

**Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas****Noveno período de sesiones**

Nueva York, 19 a 30 de abril de 2010

Tema 3 del programa provisional*

Debate sobre el tema especial para el año: “Los pueblos indígenas: desarrollo con cultura e identidad: artículos 3 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas”**Informe sobre los derechos de pesca de los indígenas en los mares, con estudios de casos en Australia y Noruega¹***Resumen*

El Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, en su octavo período de sesiones, celebrado en mayo de 2009, decidió nombrar a Carsten Smith y Michael Dodson, miembros del Foro Permanente, relatores especiales para que hicieran un estudio de los derechos de pesca de los indígenas en los mares y pidió que le presentaran el informe en su noveno período de sesiones, que se celebraría en abril de 2010. El estudio contiene un análisis de las alternativas de protección de los derechos de pesca de los indígenas en los mares que ofrece el actual marco internacional, compuesto de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Convenio núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo y el caso *Apirana Mahuika y otros c. Nueva Zelandia*. Se presentan estudios de casos de Australia y Noruega en los que se hace referencia a convenciones y Estados de las regiones respectivas (Papua Nueva Guinea en relación con el Tratado del Estrecho de Torres; Suecia y Finlandia en relación con la Convención Nórdica Saami) con el fin de facilitar las comparaciones entre esos Estados y con el derecho internacional.

* E/CN.19/2010/1.

¹ El Relator Especial Michael Dodson expresa su reconocimiento por la inestimable asistencia de Jo-Anne Weinman, auxiliar de investigación del Centro Nacional de Estudios Indígenas de la Universidad Nacional de Australia, en la preparación de las secciones del documento relativas a Australia. Asimismo, expresa su agradecimiento por el apoyo de los colegas que se prestaron a revisar esa parte del documento y lo enriquecieron con sus observaciones, entre ellos Seán Kerins, Robert Blowes y Asmi Wood.



Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción.....	3
II. Marco internacional.....	3
A. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.....	4
B. El artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	4
C. Jurisprudencia – <i>Apirana Mahuika y otros c. Nueva Zelandia</i>	6
D. Convenio núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo.....	9
III. Estudio de casos: derechos de pesca mar adentro de los pueblos aborígenes y los isleños del Estrecho de Torres.....	9
A. Perspectivas de los indígenas australianos respecto del territorio marítimo.....	10
B. Jurisprudencia: el título nativo y las aguas mar adentro.....	10
C. Derechos e intereses reconocidos por ley además del título nativo.....	15
D. Tratado del Estrecho de Torres.....	16
IV. Estudio de casos: derechos de pesca del pueblo saami en las aguas costeras de Noruega.....	17
A. La regulación pesquera en Noruega y sus efectos en los pueblos saami de la costa.....	17
B. Situación jurídica y política actual de Noruega.....	20
C. Convención Nórdica Saami (Nordisk Samekonvensjon).....	21
V. Observaciones finales.....	22

I. Introducción

1. El presente documento versa sobre el derecho de los pueblos indígenas que viven en Estados costeros de todo el mundo a ejercer el derecho de pesca en los mares y los cuerpos de agua adyacentes (como bahías, estuarios y fiordos). Lo fundamental es determinar si los pueblos indígenas tienen derecho a una situación de preferencia, y en qué medida, en la forma de derechos exclusivos sobre determinadas zonas, o de prioridad a la hora de tomar decisiones, por ejemplo al estipular cuotas de captura para la pesca marítima. Se plantea también la cuestión de la participación indígena en la regulación por el Estado de los pescadores y las pesquerías, tanto públicos como comerciales. En el documento se analiza el derecho internacional aplicable, se describe la legislación nacional de Australia y Noruega, países con importantes intereses en la industria pesquera, y se concluye con una invitación a establecer comparaciones con las normas del derecho internacional.

2. La acepción de los términos “mar” y “pesca” puede ser más amplio de lo que en un principio pueda parecer. El contexto jurisdiccional y los instrumentos jurídicos en el ámbito de un Estado, entre Estados (en un contexto regional o en el marco de relaciones establecidas en virtud de un tratado) y en el marco de las normas internacionales aceptadas inciden en sus complejas acepciones, en ocasiones simultáneas.

3. Los relatores especiales al examinar los cuerpos de agua costeros de Australia y Noruega y las zonas conexas (lechos marinos, zona marítimo-terrestre, estuarios, bahías y fiordos), reconocen las cuestiones conceptuales, prácticas y jurídicas que conlleva la terminología utilizada habitualmente para definir los límites marinos y que se centra en los “mares”. Se utilizan términos no indígenas tanto en el contexto nacional como en el internacional, pero se hace referencia a conceptos y categorías indígenas a fin de poner de relieve las diferencias en las epistemologías o su inconmensurabilidad.

II. Marco internacional

4. En las últimas décadas, el derecho internacional relativo a los pueblos indígenas ha experimentado una dinámica evolución. Uno de los temas principales es el derecho de esos pueblos a los recursos naturales. Para los pueblos indígenas que habitan en las zonas costeras, la pesca y otros usos del océano han constituido la principal fuente de sustento y la base material de su cultura. No hay en derecho internacional normas o principios que se refieran concretamente al derecho de los indígenas a pescar en mares de agua salada. La situación jurídica de los pueblos indígenas costeros debe derivarse de instrumentos más generales y los dos de mayor relevancia son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (Convenio núm. 169). En el presente documento se estudian con cierta profundidad esos instrumentos con el fin de analizar sus efectos en la forma en que los indígenas utilizan los recursos existentes en las zonas donde habitan y en que han desarrollado tradicionalmente su cultura indígena costera.

5. El uso del océano durante siglos, en especial en las proximidades de aguas costeras con cuerpos adyacentes de agua como bahías, estuarios y fiordos, ha sido fundamental en la creación de diversas culturas costeras de pueblos indígenas. En el período transcurrido desde la promulgación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, esas culturas han sido protegidas mediante diversos instrumentos del derecho internacional. Las circunstancias históricas en que los pueblos indígenas han desarrollado durante largo tiempo los usos costeros tradicionales, combinadas con la evolución de importantes instrumentos de derecho internacional que protegen a los indígenas y a las culturas minoritarias, constituyen el fundamento de los derechos de los pueblos indígenas.

A. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

6. La Declaración contiene varios artículos relativos al derecho de los pueblos indígenas a los recursos naturales. El principio fundamental se enuncia en el artículo 3:

Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

7. Además, la Declaración establece otras normas más específicas respecto del derecho a los recursos naturales. Según el párrafo 2 del artículo 8, los Estados establecerán mecanismos eficaces para prevenir “todo acto que tenga por objeto o consecuencia desposeerlos de sus tierras, territorios o recursos”; el párrafo 1 del artículo 20 afirma que los pueblos indígenas tienen derecho a “disfrutar de forma segura de sus propios medios de subsistencia y desarrollo” y a dedicarse libremente a “todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo” y el párrafo 2 del artículo 26 establece el derecho de los pueblos indígenas a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización.

8. Ese instrumento no es un tratado y, por lo tanto, no tiene la fuerza obligatoria de un tratado. Sin embargo, todo instrumento de derechos humanos aprobado por las Naciones Unidas aspira a tener ciertas consecuencias jurídicas. El artículo 42 de la Declaración asigna al Foro Permanente una nueva función: promover “la plena aplicación” de las disposiciones de la Declaración y “velar [...] por su eficacia”.

B. El artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Derechos de los pueblos indígenas y de las minorías

9. De conformidad con el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no se negará a las minorías étnicas el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural. Aunque la norma del artículo 27 está expresada en términos negativos, la disposición reconoce en cualquier caso la existencia de un “derecho” y establece la obligación de no negarlo. Por consiguiente, todo Estado parte está obligado a asegurar la

realización y el ejercicio de este derecho y a ampararlo contra toda negativa o violación².

10. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas es el instrumento más universal, amplio y fundamental sobre los derechos de los pueblos indígenas y es parte de las normas universales de derechos humanos. Los principios básicos de la declaración son idénticos a los de los principales pactos de derechos humanos y varios de sus artículos son idénticos a los de otros instrumentos de derechos humanos con fuerza obligatoria³. Los pueblos indígenas pueden valerse tanto de la Declaración como de la normativa de las convenciones destinadas originalmente a las minorías étnicas.

