

DERECHOS ABORÍGENES¹ EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL CANADIENSE

Documentos fuente para la presentación y el Power Point del juez Abrioux el 7 de marzo de 2025: Quito, Ecuador

1. Disposiciones constitucionales

La Constitución de Canadá es la ley suprema de Canadá. En 1867, el Parlamento británico promulgó la *Ley de América del Norte Británica de 1867*, que sigue constituyendo el marco básico de gobierno de Canadá, aunque fue rebautizada como *Ley Constitucional de 1867* en 1982, cuando la Constitución canadiense fue “repatriada” del Reino Unido. La *Ley Constitucional de 1867* estableció a Canadá como un Estado federal, con competencias divididas, y en algunos casos compartidas, entre los gobiernos federales y provinciales.

En virtud del artículo 91(24) de la *Ley Constitucional de 1867*, el gobierno federal tiene autoridad legislativa exclusiva respecto a “los indios y tierras reservadas para los indios”. Históricamente, el texto legislativo más importante promulgado en virtud del artículo 91(24) es la *Ley sobre los Indios*, Estatutos Revisados de Canadá (R.S.C., por sus siglas en inglés), 1985, c. 1-5 (aprobada por primera vez en 1876), que se analiza a continuación. Esta responsabilidad constitucional, sin embargo, a menudo se solapa con las leyes de las provincias, cuya autoridad legislativa se extiende a ámbitos como el bienestar infantil, la educación y la vigilancia. Cuando surgen conflictos, deben resolverlos los tribunales.

La posición de los derechos de los aborígenes en la legislación canadiense cambió radicalmente en 1982, cuando se modificó sustancialmente la *Ley Constitucional* en el marco de la repatriación de la Constitución (estas modificaciones forman parte de la *Ley Constitucional de 1982*). También fue la época en que se promulgó la *Carta Canadiense de Derechos y Libertades*, aunque la *Carta* no establece derechos claramente aborígenes. Estas modificaciones incluían dos secciones que ahora constituyen el marco constitucional de los derechos de los aborígenes en Canadá.

El artículo 35 de la *Ley Constitucional* de 1982 establece lo siguiente:

- 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.

¹ Los términos “aborigen” e “indio” tienen un significado particular dentro de la legislación canadiense, aunque en Canadá se entiende generalmente como más respetuoso utilizar el término “indígena”. En la práctica jurídica canadiense, se suele utilizar “indígena”, excepto cuando es necesario referirse al significado jurídico particular de “aborigen” o “indio”. Los pueblos indígenas de Canadá son las Primeras Naciones, los métis y los inuit.

(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.

El artículo 35(2) se incluye porque los “indios” (ahora preferiblemente llamados pueblos de las Primeras Naciones), los inuit (residentes del extremo norte de Canadá) y los métis (un grupo distintivo formado en el 1800 por matrimonios mixtos entre comerciantes franceses y pueblos indígenas) son histórica, cultural y geográficamente distintivos. Los tres grupos tienen derechos aborígenes en virtud de la *Ley Constitucional de 1982*.

El artículo 35(1) reconoce derechos, pero no los define. A menudo existe un gran abismo entre las opiniones de los gobiernos sobre los derechos de los aborígenes y las opiniones de los pueblos indígenas. Estos conflictos a menudo deben ser resueltos por los tribunales y se han producido numerosos litigios en virtud del artículo 35. Se ha interpretado que los derechos aborígenes incluyen toda una gama de derechos culturales, sociales, políticos y económicos, entre ellos el derecho a ocupar tierras, así como a pescar, cazar, practicar la propia cultura y establecer tratados. A continuación, se analizan los casos centrales que han configurado la forma de entender los derechos de los aborígenes en Canadá.

La segunda disposición constitucional importante es el artículo 25 de la *Carta Canadiense de Derechos y Libertades*, que establece lo siguiente:

25. La garantía que se establece en la presente *Carta* de ciertos derechos y libertades no se interpretará en el sentido de abrogar o derogar cualquier derecho o libertad de los aborígenes, tratados u otros derechos o libertades que pertenezcan a los pueblos aborígenes de Canadá, incluidos:

- (a) los derechos o libertades reconocidos por la Real Proclamación del 7 de octubre de 1763; y
- (b) todos los derechos o libertades que existan en la actualidad mediante acuerdos de reivindicación de tierras o que puedan adquirirse de ese modo.

El artículo 25 garantiza que los derechos de los aborígenes no puedan ser anulados por reclamaciones basadas en otros derechos de la *Carta*. A diferencia del artículo 35 de la *Ley Constitucional de 1982*, el artículo 25 de la *Carta* no pretende garantizar derechos, sino que establece que los derechos de la *Carta* no deben interpretarse de forma que menoscaben los derechos de los aborígenes. Sin embargo, aún no se ha producido ninguna decisión judicial definitiva sobre el significado exacto del artículo. Varias decisiones del Tribunal Supremo de Canadá han abordado el artículo 25 al pasar, y en estas ocasiones ha habido generalmente una diferencia de opinión en cuanto a si el artículo 25 se extiende a los derechos privados o estatutarios de los pueblos indígenas, en contraposición a los derechos exclusivamente constitucionales. Se trata de una cuestión que sigue sin resolverse en la legislación actual (véase *Corbiere c. Canadá (ministro de Asuntos Indígenas y del Norte)*, [1999] 2 Informes del Tribunal Supremo (S.C.R., por sus siglas en inglés) 203; *R. c. Kapp*, 2008 Tribunal Supremo de Canadá (SCC, por sus siglas en inglés) 41).

