

Backhouse, Constance. *De la couleur des lois: une histoire juridique du racisme au Canada entre 1900 et 1950* (Ottawa: Presses de l'Université d'Ottawa, 2010)

Julio César Rivera ♦

En el reciente congreso de la *Académie Internationale de Droit Comparé* celebrado en Taiwán (mayo 2012), uno de los temas tratados fue el de la codificación de los derechos humanos. El profesor Giuseppe Franco Ferrari afirma en su *General Report* que: “los derechos son definitivamente la idea más fuerte en la evolución del derecho público en el siglo XX, por lo menos después de la segunda guerra mundial, y van a ser cuanto menos igualmente importantes en el nuevo milenio”¹; y continúa: “los derechos humanos y el mercado son probablemente las dos ideas más diseminadas y respetadas en el mundo contemporáneo. Sin embargo, mientras existe amplia literatura económica, sociológica y política criticando la ideología del mercado [...] virtualmente no hay críticas a la filosofía de los derechos humanos”² [traducciones propias].

Lo cierto es que tales *derechos* también se proyectan en el derecho privado, pues la afectación de los mismos da lugar a reparaciones, a acciones preventivas de esas afectaciones y aun a la supresión de conductas que constituyan una lesión actual o inminente a ellos.

En ese marco se desarrolla el reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios y de los que pertenecen a culturas diferentes a los de la generalidad de la población de un Estado determinado, dando lugar a la problemática que conocemos bajo el término multiculturalismo. El multiculturalismo, y dentro de él, la problemática particular de los pueblos originarios, supone y requiere el reconocimiento de la existencia de tales pueblos originarios así como de su derecho a la igualdad jurídica y al respeto de su identidad.

♦ Socio fundador del estudio jurídico Julio César Rivera Abogados. Profesor titular de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (desde 1984) y profesor titular de Contratos en el Departamento de Derecho de la Universidad de San Andrés. Es especialista en derecho de la insolvencia (concurso preventivo, quiebras, reestructuraciones de deuda y acuerdos preventivos extrajudiciales), derecho societario, arbitraje doméstico e internacional, litigios comerciales complejos, derecho bancario y derecho civil. Obtuvo su título de abogado en la Universidad del Salvador (Medalla de Oro) en 1970. En la misma Universidad se doctoró en Derecho de la Jurisprudencia en 1974. Previo a ejercer el derecho en el ámbito privado, el autor se desempeñó como Juez Nacional de Primera Instancia en lo Comercial (1978-1982) y Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (1982-1985). Fue socio del Estudio del Dr. Alegría (1985-1993).

¹ Giuseppe Franco Ferrari, “The Codification of Human Rights at National and International Levels. General Report”, (Ponencia presentada en el Congreso Intermedio de Derecho Comparado, Taiwán, 2012).

² Ferrari, “The Codification...”.

Mucho se ha avanzado en tales materias en los últimos decenios, pero así como “el derecho civil italiano no nació con el Código de 1942”³, la temática de los derechos y en concreto la problemática de la identidad de los pueblos originarios y del multiculturalismo no nacieron por generación espontánea a mediados del siglo XX, sino que constituyen una consecuencia de múltiples factores filosóficos, históricos, ideológicos, sociológicos, políticos, económicos, etc.

No es del caso dar aquí una lección de filosofía, materia que nos es ajena, pero nos permitimos recordar que justamente después de la segunda guerra hay una suerte de retorno a las fuentes y en particular al pensamiento kantiano, con lo cual constituye uno de los *prius* lógicos del derecho el reconocimiento en cada ser humano de una dignidad, lo que impone respetar su integridad física y su personalidad espiritual proyectada en identidad, imagen, intimidad y honor.

Pero lo cierto es que no siempre fue así: durante siglos, el extranjero, el aborigen, el perteneciente a una confesión religiosa minoritaria, el distinto, no fueron reconocidos como sujetos de derecho plenos.

Ello fue particularmente ostensible en el tratamiento dispensado por los colonos europeos (o descendientes de europeos) a los pueblos originarios subyugados. Aun luego de terminadas las acciones de conquista territorial y sometimiento, la discriminación continuó y uno de los objetivos comunes a las políticas estatales consistía en el desconocimiento de la identidad de los pueblos originarios, la asimilación a la cultura europea y la discriminación.

Ejemplos de esas políticas pueden verse en muchos lugares, resultando muy conocida la situación en Australia, donde hasta se arrancaba a los hijos de los aborígenes de sus familias para ser criados y educados a la manera *occidental*.⁴ Ello ha dado lugar en los últimos tiempos a pedidos de disculpa pública del Estado por los daños cometidos a las víctimas de tales políticas.

