

IGNORANCIA ACADÉMICA POR ESPAÑA (1944) Y PRIVACIÓN INDÍGENA POR AMÉRICA (1831)

Bartolomé Clavero*

Their (Indian tribes') relations to the United States resemble that of a ward to his guardian. They look to our Government for protection, rely upon its kindness and its power, appeal to it for relief to their wants, and address the President as their Great Father.

Supreme Federal Court, United States, 1831.

Se trata de un texto jurídico, de aplicación del derecho, de naturaleza judicial. Su fecha es de 1831 ... La sentencia concluye que el Tribunal no puede defender los derechos de los cheroques; y que si a éstos se han causado y se espera que se causen nuevos daños, el Tribunal no tiene nada que hacer.

Comentario de Texto, Oposición a Cátedra, 1944.

MARIANO Peset tiene un lugar de primera línea reservado en la historia de la historiografía jurídica en España no sólo por la entidad de su aportación en docencia e investigación, sino también por la posición que le tocó ocupar y el papel que supo desempeñar a riesgo de la propia promoción profesional y a costa, en efecto, de retardarla. Entre los años sesenta y setenta del pasado siglo, representó la oposición más inequívoca a quien entonces controlaba el acceso a cátedras de historia del derecho. Eran tiempos de dictadura política que, tras la sangría de la guerra y el exilio, pudo reproducirse fácilmente en ámbitos académicos. Aquel canciller, de formación insegura en filología y deficiente en derecho, buscó para la materia el refugio, por cuanto toca a la investigación, de un alto medievalismo que pudiera librarse del compromiso de la abundancia y contraste de fuentes, así como dio rienda suelta, por lo que respecta a la docencia, a un bajo modernismo exultante entre unos tiempos preconstitucionales que serían de plenitud para una nación española ya por entonces crecida y un periodo constitucional que vendría a suponer la desnacionalización del derecho español, todo ello así de imaginario y hasta contrafactual. Su nombre, Alfonso García Gallo, suena hoy por supuesto menos

que ayer, cuando imperaba sobre toda un área de conocimiento, valgan anacronismos, al menos éste de una designación. Mariano Peset se significaba por su posición resuelta y consistente frente al neomedievalismo táctico tanto como al paleomodernismo estratégico, a presunta ciencia tanto como a sesgada ideología.¹

Mi homenaje va a tener una dosis irremediable de contrahomenaje, ambos además muy personales, el uno, lo principal, a Mariano Peset; el otro, lo incidental, a García Gallo. Entre las cosas de la vida que difícilmente se olvidan figura la deuda de complicidad generada durante la travesía de tiempos oscuros como la que, cual pariente menor, tuve la fortuna de contraer con Mariano Peset.² Menos mal que se trata de ese género insólito de débitos que nunca se pagan, pues comienza por no haber modo humano concebible de satisfacerlos. El crédito igualmente inhabitual consiste no tanto en la vicisitud de una ubicación como en la disposición para asumirse responsabilidad y hacerse cargo. Alienigenas como éramos en el gremio de un pequeño mundo donde ingresábamos por interés en la historia y en el futuro del derecho, por compromiso así con el presente, nuestra complicidad fue literalmente impagable, mas no me pondré tan

* Catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones, Universidad de Sevilla, clavero@us.es.

¹ Mariano y José Luis Peset, *Vicens Vives y la historiografía del derecho en España*, en Johannes-Michael Scholz (ed.), *Vorstudien zur Rechtshistorik*, Frankfurt del Main, 1977, pp. 176-262, testimonio clave todavía en caliente. Para confrontación de campo, en colaboración ahora con Juan Gutiérrez Cuadrado y José Trenels Odena, *Fuero de Úbeda*, Valencia, 1979.

² Permitaseme recordar un solo toque de anécdota por categoría para cada una de las citas. Mi reseña de los *Vorstudien zur Rechtshistorik* fue devuelta por el *Anuario de Historia del Derecho Español* alegándose que ya se había recibido otra e improvisándose a continuación poco más de un par de párrafos por un compañero cuyo nombre recuerdo malamente y no me apetece ahora comprobar en el volumen 47, 1977, pp. 886-888. Con Mariano Peset y Juan Gutiérrez verdaderamente disfruté mientras ultimaban el trabajo sobre el *Fuero de Úbeda*, aunque hoy, diñuida al menos la contaminación política del desafío académico, parezca mentira que una fuente como ésa pudiera deparar tan buenos ratos.

nostálgico como para aseverar ahora que contra aquella dictadura vicaria vivíamos mejor o disfrutábamos más de la vida, aunque pudiera ser de la profesional. Me refiero naturalmente al vicariato de García Gallo. En recuerdo de otros tiempos como es propio de la profesión histórica, con el duelo del contrahomenaje quiero que arranque la alegría del homenaje. Sea lo primero pie de entrada. No se trata de ofender ni provocar en la cara ni entre líneas,⁵ sino del sano y gozoso ejercicio de la libertad a rostro descubierto para airear problemas y clarificar posiciones, o de hacer el intento al menos. Arranco en España, prosigo por América y acabo con un interrogante. ¿Algo que ver entre sí?

* * *

Trasladémonos a Madrid y al año 1944, cuando una de tantas cátedras vacantes y mostrenas por la guerra y el expolio, la de doctorado de *Historia de las Instituciones Políticas y Civiles de América* en la Facultad de Derecho de la Universidad llamada Complutense, pero de sede en Madrid, se dispone a ser cubierta por la colaboración entre un único candidato en liza, Alfonso García Gallo, y un tribunal entregado, cuyos nombres ahora, de entrada, digamos que huelgan.⁶ El anterior titular de la cátedra, Rafael Altamira, había cumplido en 1936 la edad de jubilación, cuando además se hallaba comprometido con trabajo en instituciones internacionales, pero la privación la sufrió por un exilio del que no regresaría. Vivo y capaz en 1944, todavía magistrado del Tribunal Permanente de Justicia Internacional de La Haya, aun suspendidas sus actividades por la invasión nazi, nadie parece que contase con él en Madrid para el mantenimiento, asignación, programación y desempeño de la cátedra. Personas de muy inferior autoridad se disponían a investir a García Gallo con independencia, a tenor de la gratitudad de sus elogios, de los ejercicios de oposición

o sin realizarse ni siquiera en rigor la misma, a la vista de la forzada falta de competencia. Más allá de unas mínimas y elementales páginas de manual en colaboración, el candidato no contaba por entonces con obra americanista, cuyas primicias, con la visión más colonial y también más cómoda de un *Derecho Indiano* como mera extensión de derecho castellano, resultarían de la ocasión. Ni siquiera había participado en el homenaje a Rafael Altamira con ocasión de su jubilación que, a lo que resultarían visperas de la guerra y el exilio, conllevara una lógica concurrencia de historiadores del derecho junto a historiadores y también juristas llanos, así como a pedagogos y literatos. El acceso a la cátedra de historia de América sería movimiento clave para la dictadura en la historia del derecho.⁷

El trámite debía realizarse. Los ejercicios del tildado mal cubierto y los juicios del jurado bien dispuesto habían de constar en acta. La oposición transcurrió no como si versara sobre historia de las instituciones de América, las políticas y las civiles, sino como si fuera en efecto de *Derecho Indiano*, esto es, de la versión de la materia caracterizada por un fuerte sesgo hispanista y, de paso, colonial.⁸ Sólo hay un ejercicio en actas de planteamiento que parece escuchar a tal diseño casero, el quinto, consistente en unos comentarios de textos, en lo que respecta en concreto al tercero de entre ellos. Fue uno decimonónico y de procedencia encima anglosajona, una sentencia de la Corte Federal Suprema de los Estados Unidos, *Cherokee Nation versus Georgia*, de 1831, mediante la cual se reconoce el derecho de los pueblos indígenas en sus propios territorios incluso frente a los estados que forman parte de los Estados Unidos bajo una protección política, tratados mediante, de las instituciones federales, todo lo cual se formaliza en términos jurídicos de tutela doméstica, denegándose así a la nación indígena la condición de Estado con mayúscula o incluso de estado con minúscula.⁹ Tales pueblos

⁵ Hasta la coincidencia puede resultar provocativa: *Anuario de Historia del Derecho Español*, 73 (2003), 823-840 (cumplido relato, alocución sacerdotal inclusiva, de celebración, a contracorriente, de la memoria académica de Alfonso García Gallo, de iniciativa editorial, sin firma, seguida de crónica de un congreso científico sobre Rafael Altamira sumaria por el contrario, no digo que por si misma, al extremo).

