

EL CONCEPTO LEGAL DE INDIGENA EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO PENAL DE LOS TERRITORIOS DEL AFRICA BRITANICA

POR la Ordenanza «Criminal Procedure Code (Amendment) Ordinance, 1949», ha sido proscrito en Niasalandia el concepto jurídico-procesal de indígena.

I. LA LEY PENAL: SU ÁMBITO DE APLICACIÓN Y SU DESTINATARIO

Nuevas orientaciones en el campo del Derecho penal y en filosofía generadora han motivado un más profundo análisis conceptual de la Ley, convirtiéndola, de objetivación de la voluntad punitiva del Estado, en formulación positiva de una norma jurídico-penal de protección.

Esta reacción subjetiva en la concepción de la Ley, cuya primera consecuencia ha sido reincorporar el *fin* al cuerpo del derecho, lleva consigo, al saturar el precepto de contenido, un mayor interés por la problemática de aplicación, que no es ya sólo actualización de conceptos, sino también adaptación a lo concreto de una norma de validez más amplia, que exige, por lo tanto, persistencia del fin normativo proyectado en el destino y en el destinatario de ella.

El escolasticismo, de una parte, y de otra el naturalismo filosófico de Rousseau, habían motivado una generalización

excesiva de los supuestos jurídicos afectantes al destinatario de la norma, ya que, dirigida ésta en la formulación técnico-jurídica pura a un hombre desligado de su particular estructura psicológica y de su medio social, se olvidó que en sí se halla aquélla referida a una cultura tipo, la nuestra, y que, por lo tanto, la variación del factor hombre en su integración psicosocial puede producir, y de hecho produce, en el destinatario de la norma, una incapacidad recepticia de ésta.

La máxima legal, «la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento», que supone la general y actual posibilidad de ser conocidas, es la afirmación de este concepto universalista y su restricción en algún nuevo texto colonial el trasunto legislativo de una tendencia revisionista.

Por ello, la cuestión del destinatario de la norma, como adecuación potencial al agente del acto incriminable, adquiere relieve en una estructuración finalística, ya que, partiendo la concepción teológica del precepto de la existencia de una voluntad de protección de valores normativos plasmada en aquél, la comunidad de cultura, por ser ésta un común fundamento ideológico, constituye el vehículo de conocimiento individual del fin de la norma formulada en Ley, y, en consecuencia, a la noción pura de hombre, como destinatario universal, se opone la que requiere actual capacidad para la asimilación de la norma destinada, cuyo supuesto es la posibilidad de comprensión de su fin. Interpretándolo así, la jurisprudencia colonial italiana (sentencias del Tribunal de Gondar, 19 de noviembre de 1938, y Addis-Abeba, 13 de enero de 1938) consideró en el delito de mandato no punible al nativo, en vista de la imposibilidad actual de asimilación por éste de la norma prohibitiva, pronunciándose, a este respecto, Leone, por el carácter transitorio de este criterio, a sustituir en un estado de mayor evolución del indígena que permita su castigo.

Contribuye la valoración de este problema a una distinción más profunda y adecuada entre los límites externo e interno de la norma penal. La noción de Ley, como objetivación de la voluntad punitiva del Estado, presupone, como natural reflejo, un mayor interés por el límite externo normativo, ámbito de aplicación, ya que la relación entre normas coexistentes es concebida como un conflicto de voluntades proyectado en la posibilidad de «hacer sentir» la existencia de la norma, esto es, de aplicarla, lo que provoca una tendencia a incluir, como cuestiones de ámbito, las que en realidad afectan a la norma en su destinatario, como limitaciones derivadas de ella misma, y no de la coexistencia. Por ello, la problemática del límite externo solamente atañe al alcance de su círculo de validez, mientras la interna descansa en la esencia conceptual, por referirse a la posibilidad de conocimiento.

La relación entre ambos límites, innegable, se produce de dentro afuera, al provocar la diferenciación del destinatario una restricción de ámbito, y de fuera adentro, al circunscribirse el ámbito a un determinado marco territorial como círculo de validez.

La primacía del límite interno o externo en un ordenamiento jurídico-colonial, imprime una tan característica impronta que puede adoptarse como base de clasificación de los sistemas técnico-legislativos.