11. El Comité de Derechos Humanos ha afirmado que existe una clara relación entre el artículo 27 y los pueblos indígenas. Varios aspectos de los derechos individuales que protege ese artículo (a disfrutar de una cultura en particular, por ejemplo) pueden ser aplicables a formas de vida que están íntimamente relacionadas con el territorio y el uso de sus recursos y, según dice el Comité, “esto podría ser particularmente cierto en el caso de los miembros de comunidades indígenas que constituyen una minoría”⁴. Esa relación se destaca aún más en la siguiente declaración del Comité:

Por lo que se refiere al ejercicio de los derechos culturales protegidos por el artículo 27, el Comité observa que la cultura se manifiesta de muchas formas, inclusive un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres, especialmente en el caso de los pueblos indígenas⁵.

Base material de la cultura

12. La cuestión de si el artículo 27 incluye el derecho a los recursos naturales depende de la acepción del concepto de “cultura” en esa disposición. Si se entiende que el concepto abarca la base material (es decir, económica y física) de la cultura de una minoría étnica, la disposición se aplicará al uso de los recursos y los derechos a la tierra y al agua, incluido el derecho a pescar en el mar. La observación general 23 (1994) del Comité de Derechos Humanos se orienta en esa dirección en su interpretación de los derechos que protege el artículo 27: “Ese derecho puede incluir actividades tradicionales tales como la pesca o la caza y el derecho a vivir en reservas protegidas por la ley”⁶.

13. Hay un nexo entre el derecho a la base material de la cultura y el derecho a medidas especiales. El derecho a la base material de la cultura implicaría el reconocimiento de una situación preferente de los pueblos indígenas respecto de los demás ciudadanos. El derecho a pescar en cantidad suficiente para sustentar la base material de la cultura de un pueblo indígena puede obligar a reducir las cuotas de captura estipuladas por ley para los pescadores no indígenas, o quizá a reservar

² *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento Núm. 40 (A/49/40), vol. I, anexo V, observación general núm. 23, párr. 6.*

³ Véase *Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 2009, Suplemento núm. 23, anexo, párrs. 6 a 13.*

⁴ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 40 (A/49/40), vol. I, anexo V, observación general núm. 23, párr. 3.2.*

⁵ *Ibid.*, párr. 7.

⁶ *Ibid.*

ciertas zonas para uso exclusivo de los pueblos indígenas. Un punto crucial de este debate consiste en determinar si el artículo 27 contempla un derecho a medidas especiales.

14. La observación general núm. 23 afirma que las medidas positivas son “procedentes” a los efectos de los derechos enunciados en el artículo 27⁷. Es más, el Comité es muy claro a ese respecto y destaca el uso de medidas positivas, afirmando que, si bien los derechos que protege el artículo 27 son derechos individuales, dependen a su vez de las posibilidades del grupo minoritario de mantener su cultura:

En consecuencia, puede ser también necesario que los Estados adopten medidas positivas para proteger la identidad de una minoría y los derechos de sus miembros a gozar de su cultura [...], en común con los otros miembros del grupo⁸.

15. Esa actitud respecto de las medidas positivas queda aún más de manifiesto en relación con la declaración que se cita más arriba sobre la pesca y la caza, a la cual el Comité agrega lo siguiente:

El goce de esos derechos puede requerir la adopción de medidas jurídicas positivas de protección y medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan⁹.

16. En sus conclusiones, el Comité señala que la protección de los derechos enunciados en el artículo 27 impone obligaciones específicas a los Estados partes y que la protección de esos derechos tiene que apuntar a “garantizar la preservación y el desarrollo continuo de la identidad cultural [...] de las minorías interesadas, enriqueciendo así el tejido social en su conjunto”¹⁰.

C. Jurisprudencia – *Apirana Mahuika y otros c. Nueva Zelandia*

17. La jurisprudencia también sustenta esas interpretaciones de la base material de la cultura y las medidas positivas. En *Agrupación del Lago Lubicon c. el Canadá* (1990), el Comité reconoce que:

los derechos protegidos por el artículo 27 incluyen el derecho de las personas a emprender, en forma mancomunada, actividades económicas y sociales que forman parte de la cultura de la comunidad a la que pertenecen¹¹.

18. La causa *Apirana Mahuika y otros c. Nueva Zelandia* (2000) es especialmente pertinente a este documento porque está en el centro de varios temas que atañen a los derechos de los indígenas a las pesquerías marítimas. En 1840, el pueblo maorí y la Corona Británica firmaron el Tratado de Waitangi, en el que se afirmaban los derechos de los maoríes, incluido el derecho a la posesión plena, exclusiva y sin perturbaciones de sus tierras, bosques, pesquerías y otras propiedades que poseyeran individual o colectivamente. No hubo intento alguno de determinar la magnitud de

⁷ Ibid., párr. 6.1.

⁸ Ibid., párr. 6.2.

⁹ Ibid., párr. 7.

¹⁰ Ibid., párr. 9.

¹¹ Ibid., *cuadragésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 40 (A/45/40)*, vol. II, anexo IX, secc. A, párr. 32.2, comunicación núm. 167/1984, 26 de marzo de 1990.

las pesquerías hasta la década de 1980, momento en el que los recursos pesqueros de las aguas interiores estaban sobreexplotados, por lo que el Estado decretó una moratoria a la emisión de nuevas licencias y prohibió la pesca por quienes no se dedicaran exclusivamente a ella. Esa medida tuvo el efecto imprevisto de dejar fuera de la industria comercial a muchos pescadores maoríes. En vista de que los intentos por ordenar la explotación comercial pesquera no dieron resultados suficientes, en 1986 el Estado instituyó un sistema de ordenación por cuotas. En 1988 el Estado entabló negociaciones con los maoríes que, en agosto de 1992, culminaron con un memorando de entendimiento. Los negociadores maoríes trataron de obtener un mandato de la comunidad maorí para aceptar el acuerdo esbozado en ese memorando y en el informe de los negociadores constaba que 50 *iwi* (tribus), compuestas de más de 200.000 maoríes, apoyaban la solución. Ese informe se tomó como base para la firma, en septiembre de 1992, de un acta que ponía fin a la diferencia entre el Gobierno de Nueva Zelanda y los representantes maoríes y que fue firmada por 110 signatarios. Posteriormente, en el mismo año se aprobó la Ley para resolver las reclamaciones derivadas del Tratado de Waitangi en materia de pesquerías. El grupo de 19 maoríes autores de la demanda afirma que la Ley confisca sus recursos pesqueros, les niega el derecho a establecer libremente su situación política e interfiere en su derecho de proveer a su desarrollo económico, social y cultural. El Comité reiteró desde el primer momento el principio del fundamento material de la cultura:

Es indiscutible que los autores son miembros de una minoría en el sentido del artículo 27 del Pacto; también es indiscutible que el uso y el control de las pesquerías es un elemento esencial de su cultura. A este respecto, el Comité recuerda que las actividades económicas pueden entrar en el ámbito del artículo 27, cuando son un elemento indispensable de la cultura de una comunidad¹².

19. Esta es la base y el punto de partida jurídico del resto de su dictamen. El Comité afirmó que el derecho a disfrutar de la propia cultura no puede determinarse *in abstracto*, sino que, al igual que otros principios jurídicos, debe apreciarse dentro de un contexto. En este caso, el Comité abordó un asunto más general de nuestro tiempo al afirmar lo siguiente:

En particular, el artículo 27 no sólo protege los medios tradicionales de subsistencia de las minorías, sino que permite la adaptación de esos medios a la vida moderna y a la tecnología resultante. En este caso, la legislación promulgada por el Estado Parte afecta de diversas maneras a las posibilidades de los maoríes de dedicarse a la pesca comercial y no comercial. La cuestión reside en saber si llega a constituir una denegación de derechos¹³.