Una implicación general muy importante del artículo 35, según el Tribunal Supremo de Canadá, es el “deber de consultar” a los pueblos indígenas con respecto a cualquier conducta que pueda afectar negativamente a los derechos aborígenes o de los tratados. Así, por ejemplo, los gobiernos deben consultar a los indígenas sobre los proyectos de carreteras u oleoductos y gasoductos que atraviesen territorio aborígen.

Los artículos 35 y 25 son la base de los derechos de los aborígenes en la Constitución de Canadá, pero no son la única fuente de derechos de los canadienses indígenas. Por ejemplo, se aplican consideraciones especiales a la imposición de penas a los delincuentes indígenas en el sistema de justicia penal (el principio “Gladue”, que procede del caso, *R. v. Gladue*, [1999] 1 S.C.R. 688). Estas consideraciones vienen impuestas por la interpretación que el Tribunal Supremo de Canadá hace del *Código Penal*, no por la Constitución.

2. Derechos de los tratados

Como se ha señalado, el artículo 35 de la *Ley Constitucional de 1982* protege específicamente los “derechos de los tratados”, así como los derechos de los aborígenes. Mientras que los derechos de los aborígenes se derivan del uso y la ocupación históricos de la tierra por parte de los pueblos indígenas, así como de sus culturas específicas, los derechos derivados de los tratados surgen de los acuerdos celebrados entre la Corona y los pueblos indígenas.

A partir de 1701, en lo que acabaría siendo Canadá, la Corona británica firmó tratados para fomentar las relaciones pacíficas con las Primeras Naciones. Muchos tratados implicaban que las Primeras Naciones cedían o renunciaban a derechos sobre la tierra a cambio de beneficios prometidos, beneficios que no siempre se materializaban. Aunque no hay dos tratados idénticos, entre los ejemplos de derechos recogidos en los tratados de Canadá se incluyen tierras de reserva, equipos agrícolas y animales, pagos anuales, munición, ropa y ciertos derechos de caza y pesca. Los tratados se siguen negociando hasta el día de hoy, y los tribunales se ocupan periódicamente de litigios sobre su interpretación y aplicación.

Históricamente, la interpretación de los tratados ha sido fuente de conflictos entre los gobiernos y los pueblos de las Primeras Naciones. Por un lado, el gobierno ha considerado históricamente los tratados como instrumentos legales que cedían derechos indígenas. Por otro lado, está la visión indígena de los tratados como instrumentos de relación entre pueblos autónomos que acuerdan compartir las tierras y los recursos de Canadá. Desde el punto de vista indígena, los tratados no ceden derechos, sino que los confirman y establecen un marco de cooperación permanente entre entidades iguales y autónomas.

Los tribunales han tenido un impacto enormemente importante en la interpretación de los tratados, y han sostenido que los tratados con los pueblos indígenas constituyen un tipo único de acuerdo que atrae principios especiales de interpretación (*R. v. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393). Entre los principios enunciados por los tribunales con respecto a los tratados figuran los siguientes:

- (a) Los tratados deben interpretarse de forma “generosa y liberal” y las ambigüedades deben resolverse a favor de los pueblos indígenas (*R. v. Siooi*, [1990] 1 S.C.R. 1025);

- (b) Dado que muchos pueblos indígenas celebran acuerdos verbalmente, de conformidad con sus prácticas consuetudinarias, y debido a que los tratados se consideran intercambios solemnes de promesas en los que está comprometido “el honor de la Corona”, las promesas verbales realizadas por los representantes de la Corona tienen una gran importancia interpretativa, y no se tolerarán “tratos sucios” por parte de la Corona (*R. c. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771);
- (c) Se presume que la Corona actúa con honor y tiene intención de cumplir sus promesas (*R. c. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771); y
- (d) Los derechos de los tratados no se congelan a la fecha de su firma. El tribunal que interpreta deberá interpretar los derechos de los tratados para contemplar la práctica moderna de estos. Esto implica determinar cuáles son las prácticas modernas razonablemente casuales al derecho central del tratado en el contexto moderno en el que se enmarca (*R. c. Sundown*, [1999] 1 S.C.R. 393; *Simon c. R.*, [1985] 2 S.C.R. 387).

Independientemente de la importancia de los derechos derivados de los tratados, no son la única fuente de derechos aborígenes. Los derechos aborígenes pueden demostrarse por la práctica histórica, estén o no sujetos a un tratado. Por ejemplo, esto puede incluir los derechos aborígenes a territorios históricos. Los derechos aborígenes se tratan con más detalle a continuación.

