

DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS SOBRE SUS TIERRAS Y TERRITORIOS: MARCOS NORMATIVOS Y POLÍTICAS PÚBLICAS COMPARADAS



OBSERVATORIO
CIUDADANO



IWGIA



Cofinanciado por
la Unión Europea

**DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS SOBRE SUS
TIERRAS Y TERRITORIOS: MARCOS NORMATIVOS
Y POLÍTICAS PÚBLICAS COMPARADAS**

DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS SOBRE SUS TIERRAS Y TERRITORIOS: MARCOS NORMATIVOS Y POLÍTICAS PÚBLICAS COMPARADAS

Copyright: Los autores, el Observatorio Ciudadano e IWGIA

Diagramación: María José Ferreyra

Impresión:

CATALOGACIÓN HURRIDOCS CIP DATA

Título: Derechos de los Pueblos Indígenas sobre sus tierras y territorios: Marcos normativos y políticas públicas comparadas

Autores: Chantelle da Silva Teixeira, Gonzalo Bustamante, Carolina Duque Alzate, Jaime Escruceña, Claire Charters y Erin Matariki Carr

ISBN: 978-87-93961-72-2

Páginas: 89

Idioma: Castellano

Index: 1. Pueblos Indígenas – 2. Derechos comparados

Área geográfica: Global

Fecha de publicación: Noviembre 2024



www.observatorio.cl



www.iwgia.org



**Cofinanciado por
la Unión Europea**

La presente publicación ha sido elaborada con el apoyo financiero de la Unión Europea. Su contenido es responsabilidad exclusiva del Observatorio Ciudadano e IWGIA y no necesariamente refleja los puntos de vista de la Unión Europea.

Índice

Prólogo	5
Territorios Indígenas en Colombia: una perspectiva a la luz del reconocimiento jurídico y la seguridad material de sus derechos étnico-territoriales.	8
“¡Espera! ¡Esta tierra tiene dueño!”¹: El reconocimiento de los derechos territoriales de los Pueblos Indígenas por parte del Estado brasileño.	34
Canadá y los derechos territoriales de las naciones indígenas: territorios ancestrales, título indígena y derechos de tratados. Avances y tensiones.	48
Derechos Constitucionales Maoríes en Aotearoa Nueva Zelanda: contexto histórico, desafíos contemporáneos y el camino hacia la transformación constitucional.	73
Sobre los y las autores.	87

Prólogo

El trabajo que acá se presenta, como su título lo indica, da cuenta de diversas experiencias comparadas referidas al reconocimiento de los derechos de los Pueblos Indígenas sobre sus tierras de ocupación tradicional y sobre mecanismos establecidos para la materialización de estos derechos en diversos contextos geográficos y culturales. En él se analizan las experiencias existentes en dos países de América Latina, Brasil y Colombia, y en dos países de colonización anglosajona, Canadá y Nueva Zelanda.

En el caso de Brasil, su autora- Chantelle da Silva Teixeira – describe el proceso de colonización portuguesa de ese país, las graves implicancias demográficas que ello tuvo para los Pueblos Indígenas que allí habitaban, así como para su territorio ancestral. También se describen las políticas integracionistas que dominaron hasta hace poco en Brasil, políticas que sometieron a los indígenas y a sus tierras a un tutelaje de parte del Estado brasileño.

La autora se detiene en el análisis de la Constitución Federal de 1988, pionera en el reconocimiento de derechos indígenas en América Latina, en particular en sus disposiciones en materia de tierras indígenas. Ello al consagrar sus “derechos originarios” sobre las mismas, estableciendo el deber de la Unión de demarcarlos, protegerlos y de hacer respetar todos sus bienes, derechos que de acuerdo con los mismos autores incorporan el concepto de territorio. En su análisis la misma autora da cuenta de los avances y desafíos existentes en el proceso de demarcación territorial impulsado por el Estado brasileño desde entonces a la fecha, señalando que no obstante sus avances, la lentitud de dicho proceso ha impedido o dificultado el acceso y protección de los Pueblos Indígenas y tribales a sus territorios y el uso y disfrute de los recursos naturales que en ellos se encuentran, generando importantes tensiones. Igualmente se refieren a la interpretación que la jurisprudencia de la justicia de ese país ha dado a los derechos constitucionales sobre la tierra, jurisprudencia que ha desechado la teoría del marco temporal para ejercer los derechos constitucionales de Pueblos Indígenas sobre sus tierras, marco a través del cual se pretendió restringir el reconocimiento a aquellas tierras que los indígenas ocupaban cuando se promulgó la Constitución Federal en 1988.

En el caso de Canadá, Gonzalo Bustamante, hace un análisis histórico partiendo por el poblamiento antiguo por los pueblos o naciones indígenas del territorio que hoy forma parte de ese país, pasando por las políticas impulsadas por las colonias inglesas y francesas que allí se impusieron, para luego centrarse en el tratamiento actual de dichos pueblos o naciones, de sus tierras y territorios, a contar de la década de los setenta del siglo pasado, época en que la justicia reconoció el título originario de estos pueblos sobre aquellas tierras nunca cedidas por dichos pueblos a los colonizadores.

El mismo autor da cuenta de los tratados históricos suscritos por Canadá con los Pueblos Indígenas desde el siglo XVIII hasta inicios del siglo XX, y de su sometimiento a reservas de tierras en virtud de una legislación sobre “indios”. También explica como a partir del fallo de la Corte Suprema de ese país en el caso Calder en 1973 se impulsó una política de reivindicaciones globales para procesar las demandas de dichos pueblos o naciones que no habían suscrito tratados cediendo sus tierras en el pasado, además de la política de reivindicaciones particulares para procesar las demandas de indígenas firmantes de tratados históricos que no habían sido respetados.

El autor explica la importancia de los tratados modernos a que ha dado lugar la primera política, un total de 25 a la fecha, tratados a través de los cuales se ha reconocido a estas naciones firmantes un derecho de

propiedad sobre 600 mil km² de tierras, además de derechos de uso y ocupación tradicional, así como derechos de participación en la gobernanza (auto gobierno) del territorio, ejemplificando los alcances de dichos acuerdos en el caso del primer tratado moderno, el de la Bahía James y del norte de Quebec. En el texto da cuenta de las bases constitucionales y jurisprudenciales del reconocimiento de los derechos territoriales de los Pueblos Indígenas, los que les han brindado importante protección. El autor advierte que se trata de procesos lentos, que no siempre satisfacen las demandas territoriales de los pueblos o naciones. Con todo concluye el modelo canadiense, aunque aún no asegura el completo ejercicio de los derechos territoriales de estos pueblos o naciones, contiene principios, normativas, herramientas de gobernanza, lógicas de relacionamiento entre estos y los gobiernos - federal y provinciales - que pueden inspirar un necesario cambio de paradigma en los actores políticos en Chile.

En el caso de Colombia, sus autores Carolina Duque Alzate y Jaime Escrucería postulan que desde la Ley 89 de 1890 que contempla los resguardos coloniales, pasando por la promulgación de la Constitución de 1991, la cual reconoció explícitamente los derechos de los Pueblos Indígenas a sus territorios ancestrales, Colombia ha avanzado en la creación de un marco jurídico de protección de estos derechos que lo ubica a la vanguardia en la materia en América Latina. El autor analiza en profundidad las disposiciones de la Constitución de 1991 así como el marco jurídico internacional aplicable a los Pueblos Indígenas en este país, el que incluye el Convenio 169 de la OIT y la Convención Americana de Derechos Humanos, ambos ratificados por el Estado colombiano, y su interpretación por los órganos autorizados, incluyendo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como el alcance y sentido de los derechos de los Pueblos Indígenas sobre las tierras y el territorio. También refiere a la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia que ha extendido la protección de los derechos territoriales de los Pueblos Indígenas a los derechos sobre los recursos naturales y a la cultura, e incluso ha reconocido los derechos bioculturales. Refiere además a la institucionalidad que se ha dado el Estado colombiano para la titulación de tierras y territorios indígenas, así como para los procesos de identificación, delimitación y titulación de las mismas, identificando las modalidades existentes para estos efectos (constitución, ampliación, saneamiento de resguardos y restructuración de resguardos de origen colonial, territorios ancestrales indígenas y procedimientos agrarios especiales). Concluye dando cuenta de una serie de circunstancias existentes en dicho país, como el conflicto armado interno, el crimen organizado y el narcotráfico, patrones históricos de discriminación, la deforestación e intereses económicos, que amenazan hoy a las tierras y territorios indígenas y que requieren de una actuación más eficaz del Estado para garantizar la protección de los derechos de los Pueblos Indígenas.

Finalmente, en el caso de Nueva Zelanda (Aotearoa), Claire Charters y Erin Matariki Carr aportan antecedentes históricos sobre el surgimiento del Estado de Nueva Zelanda, su naturaleza jurídica, y su relación con el Pueblo Maorí. Los autores se detienen en el análisis del Tratado de Waitangi firmado en 1840 entre los jefes maorí y la Corona Británica, Tratado que es considerado como el documento constitucional fundacional de Nueva Zelanda. Dicho Tratado garantizó la soberanía maorí, y otorgó a la Corona la autoridad para regular a los colonos entrantes, entregándole el poder legal total para imponer sus leyes. En el texto se da cuenta de las implicancias que el proceso de colonización ha tenido para los maorí siendo desposeídos de aproximadamente el 95% de sus tierras, así como de su soberanía, la que nunca ha sido reconocida de manera significativa. Asimismo, analiza el proceso de revitalización maorí experimentado en las últimas décadas del siglo pasado, lo que derivó en la creación del Tribunal de Waitangi en 1975, el que constituye una comisión permanente de investigación que escucha las reclamaciones presentadas por los maorí por el incumplimiento histórico y actual de las promesas del tratado del mismo nombre, cuyas recomendaciones en los casos sometidos a su conocimiento, sin embargo, no son vinculantes. Señala que a través de este mecanis-

mo se ha proporcionado alguna reparación cultural y financiera, incluida la devolución de algunas tierras a la propiedad maorí. Los autores describen las tendencias jurisprudenciales actuales recaídas en casos de reclamaciones territoriales maorí, incluyendo casos referidos a derechos consuetudinarios reclamados en la zona intermareal y el fondo marino, caso en la que las cortes (Tribunal de Apelación) reconoció que estos derechos no habían sido extinguidos por la legislación previa, marcando un desarrollo significativo en el reconocimiento del título aborigen en Nueva Zelanda. Concluye afirmando que, aunque ha habido avances en el reconocimiento de algunos derechos maorí, dentro del marco legal y constitucional de Nueva Zelanda, aún persisten desafíos significativos. En particular, sostiene que el sistema político vigente de carácter parlamentario impone limitaciones a la plena realización de los derechos a la tierra y a la autodeterminación maorí.

Aunque como se señala en esta síntesis de los contenidos principales de este documento, en todos los contextos acá analizados subsisten problemas que impiden a los Pueblos Indígenas el reconocimiento y/o la protección sobre sus derechos a la tierra y a los territorios, en todos ellos se han dado pasos relevantes en esa dirección. En tres de los cuatro casos acá abordados -a excepción de Nueva Zelanda- tales derechos tienen una protección constitucional explícita, que contrasta con la ausencia de dicho reconocimiento en nuestro país. También en la mayoría de esos casos, a excepción también de Nueva Zelanda – salvo en el caso de los derechos maorí sobre la zona intermareal y el fondo marino- los marcos normativos y las políticas públicas impulsadas por los estados, incorporan junto a la protección de las tierras indígenas, la de los territorios. Finalmente, y no menos importante, en dos de estos casos- Colombia y Canadá- se han dado pasos importantes en el sentido que los derechos de estos pueblos sobre las tierras y los territorios indígenas incluyen no solo la propiedad de los mismos, sino también su gobernanza o autogobierno y de los recursos que en ellos se encuentran, cuestión fundamental para asegurar su resguardo material.

Se trata de avances que no pueden ser ignorados por el Estado chileno, y que pueden ilustrar a la Comisión para la Paz y el Entendimiento en las recomendaciones que formule con el objeto de resolver conflictos de larga data con el Pueblo Mapuche, derivados de la negación de su existencia – hasta ahora en la carta fundamental- y de los derechos que les corresponden sobre sus tierras y territorios, incluyendo no tan solo los de titulaciones históricas de los que han sido desposeídos, sino también, los de ocupación tradicional.

El presente documento ha sido elaborado en el marco del proyecto “Promoción y apoyo a la incidencia del pueblo mapuche en el reconocimiento de sus derechos a la tierra en el contexto del trabajo de la Comisión por la Paz y el Entendimiento”, iniciativa apoyada por Unión Europea, ejecutada por el Observatorio Ciudadano junto al Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA) y el Instituto de Estudios Antropológicos (IEA) de la Universidad Austral de Chile.

Agradecemos a los autores por su colaboración en el desarrollo de las experiencias comparadas acá incorporadas, así como a la Unión Europea por hacer posible este trabajo y su publicación. Esperamos que la sistematización y difusión de estas experiencias comparadas pueda contribuir al trabajo que desarrolla la Comisión por la Paz y el Entendimiento en la búsqueda de alternativas para dar respuesta a demandas del Pueblo Mapuche por el reconocimiento de sus tierras y territorios por el Estado chileno, insatisfechas a la fecha, y como consecuencia de ello contribuir a la paz y el entendimiento entre el Estado, la sociedad chilena y este pueblo, que todos y todas anhelamos.

José Aylwin

Territorios Indígenas en Colombia: una perspectiva a la luz del reconocimiento jurídico y la seguridad material de sus derechos étnico-territoriales

Carolina Duque Alzate y Jaime Escrucería

Introducción

El desarrollo de los derechos territoriales de los Pueblos Indígenas en Colombia ha sido un proceso complejo y multidimensional, marcado por luchas históricas, avances legislativos y desafíos persistentes. Desde la Ley 89 de 1890 que contempla los resguardos coloniales, pasando por la promulgación de la Constitución de 1991, la cual reconoció explícitamente los derechos de los Pueblos Indígenas a sus territorios ancestrales, Colombia ha avanzado en la creación de un marco jurídico destinado a proteger y promover estos derechos ubicándose a la vanguardia en América Latina. Sin embargo, la implementación efectiva de estas normativas ha enfrentado numerosos obstáculos, incluidos conflictos armados, intereses económicos y una limitada interpretación del derecho de Indias o pre-republicano.

El reconocimiento y la protección de los derechos territoriales de los Pueblos Indígenas no solo es un imperativo legal y moral, sino también una condición esencial para un desarrollo pacífico, sostenible, justo e igualitario en Colombia. Los territorios indígenas no son simplemente espacios geográficos; representan la base de la identidad cultural, la organización social y la sostenibilidad económica de estos pueblos. Por lo tanto, este informe no solo se centrará en los aspectos legales, procedimentales y políticos, sino también en las dimensiones culturales, históricas y ambientales que son intrínsecas a los derechos territoriales de los Pueblos Indígenas.

Revisión del marco jurídico internacional y nacional sobre los derechos de los Pueblos Indígenas al goce efectivo de sus territorios

Los Pueblos Indígenas tienen el derecho, según el artículo XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, así como el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a que el Estado delimite y demarque sus territorios (CIDH, 2009).

Con ocasión de la evolución interpretativa del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la protección del derecho de propiedad ahora abarca también la propiedad colectiva de las comunidades indígenas. Esto implica ajustar los conceptos de uso y disfrute para reflejar cómo estas comunidades entienden la tierra, el territorio y los recursos naturales subyacentes (Vanegas, 2022).

Bajo esta perspectiva, a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han agregado nuevos elementos a la comprensión del artículo 21 de la Convención en lo concerniente a comunidades indígenas y tribales:

- La tierra y el territorio es el soporte material

y espiritual de los vínculos culturales históricos de los pobladores originarios (Comunidad indígena yakie axa vs. Paraguay, 2005).

- El vínculo cultural y espiritual con las tierras supone también el vínculo con los bienes naturales y el hábitat que les rodea.

- La pervivencia como pueblo organizado, el desarrollo de sus planes de vida y la transmisión a las generaciones futuras dependen de la permanencia del vínculo físico y espiritual con sus tierras (Cernic, 2013).

- La propiedad colectiva está mejor dotada, por su naturaleza, para cumplir con la función social que le es exigible a todo tipo de propiedad (Comunidad mayagna (sumo) awas tingni vs. Nicaragua, 2001).

- La propiedad indígena no depende de la formalización o de la existencia de un título otorgado por el Estado; basta el uso, la posesión y ocupación ancestral para que el Estado formalice la propiedad, la delimite y garantice su registro (Comunidad mayagna (sumo) awas tingni vs. Nicaragua, 2001).

- La posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado. (Comunidad indígena sawhoyamaxa vs. Paraguay, 2006; Pueblo indígena xucuru y sus miembros vs. Brasil, 2018).

- La propiedad colectiva es también propiedad privada que figura en cabeza de una colectividad (Comunidad mayagna (sumo) awas tingni vs. Nicaragua, 2001).

En suma, la propiedad privada colectiva, que no es solamente posesión y producción, predica un universo físico, epistemológico y simbólico que expresa formas particulares de vivir, de *“ser, ver y actuar en el mundo”* con una historicidad anclada a la ocupación originaria, la cual, sin abandonar la abstracción cartográfica que marca un adentro y un afuera, no se reduce a los límites fijos representados gráficamente a través de polígonos (Comunidad indígena yakye axa vs. Paraguay, 2005). Por lo tanto, tal como lo ha expresado la Corte IDH, es deber del Estado incorporar en todos los ámbitos de su actuación el principio de reconocimiento y protección de las formas de territorialidad colectiva indígena (Vanegas, 2022).

Por otro lado, en Colombia, el Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo *“sobre Pueblos Indígenas y tribales en países independientes”*, ha sido junto con la Convención y las jurisprudencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la principal fuente jurídica de interpretación de los derechos de los Pueblos Indígenas. Vale la pena anotar que el Estado colombiano suscribió el Convenio 169

con reservas en cuenta a los recursos naturales que se encuentran en el subsuelo, dejándolos a disposición de la Nación.

En consecuencia, el Convenio en su artículo 13.1 establece que: *“los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y los valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios...”*

Además, en el artículo 13.2. señala que: *“La utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera”*.

En la definición del alcance del derecho a la tierra y el territorio, el artículo 14.1. del Convenio 169 señala que: *“deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho a la propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. (...) tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.”*

La determinación sobre cuáles son las tierras y los territorios indígenas es responsabilidad del gobierno (art. 14.2.), el cual debe tomar las medidas necesarias para garantizar *“la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión”*.

Es así como, la Constitución Política de Colombia de 1991, que es posterior al Convenio 169, busco articular las disposiciones del Convenio desde sus primeros artículos cambiando el paradigma asimilacionista¹ de la Constitución Política de 1886, señalando en el artículo 7 que: *“El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”*

De igual forma en los artículos 63, 246, 286, 287, 329 y 330 de la Carta Política, y en el artículo 56 transitorio, se prevén distintos derechos para los Pueblos Indígenas y, en particular, el artículo 63 dispone *“que los resguardos indígenas tienen el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables”*²

1 La Constitución de 1886 partía de un concepción monocultural donde existía un solo pueblo, un solo Dios, una sola lengua, una sola familia y en donde la producción de normas jurídicas y la administración de justicia estaban en cabeza del Estado central

2 Los resguardos son una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una o más comunidades indígenas, que con un título de propiedad colectiva que goza de las garantías de la propiedad privada, poseen su territorio y se rigen para el manejo de éste y su vida interna por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio. Parágrafo. Los integrantes de la comunidad indígena del resguardo no podrán enajenar a cualquier título, arrendar por cuenta propia o hipotecar los terrenos que constituyen el resguardo. (Art. 2.14.7.5.1 Decreto 2164 de 1995)

Así mismo, el artículo 329 de la Constitución Política es de especial importancia por lo que declara no enajenables los resguardos, y reconoce su carácter de propiedad colectiva.

Por otro lado, en la Ley 21 de 1991, la cual ratifica el Convenio 169, el Estado colombiano manifiesta límites a la propiedad privada de carácter colectivo de los Pueblo Indígenas en lo que tiene que ver con el subsuelo de acuerdo a los dispuesto en el artículo 332 de la Constitución Política, que dice así: *“El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes”*. De igual forma la Ley 21 de 1991, reconoce el Derecho Fundamental a la Consulta Previa, Libre e Informada de cualquier acción administrativa o legislativa susceptible a afectar sus derechos.

Finalmente, es de anotar que previo al marco jurídico internacional y las disposiciones nacionales, en Colombia se reconoce el Derecho Mayor o Derecho Propio de los Pueblos Indígenas que tiene un origen antes de la misma denominada conquista española. Previo a la llegada de la corona española, los Pueblos Indígenas tenían un ordenamiento territorial preestablecido que se vio interrumpido en la época de la colonización.

Así mismo, es importante señalar que la institución jurídica y agraria del resguardo es de origen colonial; el resguardo propiamente dicho: es una institución legal sociopolítica de origen colonial español en América, conformada por un territorio reconocido de una comunidad de ascendencia amerindia, con título de propiedad inalienable, colectiva o comunitaria y regido por un estatuto especial autónomo, gobernado por los caciques indígenas con pautas y tradiciones culturales propias. Así mismo tenía como finalidad recaudar el tributo del trabajo de los indígenas y separarlos de la población mestiza y española (ANT, 2021).

En Colombia aún existen 69 resguardos de origen colonial, cuarenta (40) en el departamento del Cauca, veintidós (22) en el departamento de Nariño, cuatro (4) en el departamento de Caldas, uno (1) en el departamento de Córdoba, uno (1) en el departamento de Sucre, y uno más (1) en el departamento de Atlántico. Esta institución se ha mantenido en las distintas etapas de las República de Colombia desde la independencia de la corona española (Duarte, 2020).

Armonización entre los derechos de la naturaleza y los derechos territoriales indígenas en Colombia

En 2008, con la aprobación de la nueva Constitución Política de Ecuador, se reconocieron por primera vez en el mundo derechos de orden constitucional a la naturaleza, los cuales sentaron un precedente importante en el desarrollo de la categoría de los “derechos bioculturales”. Este hecho histórico pretendió reconocer el legado de la

cosmovisión de los Pueblos Indígenas andinos (Roa, 2009) y redefinir la manera como constitucionalmente se han entendido las relaciones entre las personas y la naturaleza. En países como Colombia, que tiene gran diversidad biológica y cultural en su jurisdicción nacional, se ha elevado al ámbito jurisprudencial una serie de consideraciones que se expondrán a continuación.

En el marco de su función como intérprete de la Constitución Política de 1991, en la Sentencia T-411 de 1992 la Corte Constitucional señala que la citada norma contiene el orden jurídico básico de los diversos sectores de la sociedad, por lo que de ella surge una Constitución económica, una Constitución social, una Constitución ecológica y una Constitución cultural (Corte Constitucional, 1992). Dentro de esta Constitución ecológica el tribunal entiende que, existe una “concepción integracionista” de la naturaleza, en la que el medioambiente y los seres que lo componen no son un “depósito de recursos a disposición de los seres humanos” y, por el contrario, estos son un elemento más de la naturaleza.

Adicionalmente, en la Sentencia T-342 de 1994 la Corte Constitucional reconoce a los Pueblos Indígenas del país su papel como garantes de la conservación, la preservación y la restauración del medioambiente, al considerar que el respeto de su diversidad étnica y cultural “guarda armonía con los diferentes preceptos de la Constitución Nacional relativos a la conservación, preservación y restauración del ambiente y de los recursos naturales que la conforman” (CNTI, 2023).

Ligado al interés superior en la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica y partiendo de la relación de profunda unidad que existe entre la naturaleza y la especie humana, dentro de la jurisprudencia constitucional se presenta el concepto de derechos bioculturales como una forma efectiva de protección. Según explicó la Corte Constitucional en la Sentencia T-622 de 2016, que reconoció al río Atrato como sujeto de derechos, los derechos bioculturales hacen referencia al conjunto de prerrogativas colectivas que tienen las comunidades étnicas “a administrar y a ejercer tutela de manera autónoma sobre sus territorios -de acuerdo con sus propias leyes, costumbres- y los recursos naturales que conforman su hábitat”, como resultado del reconocimiento de la “intrínseca conexión que existe entre la naturaleza, sus recursos y la cultura de las comunidades étnicas e indígenas que los habitan, los cuales son interdependientes entre sí y no pueden comprender aisladamente” (Corte Constitucional, 2016).

En desarrollo del mencionado concepto, explica la Corte Constitucional en la Sentencia T-622 de 2016, que los derechos bioculturales no son nuevos para las comunidades étnicas sino que corresponden a una “categoría especial que unifica sus derechos a los recursos naturales y a la cultura, entendiéndolos integrados e interrelacionados”, cimentada en las premisas de que las relaciones de las culturas ancestrales con el medioambiente y sus recursos contribuyen activamente a la biodiversidad y que la interrelación entre ambas implica que la conservación de la biodiversidad conlleva a la

preservación de los modos de vida y culturas que interactúan con ella, al tiempo que la protección de la cultura conduce a la garantía de la diversidad biológica.

Sumado a la interdependencia previamente reseñada, y con el propósito de fijar con claridad la importancia de los derechos bioculturales, la Corte Constitucional, en la Sentencia T-622 de 2016 explica que la protección del medioambiente influye directamente en el goce efectivo de otros derechos fundamentales de carácter individual y colectivo. Es decir, el cumplimiento o vulneración de este derecho implica el cumplimiento o vulneración de derechos a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad alimentaria, a la cultura y al territorio.

Institución de gobierno encargada avanzar en la materialización del derecho colectivo al territorio de los Pueblos Indígenas

En Colombia, la institución responsable del desarrollo rural ha evolucionado significativamente a lo largo del tiempo. Inicialmente, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA), establecido bajo la Ley 135 de 1961, tuvo como función principal identificar, delimitar y titular los territorios ancestrales de las comunidades indígenas, además de llevar a cabo procesos de saneamiento y regularización de tierras para resolver conflictos de tenencia y garantizar la legalidad de los asentamientos indígenas.

Marco jurídico para el reconocimiento territorial



Fuente: Guía para la Legalización Territorial Indígena, ACT, 2018

Posteriormente, con la Ley 160 de 1994, el INCORA se transformó en el Instituto Colombiano para el Desarrollo Rural (INCODER), enfocándose principalmente en la titulación y formalización de los territorios indígenas. Esta transformación buscó asegurar

la seguridad jurídica y el reconocimiento oficial de las tierras ancestrales, fortaleciendo la participación de las comunidades indígenas en los procesos de identificación, delimitación y formalización de sus territorios. Además, asumió funciones de gestión catastral, facilitando el levantamiento y actualización de información geográfica y jurídica de los territorios indígenas.

Finalmente, con la creación de la Agencia Nacional de Tierras (a hora en adelante ANT), mediante la Ley 1448 de 2011, se fortalecieron las funciones de gestión territorial, incluyendo la clarificación, deslinde y formalización de derechos sobre la tierra de las comunidades indígenas. La ANT se centró en la titulación colectiva y el saneamiento de resguardos indígenas, además de gestionar el catastro de estos territorios para mejorar la precisión de la información geográfica y jurídica asociada.