Directamente vinculados al ámbito de aplicación como factor limitativo se hallan los dos sistemas, que en lo legal parten, respectivamente, de una incorporación completa, «asimilismo legal», y de una distinción plena entre metrópoli y territorio, «territorialismo jurídico», mientras que la valoración de la norma en su destinatario es característica de los sistemas basados en la «adaptación» al medio colonial de la

legislación metropolitana, o en la existencia de una legislación especial para indígenas, que constituya un cuerpo de legislación personal en el marco especial correspondiente.

2. SISTEMAS TÉCNICOLEGISLATIVOS COLONIALES

La noción política de absorción tiene en lo jurídico un adecuado reflejo: el «asimilismo legal», constituido por la extensión a las colonias del Derecho metropolitano.

La doctrina de Maunier, inducida de la observación del fenómeno acusado en los Estados asiáticos, que han sustituido, olvida Maunier por qué causa, sus tradicionales ordenamientos jurídicos por integraciones más o menos afortunadas de leyes europeas, afirma, no sólo la conveniencia de esta asimilación legislativa, sino el espontáneo abandono de la tradición tribal por el indígena cercano al medio europeo.

Mas esta tendencia asimilista pura, que parece ya superada incluso por su más ferviente partidaria, Francia, supone, si no va acompañada de un elevado y real progreso del indígena que lo incluya en el círculo cultural metropolitano, una propia y verdadera regresión, pues ante la divergencia entre texto y realidad no se aplica la Ley o provoca malestar su aplicación, con prestigio de la vieja costumbre, más vinculada a la naturaleza de las cuestiones planteadas.

El «territorialismo jurídico» se caracteriza, como indica su nombre, por la aplicación del principio de territorialidad, basado en la no discriminación de destinatario, en la norma que se dirige a un marco espacial determinado, sujetando a su observancia cuantos dentro del mismo se hallaren. Es la proyección colonial de la noción de orden público y seguridad surgida del Estado de derecho, que tiene como elemento de

sustentación el territorio, aspecto común a metrópoli y dependencia, pero con el factor diferencial de ser la soberanía en la colonia exterior a la misma y hallarse, en cuanto al elemento personal, ante una disparidad de culturas.

La existencia de una legislación colonial, basada exclusiva o fundamentalmente en el principio de territorialidad, no debe confundirse con el reflejo espacial que a toda legislación personalista viene impuesto, como ya se ha dicho, por su ámbito de aplicación.

Pero la afirmación de la territorialidad de un Código, verificada, por ejemplo, al epigrafiar el capítulo III del Código penal de Niasalandia, y reafirmada en su art. 6.º, al declarar, a los fines de éste, la jurisdicción de los tribunales en todos los lugares del Protectorado, y en el 7.º, al referir «a toda persona» el ámbito de su validez, no supone siempre la plena independencia del sistema jurídico, y así vemos en dicho texto legal, aparte la declaración de vigencia de la «Common Law», formulada en el art. 3.º, un reenvío a las normas de interpretación sobre el alcance y extensión de conceptos legales a los correspondientes del Derecho penal británico, creando así, por recurso subsidiario a una norma fundamental, un proceso inverso al de «adaptación», caracterizado por la vigencia de los textos fundamentales metropolitanos en las colonias, aunque sometiénolos a un proceso de adecuación al medio.

Así, la legislación colonial italiana, en el Decreto orgánico del Africa oriental, promulgado en 1936, dispone, en su artículo 53, que los Códigos civil, penal y de comercio, los de procedimientos civil y criminal, la legislación militar y las disposiciones complementarias en vigor, se extiendan de pleno derecho al Africa oriental italiana, conservándose en cuanto a las costumbres locales, sin más límite que el que el orden público y los principios generales de la civilización lo consientan,

y a salvo las modificaciones que fueran dispuestas por normas especiales.

No muy diversas prescripciones ordena el Real decreto-ley de 1934 sobre Libia (convertido más tarde en Ley), que en su art. 43 dispone la adaptación de los textos fundamentales a las condiciones locales, teniendo en cuenta las tradiciones y la costumbre, con la misma salvedad respecto a normas exclusivamente coloniales.