⁶ Pueden verse, como otros detalles de los que también hago gracia, en el particular contrahomenaje (frente a un *liber amicorum* complutense, lo es expresamente y, sin homenaje aparejado alguno, en exclusiva) debido a Manuel J. Peláez, "La cátedra de doctorado de Historia de las Instituciones Políticas y Civiles de América en 1944. Un opositor distinguido: Alfonso García-Gallo y de Diego", *Cuadernos Informativos de Derecho Histórico Público, Procesal y de la Navegación*, 18 (1995), 4881-4900.

⁷ Aunque no se ocupe de la oposición de marras, pues no es estrictamente de historia del derecho, interesa desde luego para todo ello, particularmente por comprobarse la posición todavía no dominante de García Gallo antes del traslado a dicha cátedra complutense y del nombramiento subsiguiente como Secretario General del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos que se hace con el *Anuario de Historia del Derecho Español*, con otros legados de sucesión nada voluntaria del Centro de Estudios Históricos y con resortes ahora decisivos de formación de tribunales académicos. Manuel Martínez Neira, "Los catedráticos de la posguerra. Las oposiciones a cátedra de Historia del Derecho Español en el primer franquismo", *Cuadernos del Instituto Amón de Lebrija de Estudios sobre la Universidad*, 6 (2003), 135-219, con un último apartado bien elocuente: *De las oposiciones patrióticas a la escuela de García Gallo*.

⁸ Para no entretenerte ahora en esto, bien obvio por otra parte, remito al apartado que le dedico a "Quintaesencia del colonialismo en las Indias: el Derecho Indiano como derecho europeo en Europa hoy entre la historia y el derecho, o bien Europa entre postcolonial y preconstitucional", a publicarse por los *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giurídico Moderno*, 33 (2004).

⁹ Se observará que, por ahorrar continuas especificaciones, estoy utilizando la mayúscula para referirme a Estado independiente y la minúscula para indicar estado componente de los Estados Unidos o de México. Espero que el uso llegue al formato impreso seriado sin sufrir el celo usual de correcciones indebidas.

constituirían, con su derecho, gobierno y territorio, "naciones", pero "naciones domésticas dependientes" de los Estados Unidos, como "Gran Padre" providencial el Presidente mismo. Con derroche de imaginación para sustentar esta jurisprudencia en la cláusula constitucional de comercio que lo reserva a competencia federal cuando se desarrolla "con naciones extranjeras, entre más de un estado interior o con tribus indias", éstas así como un tercer género, de tal modo se sienta la regla de dependencia colonial de los pueblos indígenas respecto a los Estados Unidos. Para exprimir de esta forma la Constitución, sirve la doctrina de dependencia indígena por status de minoría precisada de tutela que había llegado a América de mano hispana.¹⁰

García Gallo entiende que, de una parte, el territorio indígena ya estaba "ocupado" por los Estados Unidos, como nos asegura que antes por los franceses y los ingleses, bien que mediante "alianzas", y que, de otra parte, la Corte Federal remata ahora, en 1831, la faena de privar al pueblo cherokee de derecho alguno incluso frente a "tratados" que tendrían firmados con el estado de Georgia. "En este caso ha prevalecido una vez más la política o el interés sobre el derecho", pues, según la lectura de García Gallo, "la sentencia concluye que el Tribunal no puede defender los derechos" de los indígenas y que "si a éstos se han causado y se espera que se causen nuevos daños, el Tribunal no tiene nada que hacer". Menudo cinismo el yanqui y valiente comentarista el concursante. Ya puestos, se atreve incluso a comparar: "Faltos de protección, en este caso como en otros casos, los indios serán subyugados por los norteamericanos y se irán extinguendo. Sólo cuando la extinción es total surge la preocupación de conservarlos como piezas de museo en sus reservas. Contrastá esta política con la española, donde cualquier misero indio, no ya un pueblo, era motivo de preocupación para los virreyes por las quejas que contra él pudiera levantar". Ante la falta en realidad, pues es patente, de conocimientos históricos sobre el caso, sobre hecho como sobre derecho, el *Derecho Indiano* sale al quite con toda su cara presta de ideología complaciente.¹¹

Parece García Gallo conocer del caso, de alegatos y sentencia, tan sólo una parte, la del fallo que le entregan para comentario. No tengo noticia de que hubiera ni haya del expediente traducción cumplida al castellano.¹² Sin embargo, el propio fallo podía dar

¹⁰ B. Clavero y Raquel Yrigoyen (eds.), *Primerizamientos indígenas de las Constituciones americanas*, en el sitio web de Alertanet: *Portal de Derecho y Sociedad* (<http://www.alertanet.org>), contiene registros de textos de Constituciones estrictamente, más, llegando a la susodicha cláusula de comercio en Estados Unidos, por no dejar de notificar tan sorprendente desenvolvimiento, añade una nota con el pasaje clave sobre la posición indígena de la sentencia del caso *Cherokee Nation v. Georgia*.

¹¹ M.J. Peláez, "La cátedra de doctorado", pp. 4893-4896, reproduce íntegro y comenta algo el ejercicio.

¹² Hay varias ediciones de la sentencia en la red, resultando preferible de entrada, por el material del sitio, la oficial de la *Cherokee Nation*: <http://www.cheroke.org/Culture/HistoryPage.asp?ID=85>.

tiones no tan colaterales como la importancia que guarda para la consolidación constitucional del federalismo estadounidense la *Marshall Court* –el largo desempeño de la presidencia de la Corte Federal por John Marshall– en cuyo periodo se comprende y a quien como ponente además se debe la misma sentencia.

El comentario parece uno de esos rodeos no menos patosos por más satisfechos de estudiante que intenta disimular su incapacidad para entender ni siquiera lo que dice literalmente un texto jurídico, ya no digamos comprenderlo en el contexto siquiera más inmediato del propio orden de derecho. Es imposible saber si se trató de un intento de ponerle en evidencia. Ante la deficiente cualificación del candidato para cátedra de doctorado de historia jurídica e institucional americana, de toda América, y la evidente connivencia del tribunal académico, ¿pudo tomarse la mano, aquella mano que nadie le daba, Rafael Altamira? No vamos a especular, pero cabe la posibilidad, no tan improbable, de que de algún modo mediara la suya junto a la mano del destino.¹¹ Sin otro juego de manos bajo la mesa que el habitual de la prevaricación en estos trances, de ser éste el caso, puede también que no hubiera malicia, sino obsequiosidad, la que se pone de manifiesto sin resquicios apreciables a lo largo de las actas.¹² Si el opositor, por así decirle, hubiera entendido la sentencia y estado en antecedentes tanto del tratamiento jurídico de la humanidad indígena por parte hispana como también de los primeros planteamientos, los fundacionales, de los Estados Unidos al propósito, que eran los de un *Law of Nations* no más favorables a dicha parte, la indígena, que los del colonialismo hispano, el comentario se habría podido lucir incluso a los efectos apolégeticos

de presentación del *Derecho Indiano* como base constituyente del *Federal Indian Law*. Había materia para explayarse si se hubiera contado con unas mínimas nociones.¹³

