



**Economic and Social  
Council**

Distr.  
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/1999/20  
22 June 1999

Original: ENGLISH

COMMISSION ON HUMAN RIGHTS  
Sub-Commission on Prevention of  
Discrimination and Protection  
of Minorities  
Fifty-first session  
Item 7 of the provisional agenda

HUMAN RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES

Study on treaties, agreements and other constructive arrangements  
between States and indigenous populations

Final report by Miguel Alfonso Martínez, Special Rapporteur

CONTENTS

	<u>Paragraphs</u>	<u>Page</u>
Introduction . . . . .	1 - 33	2
I. SOME KEY POINTS OF DEPARTURE . . . . .	34 - 92	7
II. SUMMARY OF FINDINGS . . . . .	93 - 167	16
A. Treaties/agreements between indigenous peoples and States . . . . .	108 - 127	18
B. Other constructive arrangements . . . . .	128 - 146	21
C. Situations lacking specific bilateral legal instruments to govern relations between indigenous peoples and States . . . . .	147 - 167	24
III. A LOOK AT THE PRESENT: ORIGIN, DEVELOPMENT AND CONSEQUENCES OF THE DOMESTICATION PROCESS . . . . .	168 - 244	26
IV. LOOKING AHEAD: CONCLUSIONS AND RECOMMENDATIONS . . . . .	245 - 322	38

### Introduction

1. In volume V (Conclusions, proposals and recommendations) <sup>1</sup> of his monumental Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations, Mr. Martínez Cobo stressed the paramount importance for indigenous peoples and nations in various countries and regions of the world of the treaties concluded with present nation-States or with the countries acting as colonial administering Powers at the time in question.
2. He concluded that a thorough and careful study should be made of various areas covered by the provisions of such treaties and agreements, the official force of such provisions at present, the observance, or lack of observance, of such provisions, and the consequences all that might entail for indigenous peoples and nations parties to such treaties or agreements.
3. He further noted that in preparing such a study, account must necessarily be taken of the points of view of all parties involved, a task requiring the examination of a large volume of documentation. For obvious reasons, that was an undertaking that could not be carried out within the framework of his own study.
4. He therefore recommended that a thorough study devoted exclusively to that subject should be undertaken in the light of existing principles and norms in the field and the opinions and data submitted by all interested parties, primarily the Governments and indigenous nations and peoples that had signed and ratified treaties or agreements. He believed that only a thorough study could help determine with the necessary accuracy the present status of international agreements involving indigenous peoples. <sup>2</sup>
5. Taking up an initiative of its Working Group on Indigenous Populations, <sup>3</sup> at its thirty-ninth session, the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities acted upon Mr. Martínez Cobo's recommendation by adopting resolution 1987/17 of 2 September 1987, entitled "Study on treaties concluded between indigenous peoples and States". In taking such action, the Sub-Commission was consistent with its resolution 1984/35 A of 30 August 1984, in which it had decided to consider Mr. Martínez Cobo's conclusions, proposals and recommendations as an appropriate source for its future work on the question of discrimination against indigenous populations and for the work of its Working Group on Indigenous Populations.
6. In its resolution 1987/17, the Sub-Commission requested Mr. Miguel Alfonso Martínez to prepare, on the basis of the opinions and data in Mr. Martínez Cobo's report and the views expressed on the issue in the Working Group and in the Sub-Commission, a document analysing the general outline of such a study and the juridical, bibliographical and other information sources on which such a study should be based, and to submit the document to the Sub-Commission for consideration at its fortieth session.
7. The Sub-Commission also recommended that the Commission on Human Rights recommend, in turn, that the Economic and Social Council authorize the Sub-Commission to appoint Mr. Alfonso Martínez as Special Rapporteur with the

mandate of preparing such a study, and to request the Special Rapporteur to present a preliminary report to the Sub-Commission at its forty-first session (1989). The recommendations contained in resolution 1987/17 were submitted to the Commission on Human Rights for consideration at its forty-fourth session (1988).

8. At its forty-fourth session, the Commission adopted resolution 1988/56, in which a number of guidelines on the matter were established. These would eventually become the terms of reference of the Special Rapporteur's mandate for the present study.

9. It should be noted that in adopting resolution 1988/56, the Commission broadened to a considerable extent the scope of the study originally envisaged by the Sub-Commission in its resolution 1987/17, by recommending that the Economic and Social Council authorize the appointment of Mr. Alfonso Martínez as Special Rapporteur of the Sub-Commission with the mandate of preparing "an outline on the possible purposes, scope and sources of a study to be conducted on the potential utility of treaties, agreements and other constructive arrangements between indigenous populations and Governments for the purpose of ensuring the promotion and protection of the human rights and fundamental freedoms of indigenous populations" (Emphasis added).

10. However, in resolution 1988/56 the Commission only authorized the Special Rapporteur to prepare and submit to the Working Group an outline of a possible study, not to undertake the study proper, as recommended by the Sub-Commission. In fact, it withheld its authorization, at least until 1989, in order to decide on the appropriateness of commissioning such a study by the Special Rapporteur.

11. Commission resolution 1988/56 was endorsed on 27 May 1988 by the Economic and Social Council in its decision 1988/134.

12. The Special Rapporteur submitted the requested outline <sup>4</sup> to the Working Group and the Sub-Commission later in 1988. Both bodies endorsed that document. In addition, in its resolution 1988/20 of 1 September 1988, the Sub-Commission requested the Commission and the Economic and Social Council to finally authorize the Special Rapporteur to undertake the study referred to in Commission resolution 1988/56.

13. At its forty-fifth session, the Commission adopted, without either a debate or a vote, resolution 1989/41 of 6 March 1989, in which it endorsed all the recommendations submitted on the matter by the Sub-Commission in its resolution 1988/20. They were thus submitted to the Economic and Social Council for approval at its 1989 spring session.

14. Finally, the Council, in its resolution 1989/77 of 24 May 1989, confirmed the appointment of Mr. Alfonso Martínez as Special Rapporteur and authorized him to carry out the study.

15. Since that date, the Special Rapporteur has submitted to the Working Group and the Sub-Commission a preliminary report, <sup>5</sup> and three progress reports. <sup>6</sup>

16. At its forty-ninth session, the Sub-Commission, in its decision 1997/110 of 22 August 1997, urged the Special Rapporteur to submit his final report in due time - preferably before the end of 1997 - so as to allow it to be discussed by the Working Group at its sixteenth session and by the Sub-Commission at its fiftieth session, in 1998. The present final report is submitted to the consideration of both bodies, pursuant to the above-mentioned decision of the Sub-Commission.

17. As to the contents of this final report, it should be recalled, first, that the Special Rapporteur suggested from the start of his mandate a three-part structure for the study as a whole:

- (i) In the first part, the origins of the practice of concluding treaties, agreements and other constructive arrangements between indigenous peoples and States, that is, the role of treaties in the history of European expansion overseas, were to be examined.
- (ii) The second part was to be devoted to the contemporary significance of such instruments, including questions regarding the succession of States, national recognition of treaties and the views of indigenous peoples on these issues.
- (iii) The third part would address the potential value of all those instruments as the basis for governing the future relationships between indigenous peoples and States. Both the form and substance of such instruments were to be considered in the final stage of the study, as well as possible mechanisms to be institutionalized in the future to secure their implementation.<sup>7</sup>

18. This final part, obviously, had to be undertaken in the light of the actual situations in which indigenous peoples find themselves coexisting today with other, non-indigenous segments of society in many States. It is the precarious nature of their existence almost everywhere that is today provoking - as it did when Martínez Cobo's study was commissioned and completed - growing concern in the international community.

19. The Special Rapporteur's research and analysis largely follow his initial plan as far as the first two parts of the study are concerned.

20. At this final stage of the Special Rapporteur's work on the study, particular attention will be given to the potential value of all possible ways and means of achieving a new relationship between the indigenous and non-indigenous sectors in multi-national societies through adequate forward-looking, innovative mechanisms that would facilitate conflict resolution when needed.

21. The fact that the Special Rapporteur has been working on this study for nine years and that the present, final report, should be able to stand on its own with respect to publication by the United Nations has made certain inclusions necessary. The Special Rapporteur has therefore briefly recapitulated here the most important provisional conclusions advanced in previous progress reports, as well as the initial (or modified) reasoning behind them. He has also referred to key cases or general situations reviewed

fully in those reports. Without this background it would be difficult to grasp fully the sense and possible merit of the conclusions and recommendations offered here.

22. Consequently, chapter I deals with four main topics: the process of selection (or elimination) of cases relevant to this study; treaty and treaty-making concepts; the importance of fully understanding the evolution of the indigenous/non-indigenous relationship and its present status and defining and differentiating between the categories "indigenous peoples" and "minorities". In chapter II, the Special Rapporteur offers his views on the three juridical situations selected for their pertinence to the goals of this study, focusing on the individual cases/situations selected for review in consideration of their juridical/institutional development. Chapter III describes the overall process of domestication of indigenous issues in its various manifestations during different stages and links it to the present situation of indigenous societies. Finally, in chapter IV, the Special Rapporteur brings all the elements included in previous chapters together, to offer his conclusions and recommendations for what he considers might be a constructive future approach.

23. Lastly, a final remark about the contents of this report. The Special Rapporteur is fully aware that he - and only he - is ultimately responsible for the content of the conclusions and recommendations of the present study. However, he is also aware that all human endeavour may contain flaws and shortcomings, and thus can benefit from constructive criticism.

24. In this context, it cannot be overemphasized that in many aspects and cases reviewed, the final result of these long years of work, as reflected in the present document, is based on the research (including field work), the personal and professional experience, and, in particular, the views on the available sources that have been developed by two persons only: the Special Rapporteur himself and his consultant, Dr. Isabelle Schulte-Tenckhoff - to whom he once again expresses his gratitude for her invaluable collaboration.

25. Hence, the Special Rapporteur will highly welcome all critical opinions - not only from his colleagues but also, in particular, from those indigenous peoples and Governments which did not respond to his questionnaire - that may be proffered during the debate that will be held on the subject of this final report at the forthcoming 1999 sessions of both the Working Group and the Sub-Commission. These contributions will be duly taken into account for potential utilization as additional elements of judgement to be incorporated in this report before it becomes an official United Nations publication.

26. In this final report, the Special Rapporteur wishes to express gratitude to all the Governments that responded to the questionnaire sent them in 1991 and 1992; in particular those of Australia and Canada for the thoroughness with which they did so and the valuable documentation provided either at their own initiative or upon request. He also thanks the Governments of Canada, Chile, Fiji, Guatemala, New Zealand, Spain and the United States of America, for granting facilities for field research or for participation in activities relating to indigenous questions in their respective countries.

27. The careful attention and efficiency with which the New Zealand authorities prepared and coordinated the Special Rapporteur's programme of activities during his official working visit to that country in May 1997, and the fact that some of its highest authorities (for example, the Ministers of Foreign Affairs and Justice) were gracious enough to find time to receive him personally and discuss issues affecting the Maaori people, merit his special recognition.

28. This study could not have been concluded without the cooperation of many indigenous peoples, organizations and authorities, who have offered the Special Rapporteur, not only their invaluable contributions (oral and written testimony, documentation and much needed logistics of the most varied kind), but also constant encouragement in his work.

29. Even at the risk of possible regrettable omissions, it is fitting to mention here the support received from the following indigenous organizations and institutional bodies: American Indian Law Alliance, Four Nations of Hobbema, Fund of the Four Directions, Grand Council of the Haudenosaunee Confederacy, Consejo de Todas las Tierras de la Nación Mapuche, Grand Council of the Crees (of Québec), Fundación Rigoberta Menchú, International Indian Treaty Council, Assembly of First Nations (Canada), Western Shoshone National Council (United States), Maaori Legal Services, Teton Sioux Treaty Council, Ka'lauai Hawaii, International Organization of Indigenous Resource Development, OXFAM and the Information and Documentation Centre on Indigenous Peoples (DOCIP) (Geneva).

30. The Special Rapporteur wishes to express his gratitude also to the authorities (elders, lonkos, Grand Chiefs and Chiefs, headmen, councillors and advisers) of diverse indigenous nations/peoples or their organizations, among them Rigoberta Menchú Tum (Maya Nation), the late Oren Lyons (Onondaga Nation), Matthew Coon Come and Ted Moses (Crees [of Québec]), Tony Blackfeather (Teton Sioux/Lakota Nation), J. Wilton Littlechild (Four Nations of Hobbema/Canada), Domingo Cayuquo, Manuel Antilao, Jorge Pichinual, Juana Santander and Aucan Huilcamán (Mapuche Nation), Ovide Mercredi (Assembly of First Nations/Canada), Cherrilene Steinhauer and Carl Queen (Saddle Lake First Nation/Canada), Wallace Fox (Onion Lake First Nation/Canada), Daniel Sansfrere, Michael Nadli, Felix Lockhart, Pat Martel, Jonas Sangri, Rene Lamothe, Gerald Antoine and Francois Paulette (Dene Nation/Canada), Sharon Venne (Lubicon Cree Nation-Joseph Bighead First Nation-Treaty Six Nations/Canada), Juan León (Maya Nation), the late Ingrid Washinawatok (Fund of the Four Directions), Ken Deer (Mohawk Nation), Lázaro Parí (Aymará Nation), Bill Means, Antonio González, Jimbo Simmons and Andrea Carmen (IITC), Mililani Trask (Hawaii), Al Lameman (Beaver Lake Tribal Administration), Kent Lebsock (American Indian Law Alliance), R. Condorí (CISA), Pauline Tiangora, Naniko, Aroha Pareake Meade, Moana Jackson, Dr. Margaret Mutu, Sir Tipene O'Regan, Sir R.T. Mahuta, Moana Erickson and Shane Solomon (Aotearoa/New Zealand), and Leif Dunfield (Saami Nation). All of them gave the Special Rapporteur most valuable information and insights on their respective peoples/nations and organizations.

31. The Special Rapporteur cannot leave unmentioned his gratitude to other indigenous and non-indigenous individuals - all with recognized authority in diverse aspects of the indigenous problematicue and active, in general, in

United Nations circles - who have lent their knowledge, practical experience, and/or incisive, constructive criticism to the Special Rapporteur's work.

32. Gudmundur Alfredsson (both in his past functions in the Centre for Human Rights and in his capacity as a scholar specializing in this question), Augusto Willemsen Díaz, Chief Justice E. Durie (of the Waitangi Tribunal), Mario Ibarra, Jacqueline Duroire, the late Andrew Gray, Paul Coe, Renate Dominick, Robert Epstein, Florencia Roulet, Sir Paul Reeves, Anthony Simpson, Alberto Saldamando, and Professors Vine Deloria, Héctor Díaz Polanco, Michael Jackson, Gaston Lyon, Glenn Morris, C.M. Eya Nchama, Douglas Sanders, Mason Durie, Jim Anaya, José Bengoa (his colleague in the Sub-Commission) and the late Howard Berman merit special thanks for their worthy academic contributions. None of them, of course, bear any responsibility whatsoever for the possible flaws in the various progress reports or in this final report of the study.

33. Last but not least, the Special Rapporteur expresses heartfelt gratitude for the specialized assistance, patience and logistical cooperation provided by all those who have served on the minuscule unit/task force to which the Centre for Human Rights or the Office of the High Commissioner for Human Rights has assigned responsibility for indigenous affairs. The diligence and the extreme professionalism with which they so effectively fulfilled their functions in terms of this study (sometimes under extremely trying conditions) have been simply exemplary. In this regard, their head, Mr. Julian Burger and his highly efficient colleague, Ms. Miriam Zapata have, over long years, earned the total respect of the Special Rapporteur.

#### I. SOME KEY POINTS OF DEPARTURE

34. Given the vast geographical, temporal and juridical scope of the study,<sup>8</sup> the Special Rapporteur decided from the start to confine detailed analysis to a limited, representative number of case studies ordered according to five juridical situations: (i) treaties concluded between States and indigenous peoples; (ii) agreements made between States or other entities and indigenous peoples; (iii) other constructive arrangements arrived at with the participation of the indigenous peoples concerned; (iv) treaties concluded between States containing provisions affecting indigenous peoples as third parties; and (v) situations involving indigenous peoples who are not parties to, or the subject of any of the above-mentioned instruments.<sup>9</sup>

35. It must be recalled that from the geographical viewpoint, the Special Rapporteur has viewed his mandate as universal, dealing with "any part of the world in which the historical or contemporary existence of treaties, agreements and other constructive arrangements is confirmed, or where they may still come into being in the future through a process of negotiation and cooperation".<sup>10</sup>

36. Consequently, an extensive array of cases from all regions of the world was examined relating to all five juridical situations listed above, including cases in the United States and Canada (Haudenosaunee, Mikmaq, the so-called Five Civilized Tribes, Shoshone, Lakota, the indigenous signatories of Treaty No. Six, the James Bay Cree [of Québec], the indigenous nations of British Columbia and California, the Lubicon Cree), the Pacific (Maaori,

Hawaii, French Polynesia), Latin America (Kuna Yala, Mapuche, Yanomami, Maya), Aborigines and Islanders of Australia, the Greenland Home Rule, and some African and Asian cases (Burma/Myanmar, the role of European charter companies in South Asia and West Africa, the San of Botswana, the Ainu of Japan and the indigenous peoples of Siberia).

