

“Los salvajes” y el Derecho Internacional ^(*)^(**)

"Savages" and International Law

Dieter Dörr ¹

Sumario: **I.** Los salvajes como concepto legal. **II.** La doctrina de la carencia de derechos de los territorios de ultramar y la Escolástica Tardía. **III.** Vattel y el concepto de civilización. **IV.** La doctrina de los salvajes sin derechos. **V.** La práctica estatal con especial referencia a Norteamérica. **VI.** El rol de la Suprema Corte de los EE.UU. **VII.** La posterior expansión de EE.UU. y la posición de las Indias Occidentales. **VIII.** Los fallos de las Cortes internacionales. – Epílogo. – Referencia bibliográfica.

Resumen: Las doctrinas de la no-soberanía de los territorios, la comunidad de las “naciones civilizadas” y la de la carencia de soberanía de derecho internacional de las comunidades no-europeas salvajes sirvieron primariamente para justificar el incumplimiento de los tratados, así como también para legitimar

(*) Recibido: 21/01/2020 | Aceptado: 20/02/2020 | Publicación en línea: 01/04/2020.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

(**) Artículo traducido por **Freddy Ortiz Regis** del inglés al español.

Fuente original: Dörr, D. (1993). "Savages" and International Law. *Law and State*. A Biannual Collection of Recent German Contributions. Tübingen: Institute for Scientific Co-Operation, Vol. 47, p. 7-27.

Dörr, D. (1993). “Los salvajes” y el Derecho Internacional. *Revista Derecho & Estado*. Colección bianual de las contribuciones alemanas en el ámbito del Derecho Constitucional e Internacional. Tübingen: Instituto para Cooperación Científica, Vol. 47, p. 7-27.

El autor de la traducción es abogado del Estudio Jurídico Ortiz Regis de Trujillo, Perú. Se le puede contactar en la siguiente dirección web: <https://ortizregis.blogspot.com/>

¹ Profesor de la Universidad Johannes Gutenberg de Mainz, Alemania. Se le puede contactar en la siguiente dirección web: <https://www.jura.uni-mainz.de/doerr/>

moralmente las acciones de los europeos en el ámbito del concepto de civilización. Sin embargo, desde el principio, estas doctrinas estaban en oposición con la práctica de los estados y, por tanto, nunca fue un principio básico del derecho internacional vigente. Más bien, el factor esencial para decidir la soberanía en el derecho internacional era determinar si y hasta qué punto las comunidades no-europeas podían disponerse y ser capaces de observar las relaciones que se desprenden de la suscripción de tratados.

Palabras clave: salvajes, carencia de derechos, territorios de ultramar, escolástica tardía, civilización, tribus de los EE.UU., soberanía territorial.

Summary: The doctrines of non-sovereignty of territories, the community of "civilized nations" and the lack of sovereignty of wild non-European communities in international law served primarily to justify non-compliance with treaties, as well as to morally legitimize the actions of Europeans in the field of the concept of civilization. From the beginning, however, these doctrines were in opposition to state practice and therefore never a basic principle of current international law. Rather, the essential factor in deciding sovereignty in international law was whether and to what extent non-European communities were able to dispose of and observe the relationships that result from the conclusion of treaties.

Key words: savages, lack of rights, overseas territories, late scholastic, civilization, US tribes, territorial sovereignty.

El título² podría causar inicialmente cierta sorpresa entre algunos lectores. Sin embargo, los así llamados "salvajes" no son de poca importancia en conexión con la expansión europea y el desarrollo del moderno derecho internacional. El concepto de lo(s) salvaje(s) ha servido en el desarrollo de éste — como ha sido demostrado — para implantar la idea de una carencia de autoridad soberana de los territorios de ultramar y, de esta manera, justificar las conquistas de los europeos en el derecho internacional.

² This article reproduces the inaugural address given by the writer on 30.11.1989 at the University of Hamburg. On the same topic, but restricted to the USA, the writer has also produced an article entitled "Die 'Indian Nations and Tribes' in Nordamerika und das Volkerrecht", JöR n. F. 36 (1987), p. 489 ff.

I. Los *salvajes* como concepto legal

El concepto legal de los *salvajes* estuvo ciertamente presente en el derecho internacional de los siglos XVIII y XIX. Kant, por ejemplo, en su ensayo titulado “En eterna paz”³ explícitamente se refirió a los salvajes en el segundo y definitivo artículo en conexión con el derecho internacional. En su punto de vista, los salvajes existen en un estado de libertad anárquica y, por lo mismo, preferían permanecer en constantes guerras antes que someterse a un orden legal autoimpuesto. En su opinión, los salvajes, p. e. los indios americanos, preferían una libertad en el caos en vez de una libertad racional, por lo que —como resultado de su falta de cultura y refinamiento— deberían ser considerados con total desprecio. Por otro lado, Kant lamenta el hecho de que incluso los pueblos europeos, supuestamente cultos, se comporten de la misma y depravada manera.

La diferencia entre los salvajes europeos y americanos radica, principalmente, en el hecho de que muchas tribus americanas fueron totalmente destruidas por sus enemigos, mientras que los salvajes europeos fueron más diestros al sacar provecho de sus víctimas conquistadas. Estos realmente extraños puntos de vista respecto de los estilos de vida tanto de los indios americanos como de otros pueblos no-europeos no es típico de Kant. En los hechos, y en otros pronunciamientos, Kant toma una firme posición en contra tanto de la teoría de la falta de soberanía de los territorios de ultramar como del irrestricto derecho de ocupación por parte de los europeos⁴. Sin embargo, sus groseramente erróneas opiniones respecto de las vidas de los pueblos no-europeos tuvo un mayor efecto, influenciando permanentemente las teorías acerca de los territorios no-soberanos. Es necesario, sin embargo, mostrar cómo el concepto legal de lo *salvaje* fue ganando importancia en el derecho internacional.

Antes de los grandes descubrimientos que ocurrieron en el siglo XV, las relaciones legales entre las distintas comunidades eran conducidas dentro de una relativa estructura estable. Los imperios cristianos de Europa formaron el núcleo de este intercambio, con plurales relaciones legales entre ellos. Junto a ellos estaban los pueblos islámicos. Las interacciones legales entre

³ Cf. Kant, Immanuel: Schrift zum Ewigen Frieden, Gesammelte Werke, ed. by Wilhelm Weischedel, Vol. XI, p. 206 f.

⁴ Cf. Kant, Immanuel: Metaphysik der Sitten, Rechtslehre para. 15, Gesammelte Werke, ed. by Wilhelm Weischedel, Vol. VII; a critique of colonialism is also contained in the 3rd Definitive Article of: Schrift zum Ewigen Frieden, Gesammelte Werke, Vol. XI, p. 216 f., where Kant writes: "If we compare ... the inhospitable conduct of the cultured, primarily trading states of our part of the world, the injustice which they show in visiting foreign countries and peoples (which, for them, is synonymous with conquest) is frightening ...".

estas dos esferas en la Edad Media fueron reguladas de una manera especial, incluyendo una larga lista de restricciones y prohibiciones. La cultura greco-bizantina representó el enlace entre estas dos esferas. Sin embargo, fue excluida de la muy estrecha comunidad de los estados europeos cristianos, por lo que desarrolló su propio derecho internacional configurado por Constantinopla⁵.

Siguiendo a los nuevos descubrimientos, el radio de acción de los europeos se expandió rápidamente hasta cubrir todo el globo. Así, comenzó el período de la expansión europea en ultramar. Esto necesariamente planteó la pregunta sobre qué normas legales debería aplicarse a las relaciones entre las comunidades de ultramar y los estados europeos. El primer problema que surgió aquí fue si estas relaciones debían ser gobernadas por el derecho internacional. Además de esto, se cuestionó si las variadas formas de organización política en ultramar, que van desde los imperios rígidamente estructurados hasta las más elementales formas tribales de organización, deberían ser reconocidas como sujetos de derecho internacional en vista de su orfandad cristiana o —más adelante— falta de civilización.

II. La doctrina de la carencia de derechos de los territorios de ultramar y la Escolástica Tardía

⁵ Cf. Grewe, Wilhelm G.: *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, Badén-Baden 1984, p. 72 ff.; Stadtmüller, Georg: *Geschichte des Völkerrechts*, Teil 1, up to Congress of Vienna (1815), Hanover 1951, p. 54 f.; Verosta, Stefan: *Geschichte des Völkerrechts*, in: Verdross, Alfred: *Völkerrecht*, 5th edn. p. 31 ff. (58 f.); Ago, Roberto: *Die pluralistischen Anfänge der internationalen Gemeinschaft*, in: *Völkerrecht und Rechtsphilosophie*, International Festschrift for Stephan Verosta on his 70th Birthday, Berlin 1980, p. 25 ff. (37 ff. and 47 ff.); Preiser, Wolfgang: *History of the Law of Nations (to 1648)*, in *Encyclopedia of Public International Law*, 7, 1984, p. 143 ff.; see also Ziegler, Karl-Heinz: *Zur Einführung - Völkerrechtsgeschichte*, *JuS* 1987, p. 350 ff. (352 f.); on the leading role of Byzantium, d. Eichhoff: *Macht und Sendung, Byzantinische Weltpolitik*, 1981; Felix: *Byzanz und die islamische Welt im früheren 11. Jahrhundert*, 1981; on international law in antiquity, d. e. g. Bengston: *Die Staatsverträge des Altertums II: Die Verträge der griechisch-romischen Welt von 700 bis 338 v. Chr.*, 2nd edn., 1975; Schmidt, H. H.: *Die Staatsverträge des Altertums III: Die Verträge der griechisch-romischen Welt von 338 bis 200 v. Chr.*, 1969; Ziegler, Karl-Heinz: *Kriegsverträge im antiken römischen Recht*, *Zeitschrift der Savigni-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Vol. 102 (1985), p. 40 ff.; Ziegler, Karl-Heinz: *Tradition und Wandel im Völkerrecht der römischen Spätantike*, Preiser Festschrift, 1983, p. 11 ff.