Menos conocida es la realidad de Canadá. En general se tiene la imagen de que la sociedad canadiense es sumamente abierta, muy equilibrada y que ha desarrollado un sistema jurídico muy avanzado en la protección y tutela de los derechos fundamentales. La Constitución⁵, la

³ Cita renombrada del Profesor Rodolfo Sacco.

⁴ Richard Bartlett, “The Status of Indigenous People in Australia”, en *The Convergence of Legal Systems in the 21th Century. An Australian Approach*, eds. Gabriël Moens y Rodolphe Biffot (Brisbane: CopyRight Publishing, 2002), 159 y siguientes.

⁵ Parlamento de Canadá, Acta Constitucional de 1982, disponible en: http://laws.justice.gc.ca/eng/Const/Const_index.html (consultado por última vez el 10 de julio de 2012).

*Déclaration Canadienne des Droits*⁶ y la *Charte Canadienne des Droits et Libertés*⁷ conforman un complejo haz legislativo que parece asegurar a todos los ciudadanos de cualquier origen sus derechos fundamentales: en particular, el derecho a la no discriminación por razón de raza, color, sexo, embarazo, orientación sexual, edad, religión, convicciones políticas, lengua, origen étnico o nacional, condición social, discapacidad, o por la utilización de un medio para paliar la incapacidad (art. 10 de la *Charte Canadienne des Droits et Libertés*).

Sin embargo el libro de la profesora Backhouse nos muestra una realidad absolutamente distinta y que predominó en la vida canadiense casi de manera indiscutida hasta muy avanzado el siglo XX. Su libro *De la couleur des lois*⁸ es un apasionante repaso de la legislación y la jurisprudencia canadiense de los primeros cincuenta años del siglo pasado que demuestra cómo el eurocentrismo cultural tendía a la supresión de la identidad de los pueblos originarios que habitaban el territorio canadiense, así como al trato discriminatorio que sufrieron asiáticos y negros.

No vamos a comentar todos los casos que trata la autora, pues basta con señalar algunos para ejemplificar esa política que hoy nos parece inaceptable y que sin embargo fue tan monolíticamente aceptada por las autoridades y por la inmensa mayoría de la población.

La primera sentencia que se comenta es la rendida por la Corte Suprema de Canadá el 5 de abril de 1939 en *Re Eskimos*⁹, caso en el que se discutía si los *esquimales* eran o no *indios* según la *Loi des Sauvages*¹⁰. La autora reconoce que es uno de los casos que ha podido reconstruir mejor, por lo que hace un recorrido por las afirmaciones de los abogados y las declaraciones de los expertos que intentan *clasificar* a los esquimales, que no son blancos, negros, amarillos ni rojos, sino *blanco amarillentos*, y que no llevan en su sangre los mismos orígenes que los pieles rojas claramente identificados como *indios* más allá de la reconocida ambigüedad, o mejor, inexactitud, de tal calificación. Ello llevó a algún experto a sostener que los esquimales e inuits¹¹ eran tan diferentes de un piel roja como podía serlo un inglés de un griego, un italiano o un hindú. La Corte Suprema finalmente decidió que los esquimales eran

⁶ Parlamento de Canadá, *Déclaration Canadienne des Droits*, sancionada en 1960, disponible en: <http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/C-12.3/> (consultado por última vez el 10 de julio 2012).

⁷ Parlamento de Canadá, *Charte Canadienne des Droits et Libertés*, Constitución de Canadá, sancionada en 1982, disponible en: <http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/Charte/> (consultado por última vez el 10 de julio de 2012).

⁸ Constance Backhouse, *De la couleur des lois: une histoire juridique du racisme au Canada entre 1900 et 1950* (Ottawa: Presses de l'Université d'Ottawa, 2010).

⁹ Corte Suprema de Canadá, "Re Eskimos", 5 de abril de 1939, ([1939] 2 D.L.R. 417; [1939] S.C.R. 104).

¹⁰ Parlamento de Canadá, *Estatuto Canadiense, Loi des Sauvages*, 1951.

¹¹ Nombre común para los pueblos esquimales que habitan las regiones árticas de América y Groenlandia.

indios en el sentido de la legislación vigente. Ella se fundó en observaciones y opiniones presentadas en el siglo XIX por personas de origen exclusivamente europeo. A la cabeza se encontraban los representantes coloniales del poder imperial británico, seguidos de lexicógrafos de los Estados Unidos. Ningún autóctono fue consultado, ni se dio la posibilidad de recibir una opinión de ellos sobre una cuestión que tendría importantes efectos sobre el estatus jurídico del grupo. De hecho, nadie parecía preocupado por tal omisión, según destaca la autora.