La evolución institucional ha buscado constantemente fortalecer la seguridad jurídica y el reconocimiento oficial de los territorios ancestrales de las comunidades indígenas. Estos cambios no solo han mejorado los procesos de identificación, delimitación y titulación de tierras indígenas, sino que también han promovido una mayor participación de las comunidades en la gestión de sus propios territorios reflejando un compromiso continuo del Estado colombiano por resolver conflictos de tenencia, garantizar la legalidad de los asentamientos indígenas y avanzar hacia un modelo de desarrollo rural más inclusivo y equitativo, en consonancia con los principios del Convenio 169 de la OIT y la Constitución Política de 1991.

Caracterización de los Pueblos Indígenas y sus territorios en Colombia

Según el Censo Nacional de Población y Vivienda adelantado por el Departamento Nacional de Estadística (DANE) en el año 2018, en Colombia existen 65 lenguas y 115 Pueblos Indígenas. Los Pueblos Indígenas en aislamiento voluntario (Jurumi, Passe y Yuri) no fueron censados, respetando su derecho a permanecer en dicha condición, dando cumplimiento a la normatividad vigente: Decreto Ley 4633 de 2011 y reglamentado por el Decreto 1232 de 2018, “Para establecer medidas especiales de prevención y protección de los derechos de los Pueblos Indígenas en Aislamiento o Estado Natural y se crea y organiza el Sistema Nacional de Prevención y Protección de los derechos de los Pueblos Indígenas en Aislamiento o Estado Natural”. Las personas pertenecientes a los Pueblos Indígenas ascienden a la cifra de 1.905.617 personas constituyendo el 4,4% de la población colombiana. Los cuatro Pueblos Indígenas más numerosos del país (Wayuu, Zenú, Nasa y Pastos) concentran el 58,1% de la población indígena del país (DANE, 2018).

Por otro lado, las figuras de reconocimiento a las territorialidades indígenas que contempla la ley en Colombia son variadas y tienen distintos alcances jurídicos:

Territorio ancestral y/o tradicional: Son territorios ancestrales y/o tradicionales los resguardos indígenas, aquellas tierras y territorios que históricamente han venido siendo ocupados y poseídos por los pueblos o comunidades indígenas y que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas, culturales y espirituales. (Decreto 2333 de 2014 compilado en el Decreto 1071 de 2015).

Territorios indígenas: Son aquellas áreas que una comunidad, parcialidad o grupo indígena posee de manera continua y estable, además de aquellas que, aunque no estén poseídas de esa manera, son el entorno tradicional donde desarrollan sus actividades sociales, económicas y culturales. (Decreto 2164 de 1995 compilado en el Decreto 1071 de 2015)

Reserva indígena: Es un área de terreno baldío ocupada por una o varias comunidades indígenas, delimitada y asignada legalmente por la ANT, para que estas comunidades ejerzan derechos exclusivos de uso y usufructo. (Decreto 2164 de 1995 compilado en el Decreto 1071 de 2015)

Resguardo Indígena: Los resguardos son propiedades colectivas de las comunidades indígenas, establecidas conforme a los artículos 63 y 329 de la Constitución Política. Estas tierras tienen un carácter especial: son inalienables, imprescriptibles e inembargables.³ Con un título de propiedad colectiva que garantiza sus derechos como la propiedad privada, las comunidades indígenas poseen y manejan su territorio bajo una organización autónoma respaldada por el fuero indígena y su sistema normativo propio, como se establece en el artículo 21 del Decreto 2164 de 1995. Debido a estas características únicas, los resguardos indígenas son la figura jurídica de mayor protección territorial en Colombia. (Decreto 2164 de 1995 compilado en el Decreto 1071 de 2015).

Según la información proporcionada por la ANT, hasta abril de 2024, Colombia cuenta con un total de 873 resguardos indígenas establecidos en su territorio, siendo predominante las extensiones territoriales en la región amazónica, donde también confluyen gran parte de la riqueza de recursos naturales, pero se observan los mayores índices de desigualdad.

De acuerdo con el Censo Nacional de Población y Vivienda y datos de la ANT, los Pueblos Indígenas representan el 4.4% de la población colombiana, poseen el 33% del territorio nacional titulado a través de la figura de resguardos, y el 79% de esta po-

3 Inalienable: las tierras no pueden ser vendidas o cedidas a terceros fuera de la comunidad indígena. Imprescriptible: la comunidad mantiene su derecho sobre las tierras sin importar cuánto tiempo haya pasado desde que se establecieron. Inembargable: las tierras no pueden ser confiscadas por deudas o litigios legales.

blación vive en centros urbanos. Los resguardos han sido afectados por la violencia, el despojo territorial, la deforestación, la minería ilegal, los cultivos ilícitos y se han utilizado como rutas por grupos armados organizados. Además, gran parte de estas tierras no son adecuadas para la agricultura debido a su valor ecológico especial.

Procedimientos administrativos para el reconocimiento y formalización de los territorios indígenas

Los procesos de formalización de tierras tienen como principal objetivo brindar seguridad jurídica a los territorios indígenas. Esto incluye establecer mecanismos legales que aseguren su existencia y protejan las características constitucionales reconocidas de estos territorios, tales como su inembargabilidad, su incapacidad de ser prescritos y su imposibilidad de ser transferidos a terceros (Decreto 2164 de 1991 compilado en el Decreto 1071 de 2015)

Los procedimientos para garantía de los derechos territoriales pueden ser descritos a partir de las siguientes categorías:

Constitución de resguardos: Se constituyen Resguardos para comunidades indígenas que no tienen título de propiedad sobre sus tierras ancestrales, o que no las poseen total o parcialmente. También se constituyen Resguardos para comunidades que, por razones ajenas a su voluntad, están dispersas o han migrado de su territorio. En este último caso, la constitución del Resguardo puede realizarse en la zona de origen si así lo solicita la comunidad. (Decreto 2164 de 1991 compilado en el Decreto 1071 de 2015)

Ampliación de resguardos: Se amplían los resguardos cuando las tierras disponibles no son insuficientes para su desarrollo económico y cultural, o no cumplen con la función social y ecológica⁴ de la propiedad cuando no se incluyen todas las tierras que históricamente ocupan o que constituyen su hábitat dentro del resguardo inicial. (Decreto 2164 de 1991 compilado en el Decreto 1071 de 2015)

Saneamiento de los resguardos indígenas: Se refiere a la adquisición predios y mejoras realizadas por terceros no indígenas que quedaron dentro del área del resguard-

4 Implica que quién tiene el dominio no solo es sujeto de derechos, sino también de una serie de obligaciones, bajo el entendido de que su ejercicio debe procurar por el bienestar de la comunidad en general. Además, estos derechos y obligaciones vienen aparejadas con el concepto del desarrollo sostenible, a través del cual se busca una consonancia entre el desarrollo de la sociedad y la protección del medio ambiente, entendiendo que la vida y la dignidad de los seres humanos (y, porque no, de todos los seres vivos del planeta) dependen necesariamente de dicha armonización (Gutiérrez: 2018)

do constituido, como parte del proceso para sanear la propiedad colectiva de dicho resguardo. (Decreto 2164 de 1991 compilado en el Decreto 1071 de 2015)

Reestructuración de los resguardos indígenas de origen colonial: La reestructuración de los resguardos de origen colonial o republicano implica primero clarificar la validez legal de sus respectivos títulos de propiedad. A través de esta medida administrativa, la ANT debe llevar a cabo un estudio detallado de la tenencia de la tierra en estos resguardos. El objetivo es determinar cuánta tierra están utilizando o poseyendo las comunidades, con la finalidad de proporcionarles las extensiones de tierra suficientes o adicionales según sus usos, costumbres y cultura. (Decreto 2164 de 1991 compilado en el Decreto 1071 de 2015)

Territorios ancestrales indígenas: Se trata de un procedimiento que busca establecer medidas temporales para proteger la posesión de los Pueblos Indígenas. Su objetivo es evitar que se asignen tierras baldías a terceros en territorios que son ancestral o tradicionalmente de las comunidades indígenas. Estas medidas se aplican mientras la comunidad solicita o avanza en la constitución, ampliación, saneamiento o reestructuración de su resguardo sobre esas tierras. Es importante mencionar que estas medidas de protección no confieren un título de propiedad sobre el resguardo, pero están orientadas a facilitar su titulación efectiva en el futuro. (Decreto 2333 de 2014 compilado en el Decreto 1071 de 2015)

Procedimientos agrarios especiales: Estos procedimientos tienen como objetivos principales: 1. Clarificar: es el proceso destinado a esclarecer la existencia o validez legal de los títulos de propiedad de las comunidades indígenas. 2. Deslinde: consiste en delimitar las tierras de propiedad de los resguardos indígenas para garantizar la

Etapas del Proceso de Formalización Territorial: Constitución y Ampliación



Fuente: Guía para la Legalización Territorial Indígena, ACT: 2018
 * Estudio Socioeconómico, Jurídico y de Tenencia de Tierras (ESEJTT)

protección de sus derechos y bienes. Como parte de este proceso de restitución de derechos territoriales, se implementan medidas como la instalación de vallas o mojones en colaboración con la comunidad. (Decreto 1475 del 2013 Compilado Decreto 1071 del 2015)

Clarificación de la vigencia de los títulos de origen colonial o republicano: Es un procedimiento legal que determina si un título de tierras fue otorgado durante la época colonial o republicana. Su objetivo es asegurar la certeza jurídica sobre la tenencia de la tierra, precisando a quién pertenece y quién tiene la propiedad, ya sea sujetos étnicos, particulares o el estado. (Decreto 1824 del 2020)

Mapeo institucional y proceso para avanzar en la materialización del derecho colectivo al territorio de los Pueblos Indígenas

Comprender las estructuras y roles de las instituciones clave en la gestión y titulación de territorios indígenas en Colombia, los pasos y procedimientos esenciales para for-

Estructura de la CNTI



Fuente: Derechos territoriales de los Pueblos Indígenas, CNTI: 2020

talecer la seguridad jurídica y el reconocimiento oficial de las tierras ancestrales; nos permite identificar los desafíos y las oportunidades para mejorar el acceso y control de los recursos naturales por parte de las comunidades indígenas. Esto subraya la importancia de políticas públicas inclusivas y efectivas en este ámbito. A continuación, haremos una descripción del mapeo institucional y el proceso para avanzar en la materialización del derecho colectivo al territorio de los Pueblos Indígenas.

La Comisión Nacional de Territorios Indígenas (CNTI), nace como resultado del proceso de lucha y reivindicación de los Pueblos Indígenas, se establece el 8 de agosto de 1996 mediante el Decreto 1397, desempeñando funciones clave. Estas incluyen acceder y actualizar información sobre la gestión de resguardos indígenas por parte del extinto INCORA (1980-1996) ahora ANT, evaluar necesidades para constituir, ampliar, reestructurar y sanear resguardos y reservas indígenas. Prioriza acciones anuales como el saneamiento en áreas forestales y la ampliación para pueblos amenazados. Además, prepara estimaciones de costos, presenta presupuestos al Gobierno para su ejecución y recomienda modificaciones legales. Supervisa la implementación del cronograma de la ANT, asegurando el cumplimiento de acuerdos y del Acuerdo 13 de 1995, priorizando los territorios indígenas en cada sesión anual.

Es crucial resaltar que la priorización en la formalización de tierras indígenas no se limita únicamente a la Comisión Nacional de Territorios Indígenas. También ocurre durante mingas o protestas indígenas, acuerdos fuera del marco de la comisión y sentencias judiciales que ordenan la restitución de derechos territoriales. Estos cambios en la priorización pueden alterar las metas gubernamentales acordadas, resultando en un rezago histórico en los procedimientos de constitución, saneamiento, ampliación, reestructuración y conversión de reservas a resguardos. A menudo, estos procesos pueden extenderse por más de cuatro décadas, como lo señala la CNTI, que estima que la Agencia podría tardar 21 años en abordar las 501 solicitudes de titulación rezagadas y 67 años en atender las 403 solicitudes de ampliación pendientes (CNTI, 2019).

Después de determinar qué tierras priorizará el gobierno nacional para su formalización, la ANT es la entidad encargada de llevar las etapas del proceso mediante el cual se dotan y titulan tierras a las comunidades indígenas para establecer, reestructurar, ampliar y sanear los resguardos indígenas en todo el territorio nacional. Este proceso está detallado en el Decreto 1071 de 2015, el cual incluye el Decreto 2164 de 1994 en su Título 7. A continuación, presentaremos un diagrama que muestra las etapas del proceso.

La solicitud para la formalización de tierras la realiza el cabildo mismo, otra autoridad tradicional indígena, u otra organización indígena. Eventualmente, el Ministerio del Interior y otras entidades públicas también pueden presentar a la ANT los trámites necesarios para establecer, ampliar, reestructurar o sanear los resguardos. (Decreto 2164 de 1991 compilado en el Decreto 1071 de 2015)

La ANT revisa si se cumplen los requisitos necesarios. Una vez verificados, se procede con la apertura del expediente, la emisión del acto administrativo correspondiente y la publicación del auto de visita. Posteriormente, se lleva a cabo la visita a la comunidad indígena interesada para recopilar la información necesaria en la evaluación de las necesidades de tierra para la formalización. Después de la visita, se elabora el Estudio Socioeconómico, Jurídico y de Tenencia de Tierras (ESEJTT) para analizar dichas necesidades. Este informe asegura que se cumplan los requisitos para establecer la función social de la tierra, garantizando así la continuidad de las comunidades indígenas y mejorando sus condiciones de vida colectiva y social. (Decreto 2164 de 1991 compilado en el Decreto 1071 de 2015)

El Estudio Socioeconómico, Jurídico y de Tenencia de Tierras, al constituir un resguardo, se remite al Ministerio del Interior para obtener su concepto sobre la viabilidad del mismo. Este concepto se basa en el expediente que incluye el estudio socioeconómico. Además, el Ministerio del Interior interviene para evaluar la condición indígena de cualquier agrupación cuando existan dudas al respecto. En casos de ampliación, reestructuración o saneamiento de resguardos, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible es responsable de emitir un pronunciamiento expreso sobre la verificación y certificación del cumplimiento de la función ecológica de la propiedad del resguardo. (Decreto 2164 de 1991 compilado en el Decreto 1071 de 2015)

En los ESEJTT se encuentra la información técnica crucial para la formalización del título colectivo de propiedad, que debe ser presentada al Consejo Directivo de la ANT. Este consejo tiene como principal función tomar decisiones respecto a la formalización de títulos de propiedad colectiva de tierras indígenas, basándose en estos informes técnicos. El Consejo Directivo está integrado por 11 miembros, presidido por el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, quien puede delegar su participación únicamente en el Viceministro de Desarrollo Rural. Los otros miembros son el Ministro del Interior, el Ministro de Justicia y del Derecho, el Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible, un delegado del Presidente de la República, el Director del Departamento Nacional de Planeación, el Director del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, un delegado de las comunidades indígenas, un delegado de las comunidades negras, un delegado de las comunidades campesinas y un delegado de los gremios agropecuarios. (Decreto 2164 de 1991 compilado en el Decreto 1071 de 2015)

Para completar el proceso de formalización de los territorios indígenas, la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos (ORIP) debe crear un nuevo registro de matrícula inmobiliaria para el resguardo constituido o reestructurado, y proceder a cancelar los registros anteriores de los bienes inmuebles que ahora adquieren el estatus legal de resguardo. (Decreto 2164 de 1991 compilado en el Decreto 1071 de 2015)

Existen diversas tensiones y dificultades que obstaculizan el avance de los procedimientos para la formalización de las tierras. Estos desafíos incluyen conflictos internos

e interétnicos, así como oposiciones de terceros con intereses en el territorio en cuestión. Además, procesos judiciales pueden ordenar la suspensión de procedimientos hasta que se resuelvan los conflictos vigentes.

Asimismo, factores subyacentes como el conflicto armado, exacerbado por el interés de terratenientes o proyectos extractivos, pueden generar desplazamiento de comunidades por motivos económicos. La presencia de actores armados en el territorio, que desplazan comunidades o forman alianzas para expropiar y desplazar, representa un desafío significativo. Esto incluye la presencia de combates, minas y cultivos ilícitos en general.

La falta de seguridad jurídica y el estancamiento en los procesos de formalización de los territorios indígenas también se deben a intereses específicos de sectores económicos para adelantar proyectos de construcción de infraestructura, agroindustriales o de explotación de recursos naturales. Algunos de estos proyectos se superponen con las solicitudes de formalización, como ocurre en el sector minero, especialmente en departamentos como la Guajira, Chocó, Antioquia, Putumayo, Nariño y Cauca, donde se registran traslapes significativos. Además, en los departamentos de Nariño y Cauca se concentra el 59% de los asesinatos contra Pueblos Indígenas. (CNTI, 2023)

Fuentes de financiación para el reconocimiento de los territorios indígenas y la conformación de resguardos

La ANT tiene un proyecto de inversión específico para administrar los recursos destinados a los procesos de dotación de tierras de los Pueblos Indígenas, el cual es ejecutado por la Dirección de Asuntos Étnicos de la entidad. Estos proyectos de inversión tienen tres objetivos principales: 1. Ampliar el acceso a la tierra para los pueblos y comunidades indígenas, incluyendo los procesos de dotación. 2. Garantizar seguridad jurídica a las comunidades indígenas en la dotación y tenencia de la tierra, abarcando la delimitación, la mediación de conflictos y los procesos de protección. 3. Facilitar el acceso de las comunidades indígenas a iniciativas comunitarias, como proyectos productivos financiados por la entidad. (CNTI, 2024)

Además, las comunidades a veces compran predios con sus propios recursos para que la ANT los formalice con el fin de asegurar la seguridad jurídica de sus territorios colectivos. También utilizan los recursos del Sistema General de Participaciones para Resguardos Indígenas (SGPRI) para adquirir tierras, aunque esto resulta paradójico porque estos fondos deberían beneficiar a la comunidad dentro del resguardo. Similarmente, ocurre con los recursos de regalías destinados a comunidades indígenas, que representan el 1% del presupuesto total asignado a la nación.

Otra vía de financiamiento para el reconocimiento de territorios indígenas y la formación de resguardos es a través de la cooperación internacional. Organizaciones como

la Fundación Gaia Amazonas y el Amazon Conservation Team (ACT) actúan como socios estratégicos en los procesos de formalización de tierras junto con la ANT. Además, entidades como World Wide Fund for Nature (WWF), ACT y Land Tenure Facility compran tierras a comunidades indígenas para apoyar sus derechos territoriales. Este enfoque no solo fortalece la seguridad jurídica de las tierras ancestrales, sino que también promueve prácticas sostenibles de manejo ambiental y cultural en colaboración con las comunidades indígenas.

No obstante, para hacer frente de manera efectiva a las necesidades actuales identificadas por la Dirección de Asuntos Étnicos de la ANT y para ampliar el apoyo a los resguardos indígenas, se podría proponer asignar anualmente un promedio de aproximadamente \$1 billón de pesos (250 millones de dólares aproximadamente), el doble del promedio de solicitudes de la entidad para el periodo 2022-2025. Esta medida implicaría un periodo de 23 años para resolver el rezago histórico, con una necesidad de \$4.2 billones (1.000 millones de dólares aproximadamente) para el cuatrienio actual. (CNTI, 2023)

Conflictos y riesgos materiales para la garantía del goce efectivo del derecho al territorio de los Pueblos Indígenas en Colombia

Como se mencionó en la introducción, el Estado colombiano está a la vanguardia de América Latina en el reconocimiento constitucional y legislativo de los derechos humanos de los Pueblos Indígenas. Sin embargo, circunstancias como el conflicto armado interno, el crimen organizado y el narcotráfico, patrones históricos de discriminación, la deforestación e intereses económicos, hacen indispensable que el Estado actúe de manera eficaz para proteger los derechos de los Pueblos Indígenas.

A continuación se presentan los principales riesgos materiales para el goce efectivo del derecho al territorio:

a) Conflicto armado:

Los desafíos derivados de la evolución del conflicto armado en Colombia se han caracterizado por el fortalecimiento de las estructuras armadas ilegales y el surgimiento de nuevos grupos armados, así como por la ausencia de políticas estatales de acceso a servicios públicos básicos y de seguridad para la población. Situación a favor de los beneficios de intereses específicos de grupos económicos para la explotación y el despojo de los derechos territoriales de los Pueblos Indígenas para el acceso a los recursos naturales que existen en sus territorios. Los actores armados se disputan el control territorial, manejando las rutas del narcotráfico y minería ilegal en un contexto de creciente militarización del territorio y aumento progresivo de proyectos extrac-

tivos, agroindustriales, de infraestructura y de hidrocarburos por parte de empresas nacionales e internacionales en un contexto de desplazamiento forzado y desterritorialización (CNTI, 2023).

Los Pueblos Indígenas han emprendido importantes procesos de resistencia en defensa de los derechos territoriales caracterizándose por ser protagonistas de escenarios de movilización con alcance nacional y procesos de incidencia ante el gobierno nacional. Fruto de esta incidencia se incluyó un Capítulo Étnico en el Acuerdo de Paz suscrito entre el gobierno nacional y la guerrilla de las FARC-EP en el año 2016 que contiene en su primer punto disposiciones para la garantía de sus derechos territoriales.⁵

No obstante se puede afirmar que la violencia política contra los Pueblos Indígenas sigue creciendo después de la firma del Acuerdo de Paz, en clara relación con los conflictos territoriales a los que se han enfrentado históricamente. Dentro de las principales afectaciones territoriales derivadas del conflicto armado se encuentran las siguientes:

- Desplazamiento forzado
- Confinamientos
- Controles a la movilidad
- Presencia de minas antipersonales
- Siembra de cultivo ilícitos
- Minería ilegal
- Deforestación

Vale la pena anotar que Colombia es el segundo país del mundo con mayor número de víctimas por desplazamiento forzado, situación que empeora en los Pueblos Indígenas

5 En la implementación del Punto 1 (RRI) se garantizarán la perspectiva étnica y cultural, las condiciones jurídicas vigentes de la propiedad colectiva, los mecanismos para la protección y seguridad jurídica de las tierras y o territorios ocupados o poseídos ancestral y/o tradicionalmente. Se observarán también la integralidad de la territorialidad y sus dimensiones culturales y espirituales, la protección reforzada a los pueblos en riesgo de extinción y sus planes de salvaguardas (Acuerdo Final, 2016, pág. 207). La adjudicación de predios y procedimientos de formalización se hará con destino a la constitución, creación, saneamiento, ampliación, titulación, demarcación, restitución y resolución de conflictos de uso y tenencia de las tierras. Se entenderá para el caso de los pueblos étnicos que la función ecológica de la propiedad y las formas propias y ancestrales de relacionamiento con el territorio se antepone a la noción de explotación (Acuerdo Final, 2016, pág. 207).

ya que tiene un impacto desproporcionado ya que según la Defensoría del Pueblo a pesar de ser solo el 4.4% de la población del país representan aproximadamente un 18% del universo total de víctimas.

b) Extractivismo:

En las narrativas del desarrollo neocapitalista y el control de los recursos naturales, los Pueblos Indígenas han sufrido violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario perpetradas por las fuerzas militares, las empresas implicadas en la explotación de hidrocarburos y minerales y los grupos armados ilegales que, en buena parte de los casos, ha contado con la complicidad del Estado colombiano (Global Witness, 2022). Dentro de los principales hallazgos del informe de Global Witness, Colombia ocupó nuevamente los primeros lugares entre los países con mayor cantidad de ataques mortales contra personas defensoras del ambiente, con un total de 33 casos registrados. De estos, un 40 % fue en contra de indígenas y aproximadamente la mitad, fueron personas dedicadas a la pequeña agricultura y uno de cada diez asesinatos fue contra de mujeres, de los cuales dos tercios eran indígenas. Todos defendían el derecho a la tierra y el territorio, así como a un medio ambiente sano. También se concluyó que la mayoría de los asesinatos estaban vinculados a empresas de explotación forestal (tala y deforestación), agroindustria y extracción de minerales e hidrocarburos.

Como se mencionó anteriormente, el Estado colombiano dispone de un marco legal garantista en el que se integra la Constitución Política del 91 y el bloque de constitucionalidad amplio que incluye los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos y de protección de Pueblos Indígenas y sus territorios. Por ejemplo, en diciembre de 2019 el gobierno colombiano firmó el “Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe”, denominado Acuerdo de Escazú, uno de los instrumentos ambientales más importantes de la región en el que los Pueblos Indígenas desempeñan un papel estratégico (CNTI, 2023).

Existe una tensión constante en el país entre el reconocimiento y la garantía efectiva de los derechos fundamentales, específicamente el derecho al medioambiente y los derechos territoriales de los Pueblos Indígenas. El mantenimiento de un modelo extractivista que avanza sobre los territorios ancestrales de manera desproporcionada y sin la participación efectiva de las comunidades, se convierte en una de las principales amenazas de los territorios indígenas.

Otro de los aspectos que es importante señalar, como veremos más adelante en los riesgos jurídicos, es la coexistencia de diferentes regímenes de propiedad, lo cual es clave en el universo de conflictos asociados al extractivismo y a las disputas por los recursos naturales en áreas excoloniales (Alimonda, 2011). Esta tensión entre regímenes de propiedad, a causa de las dimensiones de la inseguridad jurídica de la tenencia

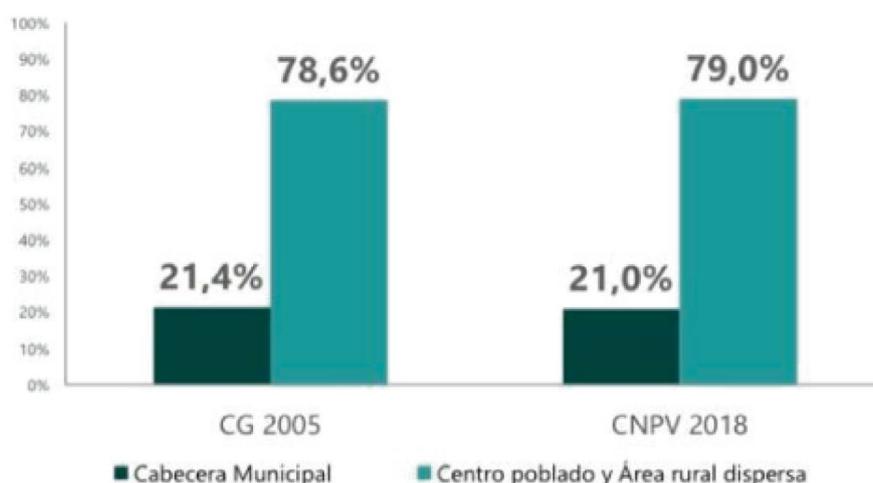
en Colombia, vulnera los derechos y las solicitudes de formalización de derechos territoriales de los Pueblos Indígenas que se encuentran cada vez más con títulos mineros y licencias ambientales para la exploración y explotación de recursos naturales como un obstáculo para la formalización, ampliación y saneamiento de sus resguardos.

c) Deforestación:

El Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales – IDEAM, define la deforestación como la “conversión directa o inducida de la cobertura de bosque a otro tipo de cobertura de la tierra en un periodo de tiempo determinado”. Esta conversión se relaciona con actividades humanas que afectan directa o indirectamente los bosques para transformar su uso a otras actividades no forestales como la expansión de pastizales, el cultivo y las actividades agrícolas y pecuarias a gran escala, entre otras (González et al., 2018).

