

Cuadernos Deusto de Derechos Humanos

Núm. 98

Los pueblos indígenas de Canadá y la defensa de sus territorios sagrados

Análisis sociológico
y jurisprudencial

Núria Reguart Segarra



Deusto

Instituto de Derechos Humanos

Pedro Arrupe

Giza Eskubideen Institutua

Cuadernos Deusto de Derechos Humanos

Cuadernos Deusto de Derechos Humanos

Núm. 98

Los pueblos indígenas de Canadá
y la defensa de sus territorios sagrados:
análisis sociológico y jurisprudencial

Núria Reguart Segarra

Bilbao
Universidad de Deusto
2021

CONSEJO DE REDACCIÓN

Cristina de la Cruz, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.
Trinidad L. Vicente, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.
Encarnación La Spina, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.
Felipe Gómez Isa, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.

CONSEJO EDITORIAL

Anja Mihr, Investigadora del Human Rights Center de la Universidad de Utrecht, Holanda.
Antoni Blanc Altemir, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Lleida.
Bartolomé Clavero, Catedrático de Historia del Derecho de la Universidad de Sevilla y miembro del Foro de las Naciones Unidas para Asuntos Indígenas.
Carlos Villán Durán, Presidente de la Asociación Española para la Promoción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
Carmen Márquez, Catedrática de Derecho Internacional Público, Universidad de Sevilla.
Cristina Churrua, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.
Eduardo J. Ruiz Vieytes, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.
Fernando Fantova, consultor en temas relacionados con los servicios sociales, Bilbao.
Francisco López Bárcenas, Academia Mexicana de Derechos Humanos, México.
Gaby Oré Aguilar, consultora internacional en el campo de los derechos humanos y el género y miembro de Human Rights Ahead, Madrid.
Gloria Ramírez, Catedrática de Ciencia Política de la Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM, México.
Gorka Urrutia, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.
Jaume Saura, Presidente del Institut de Drets Humans de Catalunya, Barcelona.
Joana Abrisketa, Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe, Universidad de Deusto.
Jordi Bonet, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Barcelona.
José Aylwin, Director del Observatorio de Derechos Ciudadanos, Temuco, Chile.
José Luis Gómez del Prado, miembro del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la utilización de Mercenarios, Ginebra, Suiza.
José Manuel Pureza, Centro de Estudios Sociales, Universidad de Coimbra, Portugal.
Judith Salgado, Programa Andino de Derechos Humanos, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, Ecuador.
Koen de Feyter, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Amberes, Bélgica.
Manuela Mesa, Directora del Centro de Educación e Investigación para la Paz, CEIPAZ, Madrid.
Noé Cornago, Profesor Titular de Relaciones Internacionales de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Leioa.
Pablo de Greiff, International Center on Transnational Justice, New York.
Victor Toledo Llancaqueo, Centro de Políticas Públicas, Universidad ARCIS, Santiago, Chile.
Vidal Martín, investigador de la Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior, FRIDE, Madrid.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org<<http://www.cedro.org>>) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© Publicaciones de la Universidad de Deusto
Apartado 1 - 48080 Bilbao
e-mail: publicaciones@deusto.es
ISBN: 978-84-1325-139-4
Depósito legal: LG BI 02090-2021

Índice

Introducción	9
I. Las relaciones entre los pueblos indígenas y la Corona canadiense: origen y evolución	17
1. Los primeros tratados históricos	18
2. La <i>Royal Proclamation</i> de 1763	19
3. Los Tratados Robinson y la Confederación de Canadá	20
4. Los Tratados Numerados	22
5. Los nuevos acuerdos sobre reclamación de tierras	23
II. La configuración del marco normativo vigente a partir de la reforma constitucional de 1982	27
1. Los pueblos aborígenes de Canadá	31
1.1. Indios	32
1.2. Inuits	34
1.3. Métis	36
2. Sus derechos constitucionales	38
2.1. Los derechos ancestrales	38
2.2. El título aborígen como derecho ancestral por excelencia	41
2.3. Los derechos derivados de tratados	45
III. La espiritualidad aborígen en Canadá	49
1. Aspectos generales	49
2. Perspectiva histórica sobre la represión de las creencias indígenas	52
2.1. Las escuelas residenciales indias	53
2.2. La destrucción de sus lugares sagrados	55
3. El derecho de libertad religiosa de los pueblos aborígenes canadienses	57

IV. Análisis jurisprudencial del tratamiento de las creencias religiosas indígenas en conflictos de acaparamientos de tierras . . .	61
1. La espiritualidad aborigen como aspecto subyacente	62
1.1. El caso <i>Meares Island</i>	62
1.2. Los casos <i>Deer Island</i> y <i>Westar Timber</i>	63
1.3. Particularidades comunes	64
2. La sacralidad del territorio como elemento secundario y/o periférico	66
2.1. Los casos <i>Lower Tsitika Valley</i> , <i>Ure Creek</i> y <i>High Falls</i>	66
2.2. La relevancia del caso <i>Delgamuukw v. Columbia Británica</i>	69
2.3. El caso <i>Halfway River First Nations</i>	72
2.4. El caso <i>Siska Creek</i>	73
2.5. Los casos de las Naciones Squamish y Wahgoshig	75
2.6. La polémica sobre las <i>Chaudiere Falls</i>	77
2.7. El caso de las <i>Treaty One First Nations</i>	78
2.8. El emblemático caso de la Nación <i>Tsilhqot'in</i> ante la Corte Suprema de Canadá	79
2.9. Observación preliminar	81
3. La pretendida violación del derecho de libertad religiosa: el caso <i>Nación Ktunaxa v. Columbia Británica</i>	82
3.1. Aspectos introductorios.	82
3.2. Antecedentes fácticos	83
3.3. Análisis del fondo del asunto.	87
3.3.1. La libertad religiosa al amparo de la sección 2 de la Carta Canadiense	88
3.3.2. El deber de consulta y acomodación de la Corona.	89
3.4. Voto parcialmente concurrente del Juez Moldaver	91
3.5. Reflexión crítica sobre el pronunciamiento.	93
4. El caso <i>Redmond v. Columbia Británica</i> : un nuevo horizonte para la libertad religiosa de los pueblos indígenas canadienses	96
4.1. La decisión del Director de autorizaciones y la demanda presentada por el Sr. Redmond	97
4.2. El relevante pronunciamiento del Juez Masuhara	99
4.2.1. Las cuestiones planteadas sobre el deber de consulta y acomodación, el inadmisibles derecho de veto y la falta de transparencia del procedimiento.	99
4.2.2. La libertad de conciencia del demandante y el principio de neutralidad religiosa del Estado	102
4.3. Valoración crítica del fallo	105
Conclusiones	111

Introducción*

Mi'kmaq, Maliseet, Abenaki, Innu, Cree, Anishinabek, Haudenosaunee, Wendat, Dakota, Lakota, Nakota, Assinaboine, Saulteaux, Blackfoot, Kootenay Secwepemec, Nlha7kapmx, Salish, Nuu-Chah-Nulth, Kwakwaka'wakw, Haida, Heiltsuk, Carrier, Tsimshian, Nisga'a, Gitksan, Tahltan, Tlingit, Gwichin, Dene e Inuit son solo algunos de los pueblos indígenas que habitan, desde tiempos inmemoriales, las vastas extensiones de tierra que hoy se encuentran bajo la jurisdicción de Canadá,¹ que se erige, en la actualidad, como uno de los países en los que mayor

* Profesora Ayudante de Derecho eclesiástico del Estado en la Universitat Jaume I. La investigación para la confección de esta obra ha podido desarrollarse gracias a una subvención de la Generalitat Valenciana para estancias de contratados predoctorales en centros de investigación de fuera de la Comunidad Valenciana, concedida por Resolución de 14 de marzo de 2019 de la Directora General de Universidad, Investigación y Ciencia (Conselleria de Educación, Investigación, Cultura y Deporte), que se concretó en una estancia de tres meses en el Human Rights Research and Education Centre de la Universidad de Ottawa. Así pues, el presente trabajo se basa en un capítulo, reeditado y actualizado, de mi tesis doctoral: N. REGUART SEGARRA, *Los pueblos indígenas y la protección de sus convicciones religiosas ante conflictos de acaparamientos de tierras y aguas* (tesis doctoral), Universitat Jaume I, Castellón, 2020. La tesis ha sido galardonada con el prestigioso Premio Brunet Tesis Doctorales a los Derechos Humanos y la Cooperación al Desarrollo 2020, concedido por la Fundación Jaime Brunet de la Universidad Pública de Navarra. Igualmente, se enmarca en el Proyecto «Acaparamiento de tierras y recursos, ecocidio y pueblos indígenas» (Ayuda UJI-A2020-04 del Plan de Promoción de la Investigación 2020 de la Universitat Jaume I). Salvo que expresamente se indique lo contrario, todas las páginas web que figuran en esta obra fueron consultadas por última vez el 7 de diciembre de 2020.

¹ Vid. J.J. BORROWS y L.I. ROTMAN, *Aboriginal Legal Issues: Cases, Materials & Commentary*, 5.ª ed., LexisNexis, Toronto, 2018, p. 93. En Canadá, de conformidad con el censo de la población elaborado en 2016, hay 1.673.785 personas indígenas, lo que asciende a un 4.9% del total de la población, habiendo incrementado en un 42.5% desde el censo anterior de 2006.

incidencia está teniendo el acaparamiento de los territorios ancestrales de estos pueblos. Esta situación puede obedecer a dos razones de distinta índole: bien puede deberse a que dentro de sus propias fronteras se está produciendo este tipo de fenómeno que directamente atenta contra los derechos de los pueblos originarios; bien a que empresas canadienses están usurpando tierras en otras partes del mundo. Nos situaremos, en esta investigación, en el primero de los panoramas expuestos.

Y es que, si bien Canadá se considera a sí mismo como un país comprometido con sus pueblos indígenas, este compromiso no encuentra su reflejo, por lo general, en las acciones emprendidas por el Gobierno en relación a proyectos de desarrollo y extractivos, que suelen ver la luz a pesar de las continuas protestas ejercidas por aquellos.² Uno de los aspectos más controvertidos que se observa es que estas prácticas de acaparamientos de tierras indígenas afectan, directamente, a los lugares sagrados a que tales tierras dan cobijo, así como a la integridad misma de estas, que, según sus cosmovisiones, son poseedoras de una sacralidad intrínseca. Es por ello por lo que las disputas por la tierra han desembocado en abundantes situaciones específicas de conflicto dentro del territorio nacional que han sido planteadas ante los tribunales canadienses y cuyo estudio se estima de particular interés, en concreto, en lo referente al tratamiento que sus creencias religiosas han recibido en sede judicial, por cuanto son estas creencias, cuyos rasgos esenciales se alejan de los parámetros típicamente eurooccidentales al respecto, las que nuclean y fortalecen su lucha contra las violaciones de derechos humanos que sufren en la actualidad.³

El objetivo principal de esta investigación radica, así, en el análisis sociológico y jurisprudencial de dichas situaciones específicas de conflicto acontecidas dentro de las fronteras de Canadá en las que se ha producido la afectación de las creencias religiosas del pueblo indígena cuyo territorio se ha visto acaparado. Con este fin, se parte del inicio más remoto de las relaciones entre estos pueblos y la Corona canadiense y su evolución a lo largo del tiempo, que se plasma en la transformación de los célebres tratados históricos en los recientes acuerdos sobre reclamación de tierras. Los instrumentos que se han ido

² J. TOCKMAN, «Eliding Consent in Extractivist states: Bolivia, Canada, and the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples», *The International Journal of Human Rights*, vol. 22, núm. 3, 2018, pp. 325-349.

³ Véase, en general, la relevante aportación de V. CAMARERO SUÁREZ, «Acaparamientos de tierras y aguas: impacto sobre los pueblos indígenas y sus convicciones religiosas», *Anuario de Derecho eclesiástico del Estado*, núm. 34, 2018, pp. 23-73.

arbitrando en el curso de la historia para regular las relaciones entre los pueblos indígenas y las autoridades canadienses son copiosos, por lo que se pretende presentar los más relevantes para poder, así, facilitar la comprensión del marco normativo vigente según el que se organizan dichas relaciones. Se estudiará, también, este marco normativo reconfigurado a partir de la reforma constitucional de 1982, por la que se reconocen y afirman los derechos existentes, tanto ancestrales como derivados de tratados, de los pueblos aborígenes de Canadá: los indios, los inuits y los métis.

Una vez asentadas las bases históricas y sociológicas del inicio de las relaciones entre los pueblos indígenas y la Corona canadiense hasta llegar al momento actual, se llevará a cabo un repaso jurisprudencial tanto de las sentencias más relevantes que han permitido configurar el estatus jurídico de estos pueblos en el derecho canadiense, como del tratamiento específico que la espiritualidad aborígena ha recibido por parte de los tribunales. Y es que, como no podía ser de otra manera, la espiritualidad representa para ellos la piedra angular en torno a la que se articula su completa existencia. Aun así, cuando han alegado la vulneración de sus creencias espirituales en sede judicial, los resultados no han sido los esperados. Por ello, deberá examinarse, por una parte, la importancia que los pueblos indígenas han otorgado a la espiritualidad en sus demandas ante los tribunales y, por otra, el modo en que estos la han abordado en los casos sometidos a su jurisdicción. Todo ello se reputa imprescindible para llegar a adquirir un conocimiento integral sobre la situación actual de los pueblos indígenas de Canadá en lo concerniente al respeto y protección de sus creencias religiosas y, en concreto, de su vínculo espiritual con sus territorios sagrados.

De este modo, al estudio de los pilares fundamentales sobre los que se edifica el derecho aborígena canadiense le sigue lo que constituye la verdadera contribución de esta investigación, que consiste en el análisis del tratamiento de la espiritualidad aborígena y los lugares sagrados en casos judiciales seleccionados, a través del cual se va a constatar la absoluta trascendencia que para estos pueblos ostentan sus creencias religiosas y cómo estas los guían y los orientan en la lucha por sus tierras, con independencia de que, en muchas ocasiones, no reciban, en sus demandas ante los tribunales de justicia, el peso que en realidad poseen. Por ello, la clave de este estudio radica en que demuestra la necesidad de impulsar y alentar a estos pueblos para que reivindiquen la naturaleza sagrada de sus territorios ancestrales en cuanto fuente última de espiritualidad, al encontrarse esta reclamación plenamente amparada por su derecho de libertad religiosa, cuyo libre ejercicio se ve afectado, de modo grave y directo, en este tipo de conflictos. Y ello al mar-

gen de los resultados obtenidos hasta el momento, que, como se verá, en términos generales, no están a la altura de lo que se espera de un país como Canadá, que se autodefine como paradigma de la multiculturalidad.⁴

En esta sección cuarta, una vez descritos una serie de aspectos generales en torno a la espiritualidad aborigen en Canadá, el análisis de dichas situaciones específicas de conflicto en las que ha estado presente, de un modo o de otro, el factor religioso se ha realizado en base a una selección de casos judiciales clasificados en tres grupos distintos: aquellos en que, pese a perseguir la protección de lugares sagrados, esta condición no se menciona; otros en los que explícitamente se reivindica dicha naturaleza sagrada, si bien como aspecto secundario o accesorio a la disputa principal; y, por último, aquellos supuestos en que la pretensión principal del pueblo afectado se basa en la violación de su derecho de libertad religiosa, cuyo máximo exponente es el caso *Ktunaxa c. Columbia Británica*. Esta última pretensión encuentra su razón de ser en el vínculo espiritual que los pueblos indígenas comparten con sus territorios ancestrales, que representa el núcleo de sus sistemas de creencias y, por ende, está amparado por la cobertura jurídica del derecho de libertad religiosa, cuya aplicación, como se observará, no se limita a las religiones tradicionales o a aquellas con características similares. Los resultados obtenidos tras el análisis de más de quince casos en torno a esta problemática son preocupantes, al no haber recibido un tratamiento acorde con los estándares internacionales al respecto, si bien la última Sentencia analizada representa la luz al final del túnel que abre un nuevo horizonte para la libertad religiosa de estos pueblos.

Pero, antes de dar inicio al desarrollo de este trabajo, debe señalarse, también a modo de introducción, que Canadá no ha ratificado, aún a día de hoy, el Convenio núm. 169 de la OIT⁵ y que fue uno de los

⁴ M. DEL OLMO, «Multiculturalismo canadiense: bueno para comer, bueno para pensar», *Revista de Dialectología y Tradiciones Populares*, vol. 56, núm. 2, 2001, p. 131; H. KISLOWICZ, «Freedom of Religion and Canada's Commitments to Multiculturalism», *National Journal of Constitutionalism Law*, vol. 31, núm. 1, 2012, p. 2. Al respecto, *vid.*, en general, A. FLERAS, *Engaging Diversity: Multiculturalism in Canada*, Nelson Thomson Learning, Toronto, 2002. Canadá reconoció oficialmente que la diversidad cultural era la base de su estructura social a través de la Ley Canadiense de Multiculturalismo (*Canadian Multiculturalism Act*, 1988). Con carácter anual, el Ministerio de Patrimonio y Multiculturalismo Canadiense elabora un Informe sobre el funcionamiento de la mencionada Ley. Al respecto, véase <https://www.canada.ca/en/canadian-heritage/corporate/publications/plans-reports/annual-report-canadian-multiculturalism-act-2018-2019.html>.

⁵ Convenio núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales (adoptado el 27 de junio de 1989, entró en vigor el 5 de septiembre de 1991).

cuatro países que votó en contra de la aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas,⁶ aunque, con posterioridad, decidió respaldarla. El apoyo eventualmente mostrado por el Gobierno canadiense fue, en un primer momento, limitado o con condiciones (*qualified endorsement*).⁷ Unos años más tarde, en noviembre de 2015, el Primer Ministro de Canadá instó a la Ministra de Asuntos Indígenas y a otros Ministerios a que implementaran la Declaración. Ya en 2016, la Ministra de Asuntos Indígenas anunció que Canadá pasaba a proporcionar su apoyo pleno, sin reservas, a la Declaración.⁸ Por lo que respecta a su proceso de adopción, los pueblos indígenas de todo el territorio nacional participaron activamente en él, desde sus borradores iniciales hasta el texto final sometido a la aprobación de la Asamblea General, mientras que el Gobierno, por su parte, cambió varias veces de postura.⁹

⁶ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante, UNDRIP), adoptada el 13 de septiembre de 2007 (A/RES/61/295).

⁷ Vid. la Declaración de apoyo de Canadá a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, de 12 de noviembre de 2010, disponible en: <https://www.aadnc-aandc.gc.ca/eng/1309374239861/1309374546142>. En esta misma línea, Canadá también expresó sus reservas generales al texto de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por aclamación el 15 de junio de 2016 (AG/RES. 2888 [XLVI-O/16]).

⁸ Vid. Government of Canada, «Canada Becomes a Full Supporter of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples» (10 de mayo de 2016), <https://www.canada.ca/en/indigenous-northern-affairs/news/2016/05/canada-becomes-a-full-supporter-of-the-united-nations-declaration-on-the-rights-of-indigenous-peoples.html>.

⁹ B.L. GUNN, «Overcoming Obstacles to Implementing the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in Canada», *Windsor Yearbook of Access to Justice*, vol. 31, 2013, p. 149. Por lo general, y pese a que la participación indígena ha ido variando a lo largo de los años, formaron parte de este proceso la Asamblea de Naciones Originarias, la Asociación de Mujeres Nativas de Canadá, el Consejo Nacional Métis, el Gran Consejo de Crees, otras organizaciones políticas regionales y varias comunidades indígenas (*ibid.*, nota al pie núm. 9). Además, en B.L. GUNN, «Self-Determination as the Basis for Reconciliation: Implementing the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples», *Indigenous Law Bulletin*, vol. 7, núm. 30, 2012, pp. 22-25, la autora se muestra partidaria de emprender el camino hacia la reconciliación entre Canadá y sus pueblos autóctonos a través del derecho a la autodeterminación reconocido en la UNDRIP. En este mismo sentido se pronuncian en S. LIGHTFOOT, «The Road to Reconciliation Starts with the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples» (12 de septiembre de 2019), <https://theconversation.com/the-road-to-reconciliation-starts-with-the-un-declaration-on-the-rights-of-indigenous-peoples-122305>. Para una discusión acerca de la relación entre el derecho internacional, el derecho de los pueblos indígenas y el derecho canadiense en lo concerniente a la implementación de la UNDRIP, vid. J. BORROWS, L. CHARTRAND, O.E. FITZGERALD y R. SCHWARTZ (eds.), *Braiding Legal Orders: Implementing the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, McGill-Queen's University Press, Montreal, 2019.

Casi una década más tarde de la adopción de este emblemático texto, se sometió al Parlamento de Canadá la Propuesta de Ley C-262,¹⁰ cuyo objeto era que el Gobierno de Canadá tomase todas las acciones y medidas necesarias para asegurar que las leyes del país se hallaban en completa armonía con la UNDRIP. Tras resultar aprobada en la Casa de los Comunes, esta Ley pereció en el Senado el 21 de junio de 2019 como consecuencia de su disolución ante las elecciones planeadas para octubre de ese mismo año,¹¹ precisamente en el día en que se celebraba el Día Nacional de los Pueblos Indígenas de Canadá.¹² Contrasta con ello, no obstante, la aprobación en Columbia Británica de una Ley por la que se implementa la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de estos pueblos,¹³ lo que ha convertido a esta provincia en la primera en adoptar legislación en este sentido.¹⁴ En diciembre de 2020, ya durante la nueva legislatura, los liberales impulsaron retomar, de nuevo, la tramitación del Proyecto de Ley que en su día pereció.¹⁵ Si

¹⁰ Bill C-262, *United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Act. An Act to ensure that the laws of Canada are in harmony with the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. Se trata de una Propuesta de Ley de un miembro privado (private member's bill)* introducida por Romeo Saganash, un diputado indígena cree.

¹¹ Ello se debe, principalmente, a la retención que este Proyecto de Ley sufrió en la Cámara Alta como resultado de las objeciones expresadas por los senadores conservadores. Al respecto, *vid.* G. GALLOWAY, «Conservative Senators Move to Kill Bill Requiring Laws to Be Consistent with UN Declaration on Indigenous Peoples» (28 de mayo de 2019), <https://www.theglobeandmail.com/politics/article-conservative-senators-move-to-kill-bill-requiring-laws-to-be/>.

¹² B.L. GUNN, «The Senate Halts Recognition of Indigenous Rights on National Indigenous Peoples Day» (24 de junio de 2019), <https://www.cigionline.org/articles/senate-halts-recognition-indigenous-rights-national-indigenous-peoples-day>. La relevancia de la aprobación de esta Ley residía en cinco puntos cruciales: 1) habría servido para clarificar que la UNDRIP resulta de aplicación en Canadá; 2) habría requerido al Gobierno que se cerciorara de que las leyes canadienses son coherentes con la Declaración; 3) habría instado al Gobierno a desarrollar e implementar un plan de acción nacional para el cumplimiento de la Declaración; 4) habría requerido a Canadá la entrega de un informe anual al Parlamento acerca de la implementación del plan de acción nacional; y 5) habría dejado claro que la Ley no disminuía o extinguía ningún derecho reconocido y afirmado en la sección 35(1) de la Ley constitucional de 1982. Todo ello sin codificar, como tal, la Declaración en el ordenamiento jurídico canadiense (*ibid.*).

¹³ Bill 41-2019: *Declaration on the Rights of Indigenous Peoples Act*.

¹⁴ S. LITTLE, «British Columbia Becomes 1st Canadian Province to Pass UN Indigenous Rights Declaration» (26 de noviembre de 2019), <https://globalnews.ca/news/6222331/british-columbia-passes-undrip/>. *Vid.*, también, BC Gov News, «Joint Statement on B.C. Indigenous Human Rights Legislation Passing Unanimously» (26 de noviembre de 2019), <https://news.gov.bc.ca/releases/2019IRR0061-002283>.

¹⁵ R.P. Jones, «Liberals Introduce Bill to Implement UN Indigenous Rights Declaration» (3 de diciembre de 2020), <https://www.cbc.ca/news/politics/liberals-introduce-undrip-legislation-1.5826523>.

resulta finalmente aprobada por el Parlamento de Canadá, esta Ley pasaría a proporcionar una hoja de ruta para que el Gobierno y los pueblos indígenas trabajaran juntos hacia la implementación plena de la Declaración.¹⁶

Sin más, sirva lo anterior como breve introducción al desarrollo de este exhaustivo trabajo de investigación, con el que pretendemos contribuir, en la medida de lo posible, a otorgar visibilidad y un merecido protagonismo a las profundas creencias religiosas de estos pueblos en relación con sus territorios tradicionales, cuya naturaleza sagrada tantas veces es ignorada por parte de los poderes públicos y de los encargados de ejecutar todo tipo de proyectos sobre aquellos. Si los pueblos indígenas continúan luchando, con todos los medios a su disposición, por la integridad de sus territorios es precisamente por este vínculo espiritual que los une a ellos de un modo tan íntimo, por lo que no puede dejarse de resaltar su radical trascendencia en la persistente disputa de estos pueblos por la defensa y protección de sus tierras.

¹⁶ Al respecto, *vid.* Government of Canada, «Implementing the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples of Canada», <https://www.justice.gc.ca/eng/declaration/index.html>. Mucho más escéptico acerca de la virtualidad de este Proyecto de Ley para cambiar la realidad de los pueblos indígenas de Canadá se muestra B. MCLIVOR, «A Cold Rain Falls: Canada's Proposed UNDRIP Legislation» (16 de diciembre de 2020), <https://www.firstpeopleslaw.com/public-education/blog/a-cold-rain-falls-canadas-proposed-undrip-legislation>.

I

Las relaciones entre los pueblos indígenas y la Corona canadiense: origen y evolución

Es bien sabido que no ha habido un acontecimiento de mayor trascendencia en el pasado milenio que la llegada de los europeos a las Américas.¹⁷ Sin embargo, los pueblos autóctonos que allí se encontraron llevaban habitando ese territorio desde mucho antes de su llegada. En el caso de los pueblos indígenas de Canadá, este hecho se sitúa en la base misma de los derechos que ostentan en el presente.¹⁸ A su vez, tales derechos se encuentran profundamente arraigados en la historia de sus relaciones con la Corona, que, por lo general, se han materializado en forma de tratados.¹⁹

Los tratados entre los pueblos aborígenes y la Corona representan la razón de ser de la posición única que ocupan estos pueblos en el derecho canadiense, al tiempo que ordenan sus relaciones con el resto de la sociedad.²⁰ No debe entenderse, no obstante, que se trata de tratados

¹⁷ R. MAINVILLE, *An Overview of Aboriginal and Treaty Rights and Compensation for Their Breach*, Purich Publishing Ltd., Saskatoon, 2001, p. 9. Al respecto, *vid.*, en general, las siguientes obras de referencia: S.J. ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law*, 2.ª ed., Oxford University Press, Nueva York, 2004; J. GILBERT, *Indigenous Peoples' Land Rights Under International Law: From Victims to Actors*, Transnational Publishers, Nueva York, 2006; A. ESPINO LÓPEZ, *La Conquista de América: una revisión crítica*, RBA, Barcelona, 2013.

¹⁸ D.W. ELLIOTT, «Aboriginal Title», en B.W. MORSE (ed.), *Aboriginal Peoples and the Law: Indian, Metis and Inuit Rights in Canada*, Carleton University Press, Ottawa, 1989, p. 48.

¹⁹ R. MAINVILLE, *An Overview of Aboriginal...*, *op. cit.*, p. 9. Para una descripción detallada sobre la Corona y sus representantes en las negociaciones con los pueblos indígenas, véase K. WILKINS, «Reasoning with the Elephant: The Crown, Its Counsel and Aboriginal Law in Canada», *Indigenous Law Journal*, vol. 13, núm. 1, 2016, pp. 27-74.

²⁰ J. TIMOTHY y S. McCABE, *The Law of Treaties between the Crown and Aboriginal Peoples*, LexisNexis, Markham, 2010, p. vii.

internacionales tal y como se conciben estos hoy en día, por cuanto no fueron suscritos entre dos naciones independientes y soberanas. Tampoco la naturaleza jurídica vinculante de estos tratados presenta los rasgos habituales, pues no solo despliegan su obligatoriedad ante las partes firmantes, sino sobre pueblos indígenas enteros y sus descendientes, es decir, en perpetuidad.²¹ Por ello, suele considerarse que los tratados representan un tipo de acuerdos *sui generis* a los que no se les debe aplicar las normas de derecho internacional de modo automático.²²

Para los pueblos indígenas, los tratados simbolizan una especie de Carta Magna indígena, en cuyas negociaciones entraron con fe y con la esperanza de que a ellos les seguiría una vida mejor para todos.²³ Si bien la finalidad inicial de cada tratado era distinta y no todos contemplaban los mismos aspectos,²⁴ lo que, al menos en teoría, todos ellos tenían en común era «la creación y el mantenimiento de relaciones mutuamente beneficiosas entre la Corona y los pueblos aborígenes».²⁵

1. Los primeros tratados históricos

Los primeros tratados,²⁶ de «paz y amistad», se remontan a mediados del siglo XVIII y solían negociarse entre representantes de la Corona

²¹ R. MAINVILLE, *An Overview of Aboriginal...*, *op. cit.*, p. 35.

²² *Ibid.*, p. 59. *Vid.*, también, la Sentencia de la Corte Suprema de Canadá, *Simon v. R.*, [1985] 2 SCR 387, p. 404; Sentencia de la Corte Suprema de Canadá, *R. v. Sioui*, [1990] 1 SCR 1025, p. 1043. Por lo que respecta a la naturaleza de estos tratados, GRAMMOND considera que se superponen tres estratos distintos: el derecho civil contractual de la provincia en que el tratado se firmó; el derecho de los contratos del sector público, como resultado de la presencia de la Corona como parte contratante; y una serie de reglas específicas que rigen los tratados aborígenes en cuanto comprensivos de derechos colectivos (*vid.* S. GRAMMOND, «Aboriginal Treaties and Canadian Law», *Queen's Law Journal*, vol. 57, 1994, pp. 57-87).

²³ B.H. WILDSMITH, «Pre-Confederation Treaties», en B.W. MORSE (ed.), *Aboriginal Peoples and the Law...*, *op. cit.*, p. 144.

²⁴ Para una mayor comprensión del contexto histórico que envuelve la suscripción de los tratados, *vid.* J. ST. GERMAIN, *Indian Treaty-Making Policy in the United States and Canada, 1867-1877*, University of Toronto Press, Toronto, 2001, pp. 1-12.

²⁵ J.J. BORROWS y L.I. ROTMAN, *Aboriginal Legal Issues...*, *op. cit.*, 2018, p. 281.

²⁶ El Gobierno de Canadá reconoce 70 tratados históricos firmados entre 1701 y 1923, lo que incluye los Tratados de Paz y Neutralidad (1701-1760); los Tratados de Paz y Amistad (1725-1779); la Rendición de Tierras del Alto Canadá y los Tratados Williams (1764-1862/1923); los Tratados Robinson y los Tratados Douglas (1850-1854); y los Tratados Numerados (1871-1921). Para más información, *vid.* <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/eng/1100100028574/1529354437231>. Se ha observado que la doctrina no es unánime a la hora de establecer los períodos que comprende cada tipo de tratado, sino que concibe

y los pueblos indígenas interesados.²⁷ El orden normativo imperante en aquel momento disponía que los pueblos indígenas tan solo podían relacionarse con el poder europeo que reclamaba su descubrimiento. Como consecuencia del carácter exclusivo de esta relación, así como por la naturaleza de los temas acordados en su marco, los pactos a los que llegaban los pueblos indígenas y la Corona se consideraban «solemnes y sagrados».²⁸ Además, para los pueblos indígenas, los tratados también tenían una dimensión espiritual, debido a que aquellos no advertían distinción alguna entre los aspectos políticos y los espirituales de las relaciones que por medio de ellos se establecían. Así, los tratados debían concluirse en ceremonias sagradas, que formaban una parte integral de su compromiso para con aquellos.²⁹

2. La *Royal Proclamation* de 1763

A la vista de los problemas y el descontento generados por las compraventas a precios irrisorios de tierras indígenas en algunas de las trece colonias que después llegarían a conformar los Estados Unidos de América, y con la intención de evitar la repetición de estas operaciones,³⁰ la Corona promulgó la *Royal Proclamation* de 1763,³¹ por la que se prohi-

diversas clasificaciones de tratados y omite algunos, por lo que esta investigación tratará de exponer los más relevantes a los efectos de adquirir un conocimiento general sobre el establecimiento de los primeros contactos entre los pueblos indígenas y la Corona.

²⁷ D.N. SPRAGUE, «Canada's Treaties with Aboriginal Peoples», *Manitoba Law Journal*, vol. 23, p. 341. De interés a este respecto, véase CBC News, «What You Should Know about the Peace and Friendship Treaties» (1 de octubre de 2019), <https://www.cbc.ca/news/canada/nova-scotia/treaty-day-nova-scotia-mikmaq-peace-and-friendship-treaties-1.5304137>.

²⁸ R. MAINVILLE, *An Overview of Aboriginal...*, *op. cit.*, p. 34.

²⁹ Informe de la Comisión Real sobre Pueblos Aborígenes, *Looking Forward, Looking Back*, vol. 1, 1996, p. 121.

³⁰ Al respecto, *vid.* Sentencia *R. v. Sioui*, p. 1064.

³¹ La *Royal Proclamation* fue emitida el 7 de octubre de 1763 por el Rey Jorge III de Reino Unido y su importancia primordial sigue siendo ampliamente reconocida hoy en día (*vid.* D.N. SPRAGUE, «Canada's Treaties with Aboriginal Peoples», *op. cit.*, p. 342; D.W. ELLIOTT, «Aboriginal Title», *op. cit.*, p. 52; T. ISAAC, *Aboriginal Law*, 5.^a ed., Thomson Reuters Canada, Toronto, 2016, p. 152). Los orígenes de la Proclamación se enmarcan en un contexto más amplio, por cuanto es consecuencia del Tratado de París a través del que los franceses cedieron al Rey Jorge III la gran mayoría de sus territorios transatlánticos. En la actualidad, la *Royal Proclamation* tiene fuerza de ley en Canadá (*vid.* Sentencia de la Corte Suprema de Canadá, *Calder et al. v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] SCR 313, p. 394) y sigue rigiendo la posición de sus pueblos indígenas, a menos que estos hayan suscrito un acuerdo que la suplemente (B.H. WILDSMITH, «Pre-Confeder-

bieron las transacciones de este tipo y se dotó a sí misma del monopolio en materia de adquisición de tierras.³² Mediante esta Proclamación Real, la Corona reconoció formalmente los intereses indígenas sobre sus tierras y los protegió frente a terceros.³³ Además, abrió la puerta a un nuevo tipo de negociación con los pueblos indígenas caracterizada por llevarse a cabo entre agentes especializados y representantes de varias naciones, quienes concertaban reuniones presenciales para debatir los términos de sus acuerdos.³⁴ Esta nueva etapa del proceso de elaboración de los tratados en Canadá a que dio inicio la promulgación de la *Royal Proclamation* se prolongó, aproximadamente, hasta la primera mitad del siglo XIX.³⁵

3. Los Tratados Robinson y la Confederación de Canadá

En 1850, destaca la suscripción de los conocidos Tratados Robinson, en honor al comisario encargado de su negociación, que afectaron al doble de extensión territorial que todos los tratados anteriores combinados. Asimismo, supusieron un paso más en la evolución de las formas de negociación con los pueblos indígenas en otro aspecto, ya que, a los tradicionales compromisos de pagar anualidades y de asegurarles que podrían continuar desarrollando actividades de caza y pesca en sus territorios ancestrales, la innovación de estos tratados radica en una promesa de reservar una parte del territorio para cada una de las naciones firmantes del acuerdo, para que, de este modo, la Corona no tuviera que cargar con la manutención de todos los indígenas presentes en ellas.³⁶

El punto de inflexión en las negociaciones vino marcado por lo que se conoce como la Confederación de Canadá, que tuvo lugar el 1 de ju-

ation Treaties», *op. cit.*, p. 155). Además, aparece expresamente mencionada en la sección 25 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, que se comentará más adelante. Al respecto, *vid.* la obra publicada en su 250 aniversario, T. FENGE y J. ALDRIDGE, *Keeping Promises: The Royal Proclamation of 1763, Aboriginal Rights, and Treaties in Canada*, McGill-Queen's University Press, Montreal & Kington, 2015.

³² J. TIMOTHY y S. McCABE, *The Law of Treaties...*, *op. cit.*, p. 7. El texto completo se encuentra accesible en: https://avalon.law.yale.edu/18th_century/proc1763.asp.

³³ CRAUFURD-LEWIS recomienda, no obstante, leer esta Proclamación Real en su conjunto y no desvincular el extracto mencionado del resto de disposiciones (*vid.* M. CRAUFURD-LEWIS, «Treaties with Aboriginal Minorities», *Aboriginal History*, vol. 19, núm. 1, 1995, p. 48).

³⁴ D.N. SPRAGUE, «Canada's Treaties with Aboriginal Peoples», *op. cit.*, p. 342.

³⁵ M. CRAUFURD-LEWIS, «Treaties with Aboriginal Minorities», *op. cit.*, p. 69.

³⁶ D.N. SPRAGUE, «Canada's Treaties with Aboriginal Peoples», *op. cit.*, p. 343.

lio de 1867, cuando se promulgó el Acta de Norteamérica Británica (en la actualidad, Ley constitucional de 1867).³⁷ Por medio de esta Acta, se unificaron las provincias de Canadá (compuesta, a su vez, por Ontario y Quebec), Nueva Escocia y Nuevo Brunswick bajo el Dominio de Canadá.³⁸ La única mención presente en la Ley constitucional de 1867 acerca de los pueblos indígenas reside en la sección 91(24), a propósito de la enumeración de los poderes del Parlamento. A tenor de lo dispuesto en este precepto, «los indios y las tierras reservadas para los indios» estarán sujetas, con exclusividad, a la autoridad legislativa del Parlamento de Canadá, lo que se ha considerado que representa una protección más bien escasa y mínima para la salvaguarda de sus derechos.³⁹ En consecuencia, si los tratados negociados antes de la Confederación se suscribían con la Corona a través de representantes del Gobierno británico, los nuevos tratados deberían concertarse asimismo con la Corona, pero actuando esta por medio de representantes del Gobierno canadiense.⁴⁰

A pesar de esta formalidad, lo cierto es que todos los tratados pactados con posterioridad a la Confederación seguían las pautas marcadas por los Tratados Robinson, es decir, eran negociados por representantes de la Corona especialmente encargados para esta función que aseguraban respetar los derechos de pesca y caza y prometían reservas y anualidades, todo lo cual también encajaba en los términos de la *Royal Proclamation* de 1763.⁴¹ Si bien los pueblos indígenas seguían concertando los tratados con el mismo espíritu y en los mismos términos que en los primeros años de negociaciones, tras la Confederación, Canadá cambió el enfoque de estos para dotarlos de un trasfondo económico.⁴² A medida que aumentaba la presencia europea, los indígenas pasaron de ser considerados aliados y socios empresariales a ser relegados a meros obstáculos al desarrollo y consumidores de fondos públicos.⁴³

³⁷ *British North America Act*, 1867. Las Actas de Norteamérica Británica (*BNA Acts*) son numerosas y fueron sucediéndose hasta la promulgación de la vigente Ley constitucional de 1982 (*Constitution Act*, 1982). Hoy en día, se ha reemplazado la denominación de aquellas por la de *Constitution Act*, de forma que la designación oficial de la primera es *Constitution Act*, 1867.

³⁸ B.H. WILDSMITH, «Pre-Confederation Treaties», *op. cit.*, p. 155.

³⁹ J.J. BORROWS y L.I. ROTMAN, *Aboriginal Legal Issues...*, *op. cit.*, 2018, p. 94.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 150.

⁴¹ D.N. SPRAGUE, «Canada's Treaties with Aboriginal Peoples», *op. cit.*, p. 344.

⁴² J.J. BORROWS y L.I. ROTMAN, *Aboriginal Legal Issues: Cases, Materials & Commentary*, 4.ª ed., LexisNexis, Markham, 2012, p. 297.

⁴³ J.S. MILLOY, «The Early Indian Acts: Development Strategy and Constitutional Change», en J.R. MILLER (ed.), *Sweet Promises: A Reader on Indian-White Relations in Canada*, University of Toronto Press, Toronto, 1991, p. 98, citado en G.C. CHARLTON y X.

4. Los Tratados Numerados

Entre 1871 y 1921, la Corona, siguiendo la fórmula de los Tratados Robinson,⁴⁴ negoció once tratados que cubrían vastas extensiones de territorio y que han pasado a la historia como los Tratados Numerados.⁴⁵ El interés superior de las autoridades canadienses en la suscripción de estos tratados no era otro que la extinción del título aborígen sobre su territorio y, así, tras el Preámbulo inicial, cada uno de los Tratados Numerados contiene numerosas disposiciones sobre la tierra. Entre ellas, se incluye una declaración de las intenciones de la Reina con respecto a la tierra, una estipulación sobre la extinción y cesión de todos los derechos, títulos y privilegios que los indios poseían sobre ella y una descripción concisa sobre las que se cedían.⁴⁶ La centralidad de la tierra en las negociaciones era, por tanto, palpable desde ambas posiciones:⁴⁷ la Corona veía en ella una fuente de recursos económicos a explotar, mientras que, para los pueblos indígenas, de ella emanaba su espiritua-

GAO, «Constitutional Conflict and the Development of Canadian Aboriginal Law», *The University of Notre Dame Australia Law Review*, vol. 19, 2017, p. 4. *Vid.*, también, J.R. MILLER, *Compact, Contract, Covenant: Aboriginal Treaty-Making in Canada*, University of Toronto Press, Toronto, 2009, p. 102.

⁴⁴ N.K. ZLOTKIN, «Post-Confederation Treaties», en B.W. MORSE (ed.), *Aboriginal Peoples and the Law...*, *op. cit.*, p. 273. Acerca de las obligaciones pecuniarias contraídas por la Corona en los Tratados Numerados, *vid.* R. METCS, «The Common Intention of the Parties and the Payment of Annuities under the Numbered Treaties: Who Assumed the Risk of Inflation?», *Alberta Law Review*, vol. 46, núm. 1, 2008, pp. 41-76.

⁴⁵ Del inglés original *Numbered Treaties*. Al respecto, *vid.* <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/eng/1360948213124/1544620003549>. Según SPRAGUE, los Tratados 1 a 7 (1871-1877) extinguieron el título aborígen de las Praderas canadienses y el noroeste de Ontario para que pudiera construirse el *Canadian Pacific Railway* y para establecer asentamientos agrarios; el Tratado 8 (1899-1900) otorgaba acceso al territorio yukon; el Tratado 9 (1904) buscaba descubrimientos de plata y pretendía ejecutar proyectos empresariales en el norte de Ontario; el Tratado 10 (1909) perseguía un propósito similar en el norte de Saskatchewan; y el Tratado 11 (1921) siguió la primera oleada de Imperial Oil's en Norman Wells (*vid.* D.N. SPRAGUE, «Canada's Treaties with Aboriginal Peoples», *op. cit.*, p. 346). Para una descripción del contenido de cada tratado, *vid.* N.K. ZLOTKIN, «Post-Confederation Treaties», *op. cit.*, pp. 272 y ss; T. ISAAC, *Aboriginal Law, op. cit.*, pp. 156 y ss.

⁴⁶ J. ST. GERMAIN, *Indian Treaty-Making Policy...*, *op. cit.*, p. 41.

⁴⁷ *Ibid.* No ocurría lo mismo en el caso de los tratados suscritos entre Estados Unidos y los nativos americanos, en el que la tierra era subsidiaria al pueblo, de manera que los tratados se concertaban entre dos partes determinadas sobre las que tendrían efecto las disposiciones acordadas, que podían incluir la cesión de tierras o no (*vid.* M. CRAUFURD-LEWIS, «Treaties with Aboriginal Minorities», *op. cit.*, p. 73). Para un conciso análisis comparativo de los tratados suscritos a finales del siglo XIX en Estados Unidos y Canadá, véase R.L. NICHOLS, «The United States, Canada, and the Indians: 1865-1876», *The Social Science Journal*, vol. 26, núm. 3, 1989, pp. 249-263.

lidad y, por ende, ostentaba un carácter sagrado. Es por ello por lo que se piensa que los pueblos indígenas no eran realmente sabedores de que los textos escritos que firmaron diferían de los acuerdos orales a los que habían llegado con la Corona.⁴⁸

Desde la perspectiva de las naciones originarias, había una serie de principios básicos que debían regir las negociaciones de los tratados. Resalta, al respecto, que antepoñían a cualquier petición que sus modos de vida fueran protegidos y preservados, lo que implicaba el uso continuado de sus tierras y recursos naturales. En consecuencia, la Corona solía prometer que se mantendría al margen y no interferiría en sus formas de vida, lo que también incluía sus prácticas tradicionales de caza y pesca. Estos principios se tomaron en consideración en las negociaciones orales de todos los Tratados Numerados. Sin embargo, en la mayoría de ocasiones, no se incluyeron en su texto final. Así, los pueblos indígenas tan solo aceptaron los términos de los tratados en la medida en que habían recibido la garantía de la Corona de que sus modos de vida no se verían afectados y que el único resultado de negociar con ella sería la obtención de beneficios para las comunidades.⁴⁹

5. Los nuevos acuerdos sobre reclamación de tierras

A partir de 1921, el Gobierno de Canadá dejó de firmar tratados con el firme convencimiento de que ya había adquirido suficiente autoridad sobre las tierras canadienses y que, por tanto, ya no necesi-

⁴⁸ J.J. BORROWS y L.I. ROTMAN, *Aboriginal Legal Issues...*, *op. cit.*, 2012, p. 292. CARDINAL se muestra muy crítico a este respecto, llegando a afirmar que los artículos de todos los tratados escritos deben considerarse engañosos porque omitían porciones sustanciales de aquello que se prometió verbalmente a los indios (H. CARDINAL, *The Unjust Society*, M.C. Hurtig Ltd., Edmonton, 1969, pp. 28-43, citado en B.H. WILDSMITH, «Pre-Confederation Treaties», *op. cit.*, p. 144).

⁴⁹ J.J. BORROWS y L.I. ROTMAN, *Aboriginal Legal Issues...*, *op. cit.*, 2012, p. 293. Sobre los motivos que impulsaron a los representantes indígenas a firmar unos tratados tan desiguales, *vid.* M. CRAUFURD-LEWIS, «Treaties with Aboriginal Minorities», *op. cit.*, pp. 72 y 73. Por su parte, la jurisprudencia, al encargarse de establecer los criterios de interpretación de los tratados, ha señalado que el objetivo es elegir, de entre las diversas posibles interpretaciones, aquella que mejor concilie los intereses de ambas partes en el momento en que se firmó el tratado (Sentencia de la Corte Suprema de Canadá, *Marshall v. Canada*, [1999] 3 SCR 456, p. 512; Sentencia *R. v. Sioui*, pp. 1068-69). Además, las ambigüedades y expresiones dudosas deberán resolverse a favor de los pueblos aborígenes (Sentencia *Marshall v. Canada*, p. 512; Sentencia *R. v. Sioui*, pp. 1035; Sentencia *Simon v. R.*, p. 402).

taba seguir concertando tratados históricos con los pueblos autóctonos.⁵⁰ Ello dejó a la mayor parte del norte de Canadá, Columbia Británica y Quebec, así como la región entera de Labrador, sin tratado.⁵¹ No obstante, en las últimas décadas se ha producido un resurgimiento en forma de acuerdos de reclamación de tierras (*land claims agreements*),⁵² principalmente a partir de la Sentencia de la Corte Suprema de Canadá en el caso *Calder v. Columbia Británica*,⁵³ que sentó las bases para que el Gobierno federal abordara esta cuestión y entablara las pertinentes negociaciones al respecto.⁵⁴ Como consecuencia de esta decisión, el 8 de agosto de 1973, el Ministro de Asuntos Indígenas anunció que el Gobierno de Canadá negociaría reclamaciones de tierras con aquellos pueblos que, conservando su título aborigen, no hubieran concertado ningún tratado histórico con la Corona.⁵⁵ De este modo, este pronunciamiento de la Corte Suprema dio lugar al Acuerdo de James Bay y Quebec del Norte, como primer tratado moderno firmado en 1975,⁵⁶ y a la publicación, en 1986, de la *Comprehensive Land Claims Policy*, destinada a orientar el enfoque del Go-

⁵⁰ C. ALCANTARA, «Implementing Comprehensive Land Claims Agreements in Canada: Towards an Analytical Framework», *Canadian Public Administration*, vol. 60, núm. 3, 2017, p. 330.

⁵¹ Informe de la Land Claims Agreement Coalition, *Honour, Spirit and Intent: A Model Canadian Policy on the Full Implementation of Modern Treaties between Aboriginal Peoples and the Crown*, 2008, p. 2.

⁵² S. GRAMMOND, «Aboriginal Treaties and Canadian Law», *op. cit.*, p. 58. Al respecto, *vid.* M. ASCH y N. ZLOTKIN, «Affirming Aboriginal Title: A New Basis for Comprehensive Claims Negotiations», en M. ASCH (ed.), *Aboriginal and Treaty Rights in Canada*, University of British Columbia Press, Vancouver, 1997, pp. 208-229. Una enumeración de acuerdos concretos de reclamación de tierras y tratados modernos puede encontrarse en T. ISAAC, *Aboriginal Law*, *op. cit.*, pp. 182 y ss. A fecha de hoy, se han concertado hasta veinticinco tratados modernos con grupos indígenas en Canadá. Para información detallada, visite <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/eng/1100100028574/1529354437231-chp4>. También, véase el Informe del Ministerio de Asuntos Aborígenes y Desarrollo del Norte de Canadá, *General Briefing Note on Canada's Self-Government and Comprehensive Land Claims Policies and the Status of Negotiation*, 2015.

⁵³ Sentencia de la Corte Suprema de Canadá *Calder et al. v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] SCR 313.

⁵⁴ T. ISAAC, *Aboriginal Law*, *op. cit.*, p. 166.

⁵⁵ T. FENGE y J. ALDRIDGE, *Keeping Promises: The Royal Proclamation...*, *op. cit.*, p. 108. No obstante, el Gobierno federal ha aceptado la negociación de algunas reclamaciones sobre áreas cubiertas por tratados. A modo de ejemplo, *vid.* N. KLEER, *Aboriginal Law Handbook*, 4.ª ed., Carswell, Toronto, 2012, p. 119, nota 20.

⁵⁶ M. CRAUFURD-LEWIS, «Treaties with Aboriginal Minorities», *op. cit.*, p. 74. Sobre su implementación, véase W. MOSS, «The Implementation of the James Bay and Northern Quebec Agreement», en B.W. MORSE (ed.), *Aboriginal Peoples and the Law...*, *op. cit.*, pp. 684-694.

bierno federal en todas las nuevas negociaciones,⁵⁷ que se está viendo sometida en la actualidad a un proceso de renovación tras más de treinta años desde su difusión.⁵⁸

⁵⁷ *Comprehensive Land Claims Policy*, p. 7.

⁵⁸ Así se demuestra en el Informe del Departamento de Asuntos Aborígenes y Desarrollo del Norte de Canadá, *Renewing the Comprehensive Land Claims Policy: Towards a Framework for Addressing Section 35 Aboriginal Rights*, 2014. La primera edición de esta política data de 1973 y se ha sometido desde entonces a varios procesos de revisión y actualización (*vid.* T. ISAAC, *Aboriginal Law*, *op. cit.*, p. 166). En contra, *vid.* C. SAMSON, «Canada's Strategy of Dispossession: Aboriginal Land and Rights Cessions in Comprehensive Land Claims», *Canadian Journal of Law and Society*, vol. 31, núm. 1, 2016, pp. 87-110.

II

La configuración del marco normativo vigente a partir de la reforma constitucional de 1982

La promulgación de la Ley constitucional de 1982⁵⁹ supuso un cambio profundo y fundamental en el tratamiento de los derechos de los pueblos indígenas canadienses.⁶⁰ Su provisión nuclear en materia de derechos de los pueblos aborígenes de Canadá reside en la sección 35, que recibe este mismo título y los consagra, en exclusiva, del modo que sigue:

«35. (1) Se reconocen y afirman por la presente los derechos existentes —ancestrales o derivados de tratados— de los pueblos aborígenes de Canadá.

Definición de «pueblos aborígenes de Canadá»

(2) En esta Acta, «pueblos aborígenes de Canadá» incluye a los indios, inuits y métis de Canadá.

Acuerdos de reclamación de tierras

(3) Para mayor certeza, en la subsección (1) «los derechos derivados de tratados» comprenden los derechos que hoy existen en forma de acuerdos de reclamación de tierras o los que puedan adquirirse por este concepto.

Los derechos ancestrales y derivados de tratados se garantizan en igualdad de condiciones a ambos sexos

⁵⁹ *Constitution Act*, 1982. Como herramienta de utilidad para la comprensión del proceso que dio lugar a la promulgación de la Constitución, *vid.* A.F. BAYEFSKY, *Canada's Constitution Act 1982 & Amendments: A Documentary History*, McGraw-Hill Ryerson, Toronto, 1989.

⁶⁰ T. ISAAC, *Aboriginal Law*, *op. cit.*, p. 2.

(4) Sin perjuicio de lo dispuesto en otras provisiones de esta Acta, se garantizan los derechos ancestrales y los derechos derivados de tratados mencionados en la subsección (1) a hombres y mujeres en igualdad de condiciones».

Esta disposición se ve complementada por lo establecido en la sección 52(1), según la cual la Constitución es la Norma suprema de Canadá y, en consecuencia, cualquier ley que no guarde consistencia con sus provisiones no tendrá fuerza ni efecto.⁶¹ Esto viene a significar que la sección 35 forma parte integrante de la Norma suprema de Canadá, de manera que esta se halla en un rango superior al de cualquier ley federal o provincial.⁶² En la medida en que la sección 35 integra la Constitución de Canadá, sus provisiones se hallan arraigadas en el texto constitucional e incorporan en él los derechos existentes de los pueblos indígenas.⁶³ A través de la inclusión de esta disposición, además de proteger los derechos aborígenes de cualquier intrusión legislativa injustificada, se ha evidenciado un cambio fundamental en el modo en que Canadá ve a los pueblos indígenas, a sus derechos y a la función que desempeñan en la sociedad canadiense.⁶⁴ Por consiguiente, esta sección supone un hito histórico en la evolución de las relaciones entre la Corona y los pueblos aborígenes de Canadá.⁶⁵

⁶¹ Se rompe, así, con la tradición anterior según la que los derechos ancestrales y los derechos derivados de tratados de los pueblos indígenas podían ser limitados o extinguidos por ley ordinaria (*vid.* P. OCHMAN, «Recent Developments in Canadian Aboriginal Law: Overview of Case Law and of Certain Principles of Aboriginal Law», *International Community Law Review*, vol. 10, 2008, p. 322).

⁶² T. ISAAC, *Aboriginal Law*, *op. cit.*, p. 3. Cabe señalar, a este respecto, que el Gobierno federal sigue teniendo la competencia legislativa exclusiva en relación a los «indios y las tierras reservadas para los indios» en virtud de lo dispuesto en la sección 91(24) de la Ley constitucional de 1867 (*vid.* N. KLEER, *Aboriginal Law Handbook*, *op. cit.*, p. 2), de forma que tanto la sección 91 de la Ley constitucional de 1867 como la sección 35 de la Ley constitucional de 1982 ostentan el mismo rango constitucional y forman parte de la Norma Suprema de Canadá. Por este motivo, ningún acto del Parlamento podrá, en base a la sección 91(24), modificar o infringir los derechos consagrados en la sección 35 (*vid.* M. CROWE, *Section 35 of the Constitution Act, 1982: Its Meaning and Scope*, University of Ottawa, 1990, p. 6).

⁶³ N. LYON, «Constitutional Issues in Native Law», en B.W. MORSE (ed.), *Aboriginal Peoples and the Law...*, *op. cit.*, p. 418.

⁶⁴ T. ISAAC, *Aboriginal Law*, *op. cit.*, p. 4. Así, la Corte Suprema ha afirmado que la «promesa» que contiene la sección 35(1), a parte de simbolizar el reconocimiento de la ocupación ancestral de la tierra por los pueblos aborígenes, también reconoce su contribución en la construcción de Canadá (*vid.* Sentencia de la Corte Suprema de Canadá *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 RCS 217, p. 262, párr. 82).

⁶⁵ T. ISAAC, *Aboriginal Law*, *op. cit.*, p. 5.

Sin perjuicio de que esta sección no está incluida en la Carta Canadiense de Derechos y Libertades⁶⁶ y, por ello, no se beneficia de la garantía prevista en la sección 1⁶⁷ para los derechos y libertades de los ciudadanos, su estatus jurídico puede ser incluso superior al de dichos derechos y libertades, por cuanto la garantía de la Carta se ve sujeta a ciertos límites sobre los que nada mencionan las disposiciones relativas a los derechos de los pueblos aborígenes.⁶⁸ Además, la sección 25 de la Carta específicamente se refiere a los derechos y libertades aborígenes, que no podrán verse afectados por las disposiciones presentes en ella.⁶⁹ Estos derechos aborígenes se ven, asimismo, reforzados por las garantías que la Carta prevé para la libertad religiosa y el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona, de los que puede llegar a inferirse un derecho constitucional a su supervivencia cultural.⁷⁰ Por su parte, el derecho a la libertad de conciencia y de religión aparece reconocido como libertad fundamental en la sección 2(a) de la Carta,⁷¹ ocupando, así, una posición central en el constitucionalismo canadiense.⁷² Si los pueblos indígenas han recurrido a este precepto para la sal-

⁶⁶ La *Canadian Charter of Rights and Freedoms* viene recogida en la Parte I del *Constitution Act, 1982* (secciones 1 a 34).

⁶⁷ Sección 1 del *Constitution Act, 1982*: «The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society».

⁶⁸ N. LYON, «Constitutional Issues in Native Law», *op. cit.*, p. 418. Huelga señalar que todas las personas indígenas, en cuanto ciudadanos canadienses y con independencia de su condición de indígenas, son titulares de todos los derechos individuales consagrados en dicha Carta (*vid.* N. KLEER, *Aboriginal Law Handbook, op. cit.*, p. 5). En cambio, los derechos consagrados en la sección 35 poseen una naturaleza eminentemente comunal. Para una reflexión acerca de las comunidades a que podría resultar de aplicación tal previsión, véase B. OLTUIS, «The Constitution's Peoples: Approaching Community in the Context of Section 35 of the Constitution Act, 1982», *McGill Law Journal*, vol. 54, 2009, pp. 1-43.

⁶⁹ Sección 25 del *Constitution Act, 1982*: «The guarantee in this Charter of certain rights and freedoms shall not be construed so as to abrogate or derogate from any aboriginal, treaty or other rights or freedoms that pertain to the aboriginal peoples of Canada including (a) any rights or freedoms that have been recognized by the Royal Proclamation of October 7, 1763; and (b) any rights or freedoms that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired».

⁷⁰ N. LYON, «Constitutional Issues in Native Law», *op. cit.*, p. 419.

⁷¹ Sección 2 del *Constitution Act, 1982*: «Everyone has the following fundamental freedoms: (a) freedom of conscience and religion; (b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication; (c) freedom of peaceful assembly; and (d) freedom of association».

⁷² B.L. BERGER, «Religious Freedom in Canada: A Crucible for Constitutionalism», *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, vol. 26, núm. 1, 2018, p. 112. No obstante,

vaguada de sus creencias religiosas en conflictos de acaparamientos de tierras es algo que se examinará en detalle en el análisis jurisprudencial que se acomete en la sección cuarta de esta obra.

Para finalizar, cabe indicar que, cuando se promulgó esta Ley constitucional, hubo quien consideró que la provisión de la sección 35 constituía una «caja vacía», por cuanto ni tan siquiera se trató de definir lo que debía entenderse por derechos ancestrales y derechos derivados de tratados.⁷³ Sin embargo, lejos de ser una mera «caja vacía», este precepto ha alterado por completo el régimen legal y constitucional canadiense en lo concerniente a los pueblos aborígenes.⁷⁴ Los conceptos que introduce son variados y, la mayoría de ellos, resultan por completo desconocidos para el derecho español, por lo que se estima conveniente dedicar el siguiente apartado a la exposición de las nociones fundamentales del derecho aborígen canadiense. Con tal fin, se partirá del hecho de que son los tribunales los que han desempeñado una función preponderante en el desarrollo del derecho aborígen y en la delimitación de sus principios fundamentales,⁷⁵ de modo que la explicación que a continuación se inicia combinará lo dispuesto en los instrumentos jurídicos escritos y los principios y términos no escritos que conforman la

no se advierte, en el contexto canadiense, la existencia de una *establishment clause* al estilo de la Primera Enmienda estadounidense, por la cual se prohíbe no solo el establecimiento de una religión oficial del Estado, sino también la preferencia de una confesión sobre otra. Esta falta de normativa expresa al respecto ha generado ciertas dudas en lo referente a la verdadera existencia de una separación Iglesia-Estado en Canadá (*vid.*, en general, R.J. SHARPE y K. ROACH, *The Charter of Rights and Freedoms*, 6.ª ed., Irwin Law Inc., 2017). Pese a ello, los tribunales han venido aplicando una especie de cláusula de establecimiento implícita desde la promulgación de la Ley constitucional en 1982, como puede observarse en *Reed v. Canada* (1989), *MARL v. Manitoba* (1992), *Rosenberg v. Outremont* (2001), *Hall v. Povers* (2002) o *Congregación de Testigos de Jehová v. Lafontaine* (2004) (al respecto, *vid.* N.D. SHRUBSOLE, «Secularization, Dispossession, Forced Privatization: The Conditions of Public Religion and the Protection of First Nations' Sacred Space», *Studies in Religion*, vol. 45, núm. 3, 2016, p. 343; J. PATRICK, «Church, State, and Charter: Canada's Hidden Establishment Clause», *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, vol. 14, núm. 1, 2006, pp. 45-46).

⁷³ T. ISAAC, *Aboriginal Law*, *op. cit.*, p. 2. *Vid.* también A. WALKEM, «Constructing the Constitutional Box: The Supreme Court's Section 35(1) Reasoning», en A. WALKEM y H. BRUCE (eds.), *Box of Treasures or Empty Box? Twenty Years of Section 35*, Theytus Books Ltd., Canadá, 2003, p. 196.

⁷⁴ T. ISAAC, *Aboriginal Law*, *op. cit.*, p. 2.

⁷⁵ P. OCHMAN, «Recent Developments in Canadian...», *op. cit.*, p. 320. Por su parte, acerca de las jurisprudencias holísticas de las naciones originarias que emanan de sus propias leyes, prácticas y costumbres tradicionales, véase, en general, J.Y. HENDERSON, *First Nations Jurisprudence and Aboriginal Rights: Defining the Just Society*, University of Saskatchewan, Saskatoon, 2006.

Constitución de Canadá,⁷⁶ así como la interpretación llevada a cabo en sede judicial al respecto.

1. Los pueblos aborígenes de Canadá

La primera noción fundamental que se debe esclarecer es la del concepto mismo de «pueblos aborígenes de Canadá», por cuanto ellos son los destinatarios de las provisiones que contiene la sección 35. La subsección 35(2) define someramente qué debe entenderse por tal concepto, que incluye a los indios, inuits y métis de Canadá.⁷⁷ De esta mención expresa en el texto constitucional se extraen, al menos, dos conclusiones: por una parte, que no son solo los indios quienes se benefician de la protección consagrada en esta sección sobre sus derechos ancestrales y sus derechos derivados de tratados; y, por otra, que los inuits y los métis son pueblos aborígenes de Canadá dotados de singularidad propia.⁷⁸ La posición de todos ellos en el derecho canadiense es, indudablemente, única.⁷⁹ Por ese motivo, se estudiará, seguidamente, quiénes se considera que componen estos grupos sociales cuyos derechos se hallan protegidos constitucionalmente.

⁷⁶ J. BORROWS, *Freedom and Indigenous Constitutionalism*, University of Toronto Press, Toronto, 2016, p. 105.

⁷⁷ A nivel nacional, las naciones originarias (*First Nations*) se encuentran representadas por la Asamblea de Naciones Originarias; los métis, por el Consejo Nacional Métis; y los inuits por el Inuit Tapiriit Kanatami. Además, la Asamblea de Pueblos Indígenas de Canadá representa a multitud de pueblos indígenas incluyendo a indios no registrados y personas de ascendencia mixta (vid. T. ISAAC, *Aboriginal Law*, op. cit., p. 205). En general, véase C. VOWEL, *Indigenous Writes: A Guide to First Nations, Métis & Inuit Issues in Canada*, Highwater Press, Winnipeg, 2016; J.S. FRIDERES y R.R. GADACZ, *Aboriginal Peoples in Canada*, Pearson Prentice Hall, Toronto, 2008; J. ROBERTS, *First Nations, Inuit, and Métis Peoples: Exploring their Past, Present and Future*, Edmonton Montgomery Publications Limited, Canada, 2006. Además, cabe destacar la reciente sentencia del Tribunal de Apelación de Columbia Británica en el caso *Desautel* que, corroborando las decisiones de los tribunales inferiores, ha confirmado que la definición de «pueblos aborígenes de Canadá» puede incluir a pueblos desplazados de sus territorios ancestrales tras la aparición de las fronteras nacionales (Sentencia del Tribunal de Apelación de Columbia Británica *R. v. Desautel*, [2019] BCCA 151). Al respecto, véase K. GUNN, «Decolonizing the International Border: Case Comment on *Desautel*» (7 de mayo de 2019), <https://www.firstpeopleslaw.com/index/articles/386.php>.

⁷⁸ J.J. BORROWS y L.I. ROTMAN, *Aboriginal Legal Issues...*, op. cit., 2018, p. 577.

⁷⁹ B.W. MORSE, «Introduction», en B.W. MORSE (ed.), *Aboriginal Peoples and the Law...*, op. cit., p. xxi.

1.1. *Indios*

Debido a la multiplicidad de culturas aborígenes dotadas de características distintivas que continúan conviviendo en Canadá, existe una cierta confusión a la hora de referirse a una persona de ascendencia aborígen o a una nación originaria (o banda o tribu india), por lo que se dice que los términos empleados para describir a los pueblos aborígenes de Canadá son muy variados.⁸⁰ Sin embargo, cabe afirmar con rotundidad que la situación concreta de los indios (*Indians*) de Canadá es particularmente distinta a la del resto de pueblos aborígenes, pues fueron los primeros, y aún hoy en día siguen siendo los únicos, sobre los que se tramitaron leyes específicas que abordaban en exclusiva asuntos que los incumbían. Así, con el objetivo de unificar la vasta amalgama de leyes y ordenanzas existentes relacionadas con «asuntos indios» (*Indian Affairs*), se promulgó en 1876 el *Indian Act*,⁸¹ que desde entonces rige todos y cada uno de los aspectos de las vidas de las naciones originarias de Canadá.⁸² Esta Acta resulta de aplicación a todos los indios registrados,⁸³ a todas las bandas

⁸⁰ T. ISAAC, *Aboriginal Law, op. cit.*, p. 203. Tan solo dentro del grupo conocido como «indios», hay más de 600 naciones originarias o bandas indias (*ibid.*). Por ello, el autor estima que la denominación de «aborígen» no refleja las «vastas diferencias culturales que existen no solo entre los métis, los inuits y los indios, sino también entre los grupos y tribus dentro de aquellos» (*ibid.*, p. 204). *Vid.* también T. ISAAC, «The Power of Constitutional Language: The Case against Using Aboriginal Peoples as a Referent for First Nations», *Queen's Law Journal*, vol. 19, 1993, pp. 415-442.

⁸¹ En la actualidad, esta Ley sigue vigente aunque como resultado de sucesivas reformas. Entre ellas, destacan las realizadas en 1951 y 1985, que suprimieron ciertas secciones consideradas discriminatorias y represivas de derechos. Para un resumen conciso de su origen y evolución, véase W.B. HENDERSON y Z. PARROTT, «Indian Act» (de 23 de octubre de 2018), <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/indian-act>.

⁸² M. MORDEN, «Theorizing the Resilience of the Indian Act», *Canadian Public Administration*, vol. 59, núm. 1, 2016, p. 115. Por su parte, BORROWS se muestra muy crítico con el Acta, pues considera que su existencia fluye de la idea de que las personas indígenas son inferiores y deben ser asimiladas en la sociedad, constituyendo, por ello, un intento de romper las relaciones sociopolíticas de las naciones originarias para absorberlas en la ciudadanía canadiense (*vid.* J. BORROWS, «Unextinguished: Rights and the Indian Act», *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 67, 2016, p. 4).

⁸³ A los efectos de lo dispuesto en esta Acta, la sección 2(1) define a un indio como una persona que está registrada como indio en el Registro creado para ello, o que está legitimada para hacerlo. Esta definición legal de quién puede considerarse indio resulta de gran relevancia puesto que, con carácter tradicional, solo los indios registrados podían vivir en las reservas indias y disfrutar de los privilegios previstos en el *Indian Act*. Sobre el acceso al Registro y su funcionamiento, *vid.* L. GILBERT, *Entitlement to Indian Status and Membership Codes in Canada*, Carswell, Toronto, 1996.

indias⁸⁴ y naciones originarias⁸⁵ a lo largo y ancho de Canadá, con muy pocas excepciones.⁸⁶

De entre las numerosas reformas a las que esta Ley se ha visto sometida, destaca, con carácter primordial, la adoptada en el año 1985, que modernizó algunas de las provisiones sobre el registro y la pertenencia al grupo.⁸⁷ Uno de los objetivos que perseguía el Proyecto de Ley C-31 era eliminar la tradicional discriminación que cernía sobre las mujeres indígenas por razón de su sexo.⁸⁸ No obstante, esto tan solo logró cumplirse parcialmente, tal y como se han encargado de señalar diversos organismos nacionales e internacionales.⁸⁹ Otra de las reformas

⁸⁴ Igualmente, de conformidad con la sección 2(1), una banda es un conjunto de indios (*body of indians*): «a) for whose use and benefit in common, lands, the legal title to which is vested in Her Majesty, have been set apart before, on or after September 4, 1951, (b) for whose use and benefit in common, moneys are held by Her Majesty, or (c) declared by the Governor in Council to be a band for the purposes of this Act».

⁸⁵ Este término proviene del inglés *First Nations* y es el que suele emplearse para referirse a los pueblos indios de Canadá.

⁸⁶ T. ISAAC, *Aboriginal Law, op. cit.*, p. 203. Así, con frecuencia, no resulta de aplicación a aquellas bandas que han firmado tratados modernos o a algunas que han firmado acuerdos alternativos de gobierno, sin perjuicio de que las disposiciones sobre el registro siguen siendo vinculantes para todas ellas (*ibid.*, nota 12).

⁸⁷ *Ibid.*, p. 205.

⁸⁸ Con anterioridad a esta reforma, entre otras disposiciones discriminatorias, resalta que, mientras las mujeres perdían su estatus de indias al casarse con hombres no indios, los hombres indios que se casaban con mujeres no indias no solo retenían su estatus, sino que además se lo pasaban a sus mujeres (*vid.* T. ISAAC, *Aboriginal Law, op. cit.*, p. 205). Al respecto, *vid.* C. SIMON y J. CLARK, «Exploring Inequities Under the Indian Act», *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 64, 2013, pp. 103-122; G. BRODSKY, «Indian Act Sex Discrimination: Enough Inquiry Already, Just Fix It», *Canadian Journal of Women and the Law*, vol. 28, pp. 314-320.

⁸⁹ Así lo ha indicado, entre otros, la Comisión Real sobre Pueblos Indígenas, a través de su Informe de 1996, *op. cit.*; el Comité de Derechos Humanos de la ONU (C/CAN/CO/5, de 2006); el Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (E/C.12/CAN/CO/5, de 2006); y el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (C/CAN/CO/7, de 2008); que se muestran muy críticos con la pervivencia de la discriminación entre sexos en esta Acta. Además, en el año 2019 se publicó el Informe final de la Investigación Nacional sobre Mujeres y Niñas Indígenas Desaparecidas y Asesinadas (*National Inquiry into Missing and Murdered Indigenous Women and Girls*), que concluye que, en efecto, se ha perpetrado un genocidio de mujeres y niñas indígenas en Canadá a lo largo de los años y establece toda una serie de llamamientos a la justicia (*calls for justice*) destinados a los diversos sectores de la ciudadanía canadiense. Para más información, visite la página oficial de la Investigación: <https://www.mmiwg-ffada.ca>. Asimismo, *vid.* B. GELINAS-FAUCHER, «Is Canada Internationally Responsible for Genocide?» (12 de junio de 2019), <https://www.ejiltalk.org/is-canada-internationally-responsible-for-genocide/>; Global News, «This is genocide: Final MMIWG report says all Canadians have role in ending violence» (3 de junio de 2019), <https://globalnews.ca/news/5345518/mmiwg-report-final-findings-genocide/>. Por si lo anterior fuera poco, también ha salido

que cabe resaltarse es la que establece una distinción entre el estatus de indio y la pertenencia a una banda, pues, a partir de 1985, una persona que no ostenta estatus de indio puede, aun así, pertenecer a una banda india y, en consecuencia, votar en las elecciones del consejo de la banda y residir en su reserva.⁹⁰

Si bien no hay duda de que los indios han habitado lo que hoy en día se conoce como Canadá desde el inicio de los tiempos y, por ello, forman parte de los denominados pueblos aborígenes del continente americano,⁹¹ no son solo ellos quienes componen este grupo humano, sino que también los inuits y los métis han sido expresamente mencionados por la Ley constitucional como tales. Por consiguiente, se requiere, asimismo, ahondar en sus particularidades y en el estatus que poseen dentro del sistema canadiense.

1.2. *Inuits*

Los inuits son el segundo grupo que la Ley constitucional de 1982 nombra como pueblos aborígenes de Canadá. Con carácter tradicional, habitan las áreas septentrionales del país,⁹² pese a que no hay ningún tipo de registro similar al de los indios para saber con certeza quiénes ostentan tal condición.⁹³ Esta ubicación característica retrasó la interacción entre los inuits y las autoridades gubernamentales canadienses hasta bien entrado el siglo xx. Cuando esto ocurrió, los resultados no siempre fueron positivos y, así, junto a las enfermedades que el contacto con la población general trajo consigo, el Gobierno ejecutó una

a la luz que numerosas mujeres indígenas han sido víctimas de esterilizaciones forzadas hasta tiempos tan recientes como 2018 (A. ZINGEL, «Indigenous Women Come Forward with Accounts of Forced Sterilization, Says Lawyer» [18 de abril de 2019], <https://www.cbc.ca/news/canada/north/forced-sterilization-lawsuit-could-expand-1.5102981>; A. KASSAM, «Canada Indigenous Women Were Coerced into Sterilisations, Lawsuit Says» [27 de octubre de 2017], <https://www.theguardian.com/world/2017/oct/27/canada-indigenous-women-sterilisation-lawsuit>).

⁹⁰ S. GRAMMOND, *Terms of Coexistence: Indigenous Peoples and Canadian Law*, Carswell, Toronto, 2013, p. 465. *Vid.* pp. 464 y ss. de la citada obra para un resumen de la normativa vigente.

⁹¹ B.H. WILDSMITH, «Pre-Confederation Treaties», en B.W. MORSE (ed.), *Aboriginal Peoples and the Law...*, *op. cit.*, p. 152.

⁹² Con carácter primordial, residen en Nunavut, los Territorios del Noroeste, Labrado del Norte y Quebec del Norte (*vid.* T. ISAAC, *Aboriginal Law*, *op. cit.*, p. 206).

⁹³ N. KLEER, *Aboriginal Law Handbook*, *op. cit.*, p. 7; T. ISAAC, *Aboriginal Law*, *op. cit.*, p. 206.

serie de reubicaciones de estos pueblos, que se vieron forzados a abandonar sus territorios tradicionales.⁹⁴

El mayor foco de preocupación en torno a los inuits ha sido el de su consideración como indios a los efectos de lo dispuesto en la sección 91(24) de la Ley constitucional de 1867, que, como ya se ha expuesto, reserva al Parlamento de Canadá la autoridad legislativa exclusiva sobre «los indios y las tierras reservadas para los indios».⁹⁵ La Corte Suprema se encargó de precisar esta cuestión en la conocida sentencia *Re Eskimos*,⁹⁶ en la que declaró que, ciertamente, los inuits debían considerarse «indios» a los efectos de la sección 91(24) citada.⁹⁷ Sin embargo, no puede predicarse lo mismo con respecto al *Indian Act*, de cuyo ámbito de aplicación se encuentran expresamente excluidos.⁹⁸ Como consecuencia de dicha exclusión, los inuits no cuentan con los beneficios previstos para los indios en esta Acta, pero tampoco cargan con las responsabilidades que esta dispone.⁹⁹ Además, cabe señalar que, sin perjuicio de que los inuits no concertaron tratados históricos con la Corona canadiense, sí que han podido emprender la negociación de los modernos acuerdos de reclamación de tierras con las autoridades estatales. Así, en 1975, firmaron el Acuerdo de James Bay y Quebec del Norte¹⁰⁰ y a él le han seguido muchos otros.¹⁰¹

⁹⁴ Al respecto, *vid.* J.J. BORROWS y L.I. ROTMAN, *Aboriginal Legal Issues...*, *op. cit.*, 2018, p. 589 y 590; N. KLEER, *Aboriginal Law Handbook*, *op. cit.*, p. 138. También, P. CUMMING, «Canada's North and Native Rights», en B.W. MORSE (ed.), *Aboriginal Peoples and the Law...*, *op. cit.*, pp. 695-744. El Gobierno de Canadá, a través de su Ministra de Relaciones entre los Pueblos Indígenas y la Corona, ha pedido disculpas por estas reubicaciones forzadas, lo que se ha visto acompañado por una dotación de veinte millones de dólares para financiar actividades culturales (*vid.* S. FRIZZELL, «Federal Government Apologizes to Baffin Inuit for Sled Dog Killings, Forced Relocations» [14 de agosto de 2019], <https://www.cbc.ca/news/canada/north/apology-qikiqtani-truth-commission-1.5245173>).

⁹⁵ J.J. BORROWS y L.I. ROTMAN, *Aboriginal Legal Issues...*, *op. cit.*, 2018, p. 583; N. LYON, «Constitutional Issues in Native Law», *op. cit.*, p. 429; T. ISAAC, *Aboriginal Law*, *op. cit.*, p. 206.

⁹⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Canadá *Re Eskimos*, [1939] SCR 104.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 117.

⁹⁸ Ello ilustra la sección 4(1) del Acta vigente, que dispone que: «Las referencias en esta Acta a los indios no incluyen a ninguna persona de la raza de aborígenes comúnmente conocidos como inuits».

⁹⁹ J.J. BORROWS y L.I. ROTMAN, *Aboriginal Legal Issues...*, *op. cit.*, 2018, p. 589.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 602. Como ya se ha indicado anteriormente, este Acuerdo representa el primer tratado moderno firmado tras la Sentencia recaída en el caso *Calder*.

¹⁰¹ A este Acuerdo le siguieron, entre otros: el Acuerdo Final Inuvialuit (1984), por el que se creó la región de Inuvialuit; el Acuerdo de Reclamación de Tierras de Nunavut (1993), por el que se creó Nunavut; el Acuerdo de Reclamación de Tierras de los Inuits de Labrador (2003), por el que se creó Nunatsiavut; y el Acuerdo de Reclamación de Tierras de los Inuits de Nunavik (2005). Este último Acuerdo mencionado, junto con el de

1.3. Métis

Los métis son, junto con los indios y los inuits, el tercer pueblo que la Constitución considera aborigen de Canadá. La inclusión de los métis en la Ley constitucional supuso su reconocimiento formal como pueblo indígena de Canadá, lo que hasta ese momento les había resultado inmensamente difícil.¹⁰² El término métis, por lo general, ha aludido históricamente a aquellas personas que poseen una ascendencia mixta de madre india o inuit y padre europeo, con frecuencia de nacionalidad francesa.¹⁰³ Si bien los hijos nacidos a partir de estas uniones entre indígenas y comerciantes europeos solían ser criados en las tradiciones de sus madres, gradualmente empezaron a emerger unas culturas propiamente métis con características distintivas que combinaban sus legados europeos e indios y que, por tanto, se alejaban de los cánones establecidos en exclusiva por cada uno de estos grupos de la sociedad.¹⁰⁴ Por ello, se considera que los métis han desempeñado un papel decisivo en la interacción entre los europeos y los pueblos indígenas y, en consecuencia, en la fundación de Canadá como nación.¹⁰⁵

El origen único de estos pueblos hizo necesario que la Corte Suprema de Canadá se pronunciara acerca de la definición precisa que debe extraerse de la sección 35(2) del mencionado texto,¹⁰⁶ lo que se materializó en la decisión *Powley*.¹⁰⁷ En esta sentencia, la Corte Suprema confirmó, por unanimidad, los derechos de las comunidades mé-

James Bay, posibilitaron la creación de Nunavik (al respecto, *vid.* <https://buyandsell.gc.ca/policy-and-guidelines/supply-manual/section/9/35-section-9.35.5>). Una breve descripción de cada Acuerdo puede encontrarse en J.J. BORROWS y L.I. ROTMAN, *Aboriginal Legal Issues...*, *op. cit.*, 2018, pp. 597 y ss.; T. ISAAC, *Aboriginal Law*, *op. cit.*, pp. 182 y ss.

¹⁰² T. ISAAC, *Aboriginal Law*, *op. cit.*, p. 421.

¹⁰³ En cambio, si la nacionalidad del padre era inglesa en lugar de francesa, se les solía llamar mestizos (*halfbreed*) (*vid.* B.W. MORSE, «Aboriginal Peoples and the Law», en B.W. MORSE (ed.), *Aboriginal Peoples and the Law...*, *op. cit.*, p. 4).

¹⁰⁴ Informe de la Comisión Real sobre Pueblos Aborígenes, *Perspectives and Realities*, vol. 4, 1996, p. 186. Al respecto, Gunn señala que, a pesar de que tradicionalmente las autoridades canadienses han tratado de clasificar a las personas indígenas bien como indios o bien como métis de modo dicotómico en cuanto grupos opuestos, debería optarse por definir a los métis por lo que son (métis) y no por lo que no son (indios). Ello obedece a que definir a los métis por oposición a los indios causa una relación de dependencia entre ambos grupos, lo que en última instancia perjudica al reconocimiento mismo de los métis en cuanto pueblo diferenciado (*vid.* B.L. GUNN, «Defining Métis People as a Peoples: Moving Beyond the Indian/Métis Dichotomy», *Dalhousie Law Journal*, vol. 38, 2015, pp. 413-446).

¹⁰⁵ N. KLEER, *Aboriginal Law Handbook*, *op. cit.*, p. 127.

¹⁰⁶ J.J. BORROWS y L.I. ROTMAN, *Aboriginal Legal Issues...*, *op. cit.*, 2018, p. 634.

¹⁰⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Canadá *R. v. Powley* [2003], 2 SCR 207.

tis en cuanto poseedoras de un estatus propio y distintivo merecedor de la protección que la sección 35 confiere,¹⁰⁸ por lo que representa una de las decisiones más importantes en lo que a los métis concierne.¹⁰⁹ A partir de esta decisión, para que una comunidad métis pueda reclamar legítimamente el ejercicio de sus derechos ancestrales deben concurrir una serie de factores específicos,¹¹⁰ que no se corresponden exactamente con los previstos para el resto de pueblos indígenas.¹¹¹ En especial, la continuidad en sus prácticas y costumbres tradicionales, desde tiempos previos a la imposición del control efectivo por los europeos hasta la actualidad, se presenta como un aspecto esencial para probar tales derechos, por cuanto el requisito general de preexistencia al contacto europeo no resulta de aplicación al particular caso de los métis canadienses.¹¹²

Además, en esa misma decisión, la Corte también enfatizó que no cualquier persona de ascendencia mixta debe ser considerada métis, sino que este término más bien engloba a pueblos diferenciados que, además de poseer dicha ascendencia mixta, han desarrollado sus propias costumbres y modos de vida, y que comparten una identidad grupal separada de la de sus antepasados indios o inuits y europeos.¹¹³ Para finalizar, por lo que respecta a la aplicabilidad de la sección 91(24)

¹⁰⁸ *Ibid.*, párr. 38.

¹⁰⁹ P.L. CHARTRAND, «The Definition of Metis Peoples in Section 35(2) of the Constitution Act, 1982», *Saskatchewan Law Review*, vol. 67, 2004, p. 209. *Vid.*, también, P.L. CHARTRAND, «Defining the Métis of Canada: A Principled Approach to Crown-Aboriginal Relations», en F. WILSON y M. MALLET (eds.), *Métis-Crown Relations: Rights, Identity, Jurisdiction, and Governance*, Irwin Law, Toronto, 2008, pp. 27-70.

¹¹⁰ Los tres factores que deben probar las personas métis para poder reclamar sus derechos al amparo de la sección 35 son: 1) la autoidentificación como miembro de una comunidad métis; 2) la prueba de su conexión ancestral con una comunidad métis histórica; y 3) la aceptación por una comunidad métis actual (Sentencia *R. v. Powley*, párr. 31-33). Al respecto, véase M. STEVENSON, «Section 35 and Métis Aboriginal Rights: Promises Must Be Kept», en A. WALKEM y H. BRUCE (eds.), *Box of Treasures...*, *op. cit.*, pp. 63-98.

¹¹¹ Sentencia de la Corte Suprema de Canadá *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 RCS 507. Esta es la decisión más importante que establece el test que debe satisfacer cualquier comunidad aborígena para probar la existencia de sus derechos ancestrales. En base a ella, el pueblo en cuestión debe demostrar que una actividad, costumbre o tradición era integral para la cultura distintiva de la comunidad indígena con anterioridad a la llegada de los europeos. La superación de este test resultaba particularmente complicada para los métis, cuyo origen, por definición, no puede concebirse sino hasta los primeros contactos con los europeos. Por este motivo, la Corte Suprema modificó el test *Van der Peet* para dar cabida a las circunstancias singulares de los métis (*vid.* P.L. CHARTRAND, «The Definition of Metis Peoples...», *op. cit.*, p. 210).

¹¹² P.L. CHARTRAND, «The Definition of Metis Peoples...», *op. cit.*, p. 210.

¹¹³ Sentencia *R. v. Powley*, párr. 10.

de la Ley constitucional de 1867, la Corte ha declarado que los mé-
tis también deben incluirse dentro del significado del término «indios»
empleado en aquella.¹¹⁴

2. Sus derechos constitucionales

La sección 35(1) de la Constitución reconoce y afirma «los derechos
existentes —ancestrales o derivados de tratados— de los pueblos abo-
rígenes de Canadá». Una vez concretados los sujetos destinatarios de
tal provisión, resta ahora por precisar cuáles son estos derechos consti-
tucionales que ostentan los pueblos aborígenes canadienses, lo que se
abordará en los siguientes subapartados.

2.1. *Los derechos ancestrales*

Para emprender esta descripción, resulta imprescindible examinar la
jurisprudencia de la Corte Suprema de Canadá. Y es que este órgano ha
sido el encargado de puntualizar el significado y la importancia del re-
conocimiento y afirmación de los derechos de estos pueblos en la Ley
constitucional.¹¹⁵ De dicha jurisprudencia se extrae que los derechos an-
cestrales de los pueblos indígenas (*Aboriginal rights*) son aquellos rela-
cionados con actividades propias de una práctica, costumbre o tradición
considerada integral para la cultura distintiva del grupo indígena que re-
clama sus derechos.¹¹⁶ Al consagrar específicamente los derechos «exis-
tentes», ello implica que estos no pueden haber sido extinguidos con
anterioridad a la entrada en vigor de la Ley constitucional, el 17 de abril
de 1982.¹¹⁷ No obstante, debe seguirse una interpretación flexible que

¹¹⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Canadá *Daniels v. Canada*, [2016] 1 SCR 99, párr. 57. De interés, *vid.* B. McIVOR, «What Does the Daniels Decision Mean?» (20 de abril de 2016), <https://www.firstpeopleslaw.com/index/articles/248.php>.

¹¹⁵ T. ISAAC, *Aboriginal Law*, *op. cit.*, p. 10; A. WALKEM, «Constructing the Constitutional Box...», *op. cit.*, p. 197. *Vid.* también M. APARICIO WILHELMI, «Breve aproximación al reconocimiento constitucional de los pueblos autóctonos en Canadá», en J.D. OLIVA MARTÍNEZ y F.M. MARIÑOS MENÉNDEZ (coords.), *Avances en la protección de los derechos de los pueblos indígenas*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 177-194.

¹¹⁶ Sentencia *R. v. Van der Peet*, párr. 46. La Corte ha enfatizado en numerosas ocasiones la naturaleza colectiva de tales derechos (*vid. Sparrow v. R.*, p. 1112; *R. v. Van der Peet*, p. 647; *R. v. Marshall*, p. 546; *R. v. Powley*, p. 221; entre muchas otras).

¹¹⁷ Sentencia de la Corte Suprema de Canadá *Sparrow v. R.*, [1990] 1 RCS 1075, p. 1092. Sobre el origen histórico del concepto de derechos ancestrales tal y como se conocen hoy, cabe indicar que se remonta a 1960, cuando los pueblos indígenas empe-

permita su evolución en el tiempo,¹¹⁸ pues se entiende que el uso del término «existentes» hace referencia a la afirmación de estos derechos en su forma contemporánea, dejando atrás su simplicidad primitiva.¹¹⁹

Es necesario esclarecer que la Constitución no crea los derechos ancestrales de los pueblos indígenas, sino que tan solo proporciona el marco constitucional necesario para permitir que el derecho canadiense los regule.¹²⁰ Ello se debe a que los derechos protegidos por la Constitución son derechos inherentes de los pueblos aborígenes de Canadá previos a cualquier toma de contacto con los europeos, con la única condición de que no hayan sido legalmente extinguidos.¹²¹ Estos derechos derivan directamente de los sistemas legales indígenas y de sus prácticas, costumbres y tradiciones, por lo que su naturaleza es radicalmente distinta a la de otros derechos que existen en la sociedad canadiense, todo lo cual demuestra el intenso pluralismo legal que convierte a Canadá en un país con múltiples sistemas legales.¹²² Por todo ello, no puede considerarse la sección 35 de la Constitución como el origen o la base legal de los derechos ancestrales, pues estos ya eran admitidos en su plenitud en el derecho anglosajón con anterioridad a la promulgación de la Constitución y, por tanto, su existencia ya se había reconocido con anterioridad a 1982.¹²³

La reclamación de estos derechos por los pueblos indígenas afectados debe seguir, según ISAAC, un marco analítico elemental en torno a

zaron a reclamar sus derechos judicialmente (*vid. S. GRAMMOND, Terms of Coexistence: Indigenous Peoples...*, *op. cit.*, p. 203).

¹¹⁸ Sentencia *Sparrow v. R.*, p. 1093.

¹¹⁹ B. SLATTERY, «Understanding Aboriginal Rights», *Canadian Bar Review*, vol. 66, 1987, p. 782, citado en la Sentencia *Sparrow v. R.*, p. 1093.

¹²⁰ Ello afirma MANUEL, líder indígena político de las naciones originarias de Canadá, en: A. MANUEL, «Aboriginal Rights on the Ground: Making Section 35 Meaningful», en A. WALKEM y H. BRUCE (eds.), *Box of Treasures...*, *op. cit.*, p. 317.

¹²¹ M. CROWE, *Section 35 of the Constitution Act...*, *op. cit.*, p. 7.

¹²² J.J. BORROWS y L.I. ROTMAN, *Aboriginal Legal Issues...*, *op. cit.*, 2018, p. 93. Para corroborar la afirmación de que Canadá constituye «a multi-juridical country», los autores mencionan la interacción entre el derecho anglosajón, el derecho civil y los sistemas legales indígenas (*ibid.*).

¹²³ R. MAINVILLE, *An Overview of Aboriginal...*, *op. cit.*, p. 25. Así lo señala, también, la Corte Suprema de Canadá en la decisión *Van der Peet*, en la que vinculó directamente el reconocimiento constitucional de estos derechos al simple hecho de que, cuando los europeos llegaron a Norteamérica, los pueblos indígenas ya estaban allí, viviendo en comunidades en sus tierras tradicionales en base a sus propias culturas distintivas (Sentencia *R. v. Van der Peet*, párr. 30). Un profundo análisis sobre las bases legales de los derechos ancestrales de los pueblos indígenas puede encontrarse en: M. ASCH, *On Being Here to Stay: Treaties and Aboriginal Rights in Canada*, University of Toronto Press, Toronto, 2014.

tres cuestiones.¹²⁴ La primera de ellas es, precisamente, si existe tal derecho, para lo que se deberá seguir el test *Van der Peet*, en base al cual el pueblo en cuestión debe demostrar que una actividad, costumbre o tradición era integral para la cultura distintiva de la comunidad indígena con anterioridad a la llegada de los europeos.¹²⁵ En segundo lugar, se debe comprobar que este derecho no ha sido extinguido por la Corona, sobre la que recae la carga de la «estricta prueba» de la extinción unilateral.¹²⁶ Por último, debe evaluarse si se ha infringido tal derecho por la Corona y, en su caso, si la infracción resulta justificada.¹²⁷ En la práctica, esta última suele ser la vía a la que recurren las autoridades canadienses para pasar por alto los derechos constitucionalmente reconocidos a los pueblos indígenas, de manera que, al alegar finalidades de interés público, logran infringir justificadamente tales derechos.¹²⁸

¹²⁴ T. ISAAC, *Aboriginal Law*, op. cit., pp. 14 y ss.

¹²⁵ Sentencia *R. v. Van der Peet*, párr. 44 y ss. *Vid.*, también, la nota 111 del presente trabajo.

¹²⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Canadá *Badger v. R.*, [1996] 1 RCS 771, párr. 41. Tan solo el Parlamento tenía competencia para extinguir unilateralmente derechos aborígenes y, en la práctica, se han reconocido muy pocas leyes que extingan unilateralmente tales derechos. Por ese motivo, la incidencia de esta institución ha sido mínima (*vid.* T. ISAAC, *Aboriginal Law*, op. cit., p. 25) y puede afirmarse que prácticamente todos los derechos indígenas que existieron en el pasado siguen existiendo hoy en día y encuentran su protección constitucional en la sección 35 (*M. CROWE, Section 35 of the Constitution Act...*, op. cit., p. 18).

¹²⁷ Dado que los derechos de los pueblos indígenas no son absolutos, las autoridades siguen teniendo la potestad para limitarlos, siempre que ello pueda justificarse en base al test *Sparrow*. Si se constata que la ley que se impugna interfiere de modo significativo en el ejercicio de un derecho ancestral o derivado de tratado de un pueblo indígena, constituyendo, a priori, una infracción de la sección 35(1), a continuación deberá verificarse si la Corona perseguía un objetivo legislativo válido (por ejemplo, el interés público) y si ha actuado conforme al honor de la Corona (*vid.*, en general, T. ISAAC, *Aboriginal Law*, op. cit., pp. 26 y ss.). En este sentido, el principio del honor de la Corona ha adquirido, con el paso del tiempo, cada vez mayor importancia en el respeto de los derechos de los pueblos indígenas, de manera que, ante cualquier operación que pueda incidir sobre tales derechos, la Corona, en base a este principio, los deberá tratar con honorabilidad y deberá llevar a cabo negociaciones y consultas con los pueblos indígenas afectados. Sobre este principio, véase J.D. DICKSON, *The Honour and Dishonour of the Crown: Making Sense of Aboriginal Law in Canada*, Purich Publishing Ltd., Saskatoon, 2015; B. SLATTERY, «Aboriginal Rights and the Honour of the Crown», *The Supreme Court Law Review*, vol. 29, 2005, pp. 433-445. Por lo que respecta a la carga de la prueba, el pueblo indígena que alega la violación de sus derechos es el encargado de demostrarla, mientras que, por su parte, la Corona deberá probar que tal infracción resulta justificada (al respecto, *vid.* Sentencia *Sparrow v. R.*, pp. 1112-1120).

¹²⁸ Al respecto, *vid.* J.J. BORROWS y L.I. ROTMAN, *Aboriginal Legal Issues...*, op. cit., 2018, p. 94. Estos autores consideran que la consagración de los derechos de los pue-

En cuanto al contenido concreto de estos derechos, la Corte ha diferenciado entre los derechos ancestrales relacionados con actividades y el título aborígen a la tierra. Si bien los derechos ancestrales relacionados con actividades amparan determinadas prácticas, tales como la caza o la pesca, que no tienen por qué hallarse directamente vinculadas a las tierras tradicionales de la comunidad, el título aborígen se caracteriza por constituir un derecho exclusivo a usar una tierra determinada.¹²⁹ Por lo tanto, el título aborígen representa el derecho ancestral a la tierra de los pueblos indígenas en el sistema canadiense. Este derecho se presenta como una subespecie de los derechos ancestrales reconocidos y afirmados constitucionalmente en la sección 35(1) y constituye «la forma más elevada de derecho ancestral».¹³⁰ Por su notoria importancia, se abordará separadamente en el siguiente subapartado.

2.2. *El título aborígen como derecho ancestral por excelencia*

Como se irá observando a lo largo de este trabajo, la tierra es el elemento central de las cosmovisiones de las comunidades indígenas, las cuales estructuran su espiritualidad en torno al carácter sagrado de aquella. En consecuencia, la gran mayoría de sus derechos ancestrales y de los que derivan de los tratados se hallan estrechamente vinculados con su especial conexión con la tierra.¹³¹ Tal es la relevancia de la tierra para estos pueblos que el derecho aborígen canadiense articula una institución específicamente destinada a salvaguardar el derecho de los pueblos indígenas sobre aquella: el título aborígen (*Aboriginal title*). No obstante, como consecuencia de las concepciones tan distintas sobre la tierra que poseen los pueblos indígenas y el resto de la sociedad,¹³² los tribunales han encontrado cierta dificultad al tratar de conciliar los de-

los indígenas en el texto constitucional tiene tanto efectos positivos como negativos. Como efecto positivo, se señala que la sección 35 impide a Canadá poder extinguir tales derechos unilateralmente. Por contra, la Corona ha adquirido, en base a la interpretación de este precepto, un poder bastante amplio para infringirlos siempre que concorra una justificación legítima (*ibid.*, p. 99).

¹²⁹ S. GRAMMOND, *Terms of Coexistence: Indigenous Peoples...*, *op. cit.*, p. 226.

¹³⁰ T. ISAAC, *Aboriginal Law*, *op. cit.*, p. 65.

¹³¹ J.J. BORROWS y L.I. ROTMAN, *Aboriginal Legal Issues...*, *op. cit.*, 2018, p. 183. Los autores señalan que, cuando los indígenas empezaron a compartir sus tierras con los recién llegados, jamás habrían imaginado que, lo que ellos concebían como compartir, los segundos lo entenderían como un acto de rendición (*ibid.*).

¹³² Sobre este extremo se incidirá, concisamente, en la sección siguiente.

rechos territoriales de estos pueblos y los deseos de los poderes federales y provinciales de poseer y explotar sus tierras.¹³³

En el tratamiento de los derechos ancestrales de los pueblos indígenas canadienses y de su título aborígen, resulta imprescindible remitirse, en primer lugar, a tres tempranas sentencias del Juez Marshall, del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, que en gran medida contribuyeron al surgimiento y delimitación de tales derechos en el sistema canadiense¹³⁴: *Johnson v. McIntosh*,¹³⁵ *Cherokee v. Georgia*¹³⁶ y *Worcester v. Georgia*.¹³⁷ En la primera de ellas, el Juez Marshall desarrolló una doctrina del descubrimiento para poder consolidar la adquisición de tierras indígenas por los colonizadores. En su virtud, el derecho ancestral de los pueblos originarios a la ocupación de su territorio permanecía intacto ante el alegado descubrimiento de Norteamérica.¹³⁸ Sin embargo, las transacciones sobre la tierra tan solo podían realizarse con la nación europea que los descubrió, la cual ostentaba el derecho exclusivo a adquirir su título sobre ella.¹³⁹ Las otras dos decisiones del Juez Marshall abordaron los derechos ancestrales a la tierra en relación con el de autogobierno de las naciones originarias. Así, en el caso *Cherokee*, el Juez sostuvo que esta nación no ostentaba el estatus de Estado soberano extranjero,¹⁴⁰ por cuanto las naciones originarias se caracterizaban por ser «naciones domésticas dependientes».¹⁴¹ Por último, en la decisión *Worcester*, el Juez Marshall amplió sus reflexiones en el primero de los casos mencionados¹⁴² y determinó que, pese a encontrarse bajo la protección de la Corona, las naciones indias en cuestión eran independientes y poseían derechos sobre la tierra y sus propios sistemas políticos y jurídicos.¹⁴³

¹³³ N. KLEER, *Aboriginal Law Handbook*, *op. cit.*, p. 99.

¹³⁴ T. ISAAC, *Aboriginal Law*, *op. cit.*, p. 67. Tal es su relevancia que han pasado a la historia como las «decisiones Marshall».

¹³⁵ *Johnson & Graham's Lessee v. McIntosh*, 21 US (8 Wheat.) 543 (1823).

¹³⁶ *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 US (5 Pet.) 1 (1831).

¹³⁷ *Worcester v. Georgia*, 31 US (6 Pet.) 515 (1832).

¹³⁸ T. ISAAC, *Aboriginal Law*, *op. cit.*, p. 68.

¹³⁹ R. MAINVILLE, *An Overview of Aboriginal...*, *op. cit.*, p. 11. Este caso ha sido acuñado como el *locus classicus* de los principios que regulan el título aborígen (vid. D.W. ELLIOTT, «Aboriginal Title», *op. cit.*, p. 65).

¹⁴⁰ T. ISAAC, *Aboriginal Law*, *op. cit.*, p. 68.

¹⁴¹ *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 US (5 Pet.) 1 (1831), p. 17.

¹⁴² R. MAINVILLE, *An Overview of Aboriginal...*, *op. cit.*, p. 14.

¹⁴³ T. ISAAC, *Aboriginal Law*, *op. cit.*, p. 69. Para un estudio integral de estos tres casos, vid. A.M. CAMERON, *Power without Law, The Supreme Court of Canada, the Marshall Decisions, and the Failure of Judicial Activism*, McGill-Queen's University Press, Montreal, 2009.

En el contexto canadiense, suele considerarse que la primera decisión en la que se abordó la consideración legal de los derechos territoriales indígenas es la recaída en el caso *St. Catherine's*,¹⁴⁴ que afirmó que el título aborígen y los derechos ancestrales relacionados con la tierra formaban parte del derecho canadiense,¹⁴⁵ si bien con la consideración de derechos usufructuarios de ocupación que los indios poseían en virtud de la *Royal Proclamation* de 1763 y que dependían, en última instancia, de la buena voluntad de la Corona.¹⁴⁶ Los tribunales pronto empezaron a apartarse de esta concepción del título aborígen como derecho usufructuario derivado en exclusiva de la Proclamación Real y, en el ya conocido caso *Calder* de 1973, la Corte Suprema confirmó que la fuente legal de los derechos territoriales indígenas es su ocupación histórica del territorio, y no la Proclamación Real,¹⁴⁷ de manera que estos seguían teniendo validez en la actualidad, a menos que hubiesen sido formalmente extinguidos.¹⁴⁸

En 1997, ya promulgada la Ley constitucional vigente, vio la luz una decisión que marcaría un antes y un después en el tratamiento del título aborígen por los tribunales canadienses:¹⁴⁹ *Delgamuukw v. Columbia*

¹⁴⁴ N. KLEER, *Aboriginal Law Handbook*, op. cit., p. 99. Sentencia del Comité Judicial del Consejo Privado (Judicial Committee of the Privy Council), *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. R.*, [1888] 14 App. Cas. 46. Este Comité radicado en Londres era el Tribunal de Apelación final para Canadá hasta 1949, cuando se abolió su competencia sobre este país. Aun así, sigue ejerciendo sus funciones sobre muchos antiguos territorios británicos.

¹⁴⁵ T. ISAAC, *Aboriginal Law*, op. cit., p. 70.

¹⁴⁶ Sentencia *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. R.*, p. 54. Se considera que esta sentencia ofrece un enfoque bastante más estrecho que las sentencias Marshall, pese a que estas fueron expedidas con anterioridad a la decisión *St. Catherine's*. Ello puede deberse a que en los años que las separan se produjo un deterioro palpable de la posición que ocupaban los pueblos indígenas en las sociedades del momento (vid. T. ISAAC, *Aboriginal Law*, op. cit., p. 68). Acerca del tratamiento de los pueblos indígenas en la jurisprudencia canadiense de este siglo, vid. S.L. HARRING, *White Man's Law: Native People in Nineteenth-Century Canadian Jurisprudence*, University of Toronto Press, Toronto, 1998.

¹⁴⁷ N. KLEER, *Aboriginal Law Handbook*, op. cit., p. 99; K. McNEIL, «The Meaning of Aboriginal Title», en M. ASCH (ed.), *Aboriginal and Treaty Rights in Canada*, op. cit., pp. 135-154.

¹⁴⁸ Sentencia de la Corte Suprema de Canadá *Tsilhqot'in v. Columbia Británica*, [2014] 2 RCS 257, párr. 10, en referencia al caso *Calder*.

¹⁴⁹ Tal es su trascendencia que se ha llegado a comparar su rol dentro del derecho aborígen canadiense con el de Freud en el ámbito de la Psicología (vid. M. MORELLATO (ed.), *Aboriginal Law since Delgamuukw*, Canada Law Book, Aurora, 2009, p. iii). Véase, en general, la citada obra para una reflexión global sobre la relevancia de este pronunciamiento y su impacto en la jurisprudencia posterior.

Británica.¹⁵⁰ Esta sentencia definió el contenido del título aborigen,¹⁵¹ así como sus características generales,¹⁵² al tiempo que simbolizó el punto de inflexión hacia un mayor reconocimiento y legitimación de los derechos de los pueblos indígenas dentro de la jurisprudencia y de la cultura canadiense.¹⁵³ En particular, destaca el límite inherente y radical que la Corte concibe con respecto a este derecho: que el uso de la tierra no sea irreconciliable con el vínculo que el grupo mantiene con ella. Ello encuentra su razón de ser en que precisamente la íntima relación entre la comunidad y su territorio debe ser susceptible de continuar en las generaciones venideras.¹⁵⁴

Tras esta sentencia, la Corte ha tratado el título aborigen en algunas otras.¹⁵⁵ Entre ellas, destaca el caso *Tsilhqot'in v. Columbia Britá-*

¹⁵⁰ Sentencia de la Corte Suprema de Canadá *Delgamuukw v. Columbia Británica* [1997], 3 SCR 1010.

¹⁵¹ «Aboriginal title encompasses the right to exclusive use and occupation of the land held pursuant to that title for a variety of purposes, which need not be aspects of those aboriginal practices, customs and traditions which are integral to distinctive aboriginal cultures. The protected uses must not be irreconcilable with the nature of the group's attachment to that land» (Sentencia *Delgamuukw v. Columbia Británica*, p. 1014).

¹⁵² «Aboriginal title is *sui generis*, and so distinguished from other proprietary interests, and characterized by several dimensions. It is inalienable and cannot be transferred, sold or surrendered to anyone other than the Crown. Another dimension of aboriginal title is its sources: its recognition by the Royal Proclamation, 1763 and the relationship between the common law which recognizes occupation as proof of possession and systems of aboriginal law pre-existing assertion of British sovereignty. Finally, aboriginal title is held communally» (Sentencia *Delgamuukw v. Columbia Británica*, p. 1014). Así, sus características básicas podrían resumirse en tres: 1) tan solo puede enajenarse a la Corona; 2) su fuente radica en su ocupación previa del territorio; y 3) tiene una naturaleza eminentemente comunal.

¹⁵³ M. MORELLATO (ed.), *Aboriginal Law since Delgamuukw*, op. cit., p. xi.

¹⁵⁴ Sentencia *Delgamuukw v. Columbia Británica*, p. 1015. FORBES se muestra muy crítica con este límite por cuanto lo considera el resultado de una visión estanca sobre las creencias religiosas indígenas, que restringe, por tanto, su posible cambio o evolución en el tiempo (vid. L. FORBES, «Legal Words Are Latent Thoughts: Understanding Discourse Around Aboriginal Religion in *Delgamuukw v. British Columbia*», *Ottawa Journal of Religion*, 2011, p. 19). La Corte, por su parte, considera que este límite del contenido del título aborigen es una manifestación del principio que subyace en las varias dimensiones del especial interés en la tierra que poseen los pueblos indígenas, el cual tiene una naturaleza *sui generis*, que lo distingue de los intereses patrimoniales «normales» («*normal proprietary interests*») del resto de la sociedad (Sentencia *Delgamuukw v. Columbia Británica*, p. 1088).

¹⁵⁵ Sentencia de la Corte Suprema de Canadá *R. v. Marshall; R. v. Bernard*, [2005] 2 SCR 220. Al respecto, vid. P.L. CHARTRAND, «*R. v. Marshall; R. v. Bernard: The Return of the Native*», *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 55, 2006, pp. 135-145; N. BANKES, «*Marshall and Bernard: Ignoring the Relevance of Customary Property Law*», *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 55, 2006, pp. 120-134.

nica, considerada, asimismo, una decisión histórica al respecto,¹⁵⁶ por cuanto representa la primera sentencia de un tribunal canadiense por la que se otorga a una comunidad el título aborigen sobre una determinada expansión de tierra.¹⁵⁷ Tanto la decisión *Delgamuukw* como la decisión *Tsilhqot'in* se abordarán con mayor detalle en la sección cuarta, pues ambas presentan una dimensión espiritual que deberá ser objeto de estudio.

2.3. Los derechos derivados de tratados

Los pueblos indígenas canadienses no son solo titulares de derechos ancestrales, sino que también se encuentran protegidos constitucionalmente todos aquellos derechos que se derivan de los tratados suscritos con las autoridades estatales, lo que incluye tanto los tratados históricos con los que se dio inicio al establecimiento de relaciones entre la Corona y los pueblos indígenas, como los tratados modernos que adoptan la forma de acuerdos de reclamación de tierras. Ello se extrae de la subsección 35(3), que, con el objetivo de eliminar cualquier posible duda interpretativa sobre el alcance de la expresión «derechos derivados de tratados» (*treaty rights*), especifica que dichos derechos también comprenden los derechos que hoy existen en forma de acuerdos de reclamación de tierras o los que puedan adquirirse por este concepto.¹⁵⁸ En este sentido, cabe señalar que los nuevos tratados se caracterizan por presentar un gran detalle y exhaustividad, así como una mayor complejidad, tanto en su negociación como en

¹⁵⁶ N. SCHABUS, «Landmark Decision on Aboriginal Title», *Environmental Policy and Law*, vol. 44, núm. 4, 2014, p. 383. *Vid.*, también, B. MCLVOR, «The Age of Recognition: The Significance of the Tsilhqot'in Decision» (27 de junio de 2014), <https://www.firstpeopleslaw.com/index/articles/158.php>; B. MCLVOR y K. GUNN, «Stepping into Canada's Shoes: Tsilhqot'in, Grassy Narrows and the Division of Powers», *University of New Brunswick Law Journal*, vol. 67, 2016, pp. 146-166.

¹⁵⁷ D. ALLEN, «Aboriginal Title and Sustainable Development: A Case Study», *Forum on Public Policy*, vol. 2016, núm. 2, p. 1; N. SCHABUS, «Landmark Decision on Aboriginal Title», *op. cit.*, p. 383; G.C. CHARLTON y X. GAO, «Constitutional Conflict and the Development...», *op. cit.*, p. 15; B. GUNN, «Case Note: Tsilhqot'in Nation v. British Columbia 2014 SCC 44», *Indigenous Law Bulletin*, vol. 8, núm. 14, 2014, p. 27; K. COATES y D. NEWMAN, «The End is Not Nigh: Reason Over Alarmism in Analysing the Tsilhqot'in Decision», *Aboriginal Canada and the Natural Resource Economy Series*, núm. 5, 2014, p. 9; R. BAINS, «A Real Game Changer: The Supreme Court of Canada Tsilhqot'in Nation v. British Columbia Decision», *Fraser Research Bulletin*, 2014, p. 3.

¹⁵⁸ B. SLATTERY, «The Hidden Constitution: Aboriginal Rights in Canada», *American Journal of Comparative Law*, vol. 32, 1984, p. 378.

su implementación,¹⁵⁹ que los tratados históricos.¹⁶⁰ No obstante, la Corte Suprema todavía no ha establecido ninguna distinción clara entre unos y otros.¹⁶¹

Lo que sí se ha esmerado en subrayar es que los derechos ancestrales y los que derivan de tratados difieren tanto en su origen como en su estructura. Mientras los derechos ancestrales emanan de las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas y consagran su derecho a continuar viviendo como sus antepasados, los derechos que derivan de tratados se hallan incluidos en acuerdos oficiales entre la Corona y los pueblos indígenas por medio de los que se crean obligaciones exigibles basadas en el mutuo consentimiento de las partes.¹⁶² Por ello, más que meras promesas contractuales, los derechos derivados de tratados consagrados en la sección 35, junto con los derechos ancestrales existentes, constituyen derechos fundamentales protegidos constitucionalmente que definen verdaderas obligaciones legales para las partes.¹⁶³

Como ha podido observarse en lo expuesto hasta el momento, los principios y normas que configuran el estatus jurídico de los pueblos indígenas de Canadá y sus relaciones con las autoridades estatales son de la más variada índole. Todos ellos contribuyen a articular la protección integral que ofrece el sistema canadiense a sus pueblos autóctonos. No obstante, se requiere examinar, asimismo, si esta protección integral proyectada en las normas que conforman la Constitución de Canadá ha encontrado su plasmación efectiva en las decisiones de los tribunales del país, en sus distintas instancias, sobre situaciones específicas de conflicto. En particular, deberá prestarse especial atención al tratamiento que han recibido en esta sede las creencias religiosas indígenas ante

¹⁵⁹ Al respecto, *vid.*, en general, C. ALCANTARA, «Implementing Comprehensive...», *op. cit.*

¹⁶⁰ T. FENGE y J. ALDRIDGE, *Keeping Promises: The Royal Proclamation...*, *op. cit.*, p. 107. ISAAC considera que los tratados modernos constituyen «complejos y sofisticados acuerdos entre partes igualmente competentes» (*vid.* T. ISAAC, *Aboriginal Law*, *op. cit.*, p. 171).

¹⁶¹ T. ISAAC, *Aboriginal Law*, *op. cit.*, p. 170.

¹⁶² Sentencia *Badger*, párr. 76. Además de las tradicionales provisiones sobre la tierra, los tratados pueden comprender otros aspectos tales como derechos comerciales, políticos y sociales, o la obtención de beneficios médicos, financieros y educacionales, *inter alia* (*vid.* J. REYNOLDS, *Aboriginal Peoples and the Law: A Critical Introduction*, Purich Books, Vancouver, 2018, p. 117).

¹⁶³ D.N. SPRAGUE, «Canada's Treaties with Aboriginal Peoples», *op. cit.*, p. 351; J. BORROWS, *Freedom and Indigenous Constitutionalism*, *op. cit.*, p. 108. Asimismo, cabe indicar que, además de la protección constitucional, también el *Indian Act* protege explícitamente los derechos derivados de tratados en la sección 88 (*vid.* J.P. WHITE, P. MAXIM y N. SPENCE, *Permission to Develop: Aboriginal Treaties, Case Law and Regulations*, Thompson Educational Publishing, Toronto, 2004, p. 27).

conflictos de acaparamientos de tierras y lugares sagrados, así como al modo en que los pueblos indígenas las han alegado en sus demandas. A ello se dedicará, en profundidad, la sección cuarta de esta obra.

Pero, antes, se requiere presentar una serie de aspectos generales en torno a la espiritualidad aborígen en Canadá, insertándola, para ello, en el marco de la represión e incomprensión que tradicionalmente ha sufrido. También deberá conocerse la regulación del derecho de libertad religiosa en este país, así como los instrumentos nacionales e internacionales a disposición de los pueblos indígenas en base a los que pueden fundar sus legítimas demandas.

III

La espiritualidad aborígen en Canadá

1. Aspectos generales

Las creencias espirituales de los pueblos indígenas revisten una importancia singular, tanto por la trascendencia que ostentan en el núcleo de sus cosmovisiones y formas de vida¹⁶⁴ como por el hecho de que son radicalmente distintas a las que acostumbra a profesar la sociedad mayoritaria. En este sentido, los rasgos que caracterizan a la espiritualidad propia de los pueblos autóctonos canadienses no se apartan de la línea seguida por el resto de comunidades indígenas de alrededor del mundo,¹⁶⁵ de modo que el punto de apoyo fundamental sobre el que se estructuran sus creencias religiosas radica, más que en un dogma de fe, en un rito cultural y espiritual¹⁶⁶ y en el vínculo que comparten con sus territorios ancestrales, que conforma la base misma de su más pro-

¹⁶⁴ Se ha llegado a afirmar que su espiritualidad «penetra todos los poros de la vida social y familiar» de un pueblo y simboliza la «espina dorsal» de su sistema de conocimientos (O. CAMACARO, «El lugar de la espiritualidad indígena en tiempos de globalización» [13 de junio de 2012], <https://www.alainet.org/es/articulo/158701>).

¹⁶⁵ Al respecto, de especial interés resultan las profundas reflexiones sobre la interacción entre la espiritualidad aborígen y el Derecho en: J. BORROWS, «Living Law on a Living Earth: Aboriginal Religion, Law, and the Constitution», en R. MOON (ed.), *Law and Religious Pluralism in Canada*, University of British Columbia Press, Vancouver, 2008, pp. 161-191. Como obras de referencia de mayor amplitud, véase M.B. DAVIE, *Following the Great Spirit: Exploring Aboriginal Belief Systems*, Manor House Publishing, Ancaster, 2001; A. HULTRANTZ, *Belief and Worship in Native North America*, Syracuse University Press, Syracuse, Nueva York, 1981.

¹⁶⁶ O. CELADOR ANGÓN, «Régimen jurídico del patrimonio histórico de las comunidades indígenas en Estados Unidos», *Laicidad y libertades: escritos jurídicos*, núm. 11 (1), 2011, p. 53.

funda espiritualidad.¹⁶⁷ Esta íntima relación que guardan con sus tierras es considerada central para su identidad colectiva y para su bienestar físico y anímico,¹⁶⁸ por cuanto la tierra representa, para ellos, la «base de su vida, la condición para su subsistencia y la razón de su organización comunitaria», y su conexión con ella es de carácter sagrado.¹⁶⁹

En los sistemas de creencias indígenas, la tierra y la religión conforman una unidad inseparable.¹⁷⁰ Al mismo tiempo, estos pueblos no establecen línea divisoria alguna entre la religión y el resto de aspectos de la vida, sino que todos ellos se interrelacionan en sus cosmovisiones,¹⁷¹ hasta el punto de que muchas comunidades ni siquiera tienen un vocablo separado y específico para referirse a la religión.¹⁷² Según BEAMAN, este carácter omnicompreensivo es, quizás, lo que más complejo resulta de entender para todos aquellos que no han crecido envueltos por la normalidad de este tipo de creencias.¹⁷³ Así, la tierra es su madre, es decir, su «origen, naturaleza y destino»,¹⁷⁴ y se considera el ele-

¹⁶⁷ P. MACKLEM, *Indigenous Difference and the Constitution of Canada*, University of Toronto Press, Toronto, 2012, p. 51.

¹⁶⁸ Esta relación se manifiesta en los elementos que componen las culturas de los pueblos indígenas, como puede ser la lengua. Así, un dirigente inuit trató de explicar su relación con la tierra mediante la siguiente afirmación: «nuestro idioma contiene un conocimiento complejo del Ártico que, según hemos comprobado, no existe en ningún otro idioma» (*vid.* Documento de trabajo final preparado por la Relatora Especial, Erica-Irene Daes, *Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra*, de 11 de junio de 2001 [E/CN.4/Sub.2/2001/21], párr. 14).

¹⁶⁹ C.A. OSORIO CALVO, «Religiosidad e identidad: la lucha indígena como resistencia territorial desde la espiritualidad», *Revista Kavilando*, vol. 9, núm. 1, 2017, p. 191.

¹⁷⁰ J.D. LOFTIN, «Anglo-American Jurisprudence and the Native American Tribal Quest for Religious Freedom», *American Indian Culture and Research Journal*, vol. 13, núm. 1, 1989, p. 2.

¹⁷¹ M.V. FONDA, «Are They Like Us, Yet? Some Thoughts on Why Religious Freedom Remains Elusive for Aboriginals in North America», *The International Indigenous Policy Journal*, Traditional Knowledge, Spirituality, and Lands, vol. 2, núm. 4, 2011, p. 1.

¹⁷² J.D. LOFTIN, «Anglo-American Jurisprudence and...», *op. cit.*, p. 6.

¹⁷³ L.G. BEAMAN, «Aboriginal Spirituality and the Legal Construction of the Freedom of Religion», *Journal of Church and State*, vol. 44, núm. 1, 2002, p. 137. La autora cita a Esther Black Elk DeSersa, quien explica que su religiosidad es una forma de vida: «No es una iglesia o una organización. Es el modo en que vivimos y lo que creemos en nuestros corazones. [...] Nuestra biblia es este mundo entero. Todo es sagrado» (nota al pie núm. 5).

¹⁷⁴ J.D. LOFTIN, «Anglo-American Jurisprudence and...», *op. cit.*, p. 4. Martínez Cobo ya se refirió a esta particular relación espiritual en su citado Informe, señalando que: «Es esencial conocer y comprender la relación especial profundamente espiritual entre los pueblos indígenas y sus tierras como la base de su existencia como tales y de sus creencias, costumbres, tradiciones y cultura. Para estos pueblos, la tierra no es meramente una posesión y un medio de producción. Toda la relación entre la vida espiritual de los pueblos indígenas y la Madre Tierra, y su tierra, tiene numerosas implicaciones profundamente arraigadas. Su tierra no es solo una comodidad que pueden adquirir, sino un ele-

mento espiritual nuclear que necesitan para poder celebrar sus rituales religiosos. En consecuencia, dañar la tierra implica vulnerar su espiritualidad.¹⁷⁵ Las culturas indígenas, al concebir la naturaleza como «inherentemente valiosa», la veneran como la encarnación de lo divino y la honran como morada de los espíritus de sus ancestros,¹⁷⁶ ya que constituye «la senda y significado de su existencia».¹⁷⁷ Por ello, a pesar de la gran diversidad de creencias indígenas, debe destacarse la extraordinaria homogeneidad que existe en resaltar el carácter sagrado de los sistemas ecológicos.¹⁷⁸

Como puede observarse, este papel central que la tierra ocupa en las cosmovisiones indígenas se aleja de los cánones típicamente eurocidentales, según los cuales aquella constituye, con carácter exclusivo, un medio material de producción que carece de significación religiosa.¹⁷⁹ Por contra, estas comunidades conciben la íntima relación que mantienen con sus territorios como mucho más que una mera cuestión de posesión y producción; más bien, la comprenden como un elemento material y espiritual del que deben gozar en su plenitud para poder preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones venideras.¹⁸⁰ Es precisamente este vínculo espiritual que comparten con sus tierras lo que les impulsa a luchar incansablemente por estas ante los actuales conflictos de acaparamientos de tierras que, cada vez con mayor frecuencia, acechan la integridad de aquellas.

Debido a la centralidad de estas creencias religiosas en las cosmovisiones y modos de vida de estos pueblos, se requiere detenerse a apreciar, someramente, el contexto en el que aquellas se han ido desa-

mento material del que deben gozar en libertad» (vid. Informe final del Relator Especial José Martínez Cobo, *Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations*, Capítulo XXII, «Propuestas y recomendaciones», [E/CN.4 Sub.2 /1983/21/Add.8], párr. 196 y 197).

¹⁷⁵ M.A. IGLESIAS-VÁZQUEZ, «El hecho religioso en las comunidades indígenas y la jurisprudencia de los tribunales regionales de protección de los derechos humanos. Especial referencia a Europa», *Anuario de Derecho eclesiástico del Estado*, núm. 33, 2017, p. 468.

¹⁷⁶ A.T. DURNING, *Guardians of the Land: Indigenous Peoples and the Health of the Earth*, Worldwatch Institute (Worldwatch Paper 112), Washington D.C., 1992, p. 28.

¹⁷⁷ V. CAMARERO SUÁREZ, «Acaparamientos de tierras y aguas...», *op. cit.*, p. 26.

¹⁷⁸ A.T. DURNING, *Guardians of the Land...*, *op. cit.*, p. 29.

¹⁷⁹ Así, las religiones tradicionales, con frecuencia, han atribuido la característica de «espacio sagrado» a iglesias, mezquitas y edificios similares, lo que ha contribuido a una interpretación más bien restrictiva del concepto de religión (L.G. BEAMAN, «Aboriginal Spirituality and the Legal Construction...», *op. cit.*, p. 145).

¹⁸⁰ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C, núm. 79, párr. 149.

rollando y transmitiendo en el concreto caso de Canadá, así como la postura tradicionalmente adoptada por el Gobierno y las autoridades canadienses a este particular respecto. Ello ayudará a comprender el porqué de muchos de los problemas y retos que estos pueblos enfrentan en la actualidad y que, en gran medida, giran en torno a su libertad de acceso, manejo y control sobre sus territorios tradicionales, lo que, al representar estos la fuente misma de su espiritualidad, va a repercutir, de forma directa, en el libre ejercicio de su derecho de libertad religiosa, como seguidamente se verá.

2. Perspectiva histórica sobre la represión de las creencias indígenas

La represión de derechos, costumbres y tradiciones a que los pueblos indígenas se han visto continuamente sometidos por el Gobierno canadiense ha representado una tendencia constante a lo largo de la historia, lo que se ha evidenciado, *inter alia*, a través de la anulación de sus instituciones de autogobierno, la denegación y consiguiente desposesión de sus tierras ancestrales, la separación de niños indígenas de sus familias, así como mediante la negación de sus derechos de libertad religiosa, asociación e igualdad.¹⁸¹ Es de notar que, para numerosos pueblos indígenas, las creencias religiosas otorgan el significado último a sus vidas. Pese a ello, con carácter tradicional, estas creencias se han visto fuertemente reprimidas.¹⁸² Por ese motivo, el foco de atención debe situarse ahora sobre la violación de su derecho de libertad religiosa, que, por lo general, se ha materializado a través de la prohibición de sus ceremonias religiosas,¹⁸³ de la habilitación de

¹⁸¹ J. BORROWS, *Canada's Indigenous Constitution*, University of Toronto Press, Toronto, 2010, pp. 169-170. La propia Corte Suprema ha expresado su preocupación por las desigualdades que se van descubriendo a medida que se revelan más datos sobre la historia de las relaciones entre los pueblos indígenas y las autoridades canadienses (Sentencia *Daniels v. Canada*, párr. 1).

¹⁸² R.B. COLLINS, «Sacred Sites and Religious Freedom on Government Land», *Journal of Constitutional Law*, vol. 5, núm. 2, 2003, p. 242.

¹⁸³ Las ceremonias religiosas de las naciones originarias fueron prohibidas por primera vez en 1884, cuando el Gobierno aprobó una ley penal con tal fin, que pasó a conocerse como la Ley Potlatch, en honor al tipo de ceremonia cuya celebración restringía. Esta Ley estuvo en vigor hasta la reforma del *Indian Act* realizada en 1951, que definitivamente la abolió (*vid.* N. BAKHT y L. COLLINS, «The Earth is Our Mother: Freedom of Religion and the Preservation of Aboriginal Sacred Sites in Canada», *McGill Law Journal*, vol. 62, núm. 3, 2017, p. 780. p. 790). Al respecto, véase K. PETTIPAS, *Severing the Ties that Bind: Government Repression of Indigenous Religious Ceremonies on the Prairies*, The University of Manitoba Press, Winnipeg, 1994; T. Loo, «Dan Cranmer's Potlatch:

una red nacional de escuelas residenciales y de la destrucción de sus lugares sagrados.¹⁸⁴

2.1. *Las escuelas residenciales indias*

De entre las medidas mencionadas, merece, en primer lugar, una consideración especial la política estatal dirigida a erradicar, desde su propia raíz, la espiritualidad e identidad cultural aborígena para no dejar rastro de ella, que es, sin lugar a dudas, la relativa a las escuelas residenciales de niñas y niños indígenas (*Indian residential schools*). Esta red de escuelas ideológicamente confesionales y sufragadas por el Estado pretendía asimilar a los niños y niñas indígenas en la cultura eurocanadiense. La severidad de estos procesos de asimilación llevó al establecimiento, en 2008, de una Comisión para la Verdad y la Reconciliación (*Truth and Reconciliation Commission of Canada*), encargada de documentar la historia y los impactos de estas escuelas en los estudiantes y las familias indígenas.¹⁸⁵

Esta Comisión indicó en su Informe final que, durante más de un siglo, el objetivo principal de las políticas adoptadas por el Gobierno de Canadá en materia aborígena radicaba en eliminar los gobiernos indígenas, rechazar sus derechos y acabar con los tratados y con la existencia misma de estos pueblos en cuanto entidades legales, sociales, culturales, religiosas y raciales con características distintivas. Para conseguir este objetivo, se estableció todo un sistema de escuelas residenciales, cuya función era contribuir a lo que la propia Comisión describe como un genocidio cultural.¹⁸⁶ A través de este sistema, alrededor de 150.000 niñas y niños indios, inuits y métis fueron separados de sus familias y situados en las denominadas escuelas residenciales,¹⁸⁷ para que

Law as Coercion, Symbol, and Rhetoric in British Columbia, 1884-1951», *Canadian Historical Review*, vol. 73, núm. 2, 1992, pp. 125-165.

¹⁸⁴ N. БАХИТ y L. COLLINS, «The Earth is Our Mother...», *op. cit.*, p. 790.

¹⁸⁵ Finalizado su cometido en 2015, todo el material compendiado por esta Comisión ha sido archivado en el Centro Nacional para la Verdad y la Reconciliación de la Universidad de Manitoba.

¹⁸⁶ Informe de la Comisión para la Verdad y la Reconciliación de Canadá, *Honouring the Truth, Reconciling for the Future: Summary of the Final Report of the Truth and Reconciliation Commission of Canada*, 2015, p. 1. Para un análisis exhaustivo del Informe de la Comisión y del funcionamiento de la red de escuelas residenciales, *vid.* R. NIEZEN, *Truth and Indignation: Canada's Truth and Reconciliation Commission on Indian Residential Schools*, 2.ª ed., University of Toronto Press, Toronto, 2017.

¹⁸⁷ Informe de la Comisión para la Verdad y la Reconciliación, *Honouring the Truth...*, *op. cit.*, p. 3. La idea del establecimiento de este sistema de escuelas residen-

estos pudieran «adquirir los hábitos y modos de pensamiento de los hombres blancos»¹⁸⁸ y, en definitiva, para romper cualquier vínculo que pudiera permanecer entre ellos y su cultura, identidad y espiritualidad originaria.¹⁸⁹

Todas estas medidas obedecían, pues, a un fin superior, que era la eliminación total de estos pueblos en cuanto grupos diferenciados y su asimilación en la sociedad general,¹⁹⁰ de manera que la función de estas escuelas era la de «civilizar y cristianizar» a los niños.¹⁹¹ Es por ello por lo que se ha considerado que los artífices de este sistema se habían propuesto atacar directamente a la libertad religiosa de los pueblos indígenas.¹⁹² Así, en la

ciales surgió durante el mandato del primer Primer Ministro de Canadá, John A. Macdonald, y tuvo, como punto de referencia, las instituciones residenciales que ya se habían implantado en los Estados Unidos (vid. J.R. MILLER, *Shingwauk's Vision: A History of Native Residential Schools*, University of Toronto Press, Toronto, 2009, p. 101). En este sentido, GEORGE apela a las escuelas residenciales de Norteamérica como uno de los impactos más devastadores en la espiritualidad aborigen (vid. L. GEORGE, «Native Spirituality, Past, Present, and Future», *British Columbia Studies*, núm. 89, 1991, p. 166).

¹⁸⁸ Declaración del Primer Ministro, John A. Macdonald, rendida el 9 de mayo de 1883 en la Cámara de los Comunes (pp. 1107-1108): «When the school is on the reserve the child lives with its parents, who are savages; he is surrounded by savages, and though he may learn to read and write his habits, and training and mode of thought are Indian. He is simply a savage who can read and write. It has been strongly pressed on myself, as the head of the Department, that Indian children should be withdrawn as much as possible from the parental influence, and the only way to do that would be to put them in central training industrial schools where they will acquire the habits and modes of thought of white men» (accesible en: http://eco.canadiana.ca/view/oocihm.9_07186_1_2/369?r=0&s=1). En esta misma línea, en la sesión del 22 de mayo de 1883 (p. 1377), el Ministro de Obras Públicas, Hector Langevin, afirmó que: «In order to educate the children properly we must separate them from their families. Some people may say that this is hard, but if we want to civilize them we must do that».

¹⁸⁹ Informe de la Comisión para la Verdad y la Reconciliación, *Honouring the Truth...*, op. cit., p. 2. En fechas más recientes, Survival International ha llamado la atención sobre la pervivencia de este tipo de escuelas en otras partes del mundo, como lo son Asia, África y Sudamérica, donde alrededor de un millón de niñas y niños indígenas son forzados a acudir a «instituciones escolares que se parecen asombrosamente a aquellos internados canadienses» (vid. J. WOODMAN y A. KROEMER, «Día Internacional de los Pueblos Indígenas: 'Hacéis a nuestros hijos extraños en su propio hogar'» [9 de agosto de 2019], https://www.huffingtonpost.es/entry/dia-internacional-de-los-pueblos-indigenas-haceis-a-nuestros-hijos-extranos-en-su-propio-hogar_es_5d4c4fc3e4b01e44e4770f34).

¹⁹⁰ Informe de la Comisión para la Verdad y la Reconciliación, *Honouring the Truth...*, op. cit., p. 3. Véase J.S. MILLEY, *A National Crime: The Canadian Government and the Residential School System, 1879 to 1986*, University of Manitoba Press, Winnipeg, 2017.

¹⁹¹ Informe de la Comisión para la Verdad y la Reconciliación, *They Came for the Children: Canada, Aboriginal Peoples, and Residential Schools*, 2012, p. 10.

¹⁹² J. REID, «Indian Residential Schools: A Government Assault on Religious Freedom», *Studies in Religion*, vol. 44, núm. 4, 2015, p. 448.

administración de estas escuelas participaban diversas Iglesias, como la católica, anglicana, metodista o presbiteriana, cuya colaboración con el Gobierno siguió vigente hasta los años setenta del siglo pasado, a pesar de que la última escuela residencial cerró tan solo hace treinta años.¹⁹³ En la década de los noventa, empezaron a proliferar demandas contra las Iglesias y el Gobierno por los daños sufridos, que se saldaron con la adopción del Acuerdo de Solución de las Escuelas Residenciales Indias.¹⁹⁴ Las escuelas físicas y psicológicas de todos aquellos que se vieron forzados a asistir a este tipo de escuelas todavía siguen manifestándose en la actualidad y se proyectan tanto a nivel personal como en el plano intergeneracional.¹⁹⁵

2.2. La destrucción de sus lugares sagrados

Junto con el establecimiento de esta devastadora red de escuelas que pretendía acabar con la religiosidad indígena desde dentro,¹⁹⁶ el otro tradicional empeño del Gobierno canadiense sobre el que debe detenerse esta investigación reside en la destrucción de sus lugares sagrados. Al respecto, cabe recordar que de la relación que estos pueblos mantienen con la tierra fluye su sistema de creencias espirituales, lo que convierte en imperativo moral la protección y el cuidado de la madre tierra como dadora de vida.¹⁹⁷ No obstante, y pese a que la tierra en su

¹⁹³ Informe de la Comisión para la Verdad y la Reconciliación, *Honouring the Truth...*, op. cit., p. 3. Acerca de la relación entre el derecho, la religión y la educación en el sistema canadiense de educación pública, véase D. GINN, J. GARCÍA-OLIVA y E.R. LEWIS, «Religion in Canadian Public Schools: Constitutionalized Anomalies», *Education and Law Journal*, vol. 28, núm. 3, 2020, pp. 267-295.

¹⁹⁴ *Indian Residential School Settlement Agreement*, de 8 de mayo de 2006.

¹⁹⁵ Para una revisión de la bibliografía publicada acerca de los efectos de estas escuelas en la salud física y psíquica no solo de quienes las sufrieron en primera persona, sino también de generaciones posteriores, véase P. WILK, A. MALTBY y M. COOKE, «Residential Schools and the Effects on Indigenous Health and Well-Being in Canada –A Scoping Review», *Public Health Reviews*, vol. 38, núm. 8, 2017, pp. 1-23. Sobre la salud mental de las personas indígenas de Canadá, véase S.E. NELSON y K. WILSON, «The Mental Health of Indigenous Peoples in Canada: A Critical Review of Research», *Social Science & Medicine*, vol. 176, 2017, pp. 93-112. Por otra parte, un sucinto estudio sobre los impactos positivos de la revitalización de las religiones tradicionales indígenas puede encontrarse en M. FONDA, «Towards Cultural Well-Being: Implications of Revitalising Traditional Aboriginal Religion», *Canadian Issues*, 2009, pp. 73-79.

¹⁹⁶ N. BAKHT y L. COLLINS, «The Earth is Our Mother...», op. cit., p. 791.

¹⁹⁷ P. MACKLEM, *Indigenous Difference and the Constitution...*, op. cit., p. 51. El autor reproduce las palabras de Venus Walker, de la Confederación Haudenasaunee, quien señala que ellos miran a la tierra como una madre sagrada que todo sostiene en la palma de su mano para darles todo lo que ellos y sus familias necesitan (*ibid.*).

conjunto ostenta significación religiosa,¹⁹⁸ los pueblos indígenas se hallan especialmente conectados con ciertas partes de su territorio que poseen un carácter sagrado particular. Se trata de los lugares sagrados comprendidos en sus territorios,¹⁹⁹ que constituyen los espacios de mayor convergencia entre lo físico y lo espiritual.²⁰⁰ La sacralidad de estos lugares se manifiesta en toda una serie de normas y reglas que las personas deben seguir en relación a ellos.²⁰¹

Dado que los lugares sagrados se encargan de distribuir la conexión espiritual con determinadas porciones de tierra, su existencia misma es crucial para la prosperidad de las naciones originarias. Sin estos pilares específicos de conexión con la tierra, los pueblos indígenas se quedarían tan solo con el vínculo espiritual que los une a la tierra como único punto de soporte de todo su sistema de creencias religiosas, lo que podría dar lugar a una mayor tenuidad y vulnerabilidad ante ataques de terceros. Por consiguiente, todo aquello que ponga en peligro a los lugares sagrados de las naciones originarias también compromete su relación espiritual con la tierra. A su vez, y teniendo en cuenta que ser indígena implica precisamente guardar esta especial relación con la tierra, toda actividad que ponga en peligro sus lugares sagrados es capaz de arriesgar, en última instancia, su propia existencia, supervivencia y bienestar como pueblo.²⁰²

A los miles de lugares sagrados indígenas radicados en Norteamérica que ya han sido destrozados y gravemente dañados, hay que sumar todos aquellos que se encuentran, en estos momentos, bajo un serio riesgo de que les ocurra lo mismo.²⁰³ En consecuencia, la tremenda preocupación entre estos pueblos por las amenazas que acechan a sus territorios

¹⁹⁸ J. HUBERT, «Sacred Beliefs and Beliefs of Sacredness», en D.L. CARMICHAEL, J. HUBERT, B. REEVES y A. SCHANCHE (eds.), *Sacred Sites, Sacred Places*, Routledge, Londres y Nueva York, 2005, p. 16.

¹⁹⁹ De interés, *vid.*, en general, J.A. SWAN, *Sacred Places: How the Living Earth Seeks Our Friendship*, Bear & Co. Publishing, Santa Fe, 1990. Para una perspectiva indígena al respecto, véase J. LILJEBLAD and B. VERSCHUUREN (eds.), *Indigenous Perspectives on Sacred Natural Sites: Culture, Governance and Conservation*, Routledge, Londres y Nueva York, 2019.

²⁰⁰ M.L. ROSS, *First Nations Sacred Sites in Canada's Courts*, University of British Columbia Press, Vancouver, 2005, p. 3.

²⁰¹ D.L. CARMICHAEL *et al.* (eds.), *Sacred Sites, Sacred Places*, *op. cit.*, p. 3. *Vid.* la citada obra para una descripción detallada de la concepción sobre los lugares sagrados en diversas culturas.

²⁰² M.L. ROSS, *First Nations Sacred Sites...*, *op. cit.*, p. 3. Acerca de los problemas relativos al acceso y protección de los lugares sagrados indígenas, véase el capítulo dedicado a tal efecto por Martínez Cobo en su emblemático estudio: Informe final del Relator Especial José Martínez Cobo, *Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations*, Capítulo XIX, «Derechos y prácticas religiosas» (E/CN.4 Sub.2 /1982/2/Add.7).

²⁰³ M.L. ROSS, *First Nations Sacred Sites...*, *op. cit.*, p. 4.

y lugares sagrados va en imparable aumento, pues el espacio sagrado, para ellos, no es negociable.²⁰⁴ Uno de los mayores peligros proviene de los desarrollos empresariales que se proyectan sobre sus territorios, así como por el creciente turismo que se expande por sus zonas.²⁰⁵ Estas circunstancias han llevado a numerosas naciones originarias a emprender su lucha por el mantenimiento y respeto de sus lugares sagrados por la vía legal.²⁰⁶ Lo que está en juego para estos pueblos ya ha quedado patente: su espiritualidad, su identidad colectiva y su supervivencia como naciones originarias. Es, ni más ni menos, todo.²⁰⁷ Por esto mismo resulta tan relevante estudiar los casos sustanciados ante los tribunales del país, en sus diversas instancias, para la protección de los lugares sagrados indígenas. No obstante, antes de acometer este estudio concreto de casos, se requiere introducir, a continuación, la libertad religiosa en Canadá en términos generales y la regulación que le resulta de aplicación a este derecho humano dentro de sus fronteras, para llegar a conocer, así, los medios a que pueden recurrir los pueblos indígenas canadienses en aras de la consecución de sus objetivos.

3. El derecho de libertad religiosa de los pueblos aborígenes canadienses

La protección de la libertad religiosa en Canadá suele ser considerada motivo de orgullo para sus habitantes,²⁰⁸ que consideran que

²⁰⁴ N.D. SHRUBSOLE, «Secularization, Dispossession, Forced Privatization...», *op. cit.*, p. 336. Acerca de los distintos impactos que conlleva la pérdida de los lugares sagrados para las naciones originarias, véase S. GRABEN, «Resourceful Impacts: Harm and Valuation of the Sacred», *University of Toronto Law Journal*, vol. 64, núm. 1, 2014, pp. 64-105.

²⁰⁵ J. HUBERT, «Sacred Beliefs and Beliefs of Sacredness», *op. cit.*, p. 9. Acerca de los impactos de los proyectos de desarrollo hidráulico en la espiritualidad aborígena, véase F. QUINN, «As Long As the Rivers Run: The Impacts of Corporate Water Development on Native Communities in Canada», *The Canadian Journal of Native Studies*, vol. XI, núm. 1, 1991, pp. 137-154. *Vid.*, también, C. BEHN y K. BAKKER, «Rendering Technical, Rendering Sacred: The Politics of Hydroelectric Development on British Columbia's Saaghi Naachii/Peace River», *Global Environmental Politics*, vol. 19, núm. 3, 2019, pp. 33-54.

²⁰⁶ *Vid.* J. HICKLING, «Religious Freedom in the New World? Indigenous Sacred Sites and Religious Beliefs in the Courts in British Columbia», *Oxford Journal of Law and Religion*, vol. 6, 2017, p. 545.

²⁰⁷ M.L. ROSS, *First Nations Sacred Sites...*, *op. cit.*, p. 4.

²⁰⁸ J. REID, «Indian Residential Schools...», *op. cit.*, p. 443. Al respecto, resulta de interés indicar que, de conformidad con el último censo de la población en el que también se recogieron datos sobre las creencias religiosas de los canadienses (2011), el 67% de la población (esto es, 22.102.745 personas de un total de 32.852.320) profesa el cristianismo. La Profa. BEAMAN ha calificado este hecho como manifestativo de la «hegemonía cristiana»

gozan de una «vibrante y vigorosa» libertad religiosa y de conciencia como resultado de la acción legislativa, las decisiones judiciales y el sentido común de la mayoría de sus conciudadanos.²⁰⁹ La *Chief Justice Beverley McLachlin* ha enfatizado la «singular experiencia histórica de protección de las libertades religiosas» que ha tenido lugar en Canadá.²¹⁰ Las provisiones contenidas en el Acta de Norteamérica Británica de 1867 acerca de las escuelas de minorías religiosas en Ontario y Quebec representaron la consolidación del principio de libertad religiosa en el ordenamiento del Estado; un proceso que culminó con la consagración constitucional de este derecho en cuanto derecho fundamental de la persona en la sección 2 de la Ley constitucional de 1982.²¹¹ Esta inclusión se halla en consonancia con las obligaciones contraídas por Canadá en el plano internacional, pues ha ratificado tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP)²¹² como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC en lo sucesivo).²¹³

que reina en la sociedad canadiense (*vid.* L.G. BEAMAN, «The Myth of Pluralism, Diversity, and Vigor: The Constitutional Privilege of Protestantism in the United States and Canada», *Journal for the Scientific Study of Religion*, vol. 42, núm. 3, 2003, p. 313). Junto a este dato, destaca la inclusión de una casilla específica que pueden marcar aquellos cuya espiritualidad es tradicional o aborigen, lo cual, en 2011, hicieron 64.940 personas. Además, se ha indicado que, si bien los miembros de mayor edad de las naciones originarias de Canadá otorgan una gran importancia al cristianismo en sus sistemas de creencias, los jóvenes se están decantando por una revitalización de las creencias tradicionales (*vid.* B. ANDERSON, *World Directory of Minorities*, Minority Rights Group International, Londres, 1997, p. 13).

²⁰⁹ D.M. BROWN, «The Courts' Spectacles: Some Reflections on the Relationship Between Law and Religion in Charter Analysis», en C. BRUNELLE y P.A. MOLINARI (eds.), *Reasonable Accommodation and the Role of the State: A Democratic Challenge*, Canadian Institute for the Administration of Justice, Montreal, 2009, p. 185. *Vid.*, también, L.G. BEAMAN, *Defining Harm: Religious Freedom and the Limits of the Law*, University of British Columbia Press, Vancouver, 2008; D. NAKACHE, *The Scope and Content of Freedom of Religion in Canada: Laying the Ground for a Thorough Discussion*, Éditions Universitaires Européennes, Sarrebruck, 2011.

²¹⁰ B. MCLACHLIN, «Freedom of Religion and the Rule of Law: A Canadian Perspective», en D. FARROW (ed.), *Recognizing Religion in a Secular Society: Essays in Pluralism, Religion, and Public Policy*, McGill-Queen's University Press, Montreal, 2004, p. 13.

²¹¹ J. REID, «Indian Residential Schools...», *op. cit.*, p. 443. Sobre las implicaciones del modelo de libertad religiosa que abanderó Canadá se incidirá, en mayor medida, a propósito de la valoración crítica del pronunciamiento del Tribunal Superior de Columbia Británica en el caso *Redmond v. Columbia Británica* (*vid.* pp. 96 y ss).

²¹² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado el 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 23 de marzo de 1976).

²¹³ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (adoptado el 16 de diciembre de 1966, entró en vigor el 3 de enero de 1976). Canadá ratificó el PIDCP el 16 de mayo de 1976 y el PIDESC tan solo tres días después.

Interesa, en concreto, el primer Pacto mencionado, que proclama la libertad religiosa en su artículo 18.²¹⁴ Para la interpretación de este precepto, debe partirse de la Observación General núm. 22 del Comité de Derechos Humanos, en la que este indicó que el derecho de libertad religiosa protege las creencias «teístas, no teístas y ateas, así como el derecho a no profesar ninguna religión o creencia».²¹⁵ Además, señaló que el ámbito de aplicación de este precepto no se limita a las «religiones tradicionales o a las religiones y creencias con características o prácticas institucionales análogas a las de las religiones tradicionales»,²¹⁶ como ocurre con los sistemas de creencias de los pueblos indígenas.²¹⁷ En esta materia, cabe señalar que, a diferencia de los Estados Unidos²¹⁸

²¹⁴ Art. 18 PIDCP: «1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza [...]».

²¹⁵ Observación general núm. 22 sobre el art. 18 del PIDCP, aprobada por el Comité de Derechos Humanos en su 48.º período de sesiones celebrado el 20 de julio de 1993 (CCPR/C/21/Rev.1/Add.4, de 27 de septiembre de 1993), párr. 2.

²¹⁶ *Ibidem*.

²¹⁷ Un riguroso y exhaustivo trabajo sobre la libertad religiosa de los pueblos indígenas puede encontrarse en: N. REGUART SEGARRA, *La libertad religiosa de los pueblos indígenas. Estudio normativo y jurisprudencial de su relevancia en la lucha por sus tierras*, Tirant lo Blanch, València, 2021. De alto interés, *vid.*, también, N. REGUART-SEGARRA, «Business, Indigenous Peoples' Rights and Security in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights», *Business and Human Rights Journal*, vol. 4, núm. 1, 2019, pp. 109-130.

²¹⁸ El 11 de agosto de 1978, el Congreso de los Estados Unidos de América aprobó la *American Indian Religious Freedom Act* (Ley Pública núm. 95-341), reconociendo, en este sentido, que las prácticas religiosas de los indios americanos formaban una parte integral de su cultura, tradición y legado, al tiempo que conformaban la base misma de su identidad indígena y de su sistema de valores, siendo, por ello, indispensables e irremplazables. De este modo, esta Ley, que fue sometida a enmienda en 1994, afirma que la protección y preservación del derecho inherente de libertad religiosa de los pueblos indígenas americanos constituye una política del Gobierno de los Estados Unidos de América. Acerca de los lugares sagrados de los nativos americanos y su protección bajo la citada Ley, véase J.R. WUNDER (ed.), *Native Americans and the Law: Contemporary and Historical Perspectives on American Indian Rights, Freedoms, and Sovereignty*, vol. 5, *Native American Cultural and Religious Freedoms*, Garland Publishing, Inc., Nueva York y Londres, 1996; A.M. DUSIAS, «Friend, Foe, Frenemy: The United States and American Indian Religious Freedom», *Denver University Law Review*, vol. 90, núm. 2, 2012, pp. 347-432; E.G. PIANCA, «Protecting American Indian Sacred Sites on Federal Lands», *Santa Clara Law Review*, vol. 45, 2005, pp. 461-492. Acerca de la tradicional represión que han sufrido las creencias religiosas de los nativos americanos, véase J. RHODES, «An American Tradition: The Religious Persecution of Native Americans», *Montana Law Review*, vol. 52, 1991, pp. 13-72.

y algunos otros países,²¹⁹ Canadá no ha aprobado ninguna ley específica destinada a proteger la libertad religiosa de sus naciones originarias.²²⁰ Tampoco existe legislación federal o provincial alguna que concretamente lidie con los lugares sagrados en tierras de la Corona.²²¹ Por ello, los pueblos indígenas canadienses suelen recurrir a la sección 35 de la Ley constitucional para conseguir la protección de dichos lugares sagrados.²²² La otra vía que se abre frente a ellos es la del derecho más amplio de libertad religiosa consagrado en la sección 2. Sin embargo, no muchas comunidades indígenas se han aventurado a basar sus demandas directamente en la violación de su libertad religiosa, como a continuación se verá. La combinación de estas dos provisiones se presenta, por tanto, como apta para proporcionar ciertas directrices de utilidad acerca de cómo proteger esa relación característica que une a cada pueblo con sus tierras a través de su sistema de creencias religiosas.²²³

²¹⁹ A modo de ejemplo, véase el caso de Australia, que adoptó la *Northern Territory Aboriginal Sacred Sites Act* en 1989; Liberia, con *An Act to Establish the Community Rights Law of 2009 with Respect to Forest Lands*, s. 6.6; o India, *The Scheduled Tribes and Other Traditional Forest Dwellers (Recognition of Forest Rights) Act*, de 2006 (citadas, junto a otras, en N. BAKHT y L. COLLINS, «The Earth is Our Mother...», *op. cit.*, p. 794).

²²⁰ N.D. SHRUBSOLE, «Secularization, Dispossession, Forced Deprivatization...», *op. cit.*, p. 349.

²²¹ R.B. COLLINS, «Sacred Sites and Religious Freedom on Government Land», *op. cit.*, p. 260.

²²² N.D. SHRUBSOLE, «Secularization, Dispossession, Forced Deprivatization...», *op. cit.*, p. 349.

²²³ *Ibid.*, pp. 353, 356.

IV

Análisis jurisprudencial del tratamiento de las creencias religiosas indígenas en conflictos de acaparamientos de tierras

La valiosa función que desempeñan los jueces y tribunales en la configuración del marco normativo que regula los derechos y la existencia misma de los pueblos autóctonos canadienses ya se ha puesto reiteradamente de manifiesto en las páginas precedentes. Es precisamente la trascendencia que se le otorga a las decisiones judiciales lo que ha motivado la inclusión de esta sección; destinada, en exclusiva, al estudio de casos sobre acaparamientos de tierras en los que la espiritualidad indígena ha estado presente,²²⁴ bien como reclamación explícita o bien como aspecto latente que, sin recibir una consideración especial en la línea argumental de las demandas indígenas, constituye su verdadera causa subyacente.

Tras esta primera relación de casos en base a la clasificación indicada, se abordará, seguidamente, la virtualidad de las creencias espirituales indígenas para fundamentar una sólida argumentación basada en la violación del derecho de libertad religiosa que estos pueblos poseen, para lo que resultará imprescindible analizar la Sentencia de la Corte Suprema de Canadá en el caso de la *Nación Ktunaxa v. Columbia Británica*,²²⁵ que representa el primer pronunciamiento del más alto ór-

²²⁴ Por ello, se ha descartado la inclusión de algunos emblemáticos casos sobre libertad religiosa indígena en la medida en que no puedan emplazarse en el contexto de este tipo de conflictos. A modo de ejemplo, *vid.* las Sentencias de la Corte Suprema de Canadá *Jack and Charlie v. The Queen*, [1985] 2 SCR 332; *R. v. Sioui*, [1990] 1 SCR 1025.

²²⁵ Sentencia de la Corte Suprema de Canadá *Nación Ktunaxa v. Columbia Británica*, [2017] SCC 54. Los casos que van a examinarse de aquí en adelante se han consultado en la base de datos del Instituto Canadiense de Información Jurídica (<https://www.can->

gano judicial del país en relación a los derechos religiosos de las comunidades indígenas sobre sus lugares sagrados.²²⁶ Con ello, se aspira a examinar el tratamiento concreto que han recibido tales creencias por parte de los tribunales canadienses en este tipo de conflictos y si la alegación de la violación de sus convicciones religiosas en efecto sirve para reforzar la protección que obtienen.

Una vez desarrollado el análisis jurisprudencial según los parámetros indicados, cierra esta sección el estudio de una recentísima Sentencia que puede llegar a representar un nuevo horizonte para la libertad religiosa de los pueblos indígenas,²²⁷ cuyas implicaciones se reflejan no solo en el reconocimiento de los derechos de estos pueblos a nivel judicial, sino también en cómo debe entenderse el principio de neutralidad religiosa del Estado en casos de este tipo. Si bien este pronunciamiento no puede agruparse con el resto de casos en base a la clasificación indicada, por motivos obvios que en su momento se detallarán, no se puede prescindir de su valoración crítica, con la que se concluye el cuerpo de este trabajo.

1. La espiritualidad aborígen como aspecto subyacente

1.1. *El caso Meares Island*

El primer caso que debe traerse a colación es el de *MacMillan Bloedel v. Mullin*,²²⁸ también conocido como el caso *Meares Island*, por recaer su principal controversia sobre esta pequeña isla de la costa oeste de la Isla de Vancouver que forma parte del territorio tradicional de los Nuuchah-nulth. Si bien desde mediados del siglo xx *MacMillan Blo-*

lii.org/en/), de modo que las referencias aportadas son las proporcionadas por este. Asimismo, cabe indicar que las abreviaturas BCSC y BCCA corresponden, respectivamente, al Tribunal Superior de Columbia Británica (*British Columbia Superior Court*) y al Tribunal de Apelación de la misma región (*British Columbia Court of Appeal*).

²²⁶ N. Bakht y L. Collins, «The Earth is Our Mother...», *op. cit.*, p. 780. Para un extremadamente minucioso análisis jurídico de los problemas actuales con los que se enfrentan las religiones indígenas en Canadá, *vid.*, en general, N. Shrubsole, *What Has No Place, Remains: The Challenges for Indigenous Religious Freedom in Canada Today*, University of Toronto Press, Toronto, 2019.

²²⁷ Se trata de la Sentencia del Tribunal Superior de Columbia Británica *Redmond v. Columbia Británica (Bosques, Tierras, Operaciones de Recursos Naturales y Desarrollo Rural)*, [2020] BCSC 561.

²²⁸ *Vid.* Sentencia del Tribunal Superior de Columbia Británica *MacMillan Bloedel Ltd. v. Mullin*, [1985] CanLII 708 (BCSC); Sentencia del Tribunal de Apelación de Columbia Británica *MacMillan Bloedel Ltd. v. Mullin*, [1985] CanLII 154 (BCCA).

edel había estado suscribiendo contratos de arrendamiento de tierras, no fue sino hasta noviembre de 1984 cuando, ya con las licencias necesarias, esta empresa se propuso iniciar sus trabajos de construcción de carreteras e instalaciones en la Isla Meares.²²⁹ A ello se opusieron tajantemente los miembros del pueblo originario Nuu-chah-nulth, quienes trataron de impedir el comienzo de tales proyectos bloqueando su acceso al territorio.²³⁰ Una vez entablado el consiguiente proceso en sede judicial, el pueblo indígena empleó una estrategia novedosa²³¹ basada en conseguir la detención temporal del proyecto como medida cautelar.²³² El Tribunal de Apelación de Columbia Británica, tras sopesar los posibles perjuicios que cada parte tendría que soportar si se aceptara la pretensión de la otra, sostuvo que permitir a la empresa iniciar sus trabajos en el territorio ancestral de los Nuu-chah-nulth sería mucho más devastador para la comunidad que si se parasen las obras para la empresa, de modo que falló a favor del pueblo aborigen.²³³

1.2. Los casos Deer Island y Westar Timber

En los cuatro años siguientes a esta decisión, dos casos similares fueron sometidos a la jurisdicción de la Corte siguiendo la misma estrategia. El primero de ellos es el caso *Deer Island*,²³⁴ también relativo a una pe-

²²⁹ M.L. Ross, *First Nations Sacred Sites...*, op. cit., p. 26.

²³⁰ R.P.C. JOSEPH, *Working Effectively with Aboriginal Peoples*, Indigenous Corporate Training, Port Coquitlam, 2006, p. 36.

²³¹ Ross concibe dos tipos de estrategias a través de las que los pueblos indígenas pueden perseguir la protección de sus lugares sagrados en sede judicial: la estrategia Meares (según la que se busca la interrupción temporal de las obras proyectadas como medida cautelar) y la estrategia Haida (que se basa en la revisión judicial de las decisiones administrativas por las que se aprueban los proyectos o actividades que amenazan la integridad del sitio sagrado). Al respecto, *vid.*, en especial, M.L. Ross, *First Nations Sacred Sites...*, op. cit., pp. 26 y 73. Muchos de los casos que a continuación se irán presentando siguen bien una estrategia o la otra, aunque se ha preferido clasificarlos en base a la importancia que se le otorga a la alegación de sus creencias religiosas sobre el territorio, por cuanto en torno a este extremo se estructura el presente análisis jurisprudencial.

²³² Para que la acción de la comunidad prosperase, se precisaba el cumplimiento escalonado de dos criterios elementales: 1.º) que la petición se basase en una cuestión seria y razonable y, solo en el caso de cumplirse el primero, 2.º) que la «balanza de conveniencia» (*balance of convenience*) se decantara a favor de su pretensión (*vid.* Sentencia *MacMillan Bloedel Ltd. v. Mullin* [BCSC], párr. 16).

²³³ Sentencia *MacMillan Bloedel Ltd. v. Mullin* (BCCA), p. 12. *Vid.*, también, N.D. SHRUBSOLE, «Secularization, Dispossession, Forced Deprivatization...», op. cit., p. 351.

²³⁴ *Vid.* Sentencia del Tribunal Superior de Columbia Británica *Hunt v. Halcan Log Services*, [1986] CanLII 863 (BCSC).

queña isla situada a un kilómetro de la costa este de la Isla de Vancouver que integra el territorio ancestral de los Kwakwak'wakw. La compañía Halcan Log Services compró la isla a MacMillan Bloedel en 1986 con la intención de iniciar sus operaciones de explotación maderera tan pronto como fuera posible. Cuando pretendía proceder a ello, se topó con la firme oposición de los pueblos indígenas que la habitaban.²³⁵ Estos alegaron en sede judicial que las actividades empresariales proyectadas afectarían gravemente sus derechos, tanto ancestrales como derivados de tratados, a cazar, recolectar, a acceder a las tumbas de sus antepasados y a seguir ejerciendo otros usos tradicionales de su territorio.²³⁶ Tras aplicar el test ya empleado en el caso *Meares Island*, el Tribunal decidió otorgar la medida cautelar a favor de la comunidad.²³⁷

El segundo caso posterior que sigue la estrategia explicada es el de *Westar Timber v. Ryan*,²³⁸ que se vio fuertemente influenciado por las sentencias expedidas en las instancias inferiores del ya mencionado caso *Delgamuukw*, antes de su llegada a la Corte Suprema de Canadá, debido a que ambos supuestos afectaban a los mismos pueblos indígenas: los Gitksan y Wet'suwet'en.²³⁹ De nuevo, la controversia giraba en torno a la construcción de carreteras y la ejecución de proyectos extractivos en tierras comprendidas en el territorio tradicional de estos pueblos.²⁴⁰ Llegado el caso al Tribunal de Apelación de Columbia Británica, este falló parcialmente a favor de las comunidades,²⁴¹ siguiendo la línea jurisprudencial establecida en el caso *Meares Island*.²⁴²

1.3. Particularidades comunes

Si algo llama particularmente la atención es que en ninguno de los tres casos expuestos se presentan las tierras que se pretende proteger como lugares sagrados. Y ello pese a que la principal preocupación para

²³⁵ M.L. Ross, *First Nations Sacred Sites...*, op. cit., p. 37.

²³⁶ Sentencia *Hunt v. Halcan Log Services*, párr. 4.

²³⁷ *Ibid.*, párr. 47. En concreto, la Corte tomó en consideración que avalar la continuación de las actividades empresariales implicaría prohibir al pueblo indígena acceder a su isla para visitar sus cementerios y celebrar ceremonias tradicionales.

²³⁸ *Vid.* Sentencia del Tribunal de Apelación de Columbia Británica *Westar Timber v. Ryan*, [1989] CanLII 2764 (BCCA).

²³⁹ Así lo indica el Tribunal de Apelación en *ibid.*, párr. 1 y 2, considerando, a su vez, que la acción principal se ejercita precisamente en el caso *Delgamuukw* y que el presente asunto no es sino una de las facetas de ese litigio mayor.

²⁴⁰ M.L. Ross, *First Nations Sacred Sites...*, op. cit., p. 39.

²⁴¹ Sentencia *Westar Timber v. Ryan*, párr. 114.

²⁴² M.L. Ross, *First Nations Sacred Sites...*, op. cit., p. 43.

cada uno de los pueblos afectados era precisamente la protección de las tierras reclamadas en su condición de sagradas.²⁴³ Esto puede encontrar su razón de ser en las numerosas incertidumbres a las que deben hacer frente los pueblos indígenas que deciden reclamar en sede judicial la protección de este tipo de lugares, lo que termina por disuadirlos de resaltar la condición sagrada del espacio que tratan de proteger. Al respecto, FORBES indica que son los propios pueblos indígenas los que tradicionalmente no han basado sus demandas en la violación de sus derechos religiosos. Esto puede deberse a que los resultados alcanzados en el pasado al alegar tal violación no han sido buenos; a que estos pueblos no conciben la religión como una esfera separada de sus vidas y culturas, tal y como sí que lo hacen los jueces y tribunales; o a que algunos pueblos no consideran al poder judicial como legitimado para juzgar sus creencias religiosas.²⁴⁴

Por su parte, Ross considera que uno de los grandes obstáculos para los pueblos que deciden luchar por la protección de sus lugares sagrados en cuanto tales es el de la traducción e interpretación cultural de sus intereses y preocupaciones por parte de profesionales que no comprenden sus cosmovisiones.²⁴⁵ BEAMAN, en esta misma línea, sostiene que la espiritualidad aborígen se sitúa fuera de los límites legales de la libertad religiosa, que está construida sobre parámetros típicamente eurocentristas en los que no se concibe la sacralidad intrínseca del mundo natural.²⁴⁶

Como consecuencia de todo ello, cuando los pueblos indígenas deciden sacar a relucir explícitamente sus creencias religiosas en casos judiciales, a menudo lo hacen como factores periféricos de la disputa principal, que suele girar en torno a sus derechos ancestrales de caza y pesca, sus derechos territoriales o los derivados de tratados.²⁴⁷ Es por ese motivo por el que se requiere analizar, seguidamente, determinados casos en que los pueblos aluden explícitamente a la vulneración de sus valores espirituales,²⁴⁸ si bien, en la mayoría de ocasiones, como aspectos accesorios a la controversia central.

²⁴³ *Ibid.*, p. 48. Así, Ross indica que la mayor preocupación de los Nuu-chah-nulth era la protección de sus cementerios sagrados; la de los Kwakwak'wakw, acceder a tales lugares y también protegerlos; los Gitksan y Wet'suwet'en, por su parte, consideraban que toda el área amenazada era sagrada (*ibid.*).

²⁴⁴ L. FORBES, «Legal Words Are Latent Thoughts...», *op. cit.*, p. 9.

²⁴⁵ M.L. ROSS, *First Nations Sacred Sites...*, *op. cit.*, pp. 21 y ss.

²⁴⁶ L.G. BEAMAN, «Aboriginal Spirituality and the Legal Construction...», *op. cit.*, pp. 136 y 137.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 136.

²⁴⁸ Los casos que a continuación van a presentarse han sido sometidos a un proceso de selección y, por tanto, no agotan todos los acontecidos en el territorio canadiense acerca de la problemática planteada.

2. La sacralidad del territorio como elemento secundario y/o periférico

2.1. Los casos Lower Tsitika Valley, Ure Creek y High Falls

Esta selección de casos debe comenzar con el conocido caso *Lower Tsitika Valley*,²⁴⁹ cuyo nombre proviene de la cuenca situada al noreste de la Isla de Vancouver sobre la que recae la controversia. El valle, considerado sagrado para el pueblo Tlowitsis-Mumtagila, de cuyo territorio ancestral forma parte, había sido previamente cerrado a la tala de madera por sus características ecológicas, si bien, tras un determinado período de tiempo, el Ministerio de Bosques decidió otorgar licencias para la tala y la construcción a la empresa más potente del sector en la región: la ya mencionada MacMillan Bloedel Ltd.²⁵⁰ Siguiendo la estrategia *Meares Island*, el pueblo indígena perjudicado trató de interrumpir temporalmente las obras proyectadas sobre su territorio a través de la solicitud de una medida cautelar. En sus alegaciones, este pueblo incidió en gran medida en las terribles consecuencias que la ejecución de obras en su cuenca tendría para sus valores espirituales. Y es que la cuenca representaba, para ellos, un área en la que ejercitaban prácticas religiosas, de manera que su explotación forestal constituía una profanación intolerable de su espacio sagrado.²⁵¹ A pesar de que la Corte apreció la significación sagrada del área controvertida, se mostró bastante suspicaz con el momento tan tardío en que el pueblo había alegado esta condición.²⁵² Ello motivó, entre otras razones de índole económica,²⁵³ que el Tribunal de Apelación, con-

²⁴⁹ Vid. Sentencia del Tribunal Superior de Columbia Británica *Tlowitsis-Mumtagila Band v. MacMillan Bloedel Ltd.*, [1991] 2 CNLR 164 (BCSC); Sentencia del Tribunal de Apelación de Columbia Británica *Tlowitsis-Mumtagila Band v. MacMillan Bloedel Ltd.*, [1991] 4 WWR 83 (BCCA).

²⁵⁰ J. HICKLING, «Religious Freedom in the New World...», *op. cit.*, p. 549.

²⁵¹ M.L. Ross, *First Nations Sacred Sites...*, *op. cit.*, p. 50. Con el fin de proporcionar un símil cultural, el pueblo llegó a compararlo con lo que representa una iglesia cristiana para la cultura occidental. Ante estas alegaciones, la compañía argumentó que no había ningún otro sitio a su disposición para sustituir el territorio del pueblo indígena afectado, al tiempo que expresó su preocupación por las posibles consecuencias que podría acarrear una decisión a favor de este pueblo, que, en conjunto con otras, supondrían un serio impedimento para proceder a la explotación forestal de áreas reclamadas como ancestrales por las naciones originarias (vid. Sentencia *Tlowitsis-Mumtagila Band v. MacMillan Bloedel Ltd.* [BCSC], p. 170).

²⁵² Sentencia *Tlowitsis-Mumtagila Band v. MacMillan Bloedel Ltd.* [BCSC], pp. 170-171. Vid., también, N. BAKHT y L. COLLINS, «The Earth is Our Mother...», *op. cit.*, p. 795.

²⁵³ Así, el Tribunal mostró su preocupación por las pérdidas que sufriría la empresa implicada, así como por las potenciales pérdidas de empleos en Columbia Británica

firmando el dictamen del Tribunal Superior de Columbia Británica,²⁵⁴ decidiera desestimar la solicitud de los Tlowitsis-Mumtagila.²⁵⁵

Unos meses después de esta negativa, los Lil'wat iniciaron una petición similar, aunque reivindicando, con mayor fuerza si cabe, la singularidad de su espacio sagrado, el *Ure Creek*,²⁵⁶ sobre el cual se había planeado la construcción de un camino forestal. La sacralidad de este arroyo es tal que, más allá de aquellos miembros de la comunidad involucrados en la formación de médicos y curanderos, muy pocos tenían permitido el acceso.²⁵⁷ En su solicitud, además de reclamar su título aborigen sobre el territorio en cuestión, el pueblo indígena puso de manifiesto la posesión de derechos ancestrales sobre este, que incluían su uso exclusivo no solo para llevar a cabo actividades de subsistencia, sino también con finalidades espirituales y para la protección de áreas sagradas, como lo son los cementerios donde se hallan sus antepasados.²⁵⁸ Sin embargo, el Tribunal Superior de Columbia Británica, al parecer influenciado por la sentencia emitida por ese mismo órgano en el caso *Delgamuukw*,²⁵⁹ denegó la solicitud de medida cautelar, argumentando que no se había planteado ante ella una cuestión seria o razonable y que, por ende, no podía entrar a valorar los perjuicios que podría sufrir el pueblo indígena ante la ejecución de las actividades planificadas.²⁶⁰

(*vid.* N.D. SHRUBSOLE, «Secularization, Dispossession, Forced Deprivatization...», *op. cit.*, p. 352).

²⁵⁴ Sentencia *Tlowitsis-Mumtagila Band v. MacMillan Bloedel Ltd.* (BCCA), p. 96.

²⁵⁵ J. HICKLING, «Religious Freedom in the New World...», *op. cit.*, p. 550.

²⁵⁶ *Vid.* Sentencia del Tribunal Superior de Columbia Británica *Mount Currie Indian Band v. International Forest Products*, [1991] BCJ 703 (BCSC).

²⁵⁷ M.L. ROSS, *First Nations Sacred Sites...*, *op. cit.*, p. 53.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 54. *Vid.*, también, Sentencia *Mount Currie Indian Band v. International Forest Products*, párr. 3-4.

²⁵⁹ En ella, el *Chief Justice* McEachern afirmó que el título aborigen había sido extinguido y que todos los derechos ancestrales que pervivían en relación a tierras de la Corona desocupadas constituían, únicamente, derechos usufructuarios y no exclusivos (*vid.* Sentencia del Tribunal Superior de Columbia Británica *Delgamuukw v. Columbia Británica*, [1991] CanLII 2372 [BCSC], pp. 519 y 542). No obstante, si bien el Tribunal de Apelación de Columbia Británica ya revocó esta decisión del Tribunal Superior de la provincia, cabe recordar que la sentencia definitiva en este caso fue la emitida por la Corte Suprema de Canadá en 1997, cuya extrema importancia ya se ha puesto reiteradamente de relieve en este trabajo.

²⁶⁰ N. BAKHT y L. COLLINS, «The Earth is Our Mother...», *op. cit.*, p. 796. Esto se debe a que, al no haber superado el primer requisito del test fijado en el caso *Meares Island* (*vid.* nota al pie núm. 232), la Corte no podía abordar la balanza de conveniencia entre los perjuicios que podría sufrir una parte u otra ante la aplicación de la medida solicitada.

El mismo camino siguió el caso *High Falls*,²⁶¹ esta vez en la provincia de Ontario y en relación a la construcción de una presa hidroeléctrica en un emblemático lugar sagrado de la nación ojibwa Poplar Point.²⁶² Un día después de que los operarios iniciaran los trabajos en la zona, el pueblo indígena, liderado por el Jefe Theron McCrady y acompañado por representantes de hasta seis comunidades indígenas, decidió bloquear pacíficamente las obras, ante la falta de consulta y de opciones a su disposición para poder detener la profanación de este espacio.²⁶³ Tras el incumplimiento por parte de la empresa de un acuerdo al que se había conseguido llegar con el Jefe McCrady,²⁶⁴ los ojibwa decidieron dejar el asunto en manos de los tribunales, solicitando la medida cautelar de detención temporal de las obras. Sin embargo, el Juez encargado del caso, al igual que ocurrió en el supuesto inmediatamente anterior, no consideró que la cuestión ante él planteada fuera seria o razonable, por lo que desestimó la petición.²⁶⁵ Y ello a pesar de que el pueblo ojibwa, previendo que les podía suceder lo mismo que a los Lil'wat, había tratado de demostrar, a toda costa, que su petición sí que planteaba una cuestión seria.²⁶⁶ Así, en su solicitud, tras remitirse a los documentos históricos en virtud de los cuales ostentaba derechos sobre el territorio controvertido,²⁶⁷ formuló los derechos específicos que se vulnerarían con la construcción de la presa, incluyendo, entre ellos, su derecho a evitar el deterioro y perjuicio de lugares sagrados y culturales; a saber, los cementerios que se inundarían, las cataratas del río que la presa silenciaría, así como el valle del río en sí mismo considerado.²⁶⁸

Antes de seguir avanzando en esta relación de casos en los que explícitamente se pone de relieve el impacto de las actividades empresariales sobre la espiritualidad aborigen del pueblo cuyo territorio pretende acapararse, cabe preguntarse por qué, en los tres primeros

²⁶¹ Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de Ontario (División General) *McCrady v. Ontario* [1991], OJ núm. 1722.

²⁶² M.L. Ross, *First Nations Sacred Sites...*, op. cit., p. 56. De interés, véase el Informe del Prof. Scott Hamilton en *ibid.*, p. 57, nota 119.

²⁶³ *Ibid.*

²⁶⁴ Así, la empresa incumplió el párrafo décimo del Acuerdo, en base al cual no se iniciarían las actividades de construcción con anterioridad a la celebración de una ceremonia tradicional aborigen, por medio de la cual el pueblo ojibwa rendiría sus últimos respetos al río que iba a ser violado y profanado por la presa (vid. *Poplar Point Ojibway Nation v. Ontario*, [1993] OJ núm. 601, párr. 7 y 8).

²⁶⁵ M.L. Ross, *First Nations Sacred Sites...*, op. cit., p. 60.

²⁶⁶ *Ibid.*

²⁶⁷ Sentencia *McCrady v. Ontario*, párr. 2.

²⁶⁸ *Ibid.*

casos expuestos, los pueblos indígenas implicados fracasaron en su intento por proteger sus lugares sagrados, a diferencia de los tres anteriores, en los que, sin alegar directamente vinculación alguna con su espiritualidad, sus peticiones obtuvieron el correspondiente aval judicial. Una primera observación de los casos podría llevar a concluir que la alegación expresa de la vulneración de sus valores espirituales, más que reforzar la protección que estos reciben en sede judicial, la debilita. Sin embargo, se precisa detenerse a analizar el contexto exacto en el cual se enmarcan todas estas decisiones, que se vieron altamente influenciadas por la sentencia provisional recaída en el caso *Delgamuukw*. Así, Ross entiende que el fallo emitido en 1991 por el Tribunal Superior de Columbia Británica²⁶⁹ bloqueó temporalmente la efectividad de la estrategia *Meares Island*, de manera que ninguna reclamación de título aborigen o derechos ancestrales, más allá de los meramente usufructuarios y no exclusivos, habría podido ser considerada una cuestión seria y razonable digna de ser sometida al escrutinio del poder judicial.²⁷⁰ Distinto es el supuesto de los Tlowitsis-Mumtagila, previo a esta decisión, en el que, a su parecer, el pueblo erró en la justificación del suficiente nivel de excepcionalidad del sitio sagrado.²⁷¹

2.2. *La relevancia del caso Delgamuukw v. Columbia Británica*

Sin perjuicio de lo que se acaba de exponer, finalmente la sentencia definitiva de este caso emitida por la Corte Suprema de Canadá revocó este polémico pronunciamiento del Tribunal Superior y, además de constituir un referente jurisprudencial acerca del contenido y características básicas del título aborigen, esta decisión presenta una marcada dimensión religiosa, que se manifiesta en dos sentidos: por una parte, en que su principal disputa versa sobre la tierra y, como ya se ha expuesto, muchos pueblos indígenas están unidos a ella mediante una conexión religiosa; y, por otra, en que la Corte Suprema entra a valorar si las tradiciones orales de los Gitksan y los Wet'suwet'en, que ellos mismos reputan de sagradas, pueden ser tomadas como medios de prueba

²⁶⁹ *Vid.* nota al pie núm. 259 del presente trabajo.

²⁷⁰ M.L. Ross, *First Nations Sacred Sites...*, *op. cit.*, p. 67.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 68. Así lo considera también SHRUBSOLE, quien señala que la reticencia manifestada por los Tlowitsis-Mumtagila a introducir en el debate público la importancia religiosa del espacio disputado afectó en gran medida al resultado del caso (*vid.* N.D. SHRUBSOLE, «Secularization, Dispossession, Forced Privatization...», *op. cit.*, p. 352).

fehacientes.²⁷² De hecho, ambos extremos se hallan íntimamente relacionados, como lo demuestra el hecho de que, en el juicio de instancia, los pueblos afectados basaron sus demandas en el uso histórico y en la propiedad de sus territorios, presentando como medio de prueba los «adaawk», esto es, una compilación de tradiciones orales sagradas de los Gitksan sobre sus ancestros, historias y territorios; y «kungax», una canción, baile o actuación que une a los Wet'suwet'en con la tierra.²⁷³ En este sentido, la Corte apreció que la prueba más reveladora de la unión espiritual entre estos pueblos y sus territorios era una festividad ceremonial celebrada por los Gitksan y los Wet'suwet'en en la que contaban sus historias e identificaban sus territorios con el fin de recordarse a sí mismos la conexión sagrada que mantenían con ellos.²⁷⁴ Si bien el Juez de instancia no aceptó la validez de estas tradiciones orales como medios de prueba,²⁷⁵ la Corte Suprema de Canadá, tras un considerado análisis, decidió valorarlas como tales.²⁷⁶

La relevancia de este pronunciamiento es, por ende, indiscutible, puesto que estableció el estándar a seguir en aquellos casos en que las tradiciones orales aborígenes se presentasen en juicio como medios de prueba.²⁷⁷ No obstante, es de destacar que, pese a que

²⁷² L. FORBES, «Legal Words Are Latent Thoughts...», *op. cit.*, p. 5. Al respecto, véase M.A. SIMPKINS, *After Delgamuukw: Aboriginal Oral Tradition as Evidence in Aboriginal Rights and Title Litigation* (tesis doctoral), Universidad de Toronto, Toronto, 2000.

²⁷³ Sentencia de la Corte Suprema *Delgamuukw v. Columbia Británica*, p. 1011. Acerca del significado que otorgan estos pueblos a las prácticas tradicionales mencionadas, *vid.* Sentencia del Tribunal Superior de Columbia Británica *Delgamuukw v. Columbia Británica* [1991], pp. 164 y ss.

²⁷⁴ Sentencia de la Corte Suprema *Delgamuukw v. Columbia Británica*, p. 1012. El lenguaje empleado por la Corte al tratar estas tradiciones orales es inequívocamente religioso. Así se analiza en L. FORBES, «Legal Words Are Latent Thoughts...», *op. cit.*

²⁷⁵ Sentencia de la Corte Suprema *Delgamuukw v. Columbia Británica*, p. 1012.

²⁷⁶ *Ibid.*, p. 1074. Para llegar a esta conclusión, la Corte partió de la importancia integral de estas tradiciones sagradas para las culturas distintivas de las naciones apelantes (*ibid.*, p. 1072) y se mostró bastante crítica con la postura adoptada por el Juez de instancia, ya que, de seguir su parecer en base al que este tipo de tradiciones jamás deberían obtener un valor autónomo en las decisiones judiciales, el ordenamiento jurídico canadiense estaría infravalorando sistemáticamente las tradiciones orales de los pueblos indígenas (*ibid.*, p. 1072). Por su parte, BORROWS considera que esta nueva línea jurisprudencial puede derivar en la sujeción de las tradiciones de los pueblos autóctonos al escrutinio de personas no indígenas, lo cual puede, a su vez, resultar muy problemático dada la incompreensión cultural que suele ir en detrimento de estos pueblos (*vid.* J. BORROWS, *Recovering Canada: The Resurgence of Indigenous Law*, University of Toronto Press, Toronto, 2002, pp. 86-92, citado en L. FORBES, «Legal Words Are Latent Thoughts...», *op. cit.*, p. 12).

²⁷⁷ L. FORBES, *Approaching the Unfamiliar: How the Religious Ways of Aboriginal Peoples are Understood in Delgamuukw v. British Columbia* (Trabajo Final de Máster), Universidad de Ottawa, Ottawa, 2012, p. 3.

la Corte Suprema reconoció el vínculo espiritual de los Gitksan y los Wet'suwet'en con sus tierras y, en consecuencia, admitió las tradiciones orales sagradas como prueba de ello, el caso en su conjunto se estructura en torno a la existencia o no del título aborigen de estos pueblos,²⁷⁸ lo que demuestra, una vez más, la tendencia a relegar el factor religioso a la condición de aspecto accesorio o periférico en el sistema judicial canadiense. Al respecto, BEAMAN entiende que la inclinación a no caracterizar estos temas dentro del ámbito de protección de la libertad religiosa genera una desacralización de las creencias aborígenes, que se ven comúnmente desplazadas a un segundo plano.²⁷⁹

A propósito de este último extremo mencionado, esto es, de la deliberación acerca de la existencia o no del título aborigen de estos pueblos sobre su territorio ancestral, cabe señalar que la Corte Suprema, en esta ocasión, decidió que el caso se debía someter a un nuevo juicio.²⁸⁰ Este nuevo juicio, sin embargo, nunca llegó,²⁸¹ lo que significa que los Wet'suwet'en y los Gitksan todavía no han obtenido una declaración de título aborigen como la que sí consiguieron los Tsilhqot'in en el año 2014.²⁸² Ello ha propiciado la aparición de nuevos conflictos sobre sus tierras, siendo el más reciente y polémico de ellos el que envuelve la construcción multibillonaria de un oleoducto de gas natural de 670 kilómetros sobre su territorio nacional. La empresa encargada de este proyecto, Coastal GasLink Pipeline Ltd., cuenta con una orden de medidas cautelares a su favor dictada el 31 de diciembre de 2019 por el Tribunal Superior de Columbia Británica.²⁸³ Los jefes hereditarios de estas naciones, por su parte, han conseguido llegar a un acuerdo con los Go-

²⁷⁸ L.G. BEAMAN, «Aboriginal Spirituality and the Legal Construction...», *op. cit.*, p. 144.

²⁷⁹ *Ibid.*

²⁸⁰ Sentencia de la Corte Suprema *Delgamuukw v. Columbia Británica*, p. 1135.

²⁸¹ J. KESTLER-D'AMOURS, «Understanding the Wet'suwet'en Struggle in Canada» (1 de marzo de 2020), <https://www.aljazeera.com/news/2020/3/1/understanding-the-wetsuweten-struggle-in-canada>; C. BELLRICHARD y J. BARRERA, «What You Need to Know about the Coastal GasLink Pipeline Conflict» (5 de febrero de 2020), <https://www.cbc.ca/news/indigenous/wet-suwet-en-coastal-gaslink-pipeline-1.5448363>.

²⁸² *Vid.* pp. 44 y 45 de la presente obra.

²⁸³ Sentencia del Tribunal Superior de Columbia Británica *Coastal GasLink Pipeline Ltd. v. Huson*, [2019] BCSC 2264. Al respecto, véase C. SMITH, «Wet'suwet'en Hereditary Chiefs Reject Ruling by B.C. Supreme Court Judge to Extend Coastal GasLink Pipeline Injunction» (31 de diciembre de 2019), <https://www.straight.com/news/1341891/wetsuweten-hereditary-chiefs-reject-ruling-bc-supreme-court-judge-extend-coastal>; S. O'NEILL, «For the Wet'suwet'en and Gitksan Peoples, Justice Has Been Denied. What Else is New?» (9 de enero de 2020), <https://www.theglobeandmail.com/opinion/article-for-the-wetsuweten-and-gitksan-peoples-justice-has-been-denied/>.

biernos provincial y federal, a pesar de que sus muchas diferencias en relación al proyecto siguen estando muy presentes.²⁸⁴

2.3. *El caso Halfway River First Nations*

En este supuesto,²⁸⁵ también se busca la protección de un lugar sagrado, aunque, de nuevo, en el marco de los derechos de caza derivados del Tratado núm. 8. La particularidad del caso reside en que el territorio en cuestión se sitúa fuera de la reserva de este grupo indígena. No obstante, su derecho de caza en esa concreta porción de tierra se encuentra expresamente previsto en el citado Tratado, al que se adhirió el pueblo en 1900, un año después de su negociación definitiva por las autoridades gubernamentales.²⁸⁶ En la década de 1980, la compañía Canadian Forest Products Ltd. (Canfor) empezó a obtener licencias forestales con el propósito de iniciar un Plan de Desarrollo Forestal en las proximidades de la reserva del pueblo Halfway River, lo que comprendía su área sagrada, situada inmediatamente al sur de aquella. Cuando al fin consiguieron planear el comienzo de sus actividades para el 27 de noviembre de 1996, los trabajadores que se acercaron al lugar fueron recibidos por un gran bloqueo. Tras estos hechos, Canfor solicitó una medida cautelar para poner fin a esta situación y, poco después de ello, la nación indígena decidió solicitar la revisión judicial de la decisión administrativa por la que se aprobaba el permiso de la empresa para operar en el territorio disputado.²⁸⁷

La sacralidad inherente a este espacio fue reconocida de modo explícito por la Corte, la cual, junto al derecho de caza que se derivaba de

²⁸⁴ S. WOOD, «Wet'suwet'en Agree to Sign Deal with B.C., Ottawa on Rights and Title, Despite Coastal GasLink Pipeline Dispute» (28 de abril de 2020), <https://thenarwhal.ca/wetsuweten-agree-to-sign-deal-with-b-c-ottawa-on-rights-and-title-despite-coastal-gaslink-pipeline-dispute/>. El jefe Woos ha declarado que este Acuerdo parte de donde se quedó el caso Delgamuukw (vid. J. KESTLER-D'AMOURS, «Understanding the Wet'suwet'en Struggle...», *op. cit.*). Véase, también, B. TRUMPENER, «Coastal GasLink Ramps Up Pipeline Work, 4 Months after Wet'suwet'en Land Conflict Sparked Rail Blockades» (16 de junio de 2020), <https://www.cbc.ca/news/canada/british-columbia/coastal-gaslink-pipeline-ramps-up-after-land-conflict-1.5614446>.

²⁸⁵ Vid. Sentencia del Tribunal Superior de Columbia Británica *Halfway River First Nation v. Columbia Británica*, [1997] CanLII 2719 (BCSC); Sentencia del Tribunal de Apelación de Columbia Británica *Halfway River First Nation v. Columbia Británica*, [1999] BCJ núm. 1880 (BCCA).

²⁸⁶ Sentencia *Halfway River First Nation v. Columbia Británica* (BCCA), párr. 9. El texto íntegro del Tratado se encuentra recogido en esta Sentencia del Tribunal de Apelación de Columbia Británica, en los párr. 205 y ss.

²⁸⁷ M.L. Ross, *First Nations Sacred Sites...*, *op. cit.*, pp. 98 y 99.

la adhesión al Tratado, advirtió que este pueblo poseía un derecho ancestral al uso de esta determinada porción de tierra con finalidades religiosas y espirituales.²⁸⁸ Sin embargo, tras este sucinto reconocimiento, el razonamiento del Juez giró exclusivamente en torno a si el procedimiento administrativo había sido válido. Este examen dejó en evidencia que la Corona no había satisfecho sus obligaciones fiduciarias para con la nación Halfway River, por cuanto el Ministerio de Bosques no había realizado todo esfuerzo razonable para desarrollar una consulta con el pueblo afectado. En concreto, este órgano no se había informado adecuadamente acerca de los derechos ancestrales y derivados de tratados en la zona controvertida y de los impactos que la aprobación del permiso tendría sobre ellos.²⁸⁹ Una vez concluida la invalidez de las decisiones administrativas, el pueblo indígena presentó una solicitud en la cual establecía el procedimiento a seguir a partir de entonces. De los seis extremos señalados en tal escrito, el Juez de instancia decidió conceder tan solo la primera parte de ellos,²⁹⁰ indicando que esperaba que no se volviera a tomar ninguna decisión sin un proceso significativo de consulta con el pueblo perjudicado.²⁹¹ El Tribunal de Apelación de Columbia Británica, por su parte, desestimó el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio de Bosques y la empresa, confirmando, así, el pronunciamiento del Tribunal Superior de esta provincia.²⁹²

2.4. *El caso Siska Creek*

Para finalizar la correlación de casos destacados en la década de 1990, cabe traer a colación el caso *Siska Creek*,²⁹³ promovido por la comunidad Nlha7kapmx, perteneciente a la banda india siska, con el objetivo de preservar su cuenca sagrada del mismo nombre, que se sitúa al este de Vancouver en la región del cañón del río Fraser.²⁹⁴ Las razones por las que esta comunidad valora la cuenca son diversas, pero entre ellas destaca su carácter sagrado, pues es un área en que tradicionalmente se han desarrollado ceremonias y actividades espirituales y

²⁸⁸ Sentencia *Halfway River First Nation v. Columbia Británica* (BCCA), párr. 181.

²⁸⁹ *Ibid.*, párr. 159.

²⁹⁰ M.L. Ross, *First Nations Sacred Sites...*, *op. cit.*, p. 106.

²⁹¹ Sentencia *Halfway River First Nation v. Columbia Británica* (BCSC), párr. 162.

²⁹² Sentencia *Halfway River First Nation v. Columbia Británica* (BCCA), párr. 236.

²⁹³ *Vid.* Sentencias del Tribunal Superior de Columbia Británica *Munro v. Columbia Británica*, [1998] CanLII 3904 (BCSC); *Siska Indian Band v. Columbia Británica*, [1999] CanLII 2736 (BCSC).

²⁹⁴ J. HICKLING, «Religious Freedom in the New World...», *op. cit.*, p. 552.

religiosas. De este modo, cualquier alteración significativa que pueda practicarse sobre esta cuenca es contraria al código ético del lugar.²⁹⁵ La comunidad siempre lo ha considerado un lugar excepcional y único cuyo valor cultural permanecía intacto debido a que sobre él no se había ejecutado ninguna actividad industrial.²⁹⁶ Sin embargo, en los noventa, una empresa relativamente pequeña, J.S. Jones Holdings, comenzó a diseñar su plan para la cosecha de madera en la cuenca, lo que suscitó la radical oposición de la comunidad, que presentó una solicitud para la revisión judicial de ciertas decisiones administrativas, así como para la interrupción de las inminentes obras.²⁹⁷

En 1998, el Juez Smith decidió desestimar la solicitud de la banda debido a que entendió que esta no había demostrado el daño irreparable que sufriría si no se paralizaban las obras,²⁹⁸ tras lo cual se dio inicio a la construcción de las carreteras de acceso. Un año después, la empresa empezó a ejecutar sus actividades de extracción de madera, que se prolongaron durante varios meses. Ante esta flagrante violación de su espacio sagrado, la comunidad recurrió a la desobediencia civil, optando por bloquear el acceso a las obras.²⁹⁹ Estos hechos dieron lugar a un nuevo procedimiento judicial en el que nuevamente la banda vio desestimadas sus pretensiones,³⁰⁰ por considerar la Corte que la balanza de conveniencia se decantaba a favor de proseguir con la explotación forestal.³⁰¹ Y ello pese al especial hincapié que hizo la banda en la excepcional importancia espiritual y cultural que la zona afectada ostentaba para ellos, al constituir su área predilecta (y, en ocasiones, la única que poseían) para el desarrollo de sus prácticas espirituales y culturales.³⁰²

²⁹⁵ M.L. Ross, *First Nations Sacred Sites...*, *op. cit.*, p. 64.

²⁹⁶ Sentencia *Munro v. Columbia Británica*, párr. 7. *Vid.*, también, J. HICKLING, «Religious Freedom in the New World...», *op. cit.*, p. 552.

²⁹⁷ M.L. Ross, *First Nations Sacred Sites...*, *op. cit.*, p. 65.

²⁹⁸ Sentencia *Munro v. Columbia Británica*, párr. 23 y 31.

²⁹⁹ J. HICKLING, «Religious Freedom in the New World...», *op. cit.*, p. 553.

³⁰⁰ A este respecto, el Juez encargado del asunto tomó en consideración muchas de las mismas razones económicas que motivaron la negativa al pueblo Tlowitsis-Mumtagila, al tiempo que cuestionó la excepcionalidad espiritual y cultural del espacio que pretendía explotarse (*vid.* N.D. SHRUBSOLE, «Secularization, Dispossession, Forced Deprivatization...», *op. cit.*, p. 352).

³⁰¹ Sentencia *Siska Indian Band v. Columbia Británica*, párr. 50.

³⁰² Sentencia *Siska Indian Band v. Columbia Británica*, párr. 40. Los Siska llegaron a presentar informes académicos y declaraciones juradas acerca de la importancia cultural, espiritual y económica del área disputada para fundamentar su reclamación de que se trataba de un área de «excepcional importancia espiritual y cultural» (*vid.* N.D. SHRUBSOLE, «Secularization, Dispossession, Forced Deprivatization...», *op. cit.*, p. 352).

2.5. *Los casos de las Naciones Squamish y Wahgoshig*

Con el comienzo del nuevo milenio, se observa que, en la misma línea seguida durante el siglo precedente, muchos son los asuntos que llegan a los tribunales, sobre todo a nivel provincial, en los que se reclama explícitamente un impacto directo de actividades empresariales sobre la espiritualidad aborígena en relación a la tierra, en especial a través de sus lugares sagrados. Ello se aprecia, en primer lugar, en el caso de la *Nación Squamish*,³⁰³ que solicita al Tribunal Superior de Columbia Británica la invalidez de ciertas decisiones administrativas para la construcción de un resort de esquí, golf y propiedad inmobiliaria, tomadas sin la preceptiva consulta a las comunidades sobre cuyo territorio se habían planeado.³⁰⁴ La solicitud de la comunidad se funda en la exis-

³⁰³ Vid. Sentencia del Tribunal Superior de Columbia Británica *The Squamish Nation et al. v. The Minister of Sustainable Resource Management et al.*, [2004] BCSC 1320 (CanLII). Uno de los casos más mediáticos y controvertidos en que se halla inmersa esta nación es el relativo al proyecto de expansión del Trans Mountain Pipeline. Al respecto, cabe indicar que el Gobierno canadiense ha decidido seguir adelante con su ejecución, que extenderá el oleoducto Trans Mountain que une Alberta y Columbia Británica con la intención de abrir nuevos mercados de petróleo, hasta el momento dominado por Estados Unidos. Las protestas contra este proyecto por parte de comunidades indígenas han sido incesantes y se basan, en especial, en el gravísimo impacto que tendrá sobre su venerada Madre Naturaleza. Vid., en general, I. AUSTEN, «Canada Approves Expansion of Controversial Trans Mountain Pipeline» (18 de junio de 2019), <https://www.nytimes.com/2019/06/18/world/canada/trudeau-trans-mountain-pipeline.html>; J.P. TASKER, «Trudeau Cabinet Approves Trans Mountain Expansion Project» (18 de junio de 2019), <https://www.cbc.ca/news/politics/tasker-trans-mountain-trudeau-cabinet-decision-1.5180269>; D. PENNER, «Trans Mountain Pipeline Construction Continues as New Critique Released» (14 de noviembre de 2020), <https://vancouversun.com/news/local-news/trans-mountain-pipeline-construction-continues-as-new-critique-released>. Además, un reciente informe señala que los valores espirituales indígenas son uno de los aspectos que mayor impacto sufrirá como consecuencia de la expansión del oleoducto (Crown Consultation and Accommodation Report, *Trans Mountain Expansion Project*, 2019). El CERD se ha pronunciado en fechas recientes y ha exigido al Gobierno canadiense que detenga la construcción de tres grandes proyectos, entre los que figura el mencionado. Ello es consecuencia de la aprobación y construcción de estos tres proyectos sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas afectados (al respecto, véase L. KANE, «UN Racism Committee Calls for Halt to Site C, Trans Mountain and LNG Pipeline» [6 de enero de 2020], <https://www.theglobeandmail.com/canada/article-un-racism-committee-calls-for-halt-to-site-c-trans-mountain-and-lng-2/>). En contra de esto se ha manifestado el Tribunal Federal de Apelación, que, con fecha 4 de febrero de 2020, desestimó la pretensión de esta Nación sobre el deficiente desarrollo de un proceso de consulta previa, libre e informada (vid. la Sentencia del Tribunal Federal de Apelación *Coldwater First Nation v. Canada [Attorney General]*, [2020] FCA 24).

³⁰⁴ Sentencia *The Squamish Nation v. The Minister of Sustainable Resource Management*, párr. 7.

tencia de su título aborígen sobre las citadas tierras, así como en sus derechos ancestrales a usar el área disputada para la práctica de actividades culturales y sagradas y otros usos tradicionales.³⁰⁵ En su razonamiento, la Corte trae expresamente a colación el caso *Halfway River*,³⁰⁶ como punto de referencia para la resolución del asunto sometido a su jurisdicción,³⁰⁷ concluyendo, al respecto, que existe un deber constitucional y fiduciario de consulta a los pueblos indígenas que debe cumplirse antes de que se tome una decisión final con respecto a sus territorios tradicionales.³⁰⁸

También relacionado con el deber de consulta que la Corona está obligada a satisfacer en virtud del conocido principio del «honor de la Corona»,³⁰⁹ debe resaltarse el caso de la *Nación Wahgoshig*,³¹⁰ cuyo territorio ancestral, situado en la zona del Tratado núm. 9, se vio acaparado por la empresa Solid Gold con finalidades de exploración minera sin que esta, por delegación de la Corona, hubiese llevado a cabo un procedimiento de consulta al respecto.³¹¹ Ante este incumplimiento, los Wahgoshig decidieron solicitar la interrupción temporal de las obras planeadas sobre sus tierras, apelando al carácter sagrado que estas tenían para ellos, por cuanto representaban el lugar que los había visto nacer como pueblo.³¹² Entre los derechos ancestrales y derivados de tratado de que eran titulares, cabe destacar el derecho a practicar su estilo tradicional de vida sagrado y sus actividades ceremoniales, así como el derecho a usar y preservar sus lugares sagrados, áreas de ora-

³⁰⁵ *Ibid.*, párr. 1. La nación considera que se trata de un área de gran sensibilidad en la que se debe tomar un cuidado especial para proteger sus valores culturales sagrados (*ibid.*, párr. 15).

³⁰⁶ *Vid.* pp. 72-73 de esta investigación.

³⁰⁷ Sentencia *The Squamish Nation v. The Minister of Sustainable Resource Management*, párr. 86.

³⁰⁸ *Ibid.*, párr. 99 y 100. Más recientemente, se ha informado de que, tras la celebración de la consulta con la nación Squamish y la obtención del correspondiente Certificado de Evaluación Ambiental, se planea el inicio de la construcción del resort en armonía con las demandas indígenas. *Vid.* el Certificado de Evaluación Ambiental emitido por el Ministerio de Bosques, Tierras y Recursos Naturales en fecha de 26 de enero de 2016 y el documento que expresa las razones por las que se entrega el Certificado. Accesible en: <https://es.scribd.com/document/297170992/Garibaldi-Decision>. Asimismo, véase K. CHAN, «New Renderings of the Proposed Garibaldi Ski Resort Near Squamish» (22 de octubre de 2020), <https://dailyhive.com/vancouver/garibaldi-squamish-ski-resort-renderings-design>.

³⁰⁹ *Vid.* nota al pie núm. 127 del presente trabajo.

³¹⁰ *Vid.* Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Ontario *Wahgoshig First Nation v. Her Majesty the Queen in Right of Ontario et al.*, [2011] ONSC 7708 (CanLII).

³¹¹ *Ibid.*, párr. 1-3.

³¹² *Ibid.*, párr. 4.

ción y cementerios, los cuales se verían irremediablemente dañados de proceder con la consecución del proyecto minero.³¹³ La Corte, tras realizar un repaso jurisprudencial de los daños que puede ocasionar la falta de consulta al pueblo indígena,³¹⁴ concluyó que la balanza de conveniencia favorecía la detención de la exploración minera.³¹⁵

2.6. *La polémica sobre las Chaudiere Falls*

En esta misma provincia, particularmente controvertido resulta el persistente conflicto que envuelve a las *Chaudiere Falls*,³¹⁶ consideradas un emblemático lugar sagrado de encuentro indígena desde tiempos inmemoriales que simboliza una especie de «catedral indígena».³¹⁷ Estas cataratas, que forman parte del territorio no cedido de la nación Algonquin, se ubican en el Río Ottawa, es decir, en el núcleo mismo de la capital del país,³¹⁸ lo que las ha convertido en el objetivo de numerosos proyectos de desarrollo.³¹⁹ El más reciente gira en torno a la construcción de un complejo residencial en las Islas Chaudiere y Albert.³²⁰ A él se ha opuesto

³¹³ *Ibid.*, párr. 5.

³¹⁴ *Ibid.*, párr. 41-56.

³¹⁵ *Ibid.*, párr. 73. Interpuesto recurso de apelación de la Sentencia, el Tribunal Superior de Justicia de Ontario decidió no escucharlo (*vid.* S. KERWIN, «Wahgoshig First Nation v. Solid Gold Resources Corp., Ontario Superior Court of Justice – Divisional Court, 2013 ONSC 632 [Aston, Hermand and Ray J.J.]» [25 de enero de 2013], https://blg.com/en/News-And-Publications/Publication_3477 [último acceso 10 de julio de 2019]).

³¹⁶ Al respecto, *vid.* Sentencia de la Corte Divisinal del Tribunal Superior de Justicia de Ontario *Cardinal v. Windmill Green Fund LPV*, [2016] ONSC 3456 (CanLII).

³¹⁷ L. LAMBERT, «Chaudière Falls is an Indigenous Cathedral» (1 de octubre de 2016), <http://anishinabeknews.ca/2016/10/01/chaudiere-falls-is-an-indigenous-cathedral/>. *Vid.*, también, J.L. PILON y R. BOSWELL, «Bellow the Falls: An Ancient Cultural Landscape in the Centre of (Canada's National Capital Region) Gatineau», *Canadian Journal of Archaeology*, vol. 39, 2015, pp. 257-293.

³¹⁸ *Vid.* W. JACKSON y A. ORMSBY, «Urban Sacred Natural Sites –A Call For Research», *Urban Ecosyst*, vol. 20, 2017, p. 679. Acerca de los derechos al agua de los pueblos autóctonos canadienses, véase en general K. MATSUI, *Native Peoples and Water Rights: Irrigation, Dams, and the Law in Western Canada*, McGill-Queen's University Press, Montreal, 2009.

³¹⁹ Para una breve relación de hechos, véase L. LAMBERT, «Chaudière Falls...», *op. cit.*

³²⁰ *Vid.* J. MUNSON, «New Algonquin Land Claim Challenges Chaudière Falls Project» (6 de abril de 2017), <https://ipolitics.ca/2017/04/06/new-algonquin-land-claim-challenges-chaudiere-falls-project/>; K. NELSON, «“You Don't Build Condos in the Vatican”: Tensions Linger as 1st Tenants Move in to Ottawa-Gatineau Development» (29 de noviembre de 2018), <https://www.cbc.ca/radio/thecurrent/the-current-for-november-29-2018-1.4922409/you-don-t-build-condos-in-the-vatican-tensions-linger-as-1st-tenants-move-in-to-ottawa-gatineau-development-1.4922416>.

por vía judicial el conocido arquitecto métis Douglas Cardinal,³²¹ que apeló la orden final emitida por la Junta Municipal de Ontario por la que se concedía el permiso para la reconstrucción de estas tierras.³²² En el caso suscitado ante la Corte Divisional del Tribunal Superior de Justicia de Ontario, Cardinal incidió en la naturaleza sagrada del área sobre la que se planeaba ejecutar el Proyecto,³²³ solicitando una declaración del derecho al manejo y gestión que existe sobre estas tierras indígenas sagradas³²⁴ y la realización de una consulta con todas las garantías,³²⁵ entre otras peticiones, todas las cuales resultaron desestimadas.³²⁶

2.7. El caso de las Treaty One First Nations

A nivel federal, el caso de las *Treaty One First Nations*³²⁷ enfrentó a siete pueblos indígenas agrupados bajo tal denominación contra tres proyectos para la construcción de oleoductos sobre sus territorios ancestrales.³²⁸ Durante la tramitación de las licencias requeridas, la nación originaria Standing Buffalo puso de manifiesto la existencia de lugares sagrados que se extendían por las zonas propuestas para la construcción de los tres oleoductos.³²⁹ En el supuesto concreto del Proyecto Keystone, la Oficina Nacional de la Energía (*National Energy Board*) aprobó su permiso con una serie de condiciones, entre las que se encontraba el compromiso asumido por la empresa de dialogar con los pueblos indígenas acerca del potencial impacto del proyecto en lugares sagrados, de desarrollar un plan de trabajo y de incorporar en su Plan de Protección Medioambiental la mitigación de tales impactos.³³⁰ Las

³²¹ Vid. D. CARDINAL, «When Condos Speak Louder than Words, and the Battle for Chaudière Falls» (19 de agosto de 2016), <https://ottawacitizen.com/news/local-news/douglas-cardinal-when-condos-speak-louder-than-words-and-the-battle-for-chaudiere-falls>.

³²² Vid. Decisión de la Junta Municipal de Ontario *Jackman v. Ottawa* (City), [2015] CanLII 77336 (ON LPAT).

³²³ Sentencia *Cardinal v. Windmill Green Fund LPV*, párr. 29.

³²⁴ *Ibid.*, párr. 13.

³²⁵ *Ibid.*, párr. 21 y ss.

³²⁶ *Ibid.*, párr. 35.

³²⁷ Vid. Sentencia de la Corte Federal de Canadá *Brokenhead Ojibway First Nation v. Canada* (*Attorney General*), [2009] FC 484 (CanLII).

³²⁸ *Ibid.*, párr. 1. Se trata de los Proyectos Keystone Pipeline, Southern Lights Pipeline y Alberta Clipper Pipeline, a cuyos procedimientos administrativos de tramitación dedica la Corte los párrafos siguientes.

³²⁹ *Ibid.*, párr. 5, 10 y 11.

³³⁰ *Ibid.*, párr. 5. Este Proyecto se vio completado en 2010 y, en la actualidad, se ha diseñado la construcción del oleoducto Keystone Pipeline XL, que seguiría la trayec-

naciones originarias del Tratado núm. 1, entendiendo que los esfuerzos realizados por las empresas y la Oficina Nacional de la Energía para consultar y acomodar sus preocupaciones no habían sido suficientes y no podían sustituir las obligaciones más amplias que recaían sobre la Corona, decidieron plantear su pretensión en sede judicial,³³¹ la cual se vio, no obstante, desestimada, por considerar la Corte que el deber de consulta de la Corona sí que había sido satisfecho.³³²

2.8. *El emblemático caso de la Nación Tsilhqot'in ante la Corte Suprema de Canadá*

Por último, en la década pasada, sobresale un asunto relacionado con los valores espirituales indígenas que consiguió llegar a la Corte Suprema de Canadá. Se trata del ya mencionado caso de la *Nación Tsilhqot'in*, la única, en la historia de Canadá, que ha probado y ganado su título aborígen ante la Corte Suprema del país.³³³ Los comienzos de este asunto se remontan a 1989, cuando los Tsilhqot'in buscaron la defensa de su tierra y de sus modos de vida ante la imparable amenaza de la explotación industrial de su territorio y la irreparable devastación que esta les conllevaría. Pese a que trataron de evitar la vía judicial a toda costa, finalmente comprendieron que esta era su única opción para sobrevivir y, en consecuencia, decidieron embarcarse en un dilatado proceso que se prolongó durante veinticinco años,³³⁴ mediante el cual este pueblo trató de proteger su territorio con gran vigor y ferocidad.³³⁵

Si bien las referencias a la espiritualidad de este pueblo son continuas en las sentencias de los tribunales inferiores, la sentencia defi-

toria del oleoducto original. A él se han opuesto formalmente más de 150 pueblos indígenas norteamericanos, conscientes de los graves peligros que ello ocasionaría a sus territorios tradicionales (*vid.* APTN National News, «American Tribes Sign Treaty Joining First Nations Opposed to Keystone Pipeline» [9 de agosto de 2017], <https://aptnnews.ca/2017/08/09/american-tribes-sign-treaty-joining-first-nations-opposed-to-keystone-pipeline/>).

³³¹ Sentencia *Brokenhead Ojibway First Nation v. Canada*, párr. 15.

³³² *Ibid.*, párr. 45.

³³³ E. GILPIN, «Sacred land, water, rights» (21 de marzo de 2019), <https://www.nationalobserver.com/2019/03/21/tsilhqotins-spiritual-war-protect-land-water-rights>.

³³⁴ D.M. ROSENBERG y J. WOODWARD, «The Tsilhqot'in Case: The Recognition and Affirmation of Aboriginal Title in Canada», *University of British Columbia Law Review*, vol. 48, núm. 3, p. 950.

³³⁵ *Ibid.*, p. 945.

nitiva del caso omite por completo cualquier mención al respecto, al centrar su análisis exclusivamente en torno al título aborigen de esta nación originaria. Así, el Tribunal Superior de Columbia Británica dedica, en su sentencia, una sección específica a la espiritualidad,³³⁶ en la que pone de relieve que se trata de un pueblo profundamente espiritual que arraiga sus valores al máximo respeto por la tierra, las plantas y los animales.³³⁷ Una de las cuestiones que debían ser resueltas por el Tribunal era si el pueblo Tsilhqot'in estaba legitimado para obtener una declaración de los derechos ancestrales de caza y captura de animales con finalidades espirituales, ceremoniales y culturales,³³⁸ cuya existencia fue expresamente reconocida por las autoridades públicas demandadas.³³⁹ Finalmente, y a pesar de que el pueblo indígena consiguió el reconocimiento de los derechos ancestrales mencionados, no ocurrió lo mismo con la declaración de su título aborigen,³⁴⁰ por lo que decidió recurrir la decisión ante el Tribunal de Apelación de Columbia Británica³⁴¹ y, en última instancia, ante la Corte Suprema de Canadá, que, como ya se ha señalado, realizó la primera declaración de título aborigen de su historia. A pesar de esta decisión histórica, la lucha de este pueblo indígena por el pacífico goce y disfrute de su territorio sagrado sigue en marcha, puesto que nuevos proyectos continúan amenazando su integridad.³⁴²

³³⁶ Vid. Sentencia del Tribunal Superior de Columbia Británica *Tsilhqot'in Nation v. Columbia Británica*, (2007) BCSC 1700, párr. 418-425. También aborda directamente la virtualidad de las tradiciones orales de este pueblo para constituir medios de prueba válidos y, siguiendo la línea jurisprudencial establecida en *Delgamuukw*, aceptó aquellas que conseguían superar un test de fiabilidad (párr. 139). Al respecto, vid. L. WEIR, «“Time Immemorial” and Indigenous Rights: A Genealogy and Three Case Studies (Calder, Van der Peet, Tsilhqot'in) from British Columbia», *Journal of Historical Sociology*, vol. 26, núm. 3, 2013, p. 401.

³³⁷ Sentencia *Tsilhqot'in Nation v. Columbia Británica*, [BCSC] párr. 418. Como muestra de ello, cabe remitirse a la Declaración que el pueblo Xení Gwet'in, uno de los seis que conforman la nación originaria Tsilhqot'in, realizó el 23 de agosto de 1989 como respuesta a la propuesta de explotación forestal en su territorio, en la que destacaron que las tierras reclamadas representaban las tierras natales espirituales de su pueblo, por lo que seguirían practicando sus modos de vida espirituales y sagrados, así como su religión, en perpetuidad (párr. 59.f.iii).

³³⁸ *Ibid.*, párr. 101.b.

³³⁹ *Ibid.*, párr. 1223.

³⁴⁰ *Ibid.*, párr. 1375.

³⁴¹ Vid. Sentencia del Tribunal de Apelación de Columbia Británica *Tsilhqot'in Nation v. Columbia Británica*, (2012) BCCA 285.

³⁴² Al respecto, véase E. GILPIN, «Sacred land, water, rights», *op. cit.*; B. TRUMPENER, «“That’s Our Church: Tsilhqot'in roadblock halts Taseko Mine Work on Land Considered Sacred» (2 de julio de 2019), <https://www.cbc.ca/news/canada/british-columbia/>

2.9. Observación preliminar

En las páginas precedentes se han expuesto, por un lado, tres casos en que, pese a haberse ocultado la naturaleza sagrada del espacio que se pretendía proteger, los resultados obtenidos fueron positivos y, por otro, hasta once supuestos cuyos desenlaces han sido ampliamente dispares, si bien en todos ellos los pueblos indígenas afectados alegaron expresamente, como aspecto periférico a la disputa principal, la sacralidad del territorio sobre el que se planeaba ejecutar proyectos empresariales. En estos últimos, aun alegando en sus demandas la existencia de lugares de especial significación espiritual para las comunidades perjudicadas y con independencia de si sus pretensiones resultaron finalmente estimadas o no, se advierte una clara tendencia por parte de los miembros del poder judicial encargados de examinar los respectivos asuntos a no otorgar importancia alguna a estos extremos en sus decisiones finales, las cuales suelen centrarse, casi exclusivamente, en el análisis de aspectos procedimentales y de los derechos ancestrales potencialmente vulnerados, con una especial atención al deber de consulta de la Corona.

De este modo, se observa que, desafortunadamente, no importa si los pueblos indígenas afectados se decantan por alegar expresamente la sacralidad del territorio disputado o si, más bien, deciden no hacer públicos sus sistemas de valores espirituales y continuar manteniéndolos en su intimidad, pues los tribunales se muestran propensos a no tomar este extremo en consideración en sus razonamientos, dificultando, así, el ejercicio del derecho de libertad religiosa de estos pueblos y discriminándolos. Las previsibles consecuencias de esta inclinación jurisprudencial pueden ser devastadoras para el reconocimiento de estos sistemas en pie de igualdad con los clásicos sistemas religiosos dominantes, lo que representa una dificultad añadida más a todas las que ya se ha visto que tienen que soportar estos pueblos.

tsilhqot-in-nation-sacred-lakes-taseko-prosperity-gold-1.5196626; M. LAMB-YORSKI, «Tsilhqot'in Nation Appeals to UN to Support its Fight Against Taseko Mines Drilling Program» (17 de julio de 2019), <https://www.wltribune.com/news/tsilhqotin-nation-appeals-to-u-n-to-support-its-fight-against-taseko-mines-drilling-program/>. En el terreno judicial, destacan, muy recientemente, la Sentencia del Tribunal Superior de Columbia Británica *William v. British Columbia*, [2018] BCSC 1425, y la subsiguiente Sentencia del Tribunal de Apelación de Columbia Británica *William v. British Columbia*, [2019] BCCA 74, en las que esta nación vio desestimadas sus pretensiones sobre un área de su territorio ancestral clave para el desarrollo de actividades espirituales y ceremoniales.

3. La pretendida violación del derecho de libertad religiosa: el caso *Nación Ktunaxa v. Columbia Británica*

3.1. Aspectos introductorios

La singularidad del apartado que con estas líneas comienza radica en que tiene por objeto el primer caso que llega a la Corte Suprema de Canadá en el que la nación originaria implicada basa su demanda en la violación de su derecho de libertad religiosa sobre una parte de su territorio ancestral, de manera que los valores espirituales indígenas dejan de ser relegados a la categoría de elementos secundarios para convertirse en los verdaderos protagonistas del supuesto a enjuiciar. Sin embargo, que este caso sea el único que haya llegado a la Corte Suprema no implica que sea el único en que se haya alegado explícitamente la vulneración de tan radical derecho humano ante una problemática similar. Así, con carácter previo, los pueblos Kelly Lake Cree Nation y Saulteau First Nation se aventuraron a emprender este camino para la defensa de su espacio sagrado, conocido como el área de las Hermanas Gemelas (*Twin Sisters*), debido al apelativo tradicionalmente acuñado a las dos montañas de que emana su sacralidad. Se trata de un territorio considerado sagrado por varias de las naciones originarias de la región, lo que dota a esta área de una relevancia singular.³⁴³ A pesar de que la compañía Amoco venía desarrollando trabajos en ella desde 1988, no fue sino hasta 1991 cuando, a la vista de la posible existencia de un yacimiento de gas natural, solicitó un permiso al Ministerio de Energías y Minas para la perforación de este determinado territorio, que había permanecido intacto hasta el momento.³⁴⁴

Unos años más tarde,³⁴⁵ los pueblos indígenas citados decidieron solicitar la interrupción de las operaciones de esta empresa por la vía judicial en base a dos reclamaciones principales: que la Corona no había dado cumplimiento a su deber de consulta y que las operaciones de la empresa violaban su derecho de libertad religiosa consagrado en la sección 2 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades.³⁴⁶ Una vez el

³⁴³ Esta condición le otorgan los pueblos indígenas West Moberly, Halfway River, Saulteau y los Cree de Kelly Lake, si bien por motivos diversos (*vid.* M.L. Ross, *First Nations Sacred Sites...*, *op. cit.*, pp. 110-111).

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 111. Véase, también, Sentencia del Tribunal Superior de Columbia Británica *Cameron v. Ministry of Energy and Mines*, [1998] CanLII 6834 (BCSC), párr. 34-35.

³⁴⁵ Un esclarecedor resumen de lo acontecido con anterioridad a la interposición de las demandas puede encontrarse en: M.L. Ross, *First Nations Sacred Sites...*, *op. cit.*, pp. 110-115; J. HICKLING, «Religious Freedom in the New World...», *op. cit.*, pp. 557-558.

³⁴⁶ N.D. SHRUBSOLE, «Secularization, Dispossession, Forced Deprivatization...», *op. cit.*, p. 353. Cabe resaltar que cada uno de estos dos pueblos interpuso, en un primer mo-

Juez Taylor se hubo cerciorado de que el deber de consulta había sido diligentemente satisfecho por la Corona y sistemáticamente rechazado por los representantes de sendas naciones,³⁴⁷ su foco de atención pasó a centrarse en la alegada violación de su libertad religiosa, concluyendo, al respecto, que la sección 2 de la Carta no protege la custodia de un lugar de culto bajo el amparo de este derecho humano.³⁴⁸

Casi veinte años después de que el Tribunal Superior de Columbia Británica emitiera esta decisión, le llegó el turno a la Corte Suprema de Canadá para pronunciarse acerca de la violación del derecho de libertad religiosa de un pueblo indígena por el acaparamiento empresarial de su territorio sagrado. Al minucioso análisis de esta sentencia se dedicarán las páginas que siguen.

3.2. *Antecedentes fácticos*

En el seno del territorio ancestral del pueblo Ktunaxa, se encuentra un valle conocido como el Jumbo Valley, el cual alberga, a su vez, el Qat'muk, un área venerada por este pueblo debido a la radical importancia que ostenta en el marco de sus creencias y prácticas espirituales tradicionales.³⁴⁹ Este espacio no solo representa la morada de una elevada población de osos *grizzly*, una subespecie del oso pardo, sino que en él también habita el Espíritu del Oso *Grizzly*, central en la espiritualidad y cosmología de la nación Ktunaxa.³⁵⁰ Este pueblo, que ha ocupado este territorio desde mucho antes del contacto con

mento, su propia solicitud de revisión judicial de la decisión administrativa por la que se aprobaba el proyecto sobre su territorio. Posteriormente, a la vista de las similitudes entre sus respectivas demandas, decidieron solicitar que se tramitaran en un único procedimiento. Al respecto, *vid.* Sentencia *Cameron v. Ministry of Energy and Mines*, párr. 1-5.

³⁴⁷ *Ibid.*, párr. 165 y 252.

³⁴⁸ «I conclude that s. 2(a) does not protect a concept of stewardship of a place of worship under the protection of religious freedom» (*ibid.*, párr. 195). El razonamiento jurídico completo en torno a esta cuestión puede encontrarse en *ibid.*, párr. 187-199.

³⁴⁹ S. MORALES, «Qat'muk: Ktunaxa and the Religious Freedom of Indigenous Canadians», en D. NEWMAN (ed.), *Religious Freedom and Communities*, LexisNexis, Toronto, 2016, p. 287. Si bien este concreto valle se ubica en la región Kootenay del sudeste de Columbia Británica, el más amplio territorio tradicional de este pueblo traspasa las fronteras internacionales de Estados Unidos y Canadá, comprendiendo el noreste de Washington, el norte de Idaho, el noroeste de Montana, el sudoeste de Alberta y el sudeste de Columbia Británica (*vid.* Sentencia *Nación Ktunaxa v. Columbia Británica*, [2017] SCC, párr. 2-3).

³⁵⁰ Sentencia *Nación Ktunaxa v. Columbia Británica*, [2017] SCC, párr. 5. La propia Corte califica este hecho como «indiscutible» (*ibid.*, párr. 11).

los europeos,³⁵¹ tiene la firme creencia de que el Espíritu del Oso *Gri-zzly* nació en el Qat'muk, donde, además, acude a obtener sanación y desde donde regresa al mundo espiritual. Es por ello por lo que este Espíritu constituye una fuente primordial de orientación, fuerza, protección y espiritualidad para los Ktunaxa, de manera que su deber de custodia y protección se proyecta tanto sobre el propio Espíritu como sobre el lugar que le da cobijo.³⁵²

Si bien este valle había sido utilizado para la práctica de heliesquí desde hacía bastante tiempo sin que este pueblo objetara nada al respecto, en la década de los ochenta, la compañía Glacier Resorts comenzó a mostrarse interesada en la construcción de un resort de esquí permanente cerca del Qat'muk.³⁵³ El proceso para la aprobación de este proyecto comenzó en 1991 con la presentación de la propuesta formal por parte de la empresa y se prolongó durante alrededor de veinte años, pasando por diferentes etapas. En todas ellas participó el pueblo Ktunaxa. En un primer momento, su participación fue conjunta con el pueblo Shuswap, pero, a partir de 2005, este último abandonó el Consejo Tribal Ktunaxa para respaldar la ejecución del proyecto. Los Ktunaxa, por su parte, siguieron mostrando su rechazo más allá de su aprobación definitiva en el año 2011.³⁵⁴

Destaca, en este escenario previo a la vía judicial, la firme oposición que desde el principio del procedimiento ejerció esta nación.³⁵⁵ La connotación sagrada del territorio sobre el que se había diseñado el proyecto se puso de relieve desde el inicio de las negociaciones, a través de distintos informes que fueron presentándose en su debido momento.³⁵⁶ No obstante, no fue sino hasta el año 2009 cuando uno de los sabios de la comunidad reveló una información que hizo que cambiara su postura en las negociaciones de un modo tajante. Ello se produjo tras las reuniones de los días 9 y 10 de junio, celebradas poco después de que

³⁵¹ Sentencia del Tribunal Superior de Columbia Británica *Nación Ktunaxa v. Columbia Británica*, [2014] BCSC 568, párr. 2.

³⁵² Declaración Qat'muk de la nación Ktunaxa, de 15 de noviembre de 2010. Acceso en: <http://www.ktunaxa.org/wp-content/uploads/Declaration.pdf>.

³⁵³ Sentencia *Nación Ktunaxa v. Columbia Británica*, [2017] SCC, párr. 12.

³⁵⁴ *Ibid.*, párr. 13-14. Para información detallada acerca del proceso administrativo, *vid.* detenidamente los párr. 16-43.

³⁵⁵ *Vid.* N. BAKHT y L. COLLINS, «The Earth is Our Mother...», *op. cit.*, p. 803, nota al pie 142.

³⁵⁶ De ello deja constancia la Corte al citar los diversos informes incorporados a la causa en la Sentencia *Nación Ktunaxa v. Columbia Británica*, [2017] SCC, párr. 19, 21, 25 y 26. Cabe señalar, también, que el Ministro de Bosques, Tierras y Recursos Naturales los tuvo en consideración para tomar las correspondientes medidas de acomodación de las peticiones de la comunidad, si bien esta rechazó todas las propuestas por aquel presentadas.

el Ministro declarase que todas las cuestiones de mayor relevancia se habían resuelto y que se había llevado a cabo un proceso razonable de consulta.

En ellas, los representantes de la nación reputaron este proceso de deficiente en base a que no se había prestado al valle la atención que merecía en cuanto lugar sagrado. Dado que tan solo ciertos miembros de la comunidad poseían información acerca de los valores espirituales de este espacio, señalaron al Anciano Chris Luke como la persona indicada para dialogar con el Ministro acerca de este asunto.³⁵⁷ El Anciano le indicó al Ministro que la preservación del Qat'muk constituía para ellos una «cuestión de vida o muerte», que el valle Jumbo era uno de sus lugares sagrados más representativos y que, por tanto, decir que la sacralidad del área era importante para su nación se quedaba muy corto. En consecuencia, cualquier movimiento de tierra o construcción permanente implicaría la desacralización del área y la destrucción de su valor espiritual, por cuanto el Espíritu del Oso *Grizzly* abandonaría para siempre el Qat'muk y el pueblo Ktunaxa ya no podría recibir jamás su asistencia y orientación física y espiritual. Sus rituales y canciones acerca del Espíritu perderían su sentido, lo que a su vez tendría profundos impactos negativos en su identidad y cultura.³⁵⁸ Todo lo anterior implicaba el fin de las negociaciones por su parte, al no ser posible medida de acomodación alguna.³⁵⁹

En 2011, tras varios intentos infructuosos para continuar con el proceso de consulta, el Ministro lo dio por concluido satisfactoriamente y aprobó el proyecto.³⁶⁰ El Acuerdo de Desarrollo definitivo (*Master Development Agreement*) entre el Ministro de Bosques, Tierras y Recursos Naturales y la compañía Glacier Resorts Ltd. se firmó el 20 de marzo de 2012 y contra esta decisión administrativa solicitó el pueblo Ktunaxa la apertura de procedimiento de revisión judicial ante el Tribunal Superior de Columbia Británica.³⁶¹ Su reclamación principal radicaba en

³⁵⁷ *Ibid.*, párr. 28-34.

³⁵⁸ Sentencia *Nación Ktunaxa v. Columbia Británica*, [2014] BCSC, párr. 17. El propio Anciano reveló que uno de los principales motivos por los que no había hecho públicos esos datos con anterioridad era debido al carácter secreto que poseían (*vid.* Sentencia *Nación Ktunaxa v. Columbia Británica*, [2017] SCC, párr. 36). Véase también, H. Kislowicz y S. Luk, «Ktunaxa Nation: On the "Spiritual Focal Point of Worship" Test», *The University of Calgary Faculty of Law Blog*, 2017, pp. 1-5. Accesible en: <https://canlii-connects.org/en/commentaries/46997>.

³⁵⁹ Sentencia *Nación Ktunaxa v. Columbia Británica*, [2014] BCSC, párr. 84.

³⁶⁰ Sentencia *Nación Ktunaxa v. Columbia Británica*, [2017] SCC, párr. 43.

³⁶¹ Sentencia *Nación Ktunaxa v. Columbia Británica*, [2014] BCSC, párr. 1. Entre las razones alegadas por el Ministro a favor de la aprobación de este Acuerdo, cabe resaltar

la violación de su derecho de libertad religiosa consagrado en la sección 2 de la Carta Canadiense, así como en el incumplimiento del deber de consulta de la Corona a tenor de lo previsto en la sección 35 de la Ley constitucional de 1982.³⁶² Ambas peticiones resultaron desestimadas. Acerca de la primera de ellas, el Juez Savage sostuvo que la sección 2 protege las conductas individuales de aquellos actos de coerción o constreñimiento ejercidos por el Estado, pero que, en cambio, no protege la pérdida subjetiva de significado de una religión si esta pérdida no se encuentra asociada a la imposición de medidas coercitivas sobre la conducta individual.³⁶³ Además, señala que, en caso de no estar en lo cierto acerca del ámbito de protección de la sección 2, la decisión del Ministro debía ser considerada razonable, puesto que había ponderado correctamente el impacto sobre este derecho humano y sus objetivos estatutarios.³⁶⁴ Del mismo modo, el Juez, considerando que el proceso de consulta emprendido por el Ministro fue razonable y apropiado, dictaminó que el deber de consulta de la Corona había sido satisfecho.³⁶⁵

Apelada la causa ante el Tribunal de Apelación de Columbia Británica, este órgano decidió, en esta misma línea, desestimar el recurso interpuesto por la nación Ktunaxa, si bien en base a un razonamiento distinto al seguido por el Juez de instancia, el cual, en la opinión de la Corte, había sostenido una visión demasiado restringida del derecho consagrado en la sección 2. Así, la Corte entendió que la libertad religiosa ampara «la vitalidad de una comunidad religiosa en su conjunto».³⁶⁶ Sin embargo, también consideró que, en el caso concreto de la nación Ktunaxa, sus creencias religiosas requerían el control sobre el comportamiento de terceros en su propiedad, por lo que concluyó, al respecto, que esta nación no puede invocar su libertad religiosa para obstaculizar el comportamiento de otros que no comparten sus creen-

los múltiples ajustes realizados para acomodar los intereses indígenas, entre los que se incluye la reducción en un 60% del área de desarrollo del resort (Sentencia *Nación Ktunaxa v. Columbia Británica*, [2017] SCC, párr. 47).

³⁶² Sentencia *Nación Ktunaxa v. Columbia Británica*, [2014] BCSC, párr. 12.

³⁶³ *Ibid.*, párr. 296-299. De interés resultan las observaciones del Juez Savage acerca del «legítimo uso de la tierra» por terceros, sobre las que más tarde se incidirá a propósito del pronunciamiento de la Corte Suprema.

³⁶⁴ *Ibid.*, párr. 301.

³⁶⁵ *Ibid.*, párr. 323. Es de notar la contundencia con que el Juez trata el momento tan tardío en que el Anciano reveló el auténtico valor espiritual de la zona afectada y las consecuencias de construir en ella un habitaje permanente, tras más de 15 años de consulta (*ibid.*, párr. 316).

³⁶⁶ Sentencia del Tribunal de Apelación de Columbia Británica *Nación Ktunaxa v. Columbia Británica*, [2015] BCCA 352, párr. 67.

cias.³⁶⁷ Por lo que respecta al procedimiento de consulta, la Corte suscribió lo establecido por el Juez de instancia.³⁶⁸

El 17 de marzo de 2016, la Corte Suprema de Canadá anunció que autorizaba la apelación de la sentencia de 2015 planteada por la nación Ktunaxa,³⁶⁹ lo que dio lugar, año y medio más tarde, a la primera decisión del Alto Tribunal que aborda, como pretensión principal, la libertad religiosa de los pueblos indígenas.

3.3. Análisis del fondo del asunto

Dos son las cuestiones sometidas al escrutinio de la Corte Suprema: por una parte, si la decisión del Ministro violó la libertad de conciencia y de religión de los Ktunaxa³⁷⁰ y, por otra, si era razonable la decisión ministerial de que la Corona había cumplido con su deber de consulta y acomodación al amparo de lo previsto en la sección 35 de la Ley constitucional de 1982.³⁷¹ Se trata de dos peticiones independientes, de manera que, aun en el caso de concluirse que el proceso de consulta desarrollado por el Ministro fue adecuado, su decisión podría verse invalidada por violar la libertad religiosa de este pueblo.³⁷² La complejidad de la problemática que envuelve a este caso queda reflejada en la división que causó en el seno del máximo órgano judicial del país,³⁷³ por cuanto, si bien sus nueve miembros se mostraron partidarios del

³⁶⁷ *Ibid.*, párr. 71 y 73. Un acertado comentario sobre este pronunciamiento puede encontrarse en L. CADIEWUX-SHAW, «Ktunaxa Nation v BC: Bringing Aboriginal Spirituality into Section 2(a) of the Charter» (10 de enero de 2016), <https://www.canliiconnects.org/en/commentaries/39810?autocompleteStr=ktunax&autocompletePos=7>.

³⁶⁸ Sentencia *Nación Ktunaxa v. Columbia Británica*, [2015] BCCA, párr. 93. Para un examen crítico de las razones alegadas por sendos Tribunales para desestimar las pretensiones de la Comunidad, *vid.*, en general, S. MORALES, «Qat'muk: Ktunaxa and the Religious Freedom...», *op. cit.* Asimismo, acerca de las implicaciones de estas decisiones en la jurisprudencia canadiense sobre libertad religiosa, véase D. NEWMAN, «Implications of the Ktunaxa Nation/Jumbo Valley Case for Religious Freedom Jurisprudence», en D. NEWMAN (ed.), *Religious Freedom and Communities*, LexisNexis, Toronto, 2016, pp. 309-320.

³⁶⁹ *Nación Ktunaxa v. Columbia Británica*, [2015] SCCA núm. 417 (SCC).

³⁷⁰ Sentencia *Nación Ktunaxa v. Columbia Británica*, [2017] SCC, párr. 58-75.

³⁷¹ *Ibid.*, párr. 76-114.

³⁷² *Ibid.*, párr. 58. La Corte señala, en este sentido, que la sección 2 resulta de aplicación a los Ktunaxa en calidad de ciudadanos canadienses y no por su condición de indígenas. Por ello, se encuentran en la misma posición que cualquier otro litigante no indígena (*ibid.*).

³⁷³ Acerca de las dificultades inherentes a este caso, véase L. SIROTA, «Ktunaxa: Freedom of Religion and Administrative Law» (13 de noviembre de 2017), <https://www.canliiconnects.org/en/commentaries/47006?autocompleteStr=ktuna&autocompletePos=10>.

mismo resultado, no lo hicieron en base al mismo razonamiento, lo que ocasionó la emisión de un voto parcialmente concurrente por parte del Juez Moldaver, suscrito, a su vez, por la Jueza Côté. Se planteará, en primer lugar, la línea argumentativa seguida por la mayoría de los miembros de la Corte, para luego exponer las consideraciones de los dos otros miembros que tan solo coinciden en parte con las formuladas por los primeros.

3.3.1. LA LIBERTAD RELIGIOSA AL AMPARO DE LA SECCIÓN 2 DE LA CARTA CANADIENSE

Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones, la Corte examina, en primer lugar, si la pretensión de este pueblo recae dentro del ámbito de aplicación de la sección 2 de la Carta, pues, de lo contrario, no sería necesario entrar a valorar si la decisión del Ministro es proporcional al fin perseguido. Con este objetivo, la Corte realiza un repaso de la jurisprudencia interna y de los textos internacionales que consagran el derecho de libertad religiosa, para apreciar que este derecho comprende tanto la libertad de poseer unas creencias o convicciones propias como la libertad de manifestarlas.³⁷⁴ En el contexto del sistema canadiense, para establecer la violación de este derecho, el apelante, en este caso el pueblo Ktunaxa, debe probar que cree sinceramente en una práctica o creencia ligada a la religión y que la conducta estatal impugnada interfiere, de un modo que no puede considerarse trivial o insustancial, con su habilidad para actuar conforme a tal práctica o creencia.³⁷⁵

Es de resaltar la firmeza con que la Corte reputa de «indiscutible» que los Ktunaxa creen sinceramente en la existencia e importancia del Espíritu del Oso *Grizzly*, así como en el hecho de que la construcción de alojamiento permanente en el Qat'muk hará que aquel abandone para siempre este lugar sagrado.³⁷⁶ Sin embargo, la Corte estima que la pretensión de este pueblo indígena no supera el segundo requisito de este test, cuya jurisprudencia al respecto viene manteniéndose constante desde el año 2004.³⁷⁷ Y ello debido a que, según el parecer de la mayoría de miembros de la Corte, la decisión ministerial no interfiere con

³⁷⁴ Sentencia *Nación Ktunaxa v. Columbia Británica*, [2017] SCC, párr. 61-67.

³⁷⁵ *Ibid.*, párr. 68, con cita a la Sentencia de la Corte Suprema de Canadá *Multani v. Comisión Escolar Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 S.C.R. 256, párr. 34. *Vid.*, también, Sentencia de la Corte Suprema de Canadá *Syndicat Northcrest v. Amselem*, [2004] 2 SCR 551, párr. 56-59.

³⁷⁶ Sentencia *Nación Ktunaxa v. Columbia Británica*, [2017] SCC, párr. 69.

³⁷⁷ H. Kislowicz y S. Luk, «Ktunaxa Nation: On the 'Spiritual Focal Point of Worship' Test», *op. cit.*, p. 1.

la libertad de esta nación para creer en el Espíritu del Oso *Grizzly*, ni tampoco en su libertad para manifestar tal creencia. Más bien, lo que el pueblo indígena reivindica es que la sección 2 de la Carta protege la presencia, en sí, del Espíritu del Oso *Grizzly* en Qat'muk, lo que representa una reclamación novedosa que implicaría la extensión del alcance de este derecho más allá de su ámbito de aplicación vigente.³⁷⁸ Así, la Corte afirma que lo que esta sección de la Carta protege es la libertad de culto, pero no el «*spiritual focal point of worship*», esto es, el centro neurálgico alrededor del cual se articula un sistema de creencias y al cual se rinde culto. En este caso concreto, la Corte considera que el pueblo Ktunaxa no persigue la protección del derecho a creer en el Espíritu del Oso *Grizzly* o a realizar prácticas en relación a él, sino que, a lo que en realidad aspira este pueblo, es a la protección del Espíritu en sí mismo considerado y del significado religioso subjetivo que a él atribuye, lo que queda fuera del ámbito de protección de la sección 2 de la Carta.³⁷⁹

Uno de los argumentos esgrimidos por el pueblo afectado se basa en la dimensión comunal de este derecho humano. Y es que la presencia continuada del Espíritu del Oso *Grizzly* en el Qat'muk es esencial para la faceta comunitaria de las creencias y prácticas religiosas de este pueblo indígena, de manera que debe considerarse que cualquier acción estatal encaminada a apartar al Espíritu de su tradicional morada representa un constreñimiento o interferencia del Estado con la dimensión colectiva de este derecho.³⁸⁰ No obstante, la Corte entiende que este aspecto no debe extender la protección de la sección 2 más allá de la libertad de tener y manifestar las propias creencias y convicciones. Por todo lo anterior, el Alto Tribunal concluye que la pretensión del pueblo Ktunaxa no puede enmarcarse en el ámbito de protección de la sección 2 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades y, por ende, no procede tan siquiera entrar a examinar si la decisión del Ministro ponderaba adecuadamente esta infracción con otras consideraciones.³⁸¹

3.3.2. EL DEBER DE CONSULTA Y ACOMODACIÓN DE LA CORONA

En cuanto a esta segunda cuestión que la Corte debía resolver, una particularidad que debe tomarse en cuenta es que las tierras so-

³⁷⁸ Sentencia *Nación Ktunaxa v. Columbia Británica*, [2017] SCC, párr. 70.

³⁷⁹ *Ibid.*, párr. 71.

³⁸⁰ *Ibid.*, párr. 73.

³⁸¹ *Ibid.*, párr. 74-75.

bre las que se pretendía desarrollar el proyecto tienen la consideración de tierras de la Corona,³⁸² de forma que el pueblo Ktunaxa ostenta sobre ellas lo que se conoce como un «derecho ancestral no probado» (*unproven aboriginal claim*).³⁸³ A pesar de ello, y en base al principio del honor de la Corona, las autoridades gubernamentales conservan la obligación de consultar con el grupo indígena afectado y, cuando sea apropiado, acomodar sus intereses.³⁸⁴

La Corte hace especial hincapié en el hecho de que la sección 35 de la Ley constitucional lo que garantiza es el desarrollo de un proceso, no la obtención de un resultado concreto, por lo que, en última instancia, si la acomodación de los intereses de este pueblo no es posible, la Corona simplemente deberá actuar de modo «honorable».³⁸⁵ Así, en este preciso supuesto, la cuestión que se plantea ante este órgano es si el proceso de consulta ejecutado por el Ministro era congruente con el principio del honor de la Corona, pues, de ser así, el proyecto podría llevarse a cabo aun sin el consentimiento del pueblo indígena perjudicado.³⁸⁶ A este respecto, la Corte, tras rechazar todas y cada una de las alegaciones de los Ktunaxa, concluye que la decisión ministerial de que había tenido lugar un proceso de consulta adecuado fue razonable.³⁸⁷ En consecuencia con lo expuesto, el recurso de apelación resulta desestimado en su integridad.³⁸⁸

³⁸² Sentencia *Nación Ktunaxa v. Columbia Británica*, [2015] BCCA, párr. 1.

³⁸³ A este respecto, cabe destacar que, mediante esta decisión, la Corte cierra la puerta a todas aquellas naciones con derechos ancestrales no probados a que obtengan su reconocimiento a través de procedimientos administrativos o de procesos de revisión judicial de decisiones administrativas, de modo que la única vía que queda abierta es la del juicio (*ibid.* párr. 85 y 86). *Vid.* S.R. HOPKINS, «Case Comment: Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations), 2017 SCC 54 (CanLII)» (2 de noviembre de 2017), <https://canliiconnects.org/en/commentaires/46976> (último acceso 12 de agosto de 2019).

³⁸⁴ Sentencia *Nación Ktunaxa v. Columbia Británica*, [2017] SCC, párr. 78. Cabe resaltar que la Corte Suprema, a lo largo de todo su razonamiento sobre esta segunda cuestión, se remite constantemente al caso de la nación Haida (*vid.* nota al pie núm. 231), cuyas conclusiones principales pueden encontrarse en *ibid.*, párr. 80.

³⁸⁵ *Ibid.*, párr. 79.

³⁸⁶ *Ibid.*, párr. 83.

³⁸⁷ De entre los motivos que toma en cuenta la Corte para llegar a tal conclusión, destaca que, en las negociaciones, que se habían prolongado durante alrededor de dos décadas, se habían reconocido las demandas espirituales de los Ktunaxa desde el principio y se habían aplicado numerosos cambios al proyecto inicial con el fin de acomodar tales demandas (*ibid.*, párr. 87-114).

³⁸⁸ *Ibid.*, párr. 115.

3.4. *Voto parcialmente concurrente del Juez Moldaver*

A la vista del razonamiento respaldado por la mayoría de los miembros de la Corte que se acaba de exponer, el Juez Moldaver decide emitir un Voto parcialmente concurrente debido a que, si bien coincide con la conclusión alcanzada en lo referente al deber de consulta, discrepa con el análisis de la sección 2 realizado por sus colegas.³⁸⁹ Así, este miembro del Alto Tribunal entiende que el derecho de libertad religiosa del pueblo Ktunaxa se ha visto violado por la decisión ministerial de aprobar la construcción de un resort permanente de esquí en su territorio sagrado. Ello obedece a que, en su acertada opinión, cuando una acción estatal produce el efecto de despojar de toda significación religiosa las creencias de una persona, esto inequívocamente viola el derecho de esta persona a su libertad religiosa, en la medida en que se ve privada de la capacidad de actuar de conformidad con sus propias convicciones. En este supuesto en particular, la decisión del Ministro produce este efecto en el sistema de creencias del pueblo Ktunaxa, por lo que el Juez considera que representa una violación de la sección 2 de la Carta.³⁹⁰ No obstante, el Juez Moldaver también entiende que la ponderación realizada por el Ministro entre la infracción de este derecho y la consecución de sus objetivos estatutarios es proporcionada, al tratarse de tierras de la Corona de las que debía disponerse en pro del interés público.³⁹¹

En su análisis particular de la sección 2 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, el Juez Moldaver trae a colación el test ya expuesto para afirmar que ninguna de las partes cuestiona el cumplimiento del primer requisito, esto es, la firme y sincera creencia de este pueblo en el Espíritu del Oso *Grizzly*. Lo que sí que genera controversia es la segunda parte de este test, pues el Juez concurrente no coincide con el parecer de la *Chief Justice* Beverley McLachlin y el Juez Rowe, quienes sostienen que la decisión ministerial no obstaculiza la capacidad de esta nación para seguir actuando de conformidad con sus creencias religiosas. El Voto particular defiende que cuando unas creencias religiosas dejan de cumplir la función de proporcionar satisfacción espiritual a la persona que las sostiene, o cuando las prácticas religio-

³⁸⁹ *Ibid.*, párr. 117.

³⁹⁰ *Ibid.*, párr. 118.

³⁹¹ El Juez reputa la disyuntiva a la que se enfrentaba el Ministro como de «difícil, si no imposible», pues las opciones que se presentaban ante él eran bien aprobar el proyecto o bien otorgar a los Ktunaxa un derecho de exclusión sobre 50 km² de tierras de la Corona (*ibid.*, párr. 119).

sas de dicha persona dejan de promover su conexión con lo divino, esa persona se ve desprovista de su capacidad de actuar conforme a tales creencias o prácticas, que pierden toda su significación religiosa.³⁹² Ello, a su vez, imposibilita que esta comunidad pueda seguir transmitiendo sus creencias espirituales de generación en generación, lo que, según la jurisprudencia de este mismo Tribunal, constituye un aspecto esencial de la libertad religiosa consagrada en la sección 2.³⁹³

Todo esto tiene, además, particular relevancia en el caso de las religiones indígenas, en las que la realización personal de los individuos se alcanza mediante su conexión con el mundo natural.³⁹⁴ El principio de neutralidad estatal que rige en este ámbito conlleva que el Estado no deba favorecer ninguna religión sobre otra, lo que implica, a su vez, que esta peculiar característica de las naciones originarias no pueda pasarse por alto al valorar si se ha producido una violación de su derecho de libertad religiosa, pues todas las religiones deben obtener el mismo grado de protección bajo el precepto mencionado. A pesar de ello, el Voto explica que, a través de la visión manifestada por la mayoría del Tribunal, este tipo de demandas indígenas corren el serio riesgo de ser excluidas del ámbito de protección de la sección 2 de la Carta.³⁹⁵

En base a todo lo expuesto, el Juez Moldaver considera firmemente que la decisión del Ministro constituye una violación del derecho de libertad religiosa del pueblo Ktunaxa.³⁹⁶ No obstante, como ya se había anunciado, al abordar la cuestión de si la decisión del Ministro, a pesar de infringir este derecho humano, fue razonable, el Juez concurrente considera que sí lo fue. Para extraer esta conclusión, parte de consideraciones de interés público, así como de los esfuerzos realizados por el Ministro para limitar el impacto del proyecto propuesto, lo que se evidenció mediante la adopción de múltiples medidas de acomodación. Y es que permitir a los Ktunaxa vetar el desarrollo de este proyecto implicaría otorgarles un derecho de exclusión sobre tierras públicas por motivos religiosos, lo cual el Juez no estima congruente con los deberes estatutarios del Ministro.³⁹⁷

³⁹² *Ibid.*, párr. 123-124. Sobre esto vuelve ahondar el Juez concurrente en el párr. 130, afirmando que cuando esto ocurre, es muy improbable que esa persona continúe sosteniendo tales creencias o realizando esas prácticas, pues ya no habría razón para ello.

³⁹³ *Ibid.*, párr. 124, con cita a la Sentencia de la Corte Suprema de Canadá *Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, [2015] 1 SCR 613, párr. 64 y 67.

³⁹⁴ Para ilustrar esta afirmación, el Juez se remite a la ya citada obra de Michael Ross, clave en la elaboración de esta sección.

³⁹⁵ Sentencia *Nación Ktunaxa v. Columbia Británica*, [2017] SCC, párr. 127, 128 y 131.

³⁹⁶ *Ibid.*, párr. 134.

³⁹⁷ Al respecto, *vid.*, en particular, párr. 141-155.

3.5. Reflexión crítica sobre el pronunciamiento

Muy elevadas eran las expectativas depositadas sobre este pronunciamiento tanto por parte de la comunidad de pueblos indígenas como por la de investigadores y académicos de todo el mundo.³⁹⁸ Se trataba de la primera vez en que la Corte Suprema de Canadá tenía la posibilidad de asentar un precedente jurisprudencial acerca de la libertad religiosa de estos pueblos. Sin embargo, el resultado final no ha podido ser más decepcionante. El limitado enfoque con el que este órgano judicial ha tratado el más primario y radical derecho humano ha cerrado la puerta a que los lugares sagrados indígenas y las creencias que sobre ellos poseen puedan resultar amparados por su ámbito de protección. Sin lugar a dudas, la afirmación que mayor polémica genera es la relativa al «*spiritual focal point of worship*», que, según el parecer de la mayoría de los miembros de la Corte, queda excluido de la protección proporcionada por dicha sección debido a que, a pesar de que el núcleo y epicentro de un sistema religioso se vea destruido por la ejecución de un proyecto empresarial, la capacidad de sus adeptos para seguir creyendo en él y manifestando tales creencias permanece intacta.

Si bien es cierto que el sentimiento religioso, en sí mismo, no debe ser objeto de protección en un Estado de libertad religiosa como lo es el canadiense, el cual no debe inmiscuirse positiva o negativamente en la creencia en sí misma considerada; también es cierto que la Corte acusa al pueblo Ktunaxa de extender la exigencia de protección del derecho a creer a la protección del significado religioso en sí mismo considerado, es decir, de la presencia, en sí, del Espíritu del Oso *Grizzly* que habita un área venerada. Sin embargo, el máximo órgano judicial del país ha obviado aquí un hecho relevante y trascendental que constituye un elemento clave en la identificación de este pueblo indígena. Ello ha provocado la discriminación y consiguiente violación de su libertad de creencias, por cuanto se ha constatado la existencia de una íntima e inseparable conexión entre creencia y lugar ancestral. Al ser un área ve-

³⁹⁸ Vid. N. BAKHT y L. COLLINS, «The Earth is Our Mother...», *op. cit.*, p. 780; D. NEWMAN, «Implications of the Ktunaxa Nation/Jumbo Valley Case...», *op. cit.*, p. 310; L.C. FONG, «Aboriginal Spirituality and Freedom of Religion: The Ktunaxa Decision, 2015 BCCA 352» (11 de mayo de 2016), <http://www.ngariss.com/in-dispute/aboriginal-spirituality-and-freedom-of-religion-the-ktunaxa-decision-2015-bcca-352/>; L. CADIEUX-SHAW, «Live From the SCC: Ktunaxa Nation v Minister of Forests, Lands, Natural Resource Operations» (20 de diciembre de 2016), <http://www.thecourt.ca/live-scc-ktunaxa-nation-v-minister-forests-lands-natural-resource-operations/>.

nerada, constituye el centro de su espiritualidad y cosmología. Por ello, la imposibilidad de su libertad de práctica espiritual tiene como resultado la violación de su derecho a ella.³⁹⁹

Este último pronunciamiento en particular refleja la clara mentalidad eurooccidental con que la Corte ha abordado la problemática planteada. Aunque la función de los jueces y tribunales se circunscribe, por lo general, a otorgar una solución jurídica a las cuestiones planteadas por las partes en base al modo en que estas han sido ciertamente formuladas, no puede perderse de vista el hecho de que los pueblos indígenas, al exponer sus demandas, deben hacerlo según unos parámetros que les resultan por completo ajenos, lo cual puede suponer una dificultad añadida a todas a las que ya tienen que hacer frente, como lo es el mero hecho de tener que explicar sus más profundas convicciones religiosas ante un tribunal de justicia. Ante un caso de tal trascendencia, se considera absolutamente necesario ahondar en los pilares cosmovisionales del pueblo indígena recurrente para poder, de esta manera, emitir un pronunciamiento plenamente fundado que no solo parta de las formas de ver la vida y el mundo propias de los jueces encargados de analizar el fondo del asunto, sino que también tome en consideración las del pueblo indígena perjudicado.⁴⁰⁰

Por ello, no basta con aseverar que la centralidad del Espíritu del Oso *Grizzly* en el sistema de valores espirituales y la cosmología de la nación Ktunaxa es indiscutible, sino que se precisa realizar un ejercicio de empatía para poder realmente comprender las consecuencias espirituales que este pueblo sufrirá cuando el Espíritu abandone su morada. Quizá ello habría llevado a la Corte a concluir que la pretensión de este pueblo sí que se enmarcaba dentro de la protección dispensada por la sección 2 de la Carta Canadiense, tal y como pudo observar una minoría de tan solo dos jueces frente a siete, lo que le habría obligado, a su vez, a entrar a

³⁹⁹ Reflexiones presentadas en el V Seminario de Investigación Universitat Jaume I / Universitat Rovira i Virgili «Empresas y derechos humanos», celebrado el 8 de noviembre de 2019 en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universitat Rovira i Virgili, por V. CAMARERO SUÁREZ y N. REGUART SEGARRA en la ponencia titulada «La espiritualidad indígena y los lugares sagrados en los tribunales canadienses: análisis de casos seleccionados».

⁴⁰⁰ Una postura similar mantiene D. LAIDLAW, quien va más allá al proponer que se dote de personalidad jurídica al propio Espíritu del Oso *Grizzly* y retrotraer las negociaciones a su inicio mismo, de modo que una persona designada para defender los intereses del Espíritu pueda participar en ellas. *Vid.* D. LAIDLAW, «Silencing the Qat'muk Grizzly Bear Spirit» (6 de noviembre de 2017), <https://canliiconnects.org/en/commentaries/46995>. SHRUBSOLE, por su parte, considera que la *Chief Justice* malinterpretó la importante conexión entre la creencia y el objeto de esa creencia para los Ktunaxa, lo que reveló, a su vez, la incapacidad de la Corte para proteger la profundidad de la religión (N. SHRUBSOLE, *What Has No Place, Remains...*, op. cit., p. 46).

valorar si la medida tomada por el Ministro en detrimento del derecho de libertad religiosa de este pueblo era proporcionada y razonable en una sociedad democrática. Ese fue el examen que sí que emprendió el Juez Moldaver en su Voto particular, si bien la conclusión extraída al respecto pecó de cautelosa y excesivamente precavida.

Igualmente preocupante es la construcción del deber de consultar y, «cuando resulte apropiado, acomodar», que se presenta, en esta Sentencia, como una cláusula abierta que puede dar lugar a que se emprendan proyectos sin la previa acomodación de los intereses de la comunidad, por no haber sido esta estimada «apropiada» y/o necesaria. La cantidad de violaciones de derechos humanos que podrían tener lugar tras la realización de consultas sin acomodación posterior es alarmante. Esto se halla, a su vez, en relación con lo que KISLOWICZ entiende como un problema que podría concebirse en el marco del derecho de propiedad, más que en el de libertad religiosa. Y es que si esas tierras de la Corona fueran declaradas propiedad de sus habitantes originarios, no sería preciso desarrollar proceso de consulta y acomodación alguno, pues ellos podrían libremente disponer de su legítima propiedad, tal y como lo hacen numerosas confesiones religiosas sobre los bienes de que son propietarias a lo largo y ancho de todo el país.⁴⁰¹

Es evidente que la encrucijada ante la que se situaba la Corte no era sencilla: bien reconocía la violación del derecho de libertad religiosa de un pueblo indígena y le otorgaba el derecho a disponer de tierras públicas de conformidad con sus creencias religiosas o bien se lo denegaba para poder emplearlas en pro del tan citado interés público.⁴⁰² ¿Pero es que acaso la conservación de esas tierras sagradas y su permanencia bajo el control de sus tradicionales poseedores, quienes conocen mejor que nadie cómo deben cuidarlas y venerarlas, no constituye también una medida de interés público?⁴⁰³ Es más, ¿no debería considerarse que

⁴⁰¹ Al respecto, *vid.* H. KISLOWICZ, «Recontextualizing Ktunaxa Nation v. British Columbia: Crown Land, History and Indigenous Religious Freedom», *The Supreme Court Law Review*, vol. 88, 2019, pp. 205-229.

⁴⁰² Paradójicamente, debe resaltarse que, en fecha de 6 de agosto de 2019, el Tribunal de Apelación de Columbia Británica dictaminó que el Proyecto «Jumbo Glacier Resort» precisaba de una segunda Evaluación de Impacto Ambiental debido a que no se había construido lo suficiente tras más de una década desde que se realizó la primera. Al respecto, *vid.* Sentencia del Tribunal de Apelación de Columbia Británica *Glacier Resorts Ltd. v. Columbia Británica (Minister of Environment)*, (2019) BCCA 289. Véase, también, R. COLLETE y R. MILLEN, «Do Not Pass Go: B.C. Court Confirms Jumbo Ski Resort Needs New Environmental Assessment» (8 de agosto de 2019), <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=a9fe7192-bcf4-4baf-abb5-88847b48353d>.

⁴⁰³ En este sentido, debe señalarse que, al margen de la decisión analizada, los Ktunaxa han conseguido oficialmente, con la ayuda del Gobierno canadiense y de organi-

el propio ideal de reconciliación con los pueblos indígenas canadienses constituye un fin de interés público?⁴⁰⁴ Lo que deja entrever esta decisión es que la Corte Suprema ha optado por no arriesgarse a emitir un pronunciamiento que podría comprometerla de cara a futuros casos con características similares debido a la cascada de demandas a que ello podría dar lugar, así como a sus repercusiones en la esfera internacional, pues las circunstancias del pueblo Ktunaxa en este caso son claramente predicables de muchos otros supuestos que están aconteciendo no solo en Canadá, sino también en otras partes del planeta.

Canadá es un Estado de libertad religiosa y abanderado un modelo acomodaticio en el que las convicciones o creencias religiosas se toman en consideración en las políticas públicas,⁴⁰⁵ como seguidamente se verá. Por ello, los intereses empresariales y económicos, en este caso liderados por la compañía Glacier Resorts y disfrazados de interés público, no pueden imponerse sobre la garantía de los derechos fundamentales de sus ciudadanos y, en particular, de sus pueblos indígenas.

4. El caso *Redmond v. Columbia Británica*: un nuevo horizonte para la libertad religiosa de los pueblos indígenas canadienses

El supuesto de rúbrica, con el que finaliza el presente análisis jurisprudencial, no encaja en la clasificación en base a la que se han dividido los casos examinados hasta el momento; motivo por el cual se le dedica un apartado distinto. Y es que, en este caso, no es el pueblo indígena afectado por el acaparamiento de sus tierras tradicionales quien decide recurrir a la vía judicial para luchar por sus derechos, lo que ha venido

zaciones ambientalistas, que este controvertido proyecto nunca llegue a ver la luz. En su lugar, se ha anunciado un plan para crear una *Indigenous Protected and Conserved Area (IPCA)*, con el fin de proteger tanto los valores espirituales y culturales como la diversidad biológica de un área que incluye el valle Jumbo. Al respecto, véase M. MICHELSON, «The Controversial Ski Resort That Will Never Exist» (21 de enero de 2020), <https://www.outsideonline.com/2408215/jumbo-glacier-ski-resort-canada>. HICKLING considera a este desenlace extrajudicial del caso como un milagro, una «gracia salvadora» (vid. J. HICKLING, «Ktunaxa Nation v British Columbia: Sacred Sites and Saving Graces», *Oxford Journal of Law and Religion*, vol. 9, 2020, pp. 193-207).

⁴⁰⁴ Al respecto, vid. la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Ontario *Restoule v. Canada (Attorney General)*, [2018] ONSC 114, párr. 56, que se refiere al «profundo y generalizado interés público en la reconciliación con los pueblos indígenas».

⁴⁰⁵ Al respecto, vid. R. JUKIER y J. WOEHRLING, «Religion and the Secular State in Canada», en J. MARTÍNEZ-TORRÓN y C. DURHAM, Jr., *Religion and the Secular State: National Reports*, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 2015, pp. 155-191.

siendo la línea seguida por todas las decisiones estudiadas en esta sección. Nada más lejos de la realidad. En esta ocasión, el demandante es el Sr. Eric Redmond, un ingeniero civil que pretendía desarrollar un pequeño proyecto hidroeléctrico de pasada en un área conocida como el *Wahleach Creek*, que forma parte del territorio ancestral de los Cheam, una de las muchas comunidades indígenas Stó:lō que habitan la región del Valle Fraser.⁴⁰⁶ Esta comunidad, no obstante, ni siquiera es parte en este proceso, puesto que, a diferencia de los casos ya analizados, el Director de autorizaciones del Ministerio de Bosques, Tierras, Operaciones de Recursos Naturales y Desarrollo Rural decidió denegar la ejecución del proyecto mencionado en el territorio indígena.

Ante esta negativa, el Sr. Redmond optó por plantear la revisión judicial de esta decisión para que resultase anulada por el Tribunal Superior de Columbia Británica.⁴⁰⁷ La novedad de los argumentos esgrimidos por el peticionario en este caso ha dado lugar a un relevante pronunciamiento del Juez Masuhara que, si bien él mismo se reserva en calificar como aplicable, en exclusiva, a este concreto supuesto, debe ser objeto de análisis, por sus implicaciones no solo en el ámbito de los derechos de los pueblos indígenas, sino también en relación con el principio de neutralidad religiosa que rige en el ordenamiento canadiense.

4.1. *La decisión del Director de autorizaciones y la demanda presentada por el Sr. Redmond*

En primer lugar, conviene señalar que el Director de autorizaciones que expidió la decisión impugnada es un funcionario público que actúa por delegación del Ministro de Bosques, Tierras, Operaciones de Recursos Naturales y Desarrollo Rural, en virtud de lo dispuesto en la sección 11 y 97(1) del *Land Act*,⁴⁰⁸ aplicable a este particular supuesto. Su función consiste en tomar decisiones con respecto a la concesión de la tenencia de tierras públicas según se considere aconsejable en favor del interés público, por lo que, en este caso, se encargó de revisar la solicitud del Sr. Redmond para decidir si la decisión de aprobar su proyecto perseguía dicho interés público.⁴⁰⁹ Este proceso se prolongó durante años y contó con la participación de las comunidades indígenas que se

⁴⁰⁶ Sentencia *Redmond v. Columbia Británica*, párr. 4-7.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, párr. 1.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, párr. 6 y 34. *Land Act* [RSBC 1996] c. 245. Esta Ley provincial puede consultarse en: https://www.bclaws.ca/civix/document/id/complete/statreg/96245_01.

⁴⁰⁹ Sentencia *Redmond v. Columbia Británica*, párr. 6.

verían afectadas por la eventual ejecución del proyecto solicitado.⁴¹⁰ En concreto, los representantes de la comunidad Cheam informaron tanto al Sr. Redmond como al Director de autorizaciones que el *Wahleach Creek* era un área de especial significación para ellos, por cuanto en él se desarrollaban, aún en el presente, actividades culturales y prácticas de baño espiritual. El grado de importancia cultural y espiritual era tal para la comunidad que no podía autorizarse ningún tipo de actividad que implicase un riesgo o impacto sobre el área, pues las prácticas espirituales que allí se desarrollaban requerían que los flujos del arroyo se mantuvieran inalterados, así como una privacidad absoluta.⁴¹¹

A pesar de las diversas propuestas del Sr. Redmond por tratar de conciliar los intereses de la comunidad con la llegada a buen puerto de su proyecto, los Cheam le informaron en reiteradas ocasiones de que, a causa de la importancia vital de los baños espirituales en el área, cualquier impacto o uso del agua del arroyo perjudicaría sus intereses. Por ello, no podían aceptar ninguna de las propuestas del constructor en el área venerada. Se mostraban, no obstante, proclives a colaborar en todo lo necesario para trasladar el proyecto a otra parte de su territorio ancestral de menor significación espiritual, lo que, para el Sr. Redmond, no constituía una opción válida.⁴¹²

Con fecha de 3 de agosto de 2017, el director tomó la decisión de denegar la solicitud del proyecto, pese al «trabajo ejemplar» que había realizado el constructor por tratar de minimizar los impactos de aquel sobre los intereses de la comunidad Cheam.⁴¹³ Para llegar a esta decisión, el Director ponderó los intereses del solicitante y las medidas de acomodación propuestas, cuyo impacto se dejaría sentir en las prácticas espirituales de la comunidad indígena. Concluyó, al respecto, que, en relación con este particular supuesto, el impacto del proyecto sobre los derechos ancestrales de los Cheam sería demasiado grave, por lo que no le era posible conceder la tenencia de la tierra a favor del Sr. Redmond.⁴¹⁴

A la vista de la decisión del Director de autorizaciones, el Sr. Redmond decidió solicitar su revisión judicial ante el Tribunal Superior de Columbia Británica en base a estos cinco argumentos: (a) el Director, al basar su denegación en la interferencia del proyecto con los intereses de los Cheam, no tuvo en cuenta los intereses públicos y circunstancias

⁴¹⁰ *Ibid.*, párr. 8.

⁴¹¹ *Ibid.*, párr. 9.

⁴¹² *Ibid.*, párr. 10.

⁴¹³ *Ibid.*, párr. 11.

⁴¹⁴ *Ibid.*, párr. 12-13.

concurrentes y, por tanto, erró en su aplicación del deber de consulta y acomodación; al mismo tiempo, (b) otorgó a este pueblo indígena un derecho de veto inadmisiblesobre el proyecto; (c) aceptó, también erróneamente, el argumento de los Cheam de que el proyecto interferiría sobre sus prácticas de baño espiritual y que no cabía acomodación alguna; además, (d) el Director no gestionó el proceso de forma transparente y abierta y los Cheam no actuaron de buena fe; y, por último, (e) el Director violó el derecho del Sr. Redmond previsto en la sección 2 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades a un proceso religiosamente neutral.⁴¹⁵ A la valoración de estas alegaciones por parte del Juez encargado del asunto se dedica el subapartado siguiente.

4.2. *El relevante pronunciamiento del Juez Masuhara*

Partimos de que una revisión judicial de una decisión administrativa no es una apelación ni tampoco un nuevo juicio sobre el fondo, sino que se trata de determinar si el encargado de tomar la decisión actuó dentro de sus competencias.⁴¹⁶ Para ello, el Tribunal revisor debe identificar, antes de todo, el estándar de revisión a aplicar y, una vez determinado este, debe proceder a analizar si la decisión impugnada cumple con este estándar o no. En este caso, el Juez revisor fijó este estándar en la razonabilidad.⁴¹⁷ Tras ello, se embarcó en el análisis específico de las cuestiones planteadas por el demandante, que estructuró en los dos grandes grupos que a continuación se exponen, de modo que prefirió abordar el análisis de la libertad de conciencia del constructor y la neutralidad religiosa del Estado como una materia a tratar de forma diferenciada. De igual modo se procederá en el análisis que seguidamente se emprende.

4.2.1. LAS CUESTIONES PLANTEADAS SOBRE EL DEBER DE CONSULTA Y ACOMODACIÓN, EL INADMISIBLE DERECHO DE VETO Y LA FALTA DE TRANSPARENCIA DEL PROCEDIMIENTO

La primera cuestión que el Sr. Redmond plantea gira en torno a la aplicación errónea del deber de consulta por parte del Director, quien, a su parecer, no tomó en consideración los intereses públicos que concurrían en el caso. El Juez revisor, sin embargo, entiende que la decisión del Director era acorde tanto con sus obligaciones legales al amparo del

⁴¹⁵ *Ibid.*, párr. 14-15.

⁴¹⁶ *Ibid.*, párr. 18.

⁴¹⁷ *Ibid.*, párr. 19-31.

Land Act como con su deber constitucional de consulta. Así, en relación con esta Ley provincial, debe señalarse que la única condición que específica para la adjudicación de tierras públicas es que esta persiga el interés público. En base a él, el órgano decisorio debe tomar en consideración una gran variedad de aspectos relativos al bienestar del público en general. Para tratar de concretar este «interés público» que las decisiones administrativas deben perseguir, la provincia de Columbia Británica ha desarrollado unos Principios de Política Estratégica para la Adjudicación de Tierras de la Corona,⁴¹⁸ entre los cuales destaca el tercero enumerado: que deben reconocerse los intereses de las Primeras Naciones. Es más, estas adjudicaciones deben tomar en consideración la necesidad de lograr un mayor grado de reconciliación con estas comunidades en la provincia. En consecuencia, no puede sino afirmarse que la decisión del Director de autorizaciones, al procurar la reconciliación con los pueblos indígenas, perseguía, a su vez, el interés público.⁴¹⁹

Para realizar esta primera apreciación, el Juez tuvo en cuenta que los Cheam habían identificado hasta 13 sitios distintos de baño espiritual en el *Wahleach Creek*; que esta práctica constituía un elemento integral de su espiritualidad, si bien cada vez existía un menor número de ubicaciones donde podía desarrollarse; que los Cheam habían manifestado que no había medida de acomodación posible para conciliar sus necesidades, lo que se debía a la privacidad requerida para esta práctica, al continuo acceso de que se precisaba y al hecho de que cualquier alteración en los flujos del arroyo interferiría con la naturaleza espiritual de la práctica; y, por último, que los Cheam se mostraban, por lo general, partidarios de permitir este tipo de proyectos en otras partes de su territorio.⁴²⁰ Por tanto, a la vista del exhaustivo balance realizado por el Director para tomar su decisión, el Juez Masuhara concluyó que la denegación de esta solicitud perseguía el interés público y, más concretamente, el proyecto de reconciliación que representaba una responsabilidad compartida de todos los canadienses.⁴²¹ Esta misma conclusión extrajo con respecto al deber constitucional de consulta. Partiendo de que este no conlleva la necesidad de alcanzar un acuerdo con el pueblo

⁴¹⁸ *Strategic Policy for Crown Land Allocation Principles*, de 26 de mayo de 2011, de aplicación a todas las decisiones relacionadas con el uso de tierras de la Corona bajo la autoridad del *Land Act* o del *Ministry of Lands, Parks and Housing Act*. Accesible en: https://www2.gov.bc.ca/assets/gov/farming-natural-resources-and-industry/natural-resource-use/land-water-use/crown-land/allocation_principles.pdf.

⁴¹⁹ Sentencia *Redmond v. Columbia Británica*, párr. 32-38.

⁴²⁰ *Ibid.*, párr. 40.

⁴²¹ *Ibid.*, párr. 41-42.

indígena afectado, en este concreto caso, la obligación de la Corona de atender las inquietudes de los Cheam con buena fe para evitar un daño irreparable tuvo un gran peso en la decisión de denegar el proyecto; decisión que el Juez consideró ciertamente razonable en relación con «el compromiso inherente a la noción de reconciliación».⁴²²

En segundo lugar, el Sr. Redmond alega que, con su decisión, el Director otorgó al pueblo indígena afectado un inadmisibles derecho de veto. No obstante, el Juez revisor no aprecia indicio alguno de ello, puesto que, como se ha acreditado, la decisión del Director de autorizaciones estuvo plenamente justificada. El otorgamiento de un derecho de veto a favor del pueblo indígena hubiera implicado, por contra, que la decisión del Director no habría encontrado justificación alguna, sino que, por el simple hecho de que los Cheam se hubiesen negado a la ejecución del proyecto, el Director, de forma arbitraria, la habría denegado sin tomar en consideración los intereses en conflicto.⁴²³ Es evidente que no es este el caso que nos ocupa, en el que, más que un derecho de veto, la decisión del Director refleja una equilibrada ponderación de intereses.

Seguidamente, el Juez pasa a valorar si el Director se equivocó al aceptar el argumento de este pueblo de que el proyecto interferiría con sus prácticas de baño espiritual, por lo que no había medida de acomodación posible. De nuevo, el Juez considera que el Director de autorizaciones obró en concordancia con sus obligaciones legales, por cuanto tuvo conocimiento de una serie de hechos que acreditaban plenamente esta alegada interferencia con las prácticas espirituales de la comunidad.⁴²⁴ Aprovecha, además, este argumento para comparar ciertos aspectos controvertidos de este caso con la decisión *Ktunaxa* analizada en el apartado precedente de esta sección, con la que guarda evidentes similitudes, aunque también numerosas diferencias que justifican los desenlaces tan dispares de cada una de ellas.⁴²⁵ En definitiva, el Juez re-

⁴²² *Ibid.*, párr. 47.

⁴²³ *Ibid.*, párr. 49-52.

⁴²⁴ *Ibid.*, párr. 53-55. Así, señala que la privacidad de los Cheam para realizar estas prácticas se vería gravemente afectada; que el impacto cumulativo de este tipo de proyectos estaba provocando la reducción del número de lugares donde practicar estos baños espirituales; que el *Wahleach Creek* es de particular importancia cultural para los Cheam, al formar parte de un área considerada un santuario para ellos; y que la construcción del proyecto implicaría el desvío temporal del arroyo, lo que en definitiva alteraría el área donde este pueblo realiza sus prácticas espirituales (*ibid.*, párr. 55).

⁴²⁵ En concreto, mientras que los Cheam reivindicaron la naturaleza sagrada del arroyo desde los inicios del proceso, los Ktunaxa lo comunicaron mucho más tarde y sin que fuera este un extremo conocido por toda la población Ktunaxa; además, la enver-

visor concluye que la decisión del Director de tomar en consideración el impacto del proyecto sobre las prácticas espirituales de los Cheam fue razonable, por cuanto, tras observar que el proyecto interferiría con estas prácticas y que las medidas de mitigación propuestas no atendían adecuadamente las preocupaciones de los Cheam, decidió, en última instancia, denegar el proyecto en el interés público superior.⁴²⁶

Para finalizar este primer bloque de cuestiones planteadas por el demandante, el Juez rechaza también su alegación de que el Director no gestionó el procedimiento de un modo transparente y abierto y de que los Cheam no actuaron de buena fe. Se basa, para ello, en la considerable implicación y participación de las autoridades provinciales, del demandante y de los representantes del pueblo indígena en el procedimiento. Si bien no se compartió con el constructor toda la información proporcionada por el pueblo indígena sobre la importancia cultural y espiritual del área, esto se encontraba amparado por el Acuerdo de Compromiso Estratégico con los Cheam,⁴²⁷ en el que las autoridades se comprometieron a mantener la confidencialidad de la información cultural proporcionada por ellos. Este extremo, según el parecer del Juez revisor, tampoco implicaba una actuación de mala fe por parte del pueblo indígena, por lo que también desestimó esta alegación.⁴²⁸

4.2.2. LA LIBERTAD DE CONCIENCIA DEL DEMANDANTE Y EL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD RELIGIOSA DEL ESTADO

En su última alegación, el demandante sostiene que el procedimiento por el que se denegó su solicitud violó su derecho a un Estado religiosamente neutral y a un proceso de autorización neutral al amparo de la sección 2 de la Carta. Según él mismo afirma, al basar su denegación en el impacto del proyecto sobre las prácticas de baño espiritual de los Cheam, los poderes públicos incumplieron su deber de neutralidad religiosa. A este respecto, comienza el Juez Masuhara por recordar que la mencionada sección 2 proclama el derecho fundamental a la libertad de conciencia y de religión. Como consecuencia de esta previsión

gadura de ambos proyectos tampoco era comparable, puesto que el que iba a impactar sobre el territorio de los Ktunaxa contaba con una inversión de 900 millones de dólares, mientras que el proyectado por el Sr. Redmond era de pequeña escala (*ibid.*, párr. 58).

⁴²⁶ *Ibid.*, párr. 60.

⁴²⁷ Este Acuerdo (*Strategic Engagement Agreement*) fue suscrito en 2014 entre la provincia de Columbia Británica y 14 comunidades Stó:lô, entre las que se encontraban los Cheam (Sentencia *Redmond v. Columbia Británica*, párr. 8).

⁴²⁸ *Ibid.*, párr. 61-65.

constitucional, el Estado debe permanecer neutral en materia religiosa, de modo que no puede utilizar su poder para promover la participación de ciertos creyentes o no creyentes en la vida pública en detrimento de otros, ni tampoco puede adherirse o expresar su preferencia por ninguna religión en exclusión de las demás.⁴²⁹ Señalado esto, el Juez revisor pasa a examinar si la decisión del Director incumplió el deber estatal de neutralidad religiosa y, por consiguiente, limitó el derecho del Sr. Redmond proclamado en la sección 2 de la Carta.⁴³⁰

El Juez comienza por expresar que no encuentra razón alguna para considerar que la decisión del Director anteponía las creencias espirituales de los Cheam al ateísmo del demandante. Más bien, tal decisión simplemente reconocía que los Cheam realizan prácticas de baño espiritual y que estas prácticas resultarían gravemente impactadas por el proyecto, lo que no puede entenderse que sea expresivo de la opinión propia del Director sobre el ateísmo de uno o las creencias espirituales de los otros.⁴³¹ Por su parte, el demandante alega, a este respecto, que el pueblo indígena había ocultado, deliberadamente, la naturaleza religiosa de las prácticas de baño, al camuflarlas bajo la consideración de «prácticas culturales» para evitar, así, revelar la verdadera esencia de tales actividades. El Sr. Redmond considera que, dado que el impacto sobre estas prácticas era un elemento clave a tomar en consideración en la decisión del Director, su reconocimiento como prácticas religiosas habría desvelado la presencia de un sesgo religioso tras el proceso de autorización del proyecto. El Juez revisor, no obstante, entiende que la ponderación realizada por el Director a la hora de tomar su decisión no indicó ninguna preferencia por la religión de los Cheam en exclusión de otras.⁴³²

El demandante también alega que la sección 2 de la Carta protege no solo las interferencias con la libertad de religión de una persona (*a person's freedom of religion*), sino también la libertad de una persona

⁴²⁹ *Ibid.*, párr. 66-67.

⁴³⁰ Cabe señalar, al respecto, que la carga de la prueba recae sobre el demandante, que es quien debe demostrar que la decisión del Director favoreció las creencias religiosas del pueblo indígena con exclusión de todas las demás y que dicha exclusión interfirió con la libertad religiosa del Sr. Redmond, al impedirle actuar de acuerdo con sus propias creencias. Esta interferencia, además, no puede considerarse trivial o insustancial (*ibid.*, párr. 70). *Vid.*, también, Sentencia de la Corte Suprema de Canadá *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, [2015] SCC 16, párr. 83-85.

⁴³¹ Sentencia *Redmond v. Columbia Británica*, párr. 71.

⁴³² Debe tenerse en cuenta, además, que las prácticas espirituales indígenas pueden constituir la base de derechos ancestrales no resueltos que están sujetos al deber de consulta. Ello obedece a que la propia definición de derechos ancestrales, que abarca las prácticas, costumbres y tradiciones integrales para una cultura distintiva, da cabida a las prácticas espirituales indígenas (*ibid.*, párr. 72-73).

para mantenerse alejada de la religión (*a person's freedom from religion*), lo que se traduce en la imposibilidad de imponer la religión de nadie en un proceso de autorización de un proyecto. El Juez señala, a este respecto, que, si bien la sección 2 de la Carta en efecto protege la libertad de toda persona para mantenerse al margen de la religión, esta propia libertad, así como el principio de neutralidad estatal, no impiden que los poderes públicos tomen en consideración o traten de evitar cualquier tipo de impacto sobre las creencias religiosas de un grupo. La clave es que esta decisión no se tome a expensas de limitar la libertad religiosa de otro grupo o individuo. Añade, además, que esta es la única interpretación posible de la sección 2 de la Carta, por cuanto una interpretación como la mantenida por el Sr. Redmond afrenta los propios ideales de este precepto, en base al cual «una sociedad verdaderamente libre es aquella que puede acomodar una gran variedad de creencias, diversidad de gustos y actividades, costumbres y códigos de conducta, y que incluye el derecho a manifestar las creencias religiosas por medio del culto y la práctica».⁴³³ En este particular supuesto, el Director estaba legitimado para tomar en consideración el impacto de su decisión en las prácticas espirituales de los Cheam sin que esto pueda entenderse que limitara, paralelamente, los derechos del demandante previstos en la sección 2.⁴³⁴

Por otro lado, debe señalarse que la concepción que el Sr. Redmond tiene de sus creencias ateas implica que toda acción individual debería estar libre de connotaciones espirituales. En consecuencia, considera que, en este caso, su habilidad para manifestar esta creencia se está viendo limitada por el hecho de que el Director tomó en consideración otras creencias religiosas. Se trata esta de una definición muy amplia de lo que representa manifestar una creencia atea, que, de aceptarse, proporcionaría al ateísmo un ámbito de aplicación mucho más extenso que el previsto en la sección 2 para otras prácticas religiosas. Esta interpretación extensiva del ateísmo implicaría, a su vez, privilegiar a las creencias ateas en detrimento del resto de prácticas religiosas en los procesos públicos de toma de decisiones, lo que, al mismo tiempo, contravendría el principio de neutralidad estatal en el ordenamiento canadiense.⁴³⁵

⁴³³ *Ibid.*, párr. 74. *Vid.*, también, la Sentencia de la Corte Suprema de Canadá *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295.

⁴³⁴ Así, esta decisión en ningún momento coartó al Sr. Redmond para que afirmara las creencias de los Cheam o las practicara, ni tampoco supuso interferencia alguna con su derecho a afirmar o manifestar sus propias creencias ateas (Sentencia *Redmond v. Columbia Británica*, párr. 75).

⁴³⁵ *Ibid.*, párr. 76.

Por último, el Sr. Redmond alega que el Director violó dicho principio de neutralidad estatal al requerirle que cumpliera con criterios religiosos en el proceso de autorización. No obstante, de nuevo el Juez Masuhara rechaza este argumento, al entender que «cumplir con criterios religiosos» nada tiene que ver con solicitar al demandante que escuchase y diese respuesta a las peticiones de los Cheam acerca del impacto sobre sus prácticas espirituales, lo que, más bien, se integraba dentro del deber de consulta de la Corona.⁴³⁶ En definitiva, el Juez revisor tampoco entiende que los derechos previstos en la sección 2 de la Carta se hayan visto limitados por la decisión del Director, por lo que considera que esta es plenamente razonable y congruente con el ámbito de atribución de sus competencias.⁴³⁷

4.3. *Valoración crítica del fallo*

Como se ha señalado en las consideraciones introductorias de este apartado, las implicaciones de este pronunciamiento no solo se reflejan en la ensalzable promoción de los derechos ancestrales de los pueblos indígenas por encima de los intereses empresariales proyectados sobre su territorio, sino que van mucho más allá, hasta enmarañarse con los propios principios sobre los que se cimienta el modelo canadiense de libertad religiosa. Es por ello por lo que no puede darse por finalizado este análisis jurisprudencial del tratamiento de las creencias religiosas indígenas en conflictos de acaparamientos de tierras sin proceder antes a valorar críticamente esta pionera decisión, en base a los dos parámetros indicados.

Lo primero que debe destacarse a nivel formal es el inesperado cambio de rol que el pueblo indígena afectado experimenta en este caso. Empleamos el adjetivo «inesperado» para referirnos a este extremo ya que ha quedado plenamente acreditado, a lo largo de esta sección, que no es la tónica general que estos pueblos, al ver respetados sus intereses, no participen en el proceso judicial en calidad de demandantes. Por lo general, es precisamente este papel el que suelen desempeñar cuando persiguen la defensa y protección de sus territorios sagrados, lo que, en la mayoría de ocasiones, tampoco ha recibido un apoyo judicial consistente. No obstante, en este supuesto, el propio Director de autorizaciones es quien rompe una lanza a favor de la rele-

⁴³⁶ *Ibid.*, párr. 77.

⁴³⁷ *Ibid.*, párr. 79.

vancia espiritual que el área venerada ostenta para los Cheam y decide denegar la solicitud presentada en virtud de las consecuencias catastróficas que la ejecución del proyecto tendría para la espiritualidad de este pueblo. Ante esta novedosa decisión, el constructor se ve en la necesidad de solicitar su revisión judicial para tratar de ver satisfechos sus propios intereses, y lo que resulta aún más novedoso, si cabe, son los argumentos por él esgrimidos para justificar su petición, que han dado lugar al pronunciamiento que en estas líneas se analiza.

En primer lugar, las afirmaciones que el Juez Masuhara realiza con respecto a lo que debe entenderse por «interés público» en el marco de aplicación del derecho de consulta de la Corona son ciertamente trascendentes. Y ello porque el Juez sostiene, de conformidad con los Principios de Política Estratégica desarrollados a nivel provincial, así como con lo establecido por alguna Sentencia que ya se ha pronunciado en este sentido,⁴³⁸ que la reconciliación con los pueblos indígenas debe considerarse un fin de interés público en el ordenamiento canadiense. Este reconocimiento judicial del interés público inherente a la noción de reconciliación con las primeras naciones, y que puede alcanzarse a través de la plena acomodación de sus intereses en procedimientos de autorización de este tipo, es de la máxima relevancia para el porvenir de estos pueblos, quienes han tendido a ver desestimadas sus pretensiones precisamente en favor del tan citado interés público. Nuestra firme esperanza recae en que esta determinante declaración del Juez Masuhara cale hondo en la conciencia judicial, y también social, del panorama canadiense.

Por lo que se refiere al deber constitucional de consulta, debe señalarse que, pese a que es bien sabido que este no entraña ninguna obligación de alcanzar un acuerdo con el pueblo indígena afectado, sino tan solo de que esta consulta se desarrolle con todas las garantías, esto ha constituido, tradicionalmente, uno de los principales obstáculos para que estos pueblos vieran sus derechos reconocidos y protegidos de un modo efectivo, ya que las autoridades han podido escudarse tras el desarrollo formal del proceso de consulta para entender satisfecho este deber de la Corona. Sin embargo, en este caso, el Director, en cumplimiento de sus obligaciones estatutarias, decidió no solo consultar, sino también acomodar los intereses y preocupaciones de los Cheam, con el fin de tratar de evitar, así, un perjuicio irreparable para este pueblo indígena. Y ello a pesar de que no tuviera ninguna obligación legal de al-

⁴³⁸ Al respecto, *vid.*, de nuevo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Ontario *Restoule v. Canada (Attorney General)*, [2018] ONSC 114, párr. 56, que se refiere al «profundo y generalizado interés público en la reconciliación con los pueblos indígenas».

canzar este resultado. De nuevo, la actuación del Director de autorizaciones debe tildarse de encomiable a este respecto.

En segundo lugar, el Juez revisor debe pronunciarse acerca de si el Director otorgó un «inadmisible derecho de veto» al pueblo indígena afectado. Las consideraciones realizadas en este sentido son particularmente interesantes a los efectos de poder discernir, con claridad, qué caracteriza a un derecho de veto, en contraposición a lo que simplemente constituye la denegación *motivada* de una licencia de obras. Y es que, si el Juez hubiese seguido el razonamiento del demandante, cualquier decisión administrativa que acomodara los intereses del pueblo indígena daría lugar a un «inadmisible derecho de veto» sobre el proyecto empresarial planeado en su territorio, con independencia de que tal acomodación encontrase justificación alguna o no. Sin embargo, lo que realmente implicaría un derecho de veto, tal y como lo explica el Juez revisor, es la denegación de un proyecto por el simple hecho de que el pueblo indígena eventualmente afectado se negara a ello, es decir, sin motivo ni justificación alguna, *porque sí*. Es evidente, pues, por qué el Juez desestima, también, esta alegación del demandante, dado que la decisión del Director fue plenamente motivada en base a distintas causas que él mismo se encarga de justificar. La ponderación de intereses que el Director realizó en su momento para acabar determinando que la balanza se decantaba a favor de los Cheam resulta, por tanto, clave para despejar cualquier duda acerca de la posible concesión de un derecho de veto sobre el proyecto.

Esta misma línea sigue la alegación del demandante de que el Director se equivocó al tomar en consideración el impacto sobre las prácticas espirituales de los Cheam y aceptar que no cabía medida de acomodación alguna. Pero, ¿es que acaso no es precisamente esto lo que debe hacer el Director? ¿No recae en el ámbito de sus atribuciones tomar en consideración los intereses de ambas partes, ponderarlos y tomar una decisión en consonancia con ello? Desde luego, lo que se infiere aquí que está alegando el demandante es que cualquier decisión que no priorice sus intereses en detrimento de los del pueblo indígena debe ser considerada arbitraria y errónea, a pesar de las numerosas razones alegadas por los Cheam para acreditar sus fundadas preocupaciones y de la también motivada decisión del Director de atender sus intereses por ser susceptibles de verse dañados de forma irreparable si el proyecto finalmente viera la luz. De igual modo, el Juez también rebate las alegaciones de falta de transparencia en el proceso y de buena fe por parte de los Cheam, en la medida en que observa que se compartió con el demandante información general relativa a las prácticas culturales indígenas más que suficiente, a salvo de mantener cierta confiden-

cialidad sobre temas tan sensibles y delicados para la comunidad, de conformidad con lo pactado en el Acuerdo de Compromiso Estratégico suscrito con comunidades Stó:lō.

Por todo lo expuesto hasta el momento, debemos valorar muy positivamente tanto la resolución del Director de autorizaciones como su correspondiente respaldo judicial materializado en esta Sentencia, por cuanto ambos contribuyen a reforzar, y consolidar, el estatus jurídico de los pueblos indígenas en el ordenamiento canadiense de conformidad con toda la normativa nacional e internacional que lo regula. Pero, como ya se había adelantado, este pronunciamiento no solo debe destacarse por el considerable avance que representa en materia de derechos indígenas, sino también por sus implicaciones para el reconocimiento de la libertad religiosa de estos pueblos en el marco del principio de neutralidad estatal. A continuación, y para finalizar esta valoración crítica, se abordarán las determinantes consideraciones que realiza el Juez revisor a este respecto.

Cabe indicar, antes de todo, que la postura mantenida por el demandante en lo referente al deber de neutralidad religiosa que pesa sobre el Estado canadiense difiere en gran medida de lo que se entiende al respecto, con carácter general, en este ordenamiento, y es precisamente esto lo que se encarga de señalar el Juez Masuhara. Así, el demandante afirma con rotundidad que este deber estatal se vio incumplido por el simple hecho de que los poderes públicos denegaron su solicitud en base al impacto que el proyecto tendría sobre las prácticas de baño espiritual de la comunidad. Para el demandante, por tanto, las creencias religiosas son algo que no debe tenerse en cuenta, bajo ninguna circunstancia, en la toma de decisiones públicas, pues, de lo contrario, se incurriría automáticamente en un incumplimiento del principio de neutralidad religiosa, que se caracterizaría, así, por implicar que el Estado debe mantenerse por completo al margen en esta materia. Sin embargo, no es esta la concepción que se tiene en el ordenamiento canadiense acerca de este principio,⁴³⁹ que guarda importantes similitu-

⁴³⁹ Vid. R. JUKIER y J. WOEHRLING, «Religion and the Secular State in Canada», *op. cit.*, p. 161. Véase, también, R. MOON, «Liberty, Neutrality and Inclusion: Religious Freedom Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms», *Brandeis Law Review*, vol. 41, 2003, pp. 563-573; Ídem, «Freedom of Religion Under the Charter of Rights: The Limits of State Neutrality», *University of British Columbia Law Review*, vol. 45, núm. 2, 2012, pp. 497-549; B. RYDER, «State Neutrality and Freedom of Conscience and Religion», *The Supreme Court Law Review: Osgoode's Annual Constitutional Cases Conference*, vol. 29, 2005, pp. 169-199; B.L. BERGER, «Religious Freedom in Canada: A Crucible for Constitutionalism», *op. cit.*; L. BEAMAN, «Is Religious Freedom Impossible in Canada?», *op. cit.*, pp. 266-284; S. SMITHEY, «Religious Freedom and Equality Concerns Under the Canadian

des con nuestro propio sistema de libertad religiosa, en el que la neutralidad se concibe de un modo positivo.⁴⁴⁰ Estrictamente, lo que este deber entraña, recuerda el Juez revisor, es que el Estado no puede adherirse o expresar su preferencia por ninguna religión en exclusión de otras, lo que es evidente que no ocurre en este caso, en el que el órgano decisorio tan solo se limitó a reconocer que los Cheam realizaban prácticas espirituales que se verían seriamente afectadas por el proyecto. Ello no implicaba, por tanto, ningún tipo de preferencia de una creencia religiosa (la de los Cheam) sobre otra (el ateísmo del demandante), ni tampoco obligaba a este a abandonar sus propias creencias para adoptar las del pueblo indígena, sino que, simplemente, la autoridad pública correspondiente tomó en consideración las creencias religiosas de este pueblo para evitar que resultaran gravemente impactadas por un proyecto empresarial, lo que se encuentra amparado por el principio de neutralidad religiosa.

No comparte este parecer el demandante, quien considera que su ateísmo no se vio respetado. En su opinión, en este procedimiento de autorización se encubrió la naturaleza religiosa de las prácticas indígenas que se iban a ver afectadas y ello reveló, inequívocamente, un sesgo religioso inaceptable en virtud del principio de neutralidad. Sin embargo, se advierte aquí que lo que pretende el demandante es que sus prácticas ateas adquieran un ámbito de aplicación mucho más amplio que el correspondiente a las creencias religiosas, por cuanto afirma que su ateísmo implica que toda acción individual debería estar libre

Charter of Rights and Freedoms», *Canadian Journal of Political Science*, vol. 34, núm. 1, pp. 85-107; I.T. BENSON, «Notes Towards a (Re)Definition of the ‘Secular’», *University of British Columbia Law Review*, vol. 33, 2000, pp. 519-549; J. PATRICK, «Church, State, and Charter: Canada’s Hidden Establishment Clause», *op. cit.*

⁴⁴⁰ Sin ánimo exhaustivo, entre una amplísima y rigurosa doctrina, puede verse: J. VILADRICH, «Los principios informadores del Derecho eclesiástico español», en AA.VV., *Derecho eclesiástico del Estado español*, Eunsa, Pamplona, 1980, pp. 211-317; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Religion and Law in Spain*, 2.ª ed., Wolters Kluwer, Países Bajos, 2018; A. TORRES GUTIÉRREZ, «Los retos del principio de laicidad en España: Una reflexión crítica a la luz de los preceptos constitucionales», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 32, 2016, pp. 663-722; M.A. CASTRO JOVER, «Laicidad y actividad positiva de los poderes públicos», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 3, 2003, pp. 1-32; A. LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, «Laicidad, laicismo y libertad religiosa», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 11, 2006, pp. 1-10; R. NAVARRO-VALLS, «Neutralidad activa y laicidad positiva (Observaciones a “Para una interpretación laica de la Constitución”, del Prof. A. Ruiz Miguel)», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 18, 2008, pp. 1-22; J.M. MARTÍ SÁNCHEZ, «Laicidad, ¿pluralismo o reduccionismo religioso e ideológico?», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 50, 2019, pp. 1-42.

de connotaciones espirituales. Se trata, no obstante, y como él mismo señala,⁴⁴¹ de sus *propias* creencias, que, en su caso, son ateas y excluyen todo lo relacionado con los sistemas religiosos. Si el Estado optara por seguir su razonamiento, ¿acaso no estaría privilegiando sus increencias en detrimento de las creencias religiosas de otros grupos de la sociedad? Es precisamente esto lo que tratar de evitar este deber estatal de neutralidad religiosa: que ninguna creencia se imponga a otra, con independencia de su signo de opción. Y es también precisamente esto lo que se consigue a través de este pronunciamiento, que al fin las creencias religiosas de los pueblos indígenas se vean respetadas en igualdad de condiciones que las del resto de la sociedad. Si bien se desconoce todavía cuál será el resultado definitivo de la causa, sería muy deseable que este pronunciamiento constituyera el punto de partida hacia un nuevo paradigma en el que la libertad religiosa de los pueblos indígenas encontrara plena cabida.

⁴⁴¹ Sentencia *Redmond v. Columbia Británica*, párr. 76.

Conclusiones

Al iniciar este trabajo, se señalaba como uno de sus principales cometidos la adquisición de un conocimiento integral sobre la situación de los pueblos indígenas canadienses por lo que se refiere al respeto y protección de sus creencias religiosas y, en concreto, de su vínculo espiritual con sus territorios sagrados. Con esta finalidad, se ha abordado, en primer lugar, el estudio de los pilares fundamentales sobre los que se edifica todo el derecho aborígen canadiense, con un matiz sociológico. Conceptos como los de tratados históricos, derechos ancestrales, título aborígen o la propia noción de pueblos aborígenes canadienses, han quedado concisamente delimitados para poder, así, abordar lo que en realidad constituye la verdadera contribución de esta investigación: el análisis jurisprudencial de situaciones específicas de conflicto acontecidas en este país como consecuencia de acaparamientos de tierras indígenas, en las que se ha podido constatar la absoluta trascendencia que para estos pueblos ostentan sus creencias religiosas y cómo estas los guían y orientan en la lucha por sus tierras.

Si algo ha quedado patente tras el estudio exhaustivo del sistema arbitrado por este ordenamiento jurídico para regular el estatus de sus pueblos indígenas es el evidente proceso evolutivo que ha experimentado. Un proceso evolutivo que, además, no ha seguido una tendencia lineal, sino que se ha ido adaptando y modificando según los intereses de las autoridades gobernantes en cada momento histórico. Se aprecia, no obstante, una particular propensión estatal a tratar de dominar, silenciar y, en ocasiones, eliminar uno de los aspectos más vitales en la supervivencia de estos pueblos: su espiritualidad. Ese ha sido el objetivo de numerosas políticas adoptadas por el Gobierno canadiense a lo largo de su más bien reciente historia, entre las que sobresalen las detestables escuelas residenciales indias, que tanto daño han causado a todos los niveles no solo en aquellos que las sufrieron en primera persona, sino

también en las generaciones posteriores. Esto difiere, abruptamente, con su práctica actual, centrada en el emprendimiento e impulso de una serie de acciones cuyo objetivo es desvelar toda la verdad y alcanzar la auténtica reconciliación con sus pueblos indígenas, lo que debe valorarse muy positivamente. Por ello, la principal amenaza que cierne sobre la integridad cultural y religiosa de estos pueblos en el presente viene representada por el acaparamiento de sus territorios ancestrales por parte de grandes empresas que cuentan con el beneplácito estatal. Dichos territorios, además de ser considerados intrínsecamente sagrados, albergan lugares de especial sacralidad que deben ser conservados para que, de este modo, los pueblos que los habitan puedan seguir sosteniendo sus creencias religiosas y ejerciendo sus prácticas espirituales tradicionales, es decir, para que puedan seguir gozando, en definitiva, de su derecho fundamental de libertad religiosa. Sin embargo, son demasiadas las ocasiones en que estos se ven acaparados por corporaciones que aspiran a ejecutar en ellos proyectos de desarrollo. Tal es el impacto de estos acaparamientos en las formas de vida y religiosidad indígena, que estos pueblos se ven obligados a luchar por ellos con todos los medios a su disposición, incluyendo la vía judicial.

Si bien en esta sede las posibilidades que se abren ante ellos son variadas, se ha observado cómo estos pueblos suelen mostrarse reticentes a alegar abiertamente la violación de sus creencias religiosas y, en caso de hacerlo, es aún más infrecuente que basen sus pretensiones, con carácter exclusivo, en la vulneración de su derecho de libertad religiosa consagrado en la sección 2 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades. En base a estas coordenadas, esta investigación ha analizado una selección de casos clasificados en tres grandes grupos: aquellos en que, pese a buscar la protección de lugares sagrados, esta condición no es tan siquiera mencionada; otros en los que explícitamente se reivindica la naturaleza sagrada del lugar que se pretendía acaparar, si bien como aspecto accesorio a la disputa principal; y, por último, aquellos supuestos en los que la pretensión principal del pueblo indígena afectado se basa en la violación de la sección 2.

Por lo que respecta a los dos primeros grupos de casos, se ha constatado que los jueces encargados de cada asunto no han otorgado al factor religioso, cuando este ciertamente ha sido traído a colación por el pueblo indígena implicado, una función decisiva a la hora de extraer su conclusión final. Los motivos por los que estos pueblos deciden fundar sus demandas en sus derechos ancestrales reconocidos en la sección 35 de la Ley constitucional y presentar el factor religioso como un mero elemento accesorio a la controversia principal o, incluso, omitirlo por completo pueden ser muy distintos. Sin embargo, entendemos que

es precisamente la intimidad y la profundidad de sus creencias lo que hace que las comunidades afectadas prefieran no verse en la situación de tener que exponerlas ante personas que no las comprenden ni tampoco realizan ningún esfuerzo por conseguir entenderlas. Ello, unido al hecho de que, por lo general, esta alegación específica del factor religioso como aspecto periférico no es ni tan siquiera tomada en consideración por los jueces en su deliberación final, conduce inexorablemente al serio riesgo de que se desincentive la defensa abierta y pública de sus creencias religiosas, que se acabarían viendo irremediabilmente relegadas para siempre al ámbito privado de sus respectivas comunidades.

Distinto es el caso de que, por el contrario, decidan fundar sus demandas en la violación de su derecho de libertad religiosa, lo que, en el sistema judicial canadiense, tan solo ha ocurrido en contadas ocasiones. En este supuesto, los jueces sí que deben pronunciarse, en particular, sobre el libre ejercicio y la no discriminación de la libertad religiosa de los pueblos indígenas. Sin embargo, de nuevo, los resultados han sido decepcionantes debido a la escasa comprensión que muestran los jueces ante las problemáticas formuladas, lo que al mismo tiempo puede constituir un factor determinante capaz de tener el efecto de seguir desalentando a estos pueblos a exponer sus sistemas de valores espirituales ante tribunales occidentales. Mención especial merece el caso *Ktunaxa*, que representaba la oportunidad idónea para que la Corte Suprema de Canadá asentara un precedente jurisprudencial acerca de la libertad religiosa de los pueblos indígenas y que no solo resultó, lamentablemente, desaprovechada a este respecto, sino que, además, situó a las creencias religiosas de este pueblo fuera de los límites legales de este derecho humano en el ordenamiento canadiense, vaciándolo de contenido. Las consecuencias que esta decisión puede tener en relación con las demandas de otros pueblos indígenas que sigan una línea argumentativa similar todavía están por verse, sin perjuicio de que, *a priori*, su efecto más lógico sería el de que aquellos se vieran definitivamente disuadidos de emplear esta estrategia.

Pese a los preocupantes resultados que ha arrojado el análisis jurisprudencial efectuado en base a esta clasificación, parece que se atisbe una luz al final del túnel. Eso es exactamente lo que representa el ejemplar pronunciamiento del Tribunal Superior de Columbia Británica en el caso *Redmond*, que, a falta de verse ratificado por instancias superiores, abre la puerta a un nuevo horizonte para la libertad religiosa de los pueblos indígenas en el marco del principio de neutralidad estatal, que legítimamente ampara que el impacto que ciertos proyectos puedan tener sobre las creencias religiosas de un determinado grupo sea un extremo nuclear en la toma de decisiones públicas. En especial, valoramos

de un modo altamente positivo que la reconciliación con estos pueblos ya haya pasado a considerarse un fin de interés público que puede justificar la denegación de un proyecto empresarial, cuando la tónica general hasta el momento había sido, precisamente, todo lo contrario. Del mismo modo, debe apreciarse, también, que el deber de consultar y, cuando sea apropiado, acomodar los intereses del pueblo indígena afectado, puede dar lugar, como ha ocurrido en este caso, a la efectiva acomodación de estos, pese a la inexistencia de obligación legal de proceder en este sentido. Esta Sentencia, por tanto, debe servir de impulso para que, a pesar de todo, estos pueblos se vean respaldados en su firme decisión de defender sus territorios sagrados en cuanto tales.

No hay duda de que los pueblos indígenas canadienses se encuentran extremadamente preocupados por la preservación de sus territorios ancestrales y, en concreto, de los lugares sagrados presentes en ellos, imprescindibles para su práctica religiosa. Tampoco cabe la menor duda de que, con independencia de que opten por hacer mención expresa de ello en sus reivindicaciones o no, su estrecha conexión espiritual con dichos territorios representa el motor que los impulsa a no dejar de perseverar en su lucha por conservar su integridad y el control sobre ellos. Por ello, la necesidad de motivar y alentar a todos estos pueblos para que decidan firmemente reivindicar sus territorios sagrados como lo que en realidad son es clave para el próspero futuro de estas naciones. Estos pueblos, al ser dignos titulares del derecho de libertad religiosa internacionalmente reconocido, deben ser capaces de gozar de él y de ejercerlo en libertad sobre sus tierras. En consecuencia, sus reivindicaciones territoriales no pueden verse despojadas de ese vínculo espiritual que las hace únicas. Reclamar la naturaleza sagrada de sus territorios ancestrales en cuanto fuente última de espiritualidad va a permitirles ejercer y gozar en plenitud de su derecho de libertad de creencias, lo que encuentra amparo en el modelo de libertad religiosa que abandera este Estado, en el cual el principio de neutralidad se concibe de modo positivo y faculta que las creencias religiosas se tomen en consideración en las políticas públicas.

Es más, esta reclamación expresa de su libertad religiosa refleja su trayectoria histórica de lucha y no solo es crucial para que puedan ver satisfecho el ejercicio de tan radical derecho humano, sino que, además, trasciende sus propios intereses para proyectarse en un interés público común de la sociedad canadiense. Este interés público va, incluso, más allá de la reconciliación con los pueblos indígenas y redundando en beneficio de toda la humanidad al adquirir connotaciones ambientales, pues ellos son los guardianes ancestrales de la abundante riqueza de recursos naturales y diversidad biológica que alberga el país, cuya preser-

vación es clave para afrontar retos actuales de tanta envergadura como lo son la adaptación y mitigación del cambio climático.

En definitiva, es momento de que, al margen de los resultados obtenidos en las últimas décadas en este tipo de conflictos que tanta perturbación están causando en sus formas de vida, los pueblos indígenas canadienses defiendan abierta y públicamente sus creencias religiosas como la base y fundamento de sus reivindicaciones territoriales, lo que servirá de paradigma para que iguales iniciativas se emprendan en otras partes del mundo. Canadá ha demostrado ser un país ejemplar en muchos aspectos, por lo que el tratamiento que dispense a los reclamos y preocupaciones de sus pueblos indígenas tiene que convertirse, también, en un modelo a seguir por el resto de países. Por consiguiente, en manos del poder judicial y de las autoridades canadienses está impedir que los derechos religiosos de sus pueblos indígenas se vean violados y sus creencias desacralizadas como resultado de interpretaciones demasiado restrictivas y que tan solo encuentran su punto de apoyo fundamental en lo considerado «normal» según los sistemas de creencias dominantes. Ellos son quienes deben tomar la firme decisión de que las creencias religiosas de estos pueblos jamás van a volver a verse reprimidas ni mucho menos deslegitimadas, a fin de posibilitar, así, que la reconciliación de la que tanto se habla y por la que tanto se está trabajando en este país deje de ser un ideal utópico para pasar a convertirse, por fin, en una realidad.

Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, núm. 98

Los indios, inuits y métis de Canadá han ejercido, a lo largo de la historia, una defensa constante e imperturbable de sus territorios sagrados ante cualquier amenaza que haya cernido sobre ellos. En la actualidad, los acaparamientos empresariales de aquellos representan la principal preocupación de estos pueblos, quienes no han dudado en perseguir su integridad por la vía judicial ante situaciones específicas de conflicto. El objetivo principal de esta investigación radica en el análisis sociológico y jurisprudencial de este tipo de disputas en las que se ha producido la afectación de las creencias religiosas del pueblo indígena cuyo territorio se ha visto acaparado.

Con esta finalidad, tras el estudio de los pilares fundamentales sobre los que se edifica el derecho aborigen canadiense, se ha procedido a clasificar una selección de casos judiciales en tres grupos distintos: aquellos en que, pese a perseguir la protección de lugares sagrados, esta condición no se menciona; otros en los que explícitamente se reivindica la naturaleza sagrada del lugar que se pretendía acaparar, si bien como aspecto accesorio a la disputa principal; y, por último, aquellos supuestos en que la pretensión principal del pueblo afectado se basa en la violación de su derecho de libertad religiosa. Los resultados obtenidos tras el análisis de más de quince casos en torno a esta problemática son preocupantes, al no haber recibido un tratamiento acorde con los estándares internacionales al respecto; si bien la última Sentencia examinada representa la luz al final del túnel que abre un nuevo horizonte para la libertad religiosa de estos pueblos.

Núria Reguart Segarra es Doctora en Derecho por la Universitat Jaume I con mención internacional y Profesora Ayudante de Derecho eclesiástico del Estado en esta misma Universidad. Es miembro del Grupo de Investigación en Derechos Humanos y Derechos Fundamentales de la Universitat Jaume I, miembro de la REDH-EXATA (Red Iberoamericana de Empresas y Derechos Humanos: incidencia especial en el extractivismo y los acaparamientos de tierra y agua) y miembro del Grupo de Investigación RECI (Relevancia del Estatus y la Condición de Indígena) de la UNIR. Asimismo, forma parte del equipo de investigación del proyecto «Acaparamientos de tierras y recursos, ecocidio y pueblos indígenas» (UJI-A2020-04). Ha realizado estancias de investigación en el Strathclyde Centre for Environmental Law & Governance de la Universidad Strathclyde (Glasgow) y en el Human Rights Research and Education Centre de la Universidad de Ottawa. Su tesis doctoral ha sido galardonada con el Premio Brunet Tesis Doctorales a los Derechos Humanos y la Cooperación al Desarrollo 2020, concedido por la Fundación Jaime Brunet de la Universidad Pública de Navarra.



Calidad en
Edición
Académica
Academic
Publishing
Quality

Avalado por



Promovido por



Deusto
Publicaciones
Universidad de Deusto



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO

BERDINTASUN, JUSTIZIA
ETA GIZARTE POLIKETAKO SAILA

DEPARTAMENTO DE IGUALDAD,
JUSTICIA Y POLÍTICAS SOCIALES