37. It is worth recalling in this connection that some choices were made by the Special Rapporteur concerning the guidelines adopted for the research as a whole.<sup>11</sup> Those guidelines have been duly taken into account throughout his work.

38. In the course of his work and in light of the numerous cases/situations reviewed, the Special Rapporteur was led to reconsider the relevance for the final report of the five juridical categories listed at the beginning of this chapter

39. Two of those juridical categories, namely, agreements, insofar as these may differ fundamentally from treaties, and treaties between non-indigenous powers affecting indigenous peoples as third parties, will have limited impact on the conclusions and recommendations to be formulated in the present final report.

40. Regarding, first of all, the question of agreements, the Special Rapporteur has already stressed the need for a casuistic approach, since "the decision of the parties to a legal instrument to designate it as an 'agreement' does not necessarily mean that its legal nature differs in any way from those formally denominated as 'treaties'".<sup>12</sup> This reasoning is consistent with the legal tradition codified into contemporary international law by the Vienna Convention on the Law of Treaties.<sup>13</sup>

41. The Special Rapporteur therefore selected certain factors to be taken into account in determining which of the instruments analysed should be viewed as a "treaty", and which was to be considered an "agreement". These factors are: who the parties to the instrument are, the circumstances surrounding its conclusion, and its subject matter.<sup>14</sup>

42. The factors in question were applied in the analysis of two particular instruments, namely, the Panglong Agreement of 12 February 1947 (Burma/Myanmar), later forgone by the State party;<sup>15</sup> and the agreement of 22 August 1788 between Captain Taylor on behalf of the British Crown and the Chiefs of Sierra Leone, which does not constitute an instrument of international law relevant to the study.<sup>16</sup>

43. Some elements relating to other, present-day cases or situations labelled as "agreements" - particularly in the Canadian context - will be reviewed in chapter III of this report.

44. Secondly, regarding the relevance, for this study, of bilateral and multilateral treaties binding non-indigenous powers but affecting indigenous peoples as third parties, it should be stressed that lack of time and resources have prevented the Special Rapporteur from ascertaining in situ the practical import of those instruments for indigenous peoples and from further examining the existing documentation on the instruments.



45. Nonetheless, at least one instrument already considered in the first progress report <sup>17</sup> clearly continues to be relevant, namely the so-called Lapp Codicil to the 1751 border treaty between Sweden/Finland and Norway/Denmark. This Codicil has never been abrogated and continues to be the subject of legal interpretation regarding Saami rights within the context of bilateral (Sweden/Norway) negotiations.

46. In this connection, it is worth underscoring the role of the Saami parliament in both Norway and Sweden - but especially in Norway where it seems to have a stronger impact than in Sweden - and their potential contribution to the interpretation of the Codicil.

47. In addition, regarding specifically the 1989 ILO Convention (No. 169) concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries, it remains to be seen to what extent indigenous peoples have any direct access to (or possible effective input into) the processes leading to the ratification of this Convention by the States in which they live. It is worth noting that to date only a very limited number of those States have actually ratified this instrument.

48. Although support for the Convention has been expressed by a number of indigenous organizations (for example, the Inuit Circumpolar Conference, the National Indian Youth Council and the Saami Council), that support is far from being unanimous. The opposition to it by a number of indigenous organizations in the Canadian context is proof of this. In Canada, for instance, not all indigenous peoples - nor all sectors of the legal establishment - support ratification of the Convention, since its provisions appear to lag behind current national standards. In other countries, where existing legislation regarding indigenous peoples - or the indigenous labour force, for that matter - is less advanced, indigenous peoples may take a different stand. Yet again, a case-by-case approach is called for.

49. It follows that the issue of treaties affecting indigenous peoples as third parties may continue to be relevant insofar as they remain in force and insofar as indigenous peoples already participate - or may in the future - in the implementation of their provisions. Among the 10 instruments previously considered for analysis, <sup>18</sup> apart from the Lapp Codicil, several others would warrant further scrutiny, among them the 1794 Jay Treaty and the 1848 Treaty of Guadalupe-Hidalgo, both of apparent special significance for the indigenous nations along the borders of the United States with Canada and Mexico respectively.

50. Consequently, the conclusions and recommendations to be offered in the present report will mainly refer to three of the five juridical situations originally identified: (i) where there is proof of international treaties/agreements between indigenous peoples and States, (ii) where there are no specific bilateral legal instruments to govern relations between indigenous peoples and States; and (iii) situations relating to the question of "other constructive arrangements".

51. As to the role of these constructive arrangements, the Special Rapporteur notes that activities currently being undertaken at the national level - for example, in Mexico, Canada and Guatemala under different social

and political conditions - clearly illustrate some of the fundamental problems he has been led to raise in the course of his mandate, notably the issue of collective rights for indigenous peoples in today's pluri-ethnic societies and the need in that context for mutually agreed conflict-resolution mechanisms.<sup>19</sup>

52. Also in connection with the three situations outlined above, it must be stressed that treaties themselves and treaty-making (in the broadest sense of this term) are matters that, in the view of the Special Rapporteur, require further conceptual elaboration.

53. The Special Rapporteur is of the opinion that one should avoid making oneself a prisoner of existing terminology. This does not preclude in any way, however, the conclusions to be drawn from a non-Eurocentric historiography of treaties/agreements between indigenous peoples and States and the corresponding status of indigenous peoples in international law - a historiography to which he devoted a crucial section of his second progress report.<sup>20</sup> There are, basically, two sides to the issue.

54. Firstly, according to the future-oriented aspects of this study, that is, the lessons to be drawn from the study as to the potential for negotiating treaties and other consensual legal instruments and practical mechanisms in order to ensure better relations in the future between indigenous peoples and States, a narrow definition of "a treaty" and "treaty-making" would hinder or pre-empt any innovative thinking in the field. Yet it is precisely innovative thinking that is needed to solve the predicament in which many indigenous peoples find themselves at present.

55. Secondly, such a narrow definition of treaties and treaty-making would impede (or even preclude) any proper account of indigenous views on these issues, simply because of the widely-held rationale that indigenous peoples are not "States" in the current sense of the term in international law, regardless of their generally recognized status as sovereign entities in the era of the Law of Nations.

56. It is worth reiterating that it would be equally erroneous to assume that indigenous peoples have no proper understanding of the nature, formalities and implications of treaties and treaty-making. Some authorities on the issue, however, attribute to them a total lack of understanding of the principles of such instruments and their "codes". Nonetheless, not only bibliographical sources but also direct testimony gathered by the Special Rapporteur from indigenous sources provide ample proof to counter this assumption.

57. It has been brought to his attention from the start of his endeavours that the concept and practice of entering into international agreements - that is, compacts between sovereign entities, whether nations, "tribes" or whatever they choose to call themselves - was widespread among indigenous peoples in the Americas, Aotearoa/New Zealand and elsewhere before the arrival of the European colonizer and continues to be so.

58. In addition, during field research, many indigenous sources (oceans apart) consistently advised the Special Rapporteur that, on a number of

occasions in the course of negotiations, the non-indigenous parties had failed to adequately inform their indigenous counterparts (that is, the ancestors of those indigenous sources) of the cause and object of the compact, frequently drafted only in the European languages and then orally translated. The linguistic difficulties this entailed for the indigenous parties often prevented them from gaining a full understanding of the true nature and extent of the obligations that, according to the non-indigenous version of those texts (or construction of its provisions), they had assumed. This situation was obviously not conducive to free, educated consent by the indigenous parties to whatever compact emerged from those negotiations. It follows, then, that those instruments would be extremely vulnerable in any court of law worthy of its name.

59. The Special Rapporteur is of the opinion that these accounts - particularly in cases involving the cession of territories by indigenous parties - reflect the actual sequence of events, considering, in particular, the inherent inalienable condition of their lands, and the historical situations faced by many indigenous nations.

60. Dealing also with the fundamental principles governing treaty-making and its "codes", Charles Alexandrowicz has demonstrated, using the example of early African treaties with European Powers (or with their successors for that matter), that, while specific concepts regarding power, kingship and other matters of political organization may have differed between the two parties, they nevertheless rarely failed to find common ground as far as those principles were concerned.

61. Among these commonly shared fundamental principles of treaty-making, one finds: the need for mandated representatives to engage in negotiation, basic agreement on the subject matter of treaties, and concepts relating to the need for ratification and the binding power of any type of formally negotiated compact.

62. However, it should be noted that an exhaustive study of the indigenous viewpoint on a number of important aspects of treaties and treaty-making, still remains to be undertaken. Although it falls squarely under the Special Rapporteur's mandate, sufficient resources have not been available for completion of such a task. Nonetheless - in accordance with Martínez Cobo's recommendations - he has endeavoured wherever possible to take proper account of indigenous knowledge and institutional set-up regarding the history of treaties and treaty-making, as well as the lessons indigenous peoples themselves tend to draw from this knowledge with a view to redefining their relationship with the States in which they now live.

63. In more theoretical terms, one might argue that the principle of reciprocity represents a cross-cultural feature of treaty-making. This is also borne out by the understanding which various indigenous parties to treaties perpetuate regarding the basic nature of the treaty relationship.

64. A case in point - but not the only one - is the indigenous understanding of some of the numbered treaties in present-day Canada, which has become easily accessible thanks to recently published research.<sup>21</sup> In conjunction with the work of the Royal Commission on Aboriginal Peoples in that country, a

large number of accounts of indigenous treaty interpretations have been submitted. Unfortunately, the Special Rapporteur has not had the opportunity to study these accounts in depth. Nonetheless, there is no doubt as to their importance both for the handling of indigenous situations in Canada and his own conclusions in this final report.

65. One final remark on the overall issue of the treaty problematicue: it has not been possible for the Special Rapporteur to assess thoroughly all the possible connections between this problematicue and the general question of "the human rights of indigenous individuals". Obviously, this is a very different notion from that of "the rights of indigenous peoples", which is much broader in scope and, in fact, includes those individual rights.

66. Regarding the content of this final report and in accordance with the terms of reference of the Special Rapporteur's mandate, the process of "domestication" of all issues relating to indigenous peoples is of singular importance and obviously requires further analysis and elaboration in this final stage of his work. An extensive review of the origin of this process is necessary to gain a full understanding of crucial juridical and socio-economic elements of the present-day situation of these peoples, as manifested in former European settler colonies (and the States which succeeded them) when the relationship originated, and also as it now exists in relevant, today multi-national, States in Latin America, Africa, Asia, the Pacific and northern Europe. Consequently, this question will be dealt with in extenso in the conclusions offered in chapter III of this final report.

67. On the other hand, the process of the domestication of indigenous issues must be set off against that of independence/decolonization in the Latin American, African, Asian and Pacific countries (which differ greatly), since it raises a further and very pertinent issue, namely that of the relevance of the concept of "indigenusness" with reference to any possible case of "State-oppressed peoples", including "minorities", in the particular context of present-day African, Asian and Pacific States.

68. In the latter countries, the era of decolonization brought about a radical change in the concept of the qualifier "indigenous". This was a result of a new political context whose most visible symbol was the emergence of a large number of new States under contemporary international law. Thus, from a conceptual viewpoint, the Special Rapporteur considers it necessary to re-establish a clear-cut distinction between indigenous peoples and national or ethnic minorities. This differentiation of course is not to be construed as implying lack of recognition of those minorities' collective rights as distinct societies.

69. In this connection, it should be noted that in 1991, at the beginning of his work, and in establishing guidelines for his research as a whole, the Special Rapporteur decided to distinguish strictly between "minorities" and "indigenous peoples".<sup>22</sup> In addition, it should be borne in mind, that in accordance with the criteria adopted by him in 1995 with respect to his future plan of work, in the final phase "the emphasis of the study should be on cases and situations in which the 'indigenous peoples' category is already established beyond any doubt from a historical and modern-day point of view".<sup>23</sup>

70. Years of research and reflection at various levels of the United Nations system, especially by the Commission on Human Rights and its Sub-Commission, have not yielded a generally accepted definition of the term "minority", nor of the qualifiers often associated with it, such as "ethnic" or "national".

71. The significance, on the other hand, of the "working definition" of "indigenous peoples" formulated by Special Rapporteur José Martínez Cobo in the last part of his study, lies in the fact that his Conclusions have been recognized as "an acceptable basis of work" by the Commission and its subsidiary bodies.

72. Nevertheless - as has been argued earlier in the progress reports of this study - in Martínez Cobo's attempt to extend his "working definition" to all cases brought to his attention in the course of his mandate, he tended to lump together situations that this Special Rapporteur believes should be differentiated because of their intrinsic dissimilarities.

73. These dissimilarities hinge on a number of historical factors that call for a clear distinction to be made between the phenomenon of the territorial expansion by indigenous nations into adjacent areas and that of the organized colonization, by European powers, of peoples inhabiting, since time immemorial, territories on other continents.

74. Of particular concern to the Special Rapporteur, vis-à-vis this study, was the fact that, in the context of current United Nations practice and in accordance with existing international legal instruments and standards, the securing of effective international protection of minority rights remains very much confined to the realm of their individual rights. In addition, this overall issue is mainly dealt with as a matter pertaining to the internal jurisdiction of States, thus precluding any alternative approach.

75. Yet, indigenous peoples justly attach considerable importance to the recognition, promotion and securing of their collective rights, that is, their rights as social groups. Equally, they seek the possible establishment of international mechanisms for the resolution of conflicts with State authorities, in particular, in connection with the rights recognized in, or acquired by means, of instruments with acknowledged international status, such as treaties.

76. Consequently, the Special Rapporteur has already expressed the view that indigenous peoples, although they may constitute numerical minorities in a number of the countries in which they now live, are not "minorities" in accordance with United Nations usage and for the purposes of possible practical action on the part of the Organization.<sup>24</sup> By the same token, ethnic and/or national minorities are not to be considered "indigenous peoples" in the United Nations context.

77. It is worth pointing out that United Nations policy on this point is now well established; especially since 1994 with the establishment of the Working Group on Minorities under the Sub-Commission, by decision of the Economic and Social Council upon the recommendation of both the Commission and the Sub-Commission itself.<sup>25</sup>

78. In the course of his conceptual reflections, the Special Rapporteur was also led to underscore that, in the African and Asian contexts, the problematique of indigenous communities is rarely coextensive with that of the treaty relationship,<sup>26</sup> although it may well be that, among others, the case of the Maasai is an exception warranting further scrutiny, given their role in the negotiations leading to Kenya's independence.

79. It remains nevertheless true that communities which could be regarded as indigenous in the context of Martínez Cobo's study, given their lifestyles and habitat - but excluding other factors, such as their "indigenusness" condition today as compared with the "indigenusness" of other communities coexisting with them in the post-colonial era in the territory of practically all States on the African and Asian continents - tended not to be parties to treaties or agreements either with the colonial powers or with the States that succeeded those powers after decolonization and independence.<sup>27</sup>

80. It must be underlined, however, that the Special Rapporteur has not been in a position to assess all possible overlaps and contradictions of every treaty-related issue and the overall indigenous problematique in the African and Asian contexts.

81. Moreover in this connection, it can be validly argued that the legacy of "protected" tribal areas in Africa and Asia (especially in regions formerly included in the British colonial empire, for example in India and southern Africa) has raised a number of specific problems - particularly when reflected in the work of some international organizations, such as the International Labour Organization and the Organisation of American States - that has contributed to the confusion on the issue of the well-established, clear-cut minorities/indigenous dichotomy.

82. Despite important lacunae in this respect, the Special Rapporteur has been led to draw some tentative ground rules from these particular issues, in particular regarding the status and situation of indigenous peoples not yet parties to any formal and consensual bilateral juridical instrument.

83. It should be recalled that many representatives of what they describe as State-oppressed groups/minorities/peoples in Africa and Asia have brought their case before the Working Group on Indigenous Populations for lack of other venues for the submission of their grievances. This situation is now being remedied with the establishment of the Working Group on Minorities.