Los territorios y Pueblos Indígenas de la Amazonía colombiana son, sin duda, de los más afectados hoy en día por la deforestación a escala nacional. Sus amplios territorios se han enfrentado a la llegada de personas e intereses ajenos a las culturas ancestrales y que han concebido las tierras y la naturaleza como objetos de mercado (CNTI, 2022).

Esta problemática está anclada a diversos niveles de conflictividad en zonas afectadas históricamente por el conflicto armado interno y por la débil presencia institucional. La adopción de políticas sociales o económicas de los países, las particularidades culturales y biogeográficas de los territorios y las presiones externas de carácter económico que han aumentado las actividades legales e ilegales para la extracción de la naturaleza en escalas nunca antes registradas se convierten en factores de profundización de la deforestación y en daños a los sistemas de manejo y salvaguarda de los territorios de los pueblos ancestrales (González et al., 2018).



Fuente: DANE-DCD. CNPV 2018

Pese a una serie de normativas nacionales e internacionales que pretenden reconocer los derechos de los Pueblos Indígenas sobre los territorios usados y ocupados ancestralmente, la inseguridad en la tenencia de la tierra y la falta de garantías para ejercer el derecho a la autonomía, el gobierno propio y la soberanía sobre los territorios indígenas sigue siendo una constante.

En la actualidad existen diferentes presiones sobre los bosques, las reservas naturales protegidas y los Pueblos Indígenas asociadas al modelo de desarrollo económico global y a los diferentes sistemas de explotación de los recursos naturales, que ponen en riesgo la pervivencia física y cultural de los Pueblos Indígenas. En todos los territorios indígenas en los que hay altos niveles de deforestación se ha identificado un desconocimiento de los derechos territoriales y ambientales de los Pueblos Indígenas, con diferentes grados de intensidad y problemáticas asociadas. Los daños sobre el ambiente, producto de la deforestación, también repercuten en la salud de los Pueblos Indígenas puesto que transforman sus medios de vida, disminuyen la productividad de los suelos al exponerlos a la asolación tropical, contribuyen a la propagación de plagas, a la pérdida de plantas nativas y medicinales, al desequilibrio de los nutrientes e impide la reproducción del bosque. Por ello, muchas organizaciones sociales y comunidades se han opuesto a la degradación del ambiente y han defendido el derecho al agua, al ambiente limpio y a la vida por medio de distintas acciones sociales y legales (CNTI, 2022).

Por otro lado, una parte importante de las emisiones de CO₂ reportadas, se relaciona con la deforestación de los bosque húmedos y las selvas tropicales. En ese sentido, la estrategia REDD+ se destaca como una iniciativa que se ha venido ejecutando desde los sectores público y privado con el fin de intervenir los territorios específicos que presentan altas tasas de deforestación y degradación del bosque en el país y contribuir a la lucha contra el cambio climático (MADS, 2022).

Dado que la cobertura vegetal en Colombia es importante en términos porcentuales en el plano mundial, estos proyectos han tenido una buena acogida en los territorios locales y regionales. Sin embargo, abordar los territorios desde el enfoque REDD+ implica el desarrollo de una visión muy diferente a la de los Pueblos Indígenas e involucra un sinnúmero de intereses económicos, políticos y sociales que pueden derivar en diversos escenarios de conflicto (CNTI, 2022).

Estas posibles conflictividades llevan a la necesidad de generar un marco de protección ambiental y social denominado Salvaguardas de Cancún (REDD+ Costa Rica, s.f.), que debe implementarse en las estrategias REDD+ y en cualquier otro proyecto que de alguna manera pretenda intervenir territorios indígenas, con el fin de que sean estructurados de acuerdo con parámetros específicos que garanticen la no afectación a la autonomía y a la autodeterminación de los Pueblos Indígenas y, en general, a sus derechos territoriales (Quiroga, 2016).

d) Megaproyectos:

Con frecuencia se argumenta que los megaproyectos son necesarios para alcanzar diferentes metas de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, a fin de erradicar la pobreza y las desigualdades y lograr el desarrollo sostenible. El resultado de este discurso es un aumento de los incentivos para la ejecución de megaproyectos, mediante la participación de agentes privados o inversionistas de capital que a menudo anteponen sus propios intereses económicos.

En Colombia, existen múltiples tipos de megaproyectos que van desde proyectos de infraestructura, industrias extractivas, proyectos de generación y transmisión de energía, redes de abastecimiento de agua y proyectos orientados al sector transporte, entre otros. La amplia gama de megaproyectos conlleva a un extenso abanico de consecuencias y repercusiones en el goce efectivo de los derechos humanos de los Pueblos Indígenas, cuya identidad cultural y pervivencia física está ligada al territorio.

El derecho fundamental a la Consulta Previa, Libre e Informada, no parece ser suficiente y por el contrario el discurso hoy en día se ha centrado paradójicamente en la desigualdad y la discriminación, desde una perspectiva de justicia ambiental.

Los megaproyectos causan un efecto multiplicador a la vulnerabilidades de los Pueblos Indígenas, según el cual la ejecución de uno conduce a la ejecución de otros que son necesarios para su funcionamiento, lo que amplifica las consecuencias. En ese sentido, un rasgo distintivo de los megaproyectos es su efecto acumulativo y sus efectos sobre el medio ambiente y los Pueblos Indígenas que en algunos casos, pueden llegar a ser irreversibles.

Dentro del discurso del desarrollo se develan relaciones de poder entre las personas que se ven afectadas negativamente por los megaproyectos y los defensores de estos. La población afectada se muestra a menudo reacia a aceptar este tipo de proyectos como la solución más adecuada para el desarrollo, dado que, en su opinión, los efectos negativos superan los beneficios previstos. A veces, esta opinión polarizada de los megaproyectos agrava aún más los conflictos sociales y puede aumentar los casos de corrupción de determinados agentes en la búsqueda de intereses económicos (OACHR, 2020)

Uno de los múltiples megaproyectos que actualmente el gobierno de Colombia busca adelantar, y que genera un alto impacto a los territorios indígenas, ilustrando lo enunciado anteriormente es el proyecto Conexión Pacífico-Orinoquía -CPAO, una iniciativa de conexión vial que atraviesa Colombia desde su extremo Occidente (Pacífico) hasta su extremo Oriente (Vichada). Dicho proyecto implica atravesar las tres cordilleras (Occidental, Central y Oriental), en los Departamentos del Valle del Cauca, Tolima, Huila, Meta y Vichada, en áreas donde también están establecidos los territorios de los Pueblos Indígenas Nasa, Sikuani, Tinigua, Pijao, Achagua, Piapoco, Murui-muinane,

Sáliba, Amorua, Emberá y Wounan. La CPAO guarda relación con los intereses de conectividad territorial en el marco de la Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Suramericana (IIRSA), en su pretensión de interconectividad mediante infraestructura multimodal del continente americano y será desarrollada por parte de empresas de capital privado nacional e internacional y el Gobierno nacional, con el objetivo de: i) la ampliación de la frontera agrícola en la Orinoquía, ii) la reducción de los costos de transporte de los bienes producto de los monocultivos en la región de la Orinoquía y iii) beneficios a partir de la competitividad para la exportación de productos derivados de los cultivos como el arroz, la palma de aceite, la soya y la ganadería. (CNTI, 2024)

Proporción de población indígena por área de residencia

Los riesgos jurídicos en la interpretación de los derechos territoriales de los Pueblo Indígenas

La figura de los resguardos se usó para concentrar a diferentes Pueblos Indígenas en territorios periféricos, obligándolos a dejar sus tierras y prácticas tradicionales. Así, poco a poco las comunidades indígenas pasaron de ser los propietarios legítimos de las tierras a convertirse en arrendatarios. Sin embargo, la titulación de los resguardos en la colonia también fue una acción política y de resistencia que los caciques indígenas lideraron mediando ante el poder colonial, lo que llevó a que la Corona Española concediera territorios a algunas comunidades, dando origen a los resguardos de origen colonial que se otorgaban con títulos registrados por la corona (CEVCN, 2022).

Los procesos de resistencia de los Pueblos Indígenas llevaron al establecimiento de los primeros resguardos de la Nueva Granada, como unidades territoriales inalienables en las que se reconocieron las estructuras sociales y políticas de las comunidades originarias. Se constituyeron a partir de la idea de tierras comunales cuya venta o arriendo era prohibida, con el propósito de impedir que la tierra en manos indígenas se convirtiera en bien comercial y asegurando así el control social de las poblaciones, la mano de obra y la tributación al modelo económico español (CEVNC, 2022).

Una vez se libran las batallas de independencia, y se conforma el Estado-Nación colombiano como República de Colombia, las territoriales indígenas de origen colonial han sufrido distintos intentos a través de la ley para ser cercenadas de acuerdo a los interés económicos y de las elites políticas.

Si bien es cierto que la Constitución Política de Colombia consagró el principio fundamental del pluralismo (artículo 1), los derechos fundamentales a la diversidad étnica y cultural (artículo 7), la protección reforzada a los territorios ocupados o titulados a las comunidades indígenas (artículo 63), el reconocimiento de los territorios indígenas

como entidades territoriales (artículo 286) y el gobierno propio de los territorios según sus usos y costumbres (Artículo 330). En lo que concierne a la propiedad privada, el artículo 58 consagró la protección de la misma y los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores a menos que existan motivos de interés social o utilidad pública que entren en conflicto, caso en el cual el interés privado deberá ceder al interés público o social.

Aun con el marco constitucional, el problema es esencialmente el mismo: la resistencia histórica de un entramado social y burocrático hermético frente a cambios que perturben el orden anclado en la propiedad privada. Así, el Estado y buena parte de la sociedad se niegan a interactuar en un plano simétrico con formas de concebir la tierra, el territorio y la vida visiblemente contrarias al proyecto económico, social y político hegemónico (Vanegas; 2022). Por lo contrario, su mayor esfuerzo es robustecer la vigilancia policial sobre las comunidades para asegurarse de que el ejercicio de su derecho de propiedad colectiva no sobrepase los límites permitidos y no lesionen los intereses privados (de Sousa Santos, 2009).

En este sentido, enunciados como el pluralismo jurídico, la diversidad étnica y cultural, la autonomía, el gobierno propio y la libre determinación son protegidos en la medida en la que estén cada vez menos vinculados con la ancestralidad de las comunidades y en tanto no interpeleen el orden de la propiedad que se instauró a través de la colonia y la república, el cual hoy sirve de soporte al capitalismo neoliberal (López, 2019). Cuando dichos enunciados interpeleen el orden, se activan los límites constitucionales a los derechos étnicos como cláusula de cierre para mantener al indígena subsumido en el “corpus político” de la nación y evitar, entre otras amenazas, el “renacimiento de la cuestión de los títulos de posesión” (Ariza; 2009). Una vez se evidencia que las reclamaciones superan los límites permitidos, emerge el poder de la hermenéutica para encausar el desvarío. Es lo que Garzón López ha llamado “los filtros del derecho hegemónico”, uno de los cuales consiste justamente en “interpretar los derechos indígenas desde una visión individualista y monocultural, privilegiando las normas, valores, prácticas y principios que provee la cultura de la legalidad de tradición occidental” (López, 2019).

Bajo el anterior contexto, los procesos de clarificación de resguardos coloniales puede ser una ventana de oportunidad para reconocer los derechos ancestrales de comunidades indígenas sobre sus territorios. Sin embargo, ¿cómo desarrollar dicho proceso, que es a todas luces justo con las poblaciones indígenas concernidas, sin que se provoquen conflictividades con sus vecinos étnicos, campesinos o urbanos?

De la manera como el Estado escoja realizar los procesos de clarificación de títulos coloniales y republicanos podrían producirse dos tipos de efectos: generar un precedente en el reconocimiento de las territorialidades ancestrales y legítimas para comunidades indígenas o, de otra parte, agudizar las tensiones y conflictos territoriales existentes.

Conclusiones

Colombia es uno de los países con mayores avances en materia de reconocimiento y protección de los derechos étnicos. En lo que concierne a los contenidos básicos del derecho de propiedad indígena sobre sus tierras y territorios y los mecanismos para su protección, desde la época colonial hasta pasando por la Constitución Política de 1991, se ha conformado un vigoroso *corpus iuris* que define las obligaciones del Estado y los particulares, dando forma a lo que puede denominarse un derecho especial de propiedad colectiva. En la realidad, este derecho tiene un alcance limitado frente a la sociedad mayoritaria y el derecho estatal. Lo que se aprecia a través de las reclamaciones administrativas, los estrados judiciales y las cotidianidades locales es la coexistencia jerarquizada de dos regímenes jurídicos de propiedad segmentados que se desenvuelven entre fricciones conceptuales y legales (Duarte, 2020).

Las instituciones y procedimientos encargadas de avanzar en el reconocimiento y formalización de los territorios indígenas han cambiado durante el tiempo, aumentando la inseguridad jurídica y generando procedimientos que en muchos casos son engorrosos y difíciles de comprender para los pueblos y organizaciones indígenas. Esto genera retrasos en los procesos de titulación y coincide con la adjudicación de los territorios indígenas para adelantar proyectos extractivistas y/o agroindustriales a gran escala.

La noción de ancestralidad territorial debe ser ampliada en la política pública, en tanto existen multiplicidad de sentidos territoriales, existen diversas formas de apropiarlos. Revisar el concepto del territorio ancestral deberá tener en cuenta que el territorio es social y culturalmente construido y esto sugiere, apropiación material para garantizar necesidades básicas económicas, cultural (reparto de aspectos etnográficos compartidos), afectos de los que surgen sentimientos de arraigo y apego, todos estos aspectos que permiten imaginar un espacio, y representar una identidad socio territorial (Giménez, 1996).

Pese a las normativas nacionales e internacionales que pretenden reconocer los derechos de los Pueblos Indígenas sobre sus territorios y la seguridad jurídica en la tenencia de la tierra; el rezago más grande está en la falta de garantías materiales para ejercer el derecho a la autonomía, el gobierno propio y la soberanía. La falta de garantías materiales sigue siendo una constante que dificulta el goce efectivo al derecho a los derechos territoriales de los Pueblos Indígenas. Dentro de las principales faltas de garantías materiales se encuentran el conflicto armado y sus consecuencias, la minería y los proyectos extractivistas, deforestación y megaproyectos.

Recomendaciones

1. Ajustar las interpretaciones jurídicas al precedente internacional sobre los derechos territoriales de los Pueblos Indígenas para subsanar las interpretaciones hermeneúticas basadas en el ordenamiento jurídico nacional, así como en las disposiciones establecidas por las distintas leyes y decretos vigentes en Colombia.
2. Simplificar los procedimientos para formalización y titulación de los territorios indígenas basado en el precedente jurídico internacional, garantizando la no regresividad de los derechos, y aumentando el número de personas que trabajan en la Dirección de Asuntos Étnicos de la ANT.
3. Hacer un estudio detallado que permita evidenciar los rezagos históricos en el cumplimiento de los compromisos territoriales con los Pueblos Indígenas e incrementar el valor de los recursos asignados a la ANT anualmente, creando un plan a corto y mediano plazo, asignando y asegurando esos recursos a una subcuenta creada para la formalización de los territorios.
4. Fortalece el financiamiento público del Observatorio de Derechos Territoriales de los Pueblos Indígenas de la Comisión Nacional de Territorios Indígenas, en el marco del proyecto de inversión de la ANT para la realización de estudios e informes técnicos que permitan subsanar los cuellos de botella para la formalización y titulación de los territorios de los Pueblos Indígenas.
5. Implementar medidas cautelares para proteger los territorios prioritarios para la titulación a los Pueblos Indígenas, evitando que sean destinados a proyectos extractivos y agroindustriales a gran escala. Además, fortalecer los procesos de Consulta Previa, Libre e Informada cuando se planifiquen megaproyectos en estos territorios.
6. Crear un marco regulatorio para los proyectos REDD+ basando en las salvaguardas de Cancún y el derecho fundamental a la Consulta Previa, Libre e Informada; así como adelantar proyectos de restauración ecológica que tenga en cuenta los conocimientos propios y ancestrales de los Pueblos Indígenas en territorios que presentan altas tasas de deforestación.
7. Fortalecer la implementación del Capítulo Étnico del Acuerdo de Paz de la Habana y en particular el primer punto relacionado con territorios y reforma rural integral.

Bibliografía

Amazon Conservation Team (2018) Guía para la Legalización Territorial Indígena. Primera Versión Digital. Bogotá. Recuperado de: https://www.amazonteam.org/wp-content/uploads/2019/01/ACT_Colombia_LandTitling_Guide_2018_SPANISH.pdf

Agencia Nacional de Tierra (2021) “Determinantes sectoriales: resguardo indígena de origen colonial”, Bogotá - Colombia.

Alimonda, H. (2011). “Ecología política y minería en América Latina. En H. A. (coord.), La naturaleza colonizada. Ecología política y minería en América Latina” - Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (Clacso), Buenos Aires - Argentina.

Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (2022) “Hay Futuro si Hay Verdad”. Bogotá - Colombia.

Comisión Nacional de Territorios Indígenas (2020). Derechos territoriales de los Pueblos Indígenas, Segunda Edición. Bogotá. Recuperado de: <file:///Users/air/Downloads/CARTILLA-Derechos-territoriales-digital.pdf>

Comisión Nacional de Territorios Indígenas (2022) “Territorio en Riesgo: Efectos de la deforestación en Territorios Indígenas”, Bogotá – Colombia.

Comisión Nacional de Territorios Indígenas (2023) “ La Sangre de la Tierra: Extracción de Hidrocarburos en Territorios Indígenas”, Bogotá - Colombia.

Comisión Nacional de Territorios Indígenas (2023). Presupuesto Invertido para los procesos de dotación de territorios indígenas: aproximación al rezago histórico. Bogotá. <https://www.cntindigena.org/wp-content/uploads/2023/02/Informe-presupuesto-1.pdf>

Comisión Nacional de Territorios Indígenas (2023) “ Reconfiguración de la guerra y violencia sociopolítica contra el pueblo Nasa en el Norte del Cauca a partir del Acuerdo final de Paz “, Bogotá - Colombia.

Comisión Nacional de Territorios Indígenas (2024) “La Construcción del Megaproyecto Pacífico-Orinoquia, Una amenaza inminente a los derechos territoriales de los pueblos indígenas en Colombia”, Bogotá - Colombia.

DANE (2018) Resultados del Censo Nacional de Población y Vivienda. Población indígena de Colombia. Bogotá. En: <https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/grupos-etnicos/presentacion-grupos-etnicos-2019.pdf>

Duarte, C. (2020) “Resguardos coloniales y republicanos: la clarificación debe ir de la mano con la convivencia” Universidad Nacional, Bogotá - Colombia.

González, J. Cubillos, A., Chadid, M., Arias, M., Zúñiga, E. y Cubillos, M. (2018). “Lineamientos conceptuales y metodológicos para la caracterización de causas y agentes de la deforestación en Colombia”. FAO. Bogotá – Colombia.

Global Witness. (2022). “Última línea de defensa. Una década de resistencia: diez años infor-

mando sobre el activismo por la tierra y el medio ambiente alrededor del mundo” <https://www.globalwitness.org/es/decade-defiance-es/>

Gutiérrez Pisso, J. A. (2018, noviembre 30). Conceptualización de la función social y ecológica de la propiedad privada. Cuarta Edición. Revista Virtual “Renacer Jurídico” Programa de derecho “FUP”. Popayán, Colombia, de: https://unividafulp.edu.co/bidi/wp-content/uploads/2019/05/funcion_social_de_la_propiedad_privada.pdf

Oficina Alto Comisionado para los Derechos Humanos (2020) “El Impacto de los Megaproyectos en el Derecho Humano al Agua y al Saneamiento”, Nueva York – Estados Unidos de Norte América.

Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. (2015). Decreto 1071 del 2015 por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural. Recuperado de: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=76838>

Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible [MADS]. (2012). Política Nacional para la Gestión Integral de la Biodiversidad y sus servicios ecosistémicos. Recuperado de <https://www.minambiente.gov.co/wp-content/uploads/2021/10/Poli%CC%81tica-Nacional-de-Gestio%C%81n-Integral-de-la-Biodiver.pdf>

Presidencia de la República de Colombia. (1961). Ley 135 de 1961 sobre reforma social agraria. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=74153>

Presidencia de la República de Colombia. (1994). Ley 160 de 1994 por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio familiar de vivienda rural y se dictan otras disposiciones. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=66789>

Presidencia de la República de Colombia. (1996). Decreto 1397 de 1996 por el cual se crea la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas y se dictan otras disposiciones. Recuperado de: <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1279607>

Presidencia de la República de Colombia. (2011). Ley 1448 de 2011 por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones. Recuperado de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=43043>

Roa, T. (2009). ¿Derecho a la naturaleza o derechos de la Naturaleza? <https://www.ecologia-politica.info/derecho-a-la-naturaleza-o-derechos-de-la-naturaleza/>

Quiroga, J. (2016). Implicaciones de las estrategias REDD+ indígena amazónico. [Tesis de grado]. Universidad del Rosario, Bogotá - Colombia.

Vanegas, F. (2022) “Conflictos entre la Propiedad Territorial Colectiva de Pueblos Indígenas y la Propiedad Privada Individual. Reflexiones a la luz del caso del Resguardo Indígena de Origen Colonial Cañamomo Lomapieta, a Propósito de la Sentencia T-530 de 2016” Bogotá, Colombia

“¡Espera! ¡Esta tierra tiene dueño!”¹: El reconocimiento de los derechos territoriales de los Pueblos Indígenas por parte del Estado brasileño

Chantelle da Silva Teixeira

Contexto sociohistórico de los Pueblos Indígenas en Brasil

Mucho antes de que comenzara el proceso de colonización portuguesa en la antigua Isla de Veracruz, hoy conocida como Brasil, diversos Pueblos Indígenas ya habitaban la región de la Mata Atlántica, donde actualmente se encuentra la ciudad de Porto Seguro, en Bahía. Con la llegada de los portugueses en 1500, comenzaron más de cinco siglos de dominación, lo que resultó en genocidios indígenas, la explotación colonial con mano de obra esclava africana, la caída del imperio portugués y la formación de la República de Brasil en el siglo XIX. Este período también incluyó dos dictaduras y varias olas migratorias causadas por la política en constante cambio del estado brasileño.

Según datos de la FAO (1995) y Gomes (1995), la población indígena en las Américas antes de la colonización era de unos 42 millones de personas. En Brasil, específicamente, los tupí-guaraní contaban con aproximadamente 1,5 millones, pero hoy son poco más de 85 mil (Mapa Guaraní Continental, 2016). A medida que los colonizadores llegaron, aumentó la interacción con los Pueblos Indígenas, y la imposición de las concepciones del Estado, bajo la dirección de la corona portuguesa, se volvió evidente. Figuras como Tomé de Souza, el primer gobernador general, y Manuel da Nóbrega, líder de la Compañía de Jesús, jugaron un papel clave en esta fase inicial.

La llegada de los portugueses trajo una nueva visión de la sociedad, impregnada de un supuesto deber divino. Las cartas de Pero Vaz de Caminha reflejan una perspectiva paternalista y condescendiente hacia los indígenas, describiéndolos como “gente de buena sencillez” y sugiriendo que podrían ser fácilmente convertidos al cristianismo. Esta visión ilustra cómo la colonización no solo supuso la dominación física y cultural de los Pueblos Indígenas, sino también la interferencia en su relación con el territorio. El contacto inicial provocó su exterminio, causado por enfermedades, conflictos bélicos y la caza deliberada de indígenas, todo para satisfacer las necesidades de la colonia portuguesa.

1. “¡Alto ahí! Esta tierra tiene dueño”, traducción literal. Frase acuñada al líder guaraní Sepé Tiaraju, a principios de la segunda mitad del siglo XVIII en resistencia a la invasión española y portuguesa.

La obra clásica de Luiz Adolfo de Varnhagen, *Historia General de Brasil*, proporciona relatos importantes para entender las relaciones entre las diferentes cosmologías durante la colonización, aunque algunos de sus enfoques han sido superados, especialmente en cuanto al papel de los indígenas. El proceso de colonización portuguesa implicó la “domesticación” de los indígenas y su integración en el modelo imperial portugués. La llegada de la Compañía de Jesús en 1549, bajo el liderazgo de Manuel da Nóbrega, fue un intento de acercar a los indígenas a los valores europeos, promoviendo el cristianismo como elemento central de la sociedad colonial.

Las tensiones entre los colonos y los jesuitas sobre la integración de los indígenas marcaron la historia inicial de Brasil. Mientras los colonos querían utilizar a los indígenas como mano de obra, los jesuitas se enfocaban en su evangelización. El Regimiento de Tomé de Souza, promulgado entre 1548 y 1549, fue un hito en la relación entre el Estado colonial y los indígenas, pues estableció normas sobre el trato a los nativos y prohibió las guerras contra los pueblos en paz. No obstante, la expulsión de los indígenas de sus tierras, la destrucción de su cultura y la esclavitud persistieron hasta mediados del siglo XVIII, cuando las políticas del marqués de Pombal intentaron asimilar a los indígenas dentro de la sociedad europea.

De la integración a la autonomía: la relación del Estado brasileño con los Pueblos Indígenas

En este período histórico que abarca los años de 1822 (Independencia) a 1889 (Proclamación de la República), Brasil vivió su período de apertura liberal. Los ideales positivistas se difundieron lo suficiente como para que las discusiones sobre la Nueva República fueran impuestas por los militares y la creciente corriente republicana en las principales ciudades del país; junto a ellos ideales de orden, progreso, integración y desarrollo, que serían 4 pilares de la constitución del Estado y de las políticas públicas de la Nueva República (1889-1930), el Estado Novo (1930-1946), el hiato democrático (1946-1964) y la Dictadura Militar (1964-1985), que se convertirían en hechos estructurantes de la constitución política y social del Brasil del siglo XX.

El 20 de junio de 1910, durante el gobierno del presidente Nilo Peçanha, se creó el Servicio de Protección a los Indios y Ubicación de los Trabajadores Nacionales (SPI) mediante el Decreto N° 8.072. El SPI surge como parte de la construcción de una política pública que buscaba asimilar y proteger a los Pueblos Indígenas, en una posición de tutela del nuevo Estado republicano. Así, los principales artículos de este decreto incluyen normas como la protección de los Pueblos Indígenas frente a otros habitantes, la prestación de asistencia a los pobladores indígenas (distribución de equipos e insumos agrícolas), la regularización de las posesiones indígenas existentes y, de ser necesario, la asignación de tierras baldías para su ocupación. El decreto también disponía la devolución de las tierras usurpadas a los indígenas por los colonos.

Con la instauración del SPI, bajo el liderazgo del Marechal Cândido Rondon (1865-1958), el Estado brasileño elaboró planes para la creación de lo que sería la primera tierra indígena de Brasil, especialmente destacada para la protección de los Pueblos Indígenas. En 1952, se iniciaron las negociaciones para la creación del Parque Indígena del Xingú –en ese entonces el Parque Nacional del Xingú– ubicado entre los estados de Mato Grosso y Pará. El decreto para su creación se emitiría en 1961, pero recién sería efectivamente delimitado en 1978, debido a las presiones políticas ejercidas por el estado de Mato Grosso, influenciado por los ideales difundidos por la dictadura militar brasileña.