El caso *Cherokee Nation versus Georgia* es de los que sientan jurisprudencia, como siempre ha constado y allá hacia 1944 se sabía sobradamente desde luego. Había más. Andaba en candelero no sólo jurídico, sino también historiográfico por Estados Unidos, de lo cual no hay que descartar que, aun con dictadura doméstica y guerra mundial de por medio, hubiera podido llegar eco, lo mismo que a sus jueces del modo que esto fuera, al concursante. Le faltaba base para sacarle jugo al posible soplo. Hubiera éste consistido ante todo en un nombre, el de Felix Cohen, el abogado principal, junto al antropólogo John Collier, del *Indian New Deal*, esto es de la política activista y economía intervencionista del presidente Franklin Delano Roosevelt por lo que la misma alcanzaba a los pueblos indígenas en la forma de garantizarles autonomía territorial mediante sometimiento a una plantilla constitucional de carácter bastante ajeno a sus necesidades y aspiraciones, habida cuenta sobre todo de que mediaban tratados, y de nivel además extremadamente inferior al de los estados. Dentro de este contexto, en 1941, Cohen había suscrito y el Departamento del Interior publicado el monumental *Handbook of Federal Indian Law* donde el caso *Cherokee Nation* había de significarse naturalmente como fuente constitucional de la problemática de tutela que ahora quería modularse en el sentido de tal patrocinio de una autonomía subordinada.¹⁴

Hay todavía más. Prácticamente al mismo tiempo, en 1942, el propio Cohen publica unas concienzudas páginas sobre *the Spanish Origin of Indian Rights in*

¹¹ El texto del órgano, tomándolo de un manual de *Leading Cases on American Constitutional Law* (edición 1925; mal citado en las actas de la oposición, es el ejemplar que todavía se encuentra en la biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, entonces Central: D342.4.73.EValea, quizás adquirido por indicación de Altamira), fue propuesto por Juan Manzano, miembro del tribunal y catedrático a la sazón en la Universidad de Sevilla, M. Martínez Neira, *Los catedráticos de la posguerra*, pp. 146-151, quien ignora qué relación pudiera guardar más allá del reconocimiento manifiesto “a mi maestro D. Rafael de Altamira” como reza en 1950 la dedicatoria de su *Historia de las Recopilaciones de Indias*, pero me consta que, si alguien estaba en antecedentes y reunía condiciones para conocer y sugerir un texto como ese, era el maestro y no el discípulo, como tampoco ningún otro miembro del tribunal hecha excepción tal vez del jesuita al que me referiré como mano más probable.

¹² El tribunal emite *Juicio Crítico* unánime sobre la obra publicada e inédita del candidato con opiniones como la de que una inexistente parte “sobre Derecho indiano” del *Manual de Historia del Derecho Español* (1934) escrito en colaboración con Román Riaza (victima de la guerra; autor del existente apartado sobre “Las Recopilaciones de Indias”) “muestra madura reflexión” y “representa el único intento” en línea cualificada por “una orientación histórico-jurídica del contenido de la disciplina”, todo *sic*. Aparte la apropiación, recordemos que no había editada obra americanista y también que se trataba de cátedra de doctorado. Cuento con copia completa del expediente incompleto de la oposición gracias al archivo de la escuela de Mariano Peset y más particularmente a la amabilidad de Yolanda Blasco.

¹³ No es exactamente un comentario de *Cherokee Nation* en dicha línea, pues carga la mano y se centra además en otros pronunciamientos de la Corte Marshall, pero ilustra en todo caso unas posibilidades: Kenneth H. Bobroff, “Francisco de Vitoria, John Marshall y las justificaciones jurídicas de la colonización de América”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 5 (2002), *El Derecho y las Minorías*, pp. 641-663, con comentario aún más cargado, hasta lo inverosímil, del traductor, José J. Jiménez Sánchez, *Soberanía popular y derecho natural*, pp. 666-675 (el texto principal puede encontrarse en la red: <http://lawschool.unm.edu/faculty/bobroff/ Spanish%20Translation.pdf>).

¹⁴ Felix S. Cohen, *Handbook of Federal Indian Law*, Washington, 1941; hay reprint, 1988, y otras ediciones; para la problemática de la tutela, capítulo 8, *Personal Rights and Liberties of Indians*, sec. 9, *The meaning of “wardship”*, pp. 169-173 del reprint, evitando el término *guardianship* por forzarse la inclusión en sección de libertades. El *Handbook* se encuentra en internet: <http://thorpe.ou.edu/cohen.html>.

the United States, el origen español de los derechos indígenas en los Estados Unidos. Aparecen en el *Georgetown Law Journal*, boletín de la Universidad de Georgetown, la universidad jesuita que toma nombre de dicho barrio caucásico de una ciudad afroamericana, Washington, Distrito de Columbia. Marcándose el *origen español* y así europeo, se desmarcaba la posibilidad de que el *Indian Law* fuera de identidad precisamente indígena, qué menos. El *Federal Indian Law* se vinculaba en cambio al *Derecho Indiano* como criatura de Europa. Idealizándose la imagen de fondo común, tiende incluso a eclipsarse por Cohen la franqueza de pronunciamientos tutelares como el de *Cherokee Nation versus Georgia*. Además, habiendo entrado los Estados Unidos en la guerra dicha mundial y procediendo a gestos en busca de la simpatía de otros Estados americanos, los latinos, igualmente nada identificados, salvo como motivo histórico, con la humanidad indígena, tales páginas son enseguida objeto de traducción al castellano y edición exenta por el mismo Departamento del Interior, resultando el folleto *Derecho indígena: Contribución española al sistema legal de los Estados Unidos*, uno de esos especímenes de distribución no venal por vía más política que académica y así de derroteros y trazas, itinerarios y huellas, más difíciles de localizar e identificar.¹⁵ En el tribunal complutense para cátedra de 1944 se da la circunstancia de que dos miembros de entre los cinco eran religiosos, uno de ellos precisamente jesuita. Da idea de un ambiente. Podría también, tal vez, despejar incógnitas.¹⁶

García Gallo, de haber estado o haberse puesto en antecedentes, modelando a escala y modulando a conveniencia datos e ideas entre John Marshall y Félix Cohen, podría haber producido, como ejercicio brillante en el tercer episodio de la quinta fase, nada menos que una pieza precursora de *The Spanish Struggle for Justice in the Conquest of America* de Lewis Hanke, *La lucha de España por la justicia en la conquista de América*, obra que se gestaba por en-

¹⁵ F.S. Cohen, “The Spanish Origin of Indian Rights in the Law of the United States”, en *Georgetown Law Journal*, 31 (1942), 1-21, recido, con alguna nota de puesta al día, en Lucy Kramer Cohen (ed.), *The Legal Conscience: Selected Papers of Felix S. Cohen*, New Haven 1960, pp. 230-252, bien arropada la colección con prólogo de Felix Frankfurter y introducción de Eugene V. Rostov, reedición en 1970; F.S. Cohen, *Derecho indígena: Contribución española al sistema legal de los Estados Unidos*, Washington 1942, que no he visto. El artículo es realmente consecutivo al *Handbook*, pues contiene referencia al mismo, en su primera nota, y no se da en cambio la viceversa.

¹⁶ Se trata, el miembro jesuita de Constantino Bayle, a cuyo través podría conjecturarse que llegase noticia de todo ese episodio o al menos del folleto y recordarse entonces por Manzano que el texto andaba a mano, pero ya he dicho que no cederé a la especulación más allá de los indicios para cuanto resulta difícilmente documentable y ante una documentación además que, como la de oposiciones académicas, no suele sentar verdad material porque la establecen formal. En otro caso, podría montarse una novela a la moda con escenarios académicos entre manipulados y enrarecidos, el yanqui y el español, retorcimiento de intriga no sólo jesuitica y, para colmo, los caprichos del destino en manos de la imaginación literaria.