84. It follows that, while their particular situation may qualify as a matter for general consideration within the framework of United Nations activities on the overall issues of the prevention of discrimination and the protection of minorities, its relevance is either tangential, extremely limited, or non-existent in a contemporary context regarding the issue of treaties/agreements and constructive arrangements between indigenous peoples and States - including their role in view of future agreements between indigenous and non-indigenous parties - and particularly for the present study in the light of the terms of reference of the Special Rapporteur's mandate under Commission on Human Rights resolution 1988/56.

85. In this final phase of the study, the emphasis, as explained earlier, is therefore to be only on situations where, in the view of the Special Rapporteur, the category of indigenous peoples has been established beyond doubt.

86. Concerning this important question, the Special Reporter considers it his duty to point out that - as was to be expected - the contents of this last part (paras. 66-85 above) of chapter I of his final report aroused critical reactions on the part of a number of participants in the sixteenth session of the Working Group, in 1998, when the present report was circulated in its unedited version (and in English only) as a working document. Both in their interventions during the debate on the subject and in conversations outside the meeting room, as well as in communications they sent to him later, various participants from Asia and Africa made known to the Special Rapporteur their complete disagreement with the content of the above-mentioned paragraphs.

87. As he had undertaken to do at the end of the debate that took place at the sixteenth session of the Working Group (see E/CN.4/Sub.2/1998/16, para. 102), the Special Rapporteur gave serious consideration to those comments, particularly those contained in the written communications. Leaving aside certain unacceptable (because unsubstantiated) invective contained in some of these communications - such as attributing to him a prevalence of "colonial and possibly even racists values" in his outlook and his methodological approach towards the question - the Special Rapporteur came to the conclusion that the arguments put forward therein were not sufficient to make him alter the basic views set out in the above-mentioned paragraphs of this report; all of which he reiterates on the present occasion.

88. Such reiteration is basically justified, given that in none of the communications he received was a serious counter-argument put forward to refute the obvious fact that in post-colonial Africa and Asia autochthonous groups/minorities/ethnic groups/peoples who seek to exercise rights presumed to be or actually infringed by the existing autochthonous authorities in the States in which they live cannot, in the view of the Special Rapporteur, claim for themselves, unilaterally and exclusively, the "indigenous" status in the United Nations context.

89. As mentioned previously, and given the exclusive character that the term "indigenous" has in this context, other groups, minorities, ethnic groups or peoples who live alongside them on the territory of a present-day multi-national or multi-ethnic African or Asian State - whose (sometimes aberrant) frontiers are the result of a colonial situation, perhaps legally defunct but which continues to cast its shadow on the present - would thus be excluded from this category of "indigenous". These States - whose existence as such is, in the majority of cases, very recent - have not only the right but also the duty to preserve their fragile territorial integrity. The risk to such States of breaking up (or "balkanization") which such unilateral claims to "indigenoussness" imply naturally cannot be taken lightly. It should be said that, with perhaps less defensible historical circumstances, many developed States, with centuries of existence as nation-States behind them, demonstrate the same reticence with respect to such a possibility, however remote it might be in fact.

90. To sum up: the Special Rapporteur firmly maintains his view that the situations described above, the scenario of which is African or Asian States, should be analysed in other forums of the United Nations than those that are currently concerned with the problems of indigenous peoples; in particular in the Working Group on Minorities of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities.

91. It needs to be reiterated also that the Special Rapporteur is not defending the absurd position of denying the existence on the African and Asian continents - as was affirmed in some of those statements and communications - of populations who are ethnic groups, minorities, peoples or autochthonous groups; on the contrary, all of them are. Therefore, except in certain cases mentioned in the present report (or a few others which could be considered in greater depth on the basis of further information), the term "indigenous" - exclusive by definition - is particularly inappropriate in the context of the Afro-Asian problematique and within the framework of United Nations activities in this field.

92. Lastly with respect to several other criticisms of opinions put forward in the present report on this issue, the Special Rapporteur would point out that the great value of, and the respect he has for, the views advanced on the subject by Mr. Martínez Cobo and by the distinguished Chairperson-Rapporteur of the Working Group, Ms. Erika Irene Daes in their respective studies do not mean that he is necessarily obliged to share those views.

## II. SUMMARY OF FINDINGS

93. In the three progress reports submitted until now, the Special Rapporteur has endeavoured to address not only the various aspects of the question of treaties between indigenous peoples and States as identified by Mr. Martínez Cobo, <sup>28</sup> but also those same aspects in connection with agreements and other constructive arrangements as mandated by the Commission and the Economic and Social Council.

94. Those issues are, among others, the areas covered by such instruments, their present-day legal standing, their implementation or lack thereof, and the consequences this might entail for indigenous peoples.

95. These aspects were addressed on the basis of manifold sources and documentation, including the responses received to the two questionnaires circulated twice at the beginning of the mandate; <sup>29</sup> the results of field and archival research conducted either by the Special Rapporteur or his consultant; and extensive documentation and other materials submitted by interested parties, whether States, indigenous peoples or organizations, scholars and other individuals concerned.

96. The sheer volume and diversity of these documents have led the Special Rapporteur to devote particular attention to the overall approach of the study and its methodological and theoretical challenges. The main approaches taken in this regard were spelled out in his first progress report. <sup>30</sup> They can be summarized as follows.



97. The Special Rapporteur insisted from the start on the need for a transdisciplinary approach - albeit with a strong juridical focus. <sup>31</sup>

98. Any attempt to explore and understand indigenous representations and traditions regarding treaties, agreements and other constructive arrangements must be carried out so as to favour a decentred view on culture, society, law and history, and to deal critically with ethnocentrism, eurocentrism and the evolutionist paradigm.

99. Moreover, the close connection between the indigenous problematique and the phenomena of colonialism, domination and assimilationist policies had to be thoroughly reviewed and acknowledged. This is a connection also made in the academic disciplines involved (such as anthropology), as well as in the legal discourse and in positive law. <sup>32</sup>

100. There are numerous historical examples of law as an instrument of colonialism, such as the doctrine of terra nullius, the encomienda and repartimiento systems instituted in Latin America by the Spanish Crown in the sixteenth century, the so-called "removal treaties" imposed on the indigenous nations of the south-eastern United States under President Jackson in the 1830s, and various types of State legislation encroaching on (or ignoring) previously recognized indigenous jurisdiction, such as the Seven Major Crimes Act and the Dawes Severalty Act passed by the United States Congress in the 1880s, the federal Indian Act in Canada, post-Mabo legislation in Australia and many pieces of legislation throughout Latin America.

101. Yet, with rare exceptions, the discourses of law itself, including that on treaties and treaty-making in the context of European expansion overseas and that of their successors in the territories conquered, are not impervious to anachronism and ex post facto reasoning, thus condoning discrimination of indigenous peoples rather than affording them justice and fair treatment.

102. A critical historiography of international relations clearly shows the dangers of this particular kind of reasoning, which projects into the past the current domesticated status of indigenous peoples as it evolved from developments that took place mainly in the second half of the nineteenth century under the impact of legal positivism and other theories advocated by European colonial powers and their continuators.

103. In his second progress report, the Special Rapporteur endeavoured, inter alia, to assess the contribution of that historiography to a better understanding of treaties and other legal instruments mutually agreed to by indigenous peoples and States, considering in particular the works of Charles H. Alexandrowicz and other relevant authors. <sup>33</sup>

104. As established above (para. 55), the main finding that emerges from these works relates to the widespread recognition of "overseas peoples" - including indigenous peoples in the current sense of the term - as sovereign entities by European powers and their successors, at least during the era of the Law of Nations.

105. Consequently, the problematique of indigenous treaties and other juridical instruments today affecting the lives of these peoples, hinges on

what the Special Rapporteur has termed a process of retrogression, by which they have been deprived of (or saw greatly reduced) three of the four essential attributes on which their original status as sovereign nations was grounded, namely their territory, their recognized capacity to enter into international agreements, and their specific forms of government.<sup>34</sup> Not to mention the substantial reduction of their respective populations in many countries around the world, due to a number of factors including, assimilationist policies.

106. This aspect can hardly be overemphasized, especially since the ultimate purpose of the study pertains to the potential utility of yet another process of reversal that would eventually lead toward renewed recognition of indigenous peoples as distinct collectivities, allowing these peoples redress for decades - if not centuries - of discrimination and forced integration.

107. It is against this backdrop that the following summary of the Special Rapporteur's findings regarding the three main categories of juridical instruments retained for study (see para. 93 above) ought to be considered.

A. Treaties/agreements between indigenous peoples and States

108. In his initial research, the Special Rapporteur focused, by force of circumstance, on the situation of former European settler colonies, especially in North America and the Pacific, given the extensive practice of treaty-making in the context of British and French colonial policy.

109. It should be noted that, although the Special Rapporteur affirmed initially that few, if any, treaties could be traced back to colonial times in Latin America,<sup>35</sup> further research has led him to reconsider this assumption. This modified approach is documented in the third progress report, especially with the example of the Mapuche parlamentos (Chile). At this final stage of his work, the Special Rapporteur is inclined to accept that the origin, causes and development of these juridical instruments can be compared, *prima facie* and in some aspects, to those of certain indigenous treaties in British and French North America.<sup>36</sup>

110. In establishing formal legal relationships with peoples overseas, the European parties were clearly aware that they were negotiating and entering into contractual relations with sovereign nations, with all the international legal implications of that term during the period under consideration.<sup>37</sup>

111. This remains true independently of the predominance, nowadays, of more restricted, State-promoted notions of indigenous "self-government", "autonomy", "nationhood" and "partnership" - if only because the "legitimization" of their colonization and trade interests made it imperative for European powers to recognize indigenous nations as sovereign entities.

112. In the course of history, the newcomers then nevertheless attempted to divest indigenous peoples, as pointed out above, of their sovereign attributes, especially jurisdiction over their lands, recognition of their forms of societal organization, and their status as subjects of international law.

113. The various ways and means utilized in the process of domesticating relations with indigenous peoples in the context of those former European settler colonies were addressed both in the second progress report (New Zealand, Australia and the unique case of Hawaii) <sup>38</sup> and in the third progress report (Canada, United States and Chile). <sup>39</sup> For a more general and detailed review of this process and its consequences, see chapter III below.

114. Nonetheless, it is important to stress at this point that the passage, for indigenous peoples, from the status of sovereign nations to that of State-domesticated entities raised a certain number of questions and posed specific challenges from the point of view of this study.

115. First of all, in the case of treaty relations, one notes a general tendency to contest whether treaties involving indigenous peoples have a standing, nowadays, in international law. This point of view, which is widespread among the legal establishment and in scholarly literature, <sup>40</sup> has been basically grounded alternatively on three assumptions: either it is held that indigenous peoples are not peoples according to the meaning of the term in international law; or that treaties involving indigenous peoples are not treaties in the present conventional sense of the term, that is, instruments concluded between sovereign States (hence the established position of the United States and Canadian judiciary, by virtue of which treaties involving indigenous peoples are considered to be instruments sui generis); or that those legal instruments have simply been superseded by the realities of life as reflected in the domestic legislation of States.

116. Whatever the reasoning followed, the dominant viewpoint - as reflected, in general, in the specialized literature and in State administrative decisions, as well as in the decisions of the domestic courts - asserts that treaties involving indigenous peoples are basically a domestic issue, to be construed, eventually implemented and adjudicated via existing internal mechanisms, such as the courts and federal (and even local) authorities.

117. It is worth underlining, however, that this position is not shared by indigenous parties to treaties, whose own traditions on treaty provisions and treaty-making (or on negotiating other kinds of compacts) continue to uphold the international standing of such instruments. Indeed, for many indigenous peoples, treaties concluded with European powers or their territorial successors overseas are, above all, treaties of peace and friendship, destined to organize coexistence in - not their exclusion from - the same territory and not to regulate restrictively their lives (within or without this same territory), under the overall jurisdiction of non-indigenous authorities. In their view, this would be a trampling on their right to self-determination and/or their other unrelinquished rights as peoples.

118. By the same token, indigenous parties to treaties have rejected the assumption held by State parties, that treaties provided for the unconditional cession of indigenous lands and jurisdiction to the settler States.

119. It is worth noting in this regard that indigenous views on treaties have begun to receive increased attention in some countries, such as Chile, New Zealand and Canada. Thus, in its recent Final Report, the Royal

Commission on Aboriginal Peoples, established by the Government of Canada, recommended that the oral history of treaties, orally transmitted from generation to generation among indigenous peoples, should be used to supplement the official interpretation of treaties based on the written document.<sup>41</sup>

120. Nevertheless, the contradictions one notes regarding the historiography and interpretation of treaties, depending on whether one is dealing with State-promoted views on this matter, the established academic legal discourse or the traditions upheld by indigenous peoples themselves, in their practical consequences undoubtedly create a conflict situation.

121. In addition, these contradictions place a formidable burden on the formulation and realization of future negotiated legal instruments between indigenous peoples and States: the difficulties of negotiating those new instruments without having previously identified and settled key questions need not be stressed.

122. This observation clearly pertains to all treaty/agreement-related issues. One example is the alleged opposition, in the Canadian context, between treaties of peace and friendship (concluded in the eighteenth century and earlier) and so-called numbered treaties of "land surrenders" (especially from the second half of the nineteenth century on). This opposition is contradicted by indigenous parties to numbered treaties, who consider that they are parties to treaties of peace, friendship and alliance and that they did not cede either their territories or their original juridical status as sovereigns. Similar discrepancies are to be noted in the United States and New Zealand.

123. Closer scrutiny of the provisions of treaties concluded between indigenous peoples and States also reveals that in most cases the subject of such treaties is common in international law, whatever the historical period considered; thus such treaties deal with questions of war/peace, trade provisions, protection of the subjects/citizens of each signatory party, and so forth.

124. Furthermore, while the predominant present-day legal discourse holds that treaties fall primarily within the domestic realm of States, the manner in which treaties are dealt with in municipal law and by the national courts nevertheless also raises a number of questions.

125. In this connection, failure of State parties to comply with, or their violation of, the obligations assumed under existing treaties, the unilateral abrogation of the treaty itself (or parts thereof), via State law or other mechanisms and even the failure of State parties to ratify treaties negotiated with indigenous peoples were problems identified, at an early stage of his work, by the Special Rapporteur regarding the significance of treaties/agreements at the national level.

126. Such problems are, in one way or another, connected with most juridical situations retained by the Special Rapporteur for study; moreover, they are not limited to historical situations but also arise with respect to more modern compacts.<sup>42</sup>

127. It follows that the enforcement and implementation of existing, recognized treaties involving indigenous peoples today can hardly be taken for granted. Furthermore, it remains to be seen what burden this state of affairs places on the modalities of future negotiated agreements between indigenous peoples and States. Obviously, this also has a number of practical consequences for the status and legal personality of indigenous peoples, both at the national and at the international level.

B. Other constructive arrangements

128. Turning now to the quasi-juridical term "other constructive arrangements", it must be recalled that this was defined by the Special Rapporteur from the start as "any legal text or other documents that are evidence of consensual participation by all parties to a legal or quasi-legal relationship".<sup>43</sup>

129. The main example examined under the heading of "other constructive arrangements" concerns the Greenland Home Rule. At the start of his mandate, on the basis of various submissions made by the Greenlandic delegates and the Government of Denmark to the Working Group, the Special Rapporteur thought it appropriate to assess whether the kind of procedure instituted by Denmark in 1979 could be useful for the realization of improved relations between indigenous and non-indigenous parties.<sup>44</sup>

130. His more recent, detailed analysis of Greenland Home Rule,<sup>45</sup> showed proof, in the view of the Special Rapporteur, that the arrangement in question entails a number of restrictions for the indigenous population of the island, both in terms of the process which led to its establishment and the effects of its provisions. For example, since the Danish Constitution has full effect in Greenland, the Home Rule authorities must abide by all constitutional provisions in crucial fields such as foreign policy and the obligations arising from international agreements entered into by Denmark.

131. This could have had certain grounds of legitimacy - in terms of the real exercise by Greenlanders of the right to self-determination - had the effective input of the indigenous population of Greenland into the formulation and implementation of Home Rule not been limited.

132. The Special Rapporteur is of the opinion that the type of "autonomy regime" provided for under Home Rule does not amount to the exercise of the right to self-determination by the population of Greenland. By the same token, he believes that the way in which the discussions took place between Greenlandic and Danish officials prior to the introduction of Home Rule in 1979 can in no way be described as a constructive example of the full exercise of that inalienable right.

133. In other countries, discussions are currently taking place with a view to establishing (or implementing) autonomy regimes, or adopting measures to recognize a distinct legal status for indigenous peoples, whether these are to be decreed by law or to be enshrined in the national constitution. Prominent examples addressed by the Special Rapporteur concern the Kuna Yala in Panama and the Atlantic region in Nicaragua.<sup>46</sup> One should also take cognizance of the new developments taking place in Guatemala in the past few years.