En el primer plano de esta doctrina está la ideología del grupo de pueblos cristianos europeos. Así, en las primeras bulas papales de 1344⁶, 1418⁷, 1436⁸ y 1455⁹, referidas a los territorios de ultramar, se niega cualquier derecho a las poblaciones o comunidades indígenas. Además, el papa garantizó a España y Portugal el derecho de conquistar cualquiera de estos territorios. Esto es particularmente claro y explícitamente expresado en la bula papal de 1455, mediante la cual se garantiza al reino portugués el derecho exclusivo de hacer la guerra, subordinar y apropiarse de las riquezas y posesiones de los sarracenos, paganos y otros enemigos de Cristo, así como también convertir a sus habitantes en esclavos perpetuos¹⁰. La primera —y más amplia e importante— discusión en torno de los derechos de los pueblos de ultramar surgió en conexión con las actividades de España en el Nuevo Mundo. Después de haberse hecho conocido que España había aplastado al imperio azteca con una brutal crueldad, surgió un amplio movimiento de oposición dentro de la iglesia española, lo cual es particularmente digno de apreciar.

Los trabajos de la Escolástica Tardía abrieron el camino para el surgimiento del moderno derecho internacional, y su importancia no puede ser subestimada. En su gran mayoría, éstos no han sido suficientemente reconocidos a lo largo de la historia del derecho internacional y del desarrollo del moderno derecho internacional. La figura central en la subsecuente discusión fue Francisco de Vitoria (Burgos, 1483 o 1486 - Salamanca, 12 de agosto de 1546), quien realizó un impresionante y sistemático intento para analizar y encontrar una solución a las preguntas más relevantes en su trabajo titulado “De Indis”¹¹. Vitoria reconoció que las recientemente descubiertas

⁶ Bull of 280 11. 1344, reproduced in Gallo, Alfonso García: Las bulas de Alejandro V. y el ordenamiento jurídico de la expansión portuguesa y castellana en África e Indias, in: Anuario de historia de derecho español 27 /28 (1957/ 58), p.461 ff. (738 f.).

⁷ Bull rex regnum of 40 40 1418; reproduced in Jarda, Levy Maria: Bullavium patronatus Portugalliae regum in excelsiis Africae, Asiae atque Oceaniae, Vol. 1, Lisbon 1868, p.590

⁸ Bull Romanus pontifex of ISO 90 1436, reproduced in: De Witte, Charles Martial: Les bulles pontificales et l' expansion portugaise au XVe siecle, in: Revue d'histoire ecclésiastique 48 (1953), p.693 ff. (717 f.).

⁹ Romanus pontifex of 80 1. 1455, reproduced in: Davenport, Frances Gardiner: European Treaties Bearing on the History of the United States and its Dependencies, Vol. 1, Washington 1917, p.13 ff.

¹⁰ On these papal bulls, do Fisch, Jorg: Die europäische Expansion und das Völkerrecht, Stuttgart 1984, p.206 ff.

¹¹ Vitoria, Francisco de: De indis recenter inventis et de jure belli Hispanorum in Barbaros relectiones, Lectures on the recently discovered Indians and the right of the Spanish to wage war against the barbarians, Latin text with German translation by Walter Schatzel, Tübingen

Indias, p. e. las Indias Centroamericanas, tenían derechos de soberanía y de posesión. En su opinión, ellas eran las propietarias legales y ocupantes de dichos territorios, por lo que España no podía derivar ninguna titularidad sobre los territorios y sobre sus ocupantes ni del rey ni del papa. El rey no es señor del mundo y la autoridad del papa solo recae sobre la cristiandad, por lo que éste no podía disponer sobre ninguno de los territorios de los herejes en América. Incluso, el derecho de descubrir, no le otorgaba a España ninguna legitimidad sobre los imperios existentes en las Indias. Victoria sostenía la siguiente fórmula: mientras que los territorios no-soberanos eran aquellos que podían ser reclamados por el primero que los descubriera, en cambio los territorios de América no podían considerarse como no-soberanos pues eran poblados por personas que tenían los derechos de soberanía y de posesión. Incluso, el rechazo de los indios a aceptar al cristianismo, así como cualquier constatación de violación del derecho natural no otorgaba a los cristianos ningún derecho para conquistar o justificación para hacer la guerra.

Francisco Suárez de Toledo Vázquez de Utiel y González de la Torre¹², conocido como Doctor Eximius (Granada, 5 de enero de 1548 - Lisboa, 25 de septiembre de 1617) también —quien con Victoria es probablemente el más significativo miembro de la Escolástica Tardía española— considera que los imperios de las Indias tienen explícitamente los mismos derechos que los imperios cristianos. En sus tratados, Suárez puso un particular énfasis en el ideal de la igualdad de todos los pueblos¹³. Concordantemente, en los trabajos tanto de Victoria como de Suárez se demanda la necesidad de aplicar y abarcar a todas las comunidades bajo la jurisdicción del derecho internacional¹⁴. Sin embargo, a pesar de estas avanzadas posturas, Victoria y

1952; do also Soder, Josef: Die Idee der Volkerrechtsgemeinschaft, Francisco de Vitoria und die philosophischen Grundlagen des Volkerrechts, Frankfurt a. M. 1955, p. 20 ff., in which Vitoria is rightly described as the founder of the modern study of international law; see also Soder, Josef: Francisco Suárez und das Volkerrecht, Frankfurt a. M. 1973, P: 65 ff.; on the importance of Vitoria, do also Fisch, Jorg (In, 9), P: 212 ff.; Grewe, Wilhelm G, (fn. 4), P: 173 ff.who, in my view, underestimates the importance of Vitoria for modern international law.

¹² On the importance for Suárez for modern international law, do especially Soder, Josef: Francisco Suárez und das Volkerrecht, Frankfurt 1973; Fisch, Jory (fn. 9), p. 215 ff.

¹³ Cf. Suárez, Francisco: Tractus tertius de caritate, Opera omnia, Vol. 23, Paris 1958, P: 747 f.; see also (in great detail) Soder, Josef (In. 11), p. 310 H., with further references.

¹⁴ For this reason, Vitoria, Suárez and possibly also Vázquez de Menchaca deserve the honorary title of "Founders of International Law" much more than Hugo Grotius; on the discussion of Hugo Grotius as the "Founder of International Law", see Link, Christoph: Hugo Grotius als Staatsdenker, Tübingen 1983; Haggemacher, Peter: Grotius et la doctrine de la guerre juste, Paris 1983, P: 622; Grewe, Wilhelm Go: Grotius - Vater des Volkerrechts, in: De; Staat, 23 (1984), P: 161 ffo; Schiedermaier, Hartmut: Hugo Grotius und die Naturrechtsschule, in:

Suárez son de la opinión de que los imperios cristianos tienen dos derechos especialísimos que surgen de: si la propagación del evangelio es obstaculizada, o si alguna norma de los no-creyentes prohíbe a sus súbditos convertirse al cristianismo; entonces sí se justifica hacer la guerra contra los no-creyentes. Esto no contradice en modo alguno a su posición de que el rechazo de los indios no-creyentes a aceptar el cristianismo no da el derecho a los cristianos para justificar la guerra. Esta guerra, precisamente, solo es un derecho muy especial no sobre la base de que los indios rechazan convertirse al cristianismo, sino sobre la base de que la misión de expandir el evangelio está siendo obstaculizada por la fuerza. Ambos estudiosos concuerdan, por tanto, desde la premisa del derecho internacional, que éste concede a los no-creyentes el derecho de aceptar la misión cristiana sin restricciones¹⁵. De especial importancia para el subsecuente debate es Vásquez de Menchaca¹⁶, quien vino procedente de una esfera no eclesiástica y trató con la cuestión de los territorios de ultramar ya desde 1564 en su “*Controversiarum illustrium*”. Él, enfáticamente, rechazó el concepto de los *especiales derechos de los cristianos y de las sociedades civilizadas* pues consideró que todos los hombres han nacido libres¹⁷. Hasta cierto punto, Vásquez es considerado un precursor de Christian Wolff, en el extremo de que los conceptos de la Escolástica Tardía fueron transmitidos a través de sus trabajos a la universidad holandesa de Leiden, influenciando, entre otros, a Hugo Grotius, quien es frecuentemente mal señalado como el “padre del (moderno) derecho internacional”¹⁸.

