y de que están en posesión, para que a proporción entre los padres de familia de cada pueblo las dividan y dispongan como verdaderos señores*”. Desde ya, se agrega, sin necesidad de esperar a dicha integración completa en una ciudadanía común mediante la privatización de la propiedad, “*quedan sin valor alguno las leyes que en el anterior Gobierno concedieron ciertos tribunales protectores y privilegios de menor edad a dichos naturales*”. Específicamente se prohíbe que los antes llamados *indios* “*puedan aplicarse involuntariamente a prestar sus servicios a los Tenientes o Curas de sus parroquias*”.

Las Constitución de Gran Colombia de 1821 ignora la presencia indígena en cuanto tal. Lo propio ocurre con la Constitución ya sólo de Colombia de 1830. En cambio, dentro todavía teóricamente de la Confederación grancolombiana, el Ecuador contempla la presencia en su Constitución de 1830. Dentro del título “*De los Derechos Civiles y Garantías*”, como disposición final de excepción, la misma declara lo siguiente: “*Este Congreso constituyente nombra a los venerables curas párrocos por tutores y padres naturales de los indios, excitando su ministerio de caridad en favor de esta clase inocente, abyecta y miserable*”. Así, lo que Venezuela intentaba cancelar en 1811, Ecuador consagra constitucionalmente en 1830.

* Páginas a publicarse en la revista *Rechtsgeschichte*, en su número 16 dedicado monográficamente al constitucionalismo latinoamericano con ocasión de los bicentenarios.

2. Enseñanza de la parábola.

Hay más rasgos en común que distintivos en esta parábola netamente americana. Incluso entre Venezuela y Ecuador prevalece lo que se comparte sobre lo que diferencia. Lo primero que hay en común es la presunción constitucional de dominio territorial sobre gentes independientes hasta el punto de denegarles el derecho mismo al territorio propio: *tierras baldías, nullius, deshabitadas*. Los Estados se constituyen como si alcanzasen a unas fronteras contiguas entre ellos al tiempo que reconocen la existencia de enteros territorios que de hecho no dominan o que incluso llanamente desconocen sin que esto empiece ni empañe su título, el del Estado.

Hay otra presunción constitucional en común, la que se refleja en calificativos como *errantes, bárbaros, imbéciles, abatidos, rústicos, menores, inocentes, abyectos o miserables*, algunos de los cuales eran estrictas categorías jurídicas marcando un *status* o condición de degradación y supeditación mientras que se fuera indígena. El horizonte venezolano de ciudadanía común no es de presente y requiere la pérdida de la condición indígena que primordialmente se manifiesta a través de la privatización de la propiedad con desaparición implícita de la comunidad. De momento, para la entera parábola, toda garantía queda en suspenso. Ni siquiera se reconoce un derecho estricto de dominio: *tierras que les estaban concedidas y de que están en posesión*. Y cabe la guerra de agresión de haber resistencia: *a menos que sus hostilidades nos obliguen a otra cosa*.

Con todo lo que se tiene en común, las diferencias, bien que llamativas, resultan secundarias. Incluso cuando se prevé la posibilidad de que se entre en relación con gentes indígenas mediante *tratados*, se les sitúa en dicha posición degradada que reclama supeditación al poder del Estado en unos términos no siempre transitorios. Por lo demás, estamos ante un arranque constitucional que proclama su vocación de reconocimiento de derechos y empeño en garantías mediante distinción de poderes¹.

3. Lección aprendida.

¿Qué clase de constitucionalismo es ese que compagina el propósito de garantizar derechos mediante poderes al designio de supeditar sin garantías ningunas a una parte de la humanidad a la que pretende alcanzar, por entonces además mayoritaria? Para intentar identificarlo, ya se tiene acuñada una categoría de constitucionalismo, la de *colonial constitutionalism*, el que se establece para asegurar, bajo veste de derechos efectiva y sectorialmente garantizados, intereses de conquista y dominio de tracto colonial sin solución de continuidad. Se ha empleado ya para América, pero no para toda ella, sino para los Estados Unidos y con la restricción más sustantiva de no comprenderse a los pueblos indígenas del continente, sino de incluirse tan sólo los actuales *territorios federales*, esto es sin autonomía constitucional, por ultramar².

Por otras latitudes viene procediéndose a un empleo más consistente de la categoría de *colonial constitutionalism*. Se trata en particular del caso de la India, el de

¹ B. CLAVERO, *Freedom's Law and Indigenous Rights: From Europe's Oeconomy to the Constitutionalism of the Americas*, Berkeley, The Robbins Collection, 2005. Por el carácter de estas páginas se sabrá comprender y excusar lo autorreferencial en el aparato y lo expeditivo en la conclusión.