20. Con objeto de solucionar esa cuestión, el Comité recuerda su observación general sobre el artículo 27, según la cual, y en especial en el caso de los pueblos indígenas, el ejercicio del derecho a disfrutar de la propia cultura puede requerir la adopción de medidas jurídicas positivas de protección por un Estado parte y medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan. Con estos antecedentes, el Comité reconoce que la Ley para resolver las reclamaciones derivadas del Tratado de

¹² CCPR/C/70/D/547/1993, párr. 9.3.

¹³ *Ibid.*, párr. 9.4.

Waitangi en materia de pesquerías de 1992 y sus mecanismos “limitan los derechos de los autores a disfrutar de su propia cultura”. Esta es la conclusión principal del razonamiento del Comité: se habían limitado los derechos establecidos por el artículo 27. Normalmente, tal limitación habría constituido incumplimiento de la convención.

21. Sin embargo, el hecho de que la minoría tuviera la oportunidad de tomar parte en los procesos de adopción de decisiones puede influir en esa decisión. En su jurisprudencia, el Comité:

ha insistido en que la admisibilidad de las medidas que afecten a las actividades económicas de valor cultural de una minoría, o se interfieran en ellas, dependerá de que los miembros de esa minoría hayan tenido oportunidad de participar en el proceso de adopción de decisiones relativas a esas medidas y de que sigan beneficiándose de su economía tradicional.

... [En relación con los hechos de esta causa, el Comité observa que] el Estado Parte emprendió un complejo proceso de consulta para lograr un amplio apoyo maorí a la solución y a la reglamentación de las actividades pesqueras a nivel nacional. Se consultó a las comunidades y a las organizaciones nacionales maoríes y sus propuestas quedaron reflejadas en la solución adoptada. La solución no se promulgó en forma de ley hasta disponer del informe de los representantes de los maoríes según el cual había un sustancial apoyo a la solución. Para muchos maoríes, la ley era una solución aceptable de sus reivindicaciones¹⁴.

22. En cuanto a los efectos del acuerdo, el Comité observa que, tanto en lo tocante a las pesquerías comerciales como a las no comerciales, los maoríes obtuvieron resultados satisfactorios. En relación con las pesquerías comerciales, el efecto de la solución fue:

que la autoridad y los métodos tradicionales de control de los maoríes reconocidos en el Tratado fueron sustituidos por una nueva estructura de control en una entidad en la que los maoríes no solo comparten la función de protección de sus intereses en las pesquerías sino también el control efectivo¹⁵.

23. En cuanto a las pesquerías no comerciales, “las obligaciones de la Corona en virtud del Tratado de Waitangi persisten y se toman disposiciones normativas que reconocen y prevén la obtención consuetudinaria de alimentos”. La decisión apoya con firmeza la opinión de que el artículo 27 del Pacto protege el derecho a la pesca cuando ésta es parte fundamental de la cultura de una minoría étnica. Por otra parte, la interpretación autorizada del artículo por el Comité de Derechos Humanos, tanto en sus observaciones generales como en los casos individuales, corrobora esta lectura del artículo.

¹⁴ Ibid., párr. 9.5.

¹⁵ Ibid., párr. 9.7.

D. Convenio núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo

24. Este convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes contiene varias disposiciones relativas al derecho de los indígenas a la pesca marítima, que son primordialmente de procedimiento. El órgano rector de la OIT ha declarado que “el espíritu de la consulta y la participación constituye la piedra angular del Convenio núm. 169 sobre la cual se basan todas sus disposiciones”. La más importante de esas disposiciones que constituyen la “piedra angular”, el artículo 6, establece que los gobiernos deben consultar a los pueblos interesados mediante procedimientos apropiados, establecer los medios a través de los cuales esos pueblos puedan participar libremente, y establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos. Esas normas se complementan con el artículo 7 del Convenio y se aplican activamente en la práctica de la OIT.

25. Si bien se trata de disposiciones generales sobre las consultas y la participación, el párrafo 1 del artículo 15 está directamente relacionado con los recursos naturales. La primera frase establece el derecho de los pueblos interesados a salvaguardar los recursos naturales existentes en sus tierras. Por consiguiente, respalda la protección de la base material de la cultura que establece el Pacto. La segunda frase señala directamente los requisitos de forma: “[e]stos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

26. Al redactar el convenio se debatió si los artículos que hacían referencia a la “tierra” deberían aplicarse a los territorios marinos. El resultado fue que el artículo 14, relativo al derecho de propiedad y de posesión de los pueblos interesados sobre las tierras que tradicionalmente ocupan se circunscribió a las tierras (incluidos los ríos y lagos interiores, pero no los mares de agua salada). Por otra parte, en el artículo 15 el término “tierras” debía interpretarse en un sentido más amplio, que quedó plasmado como definición jurídica en el párrafo 2 del artículo 13, cuyo texto es el siguiente: “[l]a 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 otra manera”. Partiendo de esa base, las disposiciones del artículo 15 abarcarán las zonas marítimas que utilizan los pueblos indígenas y, por consiguiente, son de aplicación a su pesca costera. La consecuencia más importante será el derecho a participar en la reglamentación estatal de la ordenación por cuotas, las dimensiones de las embarcaciones en diversos sectores marítimos y el uso de artes de pesca.

III. Estudio de casos: derechos de pesca mar adentro de los pueblos aborígenes y los isleños del Estrecho de Torres

27. La presente sección comienza con una breve referencia a la percepción que tienen los indígenas australianos del “territorio marítimo”, que es, en definitiva, el origen de la relación de esos indígenas con las aguas fuera de la costa, de las cuales, según el ordenamiento jurídico australiano solo pueden reconocerse algunas partes. Se indican los derechos e intereses de los indígenas australianos respecto de las aguas fuera de la costa enunciando una serie de principios pertinentes de la Ley del título nativo y examinando la jurisprudencia correspondiente. Luego se hace un

resumen de la división de poderes entre los diversos niveles de gobierno, a saber, el Commonwealth, el Estado y los territorios, a fin de plantear el debate sobre otros regímenes legales no vinculados con el título nativo que guardan relación con el derecho de los indígenas a pescar mar adentro, incluida la legislación sobre patrimonio cultural y ordenación pesquera. También se alude al Tratado del Estrecho de Torres entre Australia y Papua Nueva Guinea.

A. Perspectivas de los indígenas australianos respecto del territorio marítimo

28. Los indígenas australianos han mantenido durante largo tiempo una estrecha asociación con el mar y sus recursos para la subsistencia, el sustento económico, la espiritualidad y la identidad cultural. Esa asociación está suficientemente corroborada por datos arqueológicos y antropológicos¹⁶. Los pueblos indígenas no hacen distinción entre tierra y mar y consideran que ambos forman parte del territorio. Esta perspectiva discrepa marcadamente de la visión general, recogida en el ordenamiento jurídico australiano, según la cual existen límites donde la conceptualización indígena ofrece una comprensión geográficamente integrada de la tierra, los ríos, los estuarios, las playas, los arrecifes, los mares, los cabos, el fondo marino y su flora y fauna correspondientes. Los lugares significativos y las rutas de los seres ancestrales se extienden a las aguas, la flora y la fauna fuera de la costa y forman parte del sistema de justicia y tradiciones que conecta a los indígenas australianos con el territorio marítimo.

B. Jurisprudencia: el título nativo y las aguas mar adentro

29. Los derechos e intereses indígenas en las tierras y aguas australianas son anteriores a la imposición de la soberanía británica y perduran en la actualidad. Así lo reconoció el Tribunal Supremo de Australia en 1992 al reconocer el título nativo en la causa *Mabo c. Queensland (Núm. 2)*¹⁷ (la causa *Mer Island*). Aunque inicialmente la causa *Mer Island* incluía zonas de mar adentro, más adelante fueron suprimidas de la demanda.