Ya en el siglo XVIII y especialmente en el siglo XIX, la cristiandad perdió su importancia como una comunidad central en el derecho internacional. Así, desde 1815 hacia adelante ya no hay referencias a la cristiandad como principio central en la mayoría de tratados¹⁹. Por lo tanto, no es sorpresa de que la idea de la igualdad de todos los pueblos pase a ser más

Einigkeit und Recht und Freiheit, Festschrift for Karl Carstens, Cologne 1985, p.477 ff.; Ziegler, Karl-Heinz: Hugo Grotius als "Vater des Volkerrechts", in: Gedachtnisschrift Wolfgang Martens, Berlin and New York 1987, P: 851 H., in which Grotius remains preeminent, but in which the importance of the Late Scholastic School (p. 856) is rightly emphasized.

¹⁵ Cf. Dörr, Dieter: Die "Indian Nations and Tribes" und das Volkerrecht, JöR, n. F. 36 (1987), p.489 ff. (491); Fisch (fn. 9), p.217 f.

¹⁶ On Vásquez de Menchaca, do especially Seelman, Kurt: Die Lehre des Fernando Vásquez de Menchaca vom Dominium, 1979: see also Fisch (fn. 9), p.243 f.

¹⁷ Vasquez de Menchaca, Fernando: Controversias fundamentales y otras de más frecuente, ed. by Fidel Rodríguez Alcalde, Vol. 1, Chap. 10, p. 4 f.

¹⁸ On this, d. Ziegler (fn. 13), p. 851 ff., and above, fn. 13.

¹⁹ Cf. Grewe (In, 4).

consistentemente representada con el abandono —o al menos con el debilitamiento— de la ideología de los países cristianos europeos. De particular importancia en este proceso es Christian Wolff²⁰, quien de manera enfática rechazó los especiales derechos que se atribuían las sociedades cristianas y civilizadas europeas en relación con las comunidades y los pueblos de ultramar. En su opinión, solo deberían ser ocupados aquellos territorios no-soberanos, entendiendo por no-soberanos, solo aquellos territorios que no han sido ocupados o posesionados por nadie. Una precondition para el concepto de pueblo es que los miembros del grupo estén asociados a otros en un estado civil²¹. En el punto de vista de Wolff, no son necesarias sólidas formas de organización para encajar en su definición. Solo es necesario una asociación de personas organizadas alrededor de un orden legal, incluso si éste no es escrito. Es irrelevante si las personas son nómadas o sedentarios. Wolff describe al pueblo como un estado legal, lo que refiere al pasado y a la posesión de una tradición filosófica. Para él no es el Estado sino el pueblo —como comunidad organizada dentro de una infraestructura legal— el que es el portador esencial de soberanía en el derecho internacional.²²

III. Vattel y el concepto de civilización

Sin embargo, la teoría de la igualdad fundamental de todos los pueblos no prevaleció en las postrimerías del siglo XVIII sino especialmente en el siglo XIX. Hubo más bien un desarrollo del concepto de comunidad de estados civilizados. Sobre esta base, los derechos de las comunidades de ultramar para actuar con plena capacidad legal, fueron consistentemente negados. La mayoría de trabajos y artículos relacionados con esta cuestión provinieron de Norteamérica. Esto es comprensible por razones históricas. La posición de las comunidades norteamericanas fue en algunos casos muy fuerte, algo que no es —en su gran mayoría— reconocido hasta hoy en Europa. Así, la Confederación Iroquesa fue por un largo tiempo el principal factor de poder que coadyuvó a hacer alianzas con los competitivos poderes europeos, p. e. Gran Bretaña y Francia. Varios historiadores británicos y americanos son de

²⁰ On this, see also Fisch (fn. 9), p. 270 ff.

²¹ Cf. e. g. Wolff, Christian: *Jus naturale methodo scientifica pertractum*, Vol. 2, Halle 1742, reprint Hildesheim 1968, paras. 175-197.

²² As stated, rightly, by Verosta, Stefan: *Der Vertrag zwischen Portugal und dem Marathen-Staat von 1779 - europaisches oder universelles Volkerrecht*, Preiser Festschrift, Baden-Baden 1983, p. 95 ff.

la opinión de que la Confederación Iroquesa tuvo una decisiva y larga influencia en la lucha por el predominio entre Gran Bretaña y Francia²³.

La teoría de la carencia de derechos de los territorios de ultramar y de su comunidad de naciones o estados puede ser largamente rastreada hasta el escolástico suizo Emer de Vattel, el oponente más importante de Wolff. Inicialmente, Vattel²⁴, acogió todos los puntos de vista de Wolff. Mas la diferencia se comenzó a manifestar en el concepto de civilización. En este contexto, Vattel desarrolló la teoría del “beneficio a la humanidad”, la que fue inicialmente utilizada para justificar las acciones de Gran Bretaña en Norteamérica. De acuerdo con esta teoría, los pueblos tenían el derecho de apropiarse de los territorios solo por causa del beneficio que se podía derivar de ellos. Sin embargo, esto no debía impedir a otros pueblos obtener también los mismos beneficios del mismo territorio. En opinión de Vattel, el territorio o país debería ser dividido en función de las necesidades que podría ayudar a satisfacer. Con esto otorgaba a las poblaciones sedentarias y civilizadas cercanas el derecho natural de apropiarse de los territorios de los nómadas, pues éstos eran muy desperdiciadores de la tierra y no la sabían aprovechar de manera efectiva. De esto, Vattel desarrolló la escalera de la civilización. Los pueblos que no construyen en el territorio, que prefieren vivir del ambiente —como las viejas tribus germánicas y algunas de los tártaros— merecían, en su punto de vista, ser exterminadas como los animales salvajes y dañinos. Solo una porción del territorio de los pueblos nómadas, entre los cuales Vattel contó a los indios norteamericanos, podía ser apartada por las poblaciones sedentarias europeas, a fin de utilizar mejor la tierra en interés de la humanidad como un todo²⁵. Vattel describía a los indios como salvajes y consideró que los europeos tenían el derecho de constreñir a estos salvajes hacia las fronteras más alejadas. En su opinión, el consentimiento de los

²³ On this, see e. g. Frederici, Georg: *Der Charakter der Entdeckung und Eroberung Amerikas durch die Europaer*, Reprint of 1925-1936 edn., Vol. 2, Osnabrück 1969, p. 318 ff., with further references; Cohen, Felix S.: *Handbook of Federal Indian Law*, Washington 1962, p. 416 f.; Jennings, Francis: *The ambiguous Iroquois empire*, New York etc. 1984; on the unwritten constitution of the Iroquois Federation, d. e. g. Gaiianerekowa: *Das Grosse Friedensgesetz des Langhaus-Volkes (Irokesenbund)*, revised and edited by Frank/Wagner, Saarbrücken 1988; on this, see also the letter from Benjamin Franklin to Mr. Parker of 20. March 1751, printed in extract in Dermis, Henry c.: *The American Indian 1492 - 1976*, Dobbs Ferry 1977, p. 14.

²⁴ Vattel, Emer de: *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués a la conduite et aux affaires des nations et des Souverains*, ed. by LaEradelle, Albert de, Vol. 1, Washington 1916, pp. 1-16, 18, 81 and 208 f.

²⁵ see above, fn 23.

salvajes a perder el territorio, p. e. por medio de tratados, era ciertamente lo deseable, mas no requería de la intervención del derecho internacional²⁶.

IV. La doctrina de los salvajes sin derechos

Es solo un pequeño paso de esta teoría y la idea de civilización que contiene el concepto de comunidad de naciones civilizadas de finales de los siglos XVIII y XIX²⁷. La *comunidad de derecho internacional* en este punto de vista es equiparada con el de *comunidad civilizada*. En este punto parece no haber mayor divergencia con la opinión de Wolff, quien también describe al “pueblo” como un estado legal, es decir, adscribiéndolo a un cierto concepto de civilización. Sin embargo, quienes proponen la doctrina de la comunidad de naciones civilizadas lo hacen desplazando a los pueblos no-europeos de por sí incivilizados, y considerando solamente a los estados europeos —y posteriormente a EE.UU.— como pertenecientes a las naciones civilizadas²⁸.

La esencia de este concepto de civilización dentro de este contexto, sin embargo, se aproxima aunque de manera imprecisa a la palabra alemana “Zivilisation”, y en definitiva a las palabras “civilization” o “civilisation” en las lenguas inglesa y francesa respectivamente; y ambas en referencia a la cultura y a los logros técnicos e industriales. En el inglés el término es muy aproximado al progreso técnico-industrial. Como resultado de esa alegada falta de desarrollo técnico e industrial, los pueblos indígenas de América, África y Asia fueron considerados como carentes de alguna forma de *civilización*. Y como consecuencia de esto, no tenían ningún estatus legal en el derecho internacional, por lo que ninguna acción en contra de ellos podía ser considerada como una violación del derecho internacional. John Stuart Mill de manera muy suave resumió esta doctrina en su famosa frase: “Los bárbaros no tienen derechos como nación”²⁹.

