

Un espacio constitucional para los pueblos indígenas. La ambivalente experiencia canadiense

MICHAEL LEE ROSS

Resumen

Cuando los europeos llegaron por primera vez a las orillas de Norteamérica existía ya un gran número de pueblos indígenas que se gobernaban de acuerdo con sus propias instituciones y leyes. Cuando Gran Bretaña afirmó su soberanía sobre lo que más tarde se convertiría en Canadá, permitió que estos pueblos siguiesen en gran medida gobernándose como lo habían hecho sus ancestros. Sin embargo, el moderno Estado canadiense ha tendido a imponer sus instituciones y leyes sobre los pueblos indígenas ignorando no sólo sus instituciones sino la propia tradición previa de pluralismo político y jurídico. La promulgación del Acta Constitucional de 1982 —y particularmente su Sección 35, que elevó los derechos de los pueblos indígenas a un estatus constitucional— prometía revertir los efectos dañinos del colonialismo canadiense. Tres décadas después, Canadá sigue sin conceder un espacio constitucional significativo a los pueblos indígenas. Este artículo explica por qué el pluralismo jurídico y político sigue siendo un lejano objetivo para estos pueblos. Para ello recurre a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Canadá sobre derechos indígenas. La tesis principal del artículo es que la Corte ha mantenido un enfoque discriminatorio sobre la aboriginalidad y la diferencia cultural de los pueblos indígenas, excluyendo casi por completo su carácter de pueblos y los elementos constitutivos comunes con los pueblos no indígenas.

Palabras clave: *Constitucionalismo canadiense; derechos de los pueblos indígenas; pluralismo jurídico; derechos de tratados.*

Abstract

Creating Constitutional Space for Indigenous Peoples: Canada's Ambivalence
When Europeans first arrived on North America's shores, there was a great variety of indigenous peoples already governing themselves and their territories according to their own political institutions and laws. As Britain began to assert sovereignty over what later became Canada, it was content to leave indigenous peoples to govern themselves largely as their forefathers had. However, as the modern Canadian state took shape, it increasingly superimposed its political institutions and laws on indigenous peoples in disregard not only of their political institutions and laws, but also of the earlier tradition of political and legal pluralism. Canada's enactment of the Constitution Act, 1982 —and particularly Section 35, which raised the rights of aboriginal peoples to constitutional status—promised a reversal of the damaging effects of Canada's colonialism. Despite its almost three-decade-old promise, Canada has not yielded significant constitutional space to indigenous peoples. The reason why meaningful indige-

nous political and legal pluralism remains a distant dream is explained in this paper by means of an analysis of the Supreme Court of Canada's aboriginal rights jurisprudence. The main thesis is that the Supreme Court has maintained a discriminatory focus on indigenous peoples' aboriginality and cultural difference to the near exclusion of their peoplehood and the constitutive commonalities they share with non-indigenous peoples.

Keywords: Canada's constitutionalism; Rights of Indigenous Peoples; legal pluralism; Treaty Rights.

Canadá inició un nuevo capítulo en la historia de sus relaciones con los pueblos indígenas cuando entró en vigor el *Acta Constitucional* el 17 de abril de 1982.¹ Más concretamente, la Sección 35 de la citada Acta expresó un nuevo compromiso constitucional de Canadá para proteger los derechos y los tratados de sus pueblos aborígenes.² En su primera oportunidad de interpretar la Sección 35 de la Constitución, la Corte Suprema la describió como «una promesa a los pueblos aborígenes de Canadá».³ Consiguientemente, los pueblos indígenas esperaban que los derechos aborígenes sometidos de ahí en adelante a la promesa de protección constitucional por la Sección 35 incluyesen todo el elenco de derechos aborígenes sometidos previamente a la protección del derecho común. Entre ellos se contaba el derecho a continuar gobernándose a sí mismos y a sus territorios mediante sus propias leyes e instituciones políticas. Pero tales expectativas, como pronto descubrieron, no se confirmarían. En posteriores decisiones, la Corte Suprema de Canadá limitó la promesa de la Sección 35 a la protección de lo que los define como *aborígenes*. La promesa no se extendió a lo que los constituye como *pueblos*, independientemente de que tales factores constitutivos los definan como aborígenes o no. En efecto, la Corte intentó trasladar el centro de los derechos aborígenes y su jurisprudencia: de su concepción como derechos atribuidos *qua* pueblos que se gobernaban a sí mismos y sus territorios en el momento en que los europeos se establecieron en Norteamérica pasó a concebirlos como derechos atribuidos *qua* grupos culturales diferenciados cuyas culturas se remontan al periodo previo a la llegada de los europeos.

La primera de las dos tesis que defenderé en este artículo mantiene que el intento de la Corte Suprema de Canadá supone un desvío con respecto a la tradición legal anterior y un estrechamiento del espacio jurídico del que previamente disponían los pueblos indígenas. La segunda tesis del artículo, la más importante —la que me lleva a hablar de lo que la Corte *intentó* hacer— es que la tradición legal anterior aún sobrevive *bajo el radar*, por así decirlo, y todavía podría ser rehabilitada. El hecho de que la nueva ortodoxia jurídica no haya desplazado por completo a la antigua ortodoxia es una muestra de la ambivalencia de Canadá con respecto a su promesa de 1982 de conceder un espacio constitucional a los pueblos indígenas.

El Canadá no indígena se encuentra dividido entre la opción, por un lado, de aferrarse a los privilegios conseguidos mediante una larga historia de usurpación, desposesión y una miríada de formas de injusticia o, por otro lado, asentar su

relación con los pueblos indígenas sobre una base justa. En la medida en que Canadá —asistida por sus mitos fundacionales y por la complicidad de los tribunales— podía *mirar hacia otro lado*, ignorar a los pueblos indígenas y proceder según su gusto, los derechos de los pueblos aborígenes *en cuanto* pueblos eran poco más que un desafío teórico al *status quo* político, jurídico y económico del Estado. Sin embargo, al ser elevados a un estatus constitucional en 1982, el potencial de tales derechos para desafiar el *status quo* se hizo factible. La subsiguiente reconstrucción por la Corte Suprema de Canadá de los derechos aborígenes como derechos culturales, centrándose en la diferencia cultural de esos pueblos, restringió considerablemente ese potencial. Retrospectivamente puede verse, además, cómo trabajó la Corte para asegurar que, cualquiera que fuese el potencial que quedase en los derechos aborígenes *qua* derechos culturales para desafiar el *status quo*, tan sólo pudiese desarrollarse de forma lenta y gradual.⁴ El hecho de que la tradición jurídica anterior todavía sobreviva pese a los velados esfuerzos de la Corte Suprema en sentido contrario,⁵ genera una considerable, y yo diría creciente, tensión en la jurisprudencia canadiense sobre derechos aborígenes.

Una nota previa sobre el contexto en que se escribe este artículo. Resido y trabajo en Vancouver, en la Columbia Británica, Canadá, donde soy abogado y socio de un despacho jurídico, *Peter Grant & Associates*. Representamos exclusivamente a pueblos indígenas, incluyendo a los órganos indígenas de gobierno. Canadá es un Estado federal que cuenta con diez provincias y tres territorios. Situada al borde de la costa del Pacífico, la Columbia Británica es la provincia más occidental del país. Su superficie (944.735 km²) es casi el doble de la superficie de España y su población (4,2 millones de habitantes) supone menos de una décima parte de la población española. En el año 2008 se conmemoró el 150 aniversario de la fundación de la provincia como una colonia británica.

La sección 35 del Acta Constitucional de 1982

El Acta Constitucional de 1982 supuso el inicio de una nueva era en la historia constitucional canadiense y, por tanto, en la propia historia de Canadá. La sección 35 del Acta marcó el compromiso de Canadá de construir una nueva relación con sus pueblos indígenas, a los que usualmente se denomina *pueblos aborígenes*. La Sección 35 reza:

- (1) Los derechos aborígenes y los derechos de tratados en vigor de los pueblos aborígenes de Canadá son por la presente reconocidos y afirmados.
- (2) En este Acta, los *pueblos aborígenes de Canadá* incluyen a los pueblos indios, *inuit* y *métis* de Canadá.
- (3) Para mayor certeza, en la subsección (1) los *derechos de tratados* incluyen los derechos actualmente existentes mediante acuerdos sobre reclamaciones de tierras o que puedan adquirirse por esa vía.

(4) No obstante cualquier otra provisión de este Acta, los derechos aborígenes y de tratados referidos en la subsección (1) se garantizan por igual para hombres y mujeres.

Me gustaría desarrollar y llamar la atención sobre algunas cuestiones de este texto antes de proceder con el tema central de mi discusión. En primer lugar, la Sección 35 (2) dice que los pueblos aborígenes cuyos derechos son protegidos por la Sección 35 (1) incluyen a los pueblos indios, *inuit* y *métis* de Canadá. A diferencia de muchos indígenas en los Estados Unidos que todavía se llaman a sí mismos *indios* o *indios americanos*, en Canadá los pueblos indios prefieren referirse a sí mismos como *primeras naciones*. Los pueblos de las primeras naciones viven en casi todas las regiones de Canadá, excepto en el lejano norte, donde habitan los *inuit*. El origen de los *métis* se remonta a los primeros tiempos del comercio peletero. Los traficantes de pieles franceses en primer lugar, y luego escoceses, ingleses y de otros orígenes europeos, tomaron esposas nativas (o a veces *inuit*), se quedaron en el país y crearon familias. En algunos lugares, particularmente en Manitoba, surgieron comunidades con unos rasgos culturales propios y distintos de los de las primeras naciones, los franceses o los escoceses.

En segundo lugar, los derechos protegidos por la Sección 35 son de dos tipos: derechos aborígenes y derechos de tratados. Dicho de forma simple, los derechos aborígenes son derechos derivados de la previa ocupación de Canadá por los pueblos aborígenes —es decir, de su existencia previa al contacto con los europeos—⁶ y anterior a la afirmación de soberanía por la Corona inglesa⁷ o al control efectivo del territorio por la misma.⁸ Los derechos de tratados son derechos contenidos en los tratados negociados con la Corona. Históricamente, los tratados en Canadá aluden sobre todo a la formación de alianzas militares, a la restauración de la paz tras las hostilidades y a la cesión de derechos aborígenes sobre tierras a cambio de determinadas promesas de la Corona, como la reserva de terrenos protegidos de la intrusión de los colonos y la continuidad de los derechos de caza y pesca en tierras no utilizadas para el asentamiento o para otros fines. La Sección 35 (3) alude a la futura negociación de tratados de este tipo.

Los primeros tratados fueron negociados con las primeras naciones. Todos los tratados históricos, esto es, los tratados firmados antes de 1930, lo fueron con las primeras naciones. Existe un pequeño número de tratados modernos, cerca de una docena, que comenzaron a mediados de los años setenta y que en su mayor parte se concluyeron en la pasada década. A mediados del siglo XIX se negociaron en la Columbia Británica catorce tratados con la antigua colonia de la Isla de Vancouver. En esos tratados las primeras naciones cedieron sus derechos sobre determinadas parcelas de territorio a cambio, entre otras cosas, de la promesa de que podrían seguir cazando y pescando en ellas como lo habían hecho antes. En 1901 la Corona concluyó un tratado con las primeras naciones cuyos territorios incluían el cuadrante nororiental de la Columbia Británica. Esto significa —y es

importante tenerlo en cuenta para el propósito de este artículo— que la mayor parte del territorio de la Columbia Británica está sujeta todavía a las reclamaciones de derechos aborígenes por las primeras naciones. El resto de este artículo se centrará en la Sección 35 (1). Para hacerlo más sencillo, de aquí en adelante me referiré simplemente a la Sección 35, en lugar de a la Sección 35 (1).

La magnitud de la empresa

Como señalé anteriormente, la Sección 35 del Acta Constitucional de 1982 señala el compromiso de Canadá de construir una nueva relación con sus pueblos aborígenes. Como sugieren las palabras de la disposición, esa nueva relación ha de construirse sobre el reconocimiento y afirmación por parte del Estado canadiense de los derechos y tratados de sus pueblos aborígenes. Algo importante y que no aparece mencionado en ese texto es que la historia de ignorancia, irrespeto y a veces incluso negación de los derechos y tratados aborígenes por parte del Estado canadiense —con sus consecuencias hasta el día de hoy— fue la que creó la necesidad de la Sección 35.⁹ Con semejante trasfondo, la Sección 35 se asocia a menudo a una intención terapéutica.¹⁰ Para aquellos que no estén familiarizados con los detalles —por desgracia, muchos canadienses— es importante hacerse una idea de la magnitud del compromiso asumido por el Estado en 1982.