¹⁷ Desde mediados de los años treinta, venía publicando páginas que confluirían en el libro: Lewis Hanke, *La lucha por la justicia en la conquista de América*, Buenos Aires 1949 (mismo año de la edición original), desapareciendo así la referencia a España en el título de la edición argentina, con reediciones vivas en castellano y en inglés que también a veces manipulan, como alguna española con presentación que falsea la figura política del autor, a lo que luego me refiero. Para contraste que le alcanza. B. Clavero, *Genocidio y Justicia. La Destrucción de las Indias ayer y hoy*, Madrid, 2003.

¹⁸ Puede interesar una ojeada al mero registro de los sendos archivos de Félix Cohen y Lewis Hanke: <http://webtext.library.yale.edu/xml2html/beinecke.Cohen.con.html>; <http://lal.tulane.edu/hankecoll.html>.

tonces, anticipando páginas desde años antes. La referencia española de tal procuración de justicia marcaba un campo y hacia también explícita una pretensión, la de que España asumió en solitario tamaño compromiso con América. Se presumía no sólo que no lo hicieron otras partes europeas, como en particular la anglosajona, sino incluso que los principales afectados, los pueblos indígenas, carecían del más elemental sentido de la justicia o simplemente de cultura como para plantearse el asunto del derecho en beneficio propio o, mejor dicho al cabo, en legítima defensa.¹⁷ Tamañas eran unas presunciones que, a tenor de su propio ejercicio, compartía desde luego García Gallo sin saber sacarle juego.

A la postre, la incógnita mayor resulta la de falta de olfato, sabida la de conocimiento, en el caso del candidato. Guardo para mí una explicación no del todo especulativa. Puedo arriesgarla. Ni Félix Cohen ni Lewis Hanke, ninguno de entre ellos porque éste fuese bastante más conservador que aquél, tenían ni representaban nada que fuera o pudiera tomarse como fascista en el sentido genérico que entonces para Europa abarcaba desde el nazismo hasta el franquismo, éste inclusive. Muy al contrario, ambos militaban a través de sus propios trabajos jurídicos y desvelos historiográficos en una línea que entendían democrática y que era por lo menos antifascista.¹⁸ Apuesto que, a aquellas alturas de una posguerra dudosa en España por la institucionalización belicosa de la misma rebelión militar y eclesiástica que prendió la mecha de la guerra, un personaje como García Gallo no sentiría sintonía ni abrigaría ánimo para simpatía ni receptividad hacia apreciaciones yanquis, por muy favorables que resultaran a la apoléctica propia, sobre *Spanish Origin* de una *Justice in America* que, con una carga colonial travestida de humanitaria, llegase al caso *Cherokee Nation versus Georgia* ante la *Supreme Federal Court* de los Estados Unidos. La supina ignorancia de donde se alimentara pudiera ser en definitiva de viscerales re-

pugnancias más tarde disimuladas. Aparte con esto la cortesía académica, sería justamente correspondido. Su nombre resulta desconocido en la mejor literatura actual de *historia de las instituciones políticas y civiles de América*, no digo, pues no es lo mismo, de *Derecho Indiano*.

* * *

Cherokee Nation v. Georgia no era la primera ocasión en la que la *Marshall Court* se pronunciaba acerca del status indígena. Venía haciéndolo en base al *law of nations* o *droit de gens*, un *ius gentium* ya no medieval, sino de tiempos más recientes, los que se decían y dicen ilustrados, el cual derecho consideraba el descubrimiento seguido de ocupación, esto es la primera llegada y primer asentamiento de pueblo europeo por territorio no europeo, como título legítimo. Para el caso de América, el *law of nations* o *droit de gens* entendía en consecuencia que la población no contaba con más derecho que aquel que se le reconociese, asignase y mantuviése por parte europea, la única que se tenía por capacitada para estos menesteres jurídicos primarios como fueran los de ocupación y gobierno de territorio.¹⁹ El derecho remozado de naciones no admitía la autoridad pontífica, la del obispo de Roma, que, conforme al añejo de gentes, era base suficiente, con independencia de ocupación, del título esgrimido por España.²⁰ A los pueblos indígenas americanos no se les concedía baza respecto al poder de determinar el derecho en tierra propia por parte de aquel orden europeo, ni del medieval ni del moderno.²¹ El tribunal supremo de los Estados Unidos, su Suprema Corte Federal, no precisaba de la

Constitución propia para fundamentar un supremacismo, ese entre pueblos. Lo daba por hecho manejándose con un libro de cabecera que en efecto sentaba de modo bien categórico tal género de desmesuras, el *Droit des Gens* o *Law of Nations* de Emer de Vattel, un manual ilustrado donde los hubiera.²²

La posición presentaba la ventaja de ser rotunda y tajante, pero también el inconveniente de resultar poco práctica por entonces o llanamente inviable de momento. No era nada terminante. Dejaba todo pendiente. Tan autorizado vademécum no bastaba o apenas servía al propósito. Porque la jurisprudencia suprema y supremacista permitiera que se ignorara el derecho y la determinación indígenas, la posibilidad no quedaba expedita. Los Estados Unidos necesitaban contar con los pueblos indígenas por más de un concepto. Habían de contrarrestar el peligro de que se aliasen con otras potencias coloniales, como Gran Bretaña, Francia o la misma España, o con otros Estados americanos como México. Precisaban de acuerdos con ellos, con los pueblos indígenas, para extenderse por Norteamérica de forma más presentable y menos costosa que la conquista bruta por título de presunto descubrimiento. La misma dependencia indígena se alcanzaba mejor mediante acuerdos que forzase asistencia. El hecho es que se recurrió a tratados entre nación y nación, la estadounidense y la indígena de turno, para tratar de solventarse asuntos e introducirse políticas tales.²³ Estados Unidos llegó a ofrecer que los pueblos indígenas enviaran representación al Senado, la cámara de los estados componentes, o también que constituyesen formalmente estado propio dentro de la Unión, señaladamente el de Oklahoma, "nuestro hogar" en lengua muskogee,

¹⁹ Es el punto donde concluye el recorrido de Robert A. Williams Jr., *The American Indian in Western Legal Thought: The Discourses of Conquest*, Nueva York, 1990, la mejor exposición a mi juicio de tal presunto derecho de gentes en lo que afecta al *indio americano* desde antes incluso del encuentro, quizás por ello no editada entre las traducciones e improvisaciones masivas de los nefastos del quinto 92.

²⁰ Aun siendo el título pontificio objeto de debate en el mismo seno de la monarquía española, como el del llamado descubrimiento también en el de la inglesa (la cuestión de unos *justos títulos*, religión mediante, no era monopolio de nadie), y aun con la reforma protestante de por medio, seguía siendo clave dicho título, el pontificio, pues era el que implicaba una exclusiva, mientras que los antidiales de predicción y comercio facultaban en principio a todo cristiano: James Muldoon, *The Americas in the Spanish World Order: The Justification for Conquest in the Seventeenth Century*, Filadelfia 1994; Patricia Seed, *Ceremonies of Possession in Europe's Conquest of the New World, 1492-1640*, Nueva York, 1995, ésta con un cuadro de radio europeo de la práctica de los títulos, bien que de perfiles esquemáticos.

²¹ Para testimonios pacientes sobre los *injustos títulos*, James Lockhart (ed.), *We people here: Nahuatl Accounts of the Conquest of Mexico*, Berkeley, 1993; Karen Dakin (ed.) y Christopher H. Lutz, *Nuestro pesar: nuestra aflicción: Timetuhniliz, tucuacu. Memorias en lengua náhuatl enviadas a Felipe II por indígenas del Valle de Guatemala hacia 1572*, México, 1996.

