

## Comentario a la Sentencia *Delgamuukw v. British Columbia* [1997]

ALVARO R. CÓRDOVA FLORES  
*Doctorando en la Facultad de Derecho  
de la Universidad McGill, Canadá*

### 1. Introducción

La sentencia bajo comentario es un hito en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Canadá en materia de derechos indígenas y territorio indígena. Sin entrar a pronunciarse sobre el fondo de la demanda, la Corte emite una serie de fundamentos transcendentales para la comprensión de materias relativas a la apreciación de medios probatorios en casos relativos a la propiedad de los territorios indígenas, la naturaleza del denominado título indígena o título ancestral (*aboriginal title*), la forma en cómo la ley constitucional de 1982 de Canadá protege los derechos indígenas y los derechos territoriales, así como las relaciones entre el gobierno federal y el provincial en materia de derechos indígenas.

365

La complejidad de la sentencia no me permite entrar a comentar en profundidad todos los puntos relevantes de la sentencia. Me centraré por ello únicamente en la adaptación de las reglas sobre admisibilidad y apreciación de los medios probatorios en casos relativos a derechos territoriales indígenas, que incluye las historias orales y leyendas indígenas. De otro lado, comentaré sobre como la Corte ha explicado el contenido del título ancestral del territorio indígena.

### 2. Organización de la sentencia

La sentencia del presente caso está dividida en cuatro grandes secciones: En la primera sección la Corte establece los temas y sub-temas requeridos para resolver el caso. En la segunda sección, pasa a establecer los hechos determinados por el juez de primera instancia. Seguidamente, en la tercera sección, la Corte resume los argumentos vertidos por las instancias inferiores

sobre cada uno de los temas referidos. En este caso, la Corte Suprema resume los argumentos utilizados por los jueces de primera instancia (*Supreme Court of British Columbia*) y los de segunda instancia *Court of Appeals*).<sup>1</sup> Una vez resumido los hechos y los argumentos, la Corte pasa a desarrollar sus argumentos sobre los temas y sub-temas previamente establecidos. Así, en cada parte de esta sección desarrolla primero los principios generales de manera abstracta y de acuerdo a la jurisprudencia precedente y luego pasa a explicar la aplicación de tales principios al caso concreto. Los temas y sub-temas establecidos por la Corte para este caso son:

«A. ¿Los actos procesales impiden que la Corte se pronuncie sobre cuestiones relativas a título indígena y auto-gobierno?

B. ¿Qué poder tiene la Corte para modificar las conclusiones sobre los hechos realizados por el juez de primera instancia?

C. ¿Cuál es el contenido del título indígena, cómo es protegido por el artículo 35 de la Constitución y qué se requiere para su acreditación?

D. ¿Ha sido la demanda sobre auto-gobierno acreditada?

E. Tiene la provincia el poder de extinguir los derechos indígenas luego de 1871, ya sea mediante legislación provincial o en virtud del artículo 88 de la «Ley Sobre los Indios»<sup>2</sup>

366

Como ya lo advertí, no voy a resumir cada uno de los puntos desarrollados por la Corte, debido a que ello excedería el límite de páginas permitido. En cambio voy a centrarme en los puntos que motivaron comentar esta sentencia, esto es, los puntos relativos a los tipos de medios probatorios utilizados en este tipo de procedimientos y la naturaleza del llamado título indígena (*aboriginal title*).

### 3. Demanada

Los jefes hereditarios de los pueblos indígenas *Gitksan* y *Wet' suwet'*, que habitan lo que actualmente es la provincia canadiense de British-Colum-

<sup>1</sup> Las denominaciones de las instancias precedentes pueden parecer extrañas al lector, pero esta es la manera en que se organiza la provincia de British-Columbia. En otras provincias la denominación varía.

<sup>2</sup> La traducción es mía.

bia, demandaron la propiedad (*ownership*) y jurisdicción (*jurisdiction*) de una extensión territorial. El pueblo indígena *Gitksan* está conformado aproximadamente por 4000 a 5000 personas. Mientras que el pueblo indígena *Wet'suwet'* tiene entre 1500 y 2000 miembros. Los pueblos están organizados en clanes y casas. Cada casa tiene un líder hereditario elegido por los ancianos de la comunidad.

