



Consejo Económico y Social

Distr. general
17 de febrero de 2015
Español
Original: inglés

Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas

14º período de sesiones

Nueva York, 20 de abril a 1 de mayo de 2015

Tema 8 del programa provisional*

Labor futura del Foro Permanente, incluidas las cuestiones relacionadas con el Consejo Económico y Social y nuevas cuestiones

Cuestiones transfronterizas, incluido el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas al comercio de bienes y servicios a través de las fronteras y en zonas militarizadas

Nota de la Secretaría

En su 13º período de sesiones, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas nombró a la Sra. Megan Davis, miembro del Foro, para que realizara un estudio sobre las cuestiones transfronterizas, incluido el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas al comercio de bienes y servicios a través de las fronteras y en zonas militarizadas (véase E/2014/43, párr. 69). El informe final se publicará durante el 14º período de sesiones del Foro; el presente documento contiene una sinopsis de las cuestiones que se presentarán en ese informe final.

* E/C.19/2015/1.



Sinopsis del estudio sobre las cuestiones transfronterizas, incluido el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas al comercio de bienes y servicios a través de las fronteras y en zonas militarizadas

I. Introducción

1. Las cuestiones transfronterizas son un tema frecuente en el marco normativo internacional que se ocupa de los derechos de los pueblos indígenas porque los territorios y las relaciones de estos pueblos con frecuencia trascienden las fronteras nacionales. Estas se impusieron de forma arbitraria en el marco de los procesos coloniales y poscoloniales sin considerar las relaciones culturales ni las rutas migratorias tradicionales¹. Las manifestaciones de las cuestiones transfronterizas son numerosas y complejas debido a que la cultura indígena guarda una relación inextricable con la tierra donde se asienta. El derecho a la libre determinación, la norma fundamental que sustenta los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional, se ve afectado cuando los pueblos indígenas no pueden ejercer libremente sus derechos a las tierras, las aguas y los recursos, a la educación y el idioma, o al acceso a la atención médica o la medicina tradicional. Además, la imposición de las fronteras afectó a las rutas comerciales internacionales de los pueblos indígenas y, en muchos casos, prohibió su continuidad. Antes del período de la colonización, el comercio era una parte esencial de las culturas indígenas y constituía un “sistema mundial aborígen” basado en el comercio internacional entre tribus aborígenes².

2. Las cuestiones transfronterizas afectan a los pueblos indígenas de todas las regiones y con frecuencia se discuten en los períodos de sesiones anuales del Foro Permanente, como se refleja en las recomendaciones incluidas a continuación, y se plantean en sesiones temáticas, como las relativas a la doctrina del descubrimiento. La prevalencia de estas cuestiones explica por qué el artículo 36 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas está dedicado a los derechos transfronterizos:

1. Los pueblos indígenas, en particular los que están divididos por fronteras internacionales, tienen derecho a mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación, incluidas las actividades de carácter espiritual, cultural, político, económico y social, con sus propios miembros, así como con otros pueblos a través de las fronteras.

2. Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán medidas eficaces para facilitar el ejercicio y garantizar la aplicación de este derecho.

3. Ningún estudio podría examinar exhaustivamente el alcance total de las cuestiones transfronterizas de los pueblos indígenas, entre las que se incluyen la identidad colectiva, la salud pública, la gestión de los recursos naturales y las

¹ Véase Jérémie Gilbert, *Nomadic Peoples and Human Rights* (Nueva York, Routledge, 2014).

² Véase Russel Lawrence Barsh, “Indigenous peoples and international order: the aboriginal North-American world system”, *Balayi: Culture, Law and Colonialism*, vol. 3 (2001).

lenguas³. El presente documento ofrece un resumen del estudio más extenso de las cuestiones transfronterizas, incluido el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas al comercio de bienes y servicios a través de las fronteras y en zonas militarizadas. Ese estudio tiene por objeto ofrecer un panorama de las cuestiones transfronterizas que afectan a los pueblos indígenas del mundo sin catalogar cada situación transfronteriza en detalle, aunque cabe destacar que la situación es más acusada en África, América del Norte, América del Sur y el Ártico.

II. Marco normativo internacional

4. Los artículos 3, 26, 32, 33 y 36 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas versan sobre el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas; los derechos a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido; y el derecho a mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación, incluidas las actividades de carácter espiritual, cultural, político, económico y social, con sus propios miembros y con otros pueblos a través de las fronteras.