3. Ley sobre los Indios

La *Ley sobre los Indios* es una ley a través de la cual el gobierno federal administra la definición y las incidencias legales de la condición de “indio”, el gobierno local de las Primeras Naciones y la gestión de las tierras de las reservas, entre otras cosas. La *Ley sobre los Indios* solo se aplica a los pueblos de las Primeras Naciones (indios), no a los pueblos inuit o métis. La *Ley sobre los Indios* fue históricamente una herramienta de opresión utilizada por el gobierno contra los pueblos de las Primeras Naciones. Impregnada de los valores patriarcales del siglo XIX, fue especialmente opresiva en su impacto sobre las mujeres de las Primeras Naciones: por ejemplo, la versión de 1867 de la *Ley sobre los Indios* excluía a las mujeres indígenas del gobierno de los consejos de banda, despojándolas de su papel histórico en el gobierno de la comunidad. La *Ley sobre los Indios* se ha modificado varias veces para eliminar disposiciones opresivas y aumentar la igualdad de género, sobre todo tras las modificaciones de 1982 a la Constitución.

4. Sistemas judiciales indígenas en Canadá

La justicia indígena no se menciona específicamente en la Constitución canadiense.

Una de las investigaciones más importantes sobre cuestiones aborígenes en Canadá fue la Comisión de la Verdad y la Reconciliación (“CVR”), creada en 2008 para analizar las experiencias de los niños indígenas que fueron apartados por la fuerza de sus familias y obligados a ingresar en internados. Miles de estos niños sufrieron abusos físicos, emocionales y sexuales durante su estadía en los internados. En su informe final de 2015, la CVR declaró:

Les pedimos a los gobiernos federal, provinciales y territoriales que se comprometan a reconocer y aplicar los sistemas de justicia aborígenes de forma coherente con los derechos de los pueblos aborígenes reconocidos en los tratados y los derechos 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.

Si bien en Canadá aún no se ha implementado plenamente ningún sistema de justicia indígena, existen iniciativas en diversas fases de desarrollo. Como se ha señalado, se siguen negociando tratados entre los pueblos aborígenes y los gobiernos de Canadá, y varios tratados modernos prevén el desarrollo de sistemas de justicia indígena.

Una iniciativa moderna en este sentido es un sistema judicial que están desarrollando los mohawks de las Primeras Naciones de Akwesasne (en Ontario y Quebec). El Tribunal de Akwesasne tiene una jurisdicción penal limitada, pero está reconocido por el gobierno federal en la *Ley de Viviendas Familiares en Reservas e Intereses o Derechos Matrimoniales* como facultado para hacer cumplir la ley de Akwesasne. Se está negociando un mecanismo para el reconocimiento legal de las órdenes del Tribunal de Akwesasne en Ontario y Quebec.

Muchos tribunales canadienses también utilizan “círculos de sentencia” cuando los indígenas han sido condenados por un delito menor. En un círculo de sentencia, el tribunal invita a los miembros interesados de la comunidad a unirse al juez, al fiscal, al abogado defensor, a la policía, a los servicios sociales y a los ancianos de la comunidad, junto con la víctima y su familia, para reunirse en círculo y debatir el delito, los factores que pueden haber contribuido a él, las opciones de sentencia y cómo el delincuente podría reintegrarse en la comunidad.

5. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI)

La DNUDPI proporciona un marco para la reconciliación, la sanación y la paz, así como para unas relaciones armoniosas y de cooperación basadas en los principios de justicia, democracia, respeto de los derechos humanos, no discriminación y buena fe. Canadá se opuso inicialmente a la DNUDPI, votando en contra cuando se presentó por primera vez en las Naciones Unidas. Con el tiempo, la postura de Canadá cambió y aprobó la DNUDPI en 2016. Sin embargo, tuvieron que pasar cinco años antes de que se aprobara la legislación necesaria para que la DNUDPI pasara a formar parte de la legislación nacional (en Canadá, los tratados internacionales no se convierten en ley sin una legislación nacional que los habilite). La *Ley de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, S.C. 2021, c. 14, entró en vigor en junio de 2021. La provincia de Columbia Británica promulgó una ley similar en 2019, la *Ley sobre la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas*, S.B.C. 2019, c. 44. Estas leyes no hacen que la DNUDPI sea *directamente* aplicable, sino que afirman que la DNUDPI “se aplica” a la legislación canadiense y establecen marcos vinculantes para la aplicación de los principios de la DNUDPI en Canadá y Columbia Británica, respectivamente.

Un concepto clave de la DNUDPI es el principio del “consentimiento libre, previo e informado” de los pueblos indígenas sobre las cuestiones que les afectan. El principio del consentimiento libre, previo e informado aclara y avanza el deber constitucional de consultar, que ya había sido afirmado por los tribunales. La *Ley Federal* exige al Gobierno de Canadá que, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adopte todas las medidas necesarias para garantizar que las leyes de Canadá sean

compatibles con la DNUDPI. El gobierno debe elaborar un plan de acción y presentar informes periódicos sobre sus progresos.