En la época en que se creó el Parque Indígena ya no existía ni el SPI y Marechal Rondón había fallecido. Se impulsó la integración del territorio nacional y nuevas estrategias de protección de fronteras, el Estado brasileño, controlado por militares amotinados contra su pueblo, inició procesos de expansión que tuvieron impactos cruciales en las poblaciones indígenas. El SPI se rehizo con la FUNAI – en ese momento Fundación Nacional del Indio, hoy retomada y rebautizada como Fundación Nacional de los Pueblos Indígenas–, creada a partir de la Ley Nº 5.371 de 1967. La FUNAI se convirtió en una institución reguladora e intermediaria entre el Estado y los Pueblos Indígenas, con “funciones representativas inherentes al régimen tutelar de los Pueblos Indígenas” (Decreto 5371).

El problema con los Pueblos Indígenas y sus territorios no hizo más que intensificarse durante el período de los gobiernos militares. El proyecto expansionista del Estado brasileño fue liderado por el inicio de obras de infraestructura en campos estratégicos que fortalecerían la autonomía y la integración del territorio nacional. Así, se iniciaron obras de estructuración como la Central Hidroeléctrica Binacional de Itaipú, en Paraná, y la carretera BR-317, conocida popularmente como la carretera Transamazónica. Otras carreteras estaban terminando su curso, como la BR-364, en el tramo entre las capitales Cuiabá (Mato Grosso) y Porto Velho (Rondônia).

En este periodo, el derramamiento de sangre de los indígenas y campesinos fue una constante del esfuerzo dictatorial. Según el informe de 2014 de la Comisión Nacional de la Verdad, más de 8000 indígenas fueron asesinados durante el periodo de la dictadura militar, muchos de ellos en el camino hacia las construcciones y, a su vez, en el camino hacia sus territorios.

Según el informe, el grupo más numeroso asesinado en este período fueron los cinta larga (Mato Grosso) y los waimiri-atroari (Amazonas), con 3500 y 2650 muertos, respectivamente. Los cinta larga fueron afectados por decenas de violaciones a los derechos humanos, muchas de ellas en el camino de la BR-364, durante el episodio conocido como la Masacre del Paralelo 11, organizado por una empresa cauchera. En Amazonas, el pueblo indígena Waimiri-Atroari padeció la construcción de la carretera BR-174, que conecta las capitales de Amazonas (Manaos) y Roraima (Boa-Vista), así

como la central hidroeléctrica Balbina, que inundó territorios y obligó a los indígenas de la región a trabajos forzados y a ser rehenes en varias aldeas (Informe CNV, 2014). En la Baja Amazonía, en el municipio de Barreirinha, el pueblo indígena Sateré-Mawé denunció a la FUNAI y a sus empleados por facilitar la apertura de estaciones petroleras y desmontes para la llegada de trabajadores de los pozos y por las violaciones en este proceso.

Fue en este período que se publicó el Estatuto del Indio, Ley Federal Nº 6.001/1973, que reguló la situación jurídica de los Pueblos Indígenas y demostró la otra faceta del gobierno militar: la protección paternalista y el intento de integración obligatoria. Los propósitos de preservar la cultura y la integración progresiva y armoniosa de los Pueblos Indígenas a la comunión nacional inauguran el texto legal. El Estado Guardián fue el que atestiguó la identidad étnica del grupo y fijó los límites y el lugar de su territorio. Muchas de las tierras indígenas reconocidas en este período no corresponden a toda el área de uso tradicional del grupo indígena y, hoy en día, son insuficientes para albergar a la población local.

Los gobiernos militares terminaron en 1985, luego de un período de apertura democrática liderado por los propios militares. La Asamblea Nacional Constituyente, que comenzó ese mismo año, llega como un huracán democrático después del movimiento ¡Diretas Já!, liderado por la sociedad civil brasileña. Entre los diversos grupos perseguidos y carentes de apoyo político después del período dictatorial, se encontraban los Pueblos Indígenas representados y exigiendo, incluso en el espacio público, enmiendas y una mayor participación política en la apertura democrática.

Marcos jurídicos de los derechos territoriales de los Pueblos Indígenas en Brasil

La promulgación de la Constitución Federal de 1988 innovó el paradigma de la relación entre el Estado brasileño y los Pueblos Indígenas, reconociendo el derecho a la diferencia de estos pueblos y añadiendo al concepto de tierra indígena la perspectiva de la tradición. Así, la perspectiva de autonomía superó la perspectiva integracionista adoptada hasta entonces en la política indígena del Estado, que consideraba a los Pueblos Indígenas no integrados y relativamente capaces de los actos de la vida civil, con la necesidad de tutela por parte del Estado.

Además, la Constitución Federal de 1988 introdujo una importante innovación en el concepto de tierra indígena, en su propio capítulo titulado “Dos Índios”, con el fin de abarcar la cosmovisión indígena. Como se dijo anteriormente, de manera inaugural, el ordenamiento jurídico brasileño reconoció a los Pueblos Indígenas por su organización social, sus costumbres, sus lenguas, sus creencias, sus tradiciones y sus “derechos originarios” sobre las tierras que tradicionalmente ocupaban y lo definió como un de-

ber de la Unión² demarcarlos, protegerlos y hacer respetar todos sus bienes (art. 231, caput).

El concepto de tierra indígena previsto en el párrafo 1 del artículo 231 de la Constitución Federal se cruza con la visión antropológica, ya que, luego de años de asimilacionismo, determinó que abarca espacios de importancia cultural y simbólica para los Pueblos Indígenas en su definición:

Las tierras tradicionalmente ocupadas por los indios son las habitadas por ellos de manera permanente, las utilizadas para sus actividades productivas, las esenciales para la preservación de los recursos ambientales necesarios para su bienestar y las necesarias para su reproducción física y cultural, de acuerdo con sus usos, costumbres y tradiciones.

Souza Filho (1999, p. 122) sostiene que el concepto de tierra indígena esbozado en la Constitución Federal de 1988 es una solución jurídica que “() oculta la realidad de un derecho mucho más profundo de los pueblos, que es el derecho al territorio”. Esto se debe a que los conceptos de pueblo y territorio siguen ligados a la idea de soberanía estatal para los juristas. Si bien la expresión territorio no aparece expresamente en la legislación nacional, el término “tierra indígena” se encuentra actualmente en línea con la visión de la antropología, que considera que la tierra indígena no es sólo un medio de supervivencia para estos pueblos.

Para los Pueblos Indígenas, la tierra es mucho más que un medio de subsistencia, representa el soporte de la vida social y está directamente vinculado al sistema de creencias y conocimientos. No es solo un recurso natural, sino -e igual de importante- un recurso sociocultural.

Por lo tanto, se entiende que la categoría jurídica de tierra indígena, tal como se afirma en la Constitución Federal de 1988, y también en las normas internacionales ratificadas por Brasil, abarca el concepto de territorio indígena. Según Jurandyr Leite (1999, p.112):

De este modo, la Constitución establece una nueva base sobre la que debe basarse la definición de tierra indígena. Y para definir qué tierras se ocupan tradicionalmente según usos, costumbres y tradiciones, es necesario un estudio técnico cualificado, el del antropólogo. Aun con el avance en la definición jurídica de la tierra indígena, que actualmente se caracteriza por ser un concepto interdisciplinario, la Constitución adoptó la “originariedad” de los

2. La Unión es la entidad jurídica del derecho público que representa la esfera federal en la esfera interna y la República Federativa de Brasil en la esfera externa (artículo 18 de la Constitución Federal).

derechos como fundamento jurídico de los derechos territoriales indígenas, consagrando así el Instituto del Indígena.

El proceso de demarcación de tierras indígenas constituye un acto administrativo declarativo, y no un acto constitutivo de derecho, mediante el cual se explicitan los límites del territorio tradicionalmente ocupado por los Pueblos Indígenas. Este es un deber del Estado previsto en el artículo 231, caput, del CF/88, que además de demarcarlos, debe protegerlos y velar por el respeto de todos sus bienes, enfatizando que estos actos se vinculan con el texto constitucional y por ello no pueden dejar de ser promovidos. Cabe mencionar que el artículo 67 de la Ley de Disposiciones Constitucionales Transitorias (ADCT) estableció un plazo de cinco años para que la Unión completara la demarcación de las tierras indígenas.

El proceso de identificación y delimitación, demarcación física, homologación y registro de tierras indígenas se establece en el Decreto N° 1.775, del 8 de enero de 1996. Este decreto define el procedimiento administrativo para la demarcación de tierras indígenas y asigna al organismo federal, la Fundación Nacional de los Pueblos Indígenas (FUNAI), la competencia de iniciar y orientar el procedimiento. El hito inicial del procedimiento es la identificación y delimitación de la tierra indígena, a partir de un documento técnico multidisciplinario coordinado por un antropólogo, cuyos criterios están previstos en la Ordenanza 14 de la FUNAI.

Así, se designa un grupo técnico especializado por la agencia indigenista federal con el objetivo de realizar estudios de carácter etnohistórico, sociológico, jurídico, cartográfico, ambiental y el levantamiento topográfico necesario para la delimitación e identificación del territorio reclamado. Y, a partir de la cultura y de su propia forma de concebir como pueblo indígena, se confirma la ocupación tradicional de la tierra, es decir, no se trata de criterios occidentales, derivados del derecho privado y de los conceptos de posesión y propiedad que caracterizan la dominación del territorio por parte de los grupos indígenas. En cambio, se fundamenta en su particular forma de relacionarse con el territorio, traducida en la Constitución Federal en la expresión “usos, costumbres y tradiciones”.

En este contexto, el Estado brasileño ha ido creando un fuerte cuerpo normativo respecto a los derechos de los Pueblos Indígenas como respuesta a la situación en la que emergió el Estado Nacional. Como señala Boaventura (1988), el pluralismo jurídico surge de la colonización: es el caso de los Estados latinoamericanos y de los países que decidieron adaptar el ordenamiento jurídico europeo como forma de modernizar sus regulaciones de relaciones sociales.

Este cuerpo normativo está compuesto por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), interiorizado en el ordenamiento jurídico brasileño a principios del siglo XXI, que reforzó las ideas inauguradas por la Constitución Federal. Cuando sean incorporados por el Parlamento con el mismo rito que una enmienda

constitucional, los tratados internacionales de derechos humanos adoptarán el mismo rango legal que la Constitución Federal. Sin embargo, esta posibilidad es reciente en el país y el Tribunal Constitucional brasileño, el Supremo Tribunal Federal (STF), ha establecido que estos tratados tienen fuerza jurídica supralegal³ en el ordenamiento jurídico brasileño.

A pesar del aparato jurídico-normativo que garantiza los derechos de los Pueblos Indígenas sobre sus territorios, las políticas públicas han avanzado poco, como veremos en los datos que se presentan a continuación. Esta postura llevó a Brasil, en 2016, a ser condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) por considerar que existían elementos suficientes para concluir que la demora en el proceso administrativo de demarcación era excesiva e injustificable, así como la implementación de medidas para la expulsión de los invasores del territorio titulado.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que el Estado brasileño violó el derecho a la garantía judicial de un plazo razonable, respecto del presunto incumplimiento de las obligaciones positivas de garantizar el derecho a la propiedad y la falta de certeza jurídica respecto del uso y goce pacífico de los territorios tradicionales del pueblo Xukuru.

En su dictamen, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció que Brasil cuenta en su ordenamiento normativo interno con disposiciones que garantizan los derechos territoriales de los Pueblos Indígenas. Sin embargo, en atención al principio de seguridad jurídica, es necesario materializar los derechos territoriales de los Pueblos Indígenas a través de la adopción de medidas legislativas y administrativas para crear un mecanismo de delimitación efectivo, demarcación y titulación que reconozca estos derechos en la práctica.

Al reconocer constitucionalmente los sistemas sociopolíticos y jurídicos de los Pueblos Indígenas, el Estado brasileño abre espacio para nuevas formas de relación y concepción de la relación con la tierra y el territorio, como la que guía la relación de los Pueblos Indígenas con su territorio, que no se ajusta a las concepciones clásicas de la propiedad. Sin embargo, con la decisión de la Corte Interamericana, nos damos cuenta de que el reconocimiento formal de estas garantías no es suficiente para su realización; el Estado debe crear mecanismos efectivos para la plena realización de los derechos garantizados en su legislación interna.

3. En cuanto al entendimiento adoptado por el STF, el caso emblemático es el que tuvo como objeto de análisis el Pacto de San José de Costa Rica, en el RE-466.343/SP. La sentencia dictada en dicho tribunal definió a este acto internacional como "suprajurídico" cuanto a las normativas infra constitucionales.

A pesar del compromiso asumido por el Estado brasileño, durante el proceso constituyente, de demarcar todas las tierras indígenas del país en cinco años⁴, la realidad de la tenencia de la tierra de los Pueblos Indígenas no encuentra la debida correspondencia con dicho compromiso. Hoy en día, más del 60% de los territorios indígenas del país tienen pendiente alguna etapa del procedimiento administrativo para la demarcación de tierras, y el 40% no ha tenido ningún tipo de acción por parte del Estado con relación a sus solicitudes (CIMI, 2024, p. 43). Esta situación ni siquiera figura en datos oficiales, colocándolos en un lugar de invisibilidad, especialmente frente a las políticas públicas.

La interpretación de los derechos territoriales de los Pueblos Indígenas en el Poder Judicial

Este desajuste entre la legislación y la realidad se refleja en los tribunales brasileños y en el Parlamento. Recientemente, la posesión territorial indígena fue cuestionada en un importante fallo⁵ procesado y juzgado por el Supremo Tribunal Federal (STF), la Corte Constitucional que estableció la interpretación constitucional sobre los derechos territoriales de los Pueblos Indígenas en Brasil y servirá como directriz para todos los procesos de demarcación de tierras indígenas en el país.

Después de la sentencia de la Tierra Indígena Raposa Serra do Sol por el mismo Tribunal, un reglamento de la Procuraduría General de la República⁶, que era vinculante para todas las agencias federales, se basó erróneamente en los votos de los magistrados, validando la teoría del Hecho Indígena, ampliamente conocida como Marco Temporal.

Sectores como el agronegocio, con intereses económicos en los territorios indígenas, utilizaron su influencia en los Poderes Legislativo y el Judicial, lo cual permitió que la teoría comenzara a tomar forma en proyectos de ley y precedentes judiciales.

En el Poder Judicial, la tesis comenzó a ser incorporada por algunos tribunales, generando contradicciones en las sentencias, ya que la teoría prevaleciente era que no son los criterios temporales, sino la tradicionalidad del uso de la tierra lo que define el reconocimiento de una tierra indígena.

4. Artículo 39 de las Leyes y Disposiciones Constitucionales Transitorias (ADCT): “La Unión demarcará las tierras ocupadas por los indios, que aún no hayan sido demarcadas, y el proceso deberá completarse dentro de los cinco años siguientes a la promulgación de esta Constitución”.

5. Recurso Extraordinario (RE) 1017365. SC. Ponente de opinión: Edson Fachin.

6. Dictamen Normativo 001/2017/GAB/CGU/AGU, del 17 de julio de 2017.

En 2019, la Corte Constitucional (STF) declaró la Repercusión General⁷ en una demanda de restitución de posesión interpuesta por el Instituto del Medio Ambiente de Santa Catarina (IMA) en contra a la Fundación Nacional del Índio (FUNAI) e indígenas del pueblo Xokleng, a respecto de una área reivindicada en la Terra Indígena Ibirama-Laklanõ. En este proceso judicial el tribunal de recursos había confirmado la aplicación de la teoría del marco temporal y no reconoció a los derechos territoriales de los Xokleng⁸.

En 2023, el Tribunal Constitucional concluyó la sentencia de una demanda que establecía la interpretación de los derechos territoriales de los Pueblos Indígenas, según la Constitución Federal. La Teoría del Marco Temporal fue considerada inconstitucional y en las disposiciones establecidas en la tesis de esta sentencia se detalla:

I - La demarcación consiste en un procedimiento declarativo del derecho territorial originario a la posesión de las tierras tradicionalmente ocupadas por una comunidad indígena.

II - La posesión tradicional indígena es distinta de la posesión civil, constituida por la ocupación de tierras habitadas permanentemente por los Pueblos Indígenas, las utilizadas para sus actividades productivas, las indispensables para la preservación de los recursos ambientales necesarias para su bienestar y las necesarias para su reproducción física y cultural, de acuerdo con sus usos, costumbres y tradiciones, en los términos del inciso 1 del artículo 231 del texto constitucional.

III - La protección constitucional de los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan no depende de la existencia de un marco temporal del 5 de octubre de 1988 ni de la configuración del despojo obstinado, como un conflicto físico o una controversia judicial persistente en la fecha de la promulgación de la Constitución (Brasil, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinario N° 1017365/SC. Relator: Edson Fachin, juzgado el 21 de septiembre de 2023. Tribunal Pleno, publicado el 2 de octubre de 2023).

Así, se puede afirmar que el STF adoptó al Instituto del Indigenato como base legal de los derechos territoriales indígenas en Brasil, con raíces que se remontan al derecho lusocolonial. Esta interpretación refuerza la tesis de que instituto fue consagrado en la Constitución Federal de 1988 al reconocer como “originarios” los derechos sobre los territorios indígenas.

7. La repercusión general supone, en la práctica, que la tesis establecida por el STF en esta sentencia sirve de referencia para todos los casos involucrando tierras indígenas, en todas las instancias del poder judicial.

8. Recurso Extraordinario (RE) N° 1.017.365. Tema 1.031.

Sin embargo, la disputa por los derechos territoriales de los Pueblos Indígenas no ha cesado con la interpretación establecida por el Tribunal Constitucional. En el Congreso Nacional brasileño se tramitan varios proyectos de ley e incluso enmiendas constitucionales para debilitar el conjunto de garantías jurídicas que los Pueblos Indígenas del país han conquistado con su lucha social. Poco después de que la Corte Suprema declarara inconstitucional la Teoría del Marco Temporal, el Senado Federal aprobó una ley⁹ que instituyó la teoría, en contra de la posición del Tribunal Constitucional e ignorando los vetos presidenciales¹⁰ recibidos al final de su tramitación.

Instrumentos y alternativas para la garantía de los derechos territoriales indígenas

En este contexto de amenazas a los derechos territoriales conquistados por los Pueblos Indígenas en Brasil, emergen nuevas experiencias como instrumentos alternativos a la demarcación de las tierras indígenas determinada por la Constitución Federal, cuya competencia corresponde a la Unión¹¹. En otros casos, se firmaron compromisos y estrategias para la regularización de tierras, aprovechando los trámites legales y políticos dentro del gobierno del estado, como en el caso del Estado de Piauí.

En 2020, el Estado de Piauí creó una norma estatal que reconoció formal y expresamente la existencia de los Pueblos Indígenas dentro de los límites de la extensión territorial del Estado. El proceso creó procedimientos y categorías específicas para la regularización de tierras indígenas, sin tener que ser procesados por el gobierno federal, lo que facilitó el proceso de incidencia política.

De manera complementaria, existen otros instrumentos que asumen la función de proteger el territorio: reforzando las medidas adoptadas para la regularización de tierras o sirviendo como el propio instrumento para legitimar la ocupación del territorio. Los Planes de Manejo Territorial y Ambiental (PGTAs)— una herramienta destacada para la implementación de la Política Nacional de Gestión Territorial y Ambiental en tierras indígenas (PNGATI)—tienen el potencial de ayudar en los procesos de reclamo y organización de la protección del territorio y sus recursos naturales. Además, pro-

9. Ley 14.701, del 20 de octubre de 2023.

10. Luis Inácio Lula da Silva era el presidente en ejercicio en la ocasión.

11. La Unión es el gobierno central de Brasil, es una entidad federativa que conforma la República Federativa del Brasil. La Unión es responsable de la gestión de los asuntos nacionales y tiene autoridad sobre todo el territorio brasileño. La Unión, los Estados miembros, los Municipios y el Distrito Federal son entidades que componen la República Federativa del Brasil.

mueven el uso sostenible de los recursos naturales; entre otras medidas para reducir las amenazas a las tierras indígenas y contribuir a la calificación de las reivindicaciones de tierras indígenas y al fortalecimiento de las organizaciones indígenas.

También, están las iniciativas desarrolladas de manera autónoma por los propios Pueblos Indígenas, que son los Protocolos de Consulta, elaborados con base en el derecho a la Consulta y al Consentimiento Previo, Libre e, Informado, de buena fe y culturalmente adecuado del Convenio 169 de la OIT y que tienen como objetivo orientar al Estado en caso de su implementación. El movimiento indígena en el país tiene la posición de que no le corresponde al Estado regular este derecho, sino a los Pueblos Indígenas en el ejercicio de su libre determinación y desde su organización sociopolítica.

El Poder Judicial ha reconocido y reforzado la aplicación de estos instrumentos como lineamientos para el proceso de consulta en los casos en que se adopten medidas administrativas y/o legislativas que puedan afectar a las comunidades indígenas

Así, en atención a las exigencias del artículo 300 del CPC, concedo la medida cautelar otorgada para que los demandados se abstengan de realizar con los pueblos confesamente afectados, los Resguardos Indígenas Praia do Mangué y Praia do Índio, ambos de la etnia Munduruku, así como las comunidades indígenas de Baú y Menkragno, de la etnia Kayapó, cualquier acto de consulta (reuniones, audiencias, etc.), que no se ajustan a los protocolos de consulta emitidos por las propias comunidades indígenas, especialmente las de la etnia Munduruku del Tapajós Alto, Medio y Bajo Tapajós, como condición previa e ineludible para la continuación de las discusiones sobre la factibilidad socioambiental del proyecto Estrada de Ferro 170 – Ferrogrão. (Brasil Tribunal Federal Civil y Penal de la SSJ de Itaituba-PA. Acción Civil Pública Nº 1002073-72.2020.4.01.3908. Decisión en el contexto de la anticipación de la tutela. Juzgado el 17 de agosto de 2022. Tribunal de Justicia en Pleno, publicado el 2 octubre de 2023)

El desafío es incorporar a estas nuevas categorías jurídicas las mismas prerrogativas constitucionalmente garantizadas a las tierras indígenas, como la inalienabilidad, la indisponibilidad y la imprescriptibilidad, además de los procedimientos especiales en relación con las actividades de investigación y exploración minera y el uso de los recursos hídricos en estos territorios. La prohibición de la expulsión de estos grupos es también una garantía de su permanencia en sus territorios ancestrales. En cualquier caso, es innegable que representan soluciones provisionales, al menos, mientras no se avance en los procedimientos administrativos instituidos por la Unión.

Es importante recordar que la demarcación de tierras indígenas no es el acto administrativo que constituye la tierra indígena, sino el mero acto de reconocimiento de carácter declarativo.

La demarcación de tierras indígenas solo es necesaria para su propia protección física, pero no se puede dejar de protegerlas jurídicamente, aunque no haya demarcación.

Como hemos visto, lo que define la tierra indígena es la ocupación, o posesión, o "ser" de los Pueblos Indígenas sobre la tierra. Según la Constitución actual, basta con que las tierras sean ocupadas tradicionalmente, para que los pueblos tengan derechos originarios sobre ellas. Esto quiere decir que no hay un acto constitutivo de la tierra indígena, lo es, y se presume que siempre lo ha sido". (Souza, 1999, p. 148)

Por lo tanto, estos instrumentos son algunos ejemplos de los procedimientos existentes en la legislación brasileña para ayudar en la creación y el reconocimiento de territorios. Sin embargo, mientras el Estado brasileño no adopte medidas efectivas para implementar la demarcación de las tierras indígenas, ni garantice el reconocimiento efectivo de la posesión indígena en los lugares reclamados, los pueblos continuarán reclamando su derecho y utilizarán estos instrumentos para garantizar su presencia y legitimidad en el territorio, frente a los invasores y la injerencia estatal.

Conclusiones y recomendaciones

El Estado brasileño se constituye en un territorio históricamente ocupado por pueblos y comunidades indígenas, que han vivido en interrelación con sus territorios y sus recursos naturales. La llegada y expansión de actividades económicas fuera de la región trae consigo una serie de cambios en el modo de vida de estas poblaciones, incluyendo graves violaciones a sus derechos humanos. Sin respetar las prioridades de desarrollo en la cosmovisión de los Pueblos Indígenas, estos fueron esclavizados y obligados a extraer los recursos naturales del territorio.

Sin embargo, el interés económico por los territorios indígenas ha disminuido el conjunto de prerrogativas conquistadas por los Pueblos Indígenas en relación con sus territorios, haciendo cada vez más difícil que puedan mantener sus formas de vida e interacción con el medio ambiente. En este sentido, con miras a ampliar el campo de reconocimiento, fortalecimiento y protección de los derechos territoriales de los Pueblos Indígenas, se proponen las siguientes recomendaciones a los Estados nacionales:

-El Estado debe garantizar la implementación de políticas públicas adecuadas, simplificadas y efectivas para el reconocimiento formal de los territorios indígenas, considerando las formas adecuadas que estos pueblos conciben el territorio.

Es necesario materializar los derechos territoriales de los Pueblos Indígenas a través de la adopción de las medidas legislativas y administrativas necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación y demarcación, que reconozca tales derechos en

la práctica. Los Pueblos Indígenas tienen derecho a procedimientos especiales, adecuados y efectivos para la delimitación, demarcación de sus territorios, con la amplia participación del pueblo indígena interesado, incluyendo el establecimiento de consultas efectivas e informadas en relación con las fronteras de su territorio y que se tengan en cuenta en ese proceso las prácticas tradicionales de uso de la tierra y el sistema consuetudinario de tenencia de la tierra.

- La falta de demarcación y titulación de los territorios ancestrales, al impedir o dificultar el acceso de los Pueblos Indígenas y tribales a sus territorios y el uso y disfrute de los recursos naturales que en ellos se encuentran, les coloca en una situación de vulnerabilidad extrema que incide directamente sobre sus demás derechos humanos, incluidos los derechos a la alimentación, al agua potable y a la salud, entre otros.

-El Estado debe revisar sus leyes, procedimientos y prácticas para asegurar que la determinación de los derechos territoriales de los pueblos y poblaciones indígenas se ajuste a los derechos establecidos en la Constitución Federal y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

A pesar del estatuto de demarcación de tierras indígenas y del rol del Estado en este proceso, la lentitud en el cumplimiento administrativo de sus políticas ha llevado a los Pueblos Indígenas de Brasil a buscar alternativas y tratar de encontrar formas de reclamar su territorio y protegerlo, hasta que el Estado cumpla su función.

Bibliografía

Beozzo, José Oscar (1982). *Leyes y Reglamentos de las Misiones*. São Paulo: Edições Loyola.

Brasil. Ley N° 6.001, 19 de diciembre de 1973. Establece el Estatuto del Indio. Boletín Oficial de la Unión, 21 dic. 1973. Recuperado en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm

Brasil. Constitución (1988). *Constitución de la República Federativa del Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal.