5. El artículo 32 del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales (núm. 169) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de 1989, establece que “los gobiernos deberán tomar medidas apropiadas, incluso por medio de acuerdos internacionales, para facilitar los contactos y la cooperación entre pueblos indígenas y tribales a través de las fronteras, incluidas las actividades en las esferas económica, social, cultural, espiritual y del medio ambiente”.

6. El artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice lo siguiente:

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.
2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.
3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando estas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.
4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país.

7. El artículo 27 del Pacto dispone que “en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

³ Véase Rachel Rose Starks, Jen McCormack y Stephen Cornell, *Native Nations and U.S. Borders: Challenges to Indigenous Culture, Citizenship and Security* (Tucson, Arizona, The University of Arizona, 2011).

8. El Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas ha formulado varias recomendaciones relativas a las cuestiones transfronterizas. En 2009, instó a los Estados nórdicos a que ratificaran lo antes posible la Convención Nórdica Saami, que podía servir de ejemplo para otros pueblos indígenas cuyos territorios tradicionales estaban divididos por fronteras internacionales (E/2009/43, párr. 55).

9. En 2010, el Foro recomendó que los Gobiernos del Canadá y de los Estados Unidos de América se ocuparan de las cuestiones relativas a las fronteras que afectan a la Nación Mohawk y la Confederación Haudenosaunee, tomando medidas eficaces para aplicar el artículo 36 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (E/2010/43, párr. 98). En el artículo 36 de la Declaración se estipula que los pueblos indígenas divididos por fronteras internacionales tienen derecho a mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación con sus propios miembros, así como con otros pueblos a través de las fronteras.

10. En 2013, el Foro Permanente expresó su alarma ante los continuos actos de violencia perpetrados contra los pueblos indígenas por Estados Miembros y otros. Por ese motivo, reconoció la necesidad de que los Estados establecieran un mecanismo de vigilancia para luchar contra los actos cometidos contra los pueblos indígenas, como asesinatos, tentativas de asesinato, violaciones y la intimidación de los pueblos indígenas en razón de sus intentos de proteger y utilizar sus territorios y tierras de origen que trascendían las fronteras nacionales, así como la falta de reconocimiento de sus documentos y su calidad de miembros de esos pueblos y la tipificación de sus actividades conexas. Además, señaló se debía prestar atención en concreto a los actos de esta naturaleza perpetrados contra los pueblos indígenas por la policía estatal y local, el ejército, las instituciones de aplicación de la ley, las instancias judiciales y otras instituciones controladas por el Estado (E/2013/43, párr. 41).

11. También en 2013, el Foro señaló que la educación en el idioma materno y la educación bilingüe, sobre todo en las escuelas primarias y secundarias, producían resultados educativos eficaces a largo plazo. Instó a los Estados a que financiaran y aplicaran el Programa de Acción para el Segundo Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo, y destacó la necesidad de que los Estados respetaran y promovieran las definiciones de los pueblos indígenas de aprendizaje y educación, basadas en los valores y las prioridades de cada uno de esos pueblos, señalando que el derecho a la educación era independiente de las fronteras de los Estados y debía reflejarse en el derecho de los pueblos indígenas a cruzar libremente las fronteras, tal como se reconocía en los artículos 9 y 36 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (*ibid.*, párr. 16).

III. Sinopsis de las cuestiones

12. A continuación se presenta una visión general de las cuestiones examinadas en el estudio a fin de destacar la importancia histórica de las relaciones indígenas que trascienden las fronteras nacionales, incluido el comercio, y algunas cuestiones relativas a los derechos humanos de los pueblos indígenas. En esta sección se incluyen pasajes breves de los estudios de casos sobre Australia, América del Norte y el Ártico.

Australia

13. En tiempos anteriores, Australia albergaba una red de actividades comerciales complejas entre naciones aborígenes. Más tarde, esas relaciones transfronterizas quedaron reflejadas en el sistema de títulos nativos. Las rutas comerciales atravesaban el continente y las naciones aborígenes comerciaban con mercancías como conchas de madreperla, puntas de lanzas, hachas de piedra, caracolas, cestos hechos con hojas de palmera y caparzones de tortuga⁴.