En 2024, el Tribunal Supremo de Canadá afirmó que la DNUDPI ya forma parte del derecho nacional canadiense, en el sentido de que exige al Gobierno de Canadá que, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, garantice que la legislación canadiense sea coherente con la DNUDPI (*Referencia sobre una Ley relativa a los niños, jóvenes y familias de las Primeras Naciones, inuit y métis*, 2024 SCC 5). El Tribunal citó la DNUDPI varias veces al defender la constitucionalidad de una ley que establece que las Primeras Naciones, los inuit y los métis tienen derecho a establecer sus propios servicios para la infancia y la familia.

6. Derechos aborígenes

Objetivo del artículo 35

El reconocimiento de los derechos de los aborígenes en el artículo 35 de la *Ley Constitucional de 1982* representó “la culminación de una lucha larga y difícil, tanto en el foro político como en los tribunales, por el reconocimiento constitucional de los derechos de los aborígenes”: *R. c. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075. Como explicaron Dickson C.J. y La Forest J. en *Sparrow*:

El artículo 35 exige un acuerdo justo para los pueblos aborígenes. Renuncia a las antiguas reglas del juego bajo las cuales la Corona establecía tribunales de justicia y negaba a dichos tribunales la autoridad para cuestionar las reclamaciones soberanas hechas por la Corona.

Las “nuevas reglas del juego” significan que las normas básicas y sustantivas en diferentes áreas son de origen relativamente reciente, y gran parte del alcance y la aplicación del artículo 35 aún deben determinarse: *Primera Nación Kwikwetlem c. Columbia Británica (procurador general)*, 2021 BCCA 311.

Desde la promulgación del artículo 35, el Tribunal Supremo de Canadá ha afirmado en repetidas ocasiones que el “gran propósito” del artículo 35 es la reconciliación: *Beckman c. Primera Nación Little Salmon/Carmacks*, 2010 SCC 53. El concepto de reconciliación tiene varios significados más particulares dentro de la jurisprudencia. A veces, se refiere al amplio proyecto social de comprometer a las poblaciones de colonos e indígenas de Canadá en una relación mutuamente respetuosa a largo plazo, que incluye el reconocimiento de las injusticias pasadas y presentes cometidas contra los pueblos indígenas en Canadá. La reconciliación también puede referirse a la idea de reconciliar la imposición *de facto* de soberanía por parte de la Corona sobre poblaciones que “nunca fueron conquistadas” (*Nación Haida c. Columbia Británica (ministro de Bosques)*, 2004 SCC 73) y que tenían, en el momento de esta imposición, historias, culturas y órdenes políticos y jurídicos propios.

Identificación y violación de los derechos de los aborígenes

En *R. c. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, el Tribunal Supremo de Canadá elaboró una prueba en cuatro partes para la aplicación del artículo 35(1), que reconoce y afirma los derechos aborígenes existentes. La prueba *Sparrow* incluye una investigación sobre la existencia de un derecho aborígen reivindicado y también contempla que las violaciones de los derechos aborígenes pueden, en determinadas circunstancias, estar justificadas. La prueba de *Sparrow* consta de cuatro partes:

(1) Si el derecho reivindicado es un derecho aborigen existente.

- a. La prueba de un derecho protegido se rige por los términos de un tratado o de conformidad con la prueba establecida en *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507.
- b. De acuerdo con la prueba *Van der Peet*, el primer paso consiste en identificar la naturaleza de la reclamación que se presenta (la actividad realizada por el demandante, la naturaleza de la regulación o acción gubernamental impugnada y la naturaleza de la costumbre o tradición en la que se basa para establecer el derecho).
- c. El segundo paso consiste en determinar si la actividad reclamada se basa en una “*práctica, costumbre o tradición integrante de la cultura distintiva del grupo aborigen que reclama el derecho*”. Aunque los derechos aborígenes deben interpretarse de forma flexible, para reconocer el ejercicio de los derechos en su forma y contexto modernos, por lo general se exige que la práctica, costumbre o tradición exista antes del contacto con los europeos.

(2) Si el derecho se ha extinguido.

- a. Un derecho aborigen “existente” (es decir, objeto de la protección del artículo 35) significa un derecho que no se extinguió anteriormente mediante la promulgación de una legislación federal (no provincial) válida.
- b. La extinción legislativa posterior a 1982 no es posible. Para que se haya producido la extinción por causa de la legislación anterior a 1982, la Corona debe haber demostrado una “intención clara y evidente”, según un criterio de “prueba estricta”, de extinguir el derecho (*R. c. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771). Por lo general, una amplia legislación no basta para extinguir un derecho (*R. c. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723).
- c. Los derechos aborígenes también pueden extinguirse por renuncia voluntaria a través de un tratado.

(3) Si el derecho *no* se ha extinguido, si ha habido una violación *prima facie* del derecho, es decir, si la legislación impugnada o la acción gubernamental tiene el efecto de interferir con un derecho aborigen existente.