En Canadá hay entre sesenta y ochenta naciones indígenas históricamente asentadas.¹¹ Esas naciones se dividen en unas mil comunidades indígenas.¹² Por razones en gran parte administrativas, la mayor parte de esas comunidades se relacionan como *bandas* con los gobiernos federal y provinciales. Hay más de seiscientas bandas en Canadá, casi la mitad de ellas en la Columbia Británica. El número de bandas en esta provincia refleja el hecho de que, en el momento del contacto con los españoles y los ingleses a finales del siglo XVIII, el noroeste de la costa del Pacífico era la región más densamente poblada al norte de México. La población —posteriormente diezmada por la introducción de enfermedades europeas— se sostenía de la abundante vida marina y fluvial y, en particular, del salmón del Pacífico. La diversidad de los pueblos indígenas se refleja en el hecho de que al menos siete de los once grupos lingüísticos que existen en Canadá se encuentran en esta provincia, y al menos dos de ellos son islas lingüísticas.

La Corte Suprema de Canadá ha rechazado asumir un enfoque global para definir los derechos de los pueblos aborígenes. En su lugar ha optado por un enfoque particularizado y caso por caso.¹³ Por tanto, los derechos reconocidos y afirmados por la Sección 35 son los derechos de pueblos aborígenes concretos, con sus propias culturas, tradiciones e historia. No hay por consiguiente dos pueblos indígenas que ocupen de la misma manera y en la misma extensión el espacio constitucional proporcionado por la Sección 35.

Derechos aborígenes y derecho común

El espacio constitucional ocupado potencialmente por un pueblo aborígen es proporcional a sus derechos recogidos y afirmados en la Sección 35. Esto es válido tanto para los derechos aborígenes como para derechos los derivados de los tratados. La doctrina de los derechos aborígenes existía con anterioridad al Acta Constitucional de 1982. Para comprender esta doctrina resulta conveniente saber que la Corona británica reconoció que América del norte se encontraba habitada por naciones indígenas independientes, con sus propias instituciones y leyes. Puesto que no consideraba el territorio como *terra nullius*,¹⁴ la Corona no se consideraba libre para disponer de él sin atender a las demandas de sus anteriores ocupantes.¹⁵ De hecho, en el derecho inglés, salvo modificación o derogación, las instituciones y leyes de los anteriores ocupantes continuaron tal como eran antes de la afirmación de la soberanía de la Corona inglesa sobre esta gente y sus territorios.¹⁶

Desgraciadamente, los representantes de la Corona en la Columbia Británica adoptaron finalmente una perspectiva opuesta. Aunque se firmaron algunos tratados con las primeras naciones de la Isla de Vancouver a mediados del siglo XIX, antes de la colonización y desarrollo de la región,¹⁷ las autoridades coloniales ignoraron básicamente los derechos de los indígenas cuando la colonización de la provincia comenzó en serio en torno a 1860. Durante más de ciento veinte años los sucesivos gobiernos coloniales, y después los gobiernos provinciales de la Columbia Británica, asumieron la posición de que las primeras naciones no poseían derechos legales emanados de su ocupación previa del territorio, y si los tenían, tales derechos habían decaído por los hechos e instrumentos coloniales. Sólo después de ser presionada por los tribunales, y especialmente por la Corte Suprema de Canadá en la década de 1970 y 1980, comenzó la Provincia a modificar su postura. Siguiendo con el hilo conductor de mi argumento, las instituciones y leyes aborígenes compatibles con la soberanía de la Corona fueron en principio incorporadas al derecho común inglés. Esto significa que las instituciones políticas y las leyes aborígenes podían ser reconocidas por los tribunales. El ejemplo más temprano de ese reconocimiento por un tribunal canadiense es el caso *Connolly v. Wolfrich*.¹⁸ Este caso se decidió el 9 de julio de 1867, tan sólo ocho días después de que se proclamase la Confederación canadiense. Se trataba de las propiedades de un hombre de origen europeo que, tras haber abandonado Quebec para trabajar en el tráfico de pieles en el oeste, se había casado con una mujer cree en 1803 de acuerdo con la costumbre de ese pueblo indígena. Posteriormente el hombre regresó a Quebec, abandonó a su esposa indígena y se casó con otra mujer quebequesa según la ley de esa provincia. La cuestión que se debatía en *Connolly* era si el matrimonio celebrado de acuerdo con la costumbre cree era válido ante la legislación canadiense. Habiendo reconocido que el matrimonio poseía tres características del matrimonio reconocibles por el derecho canadiense (a saber, voluntariedad, permanencia y exclusividad) la corte concluyó que el matrimonio era válido.

El caso *Connolly* es un claro ejemplo del potencial que posee el sistema dominante de derecho común para el reconocimiento de las instituciones y leyes aborígenes. Desgraciadamente, este potencial ha sido ampliamente ignorado en la posterior historia de Canadá.¹⁹ A pesar del potencial del derecho común para reconocer un amplio espectro de instituciones y leyes aborígenes, los derechos aborígenes reconocidos por el derecho común han estado siempre supeditados al poder del Parlamento para suprimirlos a voluntad.

Los derechos aborígenes, la Constitución y la Corte Suprema de Canadá

En su primera decisión sobre el significado y efecto de la Sección 35, el caso *Sparrow* de 1990, la Corte Suprema de Canadá interpretó que la constitucionalización de los derechos aborígenes en 1982 los había protegido de la capacidad del Estado para declararlos extintos. De ahí en adelante tales derechos tan sólo podrían extinguirse con consentimiento aborígen, y aunque el Estado podía aún infringirlos, sólo podía hacerlo con una adecuada justificación. El fallo no indicó que los derechos aborígenes protegidos en la Sección 35 no incluyeran los derechos de los pueblos aborígenes a gobernarse a sí mismos y sus territorios de acuerdo con sus propias instituciones y leyes. De hecho, parecía reafirmar el potencial de tales derechos para desafiar el *status quo*:

Nuestra historia ha demostrado sobradamente por desgracia que los pueblos aborígenes de Canadá tienen motivos justificados para preocuparse por los objetivos del gobierno, los cuales pueden ser superficialmente neutrales, pero constituyen amenazas de hecho para la existencia de los derechos e intereses aborígenes. Al conceder rango constitucional a los derechos aborígenes, el Parlamento y las Provincias han sancionado los desafíos a los objetivos de las políticas sociales y económicas encarnados en la legislación en la medida en que tales objetivos afecten a los derechos aborígenes.²⁰

La segunda oportunidad de considerar el significado y efecto de la Sección 35 llegó en 1996, con el fallo sobre el caso *Van der Peet*. El presidente de la Corte Suprema de Canadá parecía dispuesto a confirmar que la Sección 35 protegía el mismo ámbito de derechos aborígenes protegidos previamente por el derecho común. Escribiendo en nombre de la mayoría, el presidente afirmó:

Debe recordarse que la Sección 35 (1) no creó la doctrina jurídica de los derechos aborígenes. Los derechos aborígenes existían y estaban reconocidos por el derecho común. Por supuesto, en el derecho común los derechos aborígenes no gozaban de un estatus constitucional, con la consecuencia de que el Parlamento podía extinguirlos o regularlos en cualquier momento: esto es lo que distingue los derechos aborígenes reconocidos y afirmados en la Sección 35 (1) de los derechos aborígenes protegidos por el derecho común. Con posterioridad a la Sección 35 (1) los derechos

aborígenes no pueden extinguirse y sólo pueden ser regulados o infringidos de manera consistente con la prueba justificatoria diseñada por esta Corte en *Sparrow*...²¹

Aunque no estaba claro en aquel momento —porque el énfasis en la diferencia cultural parecía inocente— el presidente facilitó en los siguientes tres párrafos la justificación de la Corte para desviarse de la tradición legal anterior en lo que respecta a los derechos aborígenes, estrechando así el espacio legal previamente disponible para los pueblos indígenas. Sin reconocer ese desvío, el presidente escribió:

El hecho de que los derechos aborígenes antecedan a la promulgación de la Sección 35 (1) puede sugerir que el análisis propositivo de la Sección 35 (1) debería limitarse a un análisis de por qué una doctrina legal preexistente se eleva a estatus constitucional. Hay que oponerse a esa sugerencia. La preexistencia de los derechos aborígenes es relevante para el análisis de la Sección 35 (1) porque indica que los derechos aborígenes poseen una estatura y una existencia previa a la constitucionalización de tales derechos y aporta claridad sobre las razones para protegerlos. Sin embargo, los intereses protegidos por la Sección 35 (1) deben ser identificados mediante una explicación de la base de la doctrina jurídica sobre los derechos aborígenes, no mediante una explicación de por qué esa doctrina jurídica posee ahora estatus constitucional.

Desde mi punto de vista, la doctrina de los derechos aborígenes existe, y es reconocida y afirmada por la Sección 35 (1), por una simple razón: cuando los europeos llegaron a América del norte los pueblos aborígenes ya estaban aquí, viviendo en comunidades establecidas en el territorio y *participando de culturas características*, como habían hecho durante siglos. *Es este hecho, por encima de todos los demás, lo que separa a los pueblos aborígenes de los restantes grupos minoritarios de la sociedad canadiense y demanda su especial estatus jurídico, ahora constitucional.* Más claramente, lo que proporciona la Sección 35 (1) es un marco constitucional mediante el cual el hecho de que los aborígenes viviesen en el territorio en sociedades características, con sus propias prácticas, tradiciones y culturas, es reconocido y reconciliado con la soberanía de la Corona. Los derechos sustantivos que caen bajo esa disposición deben definirse a la luz de este propósito; los derechos aborígenes reconocidos y afirmados por la Sección 35 (1) deben reorientarse a la reconciliación de la preexistencia de las sociedades aborígenes con la soberanía de la Corona.²²

Para respaldar la autoridad de la posición que estaba desarrollando, el presidente de la Corte procedió a revisar la anterior jurisprudencia canadiense, americana y australiana sobre derechos aborígenes. En esa revisión interpretó las decisiones previas sobre derechos aborígenes centrándose en la especificidad de las sociedades que ocupaban el territorio cuando llegaron los europeos. Y lo hizo pese a que esa especificidad no desempeñaba ningún tipo de función evidencial, criterial o legal en la jurisprudencia previa. Su interpretación de la anterior decisión de la Corte Suprema de Canadá en *Calder v. Attorney General of British Columbia*²³

es el más claro ejemplo de ello. *Calder* es en Canadá un caso rompedor en materia de títulos aborígenes. Las primeras notas del presidente sobre *Calder* son irreprochables:

En *Calder* la Corte rechazó una solicitud de los nishga [nishga`a] para que se declarase que su título aborígen no se había extinguido. No hubo en la Corte una mayoría para esta decisión. Sin embargo, en los votos particulares de los jueces Judson y Hall (cada uno de ellos hablando en su propio nombre y en el de otros dos jueces) se reconocía la existencia del título aborígen. Hall basó el título aborígen de los nishga en el hecho de que el territorio sobre el que reclamaban el título había «estado en su posesión desde tiempos inmemoriales» (*Calder*, parágrafo 375). Judson explicó los orígenes de título aborígen nishga como sigue, en el parágrafo 328:

«Aunque creo que es evidente que el título indígena en la Columbia Británica no puede deber su origen a la [Real] Proclamación de 1763, el hecho es que, cuando llegaron los colonos, los indios ya estaban allí, organizados en sociedades y ocupando la tierra como sus antepasados habían hecho durante siglos. Esto es lo que significa el título indígena y no aporta nada a la solución de este problema llamarlo “derecho personal o usufructuario”. Lo que afirman en esta acción es que tienen derecho a continuar viviendo en sus tierras como lo habían hecho sus antepasados y que este derecho nunca se ha extinguido legalmente».²⁴

Es en la glosa del presidente de la Corte al siguiente pasaje de *Calder* donde traslada el énfasis de la ocupación previa del territorio a la especificidad de los primeros ocupantes como base del título aborígen:

La posición de Judson y Hall sobre la base del título aborígen es aplicable a los derechos aborígenes reconocidos y afirmados por la Sección 35 (1). El título aborígen es el aspecto de los derechos aborígenes relacionado distintamente con las reclamaciones aborígenes sobre territorios. Es la manera en que el derecho común reconoce los derechos territoriales aborígenes. Como tal, la explicación de la base del derecho aborígen en *Calder* puede aplicarse igualmente a los derechos aborígenes reconocidos y afirmados por la Sección 35 (1). Ambos, el título y los derechos aborígenes, *emanan de la existencia de comunidades aborígenes distintas que ocupan «la tierra como habían hecho sus antepasados durante siglos»* (p. 328).²⁵

En lo que respecta a los criterios y la evidencia sobre la existencia y amplitud del título o de los derechos indígenas, la Corte puso el énfasis funcional en *Calder* en el hecho de la previa ocupación de la Columbia Británica por los pueblos indígenas, no en su especificidad, ya fuese entre ellos mismos o en comparación con los europeos posteriormente llegados. Tras su resumen de la jurisprudencia canadiense, americana y australiana, el presidente de la Corte se sintió justificado para afirmar lo siguiente:

La jurisprudencia canadiense, americana y australiana respalda la proposición básica avanzada al comienzo de esta Sección: la mejor manera de interpretar los derechos

aborígenes recogidos y afirmados por la Sección 35 (1) es, en primer lugar, como medio por el que la Constitución reconoce el hecho de que, antes de la llegada de los europeos a América del norte, *el territorio ya estaba ocupado por sociedades aborígenes distintas*, y segundo, como medio por el que esa ocupación previa se reconcilia con la afirmación de la soberanía de la Corona sobre el territorio canadiense.²⁶

En el siguiente párrafo el presidente de la Corte establece la (nueva) prueba para identificar derechos aborígenes:

Con el fin de realizar el propósito subyacente a la Sección 35 (1)—esto es, la protección y reconciliación de los intereses que emanan del hecho de que, con anterioridad a la llegada de los europeos a América del norte, los pueblos aborígenes vivían en el territorio en sociedades distintas, con sus propias prácticas, costumbres y tradiciones— *la prueba para identificar los derechos aborígenes reconocidos y afirmados por la Sección 35 (1) debe dirigirse a identificar los elementos cruciales de esas sociedades distintas preexistentes. Debe, en otras palabras, orientarse a identificar las prácticas, tradiciones y costumbres centrales a las sociedades aborígenes que existían en América del norte con anterioridad al contacto con los europeos.*²⁷

Las consecuencias del cambio jurisprudencial

La adopción por la Corte Suprema de Canadá del criterio de prueba *«parte integral de una cultura distinta»* para determinar si una *«práctica, costumbre o tradición»* es un derecho aborígen bajo la Sección 35 supone un enfoque notablemente más estrecho sobre el potencial de acomodo de los pueblos aborígenes, sus instituciones y leyes en el derecho común. Al interpretar que la Sección 35 tan sólo protege aquellas expresiones de las culturas indígenas que las definen como distintas, la Corte Suprema negó de hecho la protección de rasgos sociales generales que son comunes a los pueblos indígenas y a los no indígenas, entre ellos los rasgos de tipo político y jurídico. En lugar de ofrecer una disculpa por negar la protección de tales rasgos, la mayoría de los ponentes en *Van der Peet* simplemente reconocieron de pasada las implicaciones de ese cambio:

Para satisfacer el criterio *«parte integral de una cultura»*, el reclamante aborígen debe hacer algo más que demostrar que una práctica, costumbre o tradición era un aspecto o tuvo lugar en la sociedad aborígen de la que forma parte. El reclamante debe demostrar que esa práctica, costumbre o tradición era una parte central y significativa de la cultura específica de la sociedad. Debe demostrar, en otras palabras, que la práctica, costumbre o tradición era uno de los elementos que hacía específica la cultura de esa sociedad —que era uno de los elementos que verdaderamente convertía a esa sociedad en lo que era.

Este aspecto del criterio *«parte integral de una cultura»* emana del hecho de que los derechos aborígenes tienen su base en la ocupación previa de Canadá por socieda-

des aborígenes específicas. Reconocer y afirmar la previa ocupación de Canadá por sociedades aborígenes específicas es lo que hace específicas a esas sociedades y lo que la Corte debe considerar para identificar los derechos aborígenes. *La Corte no puede considerar los aspectos de la sociedad aborígen que son ciertos de toda sociedad humana (por ejemplo, comer para sobrevivir)*, ni puede considerar los aspectos de la sociedad aborígen que son sólo secundarios u ocasionales en esa sociedad. La Corte debe considerar más bien los atributos definitorios y centrales de la sociedad aborígen en cuestión. Sólo centrándose en los aspectos de la sociedad aborígen que hacen a esa sociedad específica podrá la definición de los derechos aborígenes lograr el propósito que subyace a la Sección 35 (1).²⁸

Perspicazmente, la juez McLachlin, que posteriormente se convertiría en presidenta de la Corte Suprema de Canadá, formuló un voto disidente y señaló que el enfoque de la Corte sobre los derechos aborígenes estaba «basado en una dicotomía entre prácticas, tradiciones y costumbres aborígenes y no aborígenes», y que este enfoque

[...] equivale literalmente a definir la cultura aborígen y los derechos aborígenes como lo que resta después de haber eliminado los rasgos de las culturas no aborígenes.²⁹

Pese a la precisión de su crítica del voto mayoritario en *Van der Peet*, como juez y como presidenta de la Corte Suprema de Canadá McLachlin se ha adherido estrechamente en posteriores juicios a ese criterio de prueba sobre los derechos aborígenes.

Tratados negociados: la forma preferida de llenar el espacio constitucional

Otra consecuencia del cambio en la comprensión de los derechos aborígenes como derechos dirigidos a proteger los rasgos definitorios de las culturas aborígenes ha sido que los derechos de un pueblo indígena son tratados ahora como un conjunto indefinido de derechos incipientes, pero no para ser clarificados y debidamente reconocidos y afirmados, como prometía la Sección 35, sino para servir de base o —más a menudo, desde el punto de vista del Estado— como un irritante estímulo para negociar un conjunto claramente delimitado de derechos de tratados.³⁰ Por supuesto, nada en la Sección 35 sugiere que los derechos aborígenes estén subordinados a los derechos de tratados.

Desde mediados de los años noventa del siglo pasado, la Corte Suprema ha desincentivado los litigios en torno a la reclamación de derechos aborígenes y ha respaldado en cambio las negociaciones entre el Estado y los indígenas para el establecimiento de tratados. De hecho, la Corte ha dejado claro que el reconocimiento y la protección de los derechos aborígenes es algo secundario con respecto a la resolución final —o, como prefiere decir, la *reconciliación*— de las *reclamaciones* de derechos indígenas a través de tratados negociados.³¹ El mensaje es que

ni los tribunales ni, consiguientemente, el Estado están interesados en reconocer y afirmar los derechos indígenas. Negociando desde una posición de poder, el Estado insiste en que los pueblos indígenas comprometan sus derechos aborígenes no reconocidos en favor de una resolución final de sus reivindicaciones a través de un tratado. Otra forma de ilustrar esto es decir que se espera que los pueblos indígenas negocien un espacio constitucional. Se espera que acepten que el espacio constitucional que ocuparán no será igual que el espacio proporcional de sus derechos aborígenes. El espacio constitucional negociado podría ser en principio mayor que el espacio proporcional de sus derechos aborígenes, pero lo cierto es que será considerablemente menor. En la Columbia Británica, donde ha tenido lugar un proceso de negociación de tratados entre las primeras naciones y las autoridades federales y provinciales, la mayor parte de las negociaciones se encuentran estancadas. Un gran número de primeras naciones se niega a entrar en semejantes negociaciones porque es consciente de que el proceso en marcha no producirá un tratado proporcional a sus derechos aborígenes.

La persistencia de la antigua tradición

Pese a la reconstrucción por la Corte Suprema de Canadá de los derechos aborígenes como protección de la diferencia cultural en *Van der Peet* y en subsiguientes decisiones, persiste la vieja tradición de considerar los derechos de tratados como derechos de pueblos que ya se gobernaban a sí mismos y sus territorios antes de la llegada de los europeos. Esta persistencia fue confirmada por primera vez en el fallo *Delgamuukw* en 1997 —un caso que tuvo su origen en la Columbia Británica. Veinticinco años atrás, y casi una década antes de la Sección 35, la Corte tuvo la primera oportunidad de considerar un título aborígen en el caso *Calder* —un caso originado asimismo en la Columbia Británica. En *Calder* la Corte consideró la reivindicación de un título aborígen por el pueblo nisga'a en el derecho común. En *Delgamuukw* la Corte tuvo la primera oportunidad de considerar una reivindicación de título aborígen a la luz de la Sección 35. El litigio fue iniciado por los pueblos gitxsan y wet'suwet'.

Como se ha señalado anteriormente, en *Calder* la Corte no puso especial énfasis en la discusión del título aborígen en el derecho común. La *ocupación previa* del territorio por un pueblo aborígen era el factor clave. Puesto que la Corte había adoptado el criterio «*parte integral de una cultura específica*» para los derechos aborígenes en *Van der Peet* y había determinado también que el título aborígen es una especie de derecho aborígen,³² era lógico, natural y predecible que los abogados de los gobiernos provincial y federal en *Delgamuukw* arguyesen que

[...] el título aborígen meramente incluye el derecho a implicarse en actividades que son parte de las prácticas, costumbres y tradiciones aborígenes integrales de la cultura

específica del grupo aborígen que reclama el derecho y, como mucho, añade la noción de exclusividad, esto es, el derecho exclusivo a usar la tierra para esos propósitos.³³

Sin embargo, el juez Lamer, que había sido responsable de la introducción del criterio «*parte integral de una cultura específica*» para los derechos aborígenes en *Van der Peet* y que de nuevo estaba escribiendo en nombre de la mayoría, rechazó el argumento del Estado. Hacer tal cosa exigía, jurisprudencialmente hablando, un ágil contrapedaleo por su parte. Para justificar su rechazo el juez Lamer invocó dos decisiones, entonces recientes, de la Corte Suprema de Canadá en las que se mantenía una noción del título aborígen menos restrictiva que la noción avanzada por el argumento del Estado.³⁴ Uno no puede dejar de pensar que el juez evitó intencionalmente invocar como fuente de autoridad para su rechazo la jurisprudencia anterior a 1982 sobre el título aborígen en el derecho común. Sin embargo, en su análisis final la interpretación del título aborígen realizada en *Delgamuukw* es un desarrollo orgánico de la anterior interpretación del derecho común en la que la diferencia cultural no juega ninguna función evidencial, criterial o jurídica. Ésta es la propia descripción del juez sobre cómo la constitucionalización de los derechos aborígenes en 1982 afecta al título aborígen en el derecho común:

El título aborígen en el derecho común se encuentra protegido en su totalidad por la Sección 35 (1). Esta conclusión emana del lenguaje expreso de la Sección 35 (1): «*los derechos aborígenes y de tratados de los pueblos aborígenes de Canadá actualmente existentes son por la presente reconocidos y afirmados*». En una somera lectura de la disposición, la Sección 35 (1) no creaba derechos aborígenes; más bien confería estatus constitucional a aquellos derechos que «*existían*» en 1982. La disposición, como mínimo, constitucionalizaba los derechos que los pueblos aborígenes poseían en el derecho común, ya que tales derechos existían en el momento en que la Sección 35 (1) entró en vigor. Puesto que el título aborígen era un derecho común cuya existencia era reconocida bien antes de 1982 (por ejemplo en *Calder*), la Sección 35 (1) lo ha constitucionalizado en su totalidad.³⁵

Sin embargo, el juez Lamer no pudo resistirse a afirmar —aunque no suponía ninguna diferencia en el análisis del título aborígen— que,

[...] el requisito [en *Van der Peet*] de que el territorio [reclamado por un pueblo aborígen] sea parte integral de la cultura específica de los reclamantes está subsumido en el requisito de ocupación...³⁶

Por supuesto, en el uso habitual de la palabra *subsumir* como equivalente de *comprender* o *abarcar*, es falso afirmar que el requisito de ocupación para el título aborígen subsuma el requisito *Van der Peet*.³⁷ Esto sólo es así por una estimación de la Corte.