14. En general, las rutas comerciales se entrecruzaban sobre la tierra y formaban una red de interacción que vinculaba tradicionalmente a grupos con diferencias lingüísticas y culturales. Los bienes circulaban, en primer lugar, entre los familiares más próximos, luego pasaban a socios establecidos que vivían en territorios adyacentes y, por último, se llevaban a territorios más alejados, viajando en el sentido de las agujas del reloj o en dirección contraria, según las costumbres⁵.

15. El ejemplo más conocido de comercio internacional en Australia es el de los yolngus y otros grupos aborígenes en el extremo norte del país. Estos pueblos establecieron una larga asociación con los macassans de Indonesia, que comerciaban con China durante el siglo XVIII, en torno al mercadeo del *trepang* (también llamado pepino de mar o *bêche-de-mer*), un productopreciado por los chinos por sus propiedades afrodisíacas⁶. Esta relación comercial incluía el trueque de caparzones de tortuga, conchas de perla y cuernos de búfalo a cambio de piraguas, tabaco, arroz, telas, hierro y alcohol. Todas las temporadas de lluvias entre fines de la década de 1600 y 1906, los marineros macassans comerciaban con los yolngus a lo largo de la costa de la región de la Tierra de Arnhem. Los yolngus se dedicaban a la recolección y la cura del *trepang* y obtenían cuchillos, alimentos y tabaco como retribución, estableciendo así la primera industria de exportación de Australia⁷.

16. Esos vínculos comerciales se prolongaron hasta que fueron prohibidos por ley, en particular por parte de Australia Meridional. Así, las rutas comerciales indígenas y las concentraciones de poder de los pueblos indígenas fueron reestructuradas inadvertidamente por las modalidades impuestas de exploración, explotación y asentamiento extranjeros⁸. Las leyes que prohibían los vínculos comerciales establecidos y restringían la capacidad para participar libremente en el comercio contribuyeron al círculo de pobreza que aún afecta a los indígenas de Australia. En la actualidad se plantean muchas cuestiones transfronterizas en relación con el derecho y la jurisdicción penales y la legislación sobre los títulos nativos y la tierra.

⁴ Véase *Northern Territory of Australia v. Alyawarr, Kaytetye, Warumungu, Wakaya Native Title Claim Group*.

⁵ Véase Kim Akerman, “Material culture and trade in the Kimberleys today”, en *Aborigines of the West: Their Past and Their Present*, 2^a ed., Ronald M. Berndt y Catherine H. Berndt, eds. (Perth, University of Western Australia Press, 1980).

⁶ Véase Marcia Langton, *Trepang: China and the Story of Macassan—Aboriginal Trade* (Melbourne, University of Melbourne, 2011).

⁷ Véase *Mary Yarmirr & Ors v. The Northern Territory of Australia & Ors*.

⁸ Véase Clive Moore, “Refocusing indigenous trade and power: the dynamics of early foreign contact and trade in Torres Strait, Cape York and southeast New Guinea in the nineteenth century”, *Journal of the Royal Historical Society of Queensland*, vol. 6 (2000).

América del Norte

17. Antes de la colonización, los pueblos indígenas comerciaban con naciones como Gran Bretaña y España, que querían trabar alianzas y garantizar la perpetuación de las relaciones comerciales en beneficio mutuo⁹. Se dice que los Estados competían entre sí para acceder al comercio con los pueblos indígenas y adoptaban medidas para garantizar que sus relaciones con las naciones indígenas fueran apacibles¹⁰. Si bien las relaciones se habían reconocido en tratados como el Tratado de Jay, firmado en 1794, y el Tratado de Gante, firmado en 1814, con el tiempo, el deseo de los colonizadores de explotar los recursos naturales y dominar los mercados dio lugar a violaciones de los tratados y de sus cláusulas comerciales, violaciones que se mantienen hasta el día de hoy.

18. En la época de la colonización se aplicaron políticas que despojaron a los pueblos indígenas de sus tierras, territorios y recursos y, una vez que los comerciantes hubieron establecido sus fábricas y fuertes, reunido armas y municiones suficientes y asegurado medios independientes de suministro de alimentos, pudieron negociar con los pueblos locales desde una posición más firme. Las relaciones comerciales pronto adquirieron un carácter más desigual y la situación se vio agravada por las devastadoras epidemias de enfermedades introducidas, que redujeron el número de nativos y socavaron su estado de ánimo⁹.

