



Derechos de los aborígenes y Titularidad en Canadá

El honor de la Corona, el deber de consultar y
los desafíos jurisdiccionales

Juez Patrice Abrioux¹, Tribunal de Apelaciones de
Columbia Británica

7 de marzo de 2025, Quito, Ecuador

¹ El juez Abrioux desea reconocer la invaluable contribución de Olivia O'Connor, secretaria del juzgado en el Tribunal de Apelaciones de Columbia Británica, para la preparación de esta presentación y los documentos fuente.

Pueblos indígenas y la Constitución canadiense

- ♦ La ***Ley Constitucional de 1867*** (anteriormente *Ley de América del Norte Británica*)
 - ♦ Otorga jurisdicción exclusiva sobre “indios y tierras reservadas para los indios” al gobierno federal.
- ♦ La ***Ley Constitucional de 1982***
 - ♦ Artículo 35: “reconoce y afirma” los derechos “existentes” de los aborígenes y de los tratados.
 - ♦ Artículo 25 de la *Carta Canadiense de Derechos y Libertades*: establece que las garantías en la *Carta* no “derogan ni anulan ningún derecho o libertad de los aborígenes, tratados u otros derechos o libertades que pertenezcan a los pueblos aborígenes de Canadá”.

Artículo 35 de la *Ley Constitucional de 1982*

35(1) Se reconocen y afirman los derechos existentes de los aborígenes y de los tratados de los pueblos aborígenes de Canadá.

(2) En esta Ley, *los pueblos aborígenes de Canadá* incluyen a los pueblos indios, inuit y métis de Canadá.

(3) Para mayor certeza, en el párrafo (1) por *derechos de tratados* se incluyen los derechos que actualmente existen mediante acuerdos de reivindicación de tierras o que pueden adquirirse de ese modo.

(4) A pesar de cualquier otra disposición de esta Ley, los derechos de los aborígenes y los tratados mencionados en el párrafo (1) están garantizados por igual a los hombres y las mujeres.

Sistemas judiciales indígenas en Canadá

- ♦ Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Canadá → 94 llamados a la acción (emitido en 2015):
 - ♦ “Les pedimos a los gobiernos federal, provinciales y territoriales que se comprometan a reconocer y aplicar los **sistemas de justicia aborígen** de forma coherente con los derechos aborígenes y de tratados de los pueblos aborígenes, la *Ley Constitucional de 1982* y la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, refrendada por Canadá en noviembre de 2012”.
- ♦ Varios tratados modernos prevén el desarrollo de sistemas de justicia indígena.
- ♦ Por ejemplo: los mohawks de Akwesasne, una de las Primeras Naciones, tienen un Tribunal facultado por ley para hacer cumplir la legislación de Akwesasne en asuntos civiles y algunos penales.

Principio organizador: Reconciliación

- ♦ **“La reconciliación de los canadienses aborígenes y no aborígenes en una relación mutuamente respetuosa a largo plazo es el gran propósito del artículo 35”** - *Beckman c. Primera Nación de Little Salmon/Carmacks*, 2010 SCC 53
- ♦ **“El artículo 35 de la *Ley Constitucional de 1982* pretende proporcionar un marco constitucional para la protección de las culturas distintivas de los pueblos aborígenes, de modo que su ocupación anterior de América del Norte pueda conciliarse con la soberanía de la Corona”** - *R. c. Sappier*, 2006 SCC 54
- ♦ **“Los pueblos aborígenes de Canadá estaban aquí cuando llegaron los europeos y nunca fueron conquistados”** - *Nación Haida c. Columbia Británica (ministro de bosques)*, 2004 SCC 73

Principio organizador: El honor de la Corona

- ♦ El Honor de la Corona “reconoce que la tensión entre la afirmación de soberanía de la Corona y la soberanía, los derechos y la ocupación preexistentes de los pueblos aborígenes crea una relación especial que requiere que la Corona actúe honorablemente en sus relaciones con los pueblos aborígenes” - *Primera Nación Mikisew Cree c. Canadá (Gobernador General en Consejo)*, 2018 SCC 40.
 - ♦ De este modo, está inexorablemente conectado con el propósito de reconciliación del art. 35 (*Manitoba Metis Federation Inc. c. Canadá (Procurador General)*, 2013 SCC 14).