²² Emer de Vattel, *Le Droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle Appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, 1758, versión inglesa casi simultánea. *The Law of Nations or Principles of the Law of Nature Applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns*, libro I, cap. 18, par. 208 para la referencia clave a América y con la presunción que se formula en el epígrafe francés: "S'il est permis d'occuper une partie d'un pays, dans lequel il ne se trouve que des peuples errants et en petit nombre", "Of the Establishment of a Nation in a Country. A question on this subject", y la remisión que contiene bien expresiva, para la elevación de este concreto *droit des gens* o *law of nations* a *loi naturelle* o *law of nature*, a cap. VII, par. 81: "Obligation naturelle de cultiver la terre", "The cultivation of the soil a natural obligation"; hay reprint, como clásico aún vivo, Washington, 1916.

²³ Para visiones tan complementarias por tiempo como contrastantes por perspectiva: Francis Paul Prucha, *American Indian Treaties: The History of a Political Anomaly*, Berkeley, 1994 (adviéntase el elocuente subtítulo); R.A. Williams Jr., *Linking Arms Together: American Indian Treaty Visions of Law and Peace, 1600-1800*, Nueva York, 1997 (apreciése su consideración del Tratado como Constitución). El mejor registro lo ofrecen Vine Deloria, Jr. y Raymond J. DeMallie (eds.), *Documents of American Indian Diplomacy: Treaties, Agreements, and Conventions, 1775-1979*, Norman, 1999.

la del pueblo creek. El pueblo cherokee estuvo entre los destinatarios de estas ofertas y defraudados por ellas, particularmente por la última, a la que fue forzado.²⁴

Los tratados venían contrayéndose en serio pese a las mismas resistencias y reservas de parte no indígena. Tan natural era para unos pueblos como algo contranatura, producto de unas debilidades, pudiera ser para los Estados. El pueblo cherokee había formado alianza con otros pueblos para negociar un acuerdo con la monarquía española que efectivamente se suscribió en 1793. Es un tratado multilateral entre naciones en pie de igualdad que la parte no indígena prefiere entender como exclusivamente bilateral y profundamente desigual: "La Nación Española y todas las Naciones Indias expresadas en este Tratado aprueban y ratifican todo lo que en él se contiene, y reciprocamente prometen, y juran de ser garantes unos de otros, y de considerarse dichas Naciones Indias como una sola bajo la protección de S[u] M[ajestad] C[atólica]". Que esta parte, la no indígena, se resistía a la lógica propia del tratado se acusa en algún otro extremo. Se contemplan "los regalos" que de parte española, según su versión, han de entregarse periódicamente por separado, sin la refundición de naciones, a cada una de las partes signatarias indígenas, las cuales podían entender en cambio que se trataba de tributos a cambio de la paz y el reconocimiento acordados. Entendiendo como momento de transición hacia un dominio completo frente al propio tenor del tratado, la monarquía que se predicaba católica se resistía a reconocer su condición de tributaria de pueblos indígenas en América.²⁵

Por dicho tratado de 1793 la monarquía española se comprometía a algo especialmente sensible para los pueblos indígenas que suscribían aquel acuerdo y esto era a un arreglo de fronteras con los Estados Unidos que les garantizase espacio propio: "Las ex-

presadas Naciones [indias], como bajo la protección de S.M.C., piden que sus Ministros arreglen, y convengan con los Estados Americanos, los límites de cada una, fijándolo de un modo permanente, para evitar todo motivo de discordia, y a fin de terminar las diferencias que sobre ellos hay entre los referidos Estados Americanos y las Naciones Creek y Cherokee" en particular. Estos pueblos, los que acabarían recluidos en reservas de Oklahoma o de otras latitudes, pues se provocaron escisiones, intentaban mantener políticas a doble banda entre las potencias no indígenas. El acuerdo de hecho se cumple por un tratado entre España y los Estados Unidos, bien que muy a medias en lo que interesaba a aquellos pueblos, sobre todo porque se les priva de espacio propio.²⁶

De 1795 es el tratado entre España y los Estados Unidos donde efectivamente, pero sin mayor especificación y con cierta reserva, la presencia indígena se atiende y además con mención de los tratados respectivos: "Existiendo tratados de las expresadas naciones [de indios] y las dos potencias [Su Majestad Católica y los Estados Unidos], se ha convenido en no hacer en lo venidero alianza alguna o tratado, excepto los de paz, con las naciones de indios que habitan dentro de los límites de la otra parte". Se presume de paso que no hay fronteras indígenas, sino sólo entre Estados. En 1819, con el tratado último entre España y los Estados Unidos sobre fronteras compartidas, ambas potencias se desentienden de la suerte indígena como asunto que concierne a sus relaciones.²⁷ Guardan un silencio clamoroso sobre la existencia de tratados con pueblos indígenas que en ambos casos ha sido anticipado por las respectivas Constituciones, instrumentos así bien eficaces de cancelación de título y privación de espacio ajenos.²⁸

Se buscará vanamente el asunto en la narrativa habitual de historia tanto constitucional como de derecho internacional. Para casos como el de España y

²⁴ Sobre el arraigo en territorio pretendido por Georgia y el traslado forzado a Oklahoma, *the trail of tears*, William G. McLoughlin, *Cherokee Renascence in the New Republic*, Princeton 1986, y *After the Trail of Tears: The Cherokee's Struggle for Sovereignty, 1839-1880*, Chapel Hill, 1994. Sobre la frustración final provocada del Estado indígena, Jeffrey Burton, *Indian Territory and the United States, 1866-1906: Court, Government, and the Movement for Oklahoma Statehood*, Norman, 1995.

²⁵ El texto del tratado lo reproduce Abelardo Levaggi, *Diplomacia hispano-indígena en las fronteras de América. Historia de los tratados entre la Monarquía española y las comunidades aborígenes*, Madrid 2002, pp. 296-298. Para la plausible lectura indígena, David J. Weber, "Bourbons and 'Bárbaros': Center and Periphery in the Reshaping of Spanish Indian Policy", p. 101, en Christine Daniels y Michael V. Kennedy (eds.), *Negotiated Empires: Centers and Peripheries in the Americas, 1500-1820*, Nueva York, 2002, pp. 79-103 (traducido previamente en *Anuario del Instituto Estudios Histórico-Sociales. Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires*, 13 (1998), 147-171).

²⁶ Signo de que se tiene en cuenta para las negociaciones con los Estados Unidos puede serlo el que, como indica el propio Levaggi, obra versión inglesa en el Archivo General de Indias, Cuba 42, 123, 2363, pero el texto que publican V. Deloria, Jr. y R.J. DeMallie (eds.), *Documents of American Indian Diplomacy*, vol. I, pp. 139-141, es traducción actual y no la de época.

²⁷ Los textos de tratados y otros acuerdos entre Estados, no de los que se contraen con pueblos indígenas aunque también versan sobre paz y comercio, los recoge Alejandro del Cantillo (ed.), *Tratados, convenios y declaraciones de paz y de comercio que han hecho con las potencias extranjeras los monarcas españoles de la Casa de Borbón, desde 1700 hasta el día*, Madrid, 1843. Las versiones inglesas pueden encontrarse ahora en la red, en los *Documents in Law, History and Diplomacy* del *Avalon Project at Yale Law School*: <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/avalon.htm>.