30. Desde entonces se ha ido perfilando un complejo sistema legislativo que tiene primacía para definir el marco normativo aplicable al título nativo. Sin embargo, las causas vistas por el Tribunal Federal y el Tribunal Supremo siguen siendo muy importantes para el desarrollo y la definición de la legislación sobre el título nativo y, por lo tanto, esa jurisprudencia merece un análisis en lo que concierne a los derechos e intereses del título nativo mar adentro por numerosas razones: la ley más importante, la Ley del título nativo de 1993 (Cth), exige, en el párrafo 1 c) de su artículo 223, que los derechos e intereses que se reivindiquen puedan ser objeto de reconocimiento con arreglo al *common law*; la jurisprudencia también imparte orientación para la interpretación y complementa la lectura de la legislación en general y, por último, hay un sólido *corpus* de doctrina judicial y académica en que

¹⁶ Los registros arqueológicos señalan que los indígenas utilizan los recursos costeros y marinos desde hace por lo menos 30.000 años: G. D. Meyers, M. O'Dell, G. Wright, S. C. Muller, *A Sea Change in Land Rights Law: The Extension of Native Title to Australia's Offshore Areas*, Canberra, Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies, 1996.

¹⁷ (1992) 175 CLR 1.

se compara el concepto de título nativo comunal propio del *common law* con los derechos e intereses del título nativo establecidos por ley. Por esos motivos, en la presente sección solo se exponen brevemente ciertos fragmentos escogidos de la Ley del título nativo para centrarse a continuación en los casos importantes más recientes en que se ha planteado la cuestión de los derechos indígenas a las aguas fuera de la costa en virtud del título nativo y se hace referencia ocasional a la legislación del título nativo cuando procede. En consecuencia, se presta especial atención a la jurisprudencia y solo se examina la legislación cuando resulta directamente pertinente a ella. En la inmensa mayoría de los casos, la jurisprudencia sobre el título nativo revela una tendencia a reconocer los derechos indígenas de pesca mar adentro como intereses no exclusivos y no comerciales, sujetos también al derecho de la población a la pesca que reconoce el *common law* y al derecho de paso inocente en derecho internacional.

31. Las causas terminadas mediante conciliación (mutuo acuerdo) son otra fuente de información importante en materia de derechos e intereses contractuales indígenas sobre tierras y aguas. Cada vez es más frecuente recurrir a esos acuerdos en lugar de un litigio judicial y, en ciertos casos, aun después de éste, con el fin de aprovechar un veredicto favorable en las negociaciones. Esos casos quedan fuera del ámbito del presente documento.

Ley del título nativo de 1993

32. El artículo 223 2) de la Ley del título nativo incluye expresamente los derechos de pesca entre los intereses comprendidos en el título nativo. Los apartados a), b) y c) del artículo 253 definen el término “aguas” e incluyen en esa definición las aguas mar adentro, incluidas aquellas sobre las cuales Australia reivindica derechos de soberanía en virtud de la Ley de mares y tierras sumergidas de 1973, citada en el artículo 6 de la Ley del título nativo. También se incluyen en la definición de aguas los canales por los que entra la marea, las bahías, los estuarios, las ensenadas o aguas subterráneas y sus fondos o subsuelos, y se considera también que son aguas, y no tierras, las zonas intermareales. Si bien la Ley del título nativo no hace distinción entre las reivindicaciones de mar y las de tierra, el artículo 212 1) protege el derecho de propiedad de la Corona sobre los recursos naturales, su control y regulación de los cursos de agua y, en virtud del artículo 212 2), el acceso y disfrute del público a diversas aguas (a saber, lechos, bancos de arena o barras, aguas costeras y playas).

El *Commonwealth c. Yarmirr*¹⁸

33. Hasta la fecha, en el derecho australiano del título nativo no se ha reconocido el derecho indígena exclusivo o comercial sobre territorio marítimo. De hecho, hasta la causa *Croker Island* de 2001, que se refería únicamente a los derechos del título nativo sobre el territorio marítimo, no se reconocía tipo alguno de título nativo en aguas mar adentro; en la Ley del título nativo se contempla el reconocimiento de derechos e intereses sobre tierras y aguas, pero éste fue el primer caso en que se concluyó que tanto esa ley como el *common law* pueden reconocer el título nativo mar adentro. El fallo en la emblemática causa *Croker Island* fue confirmado en alzada.

¹⁸ (2001) 184 Australian Law Reports 113; [2001] Tribunal Supremo de Australia 56. En adelante, “la causa *Croker Island*”.

34. El título nativo está supeditado a los derechos que establecen otras leyes del Commonwealth y del Estado y que autorizan, por ejemplo, la pesca recreativa y comercial y la navegación en zonas del título nativo. Está subordinado también a los intereses válidos reconocidos por la Corona. En la causa *Croker Island* se planteó la cuestión de la relación entre el título nativo y otros derechos, como el derecho a navegar y pescar mar adentro, que reconoce a todos el *common law*, y el derecho de paso inocente en aguas territoriales de Australia, que reconoce el derecho internacional. Se cuestionaron los límites de la jurisdicción del *common law* (en concreto, si esa jurisdicción se debía determinar en el momento de la imposición de la soberanía británica) y el tribunal sostuvo que ese derecho se extendía más allá de la línea de bajamar, pero no a alta mar (la causa *Yarmirr* sugiere la posibilidad de que el título nativo se extienda más allá del límite de las 3 millas náuticas). Por consiguiente, se determinó que los derechos de navegación y pesca mar adentro que reconoce a todos el *common law* (así como el derecho de paso inocente que establece el derecho internacional) tenían precedencia sobre el título nativo. El razonamiento de la mayoría del tribunal era que el título nativo en cuestión solamente podía abarcar intereses no exclusivos que pudieran coexistir sin que hubiera una incompatibilidad insalvable. El tribunal calificó de no exclusivo el derecho dimanado del título nativo porque de lo contrario, en su opinión, sería incompatible con otros derechos reconocidos por el *common law* y por el derecho internacional (que debía prevalecer en todo conflicto con el título nativo), a tal punto que habría sido necesario derogar el título nativo si no hubiese sido calificado de no exclusivo. Por lo tanto, el tribunal únicamente reconoció ciertos intereses o derechos del título nativo a ciertas actividades cuya realización en el curso del tiempo estuviese demostrada con pruebas de hecho y recalcó la naturaleza no exclusiva y posesoria del título nativo como conjunto de derechos e intereses. Disintiendo de la opinión de la mayoría, los magistrados Kirby (en una opinión disidente en el Tribunal Supremo) y Merkel (en una opinión disidente en el Tribunal Federal) señalaron que era posible conferir derechos residuales *exclusivos* de control y uso en virtud del título nativo como excepción al derecho a pescar y navegar que reconoce a todos el *common law* y del derecho de paso inocente que reconoce el derecho internacional.

Los pueblos *Lardil c. el estado de Queensland*¹⁹

35. Con posterioridad a la causa *Croker Island*, en varios litigios se ha ampliado el reconocimiento del título nativo en la línea de la costa, los mares y los fondos marinos de Australia. La causa *Wellesley Islands* de 2004 resulta útil como orientación para comprender cómo y con qué carácter se reconoce el título nativo por debajo de la línea de pleamar. Las zonas en que se aplicaba el título nativo eran las zonas intermareales y las zonas marítimas adyacentes, hasta una distancia de 5 millas náuticas de la costa desde las islas que estaban habitadas en el momento de declararse la soberanía, de 0,5 millas náuticas alrededor de otras islas que estaban deshabitadas en ese momento histórico y de 2,7 a 5 millas náuticas de la costa continental. En esta causa se reafirmó el razonamiento en la causa *Croker Island* al reconocer también derechos no exclusivos y no comerciales dimanados del título nativo a ciertas partes de las zonas reivindicadas y se dictaminó que la existencia permanente de derechos de control sobre el acceso y el uso en virtud del título nativo de aguas y terrenos sumergidos de la zona intermareal y la zona marítima

¹⁹ [2004] Tribunal Federal de Australia 298. En adelante, la causa *Wellesley Islands*.

territorial era imposible, ya que habría una incompatibilidad insalvable entre éstos y los derechos que confieren el *common law* y el derecho internacional.