Si esta doctrina era empleada como fundamento, entonces todos los territorios de ultramar podían ser libremente ocupados, en cuanto no eran territorios soberanos en el ámbito del derecho internacional. Esta doctrina, por supuesto, está naturalmente basada en una falsa premisa acerca de los pueblos indígenas de América, África y Asia, quienes eran considerados de una manera simplista, como cazadores nómadas que vivían despreocupada e independientemente al margen de cualquier forma de comunidad. Esto

²⁶ see above, fn 23.

²⁷ On this doctrine, d. especially Fisch (In. 9), p. 349 ff.; Grewe (fn. 4), p. 638 ff.

²⁸ see above, fn. 26.

²⁹ Mill, John Stuart: A few words on non-intervention, in: Dissertations and Discussions, Political and Historical, Vol. 3, London 1867, p. 153 ff. (168).

impactó de manera especial en Norteamérica, con Rosseau³⁰, Tocqueville³¹, Cooper³² y más tarde Thoreau³³, quienes hicieron una significativa contribución con su imagen del “salvaje noble”, el que rápidamente se convirtió en el “bárbaro” y más adelante en el “demonio rojo”. Esta imagen aún contornea muchos conceptos de hoy, particularmente en Norteamérica.

Sin embargo, precisamente en Norteamérica, los hechos muestran algo diferente. La organización de la Confederación Iroquesa fue citada por Benjamín Franklin como un modelo de la creación de la unión de las colonias inglesas, que posteriormente dio forma a los Estados Unidos³⁴. Hoy en día, los iroqueses consideran que su constitución no escrita implementó los derechos de libertad y de división de poderes mucho antes que los Estados Unidos y los europeos; asimismo, reclaman ser reconocidos como los pueblos civilizados más antiguos de la Tierra³⁵. También no cabe discusión en el sentido de que no solo los iroqueses, sino también numerosas otras tribus de América del Norte y África fueron poblaciones sedentarias, que vivían en lugares fortificados y que llegaron a tener una alta y desarrollada agricultura³⁶. En tal sentido, la imagen del nómada, “salvaje noble”, parece ser una superficial aproximación aplicable a la mayoría de indígenas americanos de las praderas y a las tribus de cazadores del África. Sin embargo, en América, la cultura de los indígenas de las praderas se desarrolló mucho después, como resultado de la inmigración europea. La presión para expandirse hacia el oeste forzó de manera significativa a los indígenas a ir hacia las praderas. Los antaño cazadores y agricultores se convirtieron en cazadores netos como resultado tanto de la abundancia de ganado en las praderas como de la presencia de caballos introducidos por los españoles en América. Sin embargo, aun estas tribus de cazadores vivían en comunidades

³⁰ Rousseau, Jean-Jacques: *Contrat social ou principe du droit politique*, 1762.

³¹ Tocqueville, Alexis de: *De la Démocratie en Amérique*, Bruxelles 1840, Vol. 1, p. 45 f.; Vol. III, pp. 125-130, 146.

³² Cooper, James Fenimore: *The Last of the Mohicans*, 1862.

³³ Thoreau, Henry David: *Walden*, 1854.

³⁴ Cf. Franklin, Benjamin: Letter to Mr. Parker of 20. March 1751, reproduced in Dermis (In. 22), p. 14.

³⁵ Cf.: Ein Ruf zur Einsicht, Die Botschaft der Irokesen an die wesentliche Welt, Böh1984, pp. 14 and 24 f.; on this, d. the unwritten constitution in the historically disputed version translated into German, Gaianerekowa: *Das grosse Friedensgesetz des Landhaus- Volkes (Irokesenbund)* (fn. 22).

³⁶ On this: Frederici (In. 22), Vol. 2, p. 326 ff., with further references; Sayre, Robert de: *Thoreau and the American Indians*, Princeton 1977, p. 1 ff.

altamente desarrolladas con estructuras organizativas de corte federal³⁷. Por lo tanto, queda claro, que la imagen del “salvaje noble” fue abrazada por la doctrina de derecho internacional y mal usada para privar a los pueblos no-europeos de sus derechos.

Y aunque que la doctrina de la comunidad de naciones civilizadas, que excluía a las comunidades no-europeas, estaba basada en una falsa premisa, lo cierto es que aparece en la base del derecho internacional vigente³⁸, a juzgar por los trabajos de los escritores en materia de derecho internacional europeos y alemanes. Si nos referimos a los trabajos contemporáneos en la historia del derecho internacional —incluso a los excelentes trabajos de Grewe— las comunidades no-europeas fueron excluidas de la comunidad del derecho internacional. Los pueblos que vivían en esos territorios fueron designados, por tanto, como “salvajes”, de modo que cualquier negación de sus derechos no podía acarrear ninguna violación del derecho internacional, y sus territorios podían ser ocupados por ser considerados como no-soberanos. Si aceptamos las conclusiones de estos teóricos, podemos hacer nuestras propias reservas morales; pero ellas configuraban el derecho internacional vigente³⁹.

V. La práctica estatal con especial referencia a Norteamérica

Sin embargo, para cualquiera que no esté satisfecho con estas interpretaciones de los historiadores del derecho internacional, sino que en su lugar buscan las fuentes originales, graves dudas emergen sobre si la doctrina de la comunidad civilizada de naciones siempre ha sido derecho internacional vigente. Un factor central y decisivo en el derecho internacional es la práctica de los estados⁴⁰. La práctica de los estados europeos y de EE.UU. de firmar tratados con las comunidades no-europeas representa una remarcable contradicción a la doctrina de la ocupación irrestricta y de la carencia de derechos de los así llamados *salvajes*. Aun hoy, la existencia de estos tratados es reconocida solo en casos individualizados en la literatura europea de derecho internacional. Desafortunadamente,

³⁷ On the Sioux (Lakoto, Dakoto and Nakoto), who are incorrectly seen as the classic example of nomad savages, d. e. g. Hassrik, Royal B.: Das Buch der Sioux, 1982; on the Cheyenne Indians, see Schlesier, Karl H.: Die Wölfe des Himmels, Welterfahrung der Cheyenne, Cologne 1985.

³⁸ On this, see especially Grewe (fn, 4), p. 638 ff., with further references.

³⁹ see above, fn. 37.

⁴⁰ This view is taken rightly, for example, by Schiedermaier, Hartmut: Effektive Herrschaftsgewalt und Rechtsfähigkeit im Völkerrecht, JA 1984, p. 638 ff. (639); JCI Reports 1949, p. 179.

incluso Grewe, en su “Epochen der Völkerrechtsgeschichte” (Épocas de la historia del derecho internacional), pone escasa atención a estos tratados, y de esta manera llega a la insostenible conclusión de que tales tratados transferían, a lo mucho, derechos de propiedad, pero nunca derechos de soberanía⁴¹. Una razón que explica esta falta de atención hacia estos tratados podría ser que un gran número de colecciones de tratados no contenían los así llamados tratados coloniales. Sin embargo, esto ha cambiado ahora y el “Consolidado de Tratados” tiene en cuenta a todos los tratados coloniales⁴².

Un estudio de estos tratados claramente muestra que solo los EE.UU. concluyó casi 400 tratados con las llamadas tribus y naciones indias⁴³. Esta práctica de negociar con las tribus y naciones indias a través de tratados, así como con otros estados soberanos, se mantuvo hasta el 3 de marzo de 1871⁴⁴ en que se promulgó una ley que explícitamente prohibió en el futuro la firma de tratados con las tribus y naciones indias dentro del territorio de los Estados Unidos. Gran Bretaña también suscribió numerosos tratados con las comunidades indígenas de Norteamérica. El mismo cuadro emerge en África. Bélgica, Francia, Alemania y Gran Bretaña negociaron con las tribus africanas en base a tratados aspectos relacionados con la obtención de titulación de tierras⁴⁵. De igual manera, tanto el Reino Unido como Holanda suscribieron tratados con varias comunidades del sur-este de Asia, particularmente en lo concerniente a la cesión de territorios⁴⁶.

Desde el principio, Estados Unidos expresó claramente que no iba a proceder bajo la premisa de que los territorios de los así llamados salvajes, p. e. los indios, podrían ser ocupados libremente a voluntad. En la ley del 3 de marzo de 1789⁴⁷ se estipuló que el territorio y la propiedad de los indios no podía ser tomada sin su consentimiento. La única excepción lo constituía la puesta en marcha de una *guerra justa y legal* que debía tener el consentimiento del Congreso. A esto se sumó la Sección 4 de la Ley de Relaciones Indias de 1790⁴⁸ que estipulaba que ninguna venta de algún indio o de una comunidad

⁴¹ Grewe (In. 4), p. 638 ff.

⁴² On the sources, cf. Parry: The Consolidated Treaty Series, Special Chronologue 1648-1920, Vol. 1,2.

⁴³ In the treaties, the Indian communities were initially usually termed "Nations" and later "Tribes" or "Bands"; on this, cf. Dorr (fn. 14), with examples in fns. 26 and 27.

⁴⁴ 16 Stat. 566.

⁴⁵ On the sources of the individual treaties, cf. Parry (fn. 41).

⁴⁶ see above, fn. 44.

⁴⁷ On this, cf. Dorr (In. 14), p. 496.