El segundo caso que comenta Backhouse es el de la criminalización de las danzas autóctonas. Una cierta *Acte des Sauvages*¹² proscribía ciertas danzas tradicionales, en el marco de una política que consideraba como una amenaza la preservación de las tradiciones autóctonas, por lo que debía propenderse a la eliminación de las lenguas de las Primeras Naciones y a promover la conversión de los autóctonos al cristianismo. Por esta razón, en la correspondencia de la época se advertía a las Iglesias que debían tratar de convencer a los Dakotas (indios) del carácter profundamente inmoral de sus danzas. En ese contexto, en julio de 1902 la comunidad Dakota de Oak River fue invitada a participar en la feria anual de Rapid City, una de las tantas ciudades que se iba haciendo próspera en los primeros años del siglo XX, y allí desarrolló la danza de las praderas sagradas. Como consecuencia de ello se inició un proceso contra Wanduta, uno de los jefes Dakota, el cual fue encarcelado y condenado a cuatro meses de trabajos forzados. Lo curioso es que el hombre de negocios de Rapid City que había invitado a los Dakota a presentar su danza, actuó inmediatamente protestando ante el ministro de Asuntos Indígenas contra tal decisión, pero sin éxito alguno. Por ello cinco miembros de la tribu se decidieron a ir a la ciudad donde estaba encarcelado su jefe para contratar un abogado. Si bien se comprometió a los abogados más importantes de la ciudad, Wanduta cumplió íntegramente su pena, lo que no le impidió seguir participando en los años siguientes de otras ceremonias tradicionales. De todos modos, la prohibición de las danzas ceremoniales y su caracterización como infracción penal, recién fueron derogadas en 1951.

Otros casos son tratados con la misma profundidad, abarcando: el de la mohawk¹³ que había sido despojada de sus redes de pesca (*Sero v. Gault*¹⁴); el de la mujer china que pretendía abrir

¹² Parlamento de Canadá, *Acte des Sauvages*, 1876.

¹³ Los Mohawk son una tribu de la Confederación Iroquesa.

¹⁴ Suprema Corte de Ontario, “*Sero c. Gault*”, 20 de marzo de 1921, (50 O.L.R. 27; 20 O.W.N. 16, 64 D.L.R. 327).

un negocio y tener licencia para contratar mujeres blancas¹⁵, en contradicción con la *Législation du Travail des Femmes Blanches de Saskatchewan*¹⁶; el que muestra la reacción cómplice de las autoridades frente al ataque propinado por el Ku Klux Klan contra una pareja conformada por un negro y una blanca (*R c. Phillips et le Ku Klux Klan*¹⁷); y otros.

La autora concluye su rica investigación señalando que tanto la legislación como las autoridades y el pueblo en general estaban sumamente cómodos con la distinción de las razas en función del color de la piel: blanco, rojo, amarillo y negro; ello, más allá de ciertas imprecisiones que llevaban a que los japoneses fueran calificados a veces de *morenos (bruns)* y en otras como *amarillos*. Frente a esa realidad hubieron, sin embargo, voces valientes que se levantaron contra tales virtuales consensos; y no solo provenían tales voces de los mismos pueblos o personas discriminadas, sino también de miembros conspicuos de los *blancos*, como el juez de la Corte Suprema de Canadá Henry Davis quien escribió que la discriminación racial es contraria a la moral y al orden público. En la misma línea podían encontrarse también a canadienses comunes que rechazaban la interdicción de las danzas ceremoniales. De modo que – afirma la autora – la complejidad de los puntos de vista y la diversidad de las posiciones testimonian la importancia de investigar de manera profunda la historia del racismo en la sociedad y en el derecho canadiense.

A nuestro modo de ver, de esto último surge la mayor enseñanza que podemos extraer para nuestro propio derecho y para nuestra propia sociedad: sería muy importante investigar y estudiar seriamente el racismo en la legislación y en la sociedad argentina. Al fin y al cabo, quienes no aprenden de la historia están destinados a padecer las experiencias del pasado.

¹⁵ Corte del Rey, “*Yee Clun vs. City of Regina*”, 1925, [20 Sask L.R 232 (Sask K.B)].

¹⁶ Legislatura de Saskatchewan, *Législation du travail des femmes blanches*, 1912.

¹⁷ Suprema Corte de Ontario, “*R c. Phillips et le Ku Klux Klan*”, 1930.