²⁸ V. Deloria, Jr. y David E. Wilkins, *Tribe, Treaties, and Constitutional Tribulations*, Austin 1999; B. Clavero, "Constituciones y Pueblos entre Cádiz y México, Europa y América", en el mismo. José María Portillo y Marta Lorente, *Pueblos, Nación, Constitución (en torno a 1812)*, Bilbao, 2004, pp. 11-51.

su imperio, al contrario en esto que para los de Estados Unidos y Canadá, los tratados con pueblos indígenas desaparecerán con facilidad de la vista de colecciones documentales y así también de la literatura desarrollada desde la perspectiva del Estado, sea o no constitucional. Ante todas las secuelas de un eseamiento bien afincado, se impone ahora la recuperación no sólo de unos textos por lo común unilaterales, los de tratados por escrito en lengua europea, sino también de unas lecturas, inclusive ante todo las de aquellos pueblos como partes. El tratado es cosa como mínimo de dos.²⁹ Se trata de todo un ejemplo para el tratamiento de fuentes en la *Historia de las Instituciones Políticas y Civiles de América*. Frente a la cómoda ideología del *Derecho Indiano* como prosecución de derecho europeo, sea castellano o también inglés, la misma lógica requiere que se atienda ante todo la continuidad de la historia propia de unos pueblos que subsistieron y se adaptaron, resistieron y se amoldaron, a la disruptión inmediata o diferida, directa o colateral, del encuentro o más bien encontronazo. Y esto rige para las instituciones no sólo políticas, sino también para las que se dicen civiles como las familiares y las patrimoniales. Entonces, de atenderse los testimonios indígenas tanto escritos en sus propias lenguas como orales retrospectivos, fuentes cuales las castellanas o *indianas* de matriz europea o eriolla resultan secundarias, nadie dice que superfluas, para la reconstrucción de una historia bastante más compleja y menos cómoda.³⁰

La impasibilidad entre Estados, como si existiesen sólo sus tratados y operasen solamente sus presunciones, no podría todavía sostenerse durante el siglo XIX en América. Baste el ejemplo mayor del Tratado de Guadalupe-Hidalgo que en 1848 formaliza la transferencia a los Estados Unidos de poco menos que la mitad septentrional de México conforme, si no a un efectivo dominio, al mapa establecido por tratados precedentes como los editados españoles. En 1848 ha de volverse a contemplar con cierto detalle la presencia indígena aunque sin referencia a tratados que mediaban entre los respectivos pueblos de una parte y los Estados Unidos o también México de otra. Guadalupe-Hidalgo se producía como si pudieran limpiamente transferirse tanto el territorio afectado como la humanidad comprendida. De hecho, Estados Unidos tuvo ulteriormente que suscribir tratados con pueblos indígenas ya para que asumieran las resultas de Guadalupe-Hidalgo, ya para que directamente aceptasen su presencia política, la estadounidense. Sólo en 1871 Estados Unidos adopta la política de no suscribir más tratados con indígenas, bien que sin llegar a cancelar formalmente los suscritos y viéndose además ulteriormente compelido, lo mismo que México, a seguir con la práctica de acuerdos ya menos formales, tan defraudados como los tratados.³¹

Le legitimidad histórica de la incorporación a los Estados Unidos de algunos estados, si no de la existencia de todos ellos, puede derivar de tratados no sólo o no tanto en su caso con México, sino con pueblos indígenas, lo cual además implica el condicionamiento a acuerdos entre naciones que dichos Estados, los Unidos y cada uno por su cuenta, no respetan. Algo en común tienen con México, pues tampoco es que haga honor a la palabra dada a indígenas. Hay pueblos, como los llamados *pueblos*, que se negaron a tratados, como otros, cual el navajo o *diné*, que a lo que se han resistido es a la autonomía constitucional de última fila que les ofrece los Estados Unidos desde los tiempos del *New Deal*. Cuando ya en el siglo XX comience a establecerse una organización internacional y *Hodenosaunee*, la Confederación –por nombre colonial– Iroquesa, solicite su ingreso en la Sociedad de Naciones, Estados Unidos tiene la iniciativa unilateral, pese siempre a tratados, de declarar ciudadanos a los indígenas.³²

Mantengámonos en la primera mitad del siglo XIX, allá cuando la *Marshall Court* produjo un giro de jurisprudencia entre el *law of nations* o derecho de gentes ilustrado y el más tradicional de matriz medieval europea y de arribada en América por mano hispana. Creo que podemos comprender la radical insuficiencia del primero que era también la deficiencia del planteamiento constitucional a espaldas lo uno y lo otro de la presencia indígena. ¿Cómo iba a encauzarse jurídicamente, sin espacio de mediaición alguno,

²⁹ Puede contrastarse en lo que interesa a la inteligencia de tratados con parte indígena la lectura unilateral de Levaggi, *Diplomacia hispano-indígena* con la multicultural de Williams, *Linking Arms Together*, pero no deje de valorarse en todo caso la importancia historiográfica de la primera obra ya tan sólo por el objeto que viene a recuperar. Adviértase también cómo una misma obra puede mostrarse consciente de la problemática de los tratados con pueblos indígenas al norte, en Canadá para el caso, e inconsciente para más al sur: Timothy E. Anna, *Forging Mexico, 1821-1835*, Lincoln, 1998. La cuestión desaparece por completo del mapa con no verse indígenas, sino gentes ya de entrada mexicanas: Florencia E. Mallon, *Campesinos y Nación. La construcción de México y Perú postcoloniales*, San Luis Potosí, 2003.

³⁰ Últimamente se ha avanzado mucho en este terreno para instituciones tanto civiles como políticas, como puede ahora verse en una investigación preciosa para el mismo asunto de las fuentes y desde luego por sus resultados como sea la de Kevin Terraciano, *The Mixtecs of Colonial Oaxaca: Nudzahui History, Sixteenth through Eighteenth Centuries*, Stanford, 2001.

³¹ B. Clavero, "Minority-Making. Indigenous people and non-indigenous law between Mexico and the United States", *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Jurídico Moderno*, 32 (2003), 175-290; *Tratados con otros Pueblos y Derechos de otras Gentes en la Constitución de Estados por América*, Madrid, 2005, éste también para lo que precede.

³² Ronald Niezen, *The Origins of Indigenism: Human Rights and the Politics of Identity*, Berkeley, 2003, pp. 31-36 y 51-52.

incluso el propio proyecto de establecimiento y expansión territoriales? Al mismo tiempo que se hace la Constitución de los Estados Unidos, durante la segunda mitad de los años ochenta del siglo XVIII, ya también se formuló dicho proyecto mediante Ordenanzas federales de los territorios de expansión que, ignorándose la determinación de la presencia indígena, reconocen derechos y establecen garantías por parte de los poderes federales para la población inmigrante, como si no hubiera ya otra, cual régimen transitorio en tanto que, reduciéndola o desplazándola, se estableciera y arraigara un contingente no indígena capaz de constituir estado. La *law of nations* de la primera jurisprudencia de la *Marshall Court* ofrecía la cobertura, pero ésta se mostraba absolutamente insuficiente pues la trayectoria incluso del propio derecho, con los tratados de por medio, resultaba desde luego más compleja y delicada.³³

El pueblo cherokee planteaba el reto por su resistencia en términos precisamente jurídicos ante la justicia de la otra parte, la estadounidense, y frente a la inmensa dificultad de que la Constitución de los Estados Unidos no contuviese previsión alguna de acceso ante sus tribunales de pueblos como los indígenas. En aquella terna de "naciones extranjeras, estados interiores y tribus indias", las *naciones* y los *estados* recibían ulteriores consideraciones y entre ellas la de acceso a justicia federal, pero ninguna otra intención hacia la Constitución de *tribus* en cuanto tales ni a equivalente alguno, fuera también el de naciones como en los tratados que al tiempo se suscribían. He aquí entonces el reto en el terreno judicial de los propios Estados Unidos. Constitucionalmente, según la Constitución estadounidense, ¿estaban legitimados los pueblos indígenas para acceder a su justicia? El pueblo cherokee se enfrentaba con un serio conflicto de territorio y jurisdicción, teniendo propios lo uno y lo otro, con el estado de Georgia que pretendía lo primero y despreciaba lo segundo. ¿Cabía residenciar el conflicto ante la Suprema Corte como otros contenidos más o menos similares? La Constitución sólo se refería para dicho acceso al supuesto entre estados, los interiores, o también Estados, los extranjeros.