La segunda y más reciente ocasión de la Corte de considerar una reclamación de título aborígen a la luz de la Sección 35 tuvo lugar en 2005, con el caso

Marshall/Bernard.³⁸ Ahí la Corte nunca habló del criterio *Van der Peet* para derechos aborígenes ni utilizó siquiera la palabra *integral*.³⁹ Como en *Delgamuukw*, la consideración del título aborígen en *Marshall/Bernard* es básicamente un desarrollo de la anterior interpretación del derecho común. Había, sin embargo, una glosa del estilo *Van der Peet* en la afirmación de que, para probar el título aborígen, un pueblo indígena debía demostrar que su conexión con el territorio era de «una significación central para su cultura específica». ⁴⁰ En *Van der Peet*, el juez Lamer resumió la posición sobre derechos aborígenes de la siguiente manera:

[...] con el fin de ser reconocido como un derecho aborígen, una actividad debe tener una significación central para la cultura en cuestión, debe ser algo que convierte a esa cultura en lo que es.⁴¹

Poco después, en su decisión en el caso *Adams* —en los comentarios sobre la relación de los derechos aborígenes con el criterio introducido en *Van der Peet*— la Corte asoció este requisito con el título aborígen. En *Van der Peet*, párrafo 43, la Corte mantenía que los derechos aborígenes se entendían

[...] en primer lugar, como medio por el que la Constitución reconoce el hecho de que, antes de la llegada de los europeos a Norteamérica, el territorio ya estaba ocupado por distintas culturas aborígenes y, segundo, como medio por el que esa ocupación previa se reconcilia con la afirmación de la soberanía de la Corona sobre el territorio canadiense.

Sobre esta base, la Corte mantuvo en el párrafo 46 que los derechos aborígenes se identifican mediante la siguiente prueba:

[...] para ser un derecho aborígen, una actividad debe ser parte de una práctica, costumbre o tradición legal de la cultura específica del grupo aborígen que reclama ese derecho. Lo que ese criterio —junto con la base conceptual que lo subyace— indica es que mientras las reivindicaciones de título aborígen entran en el marco conceptual de los derechos aborígenes, los derechos aborígenes no existen únicamente donde se ha realizado una reclamación de título aborígen. Cuando un grupo aborígen ha demostrado que una práctica, costumbre o tradición particular desarrollada en un territorio es parte integral de la cultura característica de ese grupo, incluso si no ha demostrado que su ocupación y uso del territorio bastan para apoyar la reclamación de un título sobre la tierra, habrá demostrado que posee un derecho aborígen a implicarse en semejante práctica, costumbre o tradición. El criterio *Van der Peet* protege actividades que son parte integral de la cultura característica del grupo aborígen que reclama el derecho; *no requiere que ese grupo supere el obstáculo adicional de demostrar que su conexión con el territorio sobre el que se desarrollaba la actividad es de una importancia central para su cultura característica en grado tal para producir una reclamación de título aborígen sobre el territorio*. *Van der Peet* establece que la Sección 35 reconoce y afirma los derechos de aquellos pueblos que ocupaban Norteamérica antes de la llegada de los europeos. Semejante

reconocimiento y afirmación no se limitan a aquellas circunstancias en las que la relación de un grupo aborígen con la tierra es de naturaleza suficiente para establecer un título sobre la tierra.⁴²

En *Delgamuukw*, el presidente de la Corte se había referido al siguiente pasaje de *Adams* en su esfuerzo por encontrar un rasgo del título aborígen que lo identificase como una especie de derecho aborígen *qua* derecho cultural. Por consiguiente, escribió:

[...] aunque el título aborígen es una especie de derecho aborígen reconocido y afirmado por la Sección 35 (1), es distinto de otros derechos aborígenes porque *surge allí donde la conexión de un grupo con un trozo de territorio «era de una importancia central para su cultura característica»*...⁴³

Pese a estas palabras y a la afirmación de que para poseer un título aborígen se requiere una conexión con el territorio que sea de importancia central para la cultura del grupo en cuestión, se trata a la postre de un requisito que no marca ninguna diferencia en lo que respecta a la demostración del título. Éstas son las propias palabras del presidente de la Corte:

Aunque esto sigue siendo una parte crucial de la prueba de los derechos aborígenes, dado el requisito de ocupación en la prueba del título aborígen, *no puedo imaginarme una situación en la que este requisito pudiese servir para limitar o excluir una reclamación de título*. El requisito existe para los derechos carentes de título porque es necesario para distinguir las prácticas que eran centrales a la cultura de los reclamantes de aquellas que eran más incidentales. Sin embargo, en el caso de un título parece claro que toda tierra que fuese ocupada previamente a la soberanía, y con la que las partes mantuvieron una conexión sustancial desde entonces, es suficientemente importante para ser de central significación para la cultura de los demandantes. Por ello, no creo que sea necesario incluir explícitamente este elemento como parte de la prueba del título aborígen.⁴⁴

Lo anterior es una aceptación tácita de que ni la integralidad ni la significación central para una cultura son criterios funcionalmente relevantes para el derecho sobre el título aborígen. También es una evidencia de que el antiguo enfoque del derecho común sobre derechos aborígenes, al menos en lo que respecta al título aborígen, no ha sido desplazado por completo.

La nueva ortodoxia: una prueba artificial e impracticable

La discusión y elaboración más reciente de la Corte Suprema de Canadá sobre la concepción *Van der Peet* de los derechos aborígenes como derechos atribuidos a los pueblos indígenas en tanto que grupos culturales distintos la podemos encontrar en

su decisión de 2006 sobre el caso *Sappier/Gray*.⁴⁵ La cuestión principal llevada ante la Corte era si los pueblos maliseet y mi'kmaq de Nuevo Brunswick poseen respectivamente el derecho a recolectar madera para fines domésticos en terrenos de la Corona (es decir, del Estado/públicos). La Corte mantuvo que sí lo tienen.

En sus deliberaciones sobre si los pueblos maliseet y mi'kmaq poseen tal derecho, la Corte se enfrentó con la tarea de determinar, de acuerdo con el criterio *Van der Peet*, si la actividad de recolectar madera para fines domésticos reflejaba una práctica, tradición o costumbre integral a la cultura característica de los pueblos maliseet y mi'kmaq antes del contacto con los europeos (en este caso, en torno a 1500) y si por tanto era admisible como un derecho aborígen. La Corte encontró esa tarea particularmente difícil debido a los problemas ligados a la evidencia necesaria para probar que una práctica, tradición o costumbre era parte integral de la cultura característica de un pueblo aborígen en tiempos previos al contacto europeo y a la incertidumbre sobre qué rasgo genuino de la misma, no preconcebido y jurídicamente relevante, si es que hay alguno, es aludido con el término «cultura particular» —todos ellos problemas relacionados con la herencia del caso *Van der Peet*.

Puesto que son los tribunales de primera instancia los que han de oír la evidencia, para tomar sus decisiones los tribunales de apelación deben contentarse con la evidencia aportada previamente. La Corte Suprema de Canadá es la máxima instancia de apelación en el país. En el caso *Sappier/Gray* fue muy escasa la evidencia aportada sobre las prácticas de recolección de madera de los maliseet y los mi'kmaq previas al contacto con los europeos. La mayor parte de la evidencia giró en torno a la importancia de la madera en general para esas culturas. La orientación de la evidencia creó un problema para la Corte Suprema según el criterio *Van der Peet*. La Corte explicó sucintamente el problema sobre la evidencia como sigue:

Para ser un derecho aborígen, una actividad debe ser parte de una práctica, costumbre o tradición integral de la cultura característica del grupo aborígen que reclame ese derecho: R. Van der Peet [1996] 2 S.C.R. 507, párrafo 46. El primer paso consiste en identificar la naturaleza precisa de la demanda del solicitante de un derecho aborígen: Van der Peet, párrafo 76. Al hacer esto, un tribunal debería considerar factores tales como la naturaleza de la acción que, según el demandante, conduce a un derecho aborígen, la naturaleza de la regulación gubernamental, el estatuto o acción impugnado y la práctica, costumbre o tradición con que se cuenta para establecer el derecho: Van der Peet, párrafo 53...

La dificultad en los casos presentes es que la práctica con la que se cuenta para fundamentar las demandas, tal y como fue caracterizada por los demandados, ofrecía escasa evidencia en el juicio. En su lugar, los demandados orientaron la mayor parte de la evidencia hacia la importancia de la madera en las culturas maliseet y mi'kmaq y los muchos usos que ésta tiene. *Esto es algo inusual, puesto que la jurisprudencia de esta Corte señala la importancia central de una práctica de hecho*

*para fundar una demanda de derecho aborígen. Los derechos aborígenes se asientan en prácticas, costumbres o tradiciones que eran parte integral de la cultura característica de un pueblo aborígen pre-contacto. No se basan en la importancia de un recurso concreto. Un derecho aborígen no puede caracterizarse como un derecho a un recurso concreto, porque hacerlo así equivaldría a tratarlo de manera similar a un derecho de propiedad del derecho común...*⁴⁶

Lo máximo que la evidencia pudo establecer, basándose en el equilibrio de probabilidades,⁴⁷ fue «que la madera era de una importancia decisiva para los pueblos maliseet y mi'kmaq en tiempos previos al contacto»,⁴⁸ es decir, que era de una importancia crítica para su supervivencia. Tomada por sí misma, la evidencia no establecía nada sobre las prácticas recolectoras pre-contacto de esos pueblos o, *a fortiori*, sobre la integralidad de esas prácticas para sus culturas pre-contacto. Sin embargo, la Corte asumió la existencia de una práctica recolectora y a partir de ahí dedujo que los pueblos maliseet y mi'kmaq se involucraban en la recolección de leña fundamentalmente por razones de supervivencia y, secundariamente, para uso doméstico.⁴⁹ Su justificación para asumir semejante supuesto y deducción, que abordaba el análisis *Van der Peet* de una manera confesadamente *flexible*, era la necesidad de mantenerse fiel al objetivo del análisis:

La flexibilidad es importante cuando se aplica el análisis *Van der Peet* porque el objetivo es proporcionar seguridad y continuidad a una sociedad aborígen concreta. Este objetivo constituye el contexto del análisis. Por este motivo, los tribunales deben estar dispuestos a realizar las deducciones necesarias sobre la existencia y la integralidad de una práctica cuando no se disponga de una evidencia directa.⁵⁰

La Corte no ofreció ninguna orientación que ayudase a los tribunales a determinar cuándo, ante una evidencia insuficiente para satisfacer el criterio *Van der Peet*, debían «aplicar» flexiblemente el criterio a fin de cumplir el objetivo del análisis. El otro problema de la Corte ligado al criterio *Van der Peet* concernía al término «cultura característica». Dejando al margen el adjetivo «característica» y la función que haya de cumplir —algo sobre lo que volveré en breve— los tribunales de primera instancia han encontrado en la «cultura» un concepto escurridizo.⁵¹ Además, puesto que en las lenguas de los pueblos indígenas de Canadá no existe un concepto equivalente, «el concepto de cultura es —tuvo que admitir la Corte— inherentemente cultural».⁵² Como consecuencia de esto, aunque la Corte no llegó a decirlo, hay muy poco o nada en la realidad aborígen previa al contacto que pueda articularse de forma precisa con el uso de la palabra «cultura» por los tribunales.⁵³ En parte al menos por la inadecuación de la palabra a la realidad aborígen, la judicatura ha encontrado este concepto escurridizo.