² E. Robert STATHAM, *Colonial Constitutionalism: The Tyranny of United States' Offshore Territorial Policy and Relations*, Lanham, Lexington Books, 2002; complétese con Gary LAWSON y Guy SEIDMAN, *The Constitution of Empire: Territorial Expansion and American Legal History*, New Haven, Yale University Press, 2004.

este subcontinente asiático. Existe un grupo de investigación, el *Calcutta Research Group* encabezado por Ranabir Samaddar, que ha convertido en clave de la historia constitucional de la India independiente la dependencia respecto a la vertiente colonial del constitucionalismo británico, a un complejo que ya estaba inventado con anterioridad y bien operativo además a los efectos de sometimiento del grueso de la población a condiciones de supeditación sin posibilidad de garantías bajo un sistema como el constitucional definido precisamente por proporcionarlas³.

La continuidad entre tiempos coloniales y tiempos constitucionales por lo que respecta a la gestación del constitucionalismo también está subrayándose ahora para los Estados Unidos, pero considerándose que el colonialismo radicaba en la relación entre metrópolis y colonias británicas y no en la relación de la una y de las otras con respecto a la humanidad indígena de América. En este contexto, el mordiente de la categoría de *colonial constitutionalism* se pierde por completo⁴. La concepción más integral del grupo de Calcuta no se ha intentado todavía aplicar a las Américas. No puede, evidentemente, hacerse sin más, aunque sólo fuera por la razón de que en el caso hispano, al contrario que en el británico, no hubo, antes de Cádiz, un constitucionalismo metropolitano que pudiera extenderse al escenario colonial. Sin embargo, existe en la colonia un conglomerado institucional de piezas corporativas, articulaciones jurisdiccionales y estratos culturales que no desaparecen del mapa porque se plantea el constitucionalismo⁵. Y este entramado colonial es el contexto donde se ha generado y organizado el proyecto de dominio euroamericano sobre la humanidad indígena que se manifiesta en la parábola constitucional grancolombiana.

Se preferirá luego, durante cierto tiempo, la discreción o el silencio de las Constituciones de cara a la presencia indígena, prosiguiéndose en todo caso la conformación de un *constitucionalismo colonial* que llega hasta hoy. Discreción y silencio constitucionales sobre los pueblos indígenas son también una forma de ordenación constituyente. La originalidad fue al principio la franqueza. Hoy ha vuelto la locuacidad, sirviendo de recordatorio de la presencia indígena a todo lo largo de la historia constitucional de trasfondo así colonial. En las Américas, el colonialismo en suma representa un elemento integrante del constitucionalismo, por lo usual solapado⁶.

4. Y lección por aprender

La historiografía, más que la propia historia, ha hecho desaparecer el elemento colonial del mapa constitucional. La parábola grancolombiana es el más expresivo testimonio en contrario, no el único ni mucho menos⁷. Puede ser muestra de laboratorio

³ Ranabir SAMADDAR, *The Materiality of Politics*, vol. I, *The Technologies of Rule*, Londres y Delhi, Anthem Press, 2007, p. 19: “Colonial constitutionalism was designed to reinforce the material aspects of colonial rule” y, para Samaddar, del constitucionalismo en sí.

⁴ Daniel J. HULSEBOSCH, *Constituting Empire: New York and the Transformation of Constitutionalism in the Atlantic World, 1664–1830*, Chapel Hill, University of North Carolina, 2005.

⁵ *Istor: Revista de Historia Internacional*, 16, 2004: Carlos GARRIGA (ed.), *Historia y derecho, historia del derecho*.

⁶ B. CLAVERO, *Geografía Jurídica de América Latina: Pueblos Indígenas entre Constituciones Mestizas*, México, Siglo XXI, 2008.

⁷ B. CLAVERO (ed.), *Pronunciamientos indígenas de las Constituciones americanas* (hasta 2007), en línea: <http://www.alertanet.org>; hasta hoy, también en línea: <http://clavero.derechosindigenas.org>.

para experimento que supla experiencia. No hace falta extenderse a otros casos para extraerse alguna conclusión que no sea precaria y resulte de utilidad.

Es la historiografía constitucional, no la historia constitucional, la que construye desde la independencia un constitucionalismo prácticamente clónico del europeo y, con ello, una sociedad sustancialmente homologable a la de Europa. Obrando de este modo, la historiografía amputa, no un miembro del cuerpo cabiendo ortopedia, sino un órgano vital provocando la muerte, esto es, la ficción redonda de historia entonces imposible⁸.

La presencia indígena durante toda la historia constitucional, con pueblos independientes por bastante tiempo, algunos hasta hoy, y con comunidades de institucionalidad propia, no es un apósito que baste advertir y agregar. Representa una enmienda a la totalidad de la historiografía constitucional si quiere ser de verdad historia y no espejo complaciente del empecinamiento supremacista de su propio objeto radicalmente lastrado, no otro que el sistema constitucional mismo por las Américas.

⁸ Respecto al caso de Estados Unidos, B. CLAVERO, *Why American Constitutional History is not Written*, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 36, 2007, pp. 1445-1547.