³³ Con la importancia que guarda para el éxito ulterior por América, comenzándose por México, de tal modelo federal de doble cara entre establecimiento de *Estados* y transición de *Territorios*, se trata del aspecto historiográficamente más oscuro. Conozco estudios de casos concretos y trabajos más generales que lo tocan, pero no abordaje integral y específico de esta otra cara del federalismo americano que puede explicar bastante su mismo éxito histórico. Por el designio genocida que entraña el régimen territorial como componente nada aleatorio del modesto federal, intento ubicar el extremo en el último anexo de *Genocidio y Justicia*, pp. 149-170. Contrátese el caso más llamativo porque se ocupa de las conexiones de entonces entre federalismo y derecho de gentes sin apercibirse de la principal, la del programa genocida: Peter y Nicholas Onuf, *Federal Union. Modern World: The Law of Nations in an Age of Revolution, 1776-1814*, Madison, 1993.

³⁴ Para el de los casos ante la Corte Federal concernientes al pueblo cherokee y el Estado de Georgia, pues fueron varios, y sus problemas de indole tanto procesal como de fondo, Jill Norgren, *The Cherokee Cases: The Confrontation of Law and Politics*, Nueva York 1995; D.E. Wilkins, *American Indian Sovereignty and the U.S. Supreme Court: The Masking of Justice*, Austin, 1997, pp. 19-63.

³⁵ En la red, con acceso libre, el *Legal Information Institute* de la Cornell Law School ofrece edición completa, con relación del caso y votos particulares, no sólo de *Cherokee Nation*, sino también de otra sentencia consecutiva, *Worcester v. Georgia*, particularmente interesante a dicha nación, la cherokee: <http://www.law.cornell.edu>, *U.S. Supreme Court Opinions*, clasificador *By topic-historic*, voz *Indians*.

Y no había entonces jurisdicciones internacionales ni para los Estados Unidos ni para nadie.³⁴

El asunto de la posición jurídica del pueblo cherokee con territorio y derecho propios entre el estado de Georgia y los Estados Unidos también accedería a la justicia federal de forma lateral actuando como partes personas no indígenas que incumplirían deliberadamente, arriesgando pena de muerte, leyes estatales prohibitivas de relaciones pacíficas con dicho pueblo.³⁵ En estas y otras ocasiones más o menos incidentales, a la luz del *law of nations*, entre sus presunciones cancelatorias de derecho indígena de una parte y, de otra, apreciativa de naciones y tratados, podrían unos jueces sortear el problema de fondo de conflictos jurisdiccionales entre estados y pueblos, igual que respecto a la Unión, o también enredarse entre constataciones que conducían a consecuencias poco congruentes. El caso *Cherokee Nation versus Georgia* logró abrirse paso de forma directa con la pretensión por la parte actora de que se le franquease el acceso a la justicia federal contra un estado en base a su propia condición de Estado implicitamente reconocida por los tratados entre nación y nación suscritos con los Estados Unidos, más de uno. La Suprema Corte Federal se encontraría sin escapatoria. Entonces es cuando efectuó el oportuno descubrimiento de la doctrina cristiana, más que hispana, sobre condición indígena de minoría con necesidad de tutela.

Aunque la Constitución calificase a los pueblos indígenas como *tribus*, el pueblo cherokee, como tantos otros, constitúa *nación* conforme a los tratados con los Estados Unidos y por lo tanto para estos mismos. Si el tribunal se hubiera mantenido en este terreno del derecho internacional, manejando el manual autorizado de Emer de Vattel, habría tenido que reconocer la condición de Estado, pues no se hace en él distinción entre lo uno y lo otro, lo nacional y lo estatal. Ahí se trata la conservación del carácter de Estado aun cuando hubiera de recurrirse a tratados en posición que de hecho o ineluso de forma reconocida resultare desigual. Ahora es el momento en el que la jurisprudencia federal cambia de tercio, del derecho internacional al constitucional o que tal se pretende.

Tribu es un tercer género para la Constitución, entre Estado exterior y estado interior, por lo que también habrá de serlo la *nación* cuando es indígena: “nación doméstica dependiente en estado de tutela” respecto a los Estados Unidos, proyectándose la oportuna doctrina. Donde en verdad así se llega es a un desenlace considerado expresamente ilegítimo por el propio *vademécum* del derecho de gentes moderno, al planteamiento de un dominio más directo sobre la humanidad indígena que había sido ciertamente característico del imperio hispano. Con razón se abandona el acreditado manual al específico propósito de la ubicación indígena. He ahí el *Spanish Origin of the Federal Indian Law* en los Estados Unidos, la victoria de la *Spanish Struggle for Justice in America*, encima esto constitucional por arte de birlibirloque.³⁶

El arte de magia de la interpretación jurisprudencial ajusta realmente las piezas entre colonialismo y constitucionalismo. Por disimularse luego lo primero, podrán producirse cambios de lenguaje, pero no revisión de fondo. No habrá enmienda constitucional en ninguno de sus sentidos, ni de reforma textual ni de rectificación sustantiva. La doctrina de la tutela federal, posteriormente renombrada de poderes extraordinarios y más tarde todavía, en nuestros tiempos, de responsabilidad fiduciaria, desplegó desde un primer momento toda la riqueza de sus implicaciones. Como buenos pupilos, unos pueblos indígenas quedaban obligados a relacionarse en exclusiva con los Estados Unidos y a no plantearse compromisos ni alianzas con otros Estados. Como buen tutor y así conocedor de los intereses de sus pupilos mejor que ellos mismos, la Unión estadounidense podía interpretar unilateralmente los tratados suscritos comprendido el punto neurálgico de la asignación de territorio. Los pueblos indígenas quedaban privados de la posibilidad de recurrir a acciones de legítima defensa, pues toda oposición a tutela era entonces, sin derechos los menores, contraria al debido orden. La guerra en cambio resultaría justa para los Estados Unidos ante el empecinamiento a sustraerse al obligado enlace con ellos. No cabrían en rigor *rule of law* ni *due process* en la relación desigual entre tutor y pupilo. El estado de excepción es permanente. Con el nuevo escenario

³⁶ E. de Vattel, *Le Droit des Gens*, libro I, cap. I, pars. 4-6, para la condición de Estado o Nación, pues la ecuación se sienta desde un inicio, entre tratados desiguales; mismo libro, cap. VII, par. 81, éste ya citado, concluyendo el párrafo con la contraposición entre ilegitimidad hispana, por someter pueblos conculeando derecho patente ajenos, y legitimidad anglosajona, por sólo desplazarlos ejerciendo derecho presumatoriamente propio. Respecto a los textos de tratados con pueblos indígenas, a la altura del episodio complutense existía la colección oficial de Charles J. Kappler (ed.), *Indian Affairs: Laws and Treaties, 1778-1883*, 2 vols. 1903-1941, de la que se tiene reprint, 1972, y que está ahora disponible en la red: <http://digital.library.okstate.edu/kappler>.

³⁷ Más allá de la tendencia a ignorarse bibliografía latina o a no manejarla en castellano, pues esa es otra (Walter D. Mignolo, *The Darker Side of the Renaissance: Literacy, Territoriality, and Colonization*, Ann Arbor, 1995, p. VIII: “Writing in Spanish means, at this time, to remain at the margin of contemporary theoretical discussions”, cierto quizás hoy al menos para el americanismo académico), se perseguirá en vano la suerte de la obra de García Gallo en particular y del *Derecho Indiano* en general, o de sus paradigmas compartidos por el *Federal Indian Law*, a través de la historiografía ya registrada o por registrar enseguida, del *American Indian in Legal Thought* de Rob Williams a las *Perversions of Justice in Angloamerican Law* de Ward Churchill, uno y otro, ambos autores, indígenas universitarios.

constitucional de la jurisprudencia estadounidense, el derecho internacional ya tampoco podía poner ningún pero. La cuadratura del círculo se cerraba. No era pura retórica medieval la ubicación de pueblos enteros en estado doméstico de dependencia tutelada. La posición hispana, como buena doctrina colonial, resolvía los problemas constitucionales del sometimiento y la expropiación de pueblos.