El territorio demandado tiene una extensión de 58,000 Km<sup>2</sup>, y está ubicado en la parte noroeste de tal provincia. Para situar al lector peruano y poner las cosas en perspectiva, esta provincia canadiense tiene una extensión de 944,764 km<sup>2</sup>, y el área demandada por los pueblos indígenas es un área un poco mayor a la superficie de la Región San Martín en Perú, que tiene una extensión de 51,253.31 Km<sup>2</sup>. Se trata pues de una extensión considerable de territorio. La situación resulta más compleja aun porque partes de dicha extensión territorial incluye territorio reclamado por otro pueblo indígena y poblado por comunidades no indígenas.

#### **4. Contenido de la sentencia: la corte ordena un nuevo proceso**

Los demandantes líderes, 51 líderes indígenas representando la mayoría de las casas de los *Gitksan* y *Wet'suwet'*, presentaron la demanda de manera individual, en su propio derecho y en representación de sus respectivas casas. En la apelación sin embargo, la demanda fue alterada de dos maneras; en primer lugar, en vez de referirse a la propiedad (*ownership*) y jurisdicción (*jurisdiction*), los demandantes se refirieron en la apelación a otros términos; título indígena (*aboriginal title*) y auto-gobierno (*self-governance*). Estos términos, a diferencia de los utilizados originariamente, tienen mayor uso y receptividad en la jurisprudencia y legislación canadiense. En segundo lugar, las demandas individuales fueron amalgamadas en dos demandas comunales, cada una presentada en representación de cada pueblo indígena.

Respecto a la primera modificación la Corte Suprema comprendió que no se trataba de un error insubsanable ya que ello no fue cuestionado por la provincia demandada. De igual forma, la Corte tomó en cuenta la incertidumbre jurídica respecto del contenido y la naturaleza del Título indígena. Y es que no existía entonces una opinión autoritativa sobre cual era la diferencia entre esta institución jurídica y la de propiedad (*ownership*). En tal sentido, esta modificación no representaba una afectación a la deman-

dante. Respecto al segundo punto, la Corte observó que no se subsanó tal aspecto por lo que concluyó que los demandados sufrieron ciertos perjuicios. Por consiguiente, este error en la apelación determinó que la Corte no se pronuncie sobre el fondo de la demanda, ordenando que se lleve a cabo un nuevo proceso. A pesar de ello la Corte decidió pronunciarse sobre ciertos temas substanciales.

## 5. Historias y leyendas indígenas como medios probatorios

El proceso judicial para acreditar el título indígena (*aboriginal title*) es bastante complejo debido a la naturaleza de este título. No ahondaré por el momento sobre la naturaleza de este título, por ahora basta indicar de manera simplificada, que el título indígena es el título legal por medio del cual los pueblos indígenas de Canadá asumen la propiedad del territorio. Este título indígena ha sido considerado por la Corte como un derecho *sui generis*; no es un derecho propio del *common law* ni tampoco de naturaleza exclusivamente indígena. Es una construcción jurídica con características únicas dentro de la tradición jurídica de Canadá en donde dos tradiciones jurídicas confluyen. Ello en virtud a que es un tipo de propiedad que existía antes de que el Estado canadiense impusiera su soberanía. Así, la Corte distingue entre la doctrina del *common law* sobre los derechos indígenas, que como ya se indicó son considerados *sui generis*. Esta especial característica requiere que el tratamiento de los medios probatorios se adecuen a las especiales características de este tipo de demandas. Así, el juez de primera instancia debe tomar en consideración las «dificultades probatorias inherentes al examen de las demandas sobre derechos ancestrales» y también debe «interpretar dichos medios probatorios con el mismo espíritu». (fund. 82).<sup>3</sup>

368

La Corte toma en cuenta lo complejo que resulta para los pueblos indígenas acreditar sus pretensiones territoriales ya que al momento de la llegada de los europeos —o desde el llamado primer contacto— las sociedades indígenas no contaban con registros escritos. Sería excesivamente difícil para

---

<sup>3</sup> En este caso la Corte está adaptando lo ya especificado en la sentencia del caso *R. v Van Der Peet* [1996] relativo a derechos indígenas no territoriales. En efecto, la Corte ha establecido que es factible proteger ciertos derechos indígenas (no-territoriales) como la caza o la pesca tradicional sin que tenga que reconocerse la propiedad de los pueblos indígenas sobre el territorio en que estos derechos son ejercidos.

los pueblos indígenas, anota la Corte, producir medios probatorios conclusivos sobre costumbre y prácticas anteriores al contacto con los europeos. De igual manera el juez debe tomar en cuenta la perspectiva de los pueblos indígenas y la relación que tienen con el territorio reclamado. En suma, esto requiere que el juez de primera instancia acepte historias orales indígenas, ya que en su mayoría, estos son los únicos registros que tienen los pueblos indígenas sobre su pasado.

