

Rechtsgeschichte Legal History

www.lhft.mpg.de

<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg29>

Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte – Legal History Rg 29 (2021)

<http://dx.doi.org/10.12946/rg29/353-354>

Rg **29** 2021 353–354

Armando Guevara Gil *

A Continental View of Indigenous Peoples' Rights

* Universidad para el Desarrollo Andina (UDEA) and Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Lima, jguevara@udea.edu.pe

Dieser Beitrag steht unter einer Creative Commons Attribution 4.0 International License



Armando Guevara Gil

A Continental View of Indigenous Peoples' Rights*

La bibliografía sobre los pueblos indígenas americanos o cualquier otra temática de dimensión continental se caracteriza por un sesgo notorio. Trata los mismos tópicos bajo la presunción inquestionable de una desconexión radical entre el hemisferio norte y sur. Los famosos *Latin American Handbooks* son un claro ejemplo de este divorcio. Asumimos, acriticamente, las narrativas nacionales, regionales e historiográficas que surgieron a raíz de los juegos geopolíticos decimonónicos entre el expansionismo norteamericano, los intentos españoles de reflotar su orbe indiano y los afanes imperiales de Napoleón III que enfatizaban la latinidad de las naciones al sur del Río Grande.

Escrito a contracorriente de esta nítida división hemisférica, el libro de Jonas Bens es un extraordinario aporte para repensar, en su verdadera envergadura continental, la historia de los derechos de los pueblos indígenas. Ni él ni yo nos referimos a los *derechos propios* que algunos intelectuales, líderes indígenas y activistas definen, ucrónicamente, como inmanentes e impolutos. Nos referimos, más bien, a los derechos indígenas alterados y recreados en el fragor de los diferentes ritmos, intensidades y modalidades que adquirió la expansión colonial a lo largo y ancho del continente americano.

Para ilustrar la concreción histórica de estos derechos y las formas de su reconocimiento por los estados (neo)coloniales, Bens selecciona siete casos resueltos en las cortes de Estados Unidos, Canadá y el sistema interamericano de derechos humanos entre inicios del siglo XIX y principios del XXI. Y para explicar cómo se configuraron los regímenes de representación antropológica y enunciación legal de estos derechos apela al dispositivo heurístico de *la paradoja indígena*.

La paradoja indígena fue y es la incorporación subordinada y excluyente de los pueblos indígenas y las comunidades subalternas (e.g., afrodescendientes) a los estados coloniales y republicanos. Esta subordinación produce que sus luchas políticas y legales para reivindicar su autodeterminación

se planteen, procesen y prediquen en los términos y condiciones de los estados colonizadores. Es ciertamente contradictorio, como indica en el capítulo 1, que el reconocimiento de derechos considerados originarios deba exigirse y obtenerse en sedes judiciales nacionales o internacionales y que deban ser ejercidos dentro de una matriz de sujeción y dependencia.

La incorporación a esas órbitas coloniales se produce de dos modos. En uno se reconoce la soberanía que los pueblos originarios poseían antes de la colonización y en el otro se reconoce que su diferencia cultural genera derechos especiales. Ese reconocimiento, en sí, es un ejercicio de poder (neo)colonial. Por eso solo admite una soberanía conculcada (e.g., *domestic dependent nations* en Estados Unidos) o únicamente tolera la diferencia cultural bajo la condición de que no transgreda la clásica cláusula de la repugnancia de los ordenamientos coloniales.

Bens dedica los capítulos 2, 3 y 4 a mostrar cómo la soberanía mediatizada genera el reconocimiento de derechos ancestrales. Dedicada cada uno de ellos a estudiar los casos *Johnson v. McIntosh* (1823), *Cherokee Nation v. Georgia* (1831) y *Worcester v. Georgia* (1832), que forman la célebre trilogía de decisiones de John Marshall, presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos entre 1801 y 1835. Luego, en los capítulos 7 y 8 estudia cómo se atribuye a la diferencia cultural el potencial de crear derechos especiales. Uno está dedicado al caso *Awas Tingni v. Nicaragua* (1991) y el otro al de *Saramaka v. Surinam* (2007), ambos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Entre ambas modalidades, el autor detecta líneas de continuidad, las que analiza en los capítulos 6 y 7. Así, presenta el caso *Delgamuukw v. British Columbia*, sentenciado por la Corte Suprema de Canadá en 1997, para ejemplificar que los argumentos basados en la supervivencia de la soberanía originaria son reemplazados por la

* JONAS BENS, *The Indigenous Paradox. Rights, Sovereignty, and Culture in the Americas*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press 2020, 245 p., ISBN 978-0-8122-5230-9

afirmación de la diferencia cultural, inclusive para la probanza de dominio territorial (e. g., admisión de historia oral). También examina la disputa *Aloeboetoe v. Surinam* (1991) y la sitúa como el precedente que instauró la diferencia cultural como el baremo de la CIDH para reconocer derechos especiales a los pueblos originarios y comunidades subalternas.