Como a su modo supo verlo Felix Cohen, puede decirse que el *Federal Indian Law* quedó efectivamente fundado en *Derecho Indiano*. Otra cosa es que, como él pretendiera, los *Indian Rights*, los derechos indígenas y unos derechos indígenas además de libertad, fuesen los que así tuvieran un *Spanish Origin*. Es suposición que resulta doblemente problemática. Se trata no sólo de incertezza, sino también de imposibilidad. No es sólo que sea incierto de hecho el origen de unas libertades, sino también que resulta imposible de derecho la fundamentación de las mismas en tal género de fuente. En los términos de la conexión, pues no en ésta misma, se encierran los problemas. ¿Cómo iba a importarle en serio nada de esto a quien, como Alfonso García Gallo, demostrara en vida un compromiso con los derechos de libertad exactamente nulo? Lo digo con exactitud para dar un toque de historia cuantitativa a la descalificación.³⁷

* * *

Madrid. España, 1944, y Washington, DC, USA, 1831, ¿algo que ver entre sí? Aparte la extraña ocurrencia del comentario de texto, ¿alguna cosa en común? Resulta que la hay al cabo entre la maniobra de una cátedra universitaria madrileña o, si se quiere, complutense, de una parte, y la manipulación judicial estadounidense o, de preferirse, americana de una doctrina nada constitucional de rancio abolengo europeo, de otra parte. ¿Alguien se pensaba que el interrogante de mi título era tan sólo el guion cómplice de un juego de ingenio como anuncio de divertimento para homenaje a un amigo? Si lo fuera, resultaría grave. Lo sería por añadidura, pues de por sí lo es con creces. En ambos casos, tanto en la anécdota española como en la categoría americana, asistimos a la prose-

cución institucionalizada, una académica más visible, la otra constitucional más opaca, de estados de guerra, y punto. Nada más y nada menos.

Por mucho que nos situásemos y situemos en parte resistente –hay quien ahora injustamente diría pose incluso para entonces–, Mariano Peset convendrá. No procede llevar ni un paso más allá el cotejo crítico.³⁸ No hay color ni debiera haberlo. Mediando colonialismo, enquistándose bajo cobertura jurídica imperio, la constitucionalización de la guerra no resulta más llevadera para quien la padece que la dictadura abierta, digámoslo así,³⁹ pero ahí mismo comienza la diferencia de fondo. Equivale en apariencia ambas cosas y encima, racista y todo, se tiene por legítima la operación de tiempo constitucional por parte no indígena, por la que se precia del patrocinio de la libertad. Es el racismo, *stupid*. Pudo existir y puede persistir sin necesidad del nombre.⁴⁰ Las artes, nunca inocentes, coadyuvan. No todas somos indios. En Europa, inmigración aparte y aunque

a veces otra cosa se presume por sectores irredentos, casi nadie lo es, pues no media colonialismo ni interno.⁴¹ Queda en ese punto el imprevisto paralelismo.

No va más. No hay vidas ni historias realmente paralelas. No existen ciertamente entre la Europa genuina y la América oriunda, la no europea. La comparación a menudo sólo contempla nuestra propia imagen en nuestra propia galería de nuestros propios espejos, lo que es reflejo colonial nuestro todavía, a estas alturas no sólo nuestras, como tampoco nuestra la historia por entero. La misma identificación *indígena* o similar, como la de *indio*, es refundición de tal procedencia y carácter de raíz colonialista. Ahí está el reclamo cherokee. Pese a la *ignorancia institucionalizada* de la academia euroamericana y europea,⁴² cada pueblo tiene, inclusive por América, su historia propia, como guarda su nombre propio. Cada persona labra una biografía, como constituye una identidad. A cada cual, su voz, como su derecho y desde luego su responsabilidad.

³⁸ Podríamos retomar hilos como precisamente los perdidos en la historiografía jurídica española por la guerra y el exilio: Mariano Peset, *Rafael Altamira en México: el final de un historiador*, en Armando Alberola (ed.), *Estudios sobre Rafael Altamira*, Alicante, 1987, pp. 251-273; *Tres historiadores en el exilio: Rafael Altamira, José María Ots Capdequí y Claudio Sánchez Albornoz*, en Manuel Tuñón de Lara (ed.), *El primer franquismo. España durante la segunda guerra mundial*, Madrid, 1989, pp. 211-243; *Estudio preliminar*, en José M. Ots Capdequí, *Obra dispersa*, Valencia 1992, pp. IX-LIII; *Rafael Altamira y el 98. Anuario de Historia del Derecho Español*, 67, 1 (1998), 467-483.

³⁹ Se marca justamente una conexión de imperio en términos jurídicos desde la conquista más que del oeste del continente norteamericano hasta, podríamos alargar ahora, la ocupación de Irak: Ward Churchill, *Perversions of Justice: Indigenous Peoples and Angloamerican Law*, San Francisco 2003. Por su parte, E. Robert Statham, Jr., *Colonial Constitutionalism: The Tyranny of United States' Offshore Territorial Policy and Relations*, Lanham 2002, excluyendo el caso continental indígena, devalúa radicalmente el alcance del propio título, *Colonial Constitutionalism*. Más a la altura de cara al futuro resulta el abordaje de Duncan Ivison, *Postcolonial Liberalism*, Cambridge 2002.

⁴⁰ En cuanto a lo que dije del barrio caucásico y la ciudad afroamericana, Desmond King, *Separate and Unequal: Black Americans and the US Federal Government*, Oxford 1995. A efectos generativos de historiografía no regenerada, José Rabassa, *Inventing America: Spanish Historiography and the Formation of Eurocentrism*, Norman 1993. Respecto a lastres comunes para América aunque Americano continúe limitándose a mera parte de ella e incluso de Angloamérica, Devon A. Mihesuah (ed.), *Natives and Academics: Researching and Writing about American Indians*, Lincoln 1998.

⁴¹ El caso responde por supuesto a algo: Pablo Gutiérrez Vega, *Unida en la diversidad. Pueblos indígenas y Constitución de la Unión Europea*, en el mismo, Esperanza Gómez Corona y Rosario Lebrero Bohórquez (eds.), *Una Constitución para la Ciudadanía Europea*, Madrid, 2004, pp. 131-153. Para las artes, sobre la más popular que determina a menudo el único conocimiento académico al respecto, Peter C. Rollins y John E. O'Connor (eds.), *Hollywood's Indian: The Portrayal of the Native American in Film*, Lexington, 1998, con capítulo además precisamente interesante al único pueblo indígena acreditado dentro de las fronteras no ultramarinas de la Unión Europea o a caballo realmente de ellas, pp. 39-57; Hannu Salmi, *The Indian of the North: Western Traditions and Finnish Indians*. Ya que llegamos a tocar en este último momento la actualidad, véase también la solapada resistencia del derecho de gentes colonial en el derecho internacional de derechos humanos: Paul Keal, *European Conquest and the Rights of Indigenous Peoples: The Moral Backwardness of International Society*, Cambridge, 2003.

⁴² Gayatri Chakravorty Spivak, *A Critique of Postcolonial Reason: Toward a History of the Vanishing Present*, Cambridge, 1999, p. 164: “there is a phenomenon that can be called *sanctioned ignorance*”, como la del caso, pues se refiere a la ignorancia académica de lenguas no dominantes aceptada incluso para tratar de asuntos de historia y de presente o hasta de futuro de las gentes que las mantienen vivas.