134. These autonomy regimes have brought (or may bring) certain advantages to indigenous peoples. For example, in the case of Panama, autonomy has allowed for the recognition by the State of the traditional political authorities of the Kuna Indians, especially the Kuna General Congress, and some control over development policies within the indigenous territory.

135. The Special Rapporteur notes, however, that recognition of "autonomy" for indigenous peoples within the State (whatever powers or restrictions thereto are established), most probably will neither automatically end States' aspirations to exert eventually the fullest authority possible (including integrating and assimilating those peoples) nor nullify whatever inalienable rights these people may have as such.

136. Moreover, the mechanisms through which "autonomy regimes" for indigenous peoples are being formulated and implemented must be assessed, on a case-by-case basis, for proof of free and informed consent by all parties concerned, especially indigenous peoples.<sup>47</sup>

137. Similar concerns might be raised about other juridical situations that could be described by some sources as "constructive arrangements" - most prominently the James Bay and Northern Québec Agreement (Convention in its French version), the first in a series of so-called "comprehensive land claims settlements" in Canada - which were addressed by the Special Rapporteur in his third progress report.<sup>48</sup>

138. These concerns refer to, inter alia, the fact that, in this particular case, treaty negotiations were only set in motion after considerable turmoil in connection with a vast, government-sponsored hydroelectric project. Moreover, the amount of litigation the agreement in question has generated led the Special Rapporteur to ponder very seriously the efficacy of treaty negotiations in a situation of economic, environmental and political duress resulting from one-sided government policies.

139. Given the actual prevalence of the policy of comprehensive land claims settlement in Canada and the avalanche of documentation requiring review in this regard, the Special Rapporteur is not in a position, at present, to hold anything more than tentative views on other cases regarding this particular type of "constructive arrangement".

140. Discussions and negotiations currently taking place in several countries (not only in Canada), warrant further, long-term analysis of the mechanisms envisaged and applied to arrive at a settlement, and the modalities of their implementation. It should be noted in this regard that the completion of several land claims settlements and so-called "modern treaties" in Canada raises a number of interesting issues. Among them is the wide variety of parties (indigenous nations, provincial authorities, and the federal Government) involved in such treaty-making processes.

141. The significance and international relevance of developments in Canada cannot be overstressed, if only because they highlight the importance and

potential utility of establishing sound, equitable "ground rules" for the negotiations required to draft and conclude "constructive arrangements", as well as for the efficient performance of the mechanisms for their practical implementation which are so necessary for developing new approaches to indigenous problems, not only in Canada, but also in all other multi-national countries with the same or similar problems. Indeed, all this will be put to the test in the vast array of "comprehensive land claims settlement" and treaty negotiations that are currently taking place in various regions of Canada, for example, in British Columbia - where a first agreement was reached with the Nishga in 1996 - and in the Northwest Territories - where one notes the particular difficulties encountered by indigenous peoples. Thus, after negotiations with the D  n   nation as a whole broke up in the late 1980s, the State party decided to negotiate with individual bands. To date, two settlements have been reached, namely with the Sahtu and the Gwich'in.<sup>49</sup>

142. Such fragmentation of indigenous entities via the negotiation process also occurred in other cases, for example that of the Lubicon Cree, in which, according to the information available to the Special Rapporteur, a new band was created - under questionable conditions, according to some indigenous sources - to facilitate a partial land claims settlement. To date, however, the Lubicon case itself has not been settled, mainly because the indigenous party is unwilling to accept the complete extinguishment of native title as a prerequisite for settlement.

143. In all situations - whether or not governed by treaties/agreements - the issue of possible extinguishment of indigenous rights to their lands, either by treaty/agreement or "constructive arrangements", is of crucial importance, since it imposes duress on the indigenous party.

144. It follows that the category of "other constructive arrangements", while added belatedly to the mandate of the Special Rapporteur, has revealed itself to be of particular significance as far as how to identify and duly establish solid bases for a new, more equitable future relationship between the indigenous and non-indigenous sectors of society is concerned.

145. At this stage it is important to note that contrary to treaties (especially so-called "historical" treaties), constructive arrangements - and this applies to all examples considered to date under the mandate of the Special Rapporteur - are intended, per se, to be dealt with exclusively within the municipal setting.

146. From the abundant information recently received, in situ, by the Special Rapporteur, it seems clear that in the Canadian context, constructive arrangements such as "comprehensive land claims settlements" and so-called "modern treaties" are basically conceived as a means of settling all outstanding indigenous claims. According to this information, they mostly concern areas in which indigenous peoples are not parties to treaties. In general it remains to be seen in what manner the enforcement and implementation of the provisions of possible constructive arrangements of this type can be ensured, especially for the indigenous parties to such agreements.

C. Situations lacking specific bilateral legal instruments to govern relations between indigenous peoples and States

147. From the start, the Special Rapporteur decided that, in order to fulfil his mandate, it was imperative to review the situation of indigenous peoples that are not parties to any of the instruments covered by the study.

148. Lacking such a review, it would be impossible for him to assess whether or not treaty-making (again, in the broadest sense of this term) can be considered as an appropriate juridical tool to improve the situation of indigenous peoples in general, to set the pattern for eradicating any discriminatory treatment against them and to gradually put an end to the present-day antagonistic nature of the relationship between indigenous and non-indigenous peoples living together in many countries.

149. Regarding the categories of indigenous peoples falling under the present section, the Special Rapporteur identified the following general situations in his first progress report: (a) indigenous peoples who have never entered into consensual relations with any State; (b) indigenous peoples parties to instruments that were unilaterally abrogated - either formally or by way of outright non-implementation - by the State party; (c) indigenous peoples who participated in the negotiation and adoption of instruments that were never ratified by the competent State bodies; and (d) indigenous peoples living in countries where, as the result of an effective process of acculturation, the municipal legislation lacks specific provisions guaranteeing distinct status to them and protection of their rights as peoples.

150. Peoples falling into one or more of these groupings include, of course, those who, because of the lack of recognition of their indigenous status by the State, have been denied any possible redress - either in law or by formal negotiation - in conflict situations relating, precisely, to this status.<sup>50</sup>

151. First and foremost, it must be pointed out that, at present - and with very few exceptions - national and international legal texts having a bearing on the living conditions of indigenous peoples are enacted and enforced by State institutions without direct indigenous input.

152. The cases initially retained for study under this heading included the Aborigines and Islanders in Australia, the Gitksan and Wet'suwet'en in British Columbia (Canada), the Yanomami of Brazil, the indigenous Hawaiians, the Mapuche (Argentina and Chile), the Maya of Guatemala, the Lubicon Cree of Alberta (Canada), the San (Botswana), the Ainu (Japan), the people of the so-called rancherías in California (United States) and the Kuna of Panama.

153. Having completed his research, the Special Rapporteur considers that it may be useful to review the above list, so as to determine - at least provisionally - what would be the most practical and fruitful means (i.e. treaty/agreement renegotiation and/or proper implementation, "constructive arrangement", resort to international bodies, or some other formula) of constructively approaching, in the future, the wide array of current situations confronting those peoples mentioned above.



154. In all cases, the historical development of each of their individual predicaments must be duly considered, since it may provide definite clues as to the suitability of the possible available solutions.

155. It should be stressed, however, that any decision concerning such a solution must be reached with full participation of the indigenous party. No other approach may lead to a much-needed process of confidence-building and thus to consensual legal instruments.

156. The Special Rapporteur has already indicated changes suggested regarding the treaty situation in Latin America.

157. Thus, the Mapuche can be included in the category of peoples who have already participated in a process of treaty-making. Others, like the Kuna, may gain protection through "constructive arrangements", a process that is apparently still ongoing. The case of the Maya and Yanomami are discussed below.

158. Furthermore, at this final stage of his research, the Special Rapporteur is in a position to approach the other cases in question according to the pattern described below.

159. A first series of situations, including those of the Lubicon Cree and the Gitksan and Wet'suwet'en in Canada, should be considered under the category of possible constructive arrangements, provided certain aspects of their situation can be resolved at an early stage in mutually acceptable terms.

160. The case of the indigenous peoples of Australia might be addressed through a process of treaty-making, assuming the Makarrata (or treaty), called for by the indigenous parties since 1980 remains a running issue.<sup>51</sup> Nevertheless, this Makarrata should also be viewed not only against the backdrop of the so-called reconciliation process launched by the Australian federal Government in 1991 by virtue of the Council for Aboriginal Reconciliation Act, but also in the light of recent judicial and legislative developments, most prominently the Mabo (No. 2) judgement of the Australian High Court (1992) and the Native Title Act enacted at the federal level in 1993.

161. In the case of the rancherías in California, its relevance hinges mainly on the failure of the State party to ratify texts already negotiated with the peoples concerned and should therefore also be considered as a situation of eventual re-emergence and proper implementation of treaties.

162. Considering the above, the Special Rapporteur has been led to believe that other cases of the failure of State bodies to ratify treaties negotiated at some point in history with indigenous parties ought to be re-examined at the appropriate level, with a view to determining the possibility of bringing the ratification process to completion.

163. By virtue of the so-called Apology Bill enacted by the Congress of the United States (P.L. 103-150, of 1993), among other reasons, the situation of

the indigenous Hawaiians takes on a special complexion now. The Apology Bill recognizes that the overthrow of the Hawaiian monarchy in 1898 was unlawful. By the same token, the 1897 treaty of annexation between the United States and Hawaii appears as an unequal treaty that could be declared invalid on those grounds, according to the international law of the time.

164. It follows that the case of Hawaii could be re-entered on the list of non-self-governing territories of the United Nations and resubmitted to the bodies of the Organization competent in the field of decolonization.

165. Still in connection with the list of cases considered above, to the knowledge of the Special Rapporteur, the Yanomami of Brazil, the Maya of Guatemala, the San (Botswana) and the Ainu (Japan) are the only examples of indigenous peoples who never entered into consensual juridical relations with any State.

166. The question of whether, and in what manner, each of these indigenous peoples should seek a negotiated agreement, or any other freely agreed-to formula, with the States in which they now reside remains to be addressed on a case-by-case basis with adequate indigenous input.

167. Particular consideration should be given, in these cases, to the practical day-to-day consequences (sometimes grave) of the lack of such agreements for the juridical and political status of the peoples concerned in the mixed societies in which they now live, and for the preservation, promotion and effective realization of their historical rights as peoples, including their human rights and freedoms.

### III. A LOOK AT THE PRESENT: ORIGIN, DEVELOPMENT AND CONSEQUENCES OF THE DOMESTICATION PROCESS

168. In establishing the mandate of the Special Rapporteur, both the Commission on Human Rights and the Economic and Social Council instructed him "[to take into proper account] the social-economic realities of States".<sup>52</sup> It is therefore imperative for him to review the present-day situation of indigenous peoples now inhabiting multi-national States. However, the current situations cannot be fully understood if the origins and development of the process of domestication of indigenous issues are not examined as well.

169. Any attempt, at the end of the twentieth century, to arrive at a general approach to the vast, complex, and more than 500-year-old problematique of the indigenous peoples, should not - and cannot - ignore a fundamental fact: their initial contacts with "non-indigenous" peoples from other parts of the world, dating back to the late fifteenth century, were the result of the launching and development of European colonial expansion.

170. This expansion was inherent to the new mode of production emerging in Europe during the final part of the late Middle Ages. By the last decade of the fifteenth century, this new economic model had already developed enough scientific, technological and financial wherewithal to allow the successful launching of exploration companies, "discovery" expeditions and colonization in the search for new trade routes and markets in far-off regions. The

theatre of these operations encompassed the Americas, Asia, Africa, the vast expanses of the Pacific and even certain parts of the periphery of Europe itself.

171. At a later stage, other contributing factors to this expansionism were: religious intolerance, oppression based on national origin and the economic and social marginalization of certain sectors of the European population, as well as antagonism and confrontation between the European powers in various epochs. All this would, in later centuries, foster both the establishment of new initial contacts in the hinterlands of the territories "discovered", and the further development and consolidation of the colonial phenomenon as a whole.

172. Despite the surfeit of pious excuses that has been found to justify ethically the launching of this overseas colonial enterprise, and the pseudo-juridical (sometimes even openly anti-juridical) reasoning which has attempted to defend it "legally", there is irrefutable evidence that its clearly-defined goals had nothing either "humanitarian" or "civilizing" about them.

173. Its first raison d'être was to guarantee a permanent presence of the overseas power, either settler populations or mere trading posts, in territories inhabited by other peoples. Secondly, the overseas power sought to acquire the rights to exploit the natural resources existing there and to secure these new markets for the import and export needs. Thirdly, it coveted those new strongholds to strengthen its position in the struggle with other European powers. Finally, it sought to safeguard what had been acquired by imposing its political, social and economic institutions and modalities on the peoples inhabiting these lands.

174. Those goals were to be accomplished at any cost, even - should it be necessary and possible - that of the destruction of often highly advanced cultures, socio-political institutions and traditional economic models developed over centuries by the indigenous peoples.

175. As has been reasoned before in a previous report, submitted in 1995, the overseas colonial undertaking differed completely from the very common phenomenon of expansion into adjacent territories (at the expense of their neighbours) practised by the peoples in those "new" territories before the arrival of the European colonizer. The inherent nature of the colonial undertaking, the exploitative, discriminatory and dominating character of its "philosophy" as a system, the methods employed and the final results it had on very dissimilar societies mark the difference.

176. These dissimilarities have today acquired, as a result of the still unfinished decolonization process, an even greater dimension as far as Asia, the Pacific and Africa are concerned. As a direct result of decolonization, the gap left by the "non-indigenous" colonial political powers in those continents has been filled by population sectors whose "indigenous" (or "autochthonous") condition is indisputable by any of today's standards.

177. It must be borne in mind that, according to all available information, the terms "indigenous", "native", "mitayo", "Indian", "autochthonous populations" and others of a similar cast do not come from the lexicon of those whom we today label "indigenous peoples", but from the vocabulary utilized by the "discoverers"/conquistadores/colonizers and their descendants, to differentiate themselves - in a relationship of superiority/inferiority - from the original inhabitants of the new territories being added to the European crowns.

178. The initial encounters were, of course, varied in nature. Some were guided solely by the logic of outright force. We must recall that the sword - efficiently backed by the cross - has for more than 500 years sealed the fate of tens of millions of the original inhabitants of Latin America and the Caribbean and that of their descendants.

179. The right emanating from force and imposed by it as an instrument of assimilation/marginalization policies was also the basis of the "asymmetrical" bilateral relations between indigenous peoples and the criollos established in the new Latin American republics after independence from Spain and Portugal. The victory of Ayacucho meant little or nothing for the original inhabitants, who simply found themselves subject to the domination of new rulers.

180. This has been, in general, the situation in the Latin American region, both in those countries that were fully colonized before independence was obtained and in those where it was left to the new republic, for example in the cases of Argentina and Chile, to complete domination of the indigenous population, also by force, in every corner of the new State. Only in an extremely limited number of cases (when no way could be found around an effective refusal to submit, as in the parlamentos in the Chilean Araucania) are there vestiges of juridical obligations assumed (although rarely met) with "the Indians" through negotiation and legally binding instruments.

181. However, in other latitudes of the Americas, as well as in other areas of the world, these first contacts were not marked exclusively by military force. On the one hand, this was related to then-predominating political and juridical discourse in the societies from which the outsiders came. On the other, it reflected the balance of forces that originally existed between the newcomers and the well-organized societies that had populated these "new" territories for centuries, a balance that was to change radically as the colonization process progressed.

182. A case in point is Britain's progressive colonization - and that further advanced by its successors in the original 13 colonies (the kernel of the United States) at the end of the eighteenth century - of the vast tracts of land today comprising Canada and the United States. There, a "juridical factor" (i.e. treaties) was introduced. To a certain degree, this form of initial contact can also be seen in the French colonial endeavours in parts of these same territories at that time. During the progressive advance from the Atlantic to the Pacific, military might coexisted with negotiations and juridical instruments as the basis of relations between the colonizer and the indigenous peoples encountered.

183. In the general run of late cases, especially in Africa and in certain areas of the Pacific, the initial colonial presence and implantation also began with a low profile. This can be seen, for example, in British behaviour both in Africa and in New Zealand.

184. In many places, successive waves of settler migration from the metropolis (in the case of Hawaii) or of royal trading companies' representatives (frequent in the "East Indies"), and certain legal modalities (some highly "innovative", such as the "perpetual leasing" of territories) emerged alongside the traditional juridical forms (bilateral agreements and treaties). All, however, sought the same end: to secure colonial domination.

185. These various options were employed according to the needs and possibilities of the alien powers in each specific case, whether the purpose was to formalize, ex post facto, the acquisitions already made or to smooth the path for any future military action that might be required.