⁴⁸ 1. Stat. 137.

indígena dentro de los Estados Unidos era válida si no había sido realizada en el marco de un tratado con el gobierno de los Estados Unidos. La misma declaración en el sentido de que solo una guerra justa podía ser llevada a cabo en contra de los indios, reafirmaba la soberanía de los pueblos indígenas en el marco del derecho internacional al atribuirles el estatus de *combatientes*.

Todos los tratados coloniales, que en forma y esencia proveyeron un argumento en favor de su clasificación bajo el derecho internacional contradicen la doctrina del derecho a la libre ocupación. Su clasificación condujo a numerosas dificultades y absurdos en el estudio del derecho internacional del siglo XIX, y esto claramente muestra que la doctrina del derecho a la libre ocupación y el concepto legal de *salvaje* sirvió en esencia para —retrospectivamente— justificar el incumplimiento de los tratados, por lo que de esa forma se convirtió en significativamente prevalente solo después de la conclusión de la expansión europea en la segunda mitad del siglo XIX⁴⁹.

Resulta particularmente interesante que la doctrina de la no-soberanía de los territorios habitados por los salvajes y el derecho a la libre ocupación por los estados europeos no fue usada como fundamento de la práctica estatal —precisamente en Norteamérica, en donde el prototipo del “salvaje”⁵⁰ se creía haber sido descubierto.

En este contexto, deberá advertirse, sin embargo, que el reconocimiento general del derecho de las comunidades indígenas a su territorio, y la práctica de negociar con estas comunidades por medio de los tratados, no deberá conducirnos a falsas conclusiones. Esto no significa que los habitantes indígenas de Norteamérica, especialmente de los Estados Unidos, eran tratados con una particular consideración. Ocurre justo lo contrario, especialmente en la segunda mitad del siglo XIX⁵¹.

Desde el comienzo del establecimiento de los europeos en Norteamérica, se ha observado varias fases en la política sobre los indígenas. Inicialmente, desde 1533 (comienzo de los asentamientos en la costa este), las comunidades indígenas eran consideradas como naciones plenamente

⁴⁹ On this, cf. Fisch (fn. 9), p. 349 ff.

⁵⁰ see above, fns. 29-32.

⁵¹ On this, see e. g. Brown, *Dee: Bury My Heart at Wounded Knee*, New York 1970, with further references.

soberanas⁵². La construcción de fronteras entre las colonias y las confederaciones indígenas en la costa este, así como también la adquisición de territorios, fueron realizadas por medio de acuerdos entre los representantes de las tribus y los de la corona inglesa y —como ocurrió en las fases tempranas— también con los de la corona holandesa. Los acuerdos fueron denominados “tratados” y considerados de cumplimiento internacional⁵³. Esto fue en parte también porque las tribus y confederaciones indias representaron una amenaza militar que debía ser seriamente considerada. Esto fue enfatizado por el rey Luis XIV que consideró no a los ingleses sino a la Confederación Iroquesa como la más peligrosa oponente de Francia en el Nuevo Mundo⁵⁴.

Siguiendo a la victoria sobre los franceses en la llamada Guerra de los Siete Años —conocida en Norteamérica como la Guerra Franco-India— y en respuesta a la subsecuente revuelta de dieciocho naciones indias bajo el liderazgo del jefe Pontiac, el rey Jorge III decretó su Proclama Real de 1763⁵⁵ estableciendo la cresta de los montes Apalaches como la frontera entre los territorios de los indios y las colonias inglesas. Esto tuvo también la intención de servir como un medio para mantener el control sobre las colonias y prevenir una irregular expansión de estos asentamientos hacia el interior. La Proclama Real levantó la encarnizada resistencia de algunos colonialistas expansionistas, lo que fue remarcado por los historiadores ingleses como la mayor causa de perturbación entre las colonias y la Madre Patria, y que a la larga condujo a la declaración de la independencia⁵⁶.

Durante y después de la guerra de independencia, EE.UU. adoptó la práctica de celebrar tratados. Las tribus indias una vez más representaron un factor importante debido a las hostilidades entre británicos y americanos, pues ambos bandos intentaban atraerlas a su lado. Al mismo tiempo, incluso después de la Guerra de Independencia, hubo repetidos enfrentamientos

⁵² On this, see Cohen, Felix: Handbook on Indian Law, 1982; Durham, W. Cole: Indian Law in the Continental United States: An Overview, Law & Anthropology, Internationales Jahrbuch für Rechtsanthropologie, Vol. 2 (1987), p. 93 ff. (94 ff.).

⁵³ Durham (fn. 51), p. 94; Cohen (fn. 51), p. 53; Peyer, Bernd c.: Bürgermehr oder weniger, Indianer und das Gesetz in den USA, in: Peter R. Gerber, Vom Recht, Indianer zu sein, Zürich 1986, p. 103 ff. (104).

⁵⁴ Cf. Frederici (fn. 22), Vol. 2, p. 364 f.

⁵⁵ On this, cf. Sanders, Douglas: Aboriginal Rights in Canada, An Overview, Law & Anthropology, Vol. 2 (1987), p. 177 ff. (180 f.).

⁵⁶ According to B. Peyer (fn. 52), p. 104.

armados entre EE.UU. y las tribus indias aliadas⁵⁷, particularmente en el noroeste como resultado de la continua expansión (frontera de Ohio), a raíz de lo cual las fronteras fueron definidas por tratados y, gradualmente, empujadas hacia el oeste. En este período, las simpatías de los indígenas estuvieron exclusivamente con los británicos⁵⁸.

Después de la guerra de 1812 —en la cual estaban solamente las tribus indias del nor-oeste bajo el comando del jefe Tecumseh⁵⁹ (probablemente el más significativo de los líderes indios) quien impidió que los EE.UU. conquisten Canadá al comienzo de la guerra— la supremacía de EE.UU. sobre los indios fue establecida en el tratado de Ghent (1814)⁶⁰. Los británicos hicieron una completa retirada hacia Canadá.

A partir de aquí, las comunidades indígenas no representaron una seria amenaza militar para EE.UU., quienes continuaron negociando con ellas a través de tratados. Sin embargo, estos tratados fueron usados de manera significativa para desconocer los derechos territoriales de los indígenas y para re-asentar a los “salvajes” en el marco de la llamada Política de Reposicionamiento⁶¹. Nuevamente, el concepto de civilización jugó un fatídico rol. Especialmente bajo el gobierno del así llamado Presidente de las Fronteras, Jackson⁶², este punto de vista hizo prevalecer la idea de que la coexistencia pacífica entre los “indios salvajes” y los “blancos civilizados” era prácticamente imposible. Por esta razón, todos los indígenas se fueron a vivir al territorio al oeste del Mississippi, separados de los blancos. Para este fin, fueron negociados sendos tratados con ellos, de modo que los actuales territorios en los que hoy es Kansas y Oklahoma les fueron transferidos a cambio de sus actuales territorios⁶³.

La presión militar fue empleada para forzar los tratados con las comunidades indígenas, paradójicamente con las altamente desarrolladas comunidades tribales del sur de EE.UU., las que se adaptaron al estilo de vida europeo, y que fueron descritas por los mismos norteamericanos como las “cinco tribus civilizadas”, alcanzando esta política su pináculo más triste con la expulsión

⁵⁷ On the war on the Ohio Border 1789 - 1795, cf. e. g. Tucker, Glenn: Tecumseh, 1956, p. 50 ff.

⁵⁸ see above, fn. 56 and also: Die Wunden der Freiheit, 1983, p. 53 ff.

⁵⁹ On this, cf. Tucker (fn. 56).

⁶⁰ Cf. above, fn. 54.

⁶¹ On this, cf. Peyer (In. 52), p. 105 ff.

⁶² Andrew Jackson was President from 1829-1837.

⁶³ See Peyer (fn. 52), p. 106 ff.

de la nación Cherokee de Georgia. Durante esta expulsión cerca de la tercera parte de los cheroques perdieron la vida⁶⁴. Durante esta Fase de Remoción, la Corte Suprema de los EE.UU. intentó clarificar la posición legal de las naciones indias en sus sentencias como respuesta a las sendas apelaciones planteadas por aquéllas.

VI. El rol de la Suprema Corte de los EE.UU.

Entre los años 1823 y 1832 la Corte Suprema de EE.UU. expuso su posición en torno al estatus de las naciones indias y su relación con los EE.UU. en tres importantes sentencias⁶⁵. Cada una de estas sentencias fue redactada por el juez supremo Marshall, quien concedió que las naciones indias tenían derechos de propiedad sobre sus propios territorios⁶⁶, y describió a éstas como “naciones domésticas dependientes”⁶⁷ (véase las sentencias en los casos “Nación Cherokee vs Georgia”, 1831⁶⁸; “Worcester vs Georgia, 1832⁶⁹).

En primer lugar, Marshall señaló que las naciones indias y sus tribus era estados que formaban entidades políticas específicas separadas de otras. Desde el tiempo de la ocupación de Norteamérica, todos los estados europeos y los Estados Unidos han tratado con las naciones indias como estados. Numerosos tratados las reconocieron como pueblos que eran capaces de asumir relaciones tanto hostiles como pacíficas.