36. En la práctica, los derechos no comerciales y no exclusivos dimanados del título nativo a las aguas mar adentro significan que éste no permite influir en las actividades que se realizan en su territorio marítimo ni recurrir de ellas (incluidas las explotaciones de recursos naturales a gran escala, como la pesca comercial o las prospecciones petrolíferas) si dichas actividades conllevan el ejercicio de derechos públicos o internacionales reconocidos por el *common law* o el derecho internacional o se realizan en virtud de licencias o autorizaciones expedidas con arreglo a la ley. Como señalan los comentaristas, desde un punto de vista comercial (y sin tener en cuenta los beneficios sociales y espirituales y la posibilidad de obtener un valor añadido no cuantificable en las negociaciones), esa conclusión implica que los derechos dimanados del título nativo a las aguas mar adentro poseen un escaso valor monetario. Por lo tanto, de impedir el ejercicio efectivo de esos derechos o derogarlos solo habría que pagar una indemnización mínima a los indígenas australianos.

Gumana c. el Territorio Septentrional de Australia²⁰

37. En la causa del título nativo de *Blue Mud Bay* de 2007 se reivindicaban tanto tierras como aguas mar adentro y el Tribunal reconoció el derecho no exclusivo del pueblo yolgnu a las zonas intermareales y las zonas marítimas adyacentes que reivindicaban. En lo tocante a la zona intermareal, se planteó una cuestión relativa a la clasificación de los cuerpos de agua afectados por “brazos del mar” (es decir, ríos, arroyos y estuarios), en especial si no eran navegables. El Tribunal concluyó que el derecho a la pesca reconocido a todos en el *common law* se podía ejercer en toda la zona intermareal, incluidas las aguas no navegables, que comprendían las aguas de marea (es decir, las aguas afectadas por los “brazos del mar”).

38. La naturaleza no comercial y no exclusiva de los derechos dimanados del título nativo a las zonas intermareal y de mar adentro quedó confirmada nuevamente cuando el juez se vio en la imposibilidad de reconocer el derecho del pueblo yolgnu de proteger los lugares de significación religiosa, espiritual o cultural porque, en su opinión, ello creaba un conflicto irresoluble con el derecho a pescar y navegar reconocido a todos por el *common law*, teniendo en cuenta que la protección conlleva necesariamente la prohibición de acceso a otros. El *common law* no podía reconocer la potestad de utilizar aguas intermareales y de mar adentro para fines comerciales según el derecho y la costumbre indígenas y, en opinión del magistrado, esos derechos no deberían ser objeto de un fallo. En consonancia con causas anteriores, como las de *Croker Island* y el de *Wellesley Islands*, en la causa

²⁰ [2007] Pleno del Tribunal Federal de Australia 23. En adelante, “la causa del título nativo de *Blue Mud Bay*”. Véase también J. Selway, The “Blue Mud Decision”, *Gumana v. Northern Territory* [2005], Tribunal Federal de Australia 50, 2005; y *Gumana c. el Territorio Septentrional* (2005) 141, Tribunal Federal de Australia 457. Se conoció de un asunto relacionado con esta causa en la segunda instancia de *Northern Territory v. Arnhem Land Aboriginal Land Trust* [2008] Tribunal Supremo de Australia 29, que se examina *infra* en relación con los intereses indígenas no incluidos en el título nativo y en la forma de concesiones con arreglo a la Ley de derechos aborígenes sobre la tierra (Territorio Septentrional) de 1976 (Cth), que en adelante se cita como “causa de los derechos de tierras de *Blue Mud Bay*”. Véase también la decisión del Tribunal Supremo en *Northern Territory v. Arnhem Land Aboriginal Land Trust* (2008) 236, CLR 24.

Blue Mud Bay se dictaminó también que tenían primacía los derechos de los pescadores comerciales y recreativos o cualesquiera otros intereses válidos reconocidos por la Corona.

Causa núm. QUD 6040 2001 del Tribunal Federal conocida como causa de los mares regionales del Estrecho de Torres²¹

39. El Estrecho de Torres es el cuerpo de agua que separa Australia de Papua Nueva Guinea, punto de encuentro entre el océano Pacífico y el Índico, en que hay 133 islas, bancos de arena y formaciones rocosas, 38 de los cuales están habitados. Las aguas del Estrecho de Torres comprenden unos 49.000 kilómetros cuadrados. La región tiene características singulares respecto al título nativo por dos motivos: alberga a los pueblos indígenas isleños del Estrecho de Torres, que son culturalmente distintos de los pueblos aborígenes del continente, y es objeto de un tratado internacional, el Tratado del Estrecho de Torres²². El título nativo se reconoció por primera vez en esta región en la isla Murray, en la causa *Mer Island*. Como se ha señalado, no conllevó el reconocimiento de derechos mar adentro, sino sobre la tierra. Desde entonces, sin embargo, ha habido causas relativas al título nativo respecto de todas las islas de la comunidad del Estrecho de Torres que terminaron por conciliación.

40. La vista de la causa de los mares regionales del Estrecho de Torres, que abarcan unos 34.800 kilómetros cuadrados, dio comienzo en 2008 en el Tribunal Federal y concluyó el 24 de julio de 2009; en el momento de redactar el presente documento, la causa estaba vista para sentencia. Los demandados son naturales de Papua Nueva Guinea que reivindicaban sus vínculos tradicionales con la población y las zonas del Estrecho de Torres afirmando incluso ser descendientes de los habitantes tradicionales del Estrecho de Torres pese a residir en Papua Nueva Guinea. Por consiguiente, la capacidad jurídica, la competencia y la legitimación son materias sobre las que debe pronunciarse el Tribunal. No se reivindica el título nativo de forma exclusiva sobre toda la zona en cuestión. Las consideraciones relativas al derecho internacional del mar son de particular relevancia dado que la demanda abarca zonas que están más allá del mar territorial de Australia.

El título nativo como protección

41. El título nativo puede constituir una defensa eficaz ante la imposición de penas legales por infringir las disposiciones que rigen la caza y la eliminación de fauna diversa (como cocodrilos o peces) para consumo personal con arreglo a la ley tradicional y las costumbres ancestrales²³.

²¹ *Naghir People núm. 1 v. Queensland* [2008] Tribunal Federal de Australia 192 (21 de febrero de 2008) núm. NT QC 01/42, núm. del Tribunal Federal QUD 6040/2001, no publicado. En adelante, “causa de los mares regionales del Estrecho de Torres”.

²² Tratado entre Australia y el Estado Independiente de Papua Nueva Guinea relativo a la soberanía y las fronteras marítimas de la zona que separa a los dos países, incluida la que se conoce como Estrecho de Torres, y a otros asuntos conexos [1985], Australian Treaty Series 4, hecho el 18 de diciembre de 1978 y vigente desde el 15 de febrero de 1985. Véase también Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1429, núm. 24238.

²³ Véase *Mason v. Tritton* (1994) 32, NSWLR 572, en especial Kirby, J. en 582 y *Dillon v. Davies* [1998] Tribunal Supremo de Tasmania (TASSC) (20 de mayo de 1998) en relación con los casos vinculados a la oreja de mar; *Derschaw anors v. Sutton*, Pleno del Tribunal Supremo de Australia Occidental, no publicado, 16 de agosto de 1996; *Underwood v. Gayfer* [1999] Tribunal

C. Derechos e intereses reconocidos por ley además del título nativo

42. Una proporción significativa de la producción de las pesquerías australianas se exporta, incluidos ciertos productos de gran valor como las langostas, las perlas, las orejas de mar y el atún. Hay numerosas leyes que complementan el esquema legislativo establecido en la Ley del título nativo. Dado el alcance del presente documento, no es posible hacer más que un breve resumen de los dispositivos de ordenación que pueden afectar a los derechos de pesca de los indígenas mar adentro.