186. However, something must be said about the juridical instruments that emerged after the initial contacts in the various periods. Their intrinsic nature, form and content make it clear that the indigenous and non-indigenous parties mutually bestowed on each other (in either an explicit or implicit manner) the condition of sovereign entities in accordance with the non-indigenous international law of the time.

187. It must be stressed that certain States had a very powerful motivation for making these treaties or other international instruments of a contractual nature requiring the consent of participants. Furthermore, this motivation (in the direct interest of the non-indigenous party) was quite clear: to legitimize (via the acquiescence of the autochthonous sovereign of the territories in question) any "right" (real or intended) with which they could counter opposing claims advanced by other colonial powers vying for control of those lands.

188. However, to acquire such "rights" via derivative title (since they clearly lacked original title, or because the legality of their presence in those areas was being questioned), required that they seek the agreement of the legitimate holder of the original title, i.e., the indigenous nation in question. The latter would have to do this by the formal cession of their lands (or their sale, or a concession of acquisitive possession or any other type of valid transfer).

189. In accordance with European legal tradition and formalities, this transfer should appear in a document that could be presented as proof before the colonizing power's equals in the "concert of civilized nations". The ideal instrument for this, according to the international law of the epoch, was the treaty. Furthermore, the only entities with the juridical capacity to make treaties were (like today), precisely, international subjects possessing sovereignty - their own or delegated by other sovereigns - through the exercise of it.

190. In a second phase of the colonization project and until it peaked - during its "classical" manifestation or a variation thereof, and especially as of the second third of the nineteenth century - there was a visible increase

in the use of military force to acquire vast tracts of "new" territories. This shift was very much in line with the enormous power already being wielded by the traditional European imperial powers and by others who emerged later to begin their own expansionism.

191. The newcomers' descendants increased their military and economic capacity. That of the indigenous peoples remained (in the best of cases) the same or (most frequently) decreased rapidly, which resulted in both cases in a growing vulnerability of these peoples to the machinations of the non-indigenous, with whom they had possibly made treaties/agreements, but who now wished to ignore their sovereignty and impose a "new order" on their ancestral homes.

192. Thus began the process that the Special Rapporteur has preferred to call (without any claim to originality) the "domestication" of the "indigenous question", that is to say, the process by which the entire problematic was removed from the sphere of international law and placed squarely under the exclusive competence of the internal jurisdiction of the non-indigenous States. In particular, although not exclusively, this applied to everything related to juridical documents already agreed to (or negotiated later) by the original colonizer States and/or their successors and indigenous peoples.

193. It may be argued that in the light of international law today, and particularly on the basis of Article 2, paragraph 7, of the Charter of the United Nations, such a claim for the reserved domain of domestic jurisdiction could, *prima facie*, find juridical backing.

194. However, to legitimize beyond any doubt the ways and means used to take issues that originally belonged to the realm of international law away from it and to justify making them subject solely to domestic legislation unilaterally passed by the States and adjudicated by domestic non-indigenous courts, States should produce unassailable proof that the indigenous peoples in question have expressly and of their own free will renounced their sovereign attributes.

195. It is not possible to understand this process of gradual but incessant erosion of the indigenous peoples' original sovereignty, without considering and, indeed, highlighting the role played by "juridical tools", always arm in arm with the military component of the colonial enterprise.

196. In practically all cases, both in Latin America and in other regions mentioned above, the legal establishment can be seen serving as an effective tool in this process of domination. Jurists (with their conceptual elaborations), domestic laws (with their imperativeness both in the metropolis and in the colonies), the judiciary (subject to the "rule of [non-indigenous] law"), one-sided international law (its enforcement assured by military means) and international tribunals (on the basis of existing international law) were all present to "validate" juridically the organized plunder at the various stages of the colonial enterprise.

197. There are abundant examples of this: the 1898 Joint Resolution under which the U.S. Congress, after using force to impose a treaty, consummated the outright annexation of the sovereign State of Hawaii (which had manifold international juridical relations with other "civilized" nations), and the

"scramble for Africa" formalized at the 1885 Berlin Congress by the colonial powers of the epoch are just two of the many examples. Others also supporting this assertion can be found in the progress reports submitted earlier by the Special Rapporteur.

198. The concept of the "rule of law" began to traverse a long path, today in a new phase, towards transformation into "the law of the rulers".

199. Yet, one cannot fail to mention the role played by decisions taken by some indigenous peoples themselves in this same process of domestication, most of them, however, taken under extremely difficult conditions or in a clear "state of necessity", to use a juridical expression.

200. Nevertheless, the Special Rapporteur has chosen to state his views on this matter keeping very much in mind the forward-looking aspects of his mandate, and highly aware of the significance of the lessons to be drawn from history, *mutatis mutandis*, in the process of building a new, more just, and solid relationship of coexistence between the indigenous and non-indigenous sectors in a considerable number of modern societies. History is an excellent source of knowledge for shaping political action. To ignore history would make it incredibly difficult to understand fully the present, and practically impossible to face the future wisely.

201. In this context, let it be said that the Special Rapporteur's historical research has shown, in his view, that not all indigenous nations made the wisest choices at all times. That is to say, at some crucial moments in their history, some indigenous nations were not capable of putting the need to unite among themselves over their individual interests, even though unity was necessary to confront properly encroachment on their sovereign attributes. This was true even when the ultimate intentions of the newcomers were already apparent. The terrible consequences inherent in allowing themselves to be divided appear not to have been totally perceived.

202. In addition, on more than one occasion they seem not to have recognized the advantages and disadvantages, in all their dimensions, nor the final consequences, of a policy of alliance with European powers. This can be said both of those who adopted this policy in line with their ongoing fratricidal struggles and of those who decided to favour one of the non-indigenous powers over the others in the military confrontations that took place in their ancestral lands.

203. Further, it is also apparent that they could not fully appreciate (or that they widely underestimated) the questionable role played, and still played in many cases, by religious denominations or their representatives as effective instruments of the colonial enterprise in its various stages.

204. It is easy to see the negative effects for indigenous peoples of such a combination of endogenous and exogenous factors, not only on their initial sovereign condition, but also on their overall international juridical status. These effects also included the extinction (or substantial reduction) of their territorial base and undermined their political, economic, juridical, cultural and social order in general, and even their survival as a distinct society.

205. These negative effects are perceptible, to a greater or lesser degree, whether or not the relations between these peoples and the colonizers were juridically formalized by means of treaties/agreements.

206. The most lethal of these effects has been, of course, the extinction of these peoples as social entities with distinct identities that has already occurred (or presumably will soon occur).

207. It is impossible to determine with any certainty, in 1998, the number of indigenous peoples which have become extinct since the time of their first encounter with the "discoverers", as the result of the "civilization" imposed on them. Nor is it possible to say how many more will disappear in the not so distant future, unless the circumstances in which they live in multi-national States today do not change.

208. To cite just two known examples, according to all indications, the original inhabitants of Catalina Island off the coast of California and the Yanomamis of Roraima should be included in the category of "peoples in danger of extinction". The relentless carving away of their lands as a result of the most varied actions, their expulsion from these lands (either through the use of direct force by the new State or because they could not obtain the resources to continue practising their traditional economic activities or to continuing tilling the soil), draconian restrictions on the use of their own languages and on the practice of their religious beliefs (or the prohibition of one or both) have contributed, historically and currently to this situation.

209. The effective exercise of their attributes as international subjects had already been effectively liquidated by around the third decade of the twentieth century in all areas of the world in which bilateral treaties between indigenous and non-indigenous peoples had been relatively frequent in the past. This process echoed the United States Senate decision at the beginning of the 1870s, to discontinue treaty-making with indigenous nations and to refuse treaty status to the instruments still awaiting ratification.

210. In this respect, one must also recall the indigenous peoples' unsuccessful attempts (despite President Woodrow Wilson's "14 points") to re-establish recognition of their international status by the League of Nations; or to gain access, in their own right as peoples, to the International Court of Justice, established under the Charter of the United Nations as the principal judicial organ of the new world organization that emerged as a result of the Axis defeat in the Second World War. This was so despite the large number of indigenous soldiers who had contributed to the Allied victory in that war and despite the Preamble to its Charter which declares that the United Nations was established by "the peoples of the United Nations" who through their Governments declared themselves in 1945 "determined to establish conditions under which justice and respect for the obligations arising from treaties and other sources of international law can be maintained" (emphasis added). Furthermore, this was the situation even though the Charter, in formulating one of the purposes of the Organization, recognizes the importance of respect for "the principle of equal rights and self-determination of peoples" (Art. 1.2), a simple, direct and unqualified way of saying all peoples, bar none.



211. In the current contemporary context and in the framework of this same provision of the Charter, it is worth underlining, at least in passing, the patent incongruity in the position of those who used this Charter reference as a basis for legitimizing the decision by some nations formerly part of the today-extinct Soviet Union (for example, the so-called Baltic countries) to secede from it, claiming their status as fully sovereign nations, while at the same time objecting to even a mention of that same right in the context of debates on indigenous issues.

212. This is not the only example of the double-standard treatment indigenous peoples are receiving currently in the United Nations, although the Organization has devoted much greater attention to this issue since 1982, with the establishment of the Working Group on Indigenous Populations. The insurmountable obstacles confronting their efforts to represent themselves fully in bodies of the United Nations system other than the Working Group should be kept in mind. Such was the case in 1989, when ILO discussed and adopted Convention No. 169, which is directly related to their daily living conditions.

213. Moreover, similar difficulties blocked the much-needed full participation of indigenous organizations in the Working Group established by the Commission on Human Rights to elaborate a draft United Nations declaration on the rights of indigenous populations, a forum for which strict rules for participation were instituted that, in fact, limit to a considerable degree the indigenous input into the debate. No similar rules were applied for non-governmental organizations without recognized status with the Economic and Social Council in the case of another working group established by the Commission, that dealing with the rights and responsibilities of "human rights defenders".

214. The constant reduction (or total disappearance) of the territorial base of indigenous peoples not only affected their capacity to survive as peoples but is the source of the most crucial aspect of the "indigenous question" in its current context, that of the right of these peoples to the use, enjoyment, conservation, and transmission to future generations of their ancestral lands; in peace, without outside interference, in accordance with their own uses, customs, and norms of social life. We shall come back to this issue.

215. Once the work of the initial conquistadores/colonizers or their successors was completed, the colonial process advanced towards the gradual or rapid dispossession of indigenous lands.

216. It is not the task of the Special Rapporteur in this final report to describe in detail the harsh impact on indigenous peoples of being subjected to a new and totally alien social, economic, and political-juridical order. Much has been published on the subject by both indigenous and non-indigenous sources (including official government bodies in the States now inhabited by these peoples). He will only attempt to summarize its most relevant effects, some still lingering on even at the end of the twentieth century, and in particular those touching on land rights.

217. It must be stressed, in this regard, that for these peoples their land (from whence they came or where they live today) holds singular spiritual and

material values. It contains for them the essential elements of their cosmogony. It is the ultimate source of life and wisdom. They believe in the collective enjoyment of what it provides; in the inalienability of something not "owned" but "preserved" for future generations. It plays an irreplaceable role in their religious practices. In short, their understanding of the land was (and is) singularly different from that imported by the newcomers and their successors, whose approach, logically, reflected (although not always exactly) the predominant values of their respective societies.

218. Grosso modo, the newcomers and their successors imbued (and imbue) the land with an essentially patrimonial value, making it subject to exclusive individual appropriation (and, thus, capable of being passed on to others at the will of the title holder), a source of material wealth and a basis for political and economic power.

219. The process that took the indigenous peoples' lands from them left behind very limited and debilitating alternatives for survival: vassalage (or servitude in its diverse forms), segregation in reduced areas "reserved" for them, or assimilation into the non-indigenous sector of the new socio-political entity created without indigenous input. The last alternative meant the social marginalization and discrimination prevalent in these mixed societies, about which little or nothing could be done despite praiseworthy efforts by certain non-indigenous sectors.

220. Various methods were utilized to achieve dispossession of the land. They, unquestionably, included treaties and agreements, at least if we accept the non-indigenous interpretation of these documents (and, in general, that version is the only one available in written form). This issue will be returned to later.

221. Coercion - either by armed force or by judicial and legislative means, or both - was very frequently resorted to. This was true whether or not its employment was preceded by formal juridical commitments to the contrary.

222. It went to extremes. An example is the forced exodus in the 1830s to the other side of the Mississippi of the "five civilized tribes" of the south-eastern United States. This is the first documented case of "ethnic cleansing".

223. Another method frequently employed to attain dispossession in cases in which no juridical instruments of any sort had been compacted was to take advantage of the inability of the indigenous peoples (or individuals) to show "property deeds" considered valid under the new, non-indigenous law. This made their ancestral lands vulnerable to seizure by non-indigenous individuals holding such documents (acquired by the most diverse - and, most often, less than honourable - means) or by the central or local authorities, who claimed them as public property (or as lands belonging to the Crown or federal lands) subject to their jurisdiction.

224. The total or partial dispossession of indigenous peoples of their lands (a basic life source in all categories) created new forms of dependency or sharpened pre-existing ones. First, it notably affected the ability of

indigenous authorities to exercise their functions effectively and also the capacity of indigenous societies to be self-sustaining by way of their traditional economic activities. All this had a traumatic impact on their social framework.

225. The new non-indigenous authorities hastened to create a distinct political-administrative order to replace the traditional indigenous authorities and the decision-making mechanisms that had guided these societies for centuries. This was a generally successful effort. However, in multiple cases it could only be achieved with the participation of certain segments of the indigenous societies, already subject to stresses of all types.

226. Similarly, in recent times, the possibility of indigenous participation, as such, in certain aspects of the non-indigenous established political order has opened up some multi-national societies. This is particularly true in the parliamentary area. Examples can be found in Colombia and New Zealand/Aotearoa. The Special Rapporteur welcomes these developments, which appear to be steps in a positive direction. This is particularly true in the case of New Zealand. Its electoral law gives the Maaori population the option (to be freely taken) of registering on the list reserved for them. Still it remains to be seen just how much of a real impact this type of measure will have in the enormous effort required to achieve more just relations between both sectors of these societies.

227. In economic terms, the loss or substantial reduction of their territorial base had lamentable consequences for indigenous peoples. The impossibility of their continuing their traditional economic activities (or the necessity of carrying them out in greatly reduced areas) generated a constant migration to non-indigenous economic centres, in particular to large cities. For very many communities this has meant the loss or severe reduction of their demographic base and, in general, acculturation and progressive loss of indigenous identity by a significant number of their members.

228. Today, in lands still not affected by dispossession - in particular, in those cases where no treaties or agreements exist - there is a continuing and visible impact on the traditional economic activities. This is so because of the juridical insecurity (according to non-indigenous law) of their effective possession of the land and the inroads made by alien technology for the exploitation of natural resources (including the subsoil, rivers, forests and fauna).

229. The list of such cases is long and varied and it is impossible to eumerate them all in this report. It is enough to point out that the great majority of these people eke out an existence in precarious conditions. This is due to a number of factors: the direct threat of forced eviction, in some cases; the obligation at times to obtain licences or permits from non-indigenous administrative authorities to be able to engage in their traditional economic activities (or to be limited by restrictive quotas that do not cover their needs); the obligation, in other cases, to seek authorization from these authorities to make use of natural resources, even when their ownership has been recognized even under non-indigenous law; or, generally, the effects of modern technology on their traditional habitat.

230. The general situation of the Australian aborigines - even after the well-known decision in the Mabo case - and the situations of the Lubicon Cree and Hobbema peoples/nations in Alberta (Canada), the Dene (Navajo) in Arizona (United States), the Crees in James Bay, Québec, many segments of the Maaori peoples in Aotearoa/New Zealand, and the Mapuche in southern Chile are some tangible examples of indigenous peoples living in the precarious economic conditions referred to above.

231. In this respect, it should be mentioned that during his field work among the Cree of Québec (1993) and the Mapuches (1998), the Special Rapporteur was able to confirm, both from personal observation and from vivid testimony, the enormous irreversible damage already caused to, or threatening, the indigenous habitat because of the rerouting or damming of large rivers (such as the upper Bio-Bio or the Great Whale river basin) to build large-scale hydroelectric plants, whose output, by all accounts, is earmarked for consumption by the non-indigenous population (even in other countries).

232. As can be inferred from all of the above, every aspect of the indigenous peoples' socio-cultural life, including, obviously, their religion, has been negatively affected by the overall process of "domestication" (which touches on all areas), as well as by its obligatory corollary, dispossession of and the loss of effective control over their ancestral lands.