Sin embargo, los territorios de las naciones y tribus indias no podían ser considerados como territorios ajenos a los EE.UU. Esto se desprende del *derecho a descubrir* que fue reconocido por todos los estados europeos y fue confirmado en los tratados entre estos estados. El derecho a descubrir dio a los EE.UU. —como estado descubridor— un título exclusivo, en relación con todos los otros estados europeos, que consistía en el derecho de adquirir los territorios descubiertos a los indios. Consecuentemente, los indios no podían disponer libremente de sus territorios a voluntad, sino que solo podían transferirlos exclusivamente a los EE.UU.

⁶⁴ Cf. Die Wunden der Freiheit (In. 57), p. 104 ff.

⁶⁵ Graham's Lessee v. McIntosh, 8 Wheaton 543 (1823); Cherokee Nation v. Georgia, 5 Peters 1 (1831); Worcester v. Georgia, 5 Peters 512 (1832).

⁶⁶ 8 Wheaton 543, on this, Dorr (In. 14), p. 496 f.

⁶⁷ 5 Peters 1, on this, Dorr (fn. 14) p. 498.

⁶⁸ 5 Peters 1.

⁶⁹ 5 Peters 512.

Finalmente, las naciones indias fueron consideradas como dependientes de los Estados Unidos. Este hecho fue reconocido por ellas mismas en la mayoría de tratados en los cuales adoptaron la protección de los Estados Unidos. En consecuencia, las comunidades indígenas quedaron en un estado semejante al de los menores de edad⁷⁰. En este contexto, por tanto, no es difícil reconocer el concepto de civilización, que tuvo un amplio número de adherentes —especialmente de Vattel— dentro de la disciplina del derecho internacional en los siglos XVIII y XIX.

Sin embargo, en su segunda sentencia, el juez Marshall de manera significativa remarcó en su argumentación que las comunidades indígenas eran naciones dependientes. En esta segunda sentencia estableció de manera explícita que la independencia y el derecho de las naciones indias al autogobierno y a la autodeterminación no era afectado en ninguna manera por el hecho de que los indios habían, inicialmente, a través de tratados, adoptado la protección del Reino Unido y posteriormente la protección de EE.UU. En concordancia con un reconocido principio del derecho internacional, un poder más débil no pierde su independencia ni su derecho al autogobierno por aliarse a un poder más fuerte y buscar su protección⁷¹. Así, el segundo fallo explícitamente afirma la capacidad de las naciones indias —las así llamadas “salvajes”— de actuar por sí mismas en el derecho internacional. Sin embargo, estas naciones indias solo podían establecer relaciones con los estados europeos reconocidos como potencias descubridoras —y consecuentemente con los EE.UU.— y no con otro estado. Esta restricción, en la opinión de la Suprema Corte de EE.UU., provenía del derecho a descubrir, el cual apenas si es reconciliable con el derecho natural, pero representaba el derecho internacional vigente y debía, por lo tanto, ser aceptado por las naciones indias⁷².

Esta resolución, pues, de la Suprema Corte, por un lado, reconoce la soberanía en el derecho internacional de las naciones indias —y por lo tanto de una sección de los llamados “salvajes”— pero al mismo tiempo esto último está sujeto a restricciones específicas. En consecuencia, la situación es tal que las relaciones entre los Estados Unidos y las naciones indias, en la opinión de la Corte Suprema, contiene elementos de relaciones sujetas tanto al derecho interno como al derecho internacional. Así, la posición de Estados Unidos como una especie de fideicomisario de las naciones indias con autoridad legislativa —p. e. su posición de guardián— nunca fue puesta en

⁷⁰ See Dorr (In. 14), p. 498.

⁷¹ See Dorr (In. 14), p. 499.

⁷² On this, Dorr (fn. 14), p. 499 f.

discusión por la Suprema Corte. En consecuencia, la Corte Suprema interpretó —y así lo hace en la actualidad— que la relación entre EE.UU. y las naciones y tribus indias es una mezcla de derecho interno y derecho internacional.

Debe reiterarse, sin embargo, que la práctica estatal en Norteamérica hasta la primera mitad del siglo XIX muestra evidencia de la capacidad de los así llamados “salvajes” de representarse a sí mismos en el derecho internacional. Desde el principio, las naciones indias fueron consideradas con la capacidad de conducirse en sus relaciones tanto hostiles como pacíficas. En suma, desde el principio, las potencias europeas —y más tarde EE.UU.— concluyeron tratados internacionales con las naciones indias sobre la base de la igualdad. Con esta práctica, los europeos expresaron el hecho de que consideraban a los así llamados “salvajes” con la capacidad y la buena voluntad de cumplir las obligaciones que emanaban de los tratados. Esta opinión fue también ampliamente constatada, sobre todo en Norteamérica, donde los así llamados “salvajes” siempre observaron el principio de *pacta sunt servanda*, mientras que los supuestamente civilizados estados europeos y americanos no sobresalieron precisamente en esta esfera de las obligaciones⁷³.

VII. La posterior expansión de EE.UU. y la posición de las Indias Occidentales

En el período siguiente, la frontera entre las naciones indias y los blancos fue constantemente empujada hacia el oeste. Varias tribus fueron cada vez más presionadas, a través de tratados, a ceder sus territorios hasta el punto en que ya no había nada más que entregar. Solo la nación Sioux (conjuntamente con sus aliados), los Cheyennes del norte y los Arapahoes, tuvieron éxito, por medio de una encarnizada guerra (Guerra de la Nube Roja⁷⁴), y forzaron a los EE.UU. a negociar un tratado en 1868 —el Tratado del Fuerte Laramie⁷⁵— que reforzó la posición de los Sioux y les garantizó sus territorios.

Pero como los tratados existentes no podían ser modificados, incluso a pesar del colapso de la resistencia armada de los indios de las praderas (1890), el

⁷³ It would seem that there is not one treaty with an Indian Nation that the USA observed for any length of time.

⁷⁴ On this, d. Brown, Dee (In. 50), chap. 6; an interesting Indian perspective, Black Elk: Ich rufe mein Volk, Recorded by J. Heilhard, translated by S. Lang, 1982, p. 18 ff.; see also Robinson, D.: A history of the Dakota or Sioux Indians, 1904, p. 356 ff.

⁷⁵ 136 CTS 92.

Congreso varió sus tácticas para anular los tratados a través de la legislación. Así, por ejemplo, ya desde 1877⁷⁶, a través de legislación se privó a la nación Sioux de la mayoría de sus territorios (las Colinas Negras), debido a que ésta se había defendido a sí misma, bajo el liderazgo de Toro Sentado y el ingenioso táctico militar, Caballo Loco, contra la invasión de sus territorios, garantizados por medio de un tratado a perpetuidad (Batalla del Pequeño Gran Cuerno, la Guerra por las Colinas Negras)⁷⁷.

La práctica de enmendar los tratados o de abrogarlos fue el objeto de una sentencia de la Corte Suprema de los EE.UU. en 1903, como respuesta a una apelación que interpuso el jefe indio Lobo Solitario⁷⁸. En la parte considerativa de su resolución, la Corte Suprema expuso que, en concordancia con la doctrina del fideicomiso, el Congreso, actuando en su capacidad de fideicomisario, tenía el poder de crear leyes en favor del bienestar de los indios y de sus mejores intereses. Debido a esta famosa y cuestionable doctrina, las cortes no tenían jurisdicción para cuestionar tales leyes en conformidad con los tratados. En fecha posterior, la Corte Suprema se replanteó la posición del fideicomiso y puso en tela de juicio si el Congreso en efecto estaba llevando dicha administración en favor de los mejores intereses de las naciones indias. No obstante esto, la sentencia original fue usada en los hechos para debilitar o eliminar virtualmente y vía la legislación todos los tratados en que se fundamentaba los derechos de las naciones indias “en favor de los mejores intereses de los salvajes”, y así, eliminar totalmente la autonomía de las tribus. El núcleo de esta política estuvo en la Ley de Adjudicación General (*General Allotment Act*) de 1887 en donde la eliminación de la autonomía de las naciones indias fue asumida para garantizar la integración total de las naciones indias a los EE.UU. Por esta razón, los indios fueron considerados como ciudadanos americanos en 1924⁷⁹. Anteriormente esto ya se había hecho, pero a un reducido número de tribus.

En 1934, bajo el gobierno de Roosevelt, la política en torno a las naciones indias se cambió una vez más debido al completo fracaso de este intento de integración. En respuesta a la iniciativa de Roosevelt, la Ley de

⁷⁶ On this, d. 19 Stat. 176 and 19 Stat. 254; on the procedures, see also *United States v. Sioux Nation of Indians*, 100 S. Ct. 2617 (1980) at 2723 f. and Trink, Reinhard: *The Black Hills are not for sale - Discrimination of indigenous Peoples in the US Law System*, *Law & Anthropology* 3 (1988), p. 157 ff. (161 f.).

⁷⁷ On this, see *Black Elk* (fn. 73), p. 93 ff.; *Robinson* (fn. 73), p. 422 ff.; *Brown, Dee* (fn. 50), chap. 12.

⁷⁸ 23 S. Ct. 216 (1903).

⁷⁹ 43 Stat. 253.