Principio organizador: El honor de la Corona

- ♦ Este principio tiene amplias implicaciones para la interpretación de los tratados, la interpretación del art. 35 y la conducta de la Corona en una amplia gama de ámbitos:
 - ♦ Las obligaciones constitucionales para con los pueblos indígenas deben ser objeto de una interpretación amplia y deliberada (*Manitoba Metis Federation Inc. c. Canadá (Procurador General)*, 2013 SCC 14).
 - ♦ La Corona debe negociar los tratados y no puede hacer “tratos sucios” (*Nación Haida c. Columbia Británica (ministro de bosques)*, 2004 SCC 73; *Primera Nación Chippewas de Nawash Unceded c. Canadá (Procurador General)*, 2023 ONCA 565).
 - ♦ La Corona debe actuar de manera intencionada y debe perseguir sus obligaciones con diligencia para con los pueblos indígenas y el cumplimiento de los fines del honor de la Corona (*Manitoba Metis*).
 - ♦ La Corona tiene la obligación de consultar (más adelante se tratará este tema)

Derechos de los tratados

- ♦ Los derechos de los tratados se derivan de acuerdos oficiales entre los pueblos indígenas y la Corona.
- ♦ Se entienden como acuerdos *sui generis*, sujetos a principios interpretativos especiales, que tienen por objeto lograr la reconciliación entre los pueblos indígenas y la Corona (*Ontario (Procurador General) c. Restoule*, 2024 SCC 27).
 - ♦ Los principios interpretativos especiales se derivan del honor de la Corona y del propósito de reconciliación del art. 35 (*Restoule; Manitoba Metis Federation Inc. v. Canadá (Procurador General)*, 2013 SCC 14).
- ♦ Los tribunales deben identificar la “intención común” de las partes (*R. c. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025): con respecto a los tratados históricos, esto se complica por las muy diferentes “cosmovisiones” de indígenas y europeos.
 - ♦ Los tratados modernos están sujetos a un enfoque interpretativo diferente del de los tratados históricos (*Restoule*).

Principios de interpretación de los tratados

Muchos de ellos se resumieron recientemente en *Ontario (Procurador General) c. Restoule*, 2024 SCC 27

- ♦ Enfoque “generoso y liberal”.
- ♦ Cualquier ambigüedad debe resolverse a favor de los pueblos indígenas.
- ♦ Los tratados deben interpretarse de forma que promuevan la reconciliación.
- ♦ Las promesas verbales de los representantes de la Corona tienen una gran importancia interpretativa.
- ♦ No se tolerará el “trato sucio” por parte de la Corona.
- ♦ Cuando se determine la intención común, los tribunales deberán ser sensibles a las diferencias culturales y lingüísticas entre las partes.
- ♦ Se debe dar a las palabras su “sentido natural”, pero hay que evitar un enfoque técnico o contractual.
- ♦ Los tribunales no pueden interpretar los tratados más allá de lo “posible según el lenguaje” o de lo “realista”.
- ♦ Los derechos de los tratados no son estáticos; los derechos deben actualizarse para lograr una implementación moderna.

Derechos aborígenes

“El artículo 35 exige un acuerdo justo para los pueblos aborígenes. Renuncia a las antiguas reglas del juego en virtud de las cuales la Corona establecía tribunales de justicia y negaba a esos tribunales la autoridad para cuestionar las demandas de soberanía formuladas por la Corona”.

– R. c. Sparrow, [1990] 1 S.C.R. 1075.

Identificación de los derechos aborígenes

- ♦ La prueba de un derecho protegido se rige por (1) los términos de un tratado o (2) de acuerdo con la prueba establecida en *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507:
 - ♦ En primer lugar, ¿cuál es la naturaleza de la demanda?
 - ♦ En segundo lugar, ¿se basa la actividad demandada en una “práctica, costumbre o tradición integrante de la cultura distintiva del grupo aborígen que reclama el derecho”?
- ♦ Solo los derechos aborígenes “existentes” reciben protección constitucional en virtud del art. 35:
 - ♦ La extinción después de 1982 es imposible.
 - ♦ Para extinguir un derecho anterior a 1982, la Corona debe demostrar una “intención clara y evidente”.
 - ♦ La extinción puede ser voluntaria.