19. Los derechos de los pueblos indígenas se contemplaron en el Tratado de Jay y el Tratado de Gante, firmados entre Gran Bretaña y Estados Unidos¹¹. El Tratado de Jay, por ejemplo, estableció el derecho a cruzar la frontera, incluso para participar libremente en el comercio con otras naciones indígenas, y la exención del pago de impuestos. La primera parte del artículo 3 dice:

Queda convenido que los súbditos de Su Majestad, los ciudadanos de los Estados Unidos y los indios que habitan a ambos lados de dicha línea fronteriza gozan de libertad permanente para trasladarse, por tierra o navegando por las aguas interiores, desde y hacia los territorios respectivos y las tierras de ambas partes que se encuentran en el continente americano (con excepción del territorio comprendido dentro de los límites de la Hudson's Bay Company)

20. Con el tiempo, sin embargo, esos derechos fueron revocados mediante leyes relativas a la ciudadanía y los litigios. En la actualidad existen cuestiones transfronterizas que afectan a los pueblos indígenas de diversas regiones de América del Norte, por ejemplo, a lo largo de la frontera entre los Estados Unidos y México y entre el Canadá y los Estados Unidos, incluida la situación concreta de Alaska.

⁹ Véase Marcus Colchester y Fergus Mackay, "In search of middle ground: indigenous peoples, collective representation and the right to free, prior and informed consent", artículo presentado en la décima Conferencia de la International Association for the Study of Common Property en Oaxaca (México), celebrada en agosto de 2004.

¹⁰ Véase Robert H Berry III, "Indigenous nations and international trade", *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 24, núm. 1 (1998).

¹¹ Véase Greg Boos, Greg McLawsen y Heather Fathali, "Canadian Indians, Inuit, Métis, and Métis: an exploration of the unparalleled rights enjoyed by American Indians born in Canada to freely access the United States", *Seattle Journal of Environmental Law*, vol. 4, núm. 1 (2014).

21. En el caso de los tohono o'odham de Arizona, la militarización de la frontera entre los Estados Unidos y México ha impedido la circulación de los miembros de la tribu a través de sus tierras tradicionales¹². La frontera fue establecida en 1848 por el Tratado de Guadalupe Hidalgo. Con el tiempo, los conceptos estatales de ciudadanía han intentado desplazar las nociones indígenas de identidad y soberanía, limitando así la capacidad de los tohono o'odham para viajar libremente a través de la frontera para participar en ceremonias religiosas y actividades sociales, lo cual ha dado lugar, entre otras cosas, a problemas ambientales, dificultades para acceder a la atención médica y actividades antisociales en las comunidades¹³.

22. La Confederación Haudenosaunee, también conocida como Confederación de las Seis Naciones Iroquesas, agrupa a seis naciones indígenas originarias de América del Norte (los mohawks, los oneidas, los onondagas, los cayugas, los senecas y los tuscaroras) que viven a lo largo de la frontera entre los Estados Unidos y el Canadá. Sin embargo, la frontera, según fue trazada por estos países, atraviesa sus tierras y territorios ancestrales, que están reconocidos, junto con sus derechos transfronterizos, en el Tratado de Jay y el Tratado de Gante. La Confederación ha planteado las cuestiones transfronterizas con frecuencia durante los períodos de sesiones del Foro Permanente.

23. En la actualidad, los problemas relativos a los viajes transfronterizos incluyen la confiscación de propiedades, el acoso y la denegación de identidad. La regulación de las fronteras crea tensiones para las comunidades, por ejemplo, al afectar el acceso a la atención médica. Además, los Estados adoptan medidas punitivas en respuesta a las infracciones de las regulaciones, como la imposición de sanciones financieras cuando una persona no se registra en el puerto de entrada, y establecen requisitos de registro que resultan engorrosos y representan un elemento adicional de burocracia. La Confederación Haudenosaunee ha intentado negociar una solución a este problema a través del Foro Permanente y el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. El Foro examinó la cuestión en su noveno período de sesiones y recomendó que los Gobiernos del Canadá y los Estados Unidos se ocuparan de las cuestiones fronterizas (véase el párr. 9). Esta recomendación todavía no se ha aplicado.