Brasil. Decreto N° 1.775, 8 de enero de 1996. Establece el procedimiento administrativo para la demarcación de tierras indígenas. Gaceta Oficial de la Unión, 9 enero de 1996. Recuperado en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1775.htm

Brasil. Decreto N° 7.747, 5 de junio de 2012. Establece la Política Nacional de Gestión Ambiental y Territorial en Tierras Indígenas. Diario Oficial de la Federación, 6 de junio de 2012. Recuperado en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7747.htm

Informe de la Comisión Nacional de la Verdad. Brasília, 2014. (Vol. 2). Recuperado en: http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_2_digital.pdf

Supremo Tribunal Federal de Brasil. Recurso Extraordinario N° 1017365/SC. Relator: Edson Fachin, juzgado el 21 de septiembre. 2023. Tribunal Pleno, publicado el 2 de octubre de 2023.

Regimiento que tomó a Tomé de Sousa, gobernador de Brasil. Recuperado en: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/7539868/mod_resource/content/1/2-%20Regimento%20que%20levou%20Tomé%20de%20Sousa%20governador%20do%20Brasil.pdf

Marés, Carlos Frederico; Silva, Liana Amin Lima; Oliveira, Rodrigo; Motoki, Carolina; Vidrio, Verenna (2019). *Protocolos de Consulta Previa y el Derecho a la Libre Determinación*. Recuperado en: <https://rosalux.org.br/wp-content/uploads/2019/08/protocolos-de-consulta-web-1.pdf>

Carneiro Da Cunha, Manuela (1998). La política indígena en el siglo XIX. Em *História dos índios no Brasil*, Cunha, Manuela Carneiro da (Org.). São Paulo: Companhia das Letras. págs. 133-154.

Consejo Indígena Misionero (CIMI) (2023). *Informe: Violencia contra los Pueblos Indígenas en Brasil – Datos de 2022*. Brasília: CIMI. Recuperado en: <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2023/07/relatorio-violencia-povos-indigenas-2022-cimi.pdf>

Fundação Getúlio Vargas. *Preliminares: Antes de 1500*. Recuperado en: <https://atlas.fgv.br/capitulos/preliminares-antes-de-1500>

Instituto Brasileiro de Geografia y Estadística (IBGE) (2022). Censo Brasileiro 2022. Río de Janeiro: IBGE. Recuperado en: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2102011>

Leite, Jurandyr Carvalho Ferrari (1999). La identificación de las tierras indígenas. En: Kasburg, Carola & Gramkow, Márcia Maria (orgs.). Demarcación de tierras indígenas: experiencias y desafíos de un proyecto de asociación. Brasília: FUNAI/PPTAL/GTZ

Manuela Carneiro da Cunha (org.); colaboración de Mara Manzoni Luz, Beatriz Perro-ne-Moisés (1992). La legislación indígena en el siglo XIX: una compilación: 1808-1889. Editorial de la Universidad de São Paulo: Comisión Pro-India de São Paulo São Paulo.

OIT. Organización Internacional del Trabajo (2019). Aplicación del Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Crea un futuro inclusivo, sostenible y justo. Ginebra. Recuperado en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_735627.pdf.

Santos. Boaventura de Sousa (1988). Discurso y poder: un ensayo sobre la sociología de la retórica jurídica. Porto Alegre: Fabril.

Marchant, Alejandro. Del trueque a la esclavitud. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1942.

Silva, Liana Amin Lima (2023). Los tribunales brasileños y el derecho a la consulta previa, libre e informada. Instituto Socioambiental (CEPEDIS). São Paulo.

Souza Filho, Carlos Frederico Marés de (1999). El renacer de los Pueblos Indígenas para el derecho. Curitiba: Juruá.

Teixeira, Chantelle da Silva (2020). Pueblo Xukuru vs. Brasil: un paradigma de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la construcción de los derechos territoriales colectivos de los Pueblos Indígenas. En Supremo Tribunal Federal. Derechos de la Naturaleza: hitos para la construcción de una teoría general. Brasília, DF: STF. Recuperado en: <https://bibliotecadigital.stf.jus.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/3386/1205490.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Varnhagen, Francisco Adolfo de (1957). História General de Brasil. 3ª ed. São Paulo: Edições Melhoramentos.

Canadá y los derechos territoriales de las naciones indígenas: territorios ancestrales, título indígena y derechos de tratados. Avances y tensiones

Gonzalo Bustamante Rivera

Introducción

Canadá es reconocida en el contexto internacional por sus altos estándares de calidad de vida, situándose habitualmente entre los cinco o diez más altos del mundo. También es considerada un referente mundial en el respeto a los derechos humanos y por su política multicultural de respeto a la diversidad cultural, que erróneamente se piensa que incluye la relación con los Pueblos Indígenas. Por otra parte, Canadá tiene una imagen de respeto a los derechos de los pueblos o naciones indígenas, cuya revisión es el objetivo de este texto.

En Canadá, tanto históricamente y hasta en la actualidad, se reconocen tres categorías distintas de naciones o Pueblos Indígenas¹ con algunas diferencias en sus estatus jurídicos: las Primeras Naciones (60% del total de población indígena), el pueblo Métis (o mestizo) (35% del total de población indígena) y el pueblo Inuit (5% del total de población indígena). En su conjunto representan el 5% de la población total del país.

Para entender este “modelo canadiense” de reconocimiento de las naciones o Pueblos Indígenas actual, primero hay que comprender que es una monarquía constitucional que reconoce al rey de Gran Bretaña como su monarca. Además, hay que conocer que es un Estado federal compuesto por nueve provincias (Terranova y Labrador, Isla del Príncipe Eduardo, Nueva Brunswick, Quebec, Ontario, Manitoba, Saskatchewan,

1. En Canadá, tanto organismos del Estado como los Pueblos Indígenas utilizan de forma intercambiable los términos de “nación” y de “pueblo”. Por lo tanto, a lo largo de este texto, se usarán indistintamente. Actualmente, es frecuente que tanto desde los Pueblos Indígenas como desde los gobiernos federal y provinciales se utilice la expresión “negociar de nación a nación” para referirse a que las negociaciones se comprenden entre entidades o sociedades en igualdad de poderes o derechos, entre una o más naciones indígenas y la nación canadiense blanca u occidental. Asimismo, el concepto de “nación” pueden referirse a un “pueblo” en el sentido que la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconoce a los Pueblos Indígenas. El uso del término “Primera Nación” tomó fuerza en la década de 1970 en remplazo del término peyorativo de “Banda de Indios” de la Ley sobre los Indios y que correspondería a un grupo o “comunidad” indígena -reconocido como banda- que pertenece a un pueblo o nación indígena más amplio y al que la Corona le reconoce el derecho a habitar una reserva. Por su parte, los Inuit son reconocidos como una nación distinta, pero no como Primera Nación ya que históricamente esta última expresión se refirió a las naciones indígenas al sur del territorio Ártico.

Alberta y Columbia Británica), cada una con altos grados de autonomía para dictar sus propias leyes, para la gestión de sus territorios y para proveer de servicios a su población. Finalmente, tiene tres territorios² (Nunavut, Territorios del Nor-Oeste y Yukon) que corresponden a entidades administrativas que no tienen las atribuciones de las provincias y cuyos gobiernos son representantes del gobierno federal³. A lo largo de su historia, la relación del Estado⁴ con las naciones indígenas –excepto con los inuit– recayó exclusivamente en el gobierno federal, a través del Ministerio de Asuntos Indios o Indígenas. Sin embargo, los efectos del fallo Calder de la Corte Suprema de 1973⁵ han significado la incorporación de los gobiernos provinciales en los procesos de decisión relativos al uso de los territorios ancestrales de las naciones indígenas, ya que los territorios ancestrales indígenas se superponen con las tierras de responsabilidad de los gobiernos provinciales.

En el caso de la nación Inuit, si bien son reconocidos constitucionalmente como indígenas, históricamente se les ha reconocido un estatus legal de ciudadanos plenos, equiparable a los ciudadanos blancos u occidentales. Por lo tanto, no se les impuso el sistema de reservas ni de los consejos de banda. Hasta antes de la firma de los Tratados Modernos, que actualmente abarcan toda la nación Inuit, sus territorios quedaban bajo la administración provincial y local de las municipalidades, pudiendo preservar de alguna manera su cultura distintiva por ser la mayoría de la población en los territorios árticos.

Por último, hay que comprender su sistema jurídico basado en el Common Law anglosajón, en el cual la evolución de la jurisprudencia desde la Corte Suprema de Canadá es determinante para precisar definiciones jurídicas que puedan entrar en conflicto. En este texto, se verá que los fallos de la Corte Suprema han sido centrales en el progreso de las definiciones de los derechos de las naciones indígenas.

2. Uno de estos territorios, Nunavut, es a su vez resultado de un Tratado Moderno.

3. Se puede encontrar un mapa de las provincias y territorios y links a una descripción general de cada uno de ellos en el siguiente link del Gobierno de Canada: <https://www.canada.ca/en/immigration-refugees-citizenship/services/new-immigrants/prepare-life-canada/provinces-territories.html>

4. Canadá reconoce al rey de Inglaterra como su jefe de Estado, por eso en la tradición jurídica entonces se utiliza habitualmente la expresión “la Corona” para referirse a los gobiernos federal, provinciales, territoriales y local en sus diversos niveles, en lo que habitual –aunque no necesariamente de manera rigurosa– en la literatura en español llamamos Estado.

5. El llamado “fallo Calder” será explicado más adelante en este texto, en breve corresponde al fallo histórico en 1973 de la Corte Suprema de Canadá en el cual estableció que los Pueblos Indígenas aún tenían derechos ancestrales o título indígena sobre sus territorios, contradiciendo la posición del gobierno federal de que estos se habían extinguido.

Antecedentes históricos: desde los inicios de la colonización francesa e inglesa hasta antes del fallo Calder de la Corte Suprema en 1973

Se estima que, a la llegada de los primeros franceses a la actual Canadá, habitaban entre 500 mil y 2 millones de personas, pertenecientes a una gran cantidad de naciones o pueblos. Los mismos formaban parte, a su vez, de 12 familias lingüísticas y hablaban más de 50 distintas lenguas (Dickason 1996). Habían desarrollado diversos modos de vida, principalmente basados en la caza, trampeo y pesca en grupos nómades, aunque también había naciones que se dedicaban a la agricultura. Todas estas naciones o pueblos estaban altamente adaptados a la geografía y al clima del territorio, siendo descendientes de habitantes llegados al menos hace 8000 años.

El periodo histórico actual de relación entre europeos y sus descendientes y las naciones indígenas en Canadá se puede considerar que se inicia con la primera llegada de Jacques Cartier, en nombre de la Corona Francesa, a la costa atlántica en 1534. En este primer viaje tomó contacto con algunos Pueblos Indígenas, pero no dejó ninguna colonia permanente hasta su siguiente expedición, la cual tuvo un objetivo más explícito de colonización de las tierras que estaban encontrando. Si bien en los inicios los franceses tuvieron la intención de tomar posesión de las tierras indígenas de manera unilateral, pronto reconocieron que la enormidad del territorio y la presencia de diversas naciones indígenas con experiencias de guerras entre ellas hacía más aconsejable y práctico desarrollar políticas de negociaciones de alianzas y tratados para la fundación de ciudades permanentes, el comercio y la defensa militar mutua en casos de guerras. De esta manera entre el siglo XVI y el siglo XVII, franceses e ingleses comienzan a establecer una amplia red de alianzas con diversas naciones que en distintos momentos habían estado en guerra entre sí, lo cual culminó en 1763 con la derrota de los franceses en la Guerra de los Siete Años y el posterior Tratado de París que da pie a la Proclamación Real de 1763⁶.

El Tratado de París asumió la cesión de las colonias francesas a los ingleses pese a que las naciones indígenas jamás habían sido reconocidas como súbditas del rey de Francia ni habían cedido la soberanía de sus territorios. Además, la Proclamación estableció que la Corona tenía el deber de proteger las tierras de las naciones indígenas y reconoció un derecho llamado "título indígena", el cual no fue definido con claridad, pero les otorgaba el derecho al uso y ocupación de sus tierras. Además, estipulaba que cualquier cesión de sus territorios debía realizarse bajo acuerdos formales entre representantes oficiales de la Corona y de las naciones indígenas, con el fin de evitar la

6. La Proclamación Real de 1763 corresponde a un instrumento jurídico de la Corona Británica estableció la bases jurídicas de la relación entre la Corona y los Pueblos Indígenas, así como del actual sistema federal canadiense.

venta de tierras indígenas a colonos individuales. A partir de este momento, los británicos dejaron de ver a los indígenas como aliados o naciones soberanas y comenzaron a considerarlos como “pupilos” y, a su vez, los tratados pasaron a tener como objetivo la transferencia de propiedad de las tierras indígenas para la colonización.

En el siglo siguiente, los británicos continuaron su expansión hacia el oeste y norte firmando nuevos tratados con las naciones indígenas que iban encontrando. En 1867, la corona británica promulga la creación del Dominio o Confederación de Canadá que estableció el sistema de gobierno federal que perdura hasta hoy. Esta medida transformó los antiguos territorios de colonización y los nuevos en provincias con gobiernos y parlamentos propios, al tiempo que dejó la responsabilidad sobre los indígenas en el gobierno federal. Esto último consolidó el estatus jurídico distinto de los indígenas respecto de los colonos.

En 1876, se promulgó la Ley sobre los Indios que, con algunas modificaciones posteriores, continúa vigente hasta la actualidad. Esta ley tenía como objetivo explícito la asimilación de los indígenas, algo propio de la mentalidad europea de la época, y consolidó el sistema de reservas indígenas. Las reservas asumían que las tierras eran de propiedad de la Corona y que se reservaban para uso y ocupación exclusiva de los indígenas. Estas reservas estaban destinadas a “bandas” indígenas cuya membresía se reconoce solo a los “indios inscritos” en los registros del Ministerio de Asuntos Indios⁷. Para el gobierno de las bandas, esta ley expresamente prohibió la posibilidad de elección de los o las jefas tradicionales y en su lugar estableció los consejos de banda que debían ser elegidos democráticamente de forma periódica. Además, las bandas quedaban bajo la tutela directa del Ministerio federal de Asuntos Indios.

Otro aspecto relevante para comprender el régimen actual de los derechos territoriales indígenas en Canadá es el de la continuación de los acuerdos o tratados que desde 1871 reciben en su conjunto el nombre de Tratados Numerados. En la actualidad, en Canadá se reconocen vigentes los tratados firmados por la Corona y las naciones indígenas entre 1701 y 1923, conocidos en su conjunto como Tratados Históricos⁸, y los cuales están protegidos desde la Constitución de 1982. Los Tratados Históricos cu-

7. Se puede ver la desproporción resultante entre las tierras de la reserva y el territorio tradicional o ancestral de los Pueblos Indígenas en esta página web del Gobierno de Canadá sobre un proceso de negociación de un Tratado Moderno (aún no finalizado) con comunidades de la nación Innu y que en su Anexo 4.1 muestra el mapa del territorio ancestral (Nitassinan en lengua Innu) de la Primera Nación de Mashteuiatsh del pueblo Innu, por su parte las tierras de la reserva de Mashteuiatsh aparecen señaladas en color rosa como Innu.assi Mashteuiatsh. Link: <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1100100031951/1539797054964>

8. Estos son los Tratados de Paz y Neutralidad (1701-1760), Tratados de Paz y Amistad (1725-1779), Cesión de Tierras de Canadá Superior y Tratados de Williams (1764-1862/1923), Tratados de Robinson y Tratado Douglas (1850-1854) y los Tratados Numerados (1871-1921).

bren una superficie aproximada del 50% del total del territorio actual de Canadá (Gobierno de Canadá 2024). En Chile, esto sería equivalente a que se reconocieran como jurídicamente vigentes los Parlamentos realizados entre la Corona española primero, la República de Chile después con la nación Mapuche (como el Parlamento de Tapihue de 1825), así como el Tratado de Voluntades de 1888 entre la República de Chile y la nación Rapa Nui, y que además estos tratados estuvieran actualmente incorporados en la Constitución.

A través de los Tratados Numerados⁹ se consolidó la imposición del sistema de reservas para “bandas de indios” y se impuso un sistema de gobierno interno a través de los Consejos de Banda, cuyas autoridades debían ser elegidas periódicamente –prohibiéndose explícitamente la elección de autoridades tradicionales—. En realidad, las autoridades estaban sometidas a la tutela de funcionarios del gobierno federal y a la apertura de gran parte de los territorios ancestrales a la colonización. El informe de la Comisión Real sobre los Pueblos Indígenas¹⁰ de 1996 reconoció oficialmente los impactos negativos que las negociaciones de los Tratados Numerados –al igual que los otros Tratados Históricos– tuvieron y continúan teniendo sobre las naciones indígenas, debido a las interpretaciones distintas entre los indígenas y el gobierno federal. Para los primeros se trataban de acuerdos entre naciones iguales para compartir el territorio, pero sin cederlo (sin ceder la propiedad ni la soberanía), para el segundo se trataba de un tipo de obligación más moral que legal de extinguir el derecho de propiedad, de proteger los modos de vida indígenas mediante el reconocimiento de tierras reservadas para su uso exclusivo (especialmente para la caza y pesca) y favorecer la colonización (uso de las tierras para la agricultura, tala de bosques y la industrialización). Además, el informe reconoció que la implementación del sistema de administración del territorio y de iniciativas de desarrollo en territorios de los Tratados Numerados por los gobiernos provinciales y federal tuvieron impactos negativos significativos para las naciones indígenas. Entre los impactos negativos se encuentran el desplazamiento forzado de comunidad, la alteración de sus modos tradicionales de vida, la intervención sobre sus territorios, la toma de decisiones unilaterales por parte de los gobiernos provinciales sobre el uso de las tierras y especialmente de los “recursos naturales” sin consulta ni consentimiento de las naciones firmantes, el no cumplimiento de compromisos por parte del gobierno federal, la intervención sobre el autogobierno indígena por parte de los funcionarios del Ministerio de Asuntos Indios, entre los principales.

9. Se puede ver la extensión territorial de los Tratados Numerados en los mapas del Gobierno de Canadá disponibles en el siguiente link: <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/eng/1100100032297/1544716489360>

10. Royal Commission on Aboriginal Peoples / Commission Royal sur les peuples autochtones, en inglés y francés original, traducido por el autor.

El incumplimiento de los compromisos suscritos por la Corona en los diversos Tratados Históricos, la imposición de la Ley sobre los Indios, las continuas vulneraciones de derechos a las naciones indígenas llevaron a que en 1922 un grupo de representantes de los Six Nations –una confederación de naciones indígenas– acudiera a la sede de la Liga de las Naciones para denunciar a Canadá. Esperaban que este organismo internacional, antecesor de las Naciones Unidas, impusiera sanciones a Canadá. Pese a que no tuvieron éxito inmediato, este hecho se reconoce como la primera vez en que las naciones indígenas acuden al sistema internacional para plantear sus demandas, práctica que unas décadas más tarde se hizo habitual en el actual Foro Permanente de los Pueblos Indígenas.

El periodo actual a partir del fallo Calder de la Corte Suprema de Canadá en 1973

Hasta inicios de la década de 1970, la casi totalidad de las Primeras Naciones¹¹ se encontraba sometida al sistema de reservas –sea en virtud de haber firmado algún Tratado Histórico o por imposición unilateral de la Corona– y a la Ley sobre los Indios. Por su parte, algunos Métis estaban también sometidos a reservas en el marco de algunos Tratados Numerados, mientras otros se encontraban en una condición ambigua (ni plenamente ciudadanos ni plenamente indígenas) y los Inuit se hallaban en su totalidad reconocidos como ciudadanos plenos –sin reconocimiento de sujetos de los derechos indígenas– y habitaban en las unidades territoriales de la administración gubernamental respectiva.

En este contexto general, en 1967 miembros de la nación Nisga’a acudieron a los tribunales. Primero de la provincia de Columbia Británica y luego a la Corte Suprema de Canadá, debido a que su territorio tradicional estaba siendo sometido a decisiones unilaterales por parte del gobierno provincial –lo cual era práctica extendida en la época–, a pesar de que, como nación, no habían firmado ningún tratado con Canadá y, por lo tanto, no habían jamás cedido sus tierras. El fallo de la Corte Suprema de Canadá –conocido como el fallo Calder– produjo un antes y un después en las relaciones entre Canadá y las naciones indígenas.

El fallo Calder de 1973 estableció que las naciones indígenas que no habían firmado tratados con la Corona aún eran titulares de derechos ancestrales y del título indígena. Estos derechos no se derivaban de la Proclamación Real de 1763 sino que eran anteriores, basados en el hecho de que eran naciones preexistentes al momento de la llegada de la colonización canadiense. Además, por primera vez, un tribunal reconoce

11. El término Primeras Naciones reemplazó a fines de los años 1960 el anterior nombre –de carga peyorativa– de “bandas de indios”, por tanto las Primeras Naciones no incluyen a los métis ni a los inuit.

los relatos orales indígenas como prueba de la ocupación de las tierras antes de la llegada de los europeos. (Corte Suprema de Canadá, 1973).

A pesar de que este fallo no definió los derechos ancestrales y el título indígena, sí fue claro en contradecir la política generalizada del gobierno federal y de los gobiernos provinciales que hasta esa fecha asumían que los derechos ancestrales se encontraban extinguidos y que las Primeras Naciones solo mantenían derechos limitados en sus reservas en virtud de la Ley sobre los Indios. Un primer efecto inmediato del fallo Calder fue la formulación una nueva **Política de Reivindicaciones Territoriales Globales**¹² por parte del gobierno federal. El objetivo era crear un mecanismo para resolver las reivindicaciones territoriales que las naciones indígenas, que hasta la fecha no habían firmado tratados, pudieran emprender (en ese momento correspondientes principalmente a naciones en las provincias de Columbia Británica, Québec y Labrador y Teranova y en los territorios de Yukon y del Nor-Oeste). Además, se formuló una **Política de Reivindicaciones Particulares**¹³ para las reivindicaciones provenientes de naciones indígenas firmantes de Tratados Históricos que demandaran resolver asuntos específicos no precisados o no respetados en sus tratados y una Política de Autogobierno Indígena. En 1974, se creó la Oficina de Reivindicaciones Indígenas al interior del Ministerio de Asuntos Indios del gobierno federal que sería responsable de estas políticas. Este fue el inicio de una nueva etapa de la relación entre la Corona y las naciones indígenas, lo cual abrió el camino a nuevos tipos de tratados que serían denominados Tratados Modernos.

En el caso de la **Política de Reivindicaciones Particulares**, esta tiene como propósito acordar la solución a los problemas derivados del incumplimiento de los Tratados Históricos por parte del gobierno federal, sin que eso signifique renegociarlos (Oficina del Contralor General de Canadá, 2024). En 2006, se publicó un estudio de un comité del Senado sobre la implementación de la Política de Reivindicaciones Específicas que estableció que uno de los importantes problemas consistía en el rol del gobierno federal como juez y parte en la determinación de la procedencia o no de iniciar las negociaciones siendo, además de resultar confuso, complejo, caro y legalista. En 2007, el gobierno federal lanzó Por Fin Justicia: Plan de Acción sobre Reivindicaciones Específicas y en 2008 se promulgó la Ley sobre el Tribunal de Reivindicaciones Específicas, ambos fueron formulados en diálogo con las Primeras Naciones. Bajo esta ley, las naciones indígenas pueden acudir al Tribunal de Reivindicaciones Específicas –que

12. Traducido por el autor del inglés Comprehensive Land Claims Policy y del francés Politique des Reivindications Territoriales Globales.

13. Traducido por el autor del inglés Specific Claims Policy y del francés Politique des Reivindications Particulières.

comenzó a funcionar en 2011—en caso de no obtener respuesta bajo el procedimiento establecido por la política. Sin embargo, una auditoría realizada por el órgano del Estado equivalente a la Contraloría de Chile concluyó que los objetivos del plan de acción federal no estaban siendo logrados (Oficina del Contralor General de Canadá, 2024). Hasta la fecha, los problemas de la implementación de la Política de Reivindicaciones Específicas no han sido completamente resueltos. En este contexto, la Asamblea de las Primeras Naciones presentó en 2001 una propuesta de reforma a las reivindicaciones específicas para establecer un centro independiente para su resolución (Asamblea de las Primeras Naciones, 2021). Hasta 2018 se habían negociado 460 reivindicaciones específicas a lo largo del país (Gobierno de Canadá, 2024b) y a partir de 2014 el Tribunal de Reivindicaciones Específicas ha recibido un total de 150 reivindicaciones (Tribunal de Reivindicaciones Particulares, 2024), mostrando la importancia que cobra este mecanismo para resolver conflictos resultantes de los Tratados Históricos.

Por su lado, la **Política de Reivindicaciones Territoriales Globales** de 1973 —actualizada posteriormente en 1986 y revisada en 1993 y en 2014 - esta última reconocida como versión interina o provisoria— estableció un marco general de negociación de nuevos tratados que las naciones, que hasta la fecha no hubieran firmado Tratados Históricos, debían seguir. Si bien establecía un nuevo paradigma de relación Corona – naciones indígenas, mantuvo exigencias y principios altamente cuestionados por estas últimas. Uno de sus aspectos más cuestionados hasta la fecha es que los mecanismos de negociación de nuevos tratados exigían la extinción de los derechos ancestrales indígenas para ser reemplazados por derechos específicos acordados. Otro de sus aspectos altamente controversiales ha sido las exigencias sobre las naciones indígenas para fundamentar el inicio del proceso de negociación, uno de los cuales era el demostrar la ocupación del territorio al momento de la llegada de los europeos y el uso u ocupación continua hasta la fecha. Inicialmente, estas demostraciones daban mayor peso a las pruebas arqueológicas e historiográficas que a los relatos orales de las naciones indígenas. Además, este marco de negociaciones de tratados introdujo un nuevo actor que anteriormente no estaba presente en los Tratados Históricos: los gobiernos provinciales, ya que las reivindicaciones territoriales globales aluden a territorios ancestrales localizados fuera de la reserva, por tanto, bajo administración provincial.

El procedimiento establecido para el proceso de negociación de una reivindicación global definió cuatro grandes etapas: (1) la declaración de la reivindicación de tierras por parte de una o más naciones; (2) la aceptación –o no– de la reivindicación por parte del Ministerio de Asuntos Indios; (3) Inicio de negociaciones preliminares sobre un acuerdo marco, en caso de ser aceptada la reivindicación(4); la negociación y firma de un acuerdo marco que establece las materias y principios generales que las partes establecen para continuar negociando; (5) la continuación de las negociaciones en que se van precisando los diversos puntos del acuerdo marco de la etapa anterior para fir-

mar un principio de acuerdo; (6) la continuación de las negociaciones, ahora llegando al mayor detalle posible en cada materia establecida en el principio de acuerdo hasta terminar firmando el acuerdo final y (7) la implementación del acuerdo o tratado (Ministerio de Asuntos Indígenas y de Desarrollo del Norte, 1987).

Si bien la Política de Reivindicaciones Territoriales Globales fue actualizada en 1986, luego en 1993 y en 2014, las etapas del proceso de negociaciones no han cambiado. A su vez, provincias como Columbia Británica han formulado una versión propia del proceso de negociación.