¿Qué es una “práctica, costumbre o tradición integrante de la cultura distintiva” de un grupo?

- ♦ La práctica debe ser “una de las cosas que realmente hacían de la sociedad lo que era”
(*R. c. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507).
 - ♦ Prácticas tradicionales de recolección (caza, pesca, captura y recolección), incluso con fines ceremoniales. Estos derechos pueden ser exclusivos o no exclusivos.
 - ♦ La venta o el comercio de determinados recursos (por ejemplo, pescado, tabaco, pieles).
 - ♦ Ciertas prácticas específicas de autogobierno (por ejemplo, servicios para la infancia y la familia).
 - ♦ Derechos sobre la propia tierra (título aborígen), en reconocimiento de cuántas “prácticas, costumbres o tradiciones” integrales están fundamentalmente ligadas a la tierra y dependen de ella.

Violación de los derechos aborígenes

- ♦ El artículo 35 de la *Ley Constitucional* de 1985 no está sujeto a las limitaciones previstas en el art. 1 de la *Carta*.
 - ♦ Sin embargo, los tribunales han sostenido que los derechos aborígenes pueden verse limitados (es decir, violados) en determinadas circunstancias.
- ♦ El criterio para justificar las violaciones se estableció en *R. c. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075:
 - ♦ **¿Existe una violación *prima facie*?** Considere el carácter razonable de la limitación, si crea “dificultades indebidas” y si niega a los titulares de derechos su medio preferido de ejercer el derecho.
 - ♦ **¿Puede justificarse la violación?**
 - ♦ Objetivo convincente y sustancial; y
 - ♦ En consonancia con la obligación fiduciaria de la Corona para con los pueblos indígenas.

Título aborígen

- ♦ Un subconjunto de los derechos aborígenes.
- ♦ Un interés *sui generis* en la tierra derivado del uso y la ocupación de la tierra por parte de los pueblos indígenas antes de la afirmación unilateral de la soberanía europea *de facto*.
- ♦ Similar a la propiedad de derecho anglosajón, excepto por:
 - ♦ El derecho es colectivo.
 - ♦ Las tierras en posesión de los aborígenes no pueden enajenarse ni gravarse de forma que se prive a las generaciones futuras de su capacidad de uso y disfrute.
 - ♦ El uso de las tierras no puede ser “irreconciliable” con la naturaleza de la reclamación de titularidad subyacente.

Determinación del título aborigen

- ♦ La prueba se describió por primera vez en *Delgamuukw c. Columbia Británica*, [1997] 3 S.C.R. 1010, y se aclaró en la *Nación Tsilhqot'in c. Columbia Británica*, 2014 SCC 44.
 - ♦ **(1) En primer lugar, el grupo reclamante debe demostrar una ocupación “suficiente” anterior a la soberanía.**
 - ♦ **(2) En segundo lugar, cuando se invoque la ocupación actual como prueba de la ocupación histórica, debe probarse la ocupación continua.**
 - ♦ **(3) En tercer lugar, el grupo reclamante debe haber tenido una ocupación histórica “exclusiva”, es decir, “la intención y la capacidad de mantener el control exclusivo” sobre la tierra.**

Justificación de las infracciones del título aborígen

- ♦ (1) En primer lugar, el gobierno debe demostrar que cumplió con su obligación de consultar y adaptarse.
- ♦ (2) En segundo lugar, el gobierno debe demostrar que sus acciones se adoptaron en virtud de un “objetivo imperioso y sustancial”.
 - ♦ Debe considerarse desde la perspectiva aborígen, así como desde la perspectiva del público en general.
 - ♦ Debe estar dirigido a la reconciliación.
- ♦ (3) En tercer lugar, el gobierno debe demostrar que sus acciones son coherentes con su deber fiduciario.