Tal adecuación plantea el problema del órgano destinado a efectuarla, resuelto, en parte, por la propia Ley al referirse a las *normas especiales*, o sea, a la posibilidad de una legislación de contenido y destino específicamente colonial. Pero en un ámbito más amplio, por referirse el proceso de adaptación a una actualización de norma a verificar con motivo de una declaración de derecho, los órganos judiciales adquieren rango en su jurisprudencia de órganos legisladores.

Este fenómeno, que supone una innegable ventaja en la resolución del caso concreto, pues favorece la individualización de la norma en función de las circunstancias en presencia, tiene como fundamental inconveniente el carácter asistemático que a la actividad jurisprudencial caracteriza al sustituir la voluntad unitaria del legislador por la múltiple de los juzgadores, que al integrarse en su doctrina no puede menos que suscitar contradicciones, plenamente justificadas por los supuestos concurrentes en el hecho; pero que tienden a provocar, de no existir criterio homologador, un germen de anarquía jurídica, causando una incertidumbre en el derecho incompatible con la esencia del Derecho penal.

No se objete que la anarquía nace de la propia idea finalístico-valorativa, que a causa de su norma generadora diversifica en su aplicación el precepto, ya que la posición teológica tan sólo condiciona la posibilidad de validez de la norma, sin afectar a su contenido.

Débase reconocer que el sistema de «adaptación legal» favorece la *dinámica legislativa*, a que hace referencia Alimena, al incrementar la extensión de la norma superior en el medio indígena.

Esta misma tendencia, con supresión de las desventajas apuntadas, tiene el texto especial para indígenas, cuyo mejor exponente es, sin duda, el Proyecto portugués para Mozambique, complementado por la Ley metropolitana susceptible de aplicación actual.

Diferente de la legislación especial *para indígenas*, inspirada no sólo en su costumbre o ley, sino también en la facies psicosociológica del grupo a que se dirige, es la aplicación del *derecho indígena* en las cuestiones tan sólo afectantes a nativos, incluso en lo penal, que por razones varias continúa en vigor con ciertas restricciones y jurisdicción propia en diversas colonias, muy especialmente en los regímenes de administración indirecta, teniendo entonces la legislación territorial o la adaptación metropolitana, entidad tan sólo respecto al nativo, de normas de conflicto entre razas o culturas.

Es necesario, para evitar erróneas inducciones, advertir la no coincidencia de los sistemas técnico-legislativos citados con sus paralelos de política colonial. Así, mientras en lo jurídico partía Italia de un discreto asimilismo, basado como noción actual en la «adaptación», afirmó en lo político un criterio diferencial de sujeción, fundando el concepto de indigenato en supuestos raciales sin discriminación cultural alguna.

Portugal, por el contrario, cuya trayectoria política se halla impregnada de un noble asimilismo, practica en lo jurídico, como ya se ha indicado, respecto a los no asimilados, un sistema de legislación especial, aunque con acusada influencia, consustancial con lo hispánico, del Derecho metropolitano.

3. LEGISLACIÓN PENAL EN LOS TERRITORIOS BRITÁNICOS DE AFRICA

Si algo ha caracterizado, hasta muy recientemente, la legislación colonial británica, ello ha sido, sin duda, el particular sentido realista, que, orillando las formas ideológicas, ha plasmado en un sincretismo doctrinal las necesidades de su política, basada en los postulados diferenciales.

Su primera consecuencia es la coexistencia de diversos principios sistemáticos en los ordenamientos legales de los varios territorios, y así, frente al territorialismo de la norma sustantiva que en lo penal constituye una normalidad en el Africa británica, practica Sierra Leona un adaptacionismo, indistintamente aplicable a europeos y africanos, al declarar Derecho penal fundamental del territorio con la «Common Law» los Estatutos vigentes en Inglaterra el 1.º de enero de 1880, aunque sujetos a las modificaciones previstas en las Ordenzas locales; criterio acusado con la posterior incorporación de buena parte del articulado de las «Perjury Act 1911», «Forgery Act 1913» y «Larceny Act 1916» metropolitanas. Ello no obstante, existe en Sierra Leona un cuerpo territorial de normas especiales promulgadas en forma de ordenanzas.

Al tratar de los sistemas técnico-legislativos, se ha hecho especial mención de la vigencia de la «Common Law» y del reenvío interpretativo al Derecho metropolitano, que aparecen en el «Penal Code de Nyasaland», texto refundido de 1945, y que también figuran, entre otros, en los Códigos de Gambia de 1934, Rhodesia del Norte e incluso en legislaciones promulgadas en régimen jurídico de Mandato, como Tangánica.