Ordenación pesquera

43. La legislación sobre pesca rige hasta el límite de 200 millas náuticas desde la costa y, con limitaciones, más allá de ese límite en la zona de alta mar. La Constitución federal de Australia, en virtud del inciso x) de su artículo 51, confiere la autoridad de controlar las pesquerías australianas exclusivamente al Commonwealth, como parte de sus facultades para controlar todas las actividades realizadas en sus aguas territoriales, desde la línea de costa hasta el límite reconocido internacionalmente de sus aguas territoriales y su plataforma continental, puesto que históricamente las fronteras coloniales, estatales o territoriales terminaban en la línea de bajamar²⁴. Pese a ello, y merced a las amplias negociaciones entre el Commonwealth y los estados y territorios, la jurisdicción sobre la pesca es ahora común en virtud de la legislación del Commonwealth y de la legislación correspondiente de los estados y territorios. En la solución constitucional respecto de aguas mar adentro se aplicó el inciso xxxviii) del artículo 51 de la Constitución para devolver a los estados y territorios la jurisdicción sobre el mar y los fondos marinos comprendidos entre la línea de bajamar y las 3 millas náuticas; los estados y territorios retuvieron también la jurisdicción en materia de pesca recreativa en las 200 millas náuticas y probablemente más allá de ese límite. Las interpretaciones latas que hace en la actualidad el Tribunal Supremo del inciso xxix) del artículo 51 dan a entender que las facultades constitucionales en materia de relaciones exteriores sustentan en general la validez de la legislación federal que se aplica más allá de la línea de bajamar.

Protección del patrimonio cultural

44. El patrimonio cultural, si bien desde un punto de vista conceptual es casi inseparable del título nativo, puede abarcar también nociones mucho más extensas que la de lugares significativos y, por lo tanto, es objeto de textos legislativos separados. Aun así, es frecuente que el patrimonio cultural y el título nativo se superpongan con respecto a la tierra y las aguas y, en algunos casos, con respecto a los derechos de propiedad de la tierra. Los derechos e intereses en virtud del título

Supremo de Australia Occidental 56 (15 de junio de 1999) por pescar con redes durante la temporada de veda; *Wilkes v. Johnsen* [1999], Tribunal Supremo de Australia Occidental 74 (23 de junio de 1999) por pescar cangrejos de río de calibre inferior al permitido (sección 211 de la Ley del título nativo aplicada a la Ley de gestión de los recursos pesqueros 1994); y *Yanner v. Eaton* [1999], Tribunal Supremo de Australia 53 (7 de octubre de 1999) en relación con la caza y la eliminación de cocodrilos de estuario para el consumo personal, prohibida por la Ley de conservación de la fauna de 1974 (Queensland).

²⁴ 59, *New South Wales v. The Commonwealth* (1975) 135 CLR 337, conocido también como causa de la *Ley de mares y tierras sumergidas*.

nativo que se obtienen mediante litigio suelen no reconocer ni derechos de propiedad firmes ni las instituciones tradicionales de gobierno indígena vinculados a la administración y protección del patrimonio cultural.

Derechos de propiedad de la tierra

45. Varios decenios antes de que se reconociera el título nativo en 1992 existían ciertos derechos de propiedad específicamente indígenas en virtud de disposiciones legislativas sobre derechos de propiedad de la tierra. Esas concesiones de títulos de la Corona siguen siendo distintas de los derechos sobre la tierra dimanados del título nativo, que se derivan del reconocimiento en el common law del derecho y las costumbres ancestrales indígenas referentes a las tierras y las aguas. Por otra parte, el término “derechos de propiedad de la tierra” hace referencia a una variedad de concesiones otorgadas por ley en condiciones diversas y amparadas por diversos medios de resarcimiento (en ciertos casos, una indemnización) en caso de injerencia en ellos. Lo habitual es que esos títulos sean propiedad comunal de un grupo, y no de un individuo, y en general se imponen restricciones a su enajenación y negociación.

46. El Tribunal Supremo falló recientemente en un caso de derechos de propiedad de la tierra en el que se planteaba un conflicto de intereses derivado de la concesión por ley de una autorización a pescadores no indígenas en un territorio cuya propiedad había sido conferida a indígenas en virtud de la Ley de pesquerías (Territorio Septentrional)²⁵. El Tribunal sostuvo que, pese a haber obtenido autorización, los pescadores no indígenas debían recabar además una autorización del pueblo indígena para entrar en su territorio y pescar en él, puesto que la ley había conferido en el territorio indígena un derecho exclusivo a la pesca en aguas intermareales (línea costera y desembocaduras de ríos). Según el fallo los derechos públicos de pesca y navegación habían quedado derogados en la zona de la concesión.

D. Tratado del Estrecho de Torres

47. Este tratado entre Australia y Papua Nueva Guinea entró en vigor en 1985 y en él se reconocen los derechos de pesca mar adentro de los indígenas. Crea una zona de protección con el objetivo de salvaguardar los modos de vida y los medios de subsistencia tradicionales de sus habitantes ancestrales, como la pesca y la libre circulación. El término “tradicional” se interpreta en un sentido lato de manera de incluir las adaptaciones contemporáneas de ciertas tradiciones, entre ellas los métodos de pesca. Como sugiere el nombre, el tratado se aplica a los pueblos de las islas del Estrecho de Torres, pero no al otro grupo indígena de Australia, los pueblos aborígenes, algunos de los cuales viven también en la línea costera y tienen vínculos tradicionales con el mar. Hace poco, el tratado fue objeto de una investigación

²⁵ *Northern Territory v. Arnhem Land Aboriginal Land Trust* [2008] Tribunal Supremo de Australia 29, fallo dictado con 5 votos a favor y 2 en contra, Gleeson CJ, Gummow, Hayne y rennan JJ, Kirby J, por la mayoría; Kiefal y Heydon JJ, disidentes (30 de julio de 2008). En virtud de la Ley de derechos aborígenes de propiedad de la tierra (Territorio Septentrional) de 1976, el consejo de tierras pertinente de esa zona del territorio aborígen es el Northern Land Council, órgano competente para emitir autorizaciones de acceso y pesca.

parlamentaria a cargo de la Comisión de Relaciones Exteriores, Defensa y Comercio del Senado, cuyo informe aún no se ha presentado al Parlamento²⁶.

IV. Estudio de casos: derechos de pesca del pueblo saami en las aguas costeras de Noruega

A. La regulación pesquera en Noruega y sus efectos en los pueblos saami de la costa

48. Noruega tiene una extensa costa con un gran número de fiordos. La pesca es, junto con las industrias del petróleo y el gas, que se han desarrollado recientemente, la principal actividad económica del país²⁷. Los indígenas de Noruega, el pueblo saami, viven desde hace siglos en la costa septentrional del país²⁸. En la literatura, el rasgo más famoso del pueblo saami es la ganadería de renos; las familias ganaderas son nómadas que pasan el invierno en el interior y se desplazan a la costa en verano. Sin embargo, la pesca ha sido siempre la principal fuente de sustento de los numerosos saami que tienen residencia fija en las zonas costeras. Han combinado en buena parte la pesca con actividades agrícolas, caza y recolección en las zonas del interior. En consecuencia, la pesca de los saami ha sido y sigue siendo fundamentalmente una actividad de pequeña escala que se desarrolla en los fiordos y las aguas cercanas al litoral, en contraste con los grandes y costosos navíos que han transformado la industria pesquera en las últimas décadas.

Nuevo régimen de regulación

49. La regulación estatal de la pesca marina experimentó un cambio drástico a fines de la década de 1980 con la introducción de cuotas de captura de bacalao, debido a la necesidad de reducir la captura total permitida²⁹. Esa regulación fijaba las cuotas para las embarcaciones y no para los pescadores, asignadas según la captura del año anterior, con el resultado de que la mayor parte de las pequeñas embarcaciones de los distritos saami quedaron excluidas del nuevo sistema. A ello se sumó una invasión de focas que redujo aún más el potencial de pesca de los fiordos y las áreas costeras durante los años utilizados para calcular la captura histórica como base de las cuotas. Las cuotas resultantes del nuevo cálculo fueron asignadas gratuitamente a los propietarios de las embarcaciones con una captura histórica suficiente. En los años subsiguientes, las autoridades permitieron que las cuotas mantuvieran su vigencia en caso de venta de la embarcación y, el precio de un barco con una cuota podía llegar a ser mucho más alto que el valor de mercado de la embarcación. Se asignó una parte fija de la captura total admisible a los pescadores que no tenían cuotas. Sin embargo, quienes querían participar en la pesca con una cuota ordinaria completa debían adquirir una embarcación que tuviera asignada una cuota. Los recién llegados, incluidas las nuevas generaciones, tenían que estar en condiciones de invertir un capital considerable para participar en esta actividad económica.