Reorganización de las Naciones Indias (Indian Reorganization Act⁸⁰) fue aceptada, reestableciendo a éstas su derecho al autogobierno y reconsolidando el fragmentado territorio de las tribus (reservaciones). Esta constitución tribal fue, sin embargo, promulgada en el esquema de la Constitución Federal de los EE.UU. y no en función de las ancestrales tradiciones indígenas. Por esta razón, los gobernantes tribales fueron considerados por muchos de sus subordinados como meros títeres del gobierno estadounidense y fueron tratados con desprecio⁸¹.

En 1953 el derecho de libre determinación sufrió un nuevo revés, esta vez en la forma de la Política de Terminación⁸². Su objetivo fue terminar de forma gradual con el autogobierno con la supuesta finalidad de convertir a los indígenas en ciudadanos estadounidenses plenos. Las consecuencias de esta política fueron desastrosas.

Se decidió, entonces, implementar la Política de Autodeterminación, cuya fase inicial comenzó bajo el gobierno del presidente John F. Kennedy, la misma que es la base del actual tratamiento de los indígenas en los Estados Unidos. Esta política consagra que las naciones indias pueden determinar y decidir cómo quieren vivir: en sus propios territorios con un régimen de autogobierno (reservaciones) o como ciudadanos “normales” de los Estados Unidos. Las reservaciones que habían sido desplazadas a raíz de la Política de Terminación fueron, en algunos casos, restablecidas, y el derecho al autogobierno reforzado tanto por la legislación como la jurisprudencia. Estos desarrollos emanaron, en parte, del movimiento Poder Rojo (Red Power)⁸³. Por otro lado, el concepto de civilización está siendo usado para justificar los derechos de los pueblos indígenas. En este contexto, se reconoce el derecho de éstos a su independencia, así como a tener su propio estilo de vida y civilización. La así llamada *alma indígena de América* comienza a ser redescubierta en los Estados Unidos y está alcanzando un nuevo nivel de interés y comprensión.

Debido a los tratados suscritos con los indígenas y las existentes reservaciones, la Corte Suprema con frecuencia se ve en la necesidad de

⁸⁰ 48 Stat. 984.

⁸¹ Peyer (fn. 52), p. 110 f.

⁸² On this, see Peyer (fn. 52), p. 111 f.; Wilkinson/Biggs: The Evolution of the Termination Policy (1977), 5 AM Jud LR 139 ff.

⁸³ On this, d. Die Wunden der Freiheit (In. 57), p. 168 ff.

esclarecer la posición legal de estas comunidades en los Estados Unidos⁸⁴. La Corte sigue procediendo desde la premisa de que las tribus indígenas, dentro de su propio territorio, gozan —tan igual como las entidades estatales— no solo de soberanía personal sobre sus integrantes sino, también, de soberanía territorial sobre sus respectivas comarcas. En opinión de la Corte Suprema, estas tribus, incluso hasta nuestros días, son considerablemente algo más que organizaciones privadas. Sus derechos soberanos, por tanto, no derivan simplemente de esos mismos derechos soberanos. Es verdad que las tribus indígenas también han derivado sus derechos soberanos en la medida que les han sido garantizados tanto por la legislación como por los tratados. Pero, por encima y más allá de esto, en la opinión de la Corte Suprema, las tribus indígenas poseen una soberanía inherente⁸⁵. Ésta sigue existiendo en la medida que la autoridad soberana no ha sido retirada ni por la legislación federal ni por los tratados. Estos derechos —de autogobierno y soberanía— por tanto, representan, según la Corte Suprema, una autoridad residual de la irrestricta soberanía de la que una vez gozaron sobre sus propios territorios.

Por tanto, la Corte Suprema reconoce en sus actuales resoluciones y fallos la ancestral soberanía de las naciones indias —de los llamados “salvajes”— así como que el resto de elementos residuales de su autoridad soberana original continúan existiendo. De acuerdo con esto, las relaciones entre las comunidades indígenas y los Estados Unidos aún contienen elementos sujetos al derecho internacional, de acuerdo con los fallos de la Corte Suprema⁸⁶. En la práctica de Estados Unidos, por tanto, no hay manera de que se sostenga que los pueblos indígenas sean considerados como carentes de derechos y que sus territorios sean tratados como carentes de soberanía. Por el contrario, EE.UU. desde el principio actuó asumiendo que los así llamados “salvajes” y sus comunidades poseían sus propios derechos de soberanía sobre sus territorios, algunos de los cuales EE.UU. adquirió a través de tratados. Un hecho totalmente diferente en este contexto es la manera dudosa como estos tratados fueron confeccionados, siempre con una gran superioridad de los Estados Unidos, especialmente en el siglo XIX, en que EE.UU. sistemáticamente anuló los tratados suscritos con las

⁸⁴ On this, d. the exhaustive description by Wilkinson, Charles: *American Indians, Time and the Law*, 1987, which deals with the new case law between 1959 and 1986; it details 80 rulings by the US Supreme Court on Indian Law.

⁸⁵ See e. g. *Merrion and Bayless v. Jicarilla Apache Tribe*, 102 S. Ct. 894 (1982) at 903 ff., 908; *United States v. Wheeler*, 435 US 313 (1978) at 322 f.; a detailed discussion is given by Wilkinson (fn. 83), p. 54 ff.

⁸⁶ On this, Dorr (fn. 14), p. 504, with further references in fn. 69.

comunidades indígenas. Pero aún así, se hicieron intentos para justificar el incumplimiento de los tratados al concluir otros tratados, incluso si los indígenas fueron coercionados a suscribirlos por la fuerza militar.

VIII. Los fallos de las Cortes internacionales

Esta situación legal no era solo peculiaridad de los Estados Unidos. En Canadá, también, las relaciones entre las comunidades indígenas y el Reino Unido (RU) y, subsecuentemente, con Canadá son interpretadas de manera similar. En contraste con las primeras resoluciones, la Suprema Corte de Canadá parcialmente adoptó los fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos, trabajando sobre la premisa de que las naciones indias tenían un derecho inherente a tener su propio territorio⁸⁷. Permanece poco claro en estos fallos, sin embargo, si estos derechos eran considerados como derechos personales de los indígenas en su calidad de individuos, o si las naciones indias tenían derecho a algo sobre la base de la naturaleza misma de sus derechos de soberanía⁸⁸.

En América Central, también. Los tratados fueron suscritos entre el Reino Unido y las comunidades indígenas. Ya en 1720, se suscribió formalmente un tratado entre Gran Bretaña y los indios Mosquito⁸⁹ sobre la base de una completa igualdad. En el curso de las disputas entre el RU y Nicaragua, se firmó el Tratado de Managua en 1860⁹⁰. En este tratado, el RU reconocía la soberanía de Nicaragua sobre los territorios de los indios Mosquito sin su consentimiento. En respuesta, Nicaragua aceptó la obligación de garantizar a los indígenas una gran medida de soberanía. Pero, Nicaragua nunca cumplió con esta obligación y el RU denunció la violación del Tratado de Managua. En 1879, la disputa se le trasladó al káiser austriaco Franz Josef a fin de que arbitre en el diferendo. El laudo del 2 de julio de 1881⁹¹ se inclinó claramente a favor de la posición británica y favoreciendo la autonomía de las naciones indias. En dicho laudo se estableció que los indios Mosquito mantenían relaciones con el Reino Unido bajo las normas del derecho internacional.

⁸⁷ On this, d. Marquardt, Stephan: *The Aboriginal Peoples of Canada and their Rights under Canadian Constitutional Law*, VRü 1989, p. 251 ff.; on this, see *Guerin v. The Queen*, 13 Q.L.R. (4th), 321 (1984), at 334 ff.

⁸⁸ Cf. Marquardt (In. 86), p. 262 ff.

⁸⁹ 31 CTS 235.

⁹⁰ 121 CTS 318.

⁹¹ Reproduced in La Fontaine: *Pacrésie internationale Histoire documentaire des arbitrages internationaux*, Berne 1902, p. 385 ff.; on the arbitration ruling, see also Fisch (fn. 9), p. 394 ff.

En 1860 las antiguas relaciones de protectorado fueron reemplazadas por una relación de subyugación bajo las normas del derecho nacional. Como justificación de sus acciones en contra de las comunidades indígenas, Nicaragua apeló al ya famoso concepto de civilización. Mientras que esto no era rechazado en principio por los laudos arbitrales, sin embargo, no fue aceptado como justificación para el pobre tratamiento de los indígenas, sino más bien interpretado como un subterfugio. En el reciente pasado, el gobierno Sandinista, también usó la fuerza bruta para eliminar la autonomía de los indios Mosquito después de 1982, lo cual condujo a la resistencia armada de Mesura (en alianza con los Mosquito, los Suma y los Rama) en contra de las nuevas normas⁹². En el caso de los sandinistas, la brutal agresión contra los indígenas también fue justificada con el concepto de *civilización*, solo que en este caso en un contexto *socialista*.