Por otra parte, el territorialismo jurídico ha sufrido la influencia de una legislación colonial tipo, el «Indian Penal

Code», trasplantado a la Somalia británica, donde rige como ley territorial, con las modificaciones introducidas por la «Somaliland Order in Council 1929», habiendo regido en Tanganyica hasta la promulgación del Código penal de 27 de febrero de 1930.

También en Somalia se ha producido, aunque limitado a lo civil, un fenómeno mixto constituido por la coexistencia de «Indian Acts», Estatutos y «Common Law» inglesas y Derecho consuetudinario indígena, aunque limitando la vigencia de éste a las cuestiones entre nativos y en tanto no repugne al sentido de justicia y moralidad.

El territorialismo penal colonial británico, plasmado en sus cuerpos de codificación, de inspiración común, es el más firme alegato en favor de una discriminación étnicocultural, con proyección jurídica.

Gran Bretaña, según afirman los propios ingleses, nunca ha precisado una codificación del Derecho metropolitano por hallarse sus normas penales íntimamente unidas a los conceptos culturales básicos de todo ciudadano, mientras que la disparidad de cultura colonial exige la posibilidad de conocimiento de la norma, aunque sólo sea como cuerpo escrito, en que se halla formulada la conducta objeto de sanción, y con ello la existencia de un Código cuya aplicación a los indígenas se restringe a ser norma de conflicto en las cuestiones que afecten a personas pertenecientes a diverso círculo cultural, dejando las cuestiones entre nativos a la competencia de su propia ley y jurisdicción.

Por ello, el territorialismo británico, referido hasta hoy a la norma sustantiva codificada, afirmaba habitualmente en lo procesal la neta distinción entre europeo y nativo, teniendo la noción legal de indígena doble importancia, pues era, procesalmente, medio para valorar su estado, tradiciones y costumbres a través de las manifestaciones de los asesores europeos

o nativos, peritos en ellas, con preceptiva presencia deliberante en el juicio, pero sin facultades decisorias, y de otra, fijado el concepto legal de nativo y afirmada la posibilidad de aplicación del derecho indígena si la cuestión tan sólo a ellos afectase, adquiere el *indigenato* entidad causal necesaria para imponer la aplicación de unas normas diversas (Derecho indígena) de las reflejadas en los preceptos del texto territorial.

La «Native Cours Ordinance» de Niasalandia, promulgada en 14 de junio de 1933, permite la constitución, por acuerdo del gobernador, de *tribunales nativos* compuestos de conformidad con la costumbre del área en que ejerzan jurisdicción, que en lo penal comprende el enjuiciamiento de las cuestiones de esta naturaleza en que sean nativos ofendido y acusado. Se exceptúan de la competencia de estos tribunales, por razón de la materia, las causas en que fuere afirmado homicidio, o el delito cometido se hallare castigado con pena capital o prisión perpetua, y también, generalmente, las que derivasen del vínculo matrimonial. Por razón de la persona puede el Gobernador exceptuar de la competencia de estos tribunales a determinados indígenas o categorías de ellos, aunque el beneficiario y el Comisario provincial pueden, no obstante, renunciar al privilegio o suspender su aplicación en un caso concreto, respectivamente.

Constituye este sistema un reflejo de la declaración «no indígena», prevista, por ejemplo, en la legislación portuguesa, pues la incompetencia de la jurisdicción nativa lleva consigo la aplicación integral de una norma sustantiva superior, la prevista en el texto territorial.

En cuanto a ley aplicable, aspecto fundamental del problema, deben administrar justicia dichos tribunales con arreglo a las siguientes fuentes normativas:

a) Legislación indígena y costumbre vigente en el área de jurisdicción del tribunal, no repugnando a los principios de

justicia o moralidad, ni siendo *incompatible* con las prescripciones de una «Order in Council» o ley vigente en el Protectorado.

b) Disposiciones de toda clase vigentes en el área de jurisdicción del Tribunal y emanantes de una autoridad colonial o indígena, considerando a estos efectos autoridades indígenas las determinadas en la «Native Authority Ordinance».

c) Disposiciones de ordenanzas que puedan ser aplicadas en virtud de autorizar las mismas su aplicación por los tribunales nativos.

d) Disposiciones de leyes específicas que el Gobernador haya autorizado al correspondiente tribunal, para aplicar con o sin las restricciones que dicha superior autoridad establezca.