Estas etapas del proceso de negociación exigen un proceso previo de preparación a las naciones indígenas sobre las cuales recae el peso de realizar los estudios - en parte de recoger los relatos orales de los miembros de la comunidad, pero también los estudios arqueológicos, históricos, geográficos, entre otros), que les permitan dar sustento a la ocupación continua del territorio desde antes de la llegada de los europeos o de Canadá, lo que no todas las naciones logran reunir. Luego, en caso de ser aceptado el proceso por el gobierno federal -lo que puede depender no solo de la evaluación de las pruebas aportadas por las comunidades sino también del grado de urgencia que den a una negociación que puede modificar sustancialmente la gobernanza del territorio del tratado- vendrá la respuesta de la provincia respectiva (o bien del territorio), que también dependerá del grado de urgencia que vean en negociar el tratado.

Una vez aceptado el proceso de negociación, las partes forman una mesa de negociación con representantes de cada una: un negociador del gobierno federal, un negociador del gobierno provincial o territorial y tantos negociadores como comunidades específicas reivindiquen el territorio. Los representantes presentarán los principios y las materias que cada uno desee y esté dispuesto a negociar; también, tendrán que informar periódicamente a sus respectivos gobiernos y recoger sus opiniones, que llevarán a su vez a la mesa de negociaciones.

Los principios y materias que acuerden en la etapa tres quedan expresados en el Acuerdo Marco, que en adelante constituirá la base sobre la cual continuarán negociando progresivamente de manera específica hasta llegar al acuerdo o tratado final o bien, en algún momento, dar por concluidas las negociaciones. Esto se debe a que el inicio de un proceso de negociación de Tratado Moderno no asegura que llegarán a firmarlo.

Según el Gobierno de Canadá (2024b), hasta la fecha se han firmado 25 Tratados Modernos a lo largo de Canadá¹⁴, negociaciones que entre la presentación de la reivindicación territorial y la firma demoran en su mayoría entre 16 y 30 años (Gobierno de Canadá, 2020). La larga duración de estas negociaciones obedece a la complejidad del proceso, ya que cada actor (gobierno federal, gobierno provincial y naciones indígenas) puede tener prioridades distintas. Además, en ocasiones, los cambios de gobierno de cada parte pueden llevar a designar nuevos negociadores, quienes, a su

vez, pueden demorar en integrarse a la mesa de negociaciones y pueden incorporar nuevos puntos. Esta larga duración de las negociaciones excede la duración de los periodos de cada uno de los gobiernos de las partes, por lo que exige a cada uno un enfoque a largo plazo que vaya más allá del gobierno de turno.

Desde la perspectiva de las materias o contenidos, los Tratados Modernos se diferencian sustancialmente de los Tratados Históricos en su extensión, exhaustividad y lenguaje técnico-jurídico, siendo cada uno de una extensión de cientos de páginas en que cada aspecto de los acuerdos está claramente establecido y desarrollado. Los contenidos de los Tratados Modernos son variados, dependen tanto del interés como de la voluntad de las partes y aluden a una gran diversidad de áreas del gobierno del territorio, siendo las más frecuentes la gestión del territorio, la educación, la salud, el desarrollo económico, los impuestos y royalties (estos últimos provenientes de los proyectos extractivos que operen a partir de la firma del tratado), así como las estructuras de gobernanza interna indígena. Respecto de esto último, cabe señalar que, en sus primeros años, la Política de Reivindicaciones Territoriales Globales separaba estas negociaciones de las negociaciones sobre el autogobierno de las naciones indígenas. Sin embargo, a partir del año 2000, estas últimas se incorporaron a las nuevas negociaciones de Tratados Modernos, y actualmente se reconoce que la Constitución de 1982 consagra el llamado “derecho inherente de las naciones indígenas al autogobierno”.

En 1981, Canadá inició el proceso para reformar el acta constitucional vigente de 1867, que hasta esa fecha era atribución del Parlamento de Gran Bretaña. Este proceso formaba parte de la voluntad de obtener la soberanía del país, por lo que es reconocido también como “repatriamiento de la Constitución”. Durante los debates para la redacción de la nueva Constitución, los Pueblos Indígenas lograron que se incorporara un reconocimiento a sus derechos, los cuales quedaron establecidos en la **sección N° 35 de la Constitución de 1982**, única sección relativa a las naciones indígenas, la cual establece:

1. Son reconocidos y confirmados los derechos existentes, ancestrales o resultantes de tratados, de los Pueblos Indígenas de Canadá. 2. En esta ley “Pueblos Indígenas de Canadá” incluye pueblos Indios, Inuit y Métis de Canadá. 3. Para mayor certeza, en la subsección (1) derechos de tratados incluyen derechos que existen actualmente por la vía de los acuerdos de reivindicaciones de tierras o que pueden ser adquiridos de esa manera. 4. Independiente de cualquier otra disposición en la presente ley (Constitución), los derechos

14. Se pueden ver la extensión territorial de estos tratados en la página web del Gobierno de Canadá en el siguiente link: https://www.cirnac.gc.ca/DAM/DAM-CIRNAC-RCAANC/DAM-STSRCD/STAGING/images-images/map_room_modern_treaties_1710963075453_eng.png

*ancestrales o resultantes de tratados señalados en (1) son garantizados de igual manera a hombres y mujeres*¹⁵.

El efecto directo que esta sección incorporó en el marco jurídico relativo a los Pueblos Indígenas fue la protección constitucional a los derechos establecidos en los Tratados Históricos, además de los derechos de los Tratados Modernos y de los derechos ancestrales, aunque estos no fueron definidos. Bajo el derecho reconocido en esta sección N° 35, las naciones indígenas pueden invocar la protección de sus territorios ancestrales tanto a nivel político, ante los gobiernos federal o provinciales, como a nivel de tribunales, toda vez que una iniciativa gubernamental pueda afectarles. Por su parte, las naciones indígenas criticaron que la nueva Constitución no reconoció los gobiernos indígenas como una tercera entidad en el federalismo canadiense junto al gobierno federal y los gobiernos provinciales, lo cual era una de sus demandas políticas.

Además, la sección N° 35 de la Constitución de 1982 tuvo como efecto una revisión de la Política de Reivindicaciones Territoriales Globales de 1986, introduciendo cambios en la postura del gobierno federal de exigir la extinción del título indígena, además de incorporar a las negociaciones las disposiciones relativas al autogobierno. Esta política fue nuevamente revisada, aunque no actualizada de manera oficial, en 1993 y luego en 2014 con la Política Provisoria de Reivindicaciones Territoriales Globales¹⁶.

A pesar de que existe una gran diversidad de regímenes de derechos sobre el territorio en los 25 Tratados Modernos, el Gobierno de Canadá (2024b) señala que estos tratados reconocen a las naciones indígenas firmantes un derecho de propiedad –generalmente de tipo *fee simple*¹⁷– sobre 600 mil km² de tierras. Además, se incluyen derechos de uso y ocupación para usos tradicionales, así como derechos de participación en diversas instancias de gobernanza del territorio.

15. Traducido por el autor del texto original: "*Droits des peuples autochtones du Canada. (1) Les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés. (2) Dans la présente loi, «peuples autochtones du Canada» s'entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada. (3) Il est entendu que sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis. (4) Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits – ancestraux ou issus de traités – visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes*"

16. Traducido del original en inglés *Interim Comprehensive Land Claims Policy*.

17. El derecho de *fee simple* corresponde a un derecho de propiedad amplio y sin límites de tiempo sobre la tierra.

Los procesos de negociación, los contenidos y la implementación de los Tratados Modernos

La Convención de la Bahía James y del Norte de Québec: el primer Tratado Moderno

Para ejemplificar los procesos de negociación, los contenidos y la implementación de los Tratados Modernos, se presenta a continuación la Convención de la Bahía James y del Norte de Québec (CBJNQ) firmada en 1978, la cual es, además, el primer Tratado Moderno.

Desde fines de la década de 1960, el gobierno provincial de Quebec impulsaba un proyecto societal propio que incluía su desarrollo económico. En este contexto, creó la empresa pública HydroQuébec para el desarrollo del potencial hidroeléctrico, aprovechando la enorme disponibilidad de ríos al norte de la provincia. Para ello, inició un proyecto de construcción de enormes centrales hidroeléctricas en tierras que correspondían al territorio ancestral de la nación Cri y de los Inuit que habitan el norte de Québec, así como en otras provincias y territorios del país. A inicios de la década de 1970, las comunidades de la nación Cri y de la nación Inuit afectadas por estos proyectos se organizaron para oponerse a las obras que amenazaban directamente sus territorios tradicionales. Hasta ese momento, los cri estaban sometidos al sistema de reservas y no habían firmado Tratados Históricos, por tanto, nunca habían cedido ni vendido sus territorios. Por su parte, los inuit no fueron sometidos al sistema de reservas por lo que vivían de manera tradicional, incorporados a la organización territorial de la provincia de Quebec. El gobierno provincial no realizó ninguna consulta a estas naciones antes de iniciar las obras de las centrales hidroeléctricas en cuestión.

Las comunidades de ambas naciones se organizaron para presentar un recurso ante la Corte Superior de la provincia para detener las obras de construcción. En 1973, semanas después del fallo Calder, lograron obtener una sentencia favorable del tribunal que, pese a ser revertido luego en la Corte de Apelaciones, dejó establecida la obligación del gobierno provincial de llegar a acuerdos con ambas naciones antes de construir las centrales hidroeléctricas.

Con el objetivo inmediato de que las organizaciones cri e inuit retiraran sus recursos judiciales y de llegar a un acuerdo, el gobierno provincial convocó a una mesa de negociación con ambas naciones. El objetivo era permitir la construcción de las centrales hidroeléctricas a través de la extinción de los derechos ancestrales a cambio de una serie de otros derechos sobre el uso del territorio, las formas del autogobierno indígena y una serie de otras materias que se estipularían en un tratado, el cual sería el primer Tratado Moderno en Canadá. Las negociaciones se desarrollaron de manera excepcionalmente rápidas, en dos años, tiempo que contrasta con la duración muy superior que tuvieron los tratados modernos posteriores.

El territorio del tratado, que se denominó Convención de la Bahía James y del Norte de Québec (CBJNQ), cubre una superficie total de aproximadamente 980.000 km², superior a toda la superficie de Chile continental¹⁸. Como complemento a este tratado, se firmó también la Convención del Noreste de Québec (CNEQ) para incorporar una comunidad de la nación Naskapi que no estuvo en las negociaciones iniciales y que se veía afectada por las centrales hidroeléctricas. En la actualidad, al interior del territorio de ambas convenciones habitan un total aproximado de 42.000 habitantes, de los cuales poco más de la mitad son indígenas de algunas de las tres naciones firmantes.

Al interior del territorio de la CBJNQ, a propuesta de los negociadores cri y con el objetivo de conciliar el uso del territorio tradicional basado en la caza y trampa de animales y en la pesca con las nuevas actividades económicas impulsadas por la provincia –inicialmente hidroeléctricas, pero a las cuales se agregaron el uso potencial para minería, forestería, entre otras–, las partes acordaron establecer tres categorías de tierras con regímenes jurídicos distintos:

Tierras de categoría I: corresponden a tierras alrededor de las villas o poblados donde habitaban los cri, naskapi e inuit, tierras en las cuales tienen derechos exclusivos de uso y ocupación. Pese a que el gobierno federal y el provincial tienen algunos derechos sobre estas tierras, las comunidades tienen derecho al consentimiento en casos de proyectos mineros. La superficie de estas tierras corresponde a aproximadamente 13.600 km² (equivalente a aproximadamente un tercio de toda la región de la Araucanía). Además, se definieron dos subcategorías de título legal para estas tierras, las tierras IA quedaron bajo responsabilidad del gobierno federal, en tanto las tierras IB quedaron bajo responsabilidad del gobierno provincial.

Tierras de categoría II: corresponden a tierras de propiedad provincial sobre las cuales las comunidades tienen derechos exclusivos de caza, pesca y trampeo. Además, en caso de iniciativas de explotación de tierras de categoría II, las comunidades tienen derecho a ser compensadas con una superficie de tierras equivalente así como a compensaciones monetarias. Estas tierras corresponden a una superficie aproximada de 170.000 km², superficie equivalente aproximadamente a las regiones del Maule, Ñuble, Bío Bío, Araucanía, Los Ríos y Los Lagos juntas.

Tierras de categoría III: corresponden a tierras de propiedad provincial donde los indígenas mantienen derechos de caza, trampa y pesca, pero no de manera exclusiva,

18. Se puede ver la extensión territorial de este tratado, así como las diversas categorías de tierras acordadas en el siguiente link de la página web del Comité Conjunto de Caza, Pesca y Trampa de la CBJNQ: http://cccpp-hftcc.com/wp-content/uploads/2018/08/MapHFTCC_8x10_180709_cp.jpg

excepto en el caso de caza o pesca de especies definidas. Además, tienen derecho a participar en la administración política de estas tierras y de los beneficios que se deriven de las iniciativas económicas en ellas. Estas tierras corresponden a una superficie aproximada de 816.000 km² (superior a toda la superficie de Chile continental).

Respecto de la administración o gobernanza del territorio de la Convención, las partes acordaron crear una Administración Regional Cri¹⁹ –actualmente el Gobierno de la Nación Cri, una Administración Regional Kativik (Inuit) y una municipalidad de villa Naskapi. A nivel comunitario o local, para cada villa Cri se creó un Consejo de Villa Cri, cuyos jefes integran el Consejo de la Administración Regional Cri. Además, la Convención reconoció al Gran Consejo de los Cri como órgano representativo de los cri en el territorio de la Convención, el cual en la actualidad está fusionado con el Gobierno de la Nación Cri. Los Consejo de Villa y el Gobierno de la Nación Cri asumen la responsabilidad sobre los servicios de educación, salud, servicios sociales, desarrollo económico, lengua y cultura, entre otras atribuciones en el territorio de la Convención ubicado al sur del paralelo 55°.

En el caso inuit, la Administración Regional Kativik –actualmente Gobierno Regional Kativik²⁰ asume el gobierno sobre gran parte del territorio al norte del paralelo 55° del territorio de la Convención y cuenta con un Consejo que está conformado por representantes de cada una de las villas nórdicas –actualmente reconocidas como municipalidades-, incluyendo la municipalidad de la comunidad Naskapi Kawawachikamach.

En la actualidad, en virtud de una serie de acuerdos firmados entre cada una de las organizaciones de las naciones indígenas firmantes de la Convención –o “naciones convencionadas”–, la Administración Regional Cri (o Gobierno Regional Cri) y el Gobierno Regional Kativik cuentan con atribuciones y responsabilidades equiparables a las regiones en las que se organiza la provincia de Quebec. Sin embargo, también presentan algunas importantes diferencias: el Gobierno Regional Cri es reconocido como un “gobierno étnico”, es decir que rige solo sobre los habitantes cri, pero no sobre los habitantes no cri en el territorio que están regidos por el gobierno de la región de la Bahía James. En cambio, el Gobierno Regional Kativik es reconocido como un “gobierno no étnico”, es decir, que gobierna sobre todos los habitantes del territorio y no solo sobre los inuit o naskapi. En el caso de las tierras de categoría II correspondientes al territorio cri (al sur del paralelo 55°), la gobernanza de estas es ejercida por el Gobierno de la Nación Cri en conjunto con el gobierno regional –que forma parte de la provincia de Quebec– de la Bahía James.

19. Ver sitio web: <https://www.cngov.ca/>

20. Ver sitio web: <https://krg.ca/en-CA/>

En todos los casos, en virtud de ambas convenciones, los cri y los naskapi dejan de estar sujetos a la Ley sobre los Indios y al sistema de reservas y en su reemplazo están sujetos a los derechos de la CBJNQ y de la CNEQ respectivamente. Además, por la extinción de los derechos ancestrales de los cri e inuit, la CBJNQ estableció una indemnización monetaria inmediata de \$150 millones de dólares y royalties anuales procedentes de la electricidad generada en las centrales hidroeléctricas por un periodo de 50 años.

Otro aspecto relevante del régimen de gobernanza territorial acordado en la CBJNQ es el de la creación de dos organismos de evaluación ambiental específicos (uno bajo administración cri y otro bajo administración inuit) que son independientes del organismo provincial de evaluación ambiental, aunque sometidos a la misma legislación ambiental. Estos organismos están a cargo de proyectos mineros, forestales, de energía y de transporte establecidos en la Convención: el Comité Consultivo para el Medioambiente de la Bahía James (en el territorio cri) y el Comité Consultivo del Medioambiente Kativik (en el territorio inuit). Ambos organismos tienen como mandato proteger los derechos de caza, pesca y trampa de los cri, inuit y naskapi y su relación cultural con el territorio y los seres que lo habitan, así como proteger a la población de estas naciones de los impactos sociales y ambientales que los proyectos extractivos o de desarrollo pueden ocasionar en sus territorios.

Ambos organismos están conformados por igual cantidad de representantes cri o inuit según corresponda, del gobierno federal y del gobierno provincial de tal manera que sus decisiones sean por acuerdo. Por las complejidades del sistema federal y de las distintas categorías de tierras de estas convenciones, esto implica un régimen de evaluación ambiental federal distinto para el territorio cri y para el territorio inuit. A modo de ejemplo, para el territorio inuit pueden coexistir cuatro diferentes marcos de evaluación ambiental: el procedimiento provincial establecido en la CBJNQ, el procedimiento federal de la misma Convención, el procedimiento federal establecido en la legislación ambiental federal y el procedimiento establecido por el Acuerdo de Reivindicación Territorial Inuit de Nunavik (NILCA) (firmado en 2006 y que cubre específicamente el territorio marítimo de los inuit de la Convención).

A pesar de la complejidad del régimen ambiental, hay que destacar la flexibilidad del gobierno federal y del gobierno provincial para acordar instituciones de evaluación ambiental especiales para el territorio de la CBJNQ y cuyo mandato es proteger el medioambiente y las comunidades cri, inuit y naskapi (según corresponda) conforme a sus propias culturas y formas de vida. No obstante, la decisión final de aprobación o rechazo de cada proyecto sigue en manos del gobierno federal o provincial según corresponda a la materia de la evaluación ambiental. La importancia de la adecuada consideración de las culturas de las naciones indígenas en las decisiones de estos organismos de evaluación ambiental se puede ver en la exigencia de la CBJNQ de que en el caso de que el organismo provincial adopte una decisión final distinta o contraria

a la de los organismos de evaluación ambiental de la CBJNQ se debe contar con la autorización del gobierno provincial.

A partir de la firma de la CBJNQ, las naciones indígenas firmantes han continuado negociando diversos acuerdos específicos con el gobierno federal o el gobierno provincial de Quebec²¹. Entre los más notorios se encuentran el acuerdo Paz de los Bravos o Acuerdo de Nueva Relación con el Gobierno de Quebec entre el Gran Consejo de los Cri y el Gobierno de Quebec en 2002, y el denominado Acuerdo de Sanarrutik²² complementado con el Acuerdo Sivunirmut entre el Gobierno Regional Kativik y el Gobierno de Quebec en 2002 y 2004 respectivamente. A modo de ejemplo, en la Paz de los Bravos, el capítulo 3 define un “régimen forestal adaptado”, que si bien está regido por la Ley Forestal de Quebec, incorpora el mandato de adaptarse al modo de vida tradicional cri. Esto se materializa en el respeto a las zonas de caza familiares y en la participación cri en la gobernanza forestal, para lo cual crea una estructura de gobernanza llamada Consejo Forestal Cri-Quebec²³.

En el caso de los acuerdos de Sanarrutik y de Sivunirmut, contemplan la participación inuit en las ganancias por proyectos hidroeléctricos, mineros y turísticos, así como mayores atribuciones en la administración de estos recursos financieros generados.

La jurisprudencia reciente

Tras el fallo Calder y la Constitución de 1982, la jurisprudencia continuó en sucesivos fallos de la Corte Suprema federal. Entre los más relevantes se encuentran Sparrow de 1990, Delgamuukw de 1997, luego la llamada “trilogía de la consulta”, formada por los fallos Haida, Taku River de 2004 y Mikisew de 2005. Finalmente, Tsilhqot’in de 2014.

En 1990, el fallo Sparrow estableció que los derechos ancestrales podían ser restringidos por la Corona a condición de que estos derechos sean consultados previamente con la nación afectada y que la Corona de muestras de realizar los esfuerzos necesarios para minimizar esta restricción y se proporcione de una justa indemnización. En 1997, el fallo Delgamuukw precisó que la Corona mantiene su obligación fiduciaria, es decir, el deber de proteger los derechos de las naciones indígenas. A su vez, el fallo determinó que las naciones tienen prioridad, deben participar en el proceso decisonal y,

21. Para conocer los acuerdos posteriores a la CBJNQ firmados por cada nación, ver sitio web <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/fra/1100100030604/1542740089024>

22. Cuya traducción en lengua inuktitut es “herramienta de desarrollo”

23. Ver el sitio web <https://www.ccqf-cqfb.ca/en/home/>

en caso de restricción o extinción de sus derechos ancestrales, deben ser debidamente compensadas. Además, la Corona solo puede restringir un derecho ancestral en el caso de un “objetivo imperioso y real”, es decir, ante una decisión gubernamental real y no supuesta, siendo una decisión que no puede ser evitada. Otro aspecto establecido por este fallo es que reconoce la igual validez de los relatos orales indígenas como prueba de la ocupación tradicional del territorio, equiparándolos con los documentos históricos escritos.

Por su parte, los fallos Haida, Taku River y Mikisew (la “trilogía de la consulta”) establecieron que, ante una decisión gubernamental que pudiera potencialmente, no necesariamente comprobada, restringir derechos ancestrales sobre territorios sobre los cuales una nación indígena tuviera reivindicaciones territoriales -no necesariamente demostrados ni establecidos por decisión de tribunales o por algún Tratado Histórico o Moderno, la Corona tiene el “deber de la consulta y acomodo”, es decir, el deber de consultar y en caso de ser necesario, debe acomodar su decisión de manera proporcional a los potenciales perjuicios sobre los derechos de la nación indígena (Newman, 2014).

Finalmente, el fallo Tsilhqot’in en 2014 (Corte Suprema de Canadá, 2014) reconoció, por primera vez, un título indígena y fijó parámetros para definir este derecho sobre parte de un territorio de una nación (Tsilhqot’in) que anteriormente no había firmado ningún tipo de tratado. En este fallo, la Corte Suprema estableció que, para probar un título indígena, una nación debe demostrar un uso suficiente²⁴, continuo²⁵ y exclusivo²⁶. De demostrar estas condiciones, el título indígena implica un derecho colectivo a utilizar y controlar el territorio y obtener beneficios asegurando, a la vez, su uso por las generaciones futuras. El título indígena reconocido por un tribunal otorga también el derecho a requerir su consentimiento antes de cualquier iniciativa gubernamental, excepto si la Corona demuestra que la restricción de estos derechos responde a un “objetivo real e imperioso”, restricción que tiene como límite el que sea compatible con su obligación fiduciaria hacia las naciones indígenas, así como exige una compensación proporcional a la restricción de este derecho. En el caso de la restricción de un título indígena reivindicado, pero no probado, entonces se aplica el deber de consultar y acomodar las iniciativas a la nación indígena.

24. Por uso “suficiente” se entiende un uso regular del territorio para actividades tradicionales por parte de la comunidad o nación indígena.

25. Por uso “continuo” se refiere a que la comunidad o nación indígena debe demostrar la continuidad entre la ocupación previa a la llegada de los europeos/canadienses y la ocupación actual.

26. Por uso exclusivo se refiere a que el uso u ocupación del territorio reivindicado sea exclusivo de una nación o Primera Nación y no sea compartido con otra nación o Primera Nación que pudiera reivindicarlo también.

El debate canadiense de la implementación de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI)

Las naciones indígenas y los gobiernos de Canadá han sido actores protagónicos en el desarrollo de los derechos indígenas en Naciones Unidas. Desde el primer intento de denunciar a un Estado en el sistema internacional por parte de los Six Nations ante la Liga de las Naciones, hasta los aportes en la formulación del Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígena (DNUDPI). Sin embargo, el marco jurídico presentado hasta aquí ha sido más una evolución del derecho interno que en respuesta al derecho internacional. De hecho, Canadá no ha ratificado el Convenio 169 de la OIT, ni es una demanda de las naciones indígenas, y la legislación para implementar la DNUDPI, del año 2021.

El debate canadiense por la implementación de los derechos indígenas, conforme al derecho internacional, cobró fuerza cuando rechazó la DNUDPI en la Asamblea General de Naciones Unidas en 2006. Pese a haber sido proactiva en su formulación, argumentó que el derecho al Consentimiento Previo, Libre e Informado (CPLI) podía ser interpretado como un “derecho a veto”, lo que resultaba inaceptable para su marco normativo (Papillon y Rodon, 2019). Ante la presión por parte de las naciones indígenas (Bustamante-Rivera, 2019) y de diversos actores, en 2010 el gobierno finalmente emite una declaración apoyando la DNUDPI, pero incorporando observaciones, especialmente en lo relativo a explicitar que el derecho al CLPI no constituía un derecho a veto de las naciones indígenas.

Posteriormente, el diputado Romeo Saganash, perteneciente al pueblo Cri en Quebec y representante del distrito del norte de Quebec, correspondiente al territorio de la CBJNQ, presentó un primer proyecto de ley federal (proyecto de ley C-641) para armonizar la legislación canadiense con la DNUDPI. Si bien este proyecto de ley no prosperó, logró abrir un intenso debate acerca del derecho al Consentimiento Previo, Libre e Informado. En 2017, el gobierno federal lanzó una declaración de política llamada Principios de Respeto a la Relación del Gobierno de Canadá con los Pueblos Indígenas²⁷, que compromete la implementación de la DNUDPI (Departamento de Justicia, 2018). En 2019, hubo una segunda tentativa de promulgar una ley para la implementación de la DNUDPI, que no prosperó, y solo tras una tercera iniciativa legal se aprueba la Ley de Respeto de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas²⁸ en 2021 (Parlamento de Canadá, 2021). Finalmente, en

27. Traducido por el autor del original “Principles respecting the Government of Canada’s relationship with Indigenous Peoples”.

28. Traducido por el autor del original en inglés “An Act respecting the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples”.

paralelo a los procesos legislativos de nivel federal, diversas provincias comenzaron a introducir políticas o legislaciones para la implementación de la DNU DPI.

En Canadá, la reciente evolución del debate sobre la implementación de la DNU DPI muestra la diversidad de interpretaciones y posturas entre las naciones indígenas, el gobierno federal y los gobiernos provinciales y actores de la industria extractiva, teniendo como contenido más controversial el derecho al CPLI (Papillon y Rodon 2019). Por su parte, las naciones indígenas no solo demandan la implementación íntegra de la DNU DPI, sino que además han desarrollado estrategias para dotar de sus significados al derecho al CPLI ante las limitaciones de los gobiernos. Para el gobierno federal, la reticencia a una implementación que incluya sin ambigüedades el derecho al CPLI se debe, por un lado, a una renuencia a reconocer a las naciones indígenas como un actor decisonal como lo son el gobierno federal y los gobiernos provinciales. Esta renuencia también responde al temor del gobierno federal de que el ejercicio del derecho al CPLI constituya un freno al desarrollo económico en casos de proyectos extractivos. Debido a estas preocupaciones el gobierno federal reconoce el derecho al CPLI bajo la formulación más restringida del derecho a la consulta y acomodo canadiense, que a su vez tiene como fundamento los derechos reconocidos en la sección N° 35 de la Constitución de 1982 (Papillon y Rodon 2019; Bourgeois y Rodon, 2023).