Pese a estos problemas fundamentales, la Corte, en *Sappier/Grey*, no estaba dispuesta a separarse por completo del criterio *Van der Peet* y su requisito de que los derechos aborígenes deben remontarse a una práctica, tradición o costumbre

que fuese parte integral de una cultura aborígen característica con anterioridad al contacto. Se vio así obligada a regresar a la lógica anterior de la Corte para introducir la noción de «cultura característica» en la jurisprudencia canadiense sobre derechos aborígenes:

Esto nos lleva a la cuestión de qué significa una «cultura característica». Como se ha explicado con anterioridad, esta Corte, en *Van der Peet*, interpretó la Sección 35 de la Constitución de una manera que capta a los aborígenes y a los derechos en los derechos aborígenes. El juez Lamer habló de la «necesaria especificidad que se deriva de la concesión de una protección constitucional especial a una parte de la sociedad canadiense» (parágrafo 20). Es esa especificidad aborígen lo que la noción de una «cultura característica» trata de captar.⁵⁴

Pero debido a que la crítica académica identificó serios errores derivados de *Van der Peet* y del enfoque de la mayoría del tribunal sobre la diferencia cultural, en *Sappier/Grey* la Corte se sintió obligada a afirmar expresamente, en consenso con la crítica académica, que «la aboriginalidad significa algo más que interesantes prácticas culturales y curiosidades antropológicas merecedoras sólo de estar en un museo...».⁵⁵ La Corte señaló que las críticas académicas se hacían eco de las preocupaciones expresadas por dos de los jueces de la Corte Suprema que habían redactado sendos votos privados, la juez McLachlin y la juez L'Heureux-Dubé. La Corte juzgó particularmente aguda la preocupación de la juez L'Heureux-Dubé de que «el enfoque [de la mayoría] basado en prácticas, tradiciones y costumbres aborígenes toma sólo en consideración partes aisladas de la cultura aborígen, separándolas de la cultura general en la que están arraigadas»...⁵⁶ Con estas críticas y preocupaciones en mente, en *Sappier/Grey* la Corte dio un paso atrás respecto al énfasis de la mayoría en *Van der Peet* y se acercó un paso más al antiguo enfoque del derecho común sobre la «ocupación previa». Consiguientemente, escribió:

La doctrina de los derechos aborígenes constitucionalizada por la Sección 35 se deriva del simple hecho de la previa ocupación del territorio que actualmente constituye Canadá. El criterio sobre la «pertenencia integral a una cultura» debe entenderse necesariamente en este contexto. Como explicó la juez L'Heureux-Dubé en su voto particular en *Van der Peet*, «la “cultura característica aborígen” debe entenderse que alude a la realidad de que, pese a la soberanía británica, el pueblo aborígen era la sociedad organizada original que ocupaba y usaba el territorio canadiense...».⁵⁷

Pero a pesar de reconocer los problemas que existen en el análisis *Van der Peet*, entre ellos el riesgo de «estereotipos racializados sobre los pueblos aborígenes»,⁵⁸ la Corte no deseaba regresar completamente a su posición pre-*Van der Peet*. Por consiguiente, señaló que el enfoque de los análisis de derechos aborígenes no debía versar sobre «el simple hecho de la ocupación previa [por los pueblos indígenas] de los territorios que ahora constituyen Canadá», sino sobre la naturaleza *característica* de esa ocupación previa o forma de vida pre-contacto:

El enfoque de la Corte debería por tanto centrarse en la naturaleza de esa ocupación previa. Lo que se quiere decir con «cultura» es en realidad una investigación sobre la forma de vida previa al contacto de una particular comunidad aborígen, incluyendo sus medios de supervivencia, sus métodos de socialización, sus sistemas legales y, potencialmente, sus hábitos comerciales.⁵⁹

Aunque la Corte, en *Sappier/Grey*, no pudo abandonar por completo el análisis *Van der Peet* en favor de la tradición anterior en lo que respecta a los derechos aborígenes, mantener la fachada de *Van der Peet* le exigía adoptar un enfoque más flexible y menos basado en principios cuando no se cuenta con suficiente evidencia. También requería reinterpretar el análisis a la luz del voto disidente en esa sentencia y trasladar el enfoque hacia la ocupación previa, y consiguientemente hacia los anteriores ocupantes de Canadá tomados como pueblos.

¿Sustituir o complementar?

En un caso reciente, *Mitchell*, la Corte Suprema ha caracterizado el enfoque *Van der Peet* sobre los pueblos indígenas como un complemento, más que una sustitución del enfoque previo del derecho común. La cuestión básica en *Mitchell* era «si los mohawks de Akwesasne, Quebec, tienen derecho a traer bienes desde los Estados Unidos a Canadá para su uso colectivo y a comerciar con otras primeras naciones sin pagar derechos de aduana». ⁶⁰ Aunque toda la Corte estuvo de acuerdo en el resultado —es decir, que los mohawks habían fracasado en el intento de demostrar ese derecho aborígen— dos de los siete jueces emitieron conjuntamente un voto disidente en el razonamiento de la sentencia. Escribiendo en nombre de la mayoría, la juez McLachlin formuló la conclusión y el resumen del razonamiento de la mayoría como sigue:

Concluyo que el derecho aborígen reclamado no ha sido establecido. La escasa y tenue evidencia mostrada en este caso para probar la existencia de comercio mohawk pre-contacto al norte de la frontera entre Canadá y los Estados Unidos sencillamente no puede respaldar el derecho reclamado. Aunque se respeta la averiguación del juez de primera instancia, cualquier comercio de ese tipo era claramente fortuito y no parte integral de la cultura mohawk. Por ello, el jefe Mitchell debe pagar aranceles sobre los bienes que importó a Canadá.⁶¹

A diferencia de la decisión de la mayoría en *Sappier/Gray* cinco años más tarde, en *Mitchell* la mayoría no asumió un enfoque flexible del análisis *Van der Peet* para compensar la falta de evidencia. En *Mitchell* la Corte insistió en que el enfoque generoso de la evidencia requerido a veces en los casos de derechos aborígenes «... no debía confundirse con un vago sentido de condescendencia *ex post facto*». ⁶²

Aludiendo a la doctrina de continuidad, el presidente de la Corte explicó cómo adquieren su existencia los derechos aborígenes bajo la ley inglesa y las condiciones bajo las cuales siguen existiendo como parte del derecho común previo al Acta Constitucional de 1982.⁶³

Mucho antes de que los europeos explorasen y colonizasen Norteamérica, los pueblos aborígenes ocupaban y usaban la mayor parte de este vasto territorio en sociedades organizadas y características con sus propias estructuras sociales y políticas. La porción de Norteamérica que ahora denominamos Canadá fue primeramente colonizada por los franceses y los ingleses, quienes, desde los primeros días de la exploración, reclamaron la soberanía sobre el territorio en nombre de sus naciones. El derecho inglés, que en última instancia fue el que terminó gobernando los derechos aborígenes, aceptó que los pueblos aborígenes poseían leyes e intereses preexistentes y reconoció su continuidad en ausencia de su extinción por cesión, conquista o legislación...

Por consiguiente, la colonización europea no liquidó los intereses de los pueblos aborígenes derivados de su ocupación histórica del territorio. Por el contrario, se supuso que los intereses aborígenes y las leyes consuetudinarias sobrevivían a la afirmación de la soberanía y fueron absorbidas en el derecho común como derechos, a menos que 1) fuesen incompatibles con la afirmación de soberanía de la Corona, 2) hubiesen sido cedidos voluntariamente mediante tratados o 3) el gobierno los hubiera extinguido...⁶⁴

Dando un giro retrospectivo *Van der Peet* al resumen precedente, la juez añadió:

Salvo alguna de esas excepciones, las prácticas, costumbres y tradiciones que definían a las diversas sociedades aborígenes como culturas características continúan existiendo como parte del derecho canadiense.⁶⁵

El juez Binnie presentó en nombre del juez Major y en el suyo propio una opinión que coincidía con la de la mayoría, pero que difería en el razonamiento. Sin criticar la aplicación del criterio *Van der Peet* a la demanda de los mohawk por la mayoría, reconocía sin embargo que la aplicación de ese criterio no sondeaba la profundidad del argumento de los demandantes.

La raíz de su argumentación —escribió— es que los mohawk de Akwesasne adquirieron bajo los regímenes legales de la Norteamérica del siglo XVIII un derecho positivo como grupo a continuar atravesando con los bienes que quisiesen cualquier frontera internacional que subsiguientemente dividiese sus territorios tradicionales, tal y como habían hecho en los tiempos previos al contacto. En otros términos, la autonomía mohawk en este aspecto se mantenía, pero no como una mera costumbre o práctica. Surgió en el nuevo orden constitucional de base europea como un derecho legal al comercio y la movilidad. Mediante la Sección 35 (1)

del Acta Constitucional de 1982 se convirtió en un derecho constitucionalmente protegido.⁶⁶

Puesto que su autonomía se había mantenido como un derecho legal positivo bajo los regímenes legales de la Norteamérica del siglo XVIII, pero no como una mera costumbre o práctica, la aplicación del criterio *Van der Peet* por la mayoría era, según el juez Binnie, inapropiada para concederle al derecho reclamado un espacio constitucional pleno y adecuado —un derecho que podía haber sido un derecho aborígen existente cuando entró en vigor el Acta Constitucional de 1982. Aunque se reconocía que «hay que tener cuidado para no transferir doctrinas del derecho colonial británico a la interpretación de la Sección 35 (1) sin una cuidadosa reflexión»,⁶⁷ también afirmó que:

El lenguaje de la Sección 35 (1) no puede construirse como un rechazo total del derecho común. La materia de la disposición constitucional son los derechos aborígenes y de tratados «existentes», y se dice que son «reconocidos y afirmados» de una forma no totalmente desvinculada de sus orígenes legales e históricos.⁶⁸

El derecho colonial británico proporciona uno de los orígenes legales/históricos de los cuales, según el juez Binnie, los derechos aborígenes no deben ser totalmente desvinculados. Así, el reconocimiento prometido en la Sección 35 no se limita a los derechos aborígenes que expresen prácticas integrales de las sociedades aborígenes previas al contacto, ni se extiende su reconocimiento —al no haber apoyo para eso del criterio *Van der Peet*— a un pequeño repertorio de derechos aborígenes, como por ejemplo el título aborígen, anteriormente reconocido por el derecho común. La mejor interpretación es, según el análisis del juez Binnie, que los tribunales, en el caso *Van der Peet* y en otros,

[...] han *extendido* el reconocimiento *más allá* de los «derechos» existentes para incluir prácticas, costumbres o tradiciones integrales a la cultura característica de una comunidad aborígen.⁶⁹

En otros términos, el análisis *Van der Peet* complementa —y quizá corrige incluso— el enfoque tradicional sobre los derechos aborígenes, pero no lo sustituye por completo.⁷⁰ Está por ver si los tribunales adoptarán la posición del juez Binnie (o alguna próxima a ella) en futuros casos. El hecho de que estuviera escribiendo, aunque sutilmente, en contra de la mayoría, que incluía a la presidenta de la Corte, la juez McLachlin, pesa en su contra. Con todo, que dos miembros de la Corte Suprema de Canadá, los jueces Binnie y Major, desearan invocar la anterior tradición legal sobre derechos aborígenes constituye una evidencia más de que esa tradición aún sobrevive.

Promover los derechos de los pueblos aborígenes *qua* pueblos

Pese a las limitaciones impuestas por el criterio *Van der Peet*, en algunos casos resulta posible trabajar dentro de sus confines e invocar la promesa de la Sección 35 para que proporcione protección a los pueblos indígenas como pueblos y no meramente como grupos culturales característicos. Para hacer eso es preciso litigar sus demandas presentándolos como pueblos con el derecho a gobernarse a sí mismos y sus territorios según sus propias leyes e instituciones políticas y bajo la rúbrica de los derechos aborígenes entendidos como derechos culturales. En 2008 nuestro despacho legal, *Peter Grant & Associates*, tuvo el privilegio de representar a los jefes hereditarios gitanyow en un proceso ante la Corte Suprema de la Columbia Británica. La disputa que dio lugar al caso *Wii'litswx v. British Columbia (Ministry of Forests)*⁷¹ comenzó cuando el ministro provincial de recursos forestales decidió, obviando las objeciones de los gitanyow, reemplazar seis acuerdos existentes sobre licencias forestales por seis nuevos acuerdos. Las seis licencias forestales en cuestión se encuentran situadas en el territorio ancestral de los gitanyow, en la parte centro-norte de la Columbia Británica.⁷² Los jefes hereditarios de los gitanyow acudieron a los tribunales para desafiar la decisión del ministro, básicamente por promover inconstitucionalmente los ingresos e intereses comerciales de la Provincia y de una serie de empresas privadas en los bosques de su territorio tribal a costa de los derechos y del título aborígen de los gitanyow y sin ningún beneficio real para ese pueblo.

