

CREAR UN ESPACIO CONSTITUCIONAL PARA LOS PUEBLOS INDÍGENAS: LA AMBIVALENCIA DE CANADÁ

(Borrador)

Por Michael Lee Ross

Peter Grant & Associates, Canadá

1. INTRODUCCIÓN

A. TESIS

En esta ponencia, quisiera esbozar primero una breve visión general sobre el estado de las cosas en las relaciones entre los pueblos indígenas y no indígenas de Canadá. Aunque será breve, espero que mi resumen y mi análisis arrojen algo de luz acerca de los problemas y preocupaciones vinculadas a los esfuerzos de Canadá por crear espacio constitucional para sus pueblos indígenas.

Dicho de manera muy abstracta, muy brevemente una vez más defenderé y concluiré que la orientación reciente de Canadá en derecho constitucional por la diferencia y la diversidad de los pueblos indígenas hasta la práctica exclusión de cuanto tienen en común con los pueblos no indígenas supone tanto un alejamiento de su anterior tradición jurídica como una restricción del espacio jurídico antes disponible para los pueblos indígenas.

B. DÓNDE TRABAJO Y VIVO

Vivo y trabajo en Vancouver, Columbia Británica, Canadá. Soy abogado asociado del bufete Peter Grant and Associates. Representamos de manera exclusiva a pueblos indígenas, incluyendo gobiernos indígenas. Mi práctica se desarrolla principalmente en el ámbito del derecho constitucional.

Canadá es un estado federal. Tiene 10 provincias y 3 territorios. Columbia Británica, que limita con el Océano Pacífico, es la provincia más occidental. El territorio de Columbia Británica (944.735 Km²) casi duplica la superficie de España (504.782 Km²). Su población (cerca de 4,2 millones de habitantes)

supone menos de 1/10* de la española (46 millones de habitantes aproximadamente). Este año, 2008, se celebra el 150^a aniversario de la fundación de Columbia Británica como colonia británica.

2. SECCIÓN 35 DEL ACTA CONSTITUCIONAL DE 1982

El *Acta Constitucional de 1982* inició una nueva era en la historia de la constitución de Canadá y por consiguiente una nueva era en la historia del propio país. La sección 35 del Acta de 1982 señala el compromiso de Canadá con la creación de una nueva relación con sus pueblos indígenas (es decir, los aborígenes). La sección 35 reza:

- (1) Los derechos aborígenes y de tratados existentes de los pueblos aborígenes de Canadá son reconocidos y afirmados por la presente.
- (2) En esta Ley, "pueblos aborígenes de Canadá" incluye a los indios, los inuit y los metis de Canadá.
- (3) Para más claridad, en la subsección (1) el término "derechos de tratados" incluye derechos que existen ahora por medio de acuerdos sobre reclamaciones de tierras o que pueden adquirirse así.
- (4) Sin perjuicio de cualquier otra disposición en este Acta, los derechos aborígenes y de tratados mencionados en la subsección (1) se garantizarán por igual a hombres y mujeres.

Quisiera llamar su atención y explicar con más detalle una serie de puntos del texto antes de pasar al tema de debate principal.

Primero, la sección 35(2) afirma que los pueblos aborígenes cuyos derechos son protegidos por la sección 35(1) incluyen a los indios, los inuit y los metis de Canadá. A diferencia de muchos en Estados Unidos que todavía se llaman a sí mismos indios o indios americanos, los pueblos indios de Canadá prefieren que les denominen "Naciones Originarias". Los pueblos de las Naciones Originarias viven en casi todas las regiones de Canadá salvo muy al norte, donde habitan los inuit. El origen de los metis se encuentra en las primeras etapas del comercio de pieles en Canadá. Primero los franceses, y después los escoceses en menor

medida y los ingleses aún menos y otros comerciantes de pieles varones empezaron a juntarse con mujeres de las Naciones Originarias (o en ocasiones inuit), se asentaron en el país y criaron allí a sus familias. En algunos lugares, sobre todo en Manitoba, surgieron comunidades con culturas diferenciadas, que no eran ni Naciones Originarias, ni franceses, ni escoceses, etc.