Conclusión y recomendaciones

En Canadá, el reconocimiento de los derechos de las naciones indígenas y, en específico, de sus derechos territoriales es un proceso vivo basado en la jurisprudencia de la Corte Suprema y en los derechos reconocidos en la sección 35° de la Constitución de Canadá de 1982. También, es resultado de las características del federalismo canadiense y de un Estado de derecho que ha reconocido la vigencia de los tratados firmados con naciones indígenas desde 1701, así como de la capacidad de las naciones indígenas de, a través de recursos judiciales y de la movilización nacional e internacional, hacer avanzar la jurisprudencia y los términos de las negociaciones en los diversos tratados. A su vez la Corte Suprema no ha querido establecer los alcances de los llamados derechos ancestrales y del título indígena de manera definitiva, en su lugar parece haber optado por establecer un enfoque caso a caso que traslada la definición de estos derechos a las negociaciones específicas entre la Corona y las naciones indígenas en el mecanismo de negociaciones de reivindicaciones (globales o particulares). Por otra parte, estos derechos se han precisado por fallos de la Corte Suprema en respuesta a recursos judiciales emprendidos por algunas naciones indígenas.

Las naciones indígenas han sido actores clave en el avance de la jurisprudencia por la vía de la judicialización de conflictos territoriales, donde la Corte Suprema, por lo general, les ha dado la razón, ampliando cada vez más los derechos reconocidos por el Estado. También han sido pioneros y actores clave del desarrollo de los instrumen-

tos y organismos de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, reivindicándolos desde la última década. Por su parte, la Corona (el gobierno federal y los gobiernos provinciales) ha reconocido desde la época de la colonización francesa e inglesa el estatus jurídico especial de los indígenas (distinto a los colonos), pero de manera ambigua sus derechos específicos (los llamados título indígena y derechos ancestrales).

En la actualidad, el reconocimiento de los derechos territoriales de las naciones indígenas está en parte definidos constitucionalmente, en parte por la jurisprudencia de la Corte Suprema, y más recientemente por los instrumentos del derecho internacional. Estos derechos se pueden resumir de la siguiente manera:

Todas las naciones indígenas tienen protección constitucional de sus derechos ancestrales, título indígena y de los derechos resultantes de los Tratados Históricos o Modernos, así como el derecho inherente a la autonomía gubernamental o autogobierno. Las naciones que han firmado un Tratado Histórico –principalmente Primeras Naciones y algunas comunidades métis– tienen protegidos constitucionalmente los derechos acordados en dicho tratado, los que desde el Informe de la Comisión Real sobre los Pueblos Indígenas se reconoce oficialmente que no fueron respetados por los gobiernos. A partir de este reconocimiento, se formuló la Política de Reivindicaciones Específicas, según la cual las naciones indígenas tienen derecho a negociar acuerdos, generalmente referidos a medidas específicas de protección de sus territorios, aumento del financiamiento estatal u otras medidas por los cuales la Corona respete los términos de estos tratados. También, tienen derecho a negociar acuerdos de autogobierno. En caso de incertidumbre acerca del régimen de gobernanza territorial establecido en el tratado respectivo, las naciones indígenas tienen derecho a ser consultadas y, si corresponde, a que la medida prevista por la Corona se acomode a sus intereses de manera proporcional a los derechos potencialmente afectados.

En el caso de las naciones que han firmado un Tratado Moderno –Primeras Naciones y toda la nación Inuit²⁹ - tienen protegidos constitucionalmente los derechos acordados en el tratado. En los casos de Tratados Modernos en que no se hayan extinguido sus derechos ancestrales, las naciones indígenas tienen derechos de propiedad sobre un total de 600 mil km² –correspondiente a parte del territorio de estos tratados– y mantienen la protección de los derechos ancestrales conforme a la evolución de la jurisprudencia. Aunque el Tratado Moderno establezca mecanismos de participación o de consulta sobre los derechos territoriales, estas naciones tienen derecho a ser

29. En el caso de los inuit, el conjunto de su población se encuentra actualmente bajo alguno de los siguientes cuatro Tratados Modernos: Acuerdo de Nunavut, CBJNQ (específicamente Nunavik), Nunatsaviut en la Provincia de Labrador y la Inuvialut Settlement Region en los territorios del noroeste.

consultados ante toda medida de la Corona que potencialmente pueda afectar sus derechos y, en caso de que corresponda, a que la medida se modifique o acomode de manera proporcional a la afectación de derechos. Además, tienen reconocido constitucionalmente el derecho inherente a la autonomía gubernamental o autogobierno, cuyas instituciones y mecanismos pueden establecerse a través de acuerdos de autogobierno o al interior de los Tratados Modernos.

Las naciones que hasta la fecha no han negociado un tratado –principalmente Primeras Naciones y los métis– tienen protegidos constitucionalmente sus derechos ancestrales y título indígena, el cual requiere ser establecido por un tribunal. En caso de que la Corona contemple una medida que pudiera afectar estos derechos, deben ser consultados. Si corresponde, la Corona debe modificar o acomodar la medida de manera proporcional a los potenciales perjuicios sobre estos derechos. Además, tienen derecho a iniciar el procedimiento de negociaciones de las reivindicaciones territoriales globales para llegar a acordar la firma de un Tratado Moderno que, sin extinguir sus derechos ancestrales y título indígena, defina con claridad sus derechos, así como sus instituciones y mecanismos de autogobierno. También, pueden acudir a los tribunales para el reconocimiento de su título indígena, para lo cual deben cumplir una serie de exigencias. En caso de que se les reconozca el título indígena, tienen derecho al uso y ocupación exclusiva de su territorio tradicional para actividades tradicionales, incluyendo el derecho a beneficiarse de las actividades que en este se lleven a cabo. En caso que la Corona desee restringir estos derechos, debe cumplir una serie de requisitos que incluyen demostrar que la medida es “real e imperiosa”, que ha hecho el esfuerzo de conciliar los derechos indígenas con los derechos del resto de la población y que ha compensado adecuadamente a la nación indígena. Si se extingue el título indígena, debe, además, obtener el consentimiento de la nación respectiva.

En todos los casos, la Corona tiene el deber de actuar de manera honorable y orientada a la reconciliación de la Corona y sociedad canadiense con las naciones indígenas, lo cual implica el deber de conciliar los derechos de las naciones indígenas con los de la sociedad no indígena.

En relación con los derechos indígenas del derecho internacional, en los últimos años estos derechos han sido incorporados en la legislación interna mediante la promulgación de la Ley de Respeto de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2021 para ajustar la legislación canadiense a la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. No obstante, el derecho al Consentimiento Previo, Libre e Informado –cuyo ámbito de aplicación más relevante es el de proyectos de desarrollo en sus territorios– ha sido su aspecto más controversial, resistido por el gobierno federal y los provinciales y por las industrias extractivas.

En Canadá, ¿estos avances pueden considerarse en el reconocimiento de los derechos de las naciones indígenas sobre sus territorios tradicionales como un ejemplo de su-

peración del marco de relaciones coloniales desde el Estado? No es fácil responder a esta pregunta. En el contexto de las naciones que han firmado Tratados Modernos, hay líderes indígenas e investigadores que consideran algunos de estos tratados como una superación del colonialismo (por ejemplo, en el caso de la Convención de la Bahía James y del Norte de Quebec), pero también se encuentran líderes indígenas e investigadores que ese mismo tratado y otros los consideran nuevos mecanismos de colonización al imponer estructuras y lógicas de gobierno occidentales, así como al haber impuesto la extinción de los derechos ancestrales. En el caso de los Tratados Históricos, la Comisión Real sobre los Pueblos Indígenas estableció como verdad histórica que la Corona no ha respetado estos acuerdos y solo a partir de la Política de Reivindicaciones Específicas se han comenzado a corregir parte de estas fallas.

A modo de recomendación, se propone reconocer que el “modelo canadiense”, aunque aún no asegura el completo ejercicio de los derechos de los Pueblos Indígenas, contiene una serie de disposiciones normativas, principios, herramientas de gobernanza, lógicas de relacionamiento entre el gobierno federal y los gobiernos provinciales y las naciones indígenas que, especialmente algunas de las experiencias y herramientas más recientes, pueden inspirar un necesario cambio de paradigma en los actores políticos en Chile. Entre estas se encuentran el reconocimiento de la vigencia de los acuerdos históricamente firmados con algunas naciones indígenas (que en Chile equivale al Parlamento de Taphue con el Pueblo Mapuche y al Tratado de Voluntades con el pueblo Rapa Nui); el establecimiento de mecanismos formales para negociar el resarcimiento por el incumplimiento de estos acuerdos; el efectivo reconocimiento de las naciones o Pueblos Indígenas u originarios como detentores de derechos colectivos y de derechos al autogobierno; la protección constitucional de los derechos acordados con los pueblos y mecanismos judiciales para hacerlos efectivos para que ejerzan su derecho inherente al autogobierno; la participación efectiva indígena en comisiones de verdad histórica y reconciliación que a su vez generan compromisos políticos entre las partes para implementar sus recomendaciones; la negociación como herramienta efectiva para relaciones “de nación a nación” entre órganos del Estado y las naciones indígenas; la formulación -con participación indígena- de mecanismos claros de negociación por etapas para resolver disputas territoriales y sobre derechos, con tiempos amplios –más allá de los periodos de cada gobierno- para favorecer un proceso de generación de confianzas mutuas, reconciliación y una adecuada consideración de cada disposición a incorporar en estos tratados; la flexibilidad y pragmatismo gubernamental para acordar mecanismos de gobernanza territorial pertinentes para cada pueblo o territorio indígena; la separación entre la política multicultural (destinada a las relaciones entre las sociedades de origen anglosajón y la de origen francés, así como a las relaciones con las colectividades inmigrantes) y la política relativa específicamente a las naciones indígenas.

Bibliografía

Asamblea de las Primeras Naciones. (2022). Specific claims reform proposal: Independent Centre for the Resolution of Specific Claims (ICRSC). First Nations Assembly / Assemblée des premières nations, Canadá. <https://afn.bynder.com/m/d757126559c-fc1f/original/22-04-06-SPECIFIC-CLAIMS-REFORM-PROPOSAL-1.pdf>

Asamblea de las Primeras Naciones (2021). AFN: specific claims proposal, Independent Centre for the Resolution of Specific Claims. Recuperado en: <https://www.afn.ca/wp-content/uploads/2021/05/AFN-DRAFT-SPECIFIC-CLAIMS-REFORM-PROPOSAL-EN.pdf>

Bourgeois, S. y Rodon, T. (2023). Mettre en œuvre le Consentement préalable, libre et éclairé (CPLÉ) en Eeyou Istchee : l'exemple du projet Matoush. En *Peuples autochtones et ressources naturelles : regards croisés sur les défis de la mise en œuvre du consentement préalable, libre et éclairé*, M. Papillon y T. Rodon (eds). Ediciones L'Harmattan.

Bustamante-Rivera, G. (2019). La mise en œuvre du droit à la consultation dans les projets extractifs : le cas de la communauté Innue de Mashteuiatsh. Tesis para optar al grado de Philosophiae Doctor (PhD) en Sciences sociales appliquées, Université du Québec en Outaouais, Canadá.

Comisión Real sobre los Pueblos Indígenas (1996). Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples, Volume I Looking forward, looking back. Octubre, Ottawa, Canadá. Recuperado en: <https://www.bac-lac.gc.ca/eng/discover/aboriginal-heritage/royal-commission-aboriginal-peoples/Pages/final-report.aspx>

Corte Suprema de Canadá (1973). Arrêt Calder. Recuperado en: <https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1973/1973canlii4/1973canlii4.pdf>

Corte Suprema de Canadá (2014). Jugement de la Cour Suprême Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique. Recuperado en: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/fr/item/14246/index.do>

Departamento de Justicia. (2018). Principles respecting the Government of Canada's relationship with Indigenous Peoples. Department of Justice, Government of Canada. Recuperado en: <https://www.justice.gc.ca/eng/csj-sjc/principles.pdf>

Dickason, O. (1996). Les premières nations du Canada : depuis les temps les plus lointans jusqu'à nos jours. Les éditions du Septentrion.

Gobierno de Canadá (2020). Recuperado en: <https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1406824128903/1406824211834#key>

Gobierno de Canadá (2024a). About treaties. Recuperado en: <https://www.rcaanc-cir-nac.gc.ca/eng/1100100028574/1529354437231>

Gobierno de Canadá. (2024b). Modern Treaties. Recuperado en: <https://www.rcaanc-cirnac.gc.ca/eng/1677073191939/1677073214344>
Ministerio de Asuntos Indígenas y de Desarrollo del Norte (1987). Comprehensive Land Claims Policy. Ottawa, Canadá. Recuperado en: https://publications.gc.ca/collections/collection_2017/aanc-inac/R32-81-1987-eng.pdf

Oficina del Contralor General de Canadá. (2024). Report 6 – First Nations Specific Claims Indigenous and Northern Affairs Canada. Recuperado en: https://www.oag-bvg.gc.ca/internet/English/parl_oag_201611_06_e_41835.html

Newman, D. (2014). Revisiting the duty to consult aboriginal peoples. Purich Publishing Ltd.

Papillon, M. y Rodon, T. (2019). The transformative potential of indigenous-driven approaches to implementing free, prior and informed consent: lessons from two Canadian cases. *International Journal of Minority and Group Rights* 27°:1-22. DOI:10.1163/15718115-02702009

Parlamento de Canadá (2021). An Act respecting the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. Second Session, Forty-third Parliament, 69-70 Elizabeth II, 2020-2021, Statutes of Canada 2021, chapter 14. Recuperado en: https://www.parl.ca/Content/Bills/432/Government/C-15/C-15_4/C-15_4.PDF

Tribunal de Reivindicaciones Particulares. (2024). List of Claims filed with the Tribunal. Recuperado en: <https://www.sct-trp.ca/en/claims/list-claims>

Derechos Constitucionales Maoríes en Aotearoa Nueva Zelanda: contexto histórico, desafíos contemporáneos y el camino hacia la transformación constitucional

Calire Charters y Erin Matariki Carr

Introducción

Nueva Zelanda, un país de aproximadamente 5,3 millones de personas, es el hogar del Pueblo Maorí, los tangata whenua - Pueblos Indígenas que, antes de la colonización, ejercían autodeterminación sobre la totalidad de estos territorios¹. Hoy en día, los maoríes representan aproximadamente el 17% de la población, unos 875.300, según datos de 2021².

En 1860, los maoríes poseían alrededor del 80% de la tierra en la Isla Norte de Nueva Zelanda. Sin embargo, para el año 2000, se redujeron drásticamente a solo un 4%³. Esta pérdida masiva de tierras ocurrió a través de diversos medios, como la confiscación, compras injustas y la expropiación de tierras para obras públicas.

Este documento ofrece una visión general del estado actual de los derechos maoríes, con un enfoque en el contexto histórico, los desarrollos contemporáneos, los mecanismos para abordar los agravios históricos y el movimiento hacia la transformación constitucional.

Tikanga Māori

Desde tiempos inmemoriales hasta mediados del siglo XIX, Aotearoa estaba gobernada por los tangata whenua de acuerdo con el tikanga Māori (ley maorí). El renombrado académico constitucionalista, el Dr. Moana Jackson, describió el tikanga como “tanto una ley como un conjunto distintivo de valores. Como ley práctica, influía en todo, desde la organización política de los iwi y hapū [grupos comunitarios maoríes] hasta

1. Estadísticas de Nueva Zelanda: <https://www.stats.govt.nz/information-releases/national-population-estimates-at-30-june-2024-2018-base/>

2. Estadísticas de Nueva Zelanda: <https://www.stats.govt.nz/information-releases/te-kupenga-2018-provisional-english/>

3. *Ibíd.*; Por ejemplo, véase la Ley de la Costa y el Lecho Marino de 2004 y los hallazgos de discriminación realizados por la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (4 de enero de 1969) 660 UNTS 195.

las interacciones sociales de los individuos. Como conjunto de valores, resumía lo que era importante en la cosmovisión maorí: es el ‘deber ser’ de la existencia maorí”⁴.

Aunque las filosofías subyacentes y la cosmología de la ley maorí eran comunes, no existía un tikanga centralizado que se aplicara uniformemente en todas las comunidades maoríes; en cambio, cada comunidad o grupo político tenía su propio tikanga. Cada hapū - comunidad o grupo político tenía su propio mana - autoridad, derivado de sus antepasados y de los lugares que ocupaban y cuidaban⁵. No era culturalmente apropiado, en tiempos de paz, que un grupo impusiera su mana o autoridad sobre otro, por lo que cada grupo tenía su propio tikanga. De esta manera, la estructura constitucional precolonial de Aotearoa puede describirse como plurinacional.

Contexto político e histórico

Hoy en día, Nueva Zelanda es una monarquía constitucional, con el rey Carlos III como Jefe de Estado del Reino de Nueva Zelanda, representado localmente por el Gobernador General⁶. El sistema constitucional de Nueva Zelanda se basa en el modelo de gobierno de Westminster, caracterizado por la soberanía parlamentaria, un monolegalismo casi absoluto y la ausencia de una Constitución escrita con estatus de “ley superior”. Esto significa que el legislativo es el poder legal supremo y puede crear o derogar cualquier ley que apruebe sin estar sujeto a revisión judicial y sus leyes no pueden ser anuladas, independientemente de si violan los derechos humanos o los derechos de los Pueblos Indígenas⁷.

Además, los marcos constitucionales de Nueva Zelanda se encuentran en diversas fuentes, incluidas leyes, el derecho consuetudinario y las convenciones constitucionales⁸. Esto puede dificultar la comprensión de cómo funciona la constitución de Nueva Zelanda, en particular a la hora de identificar qué normas son “constitucionales” y cómo responsabilizar al gobierno cuando contraviene la ley constitucional.

4. Historia de Nueva Zelanda: <https://nzhistory.govt.nz/media/interactive/maori-land-1860-2000>

5. He Whakaaro Here Whakaumu Mō Aotearoa, el informe de Matike Mai Aotearoa (enero de 2016) en la página 41: <https://nwo.org.nz/resources/report-of-matike-mai-aotearoa-the-independent-working-group-on-constitutional-transformation/>

6. Oficina del Gobernador General: <https://gg.govt.nz/office-governor-general/roles-and-functions-governor-general/constitutional-role/constitution/constitution>

7. Para más información sobre esto, véase Claire Charters “Wakatu in Peripheral View: Māori-Rights Based Judicial Review of the Executive and the Courts’ Approach to the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples” [2019] (1) NZ L Rev 85.

8. Oficina del Gobernador General, arriba n.º 3.

De acuerdo con el modelo de Westminster y la falta de restricciones legales sobre el Parlamento, la Ley de Derechos de Nueva Zelanda de 1990, que incorpora protecciones de derechos humanos, está subordinada a otras legislaciones⁹. Esto significa que el Parlamento puede aprobar cualquier ley que elija, incluso si dicha ley contradice las normas de derechos humanos o los derechos de los Pueblos Indígenas¹⁰. La única protección contra el abuso de los derechos humanos es, por tanto, el compromiso —no vinculante— de los neozelandeses con los derechos humanos y los derechos de los Pueblos Indígenas. Cuando los derechos humanos, y especialmente los derechos maoríes, son inconsistentes con los intereses de la mayoría no maorí, pueden ser fácilmente anulados, como ha sucedido en muchas ocasiones¹¹. En otras palabras, los maoríes deben abogar y operar en un ámbito político, más que exclusivamente legal, para proteger sus derechos.

Te Tiriti o Waitangi (el Tratado de Waitangi), firmado en 1840 entre los jefes maoríes y la Corona británica, sigue siendo considerado el documento constitucional fundador de Nueva Zelanda. Te Tiriti garantizaba la soberanía maorí (tino rangatiratanga), que había sido afirmada y reconocida por la Corona británica en 1835 con la firma de He Whakaputanga o Te Rangatiratanga o Niu Tireni (la Declaración de Independencia de 1835), pero esta promesa no ha sido respetada. También otorgaba a la Corona la autoridad para regular a los colonos entrantes. En realidad, la Corona, ahora representada por el gobierno de Nueva Zelanda, asumió todo el poder legal para imponer sus leyes sobre los territorios de Aotearoa - Nueva Zelanda en las décadas siguientes, y la población colonizadora superó a la población maorí.

En la práctica, el proceso de colonización de Nueva Zelanda aplicó efectivamente la doctrina del descubrimiento, a pesar de la existencia de Te Tiriti o Waitangi. Para la década de 1870, el Tribunal Superior de Nueva Zelanda dictaminó que “no existía ningún cuerpo político capaz de ceder la soberanía, ni podía existir tal cosa”¹². Por lo tanto, bajo ese caso, Te Tiriti no es un tratado válido y no afectó legalmente la soberanía de la Corona. Los jueces se basaron explícitamente en la jurisprudencia sobre la ley del descubrimiento¹³.

9. Claire Charters “Responding to Waldron’s Defence of Legislatures: Why New Zealand’s Parliament Does Not Protect Rights in Hard Cases” *New Zealand Law Review* 4 (2006): 621–663.

10. *Ibid*

11. He Whakaaro Here Whakaumu Mō Aotearoa, el informe de Matike Mai Aotearoa (enero de 2016) en la página 42: <https://nwo.org.nz/resources/report-of-matike-mai-aotearoa-the-independent-working-group-on-constitutional-transformation/>

12. *Wi Parata v Bishop of Wellington* (1877) 3 NZ Jur (NZ) SC 72 en 78 por el juez Prendergast CJ.

13. *Tales como Johnson v. McIntosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823); y *R v Symonds* (1847) NZPCC 387.

Te Tiriti en sí no es aplicable en los tribunales a menos que sus principios estén incorporados en leyes específicas¹⁴. Existen algunos ejemplos de esto¹⁵. Actualmente, el gobierno de Nueva Zelanda está buscando eliminar Te Tiriti de la legislación y reinterpretarlo de una manera completamente inconsistente con el texto de Te Tiriti y su reconocimiento y protección de los derechos maoríes¹⁶.

El impacto de la colonización sobre los maoríes ha sido devastador. Los maoríes perdieron aproximadamente el 95% de sus tierras y su soberanía nunca ha sido reconocida de manera significativa¹⁷.

Los maoríes se refieren a sí mismos como tangata whenua, lo que significa “gente de la tierra”, en reconocimiento de que Papatūānuku —nuestra Madre Tierra— es nuestra madre y dadora de vida. Para los maoríes, toda la identidad, espiritualidad, cosmovisión y leyes surgen de nuestra relación con la tierra. Esto significó que la desposesión de la tierra para los maoríes a través de la colonización fue devastadora espiritual, física, psicológica y económicamente.

La principal causa de la pérdida de tierras maoríes ha sido la sucesiva “legislación sobre tierras nativas”, ahora llamada Ley de Tierras Maoríes (Te Ture Whenua Māori Act). Bajo versiones anteriores de esa legislación, el título maorí fue individualizado y luego accesible para la venta. Los maoríes colonizados y cada vez más empobrecidos, también gravemente afectados por los virus que llegaron con los colonos, no tuvieron otra opción más que renunciar a sus tierras. Una de las consecuencias continuas es que muchas comunidades y los maoríes individualmente, ahora carecen del potencial económico de sus tierras, lo que agrava aún más la pobreza y la privación social y económica que se enfrenta en comparación con otros neozelandeses.

Los maoríes soportan disparidades significativas en varias áreas de la vida en comparación con la población no maorí. En el sistema de justicia penal, los maoríes están sobrerrepresentados, constituyendo el 57% de los adultos en prisión a pesar de ser solo el 17% de la población total¹⁸. Las tasas de propiedad de viviendas entre los maoríes son significativamente más bajas que las de los neozelandeses europeos¹⁹, con solo el

14. Charters, Claire, y Tracey Whare. “Shaky Foundations.” *World Policy Journal* 34.4 (2017): 11–14.

15. Por ejemplo, la sección 4 de la Ley de Conservación de 1987 establece: “Esta Ley deberá interpretarse y administrarse de manera que se dé efecto a los principios del Tratado de Waitangi”.

16. Por ejemplo, el proyecto de ley del Partido NZ First sobre la “Eliminación del Tratado de Waitangi” presentado al Parlamento en 2006; y véase el proyecto de ley propuesto por el Partido ACT sobre los “Principios del Tratado” en www.treaty.nz, el cual estaba siendo redactado mientras se escribía este artículo

17. Historia de Nueva Zelanda: <https://nzhistory.govt.nz/media/interactive/maori-land-1860-2000>

18. Estadísticas de Nueva Zelanda

19. Estadísticas de Nueva Zelanda: <https://www.stats.govt.nz/reports/te-pa-harakeke-maori-housing-and-wellbeing-2021#overview>

31% de los maoríes siendo propietarios de sus viviendas, en comparación con el 57,9% de los europeos. La pobreza infantil es otra área de preocupación, con los niños y niñas maoríes más propensos a experimentar dificultades materiales que sus contrapartes no maoríes²⁰.

Desarrollos contemporáneos en el reconocimiento de los derechos maoríes

Antes de la elección del actual gobierno de coalición entre el Partido Nacional, Nueva Zelanda Primero (NZ First) y ACT en octubre de 2023, se habían logrado avances en el reconocimiento de los derechos maoríes dentro del sistema legal de Nueva Zelanda.

En los últimos años, los tribunales han incrementado el reconocimiento del tikanga Māori. Sin embargo, es importante señalar que el tikanga Māori aún se considera subordinado a la ley estatal y puede ser anulado por una intención legislativa clara²¹.

La doctrina del título aborigen, que reconoce algunos derechos consuetudinarios maoríes sobre tierras y recursos basados en su ocupación y uso previos, también ha sido afirmada en los tribunales de Nueva Zelanda y en la legislación. Por ejemplo, la Ley de Áreas Marinas y Costeras (Takutai Moana) de 2011 establece un proceso para el reconocimiento de títulos consuetudinarios tribales sobre la costa y el lecho marino. Sin embargo, este título es inferior a un título privado y, además, estos derechos también pueden ser extinguidos por una acción legislativa²².

Desde la década de 1970, ha habido un renacimiento cultural maorí. El rejuvenecimiento de te reo Māori - el idioma maorí en Nueva Zelanda- es reconocido a nivel mundial. Fue impulsado por nuestras kuia - nuestras madres y abuelas maoríes y, finalmente, recibió apoyo del gobierno de Nueva Zelanda. Como otro ejemplo, las celebraciones del Año Nuevo maorí, Matariki, fueron reconocidas como feriado público por el Gobierno Laborista en 2022²³, y en 2023²⁴ se otorgó financiamiento gubernamental para los campeonatos nacionales de kapa haka - artes escénicas maoríes, conocidos

20. Estadísticas de Nueva Zelanda: <https://www.stats.govt.nz/information-releases/child-poverty-statistics-year-ended-june-2020/>

21. Charters, "Reconocimiento del Tikanga Māori y el mito constitucional del monolegalismo: reinterpretación de la jurisprudencia" en Joseph, Robert, y Richard Benton, eds. *Waking the Taniwha: Māori Governance in the 21st Century*. Wellington: Thomson Reuters, 2021, en la página 611.