233. Whether subject to a system of direct servitude or to a sort of judicial guardianship (or trusteeship) similar to that applied to minors; whether assimilated (or on the way to being assimilated) and marginalized in the new societies; or restricted to small areas surrounded by another, powerful, aggressive and alien culture, or living in other lands on the periphery - in flight from the non-indigenous authority (having lost their own), these peoples have witnessed multiple attacks on their rich social fabric.

234. First, it is important to note the forced separation of families, as children and adolescents were sent, for long periods during their formative years, to religious schools far from their original environment. In those institutions, they were rewarded for accepting assimilation, while any expression of their original identity (such as speaking in their own language) would draw severe punishment, including corporal punishment.

235. Indigenous peoples also saw the destruction of many manifestations of their historical-cultural heritage and the desecration of their cemeteries and other sacred sites. Their archaeological treasures and even the bones of their ancestors are still exhibited today in numerous non-indigenous museums around the world, despite the efforts to recover them, the national laws passed to protect them and the protests of many international organizations.

236. Over the remains of demolished temples there stand impressive cathedrals or other manifestations of the new culture. In addition, the Special Rapporteur has received sound information on at least two attempts in recent years to build golf courses on lands of recognized religious value to indigenous peoples.

237. On no few occasions, and during long periods, their customs, ceremonies and religious practices were simply and categorically prohibited. Moreover,

in many cases they lost access, for diverse reasons, to the places where, according to their traditions, these practices and ceremonies should take place. In one or another of these situations, they have been forced either to celebrate them clandestinely at the risk of serious sanction (the case of Sundance in North America), or (like the slaves brought from Africa to the Caribbean and Brazil) to disguise them ingeniously in alien liturgy, such as that of the Catholic religion, a common phenomenon in Latin America.

238. Their institutions and cultures were considered "inferior", "archaic", and "inefficient and impractical" by non-indigenous sectors. These negative views were promoted daily and urbi et orbis by the most diverse methods ("scientific" literature or simply by word of mouth) and quickly became part of the "conventional wisdom" in large sections of the political and academic world, as well as for vast segments of the population at large, in the plurinational societies in which indigenous peoples continue to live today.

239. Thus, there should be nothing surprising about the desire of a number of indigenous individuals to assimilate, nor about their acceptance of the ethical or material values of the alien society by which they are surrounded. The common root of this evident threat to their survival as distinct peoples can be found in the obvious erosion of self-esteem afflicting certain sectors of diverse indigenous peoples nowadays. This is even true at a stage such as the present one, in which there is also a highly noticeable, vigorous process of recovery and development of these peoples' traditional values.

240. In this regard, it should be pointed out that the lack of employment opportunities and, in general, the inability, in the current circumstances, to achieve sustainable development according to their own traditions has contributed heavily to this loss of self-esteem. This is particularly the case for peoples caught in the "indigenous reserves" system established in the United States and Canada, as well as in other situations in northern Europe and Greenland.

241. All too frequently, the daily reality of indigenous peoples feeds the belief that their survival is possible thanks only to the "subventions" and "services" provided by the State on which they depend. These services may be of greater or lesser quality and coverage, and the assistance may be direct or indirect, but what all these instances have had in common for centuries is that their cost is always, by definition, less than the value of the benefits accrued by the non-indigenous sector with whom they share the society.

242. Finally, it must be stressed that in practically all cases in which indigenous peoples live in modern multi-national States their social development indexes are lower, or less favourable, than those of the non-indigenous sectors with whom they coexist. This is true for some of the most important socio-economic indexes: employment, annual income, prenatal and infant mortality, life expectancy, educational level, percentage of the prison population, suicide rate, etc. Quite regularly, the official figures provided by the competent sources in these countries provide proof of the above assertion.

243. All of the above explains why for more than 15 years the Sub-Commission and the Working Group have dealt with indigenous issues under an item entitled

"Discrimination against indigenous peoples", the same title carried by the seminal study by Mr. Martínez Cobo published 16 years ago. Not much of substance has changed for indigenous peoples since then. The basic elements of their relationships with the non-indigenous world remain unchanged.

244. Nor is it by chance that the Commission, on the very date on which it established the Special Rapporteur's mandate, recognized (in impeccable diplomatic parlance) that "in various situations, indigenous peoples are unable to enjoy their inalienable human rights and fundamental freedoms" (Commission resolution 1989/34 of 6 March 1989, sixth preambular paragraph).

#### IV. LOOKING AHEAD: CONCLUSIONS AND RECOMMENDATIONS

245. The Special Rapporteur has a number of elements to be duly taken into account at the time of formulating conclusions and recommendations in this final report. The most important are the following:

(a) His own mandate, as established in Commission on Human Rights resolution 1988/56 and Economic and Social Council decision 1988/134;

(b) The outline of the study <sup>53</sup> submitted to the Working Group's parent bodies and explicitly or implicitly endorsed by them; and

(c) The issues mentioned in the 1982 Martínez Cobo report as possible questions to be elucidated in a study such as the one now being concluded.

246. As far as his mandate is concerned, it must be recalled that the main purpose of the study is to analyse the potential utility of treaties, agreements and other constructive arrangements between indigenous peoples and Governments for the purpose of ensuring the promotion and protection of the human rights and fundamental freedoms of those peoples.

247. His terms of reference also instructed the Special Rapporteur to give "particular attention to the ongoing development of universally relevant standards and the need to develop innovative, forward-looking approaches to relationships between indigenous populations and Governments". In doing so, he was to take into account the inviolability of the sovereignty and territorial integrity of States, as well as their socio-economic realities. The mention of "the ongoing development of universally relevant standards" obviously referred to the process of elaborating a draft declaration on the rights of indigenous peoples, begun in the Working Group in 1985.

248. Regarding the draft declaration, the Special Rapporteur has taken its provisions as a basic point of reference for his conclusions and recommendations, notwithstanding the fact that the process of its final adoption is still unfinished. He has taken very much into account the fact that its text, as it now stands, was adopted after long years of deliberation both in the Working Group and, for some time, in the Sub-Commission as well, with the ample participation of both indigenous representatives and government delegations.

249. As far as issues recognized in the 1988 outline as elements to be addressed at the end of the study are concerned, the Special Rapporteur

identified the role of treaties in European expansion overseas (addressed in chapter III above); the contemporary significance of treaties, agreements, and other constructive arrangements, including questions relating to State succession, national recognition of such instruments, and the views held by indigenous peoples on them. In addition, the outline identified three main sources that were to guide both the process of data gathering and his conclusions and recommendations: public international law; the municipal law of present-day States (including decisions by municipal courts); and indigenous juridical views (in particular, on societal authority, treaties, and treaty-making in general).

250. Special Rapporteur Martínez Cobo thought it convenient to explore further issues as relevant as the areas covered today by the provisions of treaties and other international legal instruments involving indigenous peoples, whether or not they are observed, the consequences of their implementation or lack thereof for indigenous peoples (an issue also addressed in chapter III above), as well as the present status of those legal instruments involving indigenous peoples.

251. At this point, the Special Rapporteur is prepared to offer, first, some general conclusions applicable to the issues of the study as a whole; and then to provide more specific conclusions regarding the two main categories of currently existing situations in which indigenous peoples live in multi-national societies: those in which treaties, agreements or other constructive arrangements exist, and those lacking such juridical instruments.

252. The first general conclusion concerns the issue of recognition of indigenous peoples' right to their lands and their resources, and to continue engaging, unmolested, in their traditional economic activities on those lands. This is the paramount problem to be addressed in any effort to establish a more solid, equitable and durable relationship between the indigenous and non-indigenous sectors in multi-national societies. Owing to their special relationship, spiritual and material, with their lands, the Special Rapporteur believes that very little or no progress can be made in this regard without tackling, solving and redressing - in a way acceptable to the indigenous peoples concerned - the question of their uninterrupted dispossession of this unique resource, vital to their lives and survival.

253. The primacy of this issue is reflected not only in the data gathered for the study and in the personal testimony heard by the Special Rapporteur, but also in the debates held in the Working Group and other international forums. The fact that more than a dozen articles of the draft declaration deal with the question of land rights, and the concerns recently expressed by Vatican sources<sup>54</sup> on the violence and discrimination exerted, up to the present, against indigenous peoples to deprive them of their lands, are also proof of its primacy.

254. Another conclusion, closely related to the previous one, is that not only the land rights issue, but, in general, the entire indigenous problematique and its possible overall solution cannot be approached exclusively on the basis of juridical reasoning. The problems confronted in a sizeable number of multi-national States are essentially political in essence. Thus, considerable political will is required from all the parties concerned,

but in particular from the non-indigenous political leadership of modern States, if these problems are to be resolved through forward-looking new approaches. Juridical discussions and argumentation simply take too long, require copious resources (which the indigenous side almost always lacks or has only in limited amounts), and in many cases are prejudiced by centuries of sedimented rationale. In addition, the urgency of the existing problems simply leaves no room to engage, at the threshold of the twenty-first century, in the type of juridico-philosophical debates which Las Casas and Sepúlveda pursued in the sixteenth century.

255. The Special Rapporteur is fully convinced that the overall indigenous problematique today is also ethical in nature. He believes that humanity has contracted a debt with indigenous peoples because of the historical misdeeds against them. Consequently, these must be redressed on the basis of equity and historical justice. He is also very much aware of the practical impossibility of taking the world back to the situation existing at the beginning of the encounters between indigenous and non-indigenous peoples five centuries ago. It is not possible to undo all that has been done (both positive and negative) in this time-lapse, but this does not negate the ethical imperative to undo (even at the expense, if need be, of the straitjacket imposed by the unbending observance of the "rule of [non-indigenous] law") the wrongs done, both spiritually and materially, to the indigenous peoples.

256. The Special Rapporteur also harbours no doubts concerning the much debated issue of the right to self-determination. Indigenous peoples, like all peoples on Earth, are entitled to that inalienable right. Article 1 of the Charter of the United Nations gives blanket recognition of this right to all peoples (enshrining it as a principle of contemporary international law, as does article 1 common to both International Covenants on Human Rights. This right is also expressly recognized for indigenous peoples in article 3 of the draft declaration. In the view of the Special Rapporteur, any contradiction that may emerge between the exercise of this right by indigenous peoples in present-day conditions and the recognized right and duty of the States in which they now live to protect their sovereignty and territorial integrity, should be resolved by peaceful means, first and foremost negotiations; through adequate conflict-resolution mechanisms (either existing or to be established); preferably within the domestic jurisdiction; and always with the effective participation of indigenous peoples. We shall return to this issue at a later stage in the present chapter.

257. Regarding the question of whether or not indigenous peoples can be considered as nations - in the sense of contemporary international law - in the context of countries where some indigenous peoples have been formally recognized as such (by non-indigenous nations at the beginning of their contacts or at a later stage) through international legal instruments, such as treaties, and other peoples/nations have not, the Special Rapporteur believes it is pertinent to distinguish between those two situations, although the final analysis may lead to the same conclusion.

258. In reviewing the cases he has selected for analysis the Special Rapporteur has been led to conclude that the vast majority either describe



situations of actual conflict between the indigenous and non-indigenous sectors of society, or contain the seeds of a conflict that could erupt unexpectedly because of issues that have been simmering without appropriate solution for a long period, perhaps even centuries. The developments in Oka (Québec) in 1991, Chiapas (Mexico) in 1994 and in various communities in Australia in 1997 are examples of that potential.

259. Another general conclusion to be made is that, as recognized in the draft United Nations declaration on the rights of indigenous peoples submitted by the Working Group to the Sub-Commission and adopted by the latter, <sup>55</sup> all the human rights and freedoms recognized in international instruments - either legally binding norms or non-binding standards - accepted by the State in which they now live, are applicable to indigenous peoples and individuals living within their borders. <sup>56</sup> This also applies to all rights and freedoms recognized in the domestic legislation of the State concerned, for all individuals and social groups under its jurisdiction. In the view of the Special Rapporteur, this is so provided that the manner in which those rights and freedoms are recognized in the instruments in question is consistent with indigenous customs, societal institutions and legal traditions.

260. On the other hand, the Special Rapporteur is inclined to argue in favour of the proposition that treaties/agreements or constructive arrangements have the potential to become very important tools (because of their consensual basis) for formally establishing and implementing not only the rights and freedoms alluded to in the preceding paragraph, but also inalienable ancestral rights, in particular land rights, in the specific context of a given society.

261. On the basis of a vast amount of documentation, the work of the Working Group and oral testimony, the Special Rapporteur has reached the conclusion that there is an almost unanimous opinion among geographically-dispersed indigenous peoples that existing State mechanisms, either administrative or judicial, are unable to satisfy their aspirations and hopes for redress.

262. He also has reasons to conclude that there is a widespread desire on the indigenous side to establish (or re-establish) a solid, new, and different kind of relationship, quite unlike the almost constantly adversarial, often acrimonious relationship it has had until now with the non-indigenous sector of society in the countries where they coexist. In the view of the indigenous peoples, this can only be achieved either by the full implementation of the existing mutually agreed-upon legal documents governing that relationship (and a common construction of their provisions), or by new instruments negotiated with their full participation. This perception is shared by the appropriate government officials in a number of countries, including Canada, New Zealand and Guatemala.

263. Finally, the Special Rapporteur is strongly convinced that the process of negotiation and seeking consent inherent in treaty-making (in the broadest sense) is the most suitable way not only of securing an effective indigenous contribution to any effort towards the eventual recognition or restitution of their rights and freedoms, but also of establishing much needed practical mechanisms to facilitate the realization and implementation of their ancestral

rights and those enshrined in national and international texts. It is thus the most appropriate way to approach conflict resolution of indigenous issues at all levels with indigenous free and educated consent.

264. In his view, it is also the most suitable way for Governments to implement effectively the appeal addressed to them by the 1993 Vienna World Conference on Human Rights to ensure the full and free participation of indigenous peoples in all aspects of society, particularly in matters of concern to them.<sup>57</sup>

265. In the case of indigenous peoples who concluded treaties or other legal instruments with the European settlers and/or their continuators in the colonization process, the Special Rapporteur has not found any sound legal argument to sustain the argument that they have lost their international juridical status as nations/peoples. The treaty provisions which, according to the non-indigenous version and construction, contain express renunciations by indigenous peoples of their attributes as subjects of international law (particularly, jurisdiction over their lands and unshared control of their political power and institutions) are strongly challenged by most indigenous peoples whom he has consulted.

266. Their rejection of those provisions is based either on the existence of invalid consent obtained by fraud and/or of induced error as to the object and purpose of the compact, or on their ancestors' total lack of knowledge of the very existence of such stipulations in the compact, or on the fact that their ancestral traditions and culture simply would not allow them to relinquish such attributes (particularly those relating to lands and governance).

267. The State parties to those compacts - which have benefited the most from gaining jurisdiction over former indigenous lands - argue that those attributes were indeed relinquished, on the basis of provisions of their domestic legislation and decisions of their domestic courts, as well as on the realities of today's world, and of the historical developments leading to the present situation. However, the principle that no one can go against his own acts goes back to ancient Rome and was valid as a general principle of law at the time of the dispossession.

268. In this connection, the Special Rapporteur is very aware of the non-retroactivity of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties,<sup>58</sup> which entered into force in 1980. A considerable number of States with indigenous peoples living within their current borders are parties to it. Nonetheless, he has also borne in mind that the text adopted in Vienna has to do not only with the development of new rules and concepts in international law, but also with the codification of those which had survived the test of time and were, in 1969, already part and parcel of international law, either as customary law or as positive law as embodied in a number of already-existing bilateral and/or multilateral international instruments.

269. He believes that the content of article 27 of the Vienna Convention ("A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty ...") was already a rule of international law at the time when the process leading to the disenfranchisement and

dispossession of indigenous peoples' sovereign attributes was under way, despite treaties to the contrary concluded with them in their capacity as recognized subjects of international law.

270. This leads to the issue of whether or not treaties and other legal instruments concluded by the European settlers and their successors with indigenous nations currently continue to be instruments with international status in the light of international law.

271. The Special Rapporteur is of the opinion that those instruments indeed maintain their original status and continue fully in effect, and consequently are sources of rights and obligations for all the original parties to them (or their successors), who shall implement their provisions in good faith.

272. The legal reasoning supporting the above conclusion is very simple and the Special Rapporteur is not breaking any new ground in this respect. Treaties without an expiration date are to be considered as continuing in effect until all the parties to them decide to terminate them, unless otherwise established in the text of the instrument itself, or unless they are duly declared to be null and void. This is a notion that has been deeply ingrained in the conceptual development, positive normativity and consistent jurisprudence of both municipal and international law since Roman Law was at its zenith more than five centuries ago, when modern European colonization began.