²⁶ Véase http://www.aph.gov.au/senate/committee/fadt_ctte/torresstrait/index.htm.

²⁷ Véanse descripciones y análisis, con referencias específicas a los derechos de pesca en el mar, en los Informes Oficiales de Noruega (NOU) 2008, cap. 5.

²⁸ *Ibid.*, caps. 5 y 6.

²⁹ *Ibid.*, cap. 3.

50. Las comunidades pesqueras saami consideran que esta situación es sustancialmente injusta. En virtud de una nueva reglamentación para la zona terrestre de los principales distritos saami de Finnmark (el condado más septentrional de Noruega) basada en el Convenio núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en 2006 se constituyó un comité de pesca costera encargado de investigar las reivindicaciones de los saami en materia de derechos de pesca en las zonas marítimas situadas al norte de Finnmark y formular recomendaciones al respecto. En 2008, el Comité concluyó que los saami que vivían en los fiordos y a lo largo de la costa de Finnmark tenían derechos de pesca basados en sus usos históricos y en las normas del derecho internacional relativas a los pueblos indígenas y las minorías³⁰. Esa conclusión ha suscitado un debate jurídico y político. El comité no ha presentado aún su informe al Parlamento, por lo que el debate continúa en Noruega e incluso podría suscitar interés en el ámbito internacional.

Razonamiento jurídico del Comité de Pesca Costera (Kystfiskeutvalget)

51. La interpretación del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en relación con los derechos de los saami ha sido el elemento principal del debate jurídico y político desde principios de la década de 1980. Por lo tanto, es necesario examinar los principales factores de ese debate en evolución. En un informe de 1984, un comité de derechos de los saami (*Samerettsutvalget*) estudió minuciosamente si ese artículo significaba que la base material de la cultura saami podía ser objeto de protección³¹. El comité también examinó en ese contexto la bibliografía jurídica relativa a la protección de los pueblos indígenas. Pese a que la legislación sobre los pueblos indígenas no hace referencia a las minorías étnicas de forma más general, se debería interpretar el artículo 27 con arreglo a las necesidades de cada minoría particular. Cuando una minoría étnica necesita una determinada base cultural y se ve privada de ella, pierde de hecho la posibilidad de disfrutar de su propia cultura. Ello implica que cada minoría étnica puede exigir la base real que es indispensable para el disfrute de su cultura. El pueblo saami, al igual que otros pueblos indígenas, constituye una minoría étnica que, en buena medida, tiene su base cultural en el uso tradicional de los recursos naturales. Por lo tanto, la conclusión del comité fue en principio positiva respecto de la protección de la base material de la cultura, pero dudosa respecto del alcance de esta.

52. En 1987, el Ministerio de Justicia se adhirió a esa interpretación del artículo 27 al presentar ante el Parlamento una ley relativa a un órgano de representación saami, el Parlamento Saami (el *Sameting*)³². En el Parlamento noruego, la Comisión Judicial afirmó que las autoridades noruegas habían respetado las tendencias del derecho internacional al formular claramente su voluntad de establecer una medida especial positiva respecto de los saami. Además, la Comisión consideró de gran importancia la interpretación que hacía el Ministerio del artículo 27 y subrayó la obligación de Noruega de contribuir de forma positiva a fomentar la capacidad material de los saami de disfrutar de su propia cultura e influir en las bases físicas y económicas de esta³³. Durante el debate parlamentario, el Ministro de Justicia afirmó

³⁰ Respecto del derecho de pesca en las zonas marítimas situadas al norte de Finnmark, véase Informes Oficiales de Noruega (NOU) 2008, cap. 5 (Carsten Smith).

³¹ Respecto de la posición jurídica de los saami, véase Informes Oficiales de Noruega (NOU) 1984, cap. 18 (Carsten Smith).

³² Propuesta del Odelsting (1986-87) núm. 33, pág. 37.

³³ Informe de la Comisión (1986-1987) núm. 79, pág. 5.

que el derecho de un pueblo a disfrutar de su propia cultura debía considerarse hoy un derecho humano fundamental y destacó que se debía entender que en el concepto de cultura estaba incluida también la base material necesaria para la práctica cultural³⁴.

53. Un año más tarde, en 1988, esa opinión fue respaldada nuevamente por el Parlamento con la aprobación de una enmienda constitucional relativa a la protección de la cultura saami. El Presidente de la Comisión Judicial afirmó en el parlamento que esa disposición constitucional cumplía las obligaciones contraídas en virtud del artículo 27 y se refirió a la interpretación de ese artículo en relación con la obligación de los Estados de prestar un apoyo activo a fin de que los saami tuvieran los medios necesarios, incluso en un sentido material, para disfrutar de su cultura y su idioma³⁵.

54. Esa interpretación del artículo 27 quedó reforzada recientemente en un libro blanco sobre la política saami que el Gobierno presentó ante el Parlamento³⁶. Respecto del concepto de cultura afirma:

En relación con los saami como pueblo indígena, la interpretación común es que la disposición incluye también las condiciones materiales para la práctica plena de la cultura, concepto conocido también como base natural de la cultura saami³⁷.

Además, el libro blanco dice lo siguiente en relación con la obligación del Estado de contribuir de forma positiva a las condiciones en que el pueblo saami disfruta de su cultura:

La interpretación común es hoy que esa disposición establece los fundamentos para exigir que las autoridades tomen medidas positivas para cumplir sus obligaciones³⁸.

55. Como se ha dicho, el Comité de Pesca Costera llegó a la conclusión de que los saami que vivían en los fiordos y a lo largo de la costa de Finnmark tenían derechos de pesca fundamentados en sus usos históricos y en las normas del derecho internacional relativas a los pueblos indígenas y las minorías. Esa conclusión se basaba en los instrumentos del derecho internacional que se han descrito anteriormente. Sin embargo, se dio también una importancia considerable a la evaluación nacional de esos antecedentes durante el proceso legislativo de la década de 1980 que dio lugar al establecimiento del Parlamento Saami y a la aprobación de la protección constitucional de la cultura saami. Las opiniones expresadas por las autoridades políticas noruegas se deben considerar elementos importantes a la hora de interpretar los instrumentos internacionales en relación con los derechos de los saami como ciudadanos y como pescadores. Hay otras dos disposiciones que revisten importancia jurídica para esta interpretación: en primer lugar, la cláusula constitucional (apartado a) del artículo 110) que hace referencia a la obligación de las autoridades del Estado de dar al pueblo saami los medios de asegurar y desarrollar su cultura y, en segundo lugar, una disposición que incorpora a la legislación noruega, entre otros convenios, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, al mismo tiempo, da precedencia a las normas del Pacto en caso de conflicto con la legislación nacional.

³⁴ O.tid (1986-1987) pág. 496.

³⁵ St.tid (1987-1988) pág. 3026.

³⁶ Stortingsmelding, núm. 28 (2007-2008).

³⁷ Ibid., pág. 33.

³⁸ Ibid.

Proyecto de ley

56. El derecho de pesca está ahora enunciado en un proyecto de ley relativo tanto a las capturas admisibles como a los derechos exclusivos sobre determinadas zonas. Quienes viven a lo largo de la costa y en los fiordos de Finnmark pueden capturar un volumen que proporcione un ingreso razonable a un hogar y se reconoció que la población de los fiordos del condado tenía derecho preferente de pesca en sus fiordos. En el proyecto se establecía una administración regional con atribuciones para dictaminar el tamaño de las embarcaciones y el uso de aparejos de pesca en una franja de 4 millas náuticas medidas desde la costa. La administración tenía facultades delegadas para dar preferencia a la pesca con embarcaciones pequeñas y aparejo pasivo, así como para dar preponderancia a los intereses de los fiordos y la pesca de bajura. El consejo de esa administración estaría compuesto de tres representantes elegidos por el Parlamento Saami y otros tres del consejo del condado.