Las penas aplicables por delitos contra el ordenamiento indígena son: la multa, la prisión o ambas conjuntamente, y cualquier otro castigo no repugnante a la natural justicia y humanidad que se hallase prescrito por la ley o costumbre nativa, siendo en su evaluación proporcional a la naturaleza y circunstancias del hecho y en ningún caso excesivas.

La intervención de los órganos de la administración colonial en la justicia indígena se ejercita por medio de amplias facultades que permiten la supervisión y revisión de sus actos jurisdiccionales.

De orientación similar son, entre otras, las «Native Courts Ordinance», de Rodesia del Norte y Sierra Leona, y la «Native Tribunals Ordinance 1933», de Gambia.

Es noción clave, pues, de este sistema, la noción legal de indígena, que en la legislación colonial británica queda definida normalmente en los Códigos de Procedimiento criminal de los distintos territorios.

4. NOCIÓN LEGAL DE INDÍGENA EN LOS TERRITORIOS BRITÁNICOS DE AFRICA

Carece el Derecho procesal penal de las colonias británicas, no sólo de una noción unitaria de indigenato, sino también de una orientación determinada en la formulación del concepto legal en los varios territorios.

Partiendo de principios netamente geográfico-raciales, el artículo 2.º del «Criminal Procedure Code» de Niasalandia, al definir el concepto nativo, designa como tal a todo natural de Africa cuyo origen no sea europeo a asiático, incluyendo, no obstante, a los árabes y somalíes y a los beluchos nacidos en Africa. Esta definición, desprovista de contenido etnológico y que vincula a un complejo racial y a un supuesto geográfico el «status» jurídico del africano, prescindiendo de hallarse éste o no incluido en el círculo cultural europeo, tiene incluso reflejos sustantivos en la legislación territorial, ya que el Código penal de Kenya, en virtud de la ordenanza «Penal Code Amendment 1934», promulgada en 2 de junio de dicho año, incluye en el art. 147 del Código penal de esta colonia una noción legal semejante, que tan sólo difiere en excluir del concepto de indígenas a beluchos y árabes.

Dicho concepto legal, que a pesar de su carácter exclusivista y de su técnica jurídica primitiva ha subsistido en Niasalandia hasta la derogación del concepto jurídico procesal de nativo por ordenanza «Criminal Procedure Code (Amendment) 1949», promulgada en 15 de marzo, fué superado por la propia legislación de Kenya, que no obstante mantener la vigencia de la redacción mencionada en el art. 147 de su Código capital, adoptó en los restantes ámbitos, el procesal incluido, una más técnica y exacta formulación del concepto de nativo, admitiendo una exclusión, respecto al mestizaje, que

permite la no vigencia de la norma de indigenato respecto al mismo.

En virtud de la «Interpretation (Definition of Native) Ordinance 1934» de Kenya, ya mencionada, son considerados indígenas los miembros o aquellos que sus padres fuesen miembros de una tribu o comunidad indígena africana, incluyendo expresamente en dicho término al pueblo denominado Suahili, aunque no a los árabes, abisinios (Amhara, Tigre y Shoa), somalíes, beluchos nacidos en Africa y malgaches y naturales de las islas Comores.

Respecto al mestizaje, incluye expresamente el art. 2.º de dicha ordenanza, de la noción de indígena con sentido etnológico, a la persona que por sí propia pruebe cumulativamente a satisfacción del magistrado británico: a) Que es parcialmente descendiente de «no nativo». b) Que no ocupa tierras de posesión nativa o de acuerdo con el Derecho indígena; y c) Que no vive de acuerdo con el tradicional sistema de vida de las comunidades y tribus africanas.

La orientación etnológica en la formulación legal del indigenato, aparece completamente diferenciada en la proclama del Territorio Suasi «Criminal Procedure and Evidence Proclamation 1938», promulgada bajo el núm. 67 en dicho año, que al definir tal concepto de nativo incluye tan sólo los aborígenes pertenecientes a alguna tribu nativa, restringiendo, en cuanto al mestizaje, su aplicación a los que viviesen como miembros de una comunidad indígena, kraal o tribu.