22. Ibid.

23. Ley de Feriado Público de Te Kāhui o Matariki 2022.

24. RNZ News: <https://www.rnz.co.nz/news/te-manu-korihī/490176/absolutely-over-the-moon-te-mata-tini-gets-large-funding-boost-in-budget-2023>

como Te Matatini. Existe la sensación de que Nueva Zelanda está dispuesta a apoyar los derechos culturales, pero no los derechos políticos a la autodeterminación o los derechos sólidos sobre las tierras, territorios y recursos tradicionales. Además, aspectos de la cultura maorí siguen bajo amenaza constante, incluida la preservación del idioma. Si el apoyo político disminuye, también lo harán las medidas para proteger los derechos culturales y el patrimonio cultural.

En términos de desarrollo económico, el proceso de resolución del Tratado, descrito a continuación y en marcha desde finales de la década de 1980, ha proporcionado algunas reparaciones culturales y financieras, incluida la devolución de algunas tierras a la propiedad maorí. Sin embargo, ha sido criticado por no abordar las cuestiones de autodeterminación maorí y por estar, en última instancia, controlado por la Corona²⁵.

El tratamiento de los agravios históricos

Nueva Zelanda ha establecido varios mecanismos para abordar los agravios históricos y actuales del Pueblo Maorí.

El Tribunal de Waitangi, establecido en 1975, es una comisión permanente de investigación que escucha reclamaciones presentadas por los maoríes en relación con acciones de la Corona que violan las promesas hechas en el Tratado de Waitangi, tanto históricamente como en la actualidad²⁶. Ha investigado y publicado informes sobre los agravios de ciertos iwi y dentro de áreas territoriales específicas, así como sobre leyes y políticas específicas, como las relacionadas con la justicia penal²⁷. Aunque las recomendaciones del Tribunal no son vinculantes para el gobierno, pueden influir en la política y las negociaciones²⁸.

En asuntos políticos, especialmente cuando se percibe que los derechos maoríes socavan los intereses no maoríes, el gobierno a menudo ignora las recomendaciones del Tribunal de Waitangi. Esto ocurrió en el caso de la costa y los lechos marinos, cuando el Tribunal concluyó que la extinción de los derechos maoríes en la costa y el lecho mari-

25. Charters, Claire, *The Elephant in the Court Room: An Essay on the Judiciary's Silence on the Legitimacy of the New Zealand State* (19 de febrero de 2020). Max Harris y Simon Mount (eds.), *The Promise of Law: Essays marking the retirement of Dame Sian Elias as Chief Justice of New Zealand* (Auckland, Lexis Nexis, 2019). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3541310>.

26. Ley del Tratado de Waitangi de 1975.

27. Véase: <https://www.waitangitribunal.govt.nz/about/>

28. Charters y Whare, "Shaky Foundations", anteriormente n.º 11.

no constituía una violación de Te Tiriti o Waitangi²⁹. Existen numerosos otros ejemplos: el gobierno actual se ha comprometido a seguir adelante con su anulación legislativa de Te Tiriti o Waitangi y su interpretación, a pesar de un informe contundente del Tribunal de Waitangi y sus recomendaciones de retirar el proyecto de ley propuesto³⁰.

El Tribunal de Waitangi tiene un poder muy limitado para recomendar la devolución de tierras a los maoríes, pudiendo solo hacerlo cuando las tierras tradicionales maoríes fueron transferidas de la Corona a empresas estatales, a finales de la década de 1980, y los propietarios tradicionales de esas tierras colocaron un memorial en el título de esas tierras, al momento en que fueron transferidas. El Tribunal rara vez ha hecho tales recomendaciones y, en el caso más reciente, el Parlamento legisló sobre esa recomendación para evitar la devolución de esas tierras.

El proceso de anulación del Tratado, en curso desde finales de la década de 1980, implica negociaciones entre la Corona y los grupos maoríes para abordar los agravios históricos. Este proceso ha proporcionado cierta reparación cultural y financiera, incluida la devolución de algunas tierras a la propiedad maorí.

Según una política de larga data, la Corona no devuelve tierras que estén en manos privadas, lo que significa que muy pocos territorios tradicionales maoríes son realmente devueltos; es decir, solo donde están en propiedad de la Corona y esta los considera excedentes a sus necesidades.

Ha habido algunos desarrollos legislativos innovadores que otorgan más derechos a los maoríes sobre sus tierras y recursos tradicionales, como la concesión de personalidad jurídica a bosques y ríos. Ejemplos notables incluyen la Ley de Te Urewera de 2014, que eliminó el estatus de parque nacional de Te Urewera y lo reconoció como una entidad legal con sus propios derechos, dando al pueblo Tūhoe un papel significativo en su gobernanza³¹.

De manera similar, la Ley de Acuerdos de Reclamación del Río Whanganui (Te Awa Tupua) de 2017 reconoció al río Whanganui como una persona jurídica, reconociendo su importancia para los maoríes locales³².

29. Tribunal de Waitangi, Informe sobre la Política de la Corona en la Costa y el Lecho Marino WAI1071 (2004).

30. Tribunal de Waitangi, Ngā Mātāpono The Principles: The Interim Report of the Tomokia Ngā Tatau o Matangireia – the Constitutional Kaupapa Inquiry Panel on the Crown’s Treaty Principles Bill and the Treaty Clause Review Policies WAI 3300 (2024).

31. Ley de Te Urewera de 2014.

32. Ley de Acuerdos de Reclamación del Río Whanganui (Te Awa Tupua) de 2017

Más recientemente, en 2023, el acuerdo de Taranaki Mouna otorgó personalidad jurídica al monte Taranaki y a las cadenas montañosas circundantes, lo que avanzó aún más en el reconocimiento de las conexiones de los maoríes con sus tierras ancestrales³³.

Estos acuerdos representan un cambio significativo en el reconocimiento de las cosmovisiones maoríes y sus relaciones con el entorno natural dentro del marco legal. Si bien la personalidad jurídica es un enfoque innovador para permitir conceptos maoríes de gestión de la tierra, todavía existe dentro del proceso legislativo, lo que significa que el Parlamento aún puede extinguir esos derechos unilateralmente si así lo decide.

Algunos afirman que el proceso de anulación del Tratado es defectuoso ya que la restitución de territorios es escasa, particularmente en los tradicionales, y que las compensaciones financieras³⁴ constituyen una colonización continua con relación a los derechos del pueblo maorí. Por otro lado, algunas tribus, como Ngāi Tahu, han tenido éxito comercial y han utilizado ese éxito para apoyar a parte de su gente, incluido el renacimiento cultural.

Los tribunales de Nueva Zelanda tienen un poder muy limitado para devolver territorios tradicionales a los maoríes. En teoría, podrían hacerlo si los maoríes logran cumplir con los requisitos legales para establecer el “título aborigen” en el derecho consuetudinario. Los autores no están al tanto de ningún fallo de este tipo. Además, la Ley de Áreas Marinas y Costeras (Takutai Moana) otorga a los tribunales el poder de reconocer “títulos marinos consuetudinarios” tribales. Sin embargo, estos títulos no equivalen a la propiedad y no impiden el acceso público ni el uso de esas áreas. El Tribunal de Tierras Maoríes tiene ciertos poderes para regular y designar las pocas tierras que aún permanecen en manos de los maoríes³⁵.

Desarrollo de la jurisprudencia

El Tribunal de Tierras Maoríes desempeñó históricamente un papel relevante en la pérdida de tierras de la propiedad maorí, hoy en día es una institución importante que se ocupa específicamente de los asuntos de tierras maoríes³⁶. Tiene jurisdicción sobre el estatus, la propiedad, la gestión y el uso de las tierras maoríes. El sistema

33. Proyecto de Ley de Reparación Colectiva de Te Kāhui Tupua/Taranaki Maunga.

34. Véase: Mutu, Margaret. “El proceso de acuerdos de reclamación del Tratado en Nueva Zelanda y su impacto en los maoríes.” *Land* (Basel) 8.10 (2019): 152.

35. 35. Ley de Tierras Maoríes (Te Ture Whenua Māori) de 1993.

36. Ley de Tierras Maoríes (Te Ture Whenua Māori) de 1993.

judicial regular, que incluye el Tribunal Superior, el Tribunal de Apelaciones y la Corte Suprema, también puede escuchar casos relacionados con los derechos maoríes y ha desempeñado un papel significativo en el desarrollo de la jurisprudencia en esta área. Varios casos emblemáticos ilustran esto:

1. En *Attorney-General vs Ngati Apa* (2003), el Tribunal de Apelaciones sostuvo que el Tribunal de Tierras Maoríes tenía jurisdicción para determinar si la costa y el lecho marino tenían el estatus de tierras consuetudinarias maoríes. Esta decisión reconoció que los derechos consuetudinarios maoríes no habían sido extinguidos por la legislación anterior, marcando un desarrollo significativo en el reconocimiento del título aborigen en Nueva Zelanda³⁷. Sin embargo, como se mencionó anteriormente, el gobierno aprobó una legislación que anulaba estos derechos de título aborigen y los reemplazó por derechos menores³⁸.

2. El caso de la Corte Suprema *Paki vs Attorney-General (No 2)* (2014) abordó los derechos consuetudinarios maoríes sobre los lechos de los ríos. El tribunal determinó que la presunción del derecho consuetudinario de la propiedad de la Corona sobre los lechos de los ríos (la regla *ad medium filum aquae*) no se aplicaba automáticamente a los ríos de Nueva Zelanda que bordeaban tierras maoríes, reconociendo el potencial de título consuetudinario maorí sobre los lechos de los ríos³⁹.

3. En *Takamore vs Clarke* (2012), la Corte Suprema lidió con la intersección del *tikanga* Māori y la ley estatal en una disputa sobre derechos funerarios. El tribunal reconoció la relevancia del *tikanga* Māori en tales asuntos, aunque finalmente decidió el caso en función de principios del derecho consuetudinario que eran inconsistentes con el *tikanga* en cuestión⁴⁰.

4. El caso *The Proprietors of Wakatū vs Attorney-General* (2017) en la Corte Suprema trató sobre las obligaciones de la Corona derivadas de las primeras compras de tierras. El tribunal sostuvo que la Corona tenía deberes fiduciarios hacia los maoríes en relación con estas transacciones, ampliando el alcance de las responsabilidades de la Corona hacia los maoríes⁴¹.

5. En *Trans-Tasman Resources Limited vs The Taranaki-Whanganui Conservation Board* (2021)⁴², la Corte Suprema de Nueva Zelanda afirmó el papel significativo

37. *Attorney-General vs Ngati Apa* [2003] NZCA 117.

38. Ley de la Costa y el Lecho Marino de 2004; Ley de Áreas Marinas y Costeras (*Takutai Moana*) de 2011.

39. *Paki v Attorney-General (No 2)* [2014] NZSC 118.

40. *Takamore vs Clarke* (2012) NZSC 116.

41. *Proprietors of Wakatū vs Attorney-General* [2017] NZSC 17.

42. *Trans-Tasman Resources Limited vs The Taranaki-Whanganui Conservation Board* [2021] NZSC 127.

del tikanga Māori en la toma de decisiones bajo la Ley de la Zona Económica Exclusiva y la Plataforma Continental (Efectos Ambientales) de 2012. El tribunal sostuvo que el tikanga Māori debe ser tratado como “ley aplicable” y que los derechos e intereses consuetudinarios basados en el tikanga constituyen “intereses existentes” que deben ser tomados en cuenta. Esto incluye el kaitiakitanga y los derechos reclamados bajo la Ley de Áreas Marinas y Costeras (Takutai Moana) de 2011. El tribunal enfatizó que el tikanga como ley debe ser considerado cuando sea apropiado en las circunstancias de una solicitud de consentimiento, y que estas consideraciones deben ser vistas desde las perspectivas tanto Pākehā como maorí. Este fallo representa un reconocimiento significativo del tikanga Māori dentro del sistema legal estatal de Nueva Zelanda.

Estos casos demuestran cómo el sistema judicial regular ha desarrollado de manera creciente una jurisprudencia que reconoce e incorpora los derechos consuetudinarios maoríes y el tikanga Māori dentro del marco de la ley estatal. Sin embargo, es importante señalar que estos desarrollos ocurren en el contexto de la supremacía parlamentaria, lo que significa que la acción legislativa aún puede anular las decisiones judiciales en esta área, y que, en muchos casos, el gobierno actual busca efectivamente hacerlo.

Nueva Zelanda y los derechos de los Pueblos Indígenas

En el contexto internacional, Nueva Zelanda fue uno de los cuatro estados que votaron en contra de la Declaración de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas, en la Asamblea General en 2007. Frente a la presión internacional y nacional, finalmente respaldó la Declaración en 2010.

Los derechos humanos internacionales no son vinculantes en Nueva Zelanda a menos que se incorporen a la legislación interna. En consecuencia, al igual que la mayoría de los demás instrumentos internacionales de derechos humanos, la Declaración no es directamente exigible en el derecho interno.

La principal excepción es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que es la base de la Ley de Derechos de 1990 (NZBORA).

Si bien los tribunales intentan interpretar la legislación de manera coherente con los derechos humanos, la legislación que es claramente inconsistente prevalece sobre la NZBORA⁴³.

43. Charters, “Respondiendo a la defensa de Waldron sobre las legislaturas”, anteriormente n.º 6.

Entre 2019 y 2022, bajo el anterior gobierno laborista, hubo un intento de redactar un plan de acción nacional para la realización de la Declaración de los Pueblos Indígenas de la ONU⁴⁴. El proceso fue innovador ya que involucró una asociación entre el gobierno, la Comisión de Derechos Humanos de Nueva Zelanda y el National Iwi Chairs Forum - Foro Nacional de Jefes Tribales. Los esfuerzos se centraron especialmente en elaborar un plan de 20 años para la realización de la autodeterminación maorí, los derechos sobre tierras, territorios y recursos, el acceso a la cultura, la igualdad y la participación en el gobierno estatal. El gobierno abandonó el plan cuando determinó que el apoyo político estaba disminuyendo.

Perspectivas futuras: ¿reconocimiento de la soberanía marí – Tino Rangatiratanga?

En los últimos años, ha habido un creciente reconocimiento y debate sobre la legitimidad fundamental de la soberanía del estado de Nueva Zelanda sobre los maoríes.

El Tribunal de Waitangi ha concluido que los jefes del norte no cedieron la soberanía a la Corona británica en 1840, lo que cuestiona la base de la autoridad del Estado⁴⁵. Esto ha llevado a muchos académicos y líderes maoríes a abogar por una transformación constitucional fundamental para reconocer adecuadamente la autodeterminación y los derechos maoríes.

Los académicos y líderes maoríes abogan por una transformación constitucional en Nueva Zelanda basada en varios argumentos claves. Por una parte, la exigencia de un reconocimiento genuino del tino rangatiratanga (autodeterminación maorí) garantizado en Te Tiriti o Waitangi bajo la argumentación de que la estructura constitucional actual, arraigada en una historia de colonización e injusticia y en conceptos de soberanía parlamentaria, no aborda adecuadamente los agravios históricos ni las disparidades contemporáneas entre maoríes y no maoríes y por otra un llamado a un orden jurídico pluralista que reconozca el tikanga Māori (derecho consuetudinario maorí) como igual al derecho estatal, en lugar de la posición de subordinación que tiene en la actualidad. Muchos abogan por arreglos en el ámbito del reparto de poder para garantizar que los maoríes tengan un papel significativo en la toma de decisiones a todos los niveles de gobierno.

44. Charters, Claire et al. He Puapua: Informe del Grupo de Trabajo sobre un Plan para Realizar la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en Aotearoa, Nueva Zelanda. Informe final. Wellington: Te Puni Kōkiri, 2020.

45. Investigación de Te Papanahi o Te Raki (Northland) (Wai 1040); y, Charters, "El elefante en la sala del tribunal", anteriormente n.º 23.

Además, se argumenta a favor de consagrar los derechos maoríes en un documento constitucional supremo que no pueda ser fácilmente derogado por el Parlamento, abordando el problema actual de la supremacía parlamentaria. Los defensores señalan normas internacionales, como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, como referentes para la reforma constitucional.

El informe Matike Mai Aotearoa propuso varios modelos para una nueva constitución, incluida la creación de esferas de autoridad separadas para la Corona y los maoríes, con una esfera de toma de decisiones conjunta para asuntos de interés común⁴⁶.

En última instancia, estos argumentos reflejan el deseo de un cambio fundamental que vaya más allá de las reformas incrementales, con el objetivo de crear un marco constitucional que refleje verdaderamente la base bicultural de Nueva Zelanda y proporcione autodeterminación maorí dentro de una nación justa y equitativa.

Conclusión

Ha habido avances en el reconocimiento de algunos derechos maoríes dentro del marco legal y constitucional de Nueva Zelanda, persisten desafíos significativos. El sistema actual, basado en la supremacía parlamentaria y la soberanía estatal, impone limitaciones a la plena realización de los derechos maoríes y su autodeterminación. Muchos sostienen que para abordar las injusticias históricas y las disparidades actuales que enfrentan los maoríes se requiere más que un cambio incremental: se necesita una reimaginación fundamental de la estructura constitucional de Nueva Zelanda. El debate continuo en torno a estos temas refleja la naturaleza compleja y en evolución de los derechos indígenas en Nueva Zelanda, mientras el país lidia con su pasado colonial y busca construir un futuro más equitativo.

46. He Whakaaro Here Whakaumu mō Aotearoa: el informe de Matike Mai Aotearoa - el grupo de trabajo independiente sobre la transformación constitucional (2016). Matike Mai Aotearoa.

Bibliografía

Claire Charters "Wakatu in Peripheral View: Māori-Rights Based Judicial Review of the Executive and the Courts' Approach to the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples" [2019]

Claire Charters "Responding to Waldron's Defence of Legislatures: Why New Zealand's Parliament Does Not Protect Rights in Hard Cases" *New Zealand Law Review* 4 (2006)

Charters, Claire, y Tracey Whare. "Shaky Foundations." *World Policy Journal* 34.4 (2017)

Charters, "Reconocimiento del Tikanga Māori y el mito constitucional del monolegalismo: reinterpretación de la jurisprudencia" en Joseph, Robert, y Richard Benton, eds. *Waking the Taniwha: Māori Governance in the 21st Century*. Wellington: Thomson Reuters, 2021

Charters, Claire, *The Elephant in the Court Room: An Essay on the Judiciary's Silence on the Legitimacy of the New Zealand State* (19 de febrero de 2020). Max Harris y Simon Mount (eds.), *The Promise of Law: Essays marking the retirement of Dame Sian Elias as Chief Justice of New Zealand* (Auckland, Lexis Nexis, 2019). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3541310>.

Tribunal de Waitangi, Ngā Mātāpono The Principles: The Interim Report of the Tomokia Ngā Tatau o Matangireia – the Constitutional Kaupapa Inquiry Panel on the Crown's Treaty Principles Bill and the Treaty Clause Review Policies WAI 3300 (2024).

Mutu, Margaret. "El proceso de acuerdos de reclamación del Tratado en Nueva Zelanda y su impacto en los ma Charters, Claire et al. He Puapua: Informe del Grupo de Trabajo sobre un Plan para Realizar la

Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en Aotearoa, Nueva Zelanda. Informe final. Wellington: Te Puni Kōkiri, 2020.

Investigación de Te Paparahi o Te Raki (Northland) (Wai 1040) oríes." *Land (Basel)* 8.10 (2019)

He Whakaaro Here Whakaumu mō Aotearoa: el informe de Matike Mai Aotearoa - el grupo de trabajo independiente sobre la transformación constitucional (2016). Matike Mai Aotearoa.

Ley de Feriado Público de Te Kāhui o Matariki 2022.

Ley del Tratado de Waitangi de 1975.

Ley de Te Urewera de 2014.

Ley de Acuerdos de Reclamación del Río Whanganui (Te Awa Tupua) de 2017.

Proyecto de Ley de Reparación Colectiva de Te Kāhui Tupua/Taranaki Maunga.

Ley de Tierras Maorías (Te Ture Whenua Māori) de 1993.

Ley de Tierras Maorías (Te Ture Whenua Māori) de 1993.

Ley de la Costa y el Lecho Marino de 2004

Ley de Áreas Marinas y Costeras (Takutai Moana) de 2011.

Paki vs Attorney-General (No 2) [2014] NZSC 118.

Takamore vs Clarke (2012) NZSC 116.

Proprietors of Wakatū vs Attorney-General [2017] NZSC 17.

<https://www.stats.govt.nz/information-releases/national-population-estimates-at-30-june-2024-2018-base/>

<https://www.stats.govt.nz/information-releases/te-kupenga-2018-provisional-english/>

<https://nzhistory.govt.nz/media/interactive/maori-land-1860-2000>

<https://gg.govt.nz/office-governor-general/roles-and-functions-governor-general/constitutional-role/constitution/constitution>

<https://nwo.org.nz/resources/report-of-matike-mai-aotearoa-the-independent-working-group-on-constitutional-transformation/>

<https://nzhistory.govt.nz/media/interactive/maori-land-1860-2000>

<https://www.stats.govt.nz/information-releases/child-poverty-statistics-year-ended-june-2020/>

<https://www.stats.govt.nz/reports/te-pa-harakeke-maori-housing-and-wellbeing-2021#overview>

<https://www.rnz.co.nz/news/te-manu-korihī/490176/absolutely-over-the-moon-te-matatini-gets-large-funding-boost-in-budget-2023>

<https://www.waitangitribunal.govt.nz/about/>

Sobre los y las autores

Carolina Duque Alzate

Carolina Duque Alzate es antropóloga de la Universidad de Los Andes con una Maestría en Gerencia Ambiental y estudios en gestión pública para el ordenamiento territorial y la protección de conocimientos tradicionales. Su carrera se ha centrado en el fortalecimiento de las comunidades étnicas protegiendo los conocimientos tradicionales, el patrimonio cultural, los sitios sagrados, la seguridad jurídica de los territorios colectivos, el medio ambiente y la diversidad, desde una perspectiva de género. Es fundadora y representante legal de la Fundación Paz y Diversidad, una organización dedicada a promover la paz y preservar la diversidad cultural en Colombia.

Jaime Escrucería De La Espriella

Jaime Escrucería De La Espriella es profesional en Ciencia Política de la Universidad de los Andes con Maestrías en Gobierno y Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de Madrid - España. Fue Defensor Delegado para los Pueblos Étnicos en Colombia. Cuenta con una amplia experiencia en prevención y protección de los DD. HH y D.I.H, enfoque diferencial étnico, diseño y evaluación de política pública, procesos de consulta previa y diálogo intercultural, implementación de estándares internacionales y debida diligencia. Actualmente es consultor del Consejo Nacional Afrocolombiano para la Paz y Asesor de la Agencia Nacional de Infraestructura para el desarrollo de Alianzas Público Privadas.

Chantelle Teixeira

Chantelle Teixeira es abogada popular. Posgraduada por el Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. Profesora invitada en el curso de Licenciatura Indígena: Políticas Educativas y Desarrollo Sostenible de la Universidad Federal de Amazonas (UFAM). Investigadora en el Laboratorio Dabukuri - Planificación y Gestión del Territorio. Asesora Jurídica del Consejo Indigenista Misionero - CIMI y analista jurídica en el programa de Ordenamiento y Gobernanza de Tierras en la Amazonía en el Instituto de Educación de Brasil (IEB). Tiene experiencia en el apoyo a la construcción de protocolos de consulta comunitarios, en la educación popular en derechos humanos y en la asesoría jurídica de organizaciones representativas de pueblos indígenas, extractivistas y quilombolas en Brasil.

Gonzalo Bustamante-Rivera

Profesor Asistente de la Universidad de La Frontera en la que es miembro del Centro de Estudios y Promoción de los Derechos Humanos de la Universidad de La Frontera

(CDH-UFRO). PhD en Ciencias Sociales Aplicadas por la Université du Québec en Outaouais, Canadá. Magister en Desarrollo Humano Local y Regional por la Universidad de La Frontera y Licenciado en Psicología por la Universidad de La Frontera.

Ha sido Coordinador del Grupo de Trabajo CLACSO (Consejo Latinoamericano y del Caribe de Ciencias Sociales) sobre Pueblos Indígenas y Proyectos Extractivos 2019-2022 y del Grupo de Trabajo CLACSO sobre Pueblos Indígenas y Disputas Epistémico-Territoriales 2022-2025.

Participa en redes interuniversitarias latinoamericanas y canadienses sobre investigación con Pueblos Indígenas, colabora con organizaciones y comunidades en Chile, países de América Latina y Canadá en asuntos de gobernanza territorial indígena, proyectos extractivos y justicia epistémica.

Contacto: gonzalo.bustamante@ufrontera.cl

Claire Charters

Claire Charters (Ngāti Whakaue, Tūwharetoa, Ngā Puhi, Tainui) es profesora de Derecho en la Universidad de Auckland, especializada en derechos de los pueblos indígenas y derecho constitucional. Se desempeñó como Rongomau Taketake en Te Kahui Tika Tangata - Comisión de Derechos Humanos de Nueva Zelanda y presidió el grupo de trabajo He Puapua. Su trabajo aboga por un enfoque más inclusivo y respetuoso hacia los pueblos indígenas en el derecho y las políticas públicas, especialmente en Nueva Zelanda y otros lugares con comunidades indígenas.

Erin Matariki Carr

Erin Matariki Carr (Ngāi Tūhoe y Ngāti Awa) es abogada, organizadora y becaria de investigación que trabaja en la Universidad de Auckland en constitucionalismo comparado y sistemas legales indígenas. Se ha enfocado en temas como la justicia ambiental, los derechos sobre la tierra, la revitalización cultural y lingüística, y la representación política de los maoríes. Su activismo a menudo se ha manifestado en la lucha contra las políticas gubernamentales que considera perjudiciales para los derechos y el bienestar de los pueblos indígenas en Aotearoa (Nueva Zelanda).



El presente texto surge en el marco del proyecto “Promoción y apoyo a la incidencia del Pueblo Mapuche en el reconocimiento de sus derechos a la tierra en el contexto del trabajo de la Comisión por la Paz y el Entendimiento”, iniciativa apoyada por la Unión Europea, ejecutada por el Observatorio Ciudadano, junto al Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA) y el Instituto de Estudios Antropológicos (IEA) de la Universidad Austral de Chile.

El referido proyecto tiene como objetivo general fortalecer la incidencia de las comunidades y organizaciones del Pueblo Mapuche en el reconocimiento de su derecho a la tierra, el territorio y la generación de un clima de diálogo en el contexto del trabajo de la Comisión de Paz y Entendimiento creada por el gobierno de Chile con miras a superar la situación de conflictividad existente en las regiones del centro sur del país.

La publicación da cuenta del contexto histórico y jurídico de los derechos indígenas sobre tierras y territorios en Brasil, Canadá, Colombia y Nueva Zelanda, analizando los desafíos y avances específicos en cada país, que pueden servir de referencia para la Comisión para la Paz y el Entendimiento en sus recomendaciones para resolver conflictos de larga data con el Pueblo Mapuche.