Para los historiadores del Derecho interesados en la evolución del reconocimiento de los derechos indígenas en Estados Unidos y Canadá, este libro resultará muy útil porque sintetiza con maestría los casos presentados y los analiza a la luz de un planteamiento teórico innovador. Para sus similares en América Latina, la obra también será muy ilustrativa porque ofrece un panorama de los poco conocidos desarrollos jurisprudenciales del hemisferio norte, a la par que coloca en perspectiva histórica la opción de la CIDH por la diferencia cultural para tutelar derechos indígenas. Y, para los historiadores del Derecho interesados en una visión de conjunto de los derechos indígenas en las Américas, es un trabajo indispensable porque cuestiona los paradigmas vigentes, tanto la nítida división interamericana como la supuesta autenticidad y ancestralidad atribuida a derechos históricamente sujetos a lo que Bens denomina la paradoja indígena. Por eso mismo es un libro recomendable para etnohistoriadores, antropólogos y americanistas dedicados al estudio de la problemática de los pueblos originarios. Por cierto, es una obra que interpela a los intentos de descolonización de la historia y el Derecho porque, precisamente, estos tienden a incurrir en la paradoja planteada por el autor.

Aunque es una obra rigurosa, bien elaborada y novedosa, presenta algunos errores y omisiones, tanto legales como antropológicos. Por ejemplo, Bens afirma que ambos enfoques, el de la soberanía y la diferencia cultural, atribuibles en principio a los sistemas legales norteamericanos y latinoamericanos, «are indeed interacting and cross-fertilizing independently of their origins» (106). Solo una cuidadosa identificación de la genealogía de los conceptos y de las influencias recíprocas en la historia del reconocimiento jurisprudencial de los derechos indígenas en el continente podría confirmar esta afirmación. Por lo pronto, para América Latina, es mejor tomarla como una fascinante hipótesis de trabajo aplicable al reconocimiento

de derechos indígenas a partir de los viejos tratados coloniales identificados, entre otros, por Bartolomé Clavero.

También parece apresurado sostener que las voces indígenas resuenan directamente en expedientes como los del caso *Cherokee Nation v. Georgia* (1831). El autor presenta un alegato incluido en una compilación hecha por Richard Peters en 1831 como «The Cherokees' Autoethnography» (56–61). Desde el punto de vista antropológico y etnohistórico, es muy arriesgado atribuirle un status de fuente primordial. Primero habría que determinar el grado de mediación y participación de su famoso abogado William Wirt, o de Samuel Worcester y otros misioneros que respaldaban su causa, en la redacción del testimonio. Si nos atenemos a la evidencia documental comparada, más bien se trataría de un documento representativo de la paradoja indígena, por lo que es necesario interpretarlo con todas las precauciones indicadas en el propio libro.

En cuanto a las fuentes que emplea, se extraña el diálogo con la ingente bibliografía escrita en castellano y portugués por académicos latinoamericanos sobre los temas estudiados, en particular sobre la juridización del esencialismo cultural para reivindicar los derechos especiales que se derivan del derecho a la diferencia. Por su identificación con la región, incluyo aquí a Boaventura de Sousa Santos y Bartolomé Clavero. El libro tampoco presta atención a las jurisprudencias nacionales, entre ellas a las emblemáticas decisiones de la Corte Constitucional de Colombia, tan influyente en el Derecho y los movimientos sociales latinoamericanos, y en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Estas omisiones le impiden ponderar el aporte latinoamericano a la (re)construcción de las categorías antropológicas y legales acuñadas para comprender y defender los derechos de los pueblos indígenas. Finalmente, no queda claro cuál fue el criterio para comparar las decisiones de cortes nacionales (Estados Unidos, Canadá) con sentencias pronunciadas por un tribunal internacional como lo es la CIDH, el que por su naturaleza responde a otra lógica, procedimiento, normatividad y jurisdicción.

Más allá de estas observaciones, se trata de un libro original, muy bien escrito e investigado, cuya lectura recomiendo vivamente. ■