Los jefes hereditarios gitanyow se sintieron especialmente ofendidos, en primer lugar, por el firme rechazo de la Provincia a reconocer el sistema legal y de gobierno de su comunidad y, en segundo lugar, por la resistencia a aceptar sus implicaciones legales y prácticas para la explotación de los bosques de su territorio. Los gitanyow se gobiernan a sí mismos y su territorio (de unos 10.460 km²) mediante su sistema *wilp*. En su razonamiento del caso *Wii'litswx*, al resumir la evidencia sobre el sistema *wilp* de los gitanyow y el papel de los jefes hereditarios, la juez Neilson escribió:

Los gitanyow han aportado los siguientes antecedentes históricos, que no han sido cuestionados por la Corona. Los gitanyow se organizan en ocho unidades matrilineales colectivamente denominadas *huwilp* e individualmente *wilp* o «casas». Cada *wilp* posee su propio territorio y, tomados colectivamente, constituyen el territorio tradicional de los gitanyow. Los *huwilp* son las unidades sociales, políticas y de gobierno de los gitanyow. Poseen y ejercen los derechos y el título sobre el territorio tradicional gitanyow en nombre del pueblo gitanyow. Todo individuo gitanyow pertenece a un *wilp*. En virtud de esta pertenencia, cada persona tiene derechos sobre el territorio y sobre los recursos poseídos por su *wilp* bajo la dirección de los jefes hereditarios de cada *wilp*.

Cada *wilp* se identifica, en parte, por un único *ayuuk* o emblema y un *getimgan* o poste totémico. Estos penachos y postes totémicos demuestran la relación de cada

wilp con su territorio. Cada *wilp* tiene un jefe hereditario que ostenta *daxgyet*, esto es, el poder y la autoridad del *wilp* sobre su territorio. Los jefes hereditarios ejercían tradicionalmente su *daxgyet* mediante la gestión de las tierras y los recursos de su *wilp*, y demostraban su poder y autoridad a través de festejos, regalos y manteniendo sus emblemas con la erección de postes totémicos.⁷³

La juez Neilson resumió entonces los problemas a los que se enfrentaba el pueblo gitanyow de la siguiente manera:

La Corona, a través del Ministerio de Recursos Forestales y sus predecesores, ha permitido la explotación maderera en el territorio tradicional gitanyow durante muchos años y bajo distintos regímenes. Los derechos de los gitanyow sobre los recursos madereros de su territorio tradicional han sido una fuente constante de desacuerdo entre la partes. Existe una discrepancia sobre la cantidad exacta de madera extraída de las áreas incluidas en el territorio tradicional gitanyow. Sin embargo, no hay duda que ha existido una considerable actividad maderera y de construcción de carreteras en ese territorio y que esas actividades han tenido un impacto significativo sobre la sostenibilidad de los recursos forestales y en otros aspectos de la tradición y la cultura gitanyow. Un Plan de Unidad de Paisaje desarrollado para el territorio gitanyow en 2005 describía lo siguiente: «Durante las últimas décadas las operaciones madereras han afectado a buena parte del territorio gitanyow. El resultado ha sido la pérdida de numerosos lugares de prácticas tradicionales y el daño y la alteración de otras zonas en las que se desarrollaban prácticas tradicionales, convirtiendo bosques estructuralmente diversos, maduros y antiguos en bosques jóvenes y estructuralmente simples. Como resultado de esta conversión, grandes zonas del hábitat requerido para la supervivencia de plantas, aves, peces y animales que los miembros de los *huwilp* gitanyow utilizaban tradicionalmente para su sustento y sus prácticas culturales se han perdido para las próximas décadas. Por consiguiente, los usos tradicionales ya no pueden desarrollarse en esas tierras. Los miembros de los *hiwulp* gitanyow están preocupados por el hecho de que la actividad maderera pueda seguir alterando el hábitat forestal y fluvial, cambiando con ello las condiciones necesarias para que se reproduzcan plantas, animales, aves y peces requeridos por los usos tradicionales gitanyow».

La actividad maderera también ha afectado a otros aspectos de la cultura gitanyow. Ha destruido las cabañas de los *wilp* [que utilizaban los *wilp* y otras personas autorizadas para acceder al territorio y sus recursos]. La eliminación de los recursos ha impedido a los jefes hereditarios gitanyow llevar a cabo sus obligaciones bajo el *ayookxw* o ley gitanyow y gestionar el territorio y los recursos de los *wilp* para garantizar su sostenibilidad futura. También se han visto impedidos de utilizar esos recursos para mantener su cultura de *wilp* y sus prácticas tradicionales, teniendo que usar para ello sus recursos personales. Los gitanyow afirman que todo esto no sólo ha creado dificultades económicas sino también dolor y vergüenza a su gente.⁷⁴

Siendo plenamente conscientes de que la Corte examinaría a través de la lente *Van der Peet* su demanda de un derecho aborígen de gobierno en relación con su sistema *wilp*, los gitanyow presentaron numerosas evidencias ante la Corte

y mantuvieron que el sistema *wilp* era parte integral de su cultura antes del contacto con los europeos a comienzos del siglo XIX, y que así sigue siendo hoy en día. Apoyándose en la fuerza de su demanda, los gitanyow mantuvieron además que la Provincia tiene la obligación constitucional de reconocer el sistema *wilp* y de hacer efectivo ese reconocimiento en sus tratos con ellos en lo que se refiere a los bosques de su territorio.

En su argumentación, la juez Neilson juzgó que los gitanyow tenían una fuerte base para reclamar un derecho aborígen en relación con el sistema de los *wilp*, y escribió:

Por el material aportado ante mí, estoy convencida de que los *wilp* son un rasgo integral y definitivo de la sociedad gitanyow. Como tal, el sistema de los *wilp* y los derechos aborígenes conexos atraen la protección de la Sección 35 del Acta Constitucional...⁷⁵

Basándose en su hallazgo, la juez consideró además que la Provincia tenía el deber constitucional de reconocer el sistema *wilp* de los gitanyow y dar un efecto significativo a ese reconocimiento en sus tratos con ellos sobre los bosques de su territorio. Llegó a criticar la conducta de la Corona en estos términos:

El más claro ejemplo [de la falta de respeto a los derechos de los gitanyow y a asumir en serio las obligaciones correspondientes]... reside en no haber reconocido la Corona [y la Provincia] que el honor de la Corona y de la Sección 35 del Acta Constitucional imponían la obligación constitucional de consultar y alcanzar un acuerdo con respecto al reconocimiento de los *wilp* y sus confines en la decisión estratégica de reemplazar las seis licencias forestales. Al desestimar ese reconocimiento como impráctico, sin discusión o explicación, la Corona no cumplió con su obligación de reconocer y aceptar los rasgos característicos de la sociedad aborígen gitanyow y de reconciliarlos con la soberanía de la Corona.⁷⁶

Wii 'litswx fue el primer caso en Canadá en que un tribunal afirmó la *demand*a de derechos de gobierno sobre su territorio ancestral por parte de un pueblo aborígen.⁷⁷ Hay que señalar, sin embargo, que la Corte no afirmó esa demanda de derechos de gobierno *simpliciter*, es decir, un derecho de gobierno atribuible a un pueblo aborígen como pueblo que ya se gobernaba a sí mismo antes de la llegada de los europeos. Lo que afirmaba era la demanda de un derecho aborígen como reflejo de un sistema específico de gobierno que era (y sigue siendo) parte integral de la forma característica de vida de los gitanyow. Está por ver cuántos pueblos indígenas en la Columbia Británica y en el resto de Canadá serán capaces de repetir y/o aprovechar el éxito de los gitanyow bajo el *régimen Van der Peet*.⁷⁸

Reflexiones finales

Canadá, como muchas otras naciones, ha debatido durante largo tiempo —excepto durante un hiato de ciento cincuenta años— cuál debe ser el lugar que ocupen los pueblos indígenas en su régimen político y jurídico. Así, el debate más reciente sobre el espacio constitucional que esos pueblos deban ocupar en virtud de la Sección 35 del Acta Constitucional de 1982 no es un debate sobre una cuestión nueva, sino una nueva variación de una vieja cuestión, aunque ahora resulta menos familiar.

Hasta 1982, la cuestión se resolvía generalmente afirmando que los pueblos indígenas podían ocupar tanto espacio en el régimen político y jurídico vigente como fuese compatible con la soberanía de la Corona. Por consiguiente, cuanto más expansiva fuese la noción de soberanía de la Corona, menos espacio habría disponible.⁷⁹ Durante buena parte de los siglos XIX y XX, Canadá tendió a considerar a los pueblos indígenas como grupos que gradual, pero inevitablemente, terminarían asimilándose al grueso de la sociedad canadiense.⁸⁰ Durante este periodo se asumió que cualquiera que fuese el espacio que ocupasen los pueblos indígenas en el régimen jurídico y político vigente, sería sólo temporal. Pero no existía en realidad una discusión, ya que la respuesta adoptada por Canadá era que no existía *ningún* espacio semejante. Fue la decisión de la Corte Suprema de Canadá en el caso *Calder* en 1970, afirmando la capacidad del derecho común para reconocer el título aborígen, lo que obligó al gobierno a reconsiderar la cuestión.

Es evidente que durante gran parte de la historia de los siglos XIX y XX Canadá consideró contrario a sus aspiraciones nacionales asumir estrategias políticas y jurídicas para proteger y preservar la diferencia cultural indígena. Pero antes incluso de ese periodo, Canadá (incluyendo a sus predecesores coloniales de Francia e Inglaterra) no consideró, ni pudo hacerlo, sus obligaciones jurídicas o morales en términos de protección de la diferencia cultural indígena. Bajo el derecho común e imperial británico las soberanías, los ocupantes y los propietarios anteriores del territorio adquirirían ciertos derechos legales con la asunción de la soberanía por la Corona. El hecho de que bajo este régimen los pueblos indígenas pudiesen disfrutar de derechos distintos de los derechos, por ejemplo, de los colonos ingleses de alguna de las colonias británicas en Norteamérica, se debía fundamentalmente a que eran naciones o pueblos no británicos, no al hecho de que fuesen pueblos indígenas. En un principio, y durante algún tiempo, esa diferencia era la única que contaba *legalmente*.

Dando por descontado que la imposición de la soberanía británica no permitía nada incompatible con ella, existía un considerable espacio potencial para las instituciones políticas y las leyes indígenas y, por tanto, para el pluralismo político y jurídico. Por supuesto, en la historia posterior de Canadá a algunos habitantes, como los franceses en Quebec, se les permitió ocupar un considerable espacio político y legal, mientras que a otros, como los indígenas, se les negó. El desarro-

llo del pluralismo político y jurídico en Canadá ha sido en buena medida un asunto derivadamente europeo. Los conflictos normativos que surgieron eran familiares para las potencias europeas y resultaban manejables bajo doctrinas tales como la de la sucesión soberana o la de continuidad. Por supuesto, el hecho de que a los franceses en Quebec, pero no a los pueblos indígenas, se les permitiese ocupar un espacio significativo en el régimen político y jurídico imperante se debió a la ignorancia, la intolerancia y la discriminación. Sus raíces se encuentran en la creencia colonialista, y por tanto autocomplaciente, de que los pueblos indígenas no tenían el mismo estatus que los británicos y otros pueblos europeos. Pero justificar por qué no compartían el mismo estatus requería encontrar una diferencia. Algunos afirmaron que era su religión o falta de ella; otros dijeron que era su propensión a la guerra o el salvajismo; otros, que sencillamente carecían de un grado de organización social que los constituyese como un pueblo.⁸¹ Pero los tiempos han cambiado. Mientras Canadá una vez buscó la diferencia aborígen sólo para justificar su discriminación de los pueblos indígenas, ahora busca esa diferencia para apoyar su auto-imagen y sus aspiraciones multiculturalistas. Pero una cosa no ha cambiado. Como espero que haya mostrado este artículo, centrarse en la diferencia aborígen tiene la consecuencia, deseada o no, de negarles a los pueblos aborígenes un lugar pleno y justo como pueblos en el régimen político y jurídico vigente. Pese a las esperanzas de muchos, la constitucionalización de los derechos aborígenes no cambió esto. La razón de ello se remonta a la decisión de la Corte Suprema en *Van der Peet*, donde la promesa de reconocimiento de derechos recogida en la Sección 35 fue interpretada aludiendo directamente a la diferencia aborígen y sólo indirectamente a los pueblos aborígenes. Al interpretar esa promesa en términos culturalistas, la Corte ha logrado estrechar el espacio constitucional que de otra manera estaría disponible para los pueblos indígenas. Además, el pequeño espacio restante apenas incide en el espacio mucho mayor y previamente estructurado y ocupado por la sociedad dominante. Al negarles a los pueblos indígenas derechos que protejan lo que tienen en común con otros pueblos, como el derecho al gobierno, sin necesidad de referirse a las diferencias, Canadá les está pidiendo que se ajusten a una identidad superficial. De manera no muy distinta a la de los canadienses de origen escocés, que ocasionalmente visten *kilts* y recitan la poesía de Robbie Burns, pero que no dependen de instituciones políticas o jurídicas escocesas, se espera que los pueblos indígenas de Canadá mantengan su cultura sin apoyarse en instituciones políticas y jurídicas indígenas. En efecto, al retener la protección de esas instituciones, Canadá está intentando injertar la cultura aborígen en las instituciones legales y políticas del Estado.⁸²