El deber de consultar

- ♦ Se deriva del honor de la Corona.
- ♦ La reconciliación entre la imposición *de facto* de la soberanía por parte de la Corona y la gobernanza y ocupación anteriores de los pueblos indígenas requiere que la Corona negocie las reclamaciones y reconozca los derechos, incluidos los derechos potenciales (*Nación Haida c. Columbia Británica (ministro de bosques)*, 2004 SCC 73.
 - ♦ Obligación de trato honorable → deber de consultar.

¿Cuándo tiene la Corona el deber de consulta?

Como se establece en el caso *Nación Haida c. Columbia Británica (ministro de bosques)*, 2004 SCC 73, el deber de consulta surge cuando:

- ♦ (1) La Corona tiene conocimiento real o “constructivo” de un derecho aborígen establecido o verosímil, aunque no probado.
- ♦ (2) La Corona contempla la posibilidad de adoptar medidas que afectarían negativamente al derecho real o potencial.
 - ♦ Los efectos adversos deben ser “más que especulativos”.
 - ♦ Incluye a los organismos reguladores.
 - ♦ La obligación puede aplicarse a decisiones políticas de alto nivel.

Requisitos del deber de consulta

- ♦ El nivel de consulta y, en caso necesario, de adaptación requerido es proporcional a la **fuerza** de la reclamación y a la **gravedad** de los posibles impactos (*Nación Tsilhqot'in c. Columbia Británica*, 2014 SCC 44).
 - ♦ Extremo inferior del espectro: notificación, información o debate de las cuestiones planteadas (*Nación Haida c. Columbia Británica (ministro de bosques)*, 2004 SCC 73).
 - ♦ Extremo superior del espectro: presentaciones escritas y orales, participación formal en la toma de decisiones, un adjudicador imparcial, la provisión de razones por escrito (*Nación Haida*).
- ♦ La Corona siempre debe estar abierta a algún tipo de adaptación (*Primera Nación Mikisew Cree c. Canadá (ministro de patrimonio canadiense)*, 2005 SCC 69).

El deber de consulta, continuación.

- ♦ No hay “obligación de acuerdo” y los grupos afectados no tienen derecho de “veto”, salvo en el caso de derechos establecidos.
 - ♦ Si se deniega el consentimiento, la Corona debe justificar la incursión propuesta de conformidad con el art. 35 y la prueba de *R. c. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075.
- ♦ Las decisiones de la Corona sobre cómo cumplirá con el deber de consulta, así como sus decisiones sobre adaptación, están sujetas a revisión judicial.

Soluciones para la violación de derechos

“Como siempre, la cuestión determinante... es qué se necesita para mantener el honor de la Corona y para lograr la reconciliación entre la Corona y los pueblos aborígenes... Restablecer el honor de la Corona requiere que los tribunales sean creativos dentro de un marco jurídico basado en principios y proporcionen soluciones que promuevan el objetivo de la reconciliación”.

- Ontario (Procurador General) c. Restoule, 2024 SCC 27

Sentencia declaratoria

- ♦ La sentencia declaratoria es una declaración judicial que describe una situación jurídica.
- ♦ Se adapta especialmente bien al contexto de los derechos de los aborígenes:
 - ♦ Promueve la reconciliación fuera de los tribunales (*Shot Both Sides c. Canadá*, 2024 SCC 12).
 - ♦ Puede concederse *antes* de que se produzca una violación (*Thomas c. Rio Tinto Alcan Inc.*, 2024 BCCA 62).
 - ♦ Pueden indicar las medidas positivas que las partes deben adoptar en el futuro.
- ♦ Las declaraciones deben redactarse cuidadosamente para evitar invadir los poderes legislativo y ejecutivo.

Más adelante

- ♦ Conflictos entre el título aborígen y la propiedad de derecho anglosajón.
- ♦ La posibilidad de establecer un título aborígen sobre tierras sumergidas y el posible conflicto con los derechos de navegación pública.
- ♦ El requisito de la DNUDPI de “consentimiento libre, previo e informado” y el deber de consulta.
- ♦ Lo que exige el honor de la Corona respecto a la promulgación de leyes.



¿Preguntas
?