- a. Para establecer una violación *prima facie*, un tribunal debe preguntarse lo siguiente:
 - i. En primer lugar, si la limitación no es razonable.
 - ii. En segundo lugar, si la limitación impone “dificultades indebidas”.
 - iii. En tercer lugar, si la limitación niega a los titulares del derecho los medios que prefieren para ejercerlo.
- b. La carga probatoria de los demandantes es relativamente baja y no alcanza el nivel civil ordinario de prueba “sobre la base de un equilibrio de probabilidades” (*R. c. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723).

(4) Si la violación puede justificarse.

- a. Como se ha señalado anteriormente, el artículo 35 de la *Ley Constitucional de 1982* no está sujeto a la disposición sobre limitaciones establecida en el artículo 1 de la *Carta*, que establece que los derechos de la *Carta* pueden estar sujetos a los límites que estén justificados de forma demostrable en una sociedad libre y democrática. A pesar de ello,

- R. c. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, establece que los derechos de los aborígenes no son absolutos y pueden limitarse en circunstancias apropiadas.
- b. Corresponde a la Corona la carga de justificar cualquier limitación. Para justificar la limitación de un derecho aborígen deben demostrarse dos cosas.
 - i. En primer lugar, la ley impugnada debe promulgarse con un “objetivo imperioso y sustancial”. Los objetivos imperiosos y sustanciales serán coherentes con el propósito subyacente del artículo 35 de reconciliar la ocupación previa de Canadá por los pueblos indígenas con la afirmación unilateral de soberanía por parte de la Corona (*R. c. Adams*, [1996] 1 S.C.R. 771). El “interés público” general no es un objetivo válido (*R. c. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075) a menos que la legislación también pretenda fomentar los intereses aborígenes (*R. c. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723).
 - ii. En segundo lugar, las acciones de la Corona deben haber sido coherentes con el deber fiduciario que tiene para con los pueblos indígenas. El tribunal debe considerar si se ha otorgado al derecho la prioridad adecuada en relación con otros derechos; si la violación es lo más limitada posible; si, en una situación de expropiación, se ha proporcionado una compensación justa; y si se ha consultado al grupo aborígen en cuestión.
 - c. Nota: existe cierta incertidumbre sobre si la prueba de *Sparrow* para justificar las violaciones (paso cuatro de la prueba de *Sparrow*) ha sido suplantada por una articulación más reciente del Tribunal Supremo de Canadá en *Nación Tsilhqot'in c. Columbia Británica*, 2014 SCC 44, que describe tres pasos para justificar una violación del título aborígen (un subconjunto de los derechos aborígenes).

7. Título aborígen

El título aborígen es un interés *sui generis* en la tierra que surge del uso y la ocupación de la tierra por parte de los pueblos indígenas antes de la afirmación unilateral de la soberanía europea. Como señaló el Tribunal Supremo de Canadá en *Nación Tsilhqot'in c. Columbia Británica*, 2014 SCC 44, la doctrina de *terra nullius* nunca ha sido ley en Canadá. El título aborígen es un derecho colectivo, mantenido para las generaciones actuales y futuras, que confiere derechos similares a los asociados con la propiedad del derecho consuetudinario, incluidos los derechos a poseer la tierra, a disfrutarla y ocuparla, a decidir cómo se utilizará, a cosechar los beneficios económicos de la tierra y a utilizar y gestionar proactivamente la tierra (*Nación Tsilhqot'in c. Columbia Británica*, 2014 SCC 44).

Aunque el título aborígen presenta importantes similitudes con la propiedad del derecho consuetudinario, la naturaleza colectiva y expresamente intencionada del derecho da lugar a diferencias significativas, entre las que se incluyen:

- (1) Las decisiones sobre el uso de las tierras con título aborígen deben tomarse comunitariamente (*Delgamuukw c. Columbia Británica*, [1997] 3 S.C.R. 1010);
- (2) El uso de la tierra no puede ser “irreconciliable” con la naturaleza del interés del grupo indígena pertinente en la tierra (*Delgamuukw c. Columbia Británica*, [1997] 3 S.C.R. 1010). Por ejemplo, si

una reclamación de título se establece con referencia al uso histórico como coto de caza, no puede utilizarse de una manera que haga imposible esa función, por ejemplo, construyendo un centro comercial en el terreno.

- (3) El título aborígen no puede enajenarse ni gravarse de forma que prive a las generaciones futuras de su uso y disfrute (*Nación Tsilhqot'in c. Columbia Británica*, 2014 SCC 44).

El artículo 35 no hace referencia al título aborígen. El Tribunal Supremo de Canadá ha reconocido que los derechos aborígenes (prácticas, costumbres o tradiciones que forman parte integrante de la cultura distintiva de un grupo indígena) están inexorablemente vinculados a la tierra. En consecuencia, la protección del artículo 35 se extiende a determinadas zonas territoriales, es decir, el título aborígen es un tipo de derecho aborígen. Antes de la promulgación de la *Ley Constitucional de 1982*, el derecho consuetudinario reconocía, de forma más limitada, las reclamaciones de títulos aborígenes.