Si la verdadera intención de Canadá es que sus pueblos indígenas restauren, impulsen y proyecten sus culturas hacia el futuro, entonces la Corte Suprema, en su decisión *Van der Peet*, ha establecido un rumbo que socava ese propósito. Al presionar para arrancar la cultura indígena de las instituciones políticas y jurídicas de estos pueblos (que ya han sido en gran medida desarraigados de los territorios

indígenas) la Corte está haciéndoles imposible o muy difícil el traspaso a las futuras generaciones de algo más que un simulacro de sus culturas. Entre quienes se preocupan por que el Estado mantenga la suficiente unidad para funcionar pacíficamente y ocuparse del bien de todos, se escucha a menudo la inquietud de que los derechos dirigidos a proteger a los pueblos indígenas como pueblos con derecho a gobernarse a sí mismos y sus territorios mediante sus propias instituciones puedan llegar a ser hostiles al Estado, a su necesaria unidad y al bien común. Permítanme que conteste a esa preocupación asumiendo, en primer lugar, que hablamos de un Estado liberal-democrático. Asumiré también que hablamos de un Estado que valora de alguna manera el pluralismo, no sólo el pluralismo cultural. Para semejante Estado, el desafío de mantener *una sociedad* relativamente eficiente, liberal, democrática y pluralista es algo real e inevitable. En definitiva, para semejante Estado la cuestión no es si va a ser pluralista, sino cuán pluralista va a ser. Pero con toda seguridad, aquellos que constituyen la pluralidad deberían tener alguna opinión al respecto. Después de todo, estamos hablando de un Estado libre y democrático. Por ello, si los grupos que constituyen la pluralidad están comprometidos con el Estado, si reconocen la necesidad de unidad y desean compartir y promover el bien común, entonces no hay razón alguna para que la pluralidad no sea profunda. En el caso canadiense, la mayoría de los pueblos indígenas está comprometida con el Estado, reconoce la necesidad de una unidad y desea compartir y promover el bien común. En estas circunstancias, resulta incoherente con el *ethos* liberal, democrático y pluralista de Canadá mantener reticencias a reconocer el derecho de los pueblos indígenas a gobernarse a sí mismos y sus territorios mediante sus propias instituciones y leyes.⁸³

Desearía concluir con una reflexión final en torno al enfoque de la Corte Suprema de Canadá sobre la cultura indígena. No puede parecer más que como una ofensa judicial —especialmente desde la perspectiva indígena— que la Corte se arrogue el papel de «protectora» de las culturas indígenas. Son los pueblos indígenas los que tienen que proteger sus propias culturas como mejor consideren. Lo que precisan de Canadá es el reconocimiento de derechos que los protejan como pueblos capaces de gobernarse a sí mismos y sus territorios mediante sus propias instituciones y leyes. Habiéndoseles reconocidos tales derechos, los pueblos indígenas cuidarán por sí mismos de sus culturas.

NOTAS

1. *Acta Constitucional de 1982*, promulgada como Anexo B del *Acta de 1982 sobre Canadá* (UK), 1982, c. 11.

2. Aunque el término *indígena* tiene un mayor alcance que el de *aborigen*, usaré ambos indistintamente cuando me refiera a los *pueblos* (es decir, para referirme a los pueblos indígenas o aborígenes de Canadá). No haré lo mismo, sin embargo, cuando hable de *derechos*. El término *derechos aborígenes* posee un significado específico en el derecho canadiense que no equivale al de *derechos indígenas*.

3. *Regina v. Sparrow* [1990] 1 S.C.R. 1075 parágrafo 1 [en adelante *Sparrow*].

4. No es incidental que la Corte Suprema introdujese su reconstrucción de los derechos aborígenes como derechos culturales en una tríada de decisiones simultáneas sobre derechos aborígenes de pesca originados en la Columbia Británica, esto es, en *R. v. Van der Peet* [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.* [1996] 2 S.C.R. 672; y *R. v. Gladstone* [1996] 2 S.C.R. 723. Digo que *no es incidental* porque los desafíos de los derechos aborígenes al *status quo* tienen potencialmente su mayor efecto en la Columbia Británica, donde los afianzados intereses políticos, jurídicos y económicos de la Provincia se han desarrollado y dependen de la omisión de los pueblos aborígenes y sus derechos. En la jurisprudencia canadiense sobre derechos indígenas puede decirse que es la Columbia Británica la que mueve los hilos del país, y no al revés.

5. Los responsables de tales esfuerzos en la Corte nunca han admitido su alejamiento de la tradición previa en sus motivos de juicio.

6. Los derechos aborígenes de las primeras naciones y de los pueblos *inuit*, tales como los derechos de caza y de pesca, deben cifrar su origen en las prácticas, costumbres y tradiciones previas al contacto con los europeos. El momento del contacto varía a lo largo de Canadá, básicamente desde el siglo XVI hasta el XIX. Véase *Van der Peet*, parágrafos 60 y ss.

7. Los títulos aborígenes, que representan un derecho a la ocupación y uso exclusivo de la tierra, deben trazar su origen a la afirmación de soberanía por la Corona. En el caso de la Columbia Británica, la opinión preponderante es que la Corona afirmó su soberanía sobre el área en su conjunto en 1846. El título aborígen es un derecho aborígen bajo la sección 35 (1). En la actualidad es habitual en los círculos jurídicos y académicos canadienses basarse en el contexto para indicar si se está hablando de derechos aborígenes e incluir en ellos o no el título aborígen. En cualquier caso, se asume que la Sección 35 (1) incluye el título aborígen. Véase la decisión de la Corte Suprema de Canadá en *Delgamuukw v. British Columbia* [1997] 3 S.C.R. 1010, parágrafos 144 y ss. (de aquí en adelante *Delgamuukw*).

8. Los derechos aborígenes de los pueblos *métis* deben trazar su origen en las prácticas, costumbres y tradiciones previas a ese control, es decir, previas al momento en que los europeos lograron el control político y jurídico de la zona. Véase la decisión de la Corte Suprema de Canadá en *R. v. Powley* [2003] 2 S.C.R. 207, parágrafos 36 y ss.

9. En *Sparrow*, la Corte Suprema de Canadá reconoció que: «[...] no puede dudarse que durante años los derechos de los indios fueron a menudo violados [...] Como afirmó MacDonald J. en *Pasco v. Canadian National Railway Co.*: “No podemos contar con orgullo el trato dado a los pueblos nativos de este país”» [parágrafo 49; cita omitida].

10. Para los juicios de la Corte Suprema de Canadá, véase por ejemplo *Sparrow*, parágrafo 47, y *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)* [2004] 3 S.C.R. 511, parágrafo 32 [de aquí en adelante *Haida Nation*].

11. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 2, *Restructuring the Relationship*, Part One, *Toward an Aboriginal Order of Governance*, p. 72 (Ottawa: *Supply and Services Canada*, 1996).

12. *Ibid.*

13. *R. v. Kruger* [1978] 1 S.C.R. 104.

14. Como el anterior juez, y ahora presidente de la Corte Suprema de Canadá, McLachlin escribió en su voto particular en *Van der Peet*, parágrafo 270: «La afirmación de la soberanía británica [...] se hizo reconociendo expresamente que no privaba al pueblo aborígen de Canadá de sus derechos preexistentes. La máxima de *terra nullius* no gobernó aquí».

Éste no fue un punto de consenso en la Corte. Véase asimismo el juicio opuesto del juez Lebel en *R. v. Marshall*; *R. v. Bernard* [2005] 2 S.C.R. 220, parágrafo 132 [de aquí en adelante *Marshall/Bernard*].

15. En Canadá, como en los Estados Unidos, se acepta que el presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, el juez John Marshall, en *Jonson v. McIntosh*, 21 US (Wheat.) 543 (1823) dio una descripción relativamente certera de cómo aproximarse, al menos desde la perspectiva británica, a estas

cuestiones: «Al descubrir este inmenso continente, las grandes naciones de Europa estaban ansiosas por apropiarse de tanto territorio como fuese posible. Su vasta extensión ofrecía un ancho terreno para la ambición y el empuje de todas ellas, y el carácter y la religión de sus habitantes proporcionó una excusa para considerarlos como un pueblo sobre el que el genio superior de Europa podía reclamar preeminencia. Los príncipes del viejo mundo no tuvieron gran dificultad en convencerse de que compensaban ampliamente a esos habitantes concediéndoles la civilización y el cristianismo a cambio de una independencia ilimitada. Pero como todos buscaban casi lo mismo, fue necesario, para evitar asentamientos rivales y la guerra entre ellos, establecer un principio que fuese reconocido por todos como la ley que regulase el derecho de adquisición que todos reclamaban. Este principio era que el descubrimiento daba derecho al gobierno por aquellos sujetos o gobiernos cuya autoridad se afirmaba frente a los demás gobiernos europeos, un derecho que podía consumarse con la posesión.

»La exclusión de todos los demás europeos necesariamente otorgaba a la nación que realizaba el descubrimiento el derecho exclusivo a adquirir el territorio de los indígenas y a establecerse en él. Éste era un derecho en el que ningún otro europeo podía interferir. Era un derecho que todos afirmaban para sí mismos y cuya aserción los demás aceptaban.

»Las relaciones que pudiesen existir entre los descubridores y los nativos debían regularse por sí mismas. Al ser exclusivos los derechos así adquiridos, ningún otro poder podía interponerse entre ellos.

»Con el establecimiento de tales relaciones, los derechos de los habitantes originales no fueron en absoluto ignorados, pero se vieron mermados considerablemente. Se les consideraba los legítimos ocupantes del territorio con derecho legal y legítimo a retener su posesión y a usarla de acuerdo con su propio criterio, pero sus derechos de absoluta soberanía como naciones independientes se vieron necesariamente disminuidos y su capacidad para disponer del territorio a voluntad frente a cualquiera fue negada por el principio básico y original de que el descubrimiento concedía derechos absolutos a quienes lo realizaban».

Casi diez años más tarde, en *Worcester v. Georgia*, 31 US (6Pet.) 515 (1832), p. 559, el presidente de la Corte Marshall escribió: «Las naciones indias han sido consideradas siempre comunidades políticas independientes que retienen sus derechos originarios como propietarios indiscutidos de la tierra desde tiempos inmemoriales, con la única excepción de aquella impuesta por poder irresistible, que las excluye de cualquier negocio con otro poder europeo distinto del primer descubridor de la costa de la región reclamada».

16. Esto es lo que se conoce como la doctrina de la continuidad. Sobre esta doctrina en relación con los pueblos aborígenes, véase los juicios de la Corte Suprema de Canadá en *Guerin v. Canada* [1984] 2 S.C.R. 335, parágrafo 89 [de aquí en adelante *Guerin*], y *Michelle v. Canada (Minister of National Revenue)* [2001] 1 S.C.R. 911, párrafos 9-10 [de aquí en adelante *Mitchelle*]. Para una decisión seminal en la jurisprudencia inglesa, véase la decisión del Consejo Privado de la Corona en *Amodu Tijani v. Southern Nigeria (Secretary)* [1921] 2 A.C. 399.

17. Sobre los Tratados Douglas en general, véase *R. v. Morris* [2006] 2 S.C.R. 915, parágrafo 19 y ss.

18. *Connolly v. Wollrich* (1867), 17 R.J.R.Q. 75.