Finalmente, en sus fallos sobre la disputa entre Portugal y la República de la India en materia de “derechos de tránsito sobre el territorio indú”⁹³, la Corte Internacional claramente expuso que éstos proceden sin cuestionar la validez de derecho internacional de los tratados coloniales. En este caso, Portugal reclamaba derechos para sí mismo en contra de la India, fundamentándose en un tratado con el estado de Marathen en el año de 1779. Sin ofrecer razón alguna, la Corte Internacional procedió, como una acción de rutina, sobre la base del pleno estatus legal de ambos signatarios al tiempo de suscribir dicho tratado y, por lo tanto, lo consideró como un tratado válido en el contexto del derecho internacional. Esto en evidencia de que, en los hechos, en la práctica estatal, las comunidades de las naciones indúes como las del sur-este asiático también fueron aceptadas dentro de la comunidad del derecho internacional y fueron consideradas por las potencias europeas como entidades capaces y dispuestas a observar los derechos y obligaciones que emanan de la suscripción de tratados⁹⁴.

En su informe titulado “Reporte del Sahara”⁹⁵ de 1975, la Corte Internacional también dejó en claro que al tiempo de la colonización española el Sahara Occidental no era considerado por los españoles como un territorio soberano. Contrariamente, España suscribió tratados con las tribus locales con el propósito de adquirir el título en derecho internacional del territorio del Sahara Occidental. De esto se desprende que España, también, consideró a las tribus que habitaban esa área como soberanas en el derecho internacional.

⁹² On this, Kriele, Martin: Nicaragua - das blutende Herz Amerikas, 1985.

⁹³ ICJ Reports 1960, 5 (p. 37 f.).

⁹⁴ Cf. Fisch (fn. 9), pp. 455 ff. and 37 ff.

⁹⁵ ICJ Reports 1975, 12 (pp. 38 ff. and 43 ff.).

Concordantemente, el Reporte del Sahara, también rechazó la teoría de que el territorio del Sahara no tenía soberanía.

Epílogo

Si se tiene en cuenta toda esta práctica estatal, no se puede afirmar sin caer en una falta de seriedad, y de acuerdo con la teoría de la comunidad civilizada, que los territorios de ultramar hayan sido considerados en el derecho internacional como carentes de soberanía debido a la situación de “salvajes” de sus habitantes. Por el contrario, la práctica de la suscripción de tratados de los europeos claramente muestra que ellos consideraron a los habitantes del Nuevo Mundo, del sur-este de Asia y del África como conformantes de comunidades que tenían la voluntad y la capacidad de cumplir con las obligaciones que emanan de los tratados. Es ciertamente correcto decir que el sistema jurídico, inicialmente estuvo conformado por los miembros fundadores de la comunidad de derecho internacional, compuesta solamente de las naciones cristianas y, posteriormente, de las naciones “civilizadas”, lo que equivale a decir los estados europeos y EE.UU. Sin embargo, durante el período de la expansión europea, las potencias europeas y los Estados Unidos reconocieron a numerosas comunidades no-europeas como potencias que eran capaces de mantener relaciones en el ámbito de la comunidad del derecho internacional. Así, los llamados “salvajes” fueron considerados dentro de la comunidad de derecho internacional. Habían adquirido la habilidad de actuar en el ámbito del derecho internacional a fuerza del reconocimiento⁹⁶. Las doctrinas de la no-soberanía de los territorios, la comunidad de las “naciones civilizadas” y la de la carencia de soberanía de derecho internacional de las comunidades no-europeas salvajes sirvieron primariamente para justificar el incumplimiento de los tratados, así como también para legitimar moralmente las acciones de los europeos en el ámbito del concepto de civilización. Sin embargo, desde el principio, estas doctrinas estaban en oposición con la práctica de los estados y, por tanto, nunca fue un principio básico del derecho internacional vigente. Más bien, el factor esencial para decidir la soberanía en el derecho internacional era determinar si y hasta qué punto las comunidades no-europeas podían disponerse y ser capaces de observar las relaciones que se desprenden de la suscripción de tratados.

La cuestión de determinar qué grado de civilización y reconocimiento del derecho se requiere a fin de afirmar la existencia de una capacidad legal de derecho internacional no es simplemente un problema histórico. Es un tema constante en el derecho internacional, y por ello no es sorprendente que la

⁹⁶ Cohen (fn. 51), p. 39 f.

cuestión filosófica de qué distingue a un estado de una banda de ladrones haya sido repetidamente planteada. Hoy en día, el artículo 4 de la sección 1 de la Carta de las Naciones Unidas especifica que pueden llegar a ser miembros de las Naciones Unidas solo aquellos estados que tienen la disposición y la capacidad de cumplir las obligaciones que surgen de dicha Carta. La importancia de esta provisión se extiende más allá de la cuestión de la membresía de las Naciones Unidas. Visto correctamente, este artículo 4 de la sección 1 de la Carta de las Naciones Unidas contiene una definición de la capacidad legal para actuar de un estado en los términos del derecho internacional⁹⁷. Por tanto, estados serán aquellas comunidades que tienen la disposición y la capacidad de cumplir enteramente sus obligaciones en el campo del derecho internacional. El estado, en este caso, es definido como una condición legal, como lo hizo Christian Wolff, con la en extremo problemática consecuencia de que un mínimo nivel de legalidad es indispensable para establecer la categoría de estado.

El nivel mínimo exacto de legalidad que se requiere es difícil de definir. La práctica de los estados es muy reticente en esto. Así, a pesar de algunas opiniones contrarias en la literatura⁹⁸, aun la Alemania Nazi no llegó a tener ese derecho para actuar como una entidad de derecho internacional debido a su incapacidad para alcanzar el nivel mínimo de legalidad. Ni Camboya fue excluida de la comunidad de derecho internacional durante el reino del terror de Khmer Rouge. Esta restricción está ciertamente bien fundada a fin de no poner en peligro la reivindicación del derecho internacional a la validez universal y así debilitar las prohibiciones del uso de la fuerza. El problema que surge de la exclusión de una larga sección de la comunidad internacional del derecho internacional está claramente ilustrado por la doctrina de los “salvajes” y de la comunidad civilizada de naciones. Esta doctrina fue usada como intento para privar de los derechos civiles a los pueblos no-europeos y legitimar los incumplimientos de los tratados coloniales. Afortunadamente, la doctrina de la carencia de derechos tanto de los territorios de ultramar como de sus habitantes nunca llegó a ser parte constitutiva del derecho internacional vigente, incluso si en los hechos parece haber sido largamente ignorada en los textos de la historia del derecho internacional.

Referencia bibliográfica

Cooper, James Fenimore. **The Last of the Mohicans**, 1862.

⁹⁷ Schiedermair (fn. 39), p. 640.

⁹⁸ Cf. e. g. Kelsen, Hans: American Journal of International Law, Vol. 34 (1944), p. 689 ff.

- Davenport, Frances Gardiner. **European Treaties Bearing on the History of the United States and its Dependencies**, Vol. 1, Washington 1917.
- Fisch, Jorg. **Die europäische Expansion und das Völkerrecht**, Stuttgart 1984.
- Gallo, Alfonso García. “Las balas de Alejandro V. y el ordenamiento jurídico de la expansión portuguesa y castellana en África e Indias”, in: Anuario de historia de derecho español 27 /28 (1957/ 58), p.461 ff. (738 f.).
- Grewe, Wilhelm G. **Epochen der Völkerrechtsgeschichte**, Badén- Baden 1984.
- Jardao, Levy Maria. “Bullavium patronatus Portugalliae regum” in excelsiis Africae, Asiae atque Oceaniae, Vol. 1, Lisbon 1868, p.590
- Kant, Immanuel. “Metaphysik der Sitten”, **Gesammelte Werke**, ed. by Wilhelm Weischedel, Vol. VII; a critique of colonialism is also contained in the 3rd Definitive Article of: Schrift zum Ewigen Frieden, **Gesammelte Werke**, Vol. XI, p. 216 f.
- Kant, Immanuel. “Schrift zum Ewigen Frieden”, **Gesammelte Werke**, ed. by Wilhelm Weischedel, Vol. XI, p. 206 f.
- Mill, John Stuart: “A few words on non-intervention”, in: **Dissertations and Discussions, Political and Historical**, Vol. 3, London 1867, p. 153 ff. (168).
- Rousseau, Jean-Jacques: **Contrat social ou principe du droit politique**, 1762.
- Soder, Josef. **Francisco Suárez und das Völkerrecht**, Frankfurt 1973.
- Suárez, Francisco: “Tractus tertius de caritate”, Opera omnia, Vol. 23, Paris 1958.
- Tocqueville, Alexis de. “De la Démocratie en Amérique”, Bruxelles 1840, Vol. 1, p. 45 f.; Vol. III, pp. 125-130, 146.
- Vasquez de Menchaca, Fernando. **Controversias fundamentales y otras de más frecuente**, ed. by Fidel Rodriguez Alcalde, Vol. 1, Chap. 10, p. 4 f.
- Vattel, Emer de. **Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués a la conduite et aux affaires des nations et des Souverains**, ed. by LaEradelle, Albert de, Vol. 1, Washington 1916, pp. 1-16, 18, 81 and 208 f.
- Vitoria, Francisco de: “De indis recenter inventis et de jure belli Hispanorum in Barbaros relectiones”, Lectures on the recently discovered Indians

and the right of the Spanish to wage war against the barbarians, Latin text with German translation by Walter Schatzel, Tübingen 1952.

Wolff, Christian. "Jus naturale methodo scientifica pertractum", Vol. 2, Halle 1742, reprint Hildesheim 1968, paras. 175-197.