Establecer un título aborígen

La prueba para determinar el título aborígen se estableció por primera vez en *Delgamuukw* y posteriormente se aclaró en *Tsilhqot'in* (para abordar las reclamaciones de título aborígen por parte de grupos históricamente seminómadas). El título aborígen se establece sobre la base de los tres siguientes factores:

(1) En primer lugar, una ocupación suficiente anterior a la soberanía.

- a. La cuestión de la ocupación suficiente debe abordarse de forma que refleje tanto la perspectiva indígena como la del derecho consuetudinario, incluidas las tradiciones jurídicas del grupo que reclama el título. El grupo debe demostrar que “históricamente ha actuado de una manera que comunicaría a terceros que poseía la tierra para sus propios fines”, aunque el tipo de actos necesarios para ello variará en función de las características del grupo y de su forma de vida. En el caso de los grupos seminómadas, los patrones “regulares” de uso pueden ser suficientes.

(2) En segundo lugar, cuando se invoca la ocupación actual como prueba de la ocupación histórica; la ocupación continua.

- a. La ocupación continua no requiere pruebas de “una cadena ininterrumpida de continuidad” entre el uso actual y el uso anterior a la soberanía: “[c] la continuidad simplemente significa que, a los fines de contar con evidencia de la ocupación actual para inferir la ocupación previa a la soberanía, la ocupación actual debería estar arraigada en los tiempos previos a la soberanía”.

(3) En tercer lugar, la ocupación histórica “exclusiva”.

- a. El grupo en cuestión debe haber tenido “la intención y la capacidad de mantener el control exclusivo” sobre las tierras. Esto no excluye necesariamente la ocupación por otros, si dicha ocupación es o fue con permiso.

Violaciones del título aborígen

Una disminución significativa de los derechos de propiedad asociados al título aborígen equivaldrá a una violación de ese derecho (*Nación Tsilhqot'in c. Columbia Británica*, 2014 SCC 44). De conformidad

con el enfoque general de los derechos del artículo 35 establecido en *R. c. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, analizado anteriormente, las violaciones del título aborigen pueden estar justificadas. En *Tsilhqot'in* (citando a *Sparrow*), el Tribunal Supremo estableció los requisitos para justificar una violación del título aborigen de la siguiente manera. El gobierno debe demostrar lo siguiente:

- (1) **En primer lugar, que cumplió su deber procesal de consultar y adaptarse (véase más adelante).**
- (2) **En segundo lugar, que sus acciones se adoptaron en virtud de un objetivo imperioso y sustancial.** Esta cuestión debe considerarse desde la perspectiva aborigen, así como desde la perspectiva del público en general. Los objetivos imperiosos y sustanciales apuntan a la reconciliación de la ocupación aborigen anterior con la afirmación de la soberanía por parte de la Corona.
- (3) **En tercer lugar, que la acción gubernamental sea coherente con el deber fiduciario de la Corona.** Esto incluye los principios de que las violaciones del título aborigen no pueden justificarse si privan sustancialmente a las generaciones futuras del beneficio del derecho del grupo a la tierra y de que las violaciones deben ser proporcionales.

8. El deber de consulta y el honor de la Corona

El honor de la Corona es un principio constitucional (*Manitoba Métis Federation Inc. c. Canadá (procurador general)*, 2013 SCC 14) que surge de la afirmación de soberanía de la Corona sobre sociedades indígenas preexistentes. Como señaló el tribunal en *Manitoba Métis*, en el párrafo 67:

Los pueblos aborígenes estaban aquí primero, y nunca fueron conquistados; sin embargo, quedaron sujetos a un sistema legal que no compartían... el honor de la Corona caracteriza la “relación especial” que surge de esta práctica colonial.

En otras palabras, la imposición *de facto*, pero no *de jure*, de la soberanía por parte de la Corona obliga a esta a actuar “honorablemente” con respecto a las reclamaciones que subsisten tras la imposición de la soberanía. Esto significa que la Corona debe participar en el proceso de negociación y reconocimiento de las reclamaciones de derechos aborígenes que no se extinguieron con la afirmación de la soberanía, y esto exige respetar los derechos probados, así como los posibles intereses, aún no probados (*Nación Haida c. Columbia Británica (ministro de Bosques)*, 2004 SCC 73). Esta obligación de tratar «honorablemente» los derechos aborígenes existentes y potenciales da lugar al deber de consulta por parte de la Corona.

En las consultas y negociaciones de tratados, y en todos los demás asuntos, la Corona debe perseguir diligentemente el cumplimiento de los fines del honor de la Corona y debe abstenerse de cualquier “trato sucio” con los pueblos indígenas (*Nación Haida c. Columbia Británica (ministro de Bosques)*, 2004 SCC 73; *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canadá (procurador general)*, 2013 SCC 14; *Chippewas de la Primera Nación Nawash Unceded c. Canadá (procurador general)*, 2023 ONCA 565).