273. As a result of his research, the Special Rapporteur has ample proof that indigenous peoples/nations who have entertained treaty relationships with non-indigenous settlers and their continuators strongly argue that those instruments not only continue to be valid and applicable to their situation today but are a key element for their survival as distinct peoples. All those consulted - either directly in mass meetings with them or in their responses to the Special Rapporteur's questionnaire, or by direct or written testimony - have clearly indicated their conviction that they indeed remain bound by the provisions of the instruments that their ancestors, or they themselves, concluded with the non-indigenous peoples.

274. Competent authorities in some countries, for example, Canada and New Zealand, have also told the Special Rapporteur that their respective Governments too consider that their treaties with indigenous peoples remain fully valid and in effect (although, they differ radically from their indigenous counterparts regarding construction of the content of those treaties).

275. Nonetheless, the Special Rapporteur has been able - in the course of his research and through in situ observation, to ascertain a large number of obvious serious violations of the legal obligations undertaken by State parties to those instruments (in particular, to the so-called "historic treaties" and to legal commitments involving indigenous lands) at practically all stages of the process of domestication described in chapter III, particularly in the second half of the nineteenth century.

276. Probably the most blatant case in point is the United States federal Government's taking of the Black Hills (in the present-day state of

South Dakota) from the Sioux Nation during the final quarter of the nineteenth century. The lands which included the Black Hills had been reserved for the indigenous nation under provisions of the 1868 Fort Laramie Treaty.<sup>59</sup> It is worth noting that in the course of the litigation prompted by this action, the Indian Claims Commission declared<sup>60</sup> that "A more ripe and rank case of dishonorable dealing will never, in all probability, be found in our history", and that both the Court of Claims, in 1979, and the Supreme Court of that country<sup>61</sup> decided that the United States Government had unconstitutionally taken the Black Hills in violation of the United States Constitution. However, United States legislation empowers Congress, as the trustee over Indian lands, to dispose of the said property including its transfer to the United States Government. Since the return of lands improperly taken by the federal Government is not within the province of the courts but falls only within the authority of the Congress, the Supreme Court limited itself to establishing a \$17.5 million award (plus interest) for the Sioux. The indigenous party, interested not in money but in the recovery of lands possessing a very special spiritual value for the Sioux, has refused to accept the monies, which remain undistributed in the United States Treasury, according to the information available to the Special Rapporteur.

277. It is well known that fulfilment, in good faith, of legal obligations that are not in contradiction with the Charter of the United Nations (Art. 2.2) is considered one of the tenets of present-day positive international law and one of the most important principles ruling international relations, being, as it is, a peremptory norm of general international law (jus cogens). Of course, article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties has enshrined the principle of pacta sunt servanda as the cornerstone of the law of treaties, and mention has already been made above of the importance of article 27 of that Convention.

278. It should also be borne in mind that the draft United Nations declaration on the rights of indigenous peoples expresses the same concept with particular emphasis. In article 36, it establishes that "Indigenous peoples have the right to the recognition, observance and enforcement of treaties, agreements and other constructive arrangements concluded with States or their successors, according to their original spirit and intent, and to have States honour and respect such treaties, agreements and other constructive arrangements".

279. On the other hand, the unilateral termination of a treaty or of any other international legally binding instrument, or the non-fulfilment of the obligations contained in its provisions, has been and continues to be unacceptable behaviour according to both the Law of Nations and more modern international law. The same can be said with respect to the breaching of treaty provisions. All these actions determine the international responsibility of the State involved. Many nations went to war over this type of conduct by other parties to mutually agreed upon compacts during the period (from the sixteenth to the late nineteenth century) when the colonial expansion of the European settlers and their successors was at its peak.

280. The Special Rapporteur has also concluded that a number of current conflict situations concerning indigenous treaty/agreement issues have to do with substantial differences in the construction of their provisions, in

particular those relating to the object and purpose of the compact in question. A relevant case is that of the Treaty of Waitangi. The Maaori and Pakeha constructions of it differ in matters as crucial as the alleged "transfers" of governance/sovereignty powers and "land title" to the non-indigenous settlers, as well as on the actual purpose of the compact itself. A well-known scholar<sup>62</sup> has described how the main British negotiator, having been instructed to secure British sovereignty over Maaori lands in order to exercise exclusive control over them so as to proceed with peaceful colonization, deliberately blurred the meaning of the term "sovereignty" and hid from the Maaori parties the fact that the cession they were agreeing to would ultimately mean a significant loss of Maaori power. Despite, the Maaori's confident belief that the treaty had confirmed their right to property, even the more important rights of rangatiratanga would ultimately have to give way to Crown authority.

281. Account should be taken of the fact that indigenous practices of treaty-making were totally oral in nature and there were no written documents in this process. In addition, it was extremely difficult for the indigenous parties to follow all aspects of the negotiations fully through translators (who most likely were not always perfectly accurate), not to mention the fine print in the written version submitted to them, in an alien language, by the non-indigenous negotiators. Further, it was impossible for them, in most instances, to produce a written version of their understanding of the rights and obligations established in the instruments.

282. The Special Rapporteur considers it important to stress that his research revealed that treaties, in particular, concluded with indigenous nations, have frequently played a negative role with respect to indigenous rights. On many occasions they have been intended - by the non-indigenous side - to be used as tools to acquire "legitimate title" to the indigenous lands by making the indigenous side formally "extinguish" those and other rights as well. In a document submitted personally by one respected indigenous chief,<sup>63</sup> on behalf of his nation, it is noted that treaties on occasion are used to force indigenous peoples to bargain away their ancestral and treaty rights.

283. Finally, considering the very limited data available to him, at this final stage of the study, with respect to treaties between States affecting indigenous peoples as third parties, the Special Rapporteur can offer only the preliminary conclusion that, according to all the evidence, there is no acceptance by the affected indigenous parties of the obligations included in the provisions,<sup>64</sup> nor any participation by them in the implementation, of such treaties.

284. Something must now be said with respect to the situation of indigenous peoples who have never been formally recognized as nations by means of negotiated formal international juridical instruments with non-indigenous States. Particular attention should be paid to the issue of whether or not they continue today to retain their status as nations in the light of contemporary international law. The key question to be posed in this respect, in the view of the Special Rapporteur, is: by what means could they possibly have been legally deprived of such status, provided their condition as nations was originally unequivocal and has not been voluntarily relinquished?

285. The Special Rapporteur is of the opinion that to link the determination of the "original" legal status of indigenous peoples as nations (in the contemporary sense of international law) or as "non-nations" to the single factor of whether or not they have formalized relations with non-indigenous colonizing powers, is faulty. Not only does it go against the tenets of natural law, but it is also illogical. The fact that some of them did not have juridical relations with the colonial powers - in many cases, during the early stages of a colonizing project, simply because the newcomers did not happen to cross their path - does not appear sufficient reason to establish such a drastic differentiation between their rights and the rights of those who did.

286. It is important to recall that modern non-indigenous law long ago dispelled the theory which advocated that the absence of formal legal/political recognition by one sovereign entity (or a group of them) could determine either the existence or the juridical international status of another. The theory was thrown out as an aberration vis-à-vis the principles of the sovereignty and equal rights of all States. International entities, unrecognized by some members of the international community, continue nevertheless to exercise their attributes as subjects of international law and in doing so may entertain relations with all other interested international subjects. All that is required for this is that the entities possess the necessary elements to be considered international subjects: territory, population, an institutionalized form of government and, thus, the capacity to conclude international agreements.

287. In addition, other non-juridical theories serving as the basis for depriving indigenous peoples, in general, of their original international status have also been discarded in the light of the new perceptions and theoretical elaborations of modern international law. For example, the concept of terra nullius was formally put to rest by the International Court of Justice in its advisory opinion in the Western Sahara case, <sup>65</sup> as well as by the well-known 1992 Mabo v. Queensland decision <sup>66</sup> handed down by Australia's High Court. Further, the international community has widely repudiated the deprivation of such a status by conquest and armed force. The provisions to that effect in the Charter of the Organization of American States and in Article 2.4 of the Charter of the United Nations prove that contemporary international law rejects the notion that force and conquest may bestow rights.

288. Hence, the Special Rapporteur is of the opinion that should those indigenous people who never entered into formal juridical relations, via treaties or otherwise, with non-indigenous powers (as did other indigenous peoples living in the same territory) wish to claim for themselves juridical status also as nations, it must be presumed until proven otherwise that they continue to enjoy such status. Consequently, the burden to prove otherwise falls on the party challenging their status as nations. In any possible adjudication of such an important issue, due attention should be given to an evaluation of the merits of the juridical rationale advanced to support the argument that the indigenous people in question have somehow lost their original status.

289. Having presented, in the first part of this chapter, the conclusions of this study, the Special Rapporteur will proceed to his final recommendations. As was the case when drafting his conclusions, the Special Rapporteur deems it necessary to recall certain general points of reference - advanced at earlier stages of his work - that should now guide the formulation of these recommendations.

290. The Special Rapporteur considers it useful to recall that, according to his mandate, this study was not to be limited to an analysis of past legal instruments and their contemporary significance, nor to a review of whether or not they are being currently implemented, regardless of the value that such a review might have for both the present and the future.

291. If such an historical overview has been given it is because the Special Rapporteur felt this would help to obtain a well-informed forward-looking approach to the key issue, that is, the need to evaluate the extent to which the conclusion of new treaties, agreements and other constructive arrangements between indigenous populations and States may contribute effectively to the development of more solid, lasting and equitable bases for the relationships that will necessarily have to continue to exist between indigenous populations and States.

292. It should also be borne in mind that the Special Rapporteur has identified the ultimate purpose of his mandate as offering elements towards the achievement, on a practical level, of the maximum promotion and protection possible, both in domestic and international law, of the rights of indigenous populations and especially of their human rights and fundamental freedoms,<sup>67</sup> by means of creating new juridical standards, negotiated and approved by all the interested parties, in a process tending to contribute to the building of mutual trust<sup>68</sup> based on good faith, mutual understanding of the other parties' vital interests, and deep commitment from all of them to respect the eventual results of the negotiations.<sup>69</sup>

293. At this juncture, it is useful to reiterate a point noted earlier in this chapter (para. 257 above): most of the cases/situations reviewed by the Special Rapporteur are either actual conflict situations by definition, or have the potential to erupt into a conflict situation at any time and under the most unexpected circumstances.

294. In this context, the need to encourage and nurture a process of confidence-building can never be overemphasized. It is a process that requires the taking of positive steps as well as the avoidance of actions that would exacerbate existing conflictual situations. The first recommendation of the Special Rapporteur has to do with this much needed process.

295. Steps such as the one taken years ago by the then Prime Minister of Australia, Robert Hawke, recognizing the misdeeds committed by the first settlers against the Aborigines, the recent admission by the Vatican concerning certain aspects of the role played by the Catholic Church at various stages of the colonization of Latin America and the 1993 Apology Bill passed by the United States Congress with respect to Hawaii are positive developments in that direction. The Governments of those States should be

encouraged to undertake effective follow-up to those initial steps. Other Governments in similar circumstances are called upon to be bold enough to undertake like steps in their specific societal context.

296. By the same token, actions that predictably will aggravate existing confrontational situations, or create new conflicts, should be avoided, or should be the subject of an immediate sine die moratorium. Examples of what should not be done, in the view of the Special Rapporteur, abound: forced evictions (as in the case of the Navajo nation in Arizona), the creation of conditions of duress for indigenous peoples to induce them to accept conditions for negotiating (among others, the case of the Lubicon Cree in Alberta), the fragmentation of indigenous nations to pit them against each other (as in cases in the North Island of Aotearoa/New Zealand), the ignoring and bypassing of the traditional authorities by promoting new authorities under non-indigenous regulations (as in a number of cases in the United States), the continuation of "development projects" to the detriment of the indigenous habitat (as in the case of the Bio-Bio River in Chile), attempts to launch major diversions to redirect focus to individual rights as opposed to collective-communal rights (as denounced by the Haudenosaunee Confederacy) and many others. All such actions should be carefully avoided.

297. This approach is consistent with one of the key traits of the original approach of the Special Rapporteur to what was to be the thrust of his conclusions and recommendations, namely to contribute to fostering new relationships based on mutual recognition, harmony and cooperation, instead of an attitude of ignoring the other party, confrontation and rejection.

298. Regarding recommendations to ascertain fully and channel properly the recognized potential of treaties/agreements and other constructive arrangements, as well as of treaty-making (again in its broadest sense), as elements for the regulation of more positive and less antagonistic future relationships between indigenous peoples and States, due account should be taken of two processes already addressed by the Special Rapporteur in the course of his work: (i) the history of treaty relations between indigenous peoples and States, especially the lessons to be drawn from an analysis of the process of domestication in former European settler colonies (see chap. III above); and (ii) the rationale behind ongoing negotiations and certain political processes developing between States and indigenous peoples in various countries.

299. As far as the first of the two processes mentioned above is concerned, the main lesson to be drawn from history concerns the problems of treaty enforcement and implementation. The Special Rapporteur will offer a number of recommendations on this key issue.

300. It is only too obvious that the problem in this area does not lie in the lack of provisions but rather in the failure of the State party to comply with those provisions. A case in point is that of the United States, the country with the largest number (approximately 400) of acknowledged treaties concluded with indigenous nations, most of them forced into oblivion by unilateral actions on the part of either the federal authorities or the Congress.



301. History demonstrates the existence of a wide array of means at the disposal of State bodies, including the judiciary, to disregard unilaterally treaty provisions that place a burden on the State, a disregard that goes hand in hand with the observance of provisions that are favourable to the State party.

302. Regarding the rationale of present-day negotiations and other political contacts between States and indigenous peoples, two observations need to be made. The first has to do with what may be termed "non-negotiables", for example the principle of extinguishment of so-called native title as a condition for the settlement of indigenous claims. It remains to be seen to what extent the existence of such "non-negotiables" - if imposed by State negotiators - compromises the validity not only of the agreements already reached but also of those to come. The free consent of indigenous peoples, essential to make these compacts legally sound, may be seriously jeopardized by this particularly effective form of duress.

303. The second observation concerns the issue of "self-government" and "autonomy" offered in certain cases as a substitute for the full exercise of ancestral rights relating to governance, which are now to be extinguished. In order to avoid new problems in the future, the Special Rapporteur feels the need to recommend that the possible advantages and disadvantages of such regimes be carefully assessed by both parties - but in particular by the indigenous side - in the light of the history of treaty-making and treaty implementation and observance resulting from past negotiations between indigenous nations and States.

304. For the same reasons, it is especially important to assess fully (or to reassess), from the same point of reference, the relevance and potential utility of the quasi-juridical category of "constructive arrangements" for indigenous peoples still deprived of any formal and consensual relationship with the States in which they now happen to live.

305. Regarding recommendations on yet another issue crucial to the forward-looking aspects of this study, it must be noted that the Special Rapporteur, at the beginning of his work, singled out three elements that deserved investigation with respect to mechanisms of conflict resolution. Those three elements were: (i) the actual capability of existing mechanisms to deal promptly and, preferably, in a preventive manner with conflict situations; (ii) the "sensitive issue" of national versus international jurisdiction; and (iii) the manner in which the effective participation in these mechanisms of all parties concerned - in particular that of indigenous peoples - is to be secured.<sup>70</sup>

306. Earlier in the present report (para. 261) the Special Rapporteur noted the generalized opinion that, in the light of the situation endured by indigenous peoples today, the existing mechanisms, either administrative or judicial, within non-indigenous spheres of government have been incapable of solving their difficult predicament. This forces him to advance a number of recommendations on this subject.

307. He first recommends the establishment within States with a sizeable indigenous population of an entirely new, special jurisdiction to deal

exclusively with indigenous issues, independent of existing governmental (central or otherwise) structures, although financed by public funds, that will gradually replace the existing bureaucratic/administrative government branches now in charge of those issues.

308. This special jurisdiction, in his view, should have four distinct specialized branches (permanent and with adequate professional staffing):

- (i) an advisory conflict-resolution body to which all disputes, including those relating to treaty implementation, arising between indigenous peoples and non-indigenous individuals, entities and institutions (including government institutions) should be mandatorily submitted, and which should be empowered to encourage and conduct negotiations between the interested parties and to issue the recommendations considered pertinent to resolve the controversy;
- (ii) a body to draft, through negotiations with the indigenous peoples concerned: (a) new juridical bilateral, consensual, legal instruments with the indigenous peoples interested and (b) new legislation and other proposals to be submitted to the proper legislative and administrative government branches in order gradually to create a new institutionalized legal order applicable to all indigenous issues and that accords with the needs of indigenous peoples;
- (iii) a judicial collegiate body, to which all cases that after a reasonable period of time have not been resolved through the recommendations of the advisory body, should be mandatorily submitted. Such a body should be empowered to adjudicate these cases and should be capable of making its final decisions enforceable by making use of the coercive power of the State;
- (iv) an administrative branch in charge of all logistical aspects of indigenous/non-indigenous relations.