57. Los habitantes saami de la zona costera de los distritos más septentrionales viven mezclados con la población noruega no indígena. Por lo tanto, los derechos de pesca fueron reconocidos como derechos colectivos limitados a un distrito y no como derechos específicos para los indígenas. Los pescadores noruegos no indígenas de Finnmark, tendrían también los derechos basados en el derecho internacional relativo a los pueblos indígenas como los saami. Aun así, la solución fue aprobada por el Parlamento Saami.

B. Situación jurídica y política actual de Noruega

58. Hasta la fecha, en Noruega no hay jurisprudencia relativa a los derechos de pesca indígenas en el mar. La ley actual, así como la futura, depende de una evaluación del razonamiento y la propuesta que figuran en el informe del Comité de Pesca Costera. En 2008 se llevaron a cabo extensas audiencias cuyo resultado fue el siguiente: las grandes organizaciones comerciales se pronunciaron en contra de las propuestas de reforma de la ley mientras que los pescadores locales, el Parlamento Saami, las organizaciones saami y muchos de los municipios la consideraron positiva, bien en su totalidad o en parte.

59. Sin embargo, una vez terminadas las audiencias, la Fiscalía presentó un documento en el que se hacía una evaluación negativa del informe del Comité, tanto en relación con su análisis del derecho internacional como con la solución propuesta³⁹. Hubo una respuesta oficial del presidente del Comité de Pesca Costera, quien además fue el redactor principal de la sección del informe relativa al derecho internacional⁴⁰. Los elementos fundamentales de discusión son el derecho de los saami a la base material de su cultura y a ser objeto de medidas especiales necesarias. Según el presidente del Comité, el razonamiento de la Fiscalía es incompleto puesto que no hace referencia, entre otras cosas, a las declaraciones del Gobierno que se recogen en su reciente libro blanco⁴¹.

³⁹ Carta de fecha 9 de marzo de 2009 al Ministerio de Pesca y Costas.

⁴⁰ Carta de fecha 24 de marzo de 2009 al Ministerio de Pesca y Costas.

⁴¹ Véase párr. 55 *supra*.

60. En cuanto al fundamento material de la cultura, la Fiscalía considera que, como mínimo, “no está claro” que ese concepto incluya los derechos indígenas de pesca en el mar. La respuesta debería ser que es difícil encontrar una referencia tan clara a lo que constituye la base material de una cultura como lo es la pesca para los saami que viven en la costa septentrional. La pesca en el mar fue una condición previa para el asentamiento de las comunidades saami de la zona y para los elementos de la cultura saami que se desarrollaron allí.

61. Ahora bien, la declaración de la Fiscalía que probablemente haya suscitado una reacción más enérgica ha sido su opinión de que es “dudoso” que el artículo 27 sirva de fundamento para la adopción de medidas positivas especiales. Se trata de una declaración sorprendente y negativa respecto de los derechos de los saami en general. No solo contradice lo que el Gobierno considera una interpretación común sino que, a todos los efectos, ya se había superado la época en la que el debate sobre los derechos y las políticas relativos a los saami se centraba principalmente en la cuestión de eliminar la discriminación negativa. En la actualidad, los derechos y las políticas de los saami se orientan al reconocimiento de arreglos especiales que promuevan la igualdad real en el país.

62. En octubre de 2009, el Ministro de Pesca hizo pública la primera reacción oficial al informe del Comité. El ministro propondrá al Parlamento noruego el otorgamiento de ciertos derechos de pesca, si bien muy disminuidos respecto del proyecto inicial, pero no reconocerá al derecho internacional como fundamento ni aceptará el derecho preferencial a pescar en los fiordos; tampoco establecerá la administración regional con poderes especiales ni un consejo con miembros elegidos por el Parlamento Saami. En virtud de las normas que rigen las consultas entre el Gobierno y el Parlamento Saami, la posición gubernamental será ahora la base de dichas consultas. Es probable que el Parlamento Saami luche por obtener un resultado que se acerque más al proyecto original, en especial en lo tocante al reconocimiento del fundamento de derecho internacional.

C. Convención Nórdica Saami (Nordisk Samekonvensjon)

63. En 2005 se presentó el proyecto de la Convención Nórdica Saami, preparada por un grupo de expertos finlandeses, noruegos y suecos⁴². Poco después, el Parlamento Saami aprobó el proyecto en los tres países. Los tres gobiernos lo están examinando en la actualidad.

64. La Convención obedece al propósito de elaborar una base jurídica para los saami como pueblo aparte, independientemente del lugar donde cada uno tenga su residencia o de cuál de los tres Estados sea ciudadano. La Convención establecerá una legislación común para todos los saami y es un documento fundacional que abarca los derechos fundamentales del pueblo saami así como su método de gobierno, sus idiomas y su cultura, sus derechos a la tierra y el agua y sus medios de subsistencia específicos. En consecuencia, las disposiciones relativas a los derechos a las zonas de aguas continentales y al uso de las aguas serán de aplicación a la pesca y otros usos que los saami hacen de los fiordos y las aguas costeras. En las negociaciones sobre la aplicación de la Convención se armonizarán las normas más

⁴² Nordisk samekonvensjon, utkast fra ekspertgruppe 26, octubre de 2005. Convención Nórdica Saami, proyecto del grupo de expertos (Carsten Smith).

detalladas con el texto resultante de la ley noruega sobre los derechos de pesca de los indígenas en el mar.

V. Observaciones finales

65. En Australia, la ordenación pesquera, los dispositivos de protección del patrimonio cultural y la legislación sobre los derechos de propiedad de la tierra han sometido a los derechos indígenas de pesca en aguas costeras a una complicada estratificación de jurisdicciones entre los tres niveles de gobierno y los intereses del sector público y los del privado. Al igual que en el proceso del título nativo, el reconocimiento de los derechos indígenas al territorio marino en el marco de esos regímenes puede ser una tarea compleja y prolongada porque hay que negociar con numerosas partes interesadas. Sin embargo, y al contrario de lo que sucede con los derechos de pesca mar adentro reconocidos en el título nativo, esos regímenes abren la posibilidad de que se reconozcan ciertos intereses propios de los indígenas como derechos exclusivos de pesca mar adentro, sujetos únicamente al derecho internacional de paso inocente. Esos derechos son más firmes que cualquiera de los que se habían obtenido hasta ahora en virtud del título nativo, el cual, incluso en la interpretación de ese reconocimiento que hace en la actualidad el Tribunal Supremo, está supeditado a los derechos generales que reconoce el common law. Los fallos judiciales relativos al título nativo constituyen un corpus de derecho reciente y suponen un riesgo adicional al ser de aplicación limitada fuera de los contextos propios de los demandantes o de los hechos la causa, mientras que hay otros regímenes legales (por ejemplo, los derechos de propiedad de la tierra) firmemente establecidos y que ofrecen un mayor grado de certidumbre. Ahora bien, cabe destacar que en la actualidad, si bien esos regímenes tienen como resultado derechos de propiedad más sólidos que los que dimanaban de litigios en el marco del título nativo, siguen siendo distintos de este título y, en cierto sentido, son más tenues porque derivan de derechos que otorga el Parlamento y no de derechos específicos de los indígenas, que son inherentes en virtud de supervivencia posterior a la imposición de la soberanía británica y que el common law está obligado a reconocer.

66. Los derechos de pesca en los mares constituyen un problema jurídico, y también político, para el pueblo saami. Los fundamentos históricos y de derecho internacional de esos derechos ya han sido documentados con una conclusión positiva por un comité creado por el Gobierno, si bien la conclusión ha sido criticada por la Fiscalía. Se celebrarán consultas entre el Gobierno de Noruega y el Parlamento Saami. Para los saami de la costa, la pesca es esencial para la continuidad de los asentamientos de sus comunidades locales, que iluminan numerosas viviendas durante las largas noches del norte. Esas comunidades son esenciales también para asegurar la existencia de la cultura saami, que se encuentra ahora en una etapa crucial. Por lo tanto, el futuro de esa cultura depende del reconocimiento de los derechos de pesca, que en la actualidad son materia de debate jurídico y político en el país. Una opinión del Foro Permanente podría surtir un efecto a ese respecto.