Cuándo la Corona tiene el deber de consultar

Como se establece en *Nación Haida c. Columbia Británica (ministro de Bosques)*, 2004 SCC 73, la Corona estará obligada a consultar cuando se dé el caso de que:

- (1) En primer lugar, la Corona tenga conocimiento real o implícito de un derecho aborígen establecido o creíble, aunque no probado.**
- (2) En segundo lugar, la Corona contemple la posibilidad de adoptar medidas que afecten negativamente al derecho real o potencial.**
 - a. La Corona incluye los organismos reguladores que ejercen la autoridad legislativa delegada, así como la Corona en su capacidad ejecutiva.
 - b. La obligación de consultar no se limita a los posibles actos que tendrían un impacto inmediato sobre los derechos. Por el contrario, se extiende a las “decisiones estratégicas de nivel superior” que *puedan* tener repercusiones negativas sobre las reivindicaciones y los derechos de los aborígenes. Esto se debe a que tales decisiones estructurales pueden sentar las bases para otras decisiones que tendrán un impacto adverso *directo* sobre los intereses aborígenes (*Río Tinto Alcan Inc. c. Consejo Tribal Carrier Sekani*, 2010 SCC 43).
 - c. Los impactos adversos son aquellos que son “más que especulativos” y se extienden a los efectos que pueden perjudicar un derecho aborígen pendiente (es decir, aun no probado) (*Río Tinto Alcan Inc. c. Consejo Tribal Carrier Sekani*, 2010 SCC 43).

Los requisitos del deber de consulta

El deber de consulta puede imponer diferentes “niveles” de consulta a la Corona, y puede ir acompañado de un “deber de adaptación”. En términos generales, el nivel de consulta y adaptación requerido es proporcional a la fuerza de la reclamación y a la gravedad del posible impacto adverso (*Nación Tsilhqot'in c. Columbia Británica*, 2014 SCC 44).

En el extremo inferior del espectro, la Corona tiene la obligación de notificar, revelar la información pertinente y debatir las cuestiones planteadas en respuesta a la notificación (*Nación Haida c. Columbia Británica (ministro de Bosques)*, 2004 SCC 73). En el extremo superior del espectro, cuando existe una fuerte alegación *prima facie* y el potencial de impactos adversos es significativo, la Corona puede estar obligada a proporcionar protecciones procesales como la oportunidad de presentar alegaciones, la participación formal en el proceso de toma de decisiones, un adjudicador imparcial, y se puede solicitar la presentación de razones por escrito.

En algunos casos, para cumplir los requisitos de la obligación será necesario realizar adaptaciones (*Nación Haida, supra*). Ya sea en el extremo inferior o superior del espectro, la Corona debe estar siempre abierta a la posibilidad de adaptarse a las preocupaciones de los grupos afectados, ya que el proceso de consulta debe ser algo más que “una oportunidad para descomprimir”: *Primera Nación Mikisew Cree c. Canadá (ministro de Patrimonio Canadiense)*, 2005 SCC 49. Fundamentalmente, el deber de consultar encarna la idea de un “orden constitucional generativo”, es decir, “busca promover un

proceso continuo de reconciliación” como parte de una “ética de relaciones continuas” (*Rio Tinto Alcan Inc. c. Consejo Tribal Carrier Sekani*, 2010 SCC 43).

El deber de consulta no impone un “deber de acuerdo”. La Corona está obligada a hacer intentos razonables para adaptarse a las preocupaciones de los grupos afectados, pero los grupos indígenas generalmente no tienen poder para “vetar” la acción gubernamental (*Banda Indígena de Coldwater c. Canadá (procurador general)*, 2020 FCA 34). El consentimiento del grupo afectado solo es necesario en los casos de derechos establecidos, normalmente relacionados con el título aborigen (*Delgamuukw c. Columbia Británica*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Nación Tsilhqot’in c. Columbia Británica*, 2014 SCC 44). Si se deniega el consentimiento, el único recurso de la Corona es demostrar que la incursión propuesta está justificada en virtud del artículo 35 de la *Ley Constitucional de 1982*.

Las decisiones de la Corona sobre la forma en que cumplirá la obligación de consultar y, en su caso, de adaptarse están sujetas a revisión judicial por los tribunales.

9. Sentencia declaratoria y derechos aborígenes

Los tribunales canadienses pueden conceder diversos amparos en respuesta a una actividad estatal que viole o pueda violar los derechos de los aborígenes y de los tratados. Esto incluye mandamientos judiciales, indemnizaciones por daños y perjuicios, recursos de equidad como el cumplimiento específico, así como sentencia declaratoria. Como afirmó recientemente el Tribunal Supremo en *Ontario (procurador general) c. Restoule*, 2024 SCC 27:

Al igual que con otros derechos constitucionales, los tribunales deben adoptar un enfoque intencional para determinar el recurso adecuado en caso de incumplimiento de las obligaciones derivadas de los tratados. 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 con respecto a los intereses en juego”. Restablecer el honor de la Corona “exige que los tribunales sean creativos” dentro de un marco jurídico basado en principios y proporcionen soluciones que “promuevan el objetivo de la reconciliación”.

[Se omiten las citas.]

Los tribunales se han mostrado cada vez más dispuestos a conceder sentencias declaratorias en relación con los derechos de los aborígenes. Una sentencia declaratoria es una declaración judicial que describe una situación jurídica, generalmente confirmando o negando un derecho legal o el incumplimiento de un derecho legal.