19. Unos pocos casos posteriores confirmaron la capacidad de los tribunales de derecho común para reconocer los derechos indígenas de autogobierno, por ejemplo, los derechos referentes a matrimonio, herencias y adopción. Una de las decisiones recientes más significativas ha sido la de la Corte de Apelación de la Columbia Británica en *Casimel v. Insurance Corp. of British Columbia* [1994] 2 C.N.L.R.

20. *Sparrow*, parágrafo 64.

21. *Van der Peet*, parágrafo 24 (citas omitidas).

22. *Van der Peet*, párrafos 29-31 (el énfasis es mío).

23. [1973] S.C.R. 313.

24. *Van der Peet*, parágrafo 33.

25. *Ibid.* (el énfasis es mío).

26. *Ibid.*, párrafo 43 (el énfasis es mío).
27. *Ibid.*, párrafo 44 (el énfasis es mío).
28. *Ibid.*, párrafos 55-56 (el énfasis es mío).
29. *Ibid.*, párrafo 154.
30. La Corte Suprema de Canadá estableció la base para este resultado en *Sparrow*, párrafo 53, cuando afirmó: «La Sección 35 (1) proporciona, como mínimo, una sólida base constitucional sobre la que pueden tener lugar la subsiguientes negociaciones».
31. Véase especialmente *Delgamuukw*, párrafos 70, 186 y 207.
32. Véase el fallo de la Corte Suprema de Canadá en *R. v. Adams* [1996] 3 S.C.R. 101, párrafos 25-26 [de aquí en adelante *Adams*].
33. *Delgamuukw*, párrafo 118.
34. Concretamente, invocó *Guerin y Canadian Pacific Ltd. v. Paul* [1988] 2 S.C.R. 654.
35. *Delgamuukw*, párrafo 133.
36. *Ibid.*, párrafo 142.
37. Recurriendo al anticuado lenguaje de la filosofía de las ideas, podríamos decir que la relevante noción de derecho común *ocupación del territorio* no contiene la noción de que la *tierra sea integral a la cultura específica del ocupante*.
38. En *Marshall/Bernard* la Corte aportó una única decisión a dos casos que habían surgido independientemente el uno del otro.
39. Sorprendentemente, la decisión contiene menos de media docena de referencias a *Van der Peet*. Digo sorprendentemente porque *Delgamuukw* contenía casi cuarenta.
40. *Marshall/Bernard*, párrafo 67.
41. *Van der Peet*, párrafo 85 (el énfasis es mío).
42. *Adams*, párrafo 26 (el énfasis es mío).
43. *Delgamuukw*, párrafo 137 (el énfasis es mío). Este punto se repite en el párrafo 150.
44. *Ibid.*, párrafo 151 (el énfasis es mío).
45. *R. v. Sappier; R. v. Gray* [2006] 2 S.C.R. 686 [en adelante *Sappier/Gray*]. En esta decisión, como en *Marshall/Bernard*, la Corte elaboró una única decisión para dos casos que habían surgido independientemente.
46. *Ibid.*, párrafos 20-21 (el énfasis es mío).
47. El término «equilibrio de probabilidades» se refiere a un «criterio de prueba» que debe cumplirse para establecer una demanda en un tribunal. A veces se le llama «criterio civil» para distinguir el criterio de prueba más frecuentemente asociado con la acción legal (por ejemplo, la ruptura de un contrato) del criterio de prueba asociado más allá de toda duda razonable con el derecho penal.
48. *Sappier/Gray*, párrafo 28.
49. *Ibid.*, párrafo 33.
50. *Ibid.*, párrafo 33.
51. *Ibid.*, párrafo 44.
52. *Ibid.*
53. Mi elección de la palabra «articular» intenta hacerse eco del ideal platónico de que la lengua y el pensamiento esculpen las cosas en sus uniones naturales (διαιτέμνειν κατ' ἄρθρα ἢ πέφυκεν). Véase, por ejemplo, el *Fedro* de Platón, 265e 1-3. Como un comentario al margen, aunque a propósito, quisiera añadir que incluso la realidad socialmente construida posee sus uniones «naturales», que pueden estar o no bien articuladas en el lenguaje y el pensamiento.
54. *Sappier/Gray*, párrafo 42.
55. *Ibid.*
56. *Ibid.*, párrafo 43. Sobre el contexto del comentario de la juez L'Heureux-Dubé, véase *Van der Peet*, párrafo 150.
57. *Ibid.*, párrafo 45.

58. *Ibid.*

59. *Ibid.*

60. *Mitchell*, parágrafo 1.

61. *Ibid.*, parágrafo 3.

62. *Ibid.*, parágrafo 39. Hay que señalar que el hallazgo por la Corte de un derecho aborígen a recolectar leña con fines domésticos en el caso *Sappier/Grey* no tenía consecuencias económicas. *Van der Peet* fue la primera, pero en ningún caso la última oportunidad de la Corte para considerar y rechazar una reclamación de derecho aborígen de naturaleza comercial. No sin justificación, muchos están convencidos de que los tribunales —animados por la decisión de la Corte Suprema de Canadá en *Van der Peet*— han adoptado tácitamente y por omisión la postura de que comercio y aboriginalidad son mutuamente excluyentes.

63. El tema de la *existencia* de un derecho es algo central en la jurisprudencia contemporánea sobre derechos indígenas, porque la Sección 35 protege sólo los derechos aborígenes y de tratados *existentes*, es decir, sólo los derechos que no dejaron de existir antes de 1982.

64. *Marshall*, párrafos 9-10 (el énfasis es mío).

65. *Ibid.*, parágrafo 10.

66. *Ibid.*, parágrafo 148 (el énfasis es mío).

67. *Ibid.*, parágrafo 149.

68. *Ibid.*, parágrafo 150.

69. *Ibid.*, parágrafo 143.

70. Merece la pena señalar que en su razonamiento escrito, el juez Binnie alude por tres veces al voto disidente de la entonces juez (y ahora presidenta de la Corte) McLachlin en *Van der Peet* con el fin de apoyar su propia posición. Véase sus comentarios en *Marshall*, párrafos 114, 141 y 143.

71. 2008 BCSC 1139 [en adelante *Wii'litswx*].

72. Las licencias forestales de la Columbia Británica son acuerdos cerrados y estructurados según la legislación forestal de la provincia. Estos acuerdos otorgan derechos madereros a los poseedores de la licencia durante un periodo de tiempo (normalmente 15 años). La imposición de regímenes forestales colonial/provinciales a las Primeras Naciones en la Columbia Británica comenzó en los años 1860 en la isla de Vancouver. Todos estos regímenes fueron impuestos a las Primeras Naciones sin su consentimiento y sin intentar obtenerlo siquiera.

73. *Wii'litswx*, párrafos 21-22.

74. *Ibid.*, párrafos 25-26.

75. *Ibid.*, parágrafo 222. Al añadir la frase «derechos aborígenes anexos» se refería a incluir, entre otras cosas, un derecho gitanyow a gobernar, gestionar y administrar el territorio gitanyow de acuerdo con la *ayookxw* (ley) gitanyow.

76. *Ibid.*, parágrafo 247.

77. Enfatizo la palabra «demanda» porque la juez Neilson no pudo encontrar o garantizar una orden declarando que los gitanyow poseen un derecho aborígen *probado*. Simplificando, esto se debe a que el caso *Wii'litswx* se desarrolló por procedimiento de revisión judicial, y éste, a diferencia de los procedimientos judiciales, debe basarse sobre todo en un affidavit «no juzgado», más que en una evidencia *viva voce* «juzgada». Hasta el momento, ningún pueblo aborígen ha logrado probar en un juicio un derecho aborígen de gobierno.

78. Puesto que la Provincia renunció a recurrir la decisión de la juez Neilson, sus hallazgos sobre las demandas de los gitanyow y las obligaciones correspondientes de la Corona se mantienen.

79. En *Mitchell*, parágrafo 151, el juez Binnie observó: «Antes del caso *Calder* se concedía excesivo énfasis a la *incompatibilidad de soberanía*. La afirmación de la autoridad soberana se confundía con las doctrinas de título feudal para negarles a los pueblos indígenas cualquier interés en sus territorios tradicionales o incluso en las actividades relacionadas con el uso de esos territorios».

80. Esa tendencia alcanzó su cénit en 1969, con el documento del gobierno federal titulado *Statement of the Government of Canada on Indian Policy*, Northern Development, Ottawa (tam-

bién conocido como «Libro Blanco» sobre política indígena), <http://www.ainc-inac.gc.ca/ai/arp/ls/pubs/cp1969/cp1969-eng.pdf>

81. En su decisión sobre *Calder* en 1970, la Corte Suprema de Canadá se distanció expresamente de semejantes nociones afirmando: «La evaluación e interpretación de los documentos históricos y promulgaciones presentados como evidencia deben considerarse a la luz de la investigación y el conocimiento contemporáneos, ignorando antiguos conceptos formulados cuando la comprensión de las costumbres y la cultura de nuestra gente aborigen era rudimentaria e incompleta, cuando se pensaba que carecían de cohesión, leyes o cultura, como si fuesen una subespecie humana. Esta concepción de los habitantes originales de América llevó al juez Marshall, en su por otro lado ilustrado juicio en *Johnson v. McIntosh* [(1823), 8 Wheaton 543, 21 U.S. 240], que es el pronunciamiento jurídico más relevante en materia de derechos indios, a decir que «las tribus de indios que habitaban este país eran feroces salvajes cuya ocupación era la guerra...». Ahora sabemos que esa valoración estaba mal fundada. Los indios se implicaban a veces en guerras tribales, pero la guerra no era su vocación, y puede decirse que su interés por la guerra empalidece si se compara con las guerras religiosas y dinásticas de la «civilizada» Europa de los siglos XVI y XVII. Marshall, por supuesto, estaba hablando con el conocimiento de que disponía en 1823.

Pese a esta fuerte desautorización, los tribunales continúan exigiendo a los pueblos que reclaman derechos aborígenes probar que sus antepasados formaban una «sociedad organizada». Para un ejemplo reciente, véase la decisión de la Corte Suprema de la Columbia Británica en *Lax Kw'alaams Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2008 BCSC 447, párrafos 124 y ss. Para una breve, pero perspicaz —se podría decir incluso que fulminante— crítica judicial de esta «práctica», véase la decisión de la Corte Suprema de la Columbia Británica en *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2007 BCSC 1700, párrafos 451-454.

82. Si se suscribe la versión presentada en *La República* de Platón de que la *psyche* o alma interioriza el orden político y cultural que le rodea y con el que crece, uno puede comenzar a comprender el daño —quizá, a la luz del legado de los internados para indígenas, podría hablarse del enorme daño— que se infligiría a los indígenas si el «injerto» canadiense tuviese éxito.

83. Hay que decir que la reticencia de Canadá se debe en gran medida a lo que cree serían las consecuencias económicas de semejante reconocimiento, especialmente para la Provincia de la Columbia Británica. Con esas consideraciones en mente, el antiguo presidente de la Corte de Apelación de la Columbia Británica señaló en una ocasión: «Si mis colegas [de la Corte de Apelación] tienen razón [en que los deberes de la Provincia bajo la Sección 35 deben añadirse a sus cargas administrativas] la Columbia Británica, que una vez fue descrita como la niña mimada de la Confederación, estaría a punto de convertirse en la hijastra oprimida de la Confederación».

Este comentario se encuentra en *Halfway River First Nation v. British Columbia (Ministry of Forests)* [1999] 4 CNLR 1, párrafo 232. A la postre ha resultado que los puntos de vista de sus colegas se han visto confirmados por la jurisprudencia posterior, incluyendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Canadá (por ejemplo, *Haida Nation, supra*). Sin embargo, el creciente peso administrativo necesario para mostrar un mínimo de respeto por los derechos aborígenes de las Primeras Naciones de esta Provincia no ha convertido a la Columbia Británica en la «hijastra oprimida de la Confederación».

Michael Lee Ross es abogado especializado en derechos indígenas y miembro del despacho legal «Peter Grant & Associates» (Vancouver, Canadá). Es autor del libro «First Nations Sacred Sites in Canada's Courts» (Vancouver, UBC Press, 2005).