Por llevar en sí esta noción una potencial diferenciación por razón de círculos de cultura entre nativo y «no nativo», lo que supera ampliamente la distinción entre indígena y europeo que aparece en la legislación de Niasalandia, parece que la evolución del derecho británico debía efectuarse desde las fórmulas raciales, de poco o ningún contenido espiritual, hasta las etnológicas más o menos concordantes con las vigen-

tes en Derecho colonial portugués o español que admiten como noción cultural, no antropológica ni de procedencia geográfica, la de indígena frente a emancipado o asimilado a europeo.

Pero mientras subsista la realidad colonial, «diferencia de culturas con diversos círculos de acción», no puede proscribirse el concepto de indigenato que es precisamente la salvaguardia de los derechos de grupo culturalmente inferior y por proyección, de actualidad psicológica distinta, frente a las exigencias de un grupo superior.

No obstante, fruto del anticolonismo polémico de las grandes potencias y de los que agudamente Marcelo Caetano califica de tónicos administrados a los pueblos coloniales para asegurar la fidelidad y aumentar la capacidad de esfuerzo en la guerra, ha sido la tendencia legislativa, especialmente apreciada en África Sudoriental, borrar toda diferencia de régimen legal no sólo entre blanco y negro, ésta lógica, sino entre miembro de la comunidad cultural superior e indígena.

Fué primero Tangañica, con anterioridad a la segunda guerra mundial, después Rhodesia del Norte, hoy ha sido Niasalandia, quien, por Ordenanza promulgada a 15 de marzo de 1949, modifica el Código de Procedimiento criminal y alegando el principio de «igualdad ante la Ley» proscribire la distinción entre «nativo» y «no nativo», quedando potencialmente planteada con ello incluso la subsistencia, no discutida en dicho texto, de los tribunales constituidos al amparo de la «Native Courts Ordinance» y basados en la noción jurídico-procesal de indígena que, como se ha destacado anteriormente, tiene su correspondiente reflejo en la norma sustantiva.

5. EL CONCEPTO LEGAL DE INDÍGENA ANTE LA REALIDAD COLONIAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL POSITIVO

Los problemas de relación jurídica entre grupos de cultura diversa exigen distinguir dos conceptos fundamentales.

No es la igualdad ante la Ley aplicable lo que la unidad humana reclama, es la igualdad en la protección de valores, y ésta sólo puede lograrse teniendo conciencia plena de la coexistencia de cultura que siendo, con frases de Mauss, «fondos comunes de aportación general» no pueden ser ignorados sin ignorar con ellos a los hombres integrados en ellas.

Ignorar la cultura extraña como entidad independiente, aunque en contacto, no es el mejor medio de colonizar. Hitler afirma que «el negro es, por su origen, un semimono capaz de dirección, pero no de cultura».

Por paradoja al panmelenismo de Marcus Garvey y su voluntad de retorno a la patria perdida, la Gran Africa, naturalmente, como observa Maunier, sin renunciar por ello al «comfort» americano, no puede ser considerado como una tendencia indigenista, sino un movimiento racista negro muy vinculado a las fórmulas ideológico-políticas de nuestra cultura, de las que aún, a pesar suyo, forma parte.

Frente a la sociedad indígena africana la imposición de normas inasequibles para el destinatario provoca, frente a la evolución cultural postulada por el sistema colonial Hispánico, la crisis de valores, sin que la sustitución por los básicos de nuestra cultura se realice, provocándose el fenómeno de nostalgia mortal o «erimatua», fruto de la imposición brusca de unos hábitos que han provocado la anarquía al privar al nativo de sus prohibiciones «tabu» y sus autoridades, ocasionando, como dice Max Anely, con nuestra paz su muerte.

Razones fundadas en el derecho internacional positivo se

han alegado para justificar la supresión en los ordenamientos legales de la noción de indígena.