Segundo, los derechos protegidos por la sección 35 son de dos tipos: derechos aborígenes y derechos de tratados. Dicho llanamente, los derechos aborígenes son derechos derivados de la ocupación anterior por los pueblos aborígenes de Canadá, es decir, antes del contacto con los europeos¹, de la afirmación de soberanía de la Corona² o del control efectivo de la Corona³, según sea el caso. Los derechos de tratados son derechos incorporados en los tratados negociados con la Corona. Los tratados en Canadá aludían principalmente a la formación de alianzas militares, la restauración de la paz tras las hostilidades y la renuncia de derechos aborígenes a/sobre tierras a cambio de ciertas promesas de la Corona, tales como la reserva de parcelas de terreno protegidas de la usurpación por los colonos y derechos de caza y pesca continuos sobre tierras no aprovechadas para asentamientos u otros fines. La sección 35(3) versa sobre la futura negociación de los tratados del último tipo.

Los primeros tratados se negociaron con los pueblos de las Naciones Originarias. Todos los tratados históricos, es decir, tratados firmados más o menos antes de 1930, se suscribieron con pueblos de las Naciones Originarias.

¹ Los derechos aborígenes de los pueblos inuit y Naciones Originarias, como por ejemplo derechos de caza y pesca, deben rastrear sus orígenes en el precontacto, esto es, antes de su contacto con los europeos. El momento del primer contacto varía en los distintos lugares de Canadá, aproximadamente entre 1500 y 1900.

² El título aborígen, que es un derecho exclusivo a la ocupación y el uso de la tierra, debe rastrear sus orígenes en la afirmación de la soberanía de la Corona. Igualmente, el momento de la afirmación de la soberanía de la Corona varía en distintos lugares de Canadá. En cuanto a Columbia Británica, la opinión prevaleciente es que la Corona afirmó su soberanía sobre el territorio general en 1846. Título aborígen es un derecho aborígen de acuerdo con la sección 35(1). Resulta hasta cierto punto habitual en los círculos jurídicos/académicos canadienses basarse en el contexto para indicar si estamos hablando de derechos aborígenes a fin de incluir o excluir el título aborígen. De cualquier modo, se considera que la sección 35(1) incluye el título aborígen.

³ Los derechos aborígenes de los metis, una vez más derechos de caza y pesca, deben rastrear sus orígenes en el precontrol, es decir, antes de que los europeos logran el control político y jurídico sobre la zona.

Existe un pequeño número de tratados modernos, alrededor de una docena, que comenzaron en la década de 1970, y muchos de ellos fueron suscritos durante la pasada década. En Columbia Británica se negociaron unos cuantos tratados en la Isla de Vancouver en 1850. En estos tratados, las Naciones Originarias cedieron sus derechos a ciertas parcelas de terreno entre otras cosas a cambio de la promesa de que podrían seguir cazando y pescando como lo habían hecho hasta entonces. En 1901, la Corona federal firmó un tratado con las Naciones Originarias cuyos territorios incluían el cuadrante nororiental de Columbia Británica. En la década pasada se suscribieron otros tres tratados. Lo que esto significa, y es importante destacarlo a los efectos de este documento, es que la mayor parte de la superficie de Columbia Británica continúa estando sujeta a los derechos aborígenes de los pueblos de las Naciones Originarias en la Provincia.

Una última cosa a señalar es que los derechos protegidos por la sección 35(1) son derechos colectivos. Un derecho aborígen es un derecho propiedad de un pueblo aborígen. Por ejemplo, el pueblo de los gitanyow, cuyo territorio ancestral se encuentra al norte de Columbia Británica central, reclama el título aborígen sobre sus tierras. (El Tribunal Supremo de Columbia Británica ha confirmado que tienen sobradas razones para reivindicar el título⁴). Aunque requiere que los individuos gitanyow actúen conforme a su título, es al pueblo gitanyow a quien pertenece el derecho.

El resto de este artículo se centra en la sección 35(1). Para mayor comodidad, en lo sucesivo hablaré sencillamente de la sección 35 en lugar de sección 35(1). Confío en que esto no cause ninguna confusión.

3. MAGNITUD DE LA TAREA

Como dije antes, la sección 35 del *Acta Constitucional de 1982* señaló el compromiso de Canadá con la creación de una nueva relación con sus pueblos

⁴ ¡*Error!* **Solo el documento principal** *Wii'litswx v. British Columbia (Ministro de Bosques)*, 2008 BCSC 1139.

aborígenes. Tal y como sugieren las palabras de esta disposición, esta nueva relación debe fundamentarse en el reconocimiento y la afirmación de los derechos aborígenes y de tratados de los pueblos aborígenes de Canadá por parte del estado canadiense. Algo importante que no menciona la disposición es que la historia del estado canadiense de ignorar, perder el respeto, y en ocasiones incluso negar los derechos aborígenes y de tratados de los pueblos aborígenes (y las consecuencias siempre presentes de esta historia para los pueblos aborígenes y los canadienses) dio lugar a la necesidad del imperativo constitucional de la sección 35.

Para quienes no estén familiarizados con los pormenores, y aquí incluyo tristemente a muchos canadienses, es importante hacerse una idea clara de la magnitud del compromiso asumido por el estado en 1982.

Existen entre 60 y 80 naciones indígenas con base histórica en Canadá. Estas naciones se dividen en unas 1.000 comunidades locales o "bandas". Aproximadamente el 50% de estas bandas residen en Columbia Británica. El número de bandas en Columbia Británica refleja el hecho de que cuando se produjo el contacto con los españoles y los ingleses a finales del siglo XVIII, esta zona era la región más densamente poblada al norte de la Ciudad de México. La población, diezmada más tarde por la introducción de enfermedades europeas, se sustentaba por la abundancia de recursos pesqueros fluviales y marinos, en particular por el salmón salvaje del Pacífico. La diversidad poblacional queda reflejada en el hecho de que se hablan 11 lenguas indígenas en esa Provincia.

El Tribunal Supremo de Canadá ha rechazado aplicar un enfoque único a los derechos de los pueblos aborígenes de Canadá. Así pues, los derechos reconocidos y afirmados por la sección 35 son los derechos de pueblos aborígenes particulares, con sus propias culturas, tradiciones e historias particulares. En consecuencia, no hay dos pueblos aborígenes que necesiten ocupar el espacio constitucional otorgado por la sección 35 en general exactamente del mismo modo o con el mismo alcance.

4. DERECHOS ABORÍGENES Y DERECHO CONSUECUDINARIO

El espacio constitucional potencialmente ocupado por cualquier pueblo aborígen es proporcional a sus derechos tal y como se reconoce y afirma en la sección 35. Esto es válido para los derechos aborígenes y de tratados. Aquí me gustaría detenerme a comentar los derechos aborígenes.

La doctrina de los derechos aborígenes existía antes del *Acta Constitucional de 1982*. Para comprender la doctrina, resulta útil saber que la Corona Británica reconoció que Norteamérica (y otros lugares) ya estaba habitada por naciones indígenas independientes, con sus propias instituciones y leyes. Como ésta no contemplaba la tierra como *terra nullius*, no se consideraba a sí misma libre para comerciar con la tierra desatendiendo las reclamaciones de los ocupantes anteriores. En virtud de la legislación inglesa, a menos que se modifiquen o se deroguen, las instituciones y leyes de los ocupantes anteriores debían continuar como estaban antes de la afirmación de soberanía de la Corona sobre las gentes y las tierras.⁵

Lamentablemente, los responsables de defender el honor de la Corona en Columbia Británica acabaron adoptando una postura contraria. Si bien se firmaron unos cuantos tratados con los pueblos de las Naciones Originarias en la Isla de Vancouver en la década de 1850 antes del asentamiento y el desarrollo de esas zonas, las autoridades coloniales ignoraron básicamente los derechos de los habitantes indígenas originales después de que comenzara el asentamiento en la Provincia en la década de 1860. Durante más de 120 años, los sucesivos gobiernos coloniales primero y provinciales después de Columbia Británica expresaron que los pueblos de las Naciones Originarias de la Provincia carecían de derechos legales derivados de su ocupación anterior y, aunque los tuvieran, sus derechos habían prescrito a favor de leyes o instrumentos coloniales. Sólo cuando se vio presionada por los tribunales, y especialmente por el Tribunal Supremo de Canadá en las décadas de 1970 y 1980, la Provincia comenzó a modificar su postura.

⁵ Se conoce como la doctrina de la continuidad.

Pero volvamos al hilo argumental básico... en principio, aquellas instituciones y leyes aborígenes compatibles con la soberanía de la Corona fueron incorporadas al derecho consuetudinario inglés. Esto supuso que las instituciones y leyes aborígenes podían ser reconocidas por los tribunales.

Como primer ejemplo de tal reconocimiento por un tribunal de Canadá, permítanme mencionar la causa de *Connolly v. Woolrich*⁶. Esta causa, resuelta el 9 de julio de 1867, apenas 8 días después de crearse la confederación de Canadá, afectaba a los bienes inmuebles de un hombre de ascendencia europea que, tras abandonar Quebec para trabajar en el comercio de las pieles en el Oeste, se había casado con una mujer Cree de acuerdo con las costumbres Cree en 1803. Tiempo después regresó a Quebec, abandonó a su esposa y se casó con una mujer de Quebec según la legislación de Quebec. La cuestión en *Connolly* era si el matrimonio en línea con el derecho consuetudinario Cree era válido desde la perspectiva de la legislación canadiense. Tras constatar que el matrimonio cumplía las tres características del matrimonio reconocibles por la legislación canadiense (esto es, voluntariedad, permanencia y exclusividad), el tribunal concluyó que el matrimonio era válido.

La causa *Connolly* es un claro ejemplo del potencial de incorporación y reconocimiento de las instituciones y leyes aborígenes a un sistema jurídico global dominante. Por desgracia, este potencial quedó prácticamente sin aprovechar en la historia posterior de Canadá.⁷

Pese al potencial del derecho consuetudinario para reconocer un amplio espectro de instituciones y leyes aborígenes, los derechos aborígenes existentes en virtud del derecho consuetudinario se vieron siempre sometidos a la potestad del Parlamento para anularlos a su voluntad.

⁶ *Connolly v. Woolrich*, (1867), 17R.J.R.Q. 75.

⁷ Algunas causas posteriores han confirmado la potestad de los tribunales del derecho consuetudinario para reconocer matrimonios y adopciones consuetudinarios aborígenes.

5. DERECHOS ABORÍGENES Y CONSTITUCIÓN

En su primera resolución acerca del significado y el efecto de la sección 35, la resolución *Sparrow* de 1990⁸, el Tribunal Supremo de Canadá declaró que la constitucionalización de los derechos aborígenes en 1982 les había protegido de los poderes de anulación del Estado. A partir de entonces, solamente se podrían anular con el consentimiento de los aborígenes y aunque el Estado pudiera infringir aún sus derechos, podría hacerlo únicamente con una justificación adecuada.

El Tribunal Supremo de Canadá señaló además que la protección otorgada a los derechos aborígenes por el Artículo 35 tenía el efecto inmediato de proporcionar "un fundamento constitucional sólido sobre el que entablar posteriores negociaciones [de tratados]"⁹.

En su segunda oportunidad de considerar el significado y el efecto de la sección 35, la resolución *Van der Peet* de 1996, el Tribunal Supremo estableció una prueba para determinar si una "práctica, costumbre o tradición" podía considerarse un derecho aborígen en virtud de lo dispuesto en el la sección 35. El Tribunal formuló la prueba de este modo: "para ser un derecho aborígen, una actividad debe ser un elemento de una práctica, costumbre o tradición *inherente a la cultura distintiva* del grupo aborígen que reclama el derecho"¹⁰.

6. LOS EFECTOS DEL CAMBIO DEL DERECHO CONSUECUDINARIO A LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

La adopción por el Tribunal Supremo de Canadá de la prueba "inherente a la cultura distintiva" para determinar si una "práctica, costumbre o tradición" es un derecho aborígen según la sección 35 es, y confío en que lo entiendan, un enfoque considerablemente más limitado para la potencial inclusión de los pueblos, instituciones y leyes aborígenes dentro del derecho consuetudinario.

⁸ /Error! Solo el documento principal R. v. Sparrow, [1990] 1 S.C.R. 1075.

⁹ *Ibid.*, en párr. 53.

¹⁰ *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507 en párr. 46.

Al interpretar la sección 35 como protección únicamente de aquellas expresiones de culturas aborígenes que se definen como distintivas, el Tribunal Supremo negó en efecto la protección a rasgos de sus culturas compartidos por la sociedad canadiense más amplia. Dicho de otro modo, estableció una dicotomía entre prácticas, tradiciones y costumbres aborígenes y no aborígenes, lo que implicaba que "cultura aborígen y derechos aborígenes ... [se convirtieron] en lo que queda después de eliminar las características de las culturas no aborígenes"¹¹.

7. TRATADOS NEGOCIADOS: LA FORMA PREFERIDA DE OCUPAR EL ESPACIO CONSTITUCIONAL

El Tribunal Supremo de Canadá ha afirmado en repetidas ocasiones que las negociaciones son el cauce preferido para resolver reclamaciones aborígenes y por tanto de definir el espacio constitucional para un pueblo aborígen.

El juez -McLachlin discrepaba con la decisión mayoritaria.

- Los tratados son el cauce preferido del Tribunal para abordar la soberanía previa de los pueblos aborígenes sobre las tierras y sobre sí mismos, sus instituciones, sus leyes y sus derechos aborígenes en general.
- El problema ha sido que el estado canadiense ha mostrado escaso interés por negociar tratados que van muy lejos en el reflejo de la soberanía previa, las instituciones y las leyes de un pueblo. El enfoque restringido del Tribunal hacia los derechos aborígenes es parte del problema.
- En Columbia Británica, donde las negociaciones de tratados llevan avanzando más de una década, la mayoría se han estancado. Una serie de Naciones Originarias se niega a entablar tales negociaciones.

¹¹ *Ibid*, en párr. 154. Las palabras fueron pronunciadas por la Juez, ahora Juez presidente.

8. LA RAÍZ DEL PROBLEMA

Si consideramos que la pérdida del espacio potencial (aunque inseguro) para los pueblos aborígenes de acuerdo con el derecho consuetudinario es un giro desafortunado y perjudicial en la historia de las relaciones aborígenes y no aborígenes en Canadá, y ésta es mi opinión¹², cabe preguntarse en torno a qué giró el cambio del Tribunal Supremo de Canadá.

A mi parecer, el cambio giró en torno a su atención por el hecho de que los pueblos cuyos derechos están protegidos por la sección 35 son *aborígenes* excluyendo prácticamente el hecho de que los aborígenes cuyos derechos están siendo protegidos son también *pueblos*. La incorporación de instituciones y leyes aborígenes al derecho consuetudinario supuso un reconocimiento de que éstas son las instituciones y leyes de *pueblos* que ya habitaban las tierras cuando llegaron los europeos. Básicamente, pues, afirmar que estos pueblos son aborígenes equivale a decir que ya estaban asentados allí.

Uno de los resultados de la atención prestada por el Tribunal a la *aboriginalidad* y la diferencia hasta excluir el hecho de que los pueblos aborígenes *son pueblos* como lo son, por ejemplo, los franceses de Quebec, es que los tribunales casi siempre tratan los derechos aborígenes como derechos individuales, a pesar de hablar de derechos colectivos.

¹² Honestamente debo decir, aunque no tenga tiempo de extenderme aquí, que el Tribunal Supremo de Canadá se ha ido desmarcando lentamente de la postura que adoptó en la causa *Van der Peet*.

9. FOMENTO DE LAS INSTITUCIONES Y LEYES ABORÍGENES SEGÚN LA JURISPRUDENCIA ACTUAL

Difícil, un verdadero desafío, pero no imposible. Ejemplo:

- Wii'litswx: pueblo gitanyow - 7 licencias de bosques – años de excesiva cosecha y reforestación inadecuada
- El gobierno provincial tenía la obligación de reconocer el sistema y los territorios wilp. Organización política y social, 8 casas, liderazgo hereditario, jefes hereditarios – vinculado a la legislación tradicional ayookw - gestión. Instituciones: fiestas – ceremonias potlatch - tótems - penachos.
- Deber de consultar y acomodar – reparto de beneficios – vinculado a la renovación del sistema wilp.
- Lo hemos conseguido mediante la prueba Van der Peet: Primera vez – estructura política, autogobierno; primera vez – deber de repartir nuevamente los beneficios económicos derivados de sus tierras y recursos.
- La provincia apelará la resolución.