309. The Special Rapporteur is fully aware of many of the obstacles that such an innovative, far-reaching approach might encounter. To mention only one, it is not difficult to appreciate the many vested interests that might be affected by the redundancy of the structures now existing to deal with indigenous issues in many countries. Only strong political determination, particularly on the part of the leadership of the non-indigenous sector of the society, can make this approach viable. One other essential element is also clear: the effective participation of indigenous peoples - preferably on a basis of equality with non-indigenous people - in all four of the recommended branches is absolutely central to the "philosophy" presiding over the Special Rapporteur's overall approach to this question.

310. It is obvious that the above is a mere sketch of the new institutionality recommended. Much lies ahead in terms of filling in its quite visible lacunae. While the Special Rapporteur does not lack ideas on how to fill some of the gaps, he has considered it wise to allow for the required fine-tuning to be done at a later stage, around a negotiating table,

by the interested parties themselves in the different countries. The way in which such a negotiation process is organized and conducted may well be the true litmus test eventually of the merits of his recommendation and of the viability of the structure proposed in a given socio-political context.

311. In advancing the recommendations set forth above, the Special Rapporteur has benefited from the highly interesting ideas on the same subject formulated in the final report (1996) of the Royal Commission on Aboriginal Peoples established by the Government of Canada.<sup>71</sup>

312. While it is generally held that contentious issues arising from treaties or constructive arrangements involving indigenous peoples should be discussed in the domestic realm, the international dimension of the treaty problematic nevertheless warrants proper consideration.

313. A crucial question relates to the desirability of an international adjudication mechanism to handle claims or complaints from indigenous peoples, in particular those arising from treaties and constructive arrangements with an international status.

314. The Special Rapporteur is quite familiar with the reticence expressed time and again, by States towards the question of taking these issues back to open discussion and decision-making by international forums. In fact, he might even agree with them that for certain issues (for example, disputes not related to treaty implementation and observance) it would be more productive to keep their review and decision exclusively within domestic jurisdiction until this is completely exhausted.

315. However, he is of the opinion that one should not dismiss outright the notion of possible benefits to be reaped from the establishment of an international body (for example, the proposed permanent forum of indigenous peoples) that, under certain circumstances, might be empowered - with the previous blanket acquiescence, or acquiescence on an ad hoc basis, of the State concerned - to take charge of final decision in a dispute between the indigenous peoples living within the borders of a modern State and non-indigenous institutions, including State institutions.

316. At any rate, the Special Rapporteur recommends that a United Nations-sponsored workshop be convened, at the earliest possible date and within the framework of the International Decade of the World's Indigenous People, to open an educated discussion on the possible merits and demerits of the establishment of such an international body.

317. One last point on the subject: with the growing international concern about all human rights and related developments, one element appears very clear in the mind of the Special Rapporteur: the more effective and developed the national mechanisms for conflict resolution on indigenous issues are, the less need there will be for establishing an international body for that purpose. The opposite is also true: the non-existence, malfunctioning, anti-indigenous discriminatory approach or ineffectiveness of those national institutions will provide more valid arguments for international options. This may be one of the strongest arguments possible for the establishment

(or strengthening) of proper, effective internal channels for the implementation/observance of indigenous rights and conflict resolution of indigenous-related issues.

318. Another recommendation which it seems timely to address to State institutions empowered to deal with indigenous issues is that, in the decision-making process on issues of interest to indigenous peoples, they should apply and construct (or continue to do so) the provisions of national legislation and international standards and instruments in the most favourable way for indigenous peoples, particularly, in cases relating to treaty rights. In all cases of treaty/agreement/constructive arrangement relationships, the interpretation of the indigenous party of the provisions of those instruments should be accorded equal value with non-indigenous interpretation of the same provisions.

319. The Special Rapporteur also recommends the fullest possible implementation in good faith of the provisions of treaties/agreements between indigenous peoples and States, where they exist, from the perspective of seeking both justice and reconciliation. In the event that the very existence (or present-day validity) of a treaty becomes a matter of dispute, a formal recognition of that instrument as a legal point of reference in the State's relations with the peoples concerned would contribute greatly to a process of confidence-building that may bring substantial benefits. In this context, the completion of the ratification process of draft treaties/agreements already fully negotiated with indigenous people is strongly recommended by the Special Rapporteur.

320. In the case of obligations established in bilateral or multilateral treaties concluded by States - to which indigenous peoples are third parties - that may affect those peoples, the Special Rapporteur recommends that the State parties to such instruments seek the free and educated acquiescence of the indigenous parties before attempting to enforce those obligations.

321. The Special Rapporteur further recommends State authorities not to take up or continue to engage in development projects that may impair the environment of indigenous lands and/or adversely affect their traditional economic activities, religious ceremonies or cultural heritage, without previously commissioning the appropriate ecological studies to determine the actual negative impact those projects will have.

322. Finally, in connection with the indigenous affairs-related activities of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, the Special Rapporteur recommends:

(a) A substantial permanent increase in the staff assigned to carry out such activities;

(b) The establishment, at the earliest possible date, of a section within the United Nations Treaty Registry with responsibility for locating, compiling, registering, numbering and publishing all treaties concluded between indigenous peoples and States. Due attention should be given in this endeavour to securing access to the indigenous oral version of the instruments in question;

(c) The convening, in the framework of the Programme of Action for the International Decade of the World's Indigenous People and at the earliest possible date, of three workshops on: the establishment of an international conflict-resolution mechanism on indigenous issues; modalities for redressing the effects of the historical process of land dispossession suffered by indigenous peoples; and the implementation/observance of indigenous treaty rights;

(d) Promoting the creation of an Internet page exclusively dedicated to indigenous issues and the United Nations activities relating to indigenous interests.

#### Notes

- 1.E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4 (also available as United Nations publication, Sales No. E.86.XIV.3).
- 2.Ibid., paras. 388-392.
- 3.E/CN.4/Sub.2/1987/22, annex I (Recommendations to the Sub-Commission), Recommendation 3.
- 4.E/CN.4/Sub.2/1988/24/Add.1.
- 5.E/CN.4/Sub.2/1991/33.
- 6.E/CN.4/Sub.2/1992/32, E/CN.4/Sub.2/1995/27 and E/CN.4/Sub.2/1996/23.
- 7.E/CN.4/Sub.2/1988/24, Add.1, paras. 21-23.
- 8.E/CN.4/Sub.2/1991/33, paras. 92-93, 106-107, and 110-114.
- 9.E/CN.4/Sub.2/1992/32, para. 169.
- 10.E/CN.4/Sub.2/1988/24/Add.1, para. 12; E/CN.4/Sub.2/1991/33, para. 92.
- 11.E/CN.4/Sub.2/1991/33, paras. 95-100; for implementation, see E/CN.4/Sub.2/1995/27, paras. 48-129. It must be mentioned that the language barrier made it impossible for the Special Rapporteur to review the scanty information available to him in the case of the indigenous peoples of Siberia.
- 12.E/CN.4/Sub.2/1992/32, para. 326.
- 13.1155 United Nations, Treaty Series, vol. 1155, No. 331, article 2 1 (a).
- 14.E/CN.4/Sub.2/1992/32, para. 332.
- 15.E/CN.4/Sub.2/1995/27, paras. 288, 293.

16.E/CN.4/Sub.2/1995/27, para. 314.

17.E/CN.4/Sub.2/1992/32, paras. 367-370.

18.These were: the 1494 Treaty of Tordesillas, the 1713 Treaty of Utrecht, the 1751 Border Treaty between Sweden/Finland and Norway/Denmark, the 1763 Treaty of Paris, the 1794 Jay Treaty, the 1819 Adam-Onis Treaty, the 1848 Treaty of Guadalupe-Hidalgo, the 1867 Purchase of Alaska, the 1916 Migratory Birds Convention and the 1989 ILO Convention (No. 169) concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries (see E/CN.4/Sub.2/1992/32, paras. 363-390).

19.Further review of issues relating to this type of consensual compact will be made in chapter II.B of this report.

20.E/CN.4/Sub.2/1995/27, paras. 140-171.

21.E.g. Sharon Venne, "Understanding Treaty Six: indigenous perspective", in Aboriginal and Treaty Rights in Canada (M. Asch Ed.) (Vancouver: University of British Columbia Press, 1996), pp. 173-204; Treaty Seven Elders and Tribal Council, The Original Spirit and Intent of Treaty Seven, Montreal and Kingston, McGill-Queen's University Press, 1996.

22.E/CN.4/Sub.2/1991/33, para. 98; for implementation, see E/CN.4/Sub.2/1995/27, paras. 48-129. Compare also infra, chapter II below.

23.E/CN.4/1995/27, para. 126.

24.E/CN.4/Sub.2/1995/27, para. 116.

25.Sub-Commission resolution 1994/4 of 19 August 1994.

26.E/CN.4/Sub.2/1995/27, paras. 116, 128.

27.E/CN.4/Sub.2/1995/27, para. 307.

28.Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations, vol. V: "Conclusions, proposals and recommendations", document E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, paras. 388-392.

29.It should be noted, however, that the Special Rapporteur has from the beginning repeatedly deplored (see for example, E/CN.4/Sub.2/1995/27, para. 32.), the very limited response to his questionnaire from indigenous nations/organizations, a situation which improved considerably after 1995 as a result of the efforts by some organizations, such as the International Indian Treaty Council. In addition, he has also had to contend with the widespread lack of response from Governments concerned to their version of the questionnaire. Of the very few replies received, some were of a merely general or formal nature, with little substance.

30.Cf. E/CN.4/Sub.2/1992/32, para. 392.

31.E/CN.4/Sub.2/1991/33, para. 89.

32.E/CN.4/Sub.2/1992/32, paras. 32, 40.

33.Cf. E/CN.4/Sub.2/1995/27, para. 336.

34.E/CN.4/Sub.2/1995/27, para. 133.

35.He had nevertheless identified a small number of documents relating to situations in South America which "date back to early republican days in at least two countries"; see E/CN.4/Sub.2/1991/33, paras. 103-104.

36.E/CN.4/Sub.2/1996/23, paras. 145-170. In February 1998, Mapuche authorities in their lands in the present-day Chilean province of Cautín solemnly submitted copious documentation relating to a number of those parlamentos to the Special Rapporteur. Until June 1998, only an initial review of that documentation had been possible.

37.E/CN.4/Sub.2/1992/32, paras. 138-139; see also E/CN.4/Sub.2/1995/27, para. 130.

38.E/CN.4/Sub.2/1995/27, paras. 176-201, 202-237 and 238-249.

39.E/CN.4/Sub.2/1996/23, paras. 27-79, 81-115 and 145-170.

40.E.g. Sébastien Grammond, Les traités entre l'Etat canadien et les peuples autochtones, Cowansville, Québec, Editions Yvon Blais, 1995; Francis P. Prucha, American Indian Treaties, The History of a Political Anomaly, Berkeley, University of California Press, 1994.

41.Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples, vol. 2, "Restructuring the Relationship", Part One, Recommendation 2.2.2, Ottawa, Minister of Supply and Services, 1996, p. 49.

42.E/CN.4/Sub.2/1995/27, paras. 130-311; E/CN.4/Sub.2/1996/23, paras. 27-209.

43.E/CN.4/Sub.2/1991/33, para. 96.

44.E/CN.4/Sub.2/1992/32, para. 347.

45.E/CN.4/Sub.2/1996/23, paras. 171-196.

46.E/CN.4/Sub.2/1996/23, paras. 117-125 and 126-144.

47.Cf. E/CN.4/Sub.2/1992/32, para. 338.

48.E/CN.4/Sub.2/1996/23, paras. 85-115. In the view of the Special Rapporteur, the fact that a non-State negotiator (the Canadian province of Québec) later became a "party" to this instrument cannot be construed as depriving it of its basic international standing. On the other hand, indigenous parties to it had never ceded their sovereign attributes before the existence of this Convention, and their participation in this treaty-making process cannot and should not be considered as an action depriving them of such attributes and original status.

49. By the same token, the Special Rapporteur wishes to correct an error of generalization he made in paragraph 87 of his third progress report (E/CN.4/Sub.2/1996/23), regarding the Déné and Métis of the Mackenzie Valley (Northwest Territories).
50. E/CN.4/Sub.2/1992/32, para. 359.
51. Cf. E/CN.4/Sub.2/1995/27, para. 225.
52. Commission on Human Rights resolution 1988/56, para. 2, and Economic and Social Council decision 1988/134.
53. E/CN.4/Sub.2/1988/24/Add.1.
54. Pontificio Consejo "Justicia y Paz", Para una Mejor Distribución de la Tierra: El reto de la reforma agraria, Libreria Editrice Vaticana, Vatican City, 1997, para. 55.
55. Sub-Commission resolution 1994/45 of 26 August 1994, annex.
56. See article 1 of the draft declaration.
57. Vienna Declaration and Programme of Action adopted by the World Conference on Human Rights on 25 June 1993 (A/CONF.157/23), Part II, para. 31.
58. Article 4 of the Convention. See note 13 above.
59. U.S. Stat. 635 (1868).
60. 207 Ct. Cl. at 241, 518 F.2d at 1302 (1975).
61. United States v. Sioux Nation of Indians, 448 U.S. 371 (1980).
62. Claudia Orange, The Treaty of Waitangi, Allen & Unwin, Wellington, 1987, pp. 32-33 and 122.
63. Chief Oren Lyons of the Haudenosaunee Confederacy. The document was submitted personally to the Special Rapporteur in February 1998.
64. Article 35 of the Vienna Convention on the Law of Treaties makes such an acceptance indispensable for an obligation to be established for third parties to any treaty.
65. Western Sahara, Advisory Opinion of 16 October 1975: I.C.J. Reports 1975, p. 12.
66. 175 C.L.R. 1 (1992).
67. E/CN.4/Sub.2/1988/24/Add.1, para. 10, and E/CN.4/Sub.2/1991/33, para. 71.
68. E/CN.4/Sub.2/1988/24/Add.1, para. 14.



69.E/CN.4/Sub.2/1991/33, para. 85.

70.E/CN.4/Sub.2/1991/33, para. 118.

71.Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples, vol. 2,  
"Restructuring the relationship", Part One, Ottawa, Minister of Supply and  
Services, 1996.

-----



**Consejo Económico  
y Social**

Distr.  
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/1999/20  
22 de junio de 1999

ESPAÑOL  
Original: INGLÉS

---

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS  
Subcomisión de Prevención de Discriminaciones  
y Protección de las Minorías  
51º período de sesiones  
Tema 7 del programa provisional

LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS POBLACIONES INDÍGENAS

Estudio sobre los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos  
entre los Estados y las poblaciones indígenas

Informe final presentado por el Sr. Miguel Alfonso Martínez,  
Relator Especial

## INDICE

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
INTRODUCCIÓN . . . . .	1 - 33	3
I. ALGUNOS PUNTOS DE PARTIDA FUNDAMENTALES . . . . .	34 - 92	9
II. RESUMEN DE LOS HALLAZGOS . . . . .	93 - 167	19
A. Tratados/acuerdos entre poblaciones indígenas y Estados . . . . .	108 - 127	21
B. Otros acuerdos constructivos . . . . .	128 - 146	25
C. Situaciones carentes de instrumentos jurídicos bilaterales específicos que rijan las relaciones entre poblaciones indígenas y Estados . . . . .	147 - 167	28
III. SITUACIÓN ACTUAL: ORIGEN, EVOLUCIÓN Y CONSECUENCIAS DEL PROCESO DE DOMESTICACIÓN . . . . .	168 - 244	31
IV. MIRANDO HACIA EL PORVENIR: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES . . . . .	245 - 322	44

## INTRODUCCIÓN

1. En el volumen V (Conclusiones, propuestas y recomendaciones) de su monumental Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas, el Sr. Martínez Cobo 1/ destacó la importancia vital que para ciertos pueblos y naciones indígenas de diversos países y regiones del mundo tenían los tratados que estas naciones y pueblos habían celebrado con los Estados-naciones hoy existentes o con los países que en la época ejercían poderes de administradores coloniales.

2. Llegó a la conclusión de que debía realizarse un estudio profundo y cuidadoso acerca de diversos aspectos referentes a las disposiciones que figuraban en esos tratados y convenios, a la vigencia formal de las mismas en la actualidad, a la observancia o falta de observancia efectiva de esas mismas disposiciones y a las consecuencias que todo esto podría tener para los pueblos y naciones indígenas pertinentes.

3. Observó además que, al preparar dicho estudio, deberían tenerse en cuenta los puntos de vista de todas las partes directