
SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

Derechos Ancestrales

Justicia en Contextos Plurinacionales

Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Tapia
Editores



Néstor Arbito Chica
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
Av. Amazonas y Atahualpa
Edif. Anexo al Ex Banco Popular
Telf: (593-2) 2464 929, Fax: 2469 914
www.minjusticia-ddhh.gov.ec

Equipo de Apoyo
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Ramiro Ávila Santamaría
María Paz Ávila
Tatiana Hidalgo Rueda
Jorge Vicente Paladines
Nicole Pérez Ruales
Carolina Silva
María Belén Corredores

Corrección de Estilo:
Miguel Romero Flores (09 010 3518)

ISBN: 978-9978-92-774-8
Derecho de autor: 032358
Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador, 2009
1ra. edición: diciembre de 2009

Contenido

Presentación	vii
<i>Néstor Arbito Chica, Ministro de Justicia y Derechos Humanos</i>	
Prólogo	ix
<i>Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Tapia, Editores</i>	
I. Justicia indígena: reconocimiento y matices	
Derechos de las minorías en filosofía política y el derecho internacional	3
<i>Will Kymlicka</i>	
Herencia, recreaciones, cuidados, entornos y espacios comunes y/o locales para la humanidad, pueblos indígenas y derechos humanos	33
<i>David Sánchez Rubio</i>	
El relativismo cultural desde la perspectiva de la niñez indígena y la Convención de los Derechos de los Niños	65
<i>Ramiro Ávila Santamaría</i>	
Justicias y desprotección a mujeres indígenas contra la violencia. Posibilidades de interculturalidad	75
<i>Judith Salgado Álvarez</i>	
Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal	99
<i>Eugenio Raúl Zaffaroni</i>	
II. Pluralismo jurídico y justicia intercultural	
La Jurisdicción especial indígena	125
<i>Esther Sánchez Botero e Isabel Cristina Jaramillo</i>	

Los caminos de la justicia intercultural.....	175
<i>Luis Fernando Ávila Linzán</i>	
Justicias ancestrales analogías y disanalogías entre sistemas jurídicos concurrentes.....	219
<i>Diego Zambrano Álvarez</i>	
La Autonomía jurídica y jurisdiccional en Colombia	251
<i>Juan Montaña Pinto</i>	
Los caminos de la descolonización por América Latina: jurisdicción indígena originaria campesina y el igualitarismo plurinacional comunitario	297
<i>Idón Moisés Chivi Vargas</i>	
Perspectivas sobre justicia indígena en la jurisprudencia anglosajona: casos paradigmáticos de Estados Unidos, Nueva Zelanda y Canadá.....	357
<i>Carlos Espinosa Gallegos-Anda</i>	

III. Perspectiva de la justicia indígena en el Ecuador

El Estado plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008.....	389
<i>Agustin Grijalva</i>	
El Derecho indígena en el contexto constitucional ecuatoriano: Entre la exigibilidad de derechos y el reconocimiento del pluralismo jurídico	409
<i>Christian Masapanta Gallegos</i>	
La Justicia indígena en el Ecuador	451
<i>Rosa Cecilia Baltazar Yucailla</i>	
Reflexiones básicas e ideas iniciales Sobre el Proyecto de Ley de Coordinación y Cooperación entre el Sistema Jurídico Ordinario e Indígena.....	473
<i>Carlos Poveda Moreno</i>	

IV. Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos	505
Comité de Derechos Humanos	511
Corte Constitucional de la República de Colombia	559

Perspectivas sobre justicia indígena en la jurisprudencia anglosajona: casos paradigmáticos de Estados Unidos, Nueva Zelanda y Canadá¹

Carlos Espinosa Gallegos-Anda*

Sumario

I. Introducción. II. Estados Unidos. 2.1. Libertad religiosa: *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*. 2.2. Funcionalidad y competencias estatales: *Cherokee Nation v. Georgia*. 2.3. Relaciones tributarias: *McClanahan v. Arizona*. 2.4. Jurisdicción Criminal: *Oliphant v. Suquamish Indian Tribe*. 2.5. Sinopsis Jurisprudencial. III. Nueva Zelanda: El Tratado de Waitangi. IV. Canadá. 4.1. Intermediación estatal y responsabilidades subyacentes: *Guerin v. The Queen*. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. Introducción

La vinculación “especial” que ha existido entre el Estado y las comunidades indígenas en los diferentes enclaves post-coloniales, se ha traducido a lo largo

¹ Para el presente ensayo, el autor realizó una traducción libre de las sentencias analizadas.

* Licenciado en Derecho por la Universidad de Salamanca, Coordinador con el Instituto de Iberoamérica de la Universidad de Salamanca, Miembro de la Organización de las Naciones Unidas de dicha Universidad, Asesor Jurídico en el Consulado General del Ecuador en Madrid e Investigador en el Proyecto de Reforma al Código Orgánico de Garantías Penales llevado por la Subsecretaría de Desarrollo Normativo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Ecuador.

de la historia como una relación asimétrica de poder, en la cual colonos europeos, impusieron estructuras de poder administrativas, políticas y sociales en perjuicio de los intereses y derechos de los pueblos nativos. Will Kymlicka lo define mejor al expresar que *los pueblos indígenas son a la vez víctimas de la construcción de estados por los colonos Europeos en el Nuevo Mundo*². Mediante arremetidas de legislación y jurisprudencia despótica en los diferentes enclaves coloniales se ha intentado arrebatar los derechos ancestrales de estos pueblos. Desde su inicio el desafío ha sido evidente, los incontables contratiempos sufridos sin embargo, han logrado plasmar un singular vínculo de unión entre los grupos aborígenes.

El presente ensayo recoge las experiencias y transformaciones jurídico-políticas que forjarían los sistemas relacionales entre el Estado y las comunidades indígenas de los Estados Unidos, Nueva Zelanda y Canadá. Se han resaltado sentencias sobre diversas materias que cubren aspectos como la libertad religiosa, jurisdicción criminal dentro de las reservas norteamericanas o la competencia estatal para fijar obligaciones tributarias dentro de las mismas.

Entre los diversos casos, Nueva Zelanda ha sido un punto de referencia histórico en la lucha de los pueblos indígenas al reivindicar sus derechos consuetudinarios sobre territorios ancestrales. Las dificultades interpretativas que plagaron los primeros instrumentos legales acordados con el gobierno inglés, serían la base legal que aseguraría a este pueblo un control sin parangón en el mundo colonial sobre sus tierras y derechos. La singular relación del pueblo Maori con el Estado, llegaría a producir una forma de control institucional que aseguraría el desempeño competente de las facultades cedidas al Estado central.

La difícil tarea de reglar las competencias estatales así como sus responsabilidades frente a las tribus ha sido materia de fecunda elaboración en todos aquellos países vástagos de un sistema colonial. En el caso de Canadá esta relación en un inicio se estableció bajo la cesión de determinadas competencias por parte de las comunidades nativas. Los constantes abusos a lo largo de su historia exigirían al poder estatal encarnar un papel protagónico en la

2 Kymlicka, Will, "Derechos de las minorías en la filosofía política y en el derecho internacional", Revista del Instituto de Jurídicas de Puebla (Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla), número 22, 2008, pp. 46-72.

tutela de dichas competencias. Canadá resaltó estas facultades y responsabilidades subyacentes en *Guerin v. The Queen*.

Entre los países que se han seleccionado para resaltar esta dicotomía entre el Estado y las tribus, EEUU sobresale en cierto modo si se considera que de forma casi paradójica el camino que ha intentado fijar para delimitar su relación con las tribus -a pesar de mostrar una clara inclinación paternalista- ha debido adaptarse y evolucionar de ser casi inquisitivo a permitir el desarrollo de determinadas facultades por los pueblos. Los siguientes casos analizan como la injerencia judicial ha debido asumir la responsabilidad de delimitar el desarrollo de dichas facultades.

II. Estados Unidos

La legislación y jurisprudencia estadounidense sobre las relaciones entre el Estado y los pueblos nativos norteamericanos ha evolucionado mediante diversas modificaciones y adaptaciones interpretativas a lo largo de su historia. Remontándonos a los primeros años de su existencia como nación, la Constitución Política³ ordenaba al Estado Federal, *regular el comercio con naciones extranjeras, así como entre los estados y tribus*⁴.

En términos de efectividad práctica, las disposiciones constitucionales de nada han servido para realmente delimitar un marco operativo adecuado entre el Estado y los diferentes pueblos que se encontraban desperdigados a lo largo de la confederación, la despreocupación legislativa en la materia se ha traducido en una resolución causal y puntual de las controversias surgidas. Mark Savage⁵ incluso llegó a afirmar que la limitación es de tal magnitud *que deja al gobierno federal casi imposibilitado para regular cualquier asunto*

3 *Constitución de los Estados Unidos*, Art. 1 Sección 8, 17 septiembre 1787.

4 H. Vinzant, John, *The Supreme Courts Role in American Indian Policy*, LFB Scholrly Publishing LLC, EL Paso, 2009, pp. 35-145.

5 Savage, Mark, " Native Americans and the Constitution: The Original Understanding", *American Indian Law Review*, 1988, 16: 57-116; este autor ha producido un sin número de trabajos analizando la relación del Estado Federal y los pueblos indígenas norteamericanos, para ver más sobre el tema: "The Great Secret About federal Indian Law -Two Hundred Years in Violation of the Constitution- And the Opinion The Supreme Court Should Have Written to Reveal It", 20 *New York University Review of Law and Social Change* 343, 1993.

relacionado con las comunidades nativas. Los poderes conferidos al legislativo para forjar políticas estatales sobre la materia han sido amplios⁶, por ello no se podría atribuir a restricciones legales como culpables de los vacíos legislativos existentes en la materia. La inactividad legislativa ha sido la culpable de que estas políticas sean definidas a lo largo de los años por órganos intermedarios como el judicial que han debido afrontar circunstancias y situaciones que por mandato expreso debieron ser superadas por una previsión legislativa adecuada sobre la materia.

Las políticas estatales que germinaron en los años venideros responderían a la concepción de asimilación⁷ –legado colonial– que se intentó imponer sobre los pueblos nativos como instrumento de control. No sería hasta la década de 1930, que la idea de asimilación se reemplazaría por una de revitalización y resurgimiento de las tribus nativas. La aprobación del *Indian Reorganization Act*⁸ (IRA) sería un avance importante al reconocer y atribuir a las tribus una mayor capacidad de auto gobierno. Junto a las atribuciones de competencia reconocidas, la misma limitaba el papel del *Office of Indian Affairs*⁹, que hasta ese entonces había desarrollado un manejo lánguido, incompetente e inquisitivo en los asuntos indígenas. La inconformidad pública con las actividades de la mencionada cartera de Estado, lograrían asentar con mayor fuerza las innovaciones plasmadas en la nueva legislación.

6 El Congreso estadounidense bajo mandato constitucional (Art. 1, Sección 8); tiene conferido el poder exclusivo de legislar sobre los asuntos que se refieran a las tribus indígenas en función de la nondelegation doctrine implícita o tácitamente recogida en todas las constituciones; para más referencias sobre el tema ver: "The Phoenix Rises Again: The Nondelegation Doctrine from Constitutional and Policy Perspectives", Symposium, Cardozo Law Review, Vol. 20 No. 3, January 1999.

7 Los procesos de asimilación, reflejan una política estatal de implementar una educación colonial, en la cual quienes están siendo colonizados se acoplen a las tradiciones y costumbres de los colonizadores. Véase Internet, www.english-e-corner.com/comparativeCulture/core/postcolonialism/frameset/education.htm, Acceso: 5 octubre 2009.

8 Wheeler Howard Act (Indian Reorganization Act.), June 18, 1934, p. 224. U.S. Statutes at Large 48: 984 - 88; el mismo cumple un papel regulatorio a nivel nacional de la facultades otorgadas y reconocidas a los pueblos indígenas.

9 El *Indian Affairs Bureau* es una de las instituciones más antiguas dentro del Departamento del Interior de los Estados Unidos y tiene encomendado el manejo y supervisión de más de 66 millones de hectáreas cedidas en fideicomiso a los Estados Unidos por parte de los pueblos indígenas. Internet, http://www.doi.gov/bial/about_us.html, 13. Acceso: octubre 2009.

El IRA modificaba las competencias de los pueblos nativos para que éstos pudieran organizarse y regular materia relacionada con su auto gobierno, políticas sociales y demás leyes subsidiarias. La austeridad fiscal que se vivió tras la segunda guerra mundial sería la culpable de que los nuevos conceptos y facultades sean casi inaplicados, postergando aún más el libre desarrollo de estos pueblos.

Sorprendentemente sería Richard Nixon¹⁰ quien impulsaría una de las leyes más progresistas en términos de soberanía indígena, tras un largo debate ante el legislativo y abogando por un cambio rotundo en las políticas estatales (que hasta ese momento presentaban un fuerte carácter paternalista), se logró impulsar que los asuntos indígenas sean resueltos por las propias comunidades. Ante las presiones vividas, el Congreso respondió con la *Self Determination and Education Act*¹¹. Los avances legislativos que se vivirían en los años venideros serían de gran importancia, entre ellos se podría destacar por ejemplo el *American Indian Religious Freedom Act (AIRFA)*¹², en el cual se reconocía de forma expresa el deber del gobierno federal de proteger y preservar las tradiciones y prácticas religiosas de las comunidades indígenas.

El avance legislativo sin embargo, no marcaría el establecimiento de un plan estatal por medio del ejecutivo que conduzca de manera integral la política estadounidense en relación con los pueblos nativos. La falta de acción de ambos poderes, transmutó al poder judicial la resolución de conflictos, éste viéndose enfrentado con los problemas suscitados en las comunidades indígenas estableció por medio de sus fallos los parámetros que de una u otra forma guiaron la política estadounidense por años. Como se analizará a lo largo del ensayo, la resolución de conflictos causales delimitó el entendimiento entre Estado Federal y tribus nativas.

Los avances focalizados y casi embrionarios de legislación sobre la materia atribuirían al paso de los años el deber de exigir a los poderes del Estado dar respuestas más certeras sobre esta cuestión. Por ejemplo, al momento de pre-

10 Trigésimo Séptimo Presidente de los Estados Unidos de América (1969-1974).

11 Indian Self Determination and Education Act, entró en vigor el 4 de enero de 1975; a fondo en Internet, http://www2.law.cornell.edu/uscode/25usc_sec_25_000000450---000-.html, Acceso: 20 octubre 2009

12 The American Indian Religious Freedom Act, 1978.

sentarse un conflicto sobre materia religiosa, los tribunales focalizaban los procesos únicamente en el desarrollo y protección de la primera enmienda¹³. Esto dejaba de lado cualquier apreciación que se pudiese dedicar a la especialidad existente en relación de fuero, sujeto o materia, todas ellas importantes directrices en otros países al momento de definir las relaciones del Estado con los pueblos nativos. La limitada apreciación de circunstancias de especialidad en cada caso sería el reflejo del escaso esfuerzo por definir bien estas relaciones.

El primer caso a citar marcó un precedente singular en lo que se refiere a la intervención estatal en prácticas religiosas, las apreciaciones sobre las leyes especiales que regían la autonomía indígena servirían para definir la extensión y aplicación de los derechos sobre libertad religiosa en los Estados Unidos. Las pautas de desarrollo de la AIRFA serían puestas a prueba en 1990 en el caso: *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*¹⁴. El papel del Estado como interventor y regulador de la expresión religiosa individual y colectiva fue el núcleo del suscitado caso. La Corte Suprema actuaría como mediador entre los derechos ancestrales de los pueblos indígenas y el imperio de la ley.

2.1. Libertad religiosa: *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*

Los hechos fueron los siguientes: a) Alfred Smith y Galen Black fueron despedidos de una empresa dedicada a la rehabilitación de drogo dependientes; b) el despido se produjo tras descubrirse que ambos habían consumido peyote¹⁵ durante un ritual sacramental indígena; c) al solicitar beneficios de desempleo al Estado, les fue negada dicha prestación al considerarse que su despido era procedente al haber llevado a cabo conductas contrarias al buen

13 *Bill of Rights, First Amendment of The United States Constitution*, 1787: la primera enmienda de la constitución de los Estados Unidos limita la autoridad del Congreso de promulgar leyes que establezcan un estado confesional o que limiten el libre ejercicio de la libertad religiosa.

14 *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith* 494 U.S. 872 (1990).

15 El uso de peyote en ceremonias religiosas era una parte habitual de los rituales indígenas, entre las tribus que más lo usaban se puede destacar a los Apache y Comanche, para ver más: Omer Call Stewart, *Peyote Religion*, University of Oklahoma Press, 1987, p. 51.

comportamiento en el lugar de trabajo; d) los demandantes por su parte alegaban que era improcedente un despido sustentado en razones que requerían el renunciar a una actividad religiosa; e) Oregón argumentaba que la regulación sobre drogas en el Estado, buscaba evitar el uso de las mismas de forma generalizada, por ende carecía de fundamento el anular una ley aplicable de manera general en beneficio del ejercicio de un derecho individual; f) la Corte Suprema de Oregón falló a favor de los demandantes, al entender que el pago de beneficios de desempleo por parte del Estado era un carga menor al compararla con la situación de precariedad que sería sufrida por los demandantes en caso de no recibirla.

El Estado de Oregón inconforme con la sentencia y tras proceso de apelación¹⁶ ante la Corte Suprema logró revertir el fallo. La Corte declararía: *para existir una causa que justifique al gobierno el modificar una práctica religiosa determinada, debe existir una causa de interés público, para mantener el bienestar general y que haga válida la supresión de ejercitar la libertad religiosa.*

En lo que fuese la opinión particular del Magistrado Scallia, éste declaró: *si el uso de peyote fuese permitido en este caso, se crearía un derecho privado a ignorar leyes de aplicación general, produciéndose así una anomalía constitucional.*

La Corte, de esta manera, fijaba limitaciones al desarrollo de las libertades religiosas que se reconocían a los pueblos nativos, poniendo la primacía de leyes generales sobre las especiales que regulaban sus facultades. Con ello se sustentó que las leyes de libertad religiosa indígena (AIRFA), no derogaban o atribuían capacidad especial a las comunidades indígenas para evadir o inaplicar leyes de aplicación general. A pesar de que la Corte mantuvo de esta forma la coherencia jurisprudencial que había sido establecida *Reynolds v. United States*¹⁷ —donde la Corte sostuvo leyes contra la poligamia para regular las prácticas mormonas— la evidente limitación e injerencia estatal en los asuntos indígenas sería una clara derrota en la lucha de los pueblos indígenas por recobrar su pleno desarrollo de acuerdo a sus tradiciones ancestrales.

16 En caso de apelación al menos cuatro magistrados de la Corte Suprema deben estar de acuerdo al momento de aceptar un caso en el cual exista una cuestión de índole constitucional, para ver más Internet, www.uscourts.gov/courts/appeals.html.

17 *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145 (1878).

De igual manera se procedió y resolvió en *Lyng v. Northwest Indian Cementary Association*¹⁸. En el suscitado caso la Corte enfocó la causa en determinar los problemas que podrían suscitarse de permitir que un grupo religioso minoritario tenga capacidad de anular leyes de aplicación general.

Además de limitar las capacidades de los pueblos nativos, *Oregon v. Smith*, eliminó el famoso “Sherbert”¹⁹ test, que había fijado la imposición sobre el Estado de probar la existencia de un interés relevante, para poder interferir en el desarrollo de prácticas religiosas individuales o colectivas²⁰. Sin la necesidad de probar dicho “interés” el Estado quedaba libre para imponer regulaciones sobre las prácticas individuales de los ciudadanos, poniendo una clara limitación a un derecho constitucional que había sido en algún momento ya olvidado el fundamento que motivaría a un grupo de “sectarios” a viajar de Inglaterra a un Nuevo Mundo desconocido para ejercer su libertad de culto.

Al declarar a la Cláusula de Libre Ejercicio de la Constitución improcedente, cuando entrase en contradicción con leyes de orden público, la Corte fijaba un límite demasiado estricto para futuros casos en los cuales el ejercicio individual de culto este en juego. Se entiende de este momento en adelante que de suscitarse una controversia similar, las leyes generales priman sobre los derechos individuales de libertad de culto. Su primacía, justificada en que las mismas forman parte intrínseca de la regulación Estatal sobre libertades individuales y los límites sobre ellas impuestas para asegurar el orden público.

El precedente fijado sirvió para movilizar a los pueblos nativos en su lucha por reivindicar lo que ellos consideraban su legítimo ejercicio de la libertad religiosa, fundamento y pilar de los principios constitucionales norteamericanos. Ante las presiones de este lobby el Congreso posteriormente amplió los parámetros del AIRFA, permitiendo el uso de alucinógenos, siem-

18 *Lyng v. Northwest Indian Cementary Protective Association*, 485 U.S. 439.

19 *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963): en este histórico caso la Corte Suprema fijó como precedente la inversión de la carga probatoria sobre el Estado, obligando a éste a demostrar que existe un especial interés estatal para negar beneficios de desempleo a aquellos individuos despedidos por realizar determinadas actividades religiosas.

20 Internet, http://atheism.about.com/library/decisions/religi3n/bl_1_OregonSmith.htm, Acceso: 15 octubre 2009.

pre que éstos estuviesen vinculados con alguna práctica religiosa. A pesar de que entró en vigor, su duración fue efímera ya que la misma Corte lo declaró inconstitucional en 1997²¹.

Desde los primeros reconocimientos de derechos y facultades que cada Estado ha dado a los pueblos indígenas se puede dilucidar las políticas que florecerían en los años venideros. Es en la atribución inicial de facultades a los pueblos en la cual los derechos, así como las reivindicaciones posteriores, cobran una gran importancia. El siguiente caso nos permite apreciar cómo se forjó hasta cierto punto la dependencia y tutela entre el Estado y los Cherokee²².

2.2. Funcionalidad y competencias estatales: Cherokee Nation v. Georgia

En el caso de *Cherokee Nation v. Georgia* ²³, esta última había suscrito un acuerdo con el Gobierno Federal, en el que se acordaba la cesión de una serie de territorios en el oeste a favor del gobierno central. En contra prestación el Estado ayudaría a *remover* a los Cherokee de sus territorios. La acción Federal se haría esperar hasta la segunda década del siglo diecinueve, cuando el descubrimiento de oro motivaría al Estado de Georgia a regular las relaciones con los pueblos nativos.

Georgia por su parte promulgó una serie de leyes que alteraban los derechos de la comunidad Cherokee y redefinían su composición jurisdiccional, extendiendo al Estado el conocimiento de los delitos cometidos por un Cherokee dentro su territorio. Con ello se buscó fijar un control punitivo sobre los posibles y previsibles enfrentamientos que se presentarían al momento de *trasladar* a este pueblo.

Georgia impugnaba además la posesión de tierras por parte de los Cherokee, alegando que no existía respaldo legal alguno, que legitime su posesión

21 *City of Boerne Texas, v. Flores* 521 U.S. 507 (1997).

22 La tribu Cherokee habitaba en los Estados de Georgia, Alabama, Kentucky, Carolina del Norte, Tennessee y Virginia. Su primer contacto con europeos se produjo en el siglo XVI. Con el paso de los años la tribu se vio forzada a trasladarse a Oklahoma. La misma se agrupaba dentro de la "Cinco Tribus Civilizadas de Norte América", ver más en Internet, www.cherokee.org, Acceso: 16 octubre 2009.

23 *Cherokee Nation v. Georgia* 5 Pet. 1(1831).

dentro del Estado. En lo que se podría catalogar como un último acto de *despotismo legislativo*, el Estado de Georgia determinó que tanto las costumbres como actos promulgados y suscritos por los Cherokee quedaban anulados y carecían de validez legal a partir del 1 de Junio de 1830²⁴.

La respuesta de la Nación Cherokee fue contundente, respaldada en los once tratados suscritos con el gobierno federal de los Estados Unidos²⁵, ella estimaba que todos sus actos eran reflejo del ejercicio de sus legítimos derechos como nación soberana, por ende una Corte estatal carecía de jurisdicción o competencia para conocer sobre los asuntos que a ella se refería; prueba de ello es la demanda formal que la tribu presentó ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, en la cual alegaba: *“la Nación Cherokee de indígenas, es un estado extranjero y sin ningún tipo de compromiso a los Estados Unidos, ni alguno de sus Estados miembros, ni príncipe o estado más allá que el suyo”*²⁶.

En función de la Constitución²⁷ de los Estados Unidos se determina que existe jurisdicción federal en aquellos casos entre estados y estados extranjeros. Existiendo una serie de tratados con Estados Unidos y Gran Bretaña, la nación Cherokee alegaba que había sido reconocida y facultada como un Estado soberano e independiente. Este reconocimiento se traducía en una aceptación tácita de la capacidad de auto gobierno que los mismos poseían en relación a sus leyes y territorios, con lo cual la intromisión de Georgia en sus facultades era evidente y por ende inválida.

Una vez iniciado el proceso ante la Corte Suprema, su Presidente John Marshall²⁸ centró su atención en la concepción de Estado que la Constitución recogía y que el análisis jurisprudencial respaldaba. Marshall establecería los siguientes parámetros:

A pesar de que a los indígenas se les reconoce de forma inequívoca el derecho sobre las tierras que estos ocupan, hasta que dicho derecho sea extinguido de

24 H. Vinzant, John, *op. cit.*, pp. 35-14.

25 *Ibidem*, pp. 35-145.

26 Cherokee Nation v. Georgia 5 Pet. 1 (1831).

27 El artículo 3, sección 2 de la Constitución de los Estados Unidos determina la jurisdicción Federal en relación a la materia.

28 Hasta el día de hoy es el magistrado que por más años ha ocupado la presidencia del tribunal de 1801-1835. Internet, www.supremecourtus.gov/, Acceso: 1 octubre 2009.

forma voluntaria a través de una cesión a nuestro gobierno, cabe preguntarse si dichas tribus que residen dentro de los límites de lo que es los Estados Unidos, pueden de forma certera considerarse naciones foráneas. Sería más correcto tal vez, definirlas como naciones domésticas dependientes. Los mismos ocupan un territorio sobre el cual ejercitamos un título independiente de su voluntad y que entra en efecto al momento de eliminarse su ejercicio particular sobre el mismo. Mientras tanto, ellos permanecen en un estado de tutelaje. Su relación con los Estados Unidos semeja la de un pupilo con su tutor²⁹.

Una lectura del dictamen nos permite discernir que la interpretación dada por la Corte elimina la consideración de los pueblos indígenas como entes autónomos y más aún, independientes del Estado Federal. Este fallo marcaría la política estadounidense sobre esta materia por los próximos cien años. La concepción de un Estado paternalista que debe regular y supervisar a sus pupilos, encausaría el pensamiento norteamericano que semeja en gran medida el mal llamado *white man's burden*³⁰. Esta tendencia durante los años que se establecían los parámetros de desarrollo de los pueblos nativos en los territorios dominados por potencias coloniales justificaba las ocupaciones basándose en la supuesta falta de capacidad de los indígenas para regular sus propias acciones.

Cherokee Nation v. Georgia cobra un espectro singular si se analiza la interpretación que la Corte profiere sobre las relaciones entre el Estado y los pueblos indígenas. Al encasillar y asimilar la funcionalidad del Estado con los pueblos indígenas como aquella encomendada a un tutor con su pupilo se cuestiona la capacidad de auto-gobierno de los indígenas y se justifica a su vez la dominación y supervisión por parte del Estado. La relación de poder desde este momento ya no sería horizontal sino vertical, Chomsky tal vez lograría definirla de mejor manera al expresar que *el control como cualquier otra forma de tiranía se proyecta de forma desinteresada y casi justificada hacia la persona, motivándola con el beneficio del otro*³¹.

29 *Cherokee Nation v. Georgia* 5 Pet. 1 (1831).

30 Esta frase del poema "*White Man's Burden*" de Rudyard Kipling en 1899, sería tomada como una forma de resaltar los costes del imperialismo y la carga del hombre blanco por civilizar a los pueblos de las colonias.

31 Internet, www.lemondediplomatique.es, Le Monde Diplomatique Español, entrevista a Noam Chomsky, edición de agosto 2007.

El límite a la injerencia estatal en las reservas indígenas ha sido asunto de difícil manejo por parte del legislativo y ejecutivo, el complejo sincronismo que debió fijarse entre legislación federal y estatal para limitar dichas injerencias ha sido suplantado por una solución esporádica pero a momentos afortunada de las controversias. En el siguiente caso la autonomía financiera de las reservas lograría un triunfo que frenaría en seco la avanzada estatal por dominar un aspecto más de la libertad de las tribus.

2.3. Relaciones tributarias: McClanahan v. Arizona³²

Los hechos del caso fueron los siguientes: a) el Estado de Arizona había impuesto una carga tributaria sobre una mujer Navajo que obtenía todos sus ingresos dentro de la reserva Navajo; b) Arizona intentó probar que no existía legislación alguna en la que se había prohibido de forma expresa, la imposición de tributos a los residentes de las reservas; c) la demanda de McClanahan se vio truncada en primera instancia al no formularse bien la controversia; d) al apelar la sentencia, la Corte de Apelaciones reafirmó el fallo inicial y confirmó la formulación errónea de la causa al citar que *la controversia no yace en determinar si el Estado de Arizona incide en los derechos del demandante al imponer una carga tributaria siendo esta una Indígena Navajo, sino más bien si dicho tributo infringe los derechos de la tribu de indios Navajo a autogobierno.*

La Corte de esta manera seguía la doctrina de evaluación que se hacía acerca de imposición tributaria sobre predios ocupados por las tribus, la cual se entendía, entraban en conflicto con la autonomía de las mismas³³. En definitiva se permitió la imposición tributaria al desechar el caso por planteamiento erróneo de causa.

En proceso de apelación ante la Corte Suprema³⁴ la misma desestimó la exposición de motivos de Arizona y revirtió el fallo.

32 McClanahan v. Arizona State Tax Commission 411 U.S. 164 (1972).

33 Williams v. Lee 358 U.S. 217, 79 S. Ct. 269, 3 (1959).

34 La causa llega ante la Corte Suprema al tratarse sobre los límites jurisdiccionales que los Estados tienen en relación al Estado Federal, esta causa pondría a prueba la doctrina de soberanía indígena resuelta 141 años antes en Worcester v. Georgia (31. U.S. (6 Pet. 515).

El Estado de Arizona carece de jurisdicción para imponer sistemas de tributación sobre los ingresos de los Indios Navajo que residen dentro de la Reserva y cuyos ingresos se derivan en forma directa de los recursos de la reserva³⁵.

McClanahan logró sentar un importante límite a los poderes de los estados sobre las reservas que en ellos residen. La sentencia es clara en expresar que, los estados carecen de capacidad de regular todas aquellas situaciones que no les hayan sido concedidas de forma expresa por el poder legislativo. El llamado *federal preemption* ³⁶ a su vez estima que las relaciones de poder que existen dentro de la unión pueden ser modificadas únicamente por el Congreso o un tratado internacional que regule una materia específica, con ello, los estados en el desarrollo de sus facultades, solamente pueden actuar en función de las atribuciones expresamente concedidas y en caso de entrar en conflicto con legislación federal la misma quedaría inaplicada.

Los tributos serían solo una parte del complejo entramado que se requería clarificar para poder suavizar y hacer operativas las competencias jurisdiccionales, no solo del Estado Federal con las comunidades, sino de cada uno de los estados con las respectivas poblaciones que habitaban dentro de sus límites territoriales.

En manos de la relación jurisdiccional entre Estado y tribus se forjaría el desarrollo de los pueblos indígenas. Al ser causa de un importante debate dentro de la comunidad jurídica estadounidense, su realidad ha presentado una serie de complicaciones al momento de aplicar parámetros clásicos de procesamiento de causas. El lograr delinear los problemas de jurisdicción y competencia que se pudiesen presentar al resolver conflictos interétnicos, es un proceso donde la jurisprudencia juega un papel importante, establecer una doctrina que logre identificar estas especialidades y más que nada les dé un tratamiento adecuado, es una tarea esencial para la operatividad estatal con los pueblos nativos.

Entre las competencias más polémicas y controvertidas está la jurisdicción criminal entre el Estado Federal y las comunidades indígenas. La problemática jurisdiccional no tiene una solución única, y ha exigido una

35 *McClanahan v. Arizona State Tax Commission* 411 U.S. 164 (1972), pp. 167-181.

36 Inaplicación de legislación estatal al entrar en conflicto con legislación federal.

respuesta por parte de los poderes legislativos, judiciales y ejecutivos de cada país. El siguiente caso analiza la jurisdicción criminal federal en relación con las reconocidas a las tribus norteamericanas.

2.4. Jurisdicción criminal: *Oliphant v. Suquamish Indian Tribe*³⁷

En el caso de *Oliphant v. Suquamish Indian Tribe*³⁸ se presentaron los siguientes hechos: a) a Mark Oliphant se le imputaba por agredir a un oficial tribal y resistirse al arresto dentro del territorio de la Tribu Suquamish; b) Oliphant reclamaba la falta de jurisdicción de la tribu sobre esta materia al no ser él miembro de la tribu, con ello presentó recurso de Hábeas Corpus ante una Corte Federal; c) la tribu por su parte con el apoyo de otras comunidades nativas, reafirmaban su soberanía y competencia sobre la materia, al cometerse los hechos dentro de los límites territoriales de su jurisdicción, d) a pesar de que el recurso de Hábeas Corpus fuese negado por las Cortes de menor jerarquía, la Corte Suprema sostuvo dicho recurso al citar a la *Civil Rights Act*³⁹ de 1968.

La Corte Suprema se centró en el sujeto y fuero de acción, en lo que fuese su fallo la misma estimó:

Los tribunales indígenas no poseen una jurisdicción criminal inherente que les permita juzgar y sentenciar a no-indígenas, por ello no pueden asumir dicha jurisdicción a menos que les sea específicamente atribuida por el Congreso (...) los actos promovidos por el Congreso a lo largo del siglo diecinueve, reflejan el planteamiento legislativo de que, las tribus indígenas no poseen una inherente jurisdicción criminal sobre sujetos no-indígenas (...) la presunción compartida por el Congreso, poder Ejecutivo y tribunales federales de menor jerarquía establece que las cortes tribales, no poseen una determinada competencia para juzgar a sujetos no-indígenas, ello acarrea un peso significativo (...) sometándose a la soberanía de los Estados Unidos, las tribus ceden la competencia de juzgar a sujetos no-indígenas,

37 La tribu Suquamish habita la Reserva de Port Madison en el noroeste del Estado de Washington.

38 *Oliphant v. Suquamish Indian Tribe*, 435 U.S. 191 (1978).

39 Esta legislación marcaría un cambio revolucionario dentro de los Estados Unidos legislando contra la discriminación racial en los ámbitos públicos y privados.

con las excepciones que pudiesen considerarse aceptables por el Congreso, un hecho que parece concordar con el Tratado de Point Elliot⁴⁰ firmado por la tribu⁴¹.

La Corte logró de esta manera fijar un precedente que definió las competencias y jurisdicciones atribuidas a los indígenas sobre sujetos foráneos dentro de sus territorios. Limitando la capacidad de regular materia criminal dentro de sus reservas se imponía un límite a su pleno desarrollo y autonomía. Sin embargo, creo más importante el resaltar la explícita mención de que las tribus poseen únicamente aquellas competencias que le son reconocidas por el congreso. De esta manera tal vez de forma retardada y temerosa la Corte intentó reafirmar el poder que por inactividad legislativa se había diluido a otros poderes del Estado.

El problema de sujeto, materia y jurisdicción evidencia la problemática tangible que se presenta al delinear las relaciones entre Estado y comunidades nativas. Las claras variables que se pueden presentar en cada caso exigen del legislador, juez y jurista tener reglas procesales de aplicación claras, generales y constantes.

Analizando el caso estadounidense podemos ver que la política sobre esta materia ha dejado mucho que desear. Más allá de los posibles avances que a momentos se han dado al reivindicar ciertos derechos de las tribus, en un contexto más amplio no es difícil discernir que la implementación de una política de verdadera integración y reconocimiento legal autónomico de las tribus ha sido paupérrima.

La falta de un concepto de interacción e integración interétnico institucional, ha sido el precursor que ha aislado a estas tribus en reservas que acen-túan punzantemente la concepción popular *de aquello que no vemos, no nos molesta*. Por mérito propio y luchando varios obstáculos las organizaciones indígenas han logrado reafirmar ciertos derechos, sin embargo, la injerencia estatal sigue siendo considerable sus derechos si bien han recobrado el aliento les falta mucho aún para respirar con libertad.

40 Tratado de Point Elliot, firmado el 22 de enero de 1855.

41 Oliphant v. Suquamish Indian Tribe, 435 U.S. 191 (1978).

2.5. Sinopsis jurisprudencial

El desarrollo doctrinario que labró la Corte Suprema, refleja una creciente afirmación y reconocimiento del auto gobierno otorgado en la segunda mitad del siglo XX a las tribus. Paradójicamente, la Corte trazó los cimientos de la autodeterminación, focalizando su atención en un entendimiento de dependencia de las tribus con el Estado. La necesaria separación del Estado de los asuntos indígenas fue un logro importante para los movimientos indígenas que buscaban una mayor autonomía. Las limitaciones sufridas en el ejercicio de sus facultades por vía judicial, lograrían ser revertidas durante los años setenta.

Esto quedaría eclipsado en cierto grado, por la existencia de un sistema de autonomía discriminatorio entre las reservas que han otorgado privilegios y derechos, cuyo ejercicio, es posible únicamente por una fracción de las mismas. Ejemplo de ello es la existencia de casinos y sistemas de juego organizado dentro de aquellas Reservas⁴² que se encuentren dentro de un Estado, en el cual los juegos de azar sean legales.

Los intereses de las tribus como asunto primordial en la valoración de litigios contra el Estado se debilitaron notablemente con el paso de los años. A pesar de los triunfos que se habían logrado en materia de auto gobierno —con la promulgación de leyes—, la Corte Suprema de manera paulatina fijó un respaldo cada vez mayor a las políticas federales, midiendo de ante mano los efectos que las decisiones tendrían sobre el Gobierno Central y no sobre los pueblos nativos. En el caso *Oregon v. Smith* las tradiciones ancestrales de los pueblos nativos, se verían limitadas al entrar en contradicción con parámetros referentes al ámbito de aplicación de la ley.

El retracto sistemático en las políticas sobre los pueblos nativos se transformó en lo que se podría catalogar como un intento hostil pero no focalizado de proteger el interés colectivo por encima del especial interés que había sido reconocido a los pueblos, bajo el llamado pupillage estatal.

El poder de las tribus había residido en su función soberana de dirigir sus actividades y comunidades, sin embargo, la interpretación real de su auto gobierno está limitada a su correlación con los poderes judiciales y legislativos

42 Indian Gambling Regulatory Act, 1988.

del Estado. Consecuencia de ello es la degradación en el reconocimiento de las tribus como Estados soberanos a la de comunidades de indígenas dependientes de la legislación Federal. *Cherokee Nation v. Georgia* acentuaría esta intromisión federal en la independencia de las tribus.

La rama legislativa había sido atribuida desde los orígenes constitucionales la facultad de regular y delinear las relaciones del Estado con los pueblos nativos que habitaban dentro de la Unión. La inactividad legislativa dejaría en manos del poder judicial el forjar dichas relaciones.

Al delimitarse por el Poder Judicial que la soberanía de las tribus dependían de la facultad del Congreso de limitar, alterar o eliminar las atribuciones especiales que se les había reconocido, la posibilidad de preservar éstas –soberanas– fue puesta en entre dicho. El paso de los años y el despertar legislativo reafirmaría los derechos de los pueblos nativos.

En conclusión las disputas judiciales que se presentaron y la evidente necesidad de solucionar conflictos que tenían relación con las particularidades interétnicas, exigía una respuesta concreta y acertada por parte del poder legislativo. La inactividad del mismo permitió que la Corte Suprema ejercite facultades cuasi legislativas y ejecutivas, fijando por precedente el delimitamiento de una política que por mandato constitucional era responsabilidad legislativa.

III. Nueva Zelanda: El Tratado de Waitangi

Entre los pueblos indígenas y aborígenes del mundo el caso del pueblo Maori es singular y digno de ser resaltado. La solución jurídica que se ha diseñado para delimitar las interacciones con el Estado nos permite ver un modelo donde la unión de un pueblo junto con su incansable lucha por reafirmar sus derechos, ha permitido el establecimiento de un sistema único. El desarrollo que se ha vivido, ha sido gracias a una distribución de competencias que reconoce, tanto en el Estado como en el pueblo Maori, la facultad de exponer sus intereses y no ser solo oídos sino escuchados.

El caso de Nueva Zelanda es excepcional dentro del derecho común anglosajón al resolver, tratar y delimitar las relaciones del Estado con los pueblos nativos de un territorio conquistado. No es casualidad el hecho de que el pue-

blo Maori haya logrado preservar a lo largo de los últimos doscientos años, una soberanía y autodeterminación que en nada reflejan la situación de sus vecinos aborígenes en Australia o la de los indios nativos de Norteamérica.

La situación jurídica de los nativos neozelandeses se remonta a los primeros contactos con colonizadores británicos y sorprendentemente permanece estática –con cambios menores– a lo largo de los siguientes dos siglos. En un intento desesperado por afirmar su soberanía sobre las islas y pueblos de Nueva Zelanda, la Corona británica redactó y firmó en 1840⁴³ un tratado con una serie de líderes tribales. Una vez firmado, el mismo fue remitido a los demás líderes y ratificado por la gran mayoría.

Un desconocimiento explícito de la estructura social Maori como pueblo, fijaba la imposibilidad de aplicar el tratado frente a su totalidad como nación unitaria confederada⁴⁴ –punto esencial al momento de establecer el tratado como derecho imperante sobre los territorios–. Hasta ese momento la conquista británica se había fundamentado en la aplicación de *terra nullius*⁴⁵ para cimentar su control político sobre los dominios conquistados. La teoría de dominación se basaba en la creencia de que los pueblos que carecían de formas de gobierno central o estructuras *sociales avanzadas*, *no poseían un derecho*⁴⁶ o sistema jurídico que podía entrar en contradicción con el que sería impuesto por las autoridades coloniales. Por lo tanto los territorios que habitaban carecían de derecho alguno, siendo necesario el establecer un sistema de orden que sea concordante con la de pueblos más *avanzados*.

En el caso Maori a pesar de haber carecido de una autoridad central que funcionase como cabeza administrativa, los mismos tenían una composición social unitaria y funcional⁴⁷, que les otorgaba un cierto grado de soberanía que no podía ser subordinada a otro sin su consentimiento expreso.

43 J.G.A. Polcock, Law, Sovereignty, and History in a Divided Culture: The Case of New Zealand and the Treaty of Waitangi, The Irdell Memorial Lecture, Lancaster University, 20-23, 10 October 1991.

44 *Ibidem*, pp. 20-23.

45 El Teniente William Hobson siguiendo órdenes de la Reina de Inglaterra, en 1840 declaró a la isla sureña de Nueva Zelanda como *terra nullius* y legitimaba así la ocupación política de la misma. Véase Rutherford, James, *The Treaty of Waitangi and the Aquisition of British sovereignty in New Zealand 1840*, Auckland University College, 1949.

46 Emerich de Vattel, "*Law of Nations or the Principals of Natural Law*", 1758. Internet, www.loang.com/exlibris/vattel/, Acceso: 15 octubre 2009.

47 J.G.A. Polcock, *op. cit.*, pp. 20-23.

La concepción por parte de los colonizadores británicos de que el pueblo Maori poseía una soberanía inherente a sí misma que le facultaba para firmar un tratado con Inglaterra, atribuía una serie de derechos y atribuciones al pueblo Maori, antes siquiera de entrar a negociar con los poderes administrativos coloniales.

El Tratado de Waitangi⁴⁸ firmado en 1840, fijaba una serie de concepciones jurídicas que marcarían todas las negociaciones e interacciones futuras entre el pueblo Maori y la autoridad estatal. Como ocurrió en otros procesos de colonización, los años venideros traerían los constantes intentos por parte de los neozelandeses descendientes de europeos, por alterar la concepción de Estado soberano que había sido reconocido en el pueblo Maori.

Los textos originales se elaboraron en dos copias, una en inglés y otra en Maori, aquellas copias que se reprodujeron para ser entregadas a los líderes tribales restantes, no reflejaban de forma exacta las concepciones jurídicas que se habían plasmado dentro de la copia en inglés⁴⁹. La falta de exactitud en las traducciones, sería la base legal en la cual el pueblo Maori, se apoyaría para sustentar que los documentos subyacentes que se habían reproducido y firmado carecían de valor jurídico y eran nulos de pleno derecho por falsedad ideológica.

Extendiéndonos más allá de las diferencias interpretativas que a través de la historia la revisión legal de documentos pueda acarrear, y más aún cuando las mismas versan sobre documentos redactados en lenguas intrínsecamente diferentes, la disputa judicial se sustanció en lo que en términos de soberanía podía ser cedido por los pueblos aborígenes y el derecho de la Corona a adquirirlos⁵⁰. Esto sin mencionar los problemas que se vivirían al momento de probar el ejercicio ininterrumpido y continuo de posesión sobre las mismas.

La conformación del Tribunal de Waitangi⁵¹ sería un reflejo de la importante lucha por defender el texto del Tratado⁵². A éste órgano judicial se le facultó para escuchar la presentación de reclamos que estén relacionados

48 Tratado de Waitangi, 1840.

49 J.G.A. Polcock, op. cit., pp. 20-23.

50 *Ibidem*.

51 Treaty of Waitangi Act, 1975. Internet, www.knowledgebasket.co.nz/waitangi/about/about.html, Acceso: 15 octubre 2009.

52 Los Tribunales persisten hasta hoy en día y conforman una unidad del Ministerio de Justicia neozelandés, sus funciones están establecidas en la sección 5 del *Treaty of Waitangi Act* de 1975.

con la violación o inaplicación de las estipulaciones en el tratado del mismo nombre. A pesar de contar con jurisdicción y competencia, sus dictámenes no son derecho imperativo, sino más bien cumplen una facultad consultiva que debe ser tomada en cuenta por el Parlamento y las cortes estatales.

El ejercicio de la soberanía cedida al Estado de Nueva Zelanda, está sujeta a revisión por parte del Tribunal de Waitangi. El mismo cumple una función de supervisión sobre el cumplimiento efectivo de las estipulaciones recogidas en el Tratado. El ejercicio de la soberanía, de esta forma, debe ser consecuente con lo acordado inicialmente con los líderes tribales en los primeros momentos de la colonia.

Si bien los dictámenes de la Corte no llegan a ser derecho imperativo, el análisis originario que dan sobre la soberanía estatal acarrea una trascendencia significativa, que de cierto modo obliga o manda a los tribunales y demás órganos estatales, a acomodar la legislación en función de los dictámenes emitidos. El Tribunal en cierta manera posee la capacidad de poner en entre dicho la ejecución de soberanía otorgada al Estado neozelandés⁵³.

Es sustancial la firma del Tratado en 1840 pues con ello el pueblo Maorí fija los cimientos que le impulsarían de colonia imperial, a colonia auto-gobernada y posteriormente a estado independiente⁵⁴.

Los problemas de interpretación y traducción del texto original del Tratado, evidencia dos visiones anacrónicas en función de quien lo interpreta. El pueblo Maorí ha subrayado que en el Art. II del Tratado de Waitangi, el pueblo otorga la *protección más no la posesión* sobre sus tierras al gobierno inglés. Una lectura textual del mismo, asegura a los jefes tribales la total disposición y control sobre los territorios y permite la venta de ellos a la Corona bajo el consentimiento final del pueblo Maori. La redacción en inglés del mismo, sin embargo se otorga al gobierno colonial la total posesión y disposición sobre las tierras en cuestión⁵⁵:

Sin embargo los Jefes de las tribus unidas, así como los jefes individuales, ceden a su Majestad el derecho exclusivo sobre dichas tierras⁵⁶.

53 J.G.A. Polcock, *op. cit.*, pp. 33-40.

54 *Ibidem*.

55 *Ibidem*, pp. 20-23.

56 Internet, www.history.net.nz/politics/treaty/read-the-treaty/english-text, Acceso: 25 octubre 2009.

Como ocurrió en otros enclaves coloniales de su época, el intento de invalidar los tratados firmados con los nativos formaba parte de la política colonial. El resurgimiento y fuerza que cobró el movimiento Maorí en los años venideros, trajo consigo dos cambios fundamentales: (a) la creación de los Tribunales Maoríes sobre Posesión de Tierras en 1862 y; (b) el Treaty of Waitangi Act de 1975.

Los Tribunales sobre posesión de tierras fueron creados para transmutar el derecho consuetudinario Maori sobre las tierras en títulos de propiedad reconocidos por la Corona. Ello facilitaría la enajenación y disposición sobre las mismas, así como la existencia de un documento público que reconozca un derecho sobre un territorio. En concordancia con esto, *The Native Land Act*, de 1909 dispuso la prohibición expresa de reclamar posesión de tierras ante la Corona en función de derechos consuetudinarios preexistentes.

La disposición legislativa recogida en el Treaty of Waitangi Act de 1975 facultó al Tribunal de Waitangi para investigar acciones legislativas o ejecutivas que violasen o inaplicasen los principios establecidos en el Tratado. Luego de esclarecer sus hallazgos debían remitirlos a las autoridades y hacer las recomendaciones correspondientes.

Como se mencionó anteriormente, el Tribunal no tiene concedida la facultad de crear derecho impositivo, sin embargo sus recomendaciones han influenciado y guiado actos ejecutivos, legislativos y judiciales que han reafirmado la interpretación Maori del tratado⁵⁷.

La resolución del Maori Council de 1987⁵⁸ enmendó la *New Zealand State Owned Enterprises Act*⁵⁹ para incluir una disposición que *prohiba a la Corona actuar de manera inconsistente con los principios del Tratado de Waitangi*⁶⁰.

Así mismo la sentencia proferida en *Huakina Development Trust v. Waitangi Valley Authority* resalta la importancia que las recomendaciones del Tribunal de Waitangi tienen, dentro del entramado social neozelandés, al

57 J.G.A. Polcock, *op. cit.*, pp. 25-26.

58 El Maori Council analizó los conflictos existentes entre *State-Owned Enterprise Act-Treaty of Waitangi-Statutory Recognition of Principles of Treaty*, determinando los conflictos que pudiesen suscitarse al imponer legislación estatal que pudiese alterar los derechos de pueblo Maori recogidos en el Tratado de Waitangi.

59 New Zealand State Owned Enterprises Act., 1986.

60 N.Z.L.R 641 (C.A. 1987).

estimar al Tratado como un “*elemento esencial en la estructura de la sociedad neozelandesa*”⁶¹.

Nueva Zelanda es un caso singular en lo que se refiere a la colonización desarrollada por el imperio británico en Oceanía durante el siglo XIX. Si bien, la existencia de un error de traducción, intencional o no, fuese responsable de declarar nulo el tratado en los parámetros deseados por los colonizadores británicos, la estructura social Maori respondía a parámetros notoriamente diferentes a los vividos por pueblos nativos de Norteamérica o Australia. Estos carecían de la composición social y organizativa que permitió al pueblo Maori defender sus territorios y derechos.

Cabe preguntarse el impacto jurídico que una interpretación de este estilo hubiese tenido en los procesos de colonización en América Central y del Sur, donde los pueblos que habitaban los territorios tenían una cultura exponencialmente más desarrollada si las comparásemos con las de los pueblos de Norte América u Oceanía.

IV. Canadá

La población indígena en Canadá es abundante y se encuentra mejor distribuida geográficamente que la no-indígena, sin embargo, la mayor densidad poblacional se encuentra localizada en los territorios del Noroeste y alrededor de un veinticinco por ciento en Yukón⁶². Los grupos indígenas pertenecen a alrededor de diez diferentes grupos lingüísticos, como consecuencia de ello las particularidades culturales varían drásticamente entre cada región.

A estos diversos grupos humanos se lo juntó bajo un mismo marco jurídico determinado simplemente *Indian Act*⁶³, haciendo caso omiso de las diferencias intrínsecas que cada grupo presenta. El *Royal Proclamation* de 1763 remite al uso de tratados con los pueblos para regular la posesión y tenencia de tierras entre el Estado y los pueblos nativos.

61 N.Z.L.R. 188 (1987).

62 Sanders, Douglas, "Aboriginal Rights in Canada: An Overview", *Law and Anthropology* 177, 1987.

63 *Indian Act.*, 1876.

La Constitución de Canadá como estado federado en 1867⁶⁴, otorga al gobierno nacional la jurisdicción para regular “a los indígenas y las tierras destinadas a ellos”⁶⁵. Se justificó la jurisdicción otorgada, como método de protección, a favor de los pueblos debido a la constante afluencia de colonizadores en la región que intentaban apoderarse de los territorios dados a los pueblos.

A pesar de que se había reconocido una serie de derechos a los pueblos indígenas, a partir de mediados del siglo diecinueve tanto Canadá como Estados Unidos⁶⁶ empezaron a construir una política dirigida a forjar una jurisdicción particular sobre los asuntos indígenas.

El Indian Act. fijó una política gubernamental de propulsar campañas de asimilación frente a los pueblos nativos. La legislación cubría una serie de puntos que definían: a) quienes eran considerados indígenas; b) políticas públicas de educación y salud, c) manejo de tierras y recursos dentro de las mismas.

Es esencial la distinción que permitía a los Estados firmar tratados con los pueblos nativos, esto como un intento de apaliar las dificultades sufridas tras la derrota francesa de las guerras con la ahora independiente colonia británica suroccidental. La necesidad de integrar a las tribus como aliados acentuó un acercamiento inicial de diálogo con los pueblos nativos, para evitar un conflicto en un territorio desprotegido y aún recuperándose de los daños acaecidos tras un conflicto prolongado.

El *Indian Act* empezó por reforzar ideas de auto gobierno y provisiones de regulación interna. A diferencia de Estados Unidos, Canadá seguía casi inexplorada a finales del siglo diecinueve, por ello su política era de compromiso y acuerdo con los pueblos nativos pues el peligro de conflicto era latente, situación que no ocurría en el país vecino.

Alrededor de mediados del siglo diecinueve la práctica estatal de firmar tratados con los pueblos nativos se dejó de lado como consecuencia de las aspiraciones estatales de expandir los dominios nacionales hacia el inexplorado oeste⁶⁷, donde no había ningún documento jurídico firmado con los pueblos de la zona. Los procesos de reafirmación de derechos políticos entre la población indígena, trajo consigo la propuesta del *National Indian Brotherhood of Canadá*

64 British North America Act. (Constitution), 1867.

65 British North America Act. (Constitution), 1867. 91 (24).

66 Oliphant v. Suquamish Indian Tribe, 435 U.S. 191 (1978).

67 Sanders, Douglas, *op. cit.*, p. 32.

de ser un partícipe activo de la reforma constitucional que se había planteado en 1978. Entre los puntos que se plantearon como de *interés* estaban: a) el reconocimiento de derechos aborígenes y el respeto a los tratados firmados; b) participación en el proceso de reforma constitucional; c) el requerimiento de un consentimiento expreso por parte de la comunidad indígena en caso de que se altere cualquier materia relevante a los derechos de los pueblos.

La respuesta política fue la de lograr un compromiso a pequeña escala que prometía la participación de la comunidad nativa en el proceso. A comienzos de los años 80 y tras una larga negociación para apoyar las propuestas gubernamentales, se lograron los siguientes puntos a favor de los pueblos nativos⁶⁸: a) La sección 35 de la Constitución de 1982 recoge de manera sustantiva garantías para las poblaciones aborígenes así como validación sobre los tratados firmados con los mismos; b) la sección 25 protege los derechos indígenas de las provisiones generales del Charter of Rights and Freedom, c) la sección 37 fija como obligatoria la reunión con el Primer Ministro para tratar los asuntos de materia constitucional que tengan relevancia para los pueblos indígenas.

4.1. Intermediación estatal y responsabilidades subyacentes: Guerin v. The Queen⁶⁹

El planteamiento relacional entre Estados y los pueblos indígenas es particular en cada país. Canadá ha establecido por medio de su historia una función de supervisión sobre los intereses de los pueblos indígenas. Como ha sucedido en otras partes del mundo la posesión, dominio y capacidad de enajenación de las tierras concedidas a estos pueblos caen bajo una firme regulación estatal. El presente caso ilustra las dificultades que dicha *protección* acarrea, así como la difícil tarea de evitar abusos por parte de las autoridades que deben velar por estos especiales intereses.

Este caso trajo a luz una serie de cuestiones que no habían quedado del todo resueltas al constitucionalizar en 1982 los derechos indígenas. La disputa que se suscitó tras el arrendamiento de territorios de la *Musqueam Indian Reserve*, por parte de agentes de la Corona al Shaughnessy Golf Club, cuestionó el papel entre el Estado y los pueblos indígenas.

68 Canadian Charter of Rights and Freedoms, 1982.

69 S.C.R. 335, 1984.

Las tierras en disputa habían sido cedidas a los agentes de la Corona como ejercicio de las facultades reconocidas a la Musqueam Indian Reserve⁷⁰. Esta junto con todas las demás comunidades de su tipo, estaba prohibida de ceder o enajenar en cualquier forma sus tierras a terceros, para ello debía primero ceder las mismas a la Corona para que esta supervise y tramite dicha venta o cesión.

El propósito de esta cesión es para interponer a la Corona entre las tribus y quienes buscan adquirir o alquilar sus tierras, en función de prevenir cualquier abuso que pudiesen sufrir los indígenas. Está claramente señalado en la misma Royal Proclamation, que establece esta provisión situando a la Corona como intermediaria con la declaración: *“grandes Abusos y Fraudes se han cometido en la compra de tierras a los indígenas, causando grave perjuicio a nuestros intereses, y ante la inmensa inconformidad de dichos indígenas”*. A través de la confirmación establecida en el Indian Act de la histórica responsabilidad encomendada a la Corona, para actuar, en representación de los indígenas en función de proteger sus intereses en las transacciones que se celebren con terceros, el Parlamento ha conferido en la Corona la discreción de determinar por sí misma, donde yacen los intereses de los indígenas⁷¹.

Más allá de las limitaciones sobre posesión y dominio de las tierras en cuestión, la pregunta que se presentó fue la estructura relacional entre el Estado y los pueblos nativos. La tribu reclamaba de la Corona indemnización por daños y perjuicios ya que al momento de enajenar las tierras cedidas, se acordaron términos menos favorables de los que originalmente fueron estipulados con los jefes tribales y los representantes de la Corona. La Corona argumentaba que debido al origen fiduciario de las tierras y su relación con el Estado la Corona había ejecutado la transacción velando por el mejor interés de la tribu.

El Magistrado Le Dain J. Argumentó que la tribu definía su papel con el Estado de la siguiente manera:

70 Royal Proclamation of 1753.

71 Guerin v. The Queen, 2 S.C.R. 335, pp. 383-384. Internet, <http://csc.lexum.unmontreal.ca/en/1984/1984rcs2-335/1984rcs2-335.html>, Acceso: 15 octubre 2009.

La cesión que se hizo a las autoridades para gestionar los términos acordados sobre las tierras, se refiere a una negociación que refleje el interés de la tribu. La cesión de las tierras no tenía como intención el imponer un proceder determinado a los agentes; por estas razones, yo soy de la opinión que la cesión de tierras no creó una relación fiduciaria, y por ello, no se justifica la indemnización que se generaría por abuso de confianza⁷².

Aún cuando los términos de venta final habían variado en relación con los acuerdos *orales* que originalmente se establecieron con los líderes tribales, al no quedar plasmados en los títulos de cesión, no se podía exigir el cumplimiento de los mismos ante la Corte:

En mi opinión, sin embargo, a la Corona no le fue otorgado en el documento de cesión la facultad de ignorar los términos orales que la tribu entendió se plasmarían en el título de alquiler. Los acuerdos orales a través de los cuales la Corona hace caso omiso de su relación fiduciaria deben ser medidos. Estos determinan y fijan los límites de actuación que facultan la acción de la Corona, después de que sus agentes hubiesen inducido a la tribu a ceder sus tierras, bajo el entendimiento de que dichas tierras serían cedidas bajo unos términos específicos, sería pues impensable el permitir que la Corona haga caso omiso de dichos términos. Una vez enfrentados con la imposibilidad de obtener los términos ofrecidos, la Corona, en lugar de alquilar las tierras bajo términos menos favorables, debió dirigirse nuevamente a la tribu para explicar qué había sucedido y buscar en el Consejo de la misma la forma de proceder. La existencia de una falta de cuidado tan manifiesta, es la clave para concluir que la Corona violó su deber fiduciario⁷³.

A pesar de existir una relación fiduciaria con los pueblos nativos y la Corona, ello no facultaba al titular de la fiducia –la Corona– a extenderse más allá de los límites otorgados, aún si estos fueron orales. Al haber enajenado las tierras aquí en disputa, la Corona debía resarcir por los daños causados debido al manejo inadecuado de los intereses cedidos a su favor. Sobre este punto Le Dain J. Argumentó:

72 *Ibidem*, p. 375.

73 *Ibidem*, p. 389.

En mi opinión, la naturaleza de los títulos de posesión indígena y la estructura establecida para disponer de las tierras, impone sobre la Corona, una enorme responsabilidad al enajenar dichas tierras en beneficio de los pueblos indígenas. Esta obligación sin embargo no acarrea el sentido jurídico privado de un Trust. Es por el contrario una obligación fiduciaria. De tal manera que si la Corona llegase a incumplir su responsabilidad fiduciaria, la misma sería responsable frente a los indígenas⁷⁴.

El uso y disposición de tierras fue un tema de variante doctrina, al existir tribus en la región oeste de Canadá, sobre las cuales no precedía ningún tipo de acuerdo previo que regulase su tenencia.

Esta sentencia marcaría el precedente para que la Corona, en los años venideros, realice una cesión histórica de tierras a los pueblos nativos. La tribu Inuit recibió trescientos cincuenta mil kilómetros cuadrados de territorios en la región noroeste de Canadá, dicha cesión afectó a más de diecisiete mil Inuit, quienes tras la cesión son los mayores poseedores de tierras en el mundo⁷⁵.

V. Conclusiones

Cuando hablamos de los pueblos indígenas del Nuevo Mundo o los habitantes nativos de las colonias de Oceanía, se podría pensar que no existe un vínculo de historia y legado colonial que los une. Sin embargo las relaciones que germinaron en estos países se han transformado, de una concepción de aislamiento e imposición de asimilación a la cultura occidental, a una de reivindicación y resurgimiento de los mismos.

Ha sido el paso de los años y los grandes avances vividos en materia de reconocimiento de derechos de auto determinación de estos pueblos, como elemento básico de sus derechos humanos, lo que ha impulsado una reivindicación de sus derechos ancestrales sobre estos territorios.

El Derecho Internacional ha respondido a las necesidades de estos pueblos estableciendo la *Declaración Sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a*

74 *Ibidem*, p. 384.

75 Sanders, Douglas, *op. cit.*, p. 32.

*Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, en 1992*⁷⁶, así como la *Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007*⁷⁷. Esto sin mencionar el precedente fijado por la Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo de 1989 sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes, que sería vital en establecer los parámetros que impulsarían a los movimientos indígenas a ser reconocidos.

La lucha por reafirmar los derechos ancestrales de los pueblos sobre sus territorios, es el vínculo de unión entre los pueblos indígenas de todo el mundo. Desde las primeras interacciones con los colonos europeos la pugna por mantener una autonomía que lograrse preservar sus características como pueblo, ha controvertido el entramado político, social y jurídico.

Las sentencias recopiladas en este ensayo resaltan los espejismos normativos vividos en los territorios dominados por el imperio británico, donde las políticas establecidas, junto con las singulares relaciones del Estado y los pueblos nativos, dieron paso a una funcionalidad en inicios opresora que luego debió reconocer el derecho de estos pueblos a definir su futuro protegiendo su pasado.

Cortes, Tribunales y jurisprudencia han labrado el camino de los derechos indígenas en el mundo anglosajón. La inactividad o imposibilidad de actuación por parte del legislativo y ejecutivo ha dado como resultado un sistema que fundió concepciones clásicas del Estado con visiones capaces de englobar múltiples jurisdicciones.

Por mérito o simple y necesaria evolución de los fundamentos del derecho común, la reivindicación de los pueblos aborígenes ha debido ser oída por los diferentes Estados. Si bien un sistema basado en el precedente requiere de circunstancias apremiantes para modificar lo plasmado por siglos de jurisprudencia, no sería coherente el mantenerse ajeno a lo avances normativos que se han vivido a lo largo de tantos años y sucesos.

En el suscitado caso australiano de *Mabo v. Queensland*⁷⁸, los pueblos aborígenes de Australia lograron que se les reconozca un derecho originario sobre los territorios que han ocupado desde tiempos ancestrales, destru-

76 Aprobada en la Asamblea General de la Naciones Unidas por Resolución 47/135, 1992.

77 Aprobada en la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución 61/295, 2007.

78 Llevado ante el *High Court of Australia* en junio de 1992; sería un caso histórico que marcaría el fin de la concepción y aplicación de *terra nullius* en Australia, reconociendo un título originario a los pueblos aborígenes.

yendo de esa manera la concepción de *terra nullius*, vestigio de la conquista imperial.

Más allá del importante logro que esto representó para los pueblos aborígenes, las palabras del Magistrado australiano J. Brennan al momento de leer la sentencia reflejan este necesario desarrollo de los principios jurídicos y fundamentos que han alentado un sistema discriminatorio y de segregación.

La adopción de instrumentos internacionales por parte del Gobierno de Australia han pavimentado el camino, mediante el cual, si bien es cierto el derecho común no está en total concordancia con dichos instrumentos, la influencia de los mismos en la evolución del mismo debe ser reconocido (...) Esto cobra especial relevancia cuando los instrumentos citados protegen, resguardan o contemplan el ejercicio de los más mínimos derechos humanos.

La influencia de los derechos humanos y su reconocimiento por los gobiernos e instituciones de cada país, albergan la llave para poder integrar los pueblos nativos con los descendientes coloniales.

La auto determinación se define no sólo como un concepto aplicable a las minorías y pueblos indígenas del mundo, sino, como un catalizador que logrará el desarrollo de todo grupo en función, reconocimiento y respeto de cualquier otro.

VI. Bibliografía

Constitución de los Estados Unidos.

H. Vinzant, John, *The Supreme Courts Role in American Indian Policy*, LFB Schorly Publishing LLC, EL Paso, 2009.

Kymlicka, Will, "Derechos de las minorías en la filosofía política y en el derecho internacional", *Revista del Instituto de Jurídicas de Puebla, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, número 22, 2008.

Omer Call Stewart, *Peyote Religion*, *University of Oklahoma Press*, 1987.

Rutherford, James, *The Treaty of Waitangi and the Aquisition of British sovereignty in New Zealand 1840*, Auckland University College, 1949.

Sanders, Douglas, "Aboriginal Rights in Canada: An Overview", *Law and Anthropology* 177, 1987.

Savage, Mark, "Native Americans and the Constitution: The Original Understanding", *American Indian Law Review*, 1988.