La sentencia declaratoria puede ser especialmente adecuada en el contexto de los derechos aborígenes por varias razones. Es especialmente útil en el sentido de que aclarar los derechos y obligaciones de las partes puede facilitar una cooperación productiva y, en última instancia, la reconciliación, fuera de la sala del tribunal. Como reconoció recientemente el Tribunal Supremo de Canadá en el caso *Shot Both Sides c. Canadá*, 2024 SCC 12:

La sentencia declaratoria adquiere un “tenor único” en el contexto de los derechos aborígenes y de los tratados porque es un medio por el cual un tribunal puede promover la reconciliación para restaurar la relación de nación a nación... El proceso de reconciliación difiere del proceso de litigio adversario impulsado por el conflicto que a menudo es antitético a una reconciliación significativa y duradera... El Tribunal ha enfatizado repetidamente la importancia de la reconciliación entre los pueblos indígenas y la Corona fuera de los tribunales.

Además, las sentencias declaratorias pueden concederse *antes* de que se produzca una violación real de los derechos: los solicitantes deben demostrar un posible impacto sobre sus intereses legales, momento en el que los tribunales tienen jurisdicción para emitir una sentencia declaratoria, si se considera apropiado (*Thomas c. Rio Tinto Alcan Inc.*, 2024 BCCA 62). Sin embargo, a la hora de decidir si conceder o no una sentencia declaratoria, los tribunales deben tener en cuenta la separación de poderes. Si bien las declaraciones que especifican acciones positivas que la Corona debe adoptar para cumplir con sus deberes constitucionales son permisibles, deben redactarse cuidadosamente para evitar invadir la autoridad de los poderes legislativo y ejecutivo en el establecimiento de la política gubernamental (*Thomas c. Rio Tinto Alcan Inc.*, 2024 BCCA 62; *Ontario (procurador general) c. Restoule*, 2024 SCC 27).

10. Más adelante

Muchas cuestiones jurídicas importantes en torno al artículo 35 siguen sin resolverse. Algunas de estas cuestiones son las siguientes:

- **El conflicto entre el título aborígen y el derecho consuetudinario, la propiedad de *pleno dominio*.** Los tribunales canadienses aún no han abordado la cuestión de qué hacer cuando se determina la titularidad aborígen sobre tierras que también son propiedad de particulares.
- **Si es posible establecer el título aborígen sobre tierras sumergidas (por ejemplo, zonas de pesca históricas o tierras que no estaban, pero ahora están bajo el agua).**
 - Hasta ahora, la jurisprudencia sobre el título aborígen parece contemplar tierras secas que pueden utilizarse y ocuparse, pero ningún caso del Tribunal Supremo ha abordado esta cuestión. Es al menos posible que los principios subyacentes al concepto de título aborígen puedan fundamentar una reclamación sobre tierras sumergidas (véase, por ejemplo, el caso de la *Primera Nación Chippewas of Nawash Unceded c. Canadá (procurador general)*, 2023 ONCA 565).
 - También se plantea la cuestión de si el título aborígen sobre tierras sumergidas entraría en conflicto con los derechos públicos de navegación del derecho consuetudinario y, en caso afirmativo, cómo debería resolverse dicho conflicto (véase el caso de la *Primera Nación Chippewas of Nawash Unceded c. Canadá (procurador general)*, 2023 ONCA 565; *Thomas c. Rio Tinto Alcan Inc.*, 2024 BCCA 62).
- **Cómo afectará el requisito de la DNUDPI de “consentimiento libre, previo e informado” al contenido del deber de consultar,** especialmente en la medida en que la obligación no se ha interpretado hasta ahora como la imposición de un poder general de “veto” a los grupos indígenas.

- **Lo que exige el honor de la Corona en relación con la promulgación de legislación.**
 - En el caso *Primera Nación Mikisew Cree c. Canadá (gobernador general en consejo)*, 2018 SCC 40, el Tribunal Supremo de Canadá sostuvo que la Corona no les debe a los grupos indígenas el deber de consultar en el proceso de elaboración de leyes. La razón de esta sentencia fue la separación de poderes: al Tribunal le preocupaba que hacer cumplir y supervisar un deber de consulta en el proceso legislativo fuera una incursión judicial significativa en el funcionamiento de la legislatura.
 - Sin embargo, la decisión del Tribunal se dividió en cuatro opiniones separadas. Cuatro de los nueve jueces del Tribunal dictaminaron que *no* se le podía imponer obligaciones al honor de la Corona en el proceso legislativo. Dos de los jueces, en contra de una mayoría de siete miembros en este punto, dictaminaron que el deber de consultar se aplicaba al proceso legislativo. Y tres de los jueces dictaminaron que, aunque el deber de consulta en sí mismo no era aplicable, “pueden desarrollarse otras doctrinas para garantizar la protección coherente de los derechos del artículo 35 y dar pleno efecto al honor de la Corona mediante la revisión de la legislación promulgada”.