Esto es desde luego un alejamiento respecto a una aproximación ortodoxa del derecho procesal occidental, ya que, por sus propias características las historias y leyendas indígenas no encajan en la tradicional función del juez de primera instancia, que debe determinar los hechos relevantes para el caso. Esta adaptación del derecho procesal, no obstante generar tensiones y dificultades, resulta más conveniente y legítima, ya que sería injusto para los pueblos indígenas exigirles registros escritos.

En este caso, la Corte determinó que el juez de primera instancia no valoró adecuadamente los *adaawak* de los *Gitksan* y los *kungax* de los *Wet'suwet'*. Estos son tipos especiales de historias orales de estos pueblos indígenas, descritos como sagrados y oficiales, puesto que contienen «las más importantes leyes, historias, tradiciones y [referencias al] territorio tradicional de cada casa» (fund. 95). Estas historias son especiales puesto que son «repetidas, representadas y autenticadas en celebraciones importantes». (fund. 95). Los *adaawak* y *kungax* fueron ofrecidos a fin de demostrar el sistema de tenencia de tierras al interior de cada casa. No obstante el juez de primera instancia rechazó que estos sean «prueba confirmatoria» de la presencia de los pueblos indígenas en tales territorios. Para él los *adaawak* y los *kungax* no brindaban una historia detallada de propiedad u ocupación del territorio reclamado. Ello fue cuestionado por la Corte Suprema que entendió que el juez de primera instancia en realidad estaba mostrando «reservas generales» concernientes a la utilización de historias orales como evidencia. La Corte explicó que las historias orales deben apreciarse de manera independiente y no como evidencia confirmatoria de un hecho. De lo contrario, la Corte apreció, el sistema legal canadiense subestimaría constantemente las historias orales de los pueblos indígenas. Por estas razones, la Corte afirmó que se debía iniciar un nuevo proceso en donde las evidencias debían apreciarse de acuerdo con los principios establecidos en la sentencia y la jurisprudencia de la Corte.

## 6. Del contenido del título indígena al territorio ancestral (*aboriginal title*)

La regulación de la propiedad de la tierra en Canadá es propia de un sistema del *common law* influenciado por la tradición británica. En este sistema predomina la ficción legal de que la Corona es la ocupante original de todas las tierras del reino, inclusive negando la existencia de sociedades indígenas y sus formas de propiedad. Es por ello que hasta hace no mucho las cortes se resistían a establecer que el título indígena era uno de propiedad. Se referían a: derechos de ocupación, de usufructo, o de interés *sui generis*.<sup>4</sup>

Desde 1973 la Corte Suprema modificó estos criterios y entendió que el título indígena existía antes de la colonización.<sup>5</sup> A partir de tal sentencia la Corte desarrolló ciertos criterios pero solo en la sentencia bajo comentario la Corte se expresó de manera específica y extendida sobre el contenido del título indígena. Para la Corte el título indígena es *sui generis* porque tiene características que no encuentran referente en las reglas de propiedad del *common law*. Este es uno de los puntos más importantes de la sentencia puesto que establece cuales son las características del título indígena, las que resumo a continuación: a) Es inalienable. Tales tierras pueden ser transferidas únicamente al Estado, esto es, no pueden ser transferidas a terceros, b) tiene su origen en el hecho de que los pueblos indígenas ocuparon esta parte del continente antes de la afirmación de la soberanía británica. De esta manera la fuente del título indígena es la relación entre el *common law* y los sistemas legales indígenas; c) el título indígena es comunitario. Es decir, no puede ser concedido a personas individuales (fund. 113-115).