El Acta General de la Conferencia de Berlín, primer acuerdo internacional contemporáneo en que se regulan las obligaciones asumidas por los Estados colonizadores frente a los pueblos indígenas, dispone, en su art. 6.º, «la conservación y mejoramiento de sus condiciones de existencia en lo moral y material». Nace con ello en el Derecho internacional postwestfaliano una correlativa atribución de derechos al nativo, aunque ésta se limite al objeto contractual del Acta, esto es, a la cuenca convencional del Congo, y se realice en forma de declaración de principios, sin concretar los más adecuados medios políticos para cumplir el fin previsto, si bien establece la prohibición de la esclavitud y el tráfico de negros y la protección y favorecimiento sin distinción de las instituciones y obras religiosas, científicas y de caridad, u organizadas para instruir a los indígenas y hacerles comprender las ventajas de nuestra civilización.

El art. 1.º del Acta General de la Conferencia de Bruselas se hizo eco en su primer apartado de la necesidad de facilitar la labor civilizadora, dotando al terreno colonial, como el más eficaz medio, de un sistema jurídico adecuado con organización progresiva de los servicios administrativos y judiciales que en la Convención de St. Germain-en-Laye, para la revisión de las Actas Generales de Berlín y Bruselas, se concretan (art. X) en la obligación de mantener un poder y los medios de policía suficiente para asegurar la protección de personas y bienes y, en caso de necesidad, la libertad de comercio y tráfico (1), principios que se completan con el art. 23 del Pacto de la So-

(1) Su art. XI ratifica el art. 6.º del Acta General de Berlín, aunque limitando la libertad de cultos a las conveniencias de seguridad y orden público o impuestas por derecho constitucional metropolitano.

ciudad de Naciones que contiene el compromiso para los Estados miembros de «asegurar el tratamiento equitativo de las poblaciones indígenas en los territorios sujetos a su administración».

Todo ello, pues, se refiere a la protección jurídica de los valores afectantes al indígena, y si algo destaca en las mismas es precisamente el ser éste *sujeto*, lo que supone una individualización como categoría jurídica de correlativos derechos surgidos, en lo contractual, de los deberes asumidos por los Estados firmantes.

Constituída la Sociedad de Naciones quedó su política colonial especialmente definida por su Comisión de Mandatos creada en virtud del art. 22 del pacto, cuyas orientaciones, resumidas en su publicación «Le système des mandats», fueron :

1) Educación política y moral, mejoramiento de las condiciones de existencia y, en general, defensa de los intereses de los pueblos indígenas.

2) Aplicación de los principios de no discriminación.

Es importante destacar que en la enumeración que efectúa de medios adecuados para el cumplimiento de los fines que postula, tan sólo dos afectan al régimen jurídico, y éstos se refieren a la *integración de las autoridades indígenas tradicionales en el sistema general de administración de territorios* y a la creación de *tribunales indígenas*, persistiendo en ambos la noción de indígena como *sujeto* de unas especiales normas.

Finalmente, el capítulo XI de la Carta de las Naciones Unidas, aplicable a Gran Bretaña como signataria, por vía de pacto, establece, en su art. 73, que «los miembros de las Naciones Unidas que asumieron o asuman responsabilidades en la administración de territorios *cuyos pueblos aún no alcanzaron la capacidad plena para gobernarse por sí mismos* reconocen el principio de que los intereses de los habitantes de estos territorios son principales y aceptan como misión sagrada la obli-

gación de promover al máximo posible, dentro del sistema de paz y seguridad internacionales establecidos en la presente Carta, el bienestar de los habitantes de estos territorios, y para tal de: a) *Asegurar, con el debido respeto por la cultura de los pueblos interesados, su progreso político, económico, social y educativo, tratamiento con justicia y protección contra abusos*», disposición íntimamente relacionada con el art. 76 que preceptúa la «igualdad de tratamiento en la administración de justicia».

La interpretación de estos artículos sería en todo caso la sanción del concepto legal de indígena. No se puede exigir a quien se define como carente de capacidad plena, la adecuación de conducta a una norma inasequible ni la paridad en la imposición de una pena que es, por principio, correlativa a un deber incumplido.

Por ello la igualdad en la administración de justicia, que no requiere igualdad en el régimen legal, dada la vigencia que la propia Carta establece de la costumbre como proyección de cultura, supone el concepto legal de nativo como sujeto de la aplicación de unas normas precisamente a él destinadas, por tener, sin perjuicio de su elevación cultural, fin primario de toda labor cristianamente colonizadora, pleno derecho a la tutela en sus valores fundamentales no incompatibles con la justicia natural.

FRANCISCO FELIPE OLESA MUÑOZ

NOTAS