Región del Ártico

24. Si bien en el informe final, más amplio, se incluye un estudio de caso sobre los saamis y los inuits, en aras de la brevedad, aquí solo se describirá la situación de los primeros. Los saamis viven en la Federación de Rusia, Finlandia, Noruega y Suecia desde mucho tiempo antes que los demás grupos asentados allí¹⁴ y tienen una historia, una cultura, un idioma y unos medios de subsistencia tradicionales comunes. Las fronteras que dividen sus tierras ancestrales (la región de Sápmi) comenzaron a delimitarse a mediados del siglo XVIII y, con el tiempo, su regulación se tornó cada vez más punitiva. Por ejemplo, la actitud de la población no saami con respecto a la cría de renos se volvió más hostil, llegando a cerrarse

¹² Véase Eileen M. Luna-Firebaugh, "The border crossed us: border crossing issues of the indigenous peoples of the Americas", *Wicazo Sa Review*, vol. 17, núm. 1 (2002).

¹³ Véase Sara Singleton, "Not our borders: indigenous people and the struggle to maintain shared lives and cultures in post-9/11 North America", documento de trabajo, núm. 4 (Bellingham, Western Washington University, 2009).

¹⁴ Véase Patrik Lantto, "Borders, citizenship and change: the case of the Sami people, 1751-2008", *Citizenship Studies*, vol. 14, núm. 5 (2010).

una por una las fronteras nacionales al paso de renos (Finlandia y Noruega cerraron sus fronteras en 1852 y Finlandia y Suecia, en 1888)¹⁵.

25. El Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas abordó esta cuestión en un informe en el que describió las repercusiones de las fronteras de los Estados en la composición de la población saami. En el informe se observaba que las fronteras atravesaban comunidades lingüísticas y culturales y limitaban las actividades de pastoreo de renos, y que los gobiernos de los países nórdicos principalmente adoptaban políticas que tenían por objetivo la asimilación de los saamis en las sociedades mayoritarias (A/HRC/18/35/Add.2, párr. 7).

26. La Convención Nórdica Saami es un instrumento creado para abordar las cuestiones transfronterizas y, según el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, constituye el primer intento de elaborar un tratado regional específicamente relativo a los pueblos indígenas (*ibid.*, párr. 11). La Convención destaca las que se consideran mejores prácticas para abordar las cuestiones transfronterizas, a saber, negociaciones y acuerdos orientados a reconocer los derechos transfronterizos y disposiciones mediante las que poder lograr la libre determinación de manera efectiva.

IV. Conclusión

27. La bibliografía sobre los pueblos indígenas y los derechos transfronterizos sugiere, al igual que la jurisprudencia internacional, que los acuerdos bilaterales e internacionales son la mejor forma de abordar las cuestiones relacionadas con los pueblos transfronterizos. Por ejemplo, la Recomendación sobre Poblaciones Indígenas y Tribales (núm. 104) de la OIT, de 1957, afirma que las cuestiones transfronterizas deben resolverse “mediante acuerdos entre los gobiernos interesados, para proteger a los grupos tribales seminómadas cuyos territorios tradicionales se extienden a través de fronteras internacionales”. En la publicación *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: Una guía sobre el Convenio núm. 169 de la OIT* se señala que:

El derecho de los pueblos indígenas de mantener y desarrollar los contactos y la cooperación a través de las fronteras nacionales es, por su naturaleza, diferente de otros derechos de los pueblos indígenas reconocidos en el ámbito internacional, ya que su implementación exige medidas políticas, administrativas y legales de más de un Estado. Una condición previa para la implementación de este derecho consiste en que los Estados en cuestión mantengan una relación amistosa y de cooperación sobre la cual puedan establecerse acuerdos específicos para la implementación de este derecho.

28. En el artículo 36 1) de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se establece que los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación, incluidas las actividades de carácter espiritual, cultural, político, económico y social, con sus propios miembros, así como con otros pueblos a través de las fronteras. Además, en el artículo 36 2) se indica que los Estados tienen la obligación de adoptar medidas eficaces, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas,

¹⁵ Véase Matthias Åhrén, “The Saami Convention”, *Gáldu Čála — Journal of Indigenous Peoples Rights*, vol. 3 (2007).

para facilitar el ejercicio y asegurar la aplicación de este derecho. Ello puede posibilitar una comunicación clara entre los Estados y los grupos indígenas y permitir que los pueblos indígenas circulen libremente para participar en actividades culturales, sociales, espirituales, económicas y relacionadas con el medio ambiente. La Convención Nórdica Saami y la legislación adoptada en Guinea sobre la movilidad transfronteriza son ejemplos de medidas orientadas a afrontar las cuestiones transfronterizas. En el estudio final se incluirán estudios de casos sobre cuestiones transfronterizas de cada una de las regiones indígenas.