370

Sobre el contenido del título indígena la Corte estableció en primer lugar que el título indígena implica «el derecho exclusivo de *utilización y ocupación* de la tierra para la realización de una variedad de propósitos» que no tienen que estar relacionados a prácticas, costumbres y tradiciones indígenas. En segundo lugar, indicó que la utilización de la tierra protegida por el título

<sup>4</sup> Ver Macklem, Patrick. *Indigenous Difference and the Constitution of Canada* (University of Toronto Press: Toronto, 2001) p. 87.

<sup>5</sup> La sentencia *Calder v British Columbia (AG)* [1973] reconoció por primera vez la existencia del título indígena sin que exista de por medio un tratado entre el Estado canadiense (o en su momento la Corona Británica). De igual forma reconoció que el título indígena existía desde antes de la colonización europea de Norte América. Ver Godlewski, Christina y Webber, Jeremy «The Calder Decision, Aboriginal Title, Treaties, and the Nisga'a» en Foster, Hamar; Raven, Heather; and Webber, Jeremy. *Let the Right be Done* (Vancouver, UBC Press, 2007).

indígena no debe contravenir la relación tradicional existente entre el pueblo indígena y la tierra. En tal sentido, la situación que se pasa a exponer no estaría permitida. Imagínese que determinado territorio es adjudicado a un pueblo indígena bajo el argumento de que se trata de un área reservada para la caza tradicional, y una vez adjudicado el pueblo indígena utiliza esa zona de manera tal que amenaza la propia sustentabilidad de la caza en el área. Ello implicaría, de acuerdo a la Corte, que el pueblo indígena habría excedido las limitaciones inherentes del título indígena.

Finalmente, la Corte establece un test para la determinación de la existencia de un título indígena, lo que paso a resumir brevemente; a) para la Corte la tierra reclamada por los pueblos indígenas debe haber sido ocupada por ellos de manera previa a la afirmación de la soberanía británica, b) debe demostrarse la continuidad entre la ocupación pre-soberanía británica y la presente ocupación, c) al momento de la afirmación de la soberanía británica la ocupación del pueblo indígena demandante debe haber sido exclusiva (fund. 144-159).

Y si bien el título indígena tiene una protección constitucional directa, la Corte explica que ello no implica de que se trate de un derecho absoluto, por lo que puede ser afectado por el Estado canadiense. Sin embargo, la corte explica que para ello se deberán cumplir con ciertas garantías como la consulta previa a las comunidades indígenas. Esta consulta será más intensa si es que la afectación es intensa, llegando inclusive –en determinados casos– a la situación en que el Estado requiera el consentimiento de los pueblos indígenas.<sup>6</sup>

## **7. A manera de conclusión**

Un proceso legal de este tipo en Canadá es sumamente largo y costoso, en términos económicos y humanos. Nótese que este proceso se inició en 1993 e involucró una cantidad voluminosa de transcripciones, declaraciones juradas y la participación de testigos. Y si bien la Corte estableció que en este caso debía iniciarse un nuevo proceso, también entendió que la mejor manera de solucionar este tipo de conflictos es mediante la negociación di-

---

<sup>6</sup> El análisis más completo sobre el derecho de consulta en Canadá en: Newman, Dwight. *Revisiting the Duty to Consult Aboriginal Peoples* (Purich: Saskatoon, 2014).

recta entre las partes involucradas. Esta negociación que debe ser llevada de buena fe, apunta la Corte, y debe también promover la reconciliación de las sociedades indígenas pre-existentes con la soberanía del Estado canadiense.

Esta sentencia, como todo pronunciamiento de las altas cortes, no esta exenta de críticas, a las que no puedo hacer referencia ahora debido a que excedería el espacio concedido.<sup>7</sup> Lo importante, lo que los académicos, abogados y líderes indígenas podemos aprender al reflexionar sobre esta sentencia, es que el derecho no solo esta inserto en los códigos o constituciones. Finalmente, no se propone con este breve comentario promover el trasplante de la argumentación de una corte extranjera a la realidad peruana. Sino más bien, inspirar nuevos planteamientos que busquen concretizar diferentes dimensiones de justicia en un país como el Perú que se reconoce como multicultural y abierto al pluralismo legal.

---

<sup>7</sup> Ver entre otros; Christie, Gordon. «A Colonial Reading of Recent Jurisprudence: Sparrow, Delgamuukw and Haida Nation» (2005) 23, Windsor Year Book Access to Justice, p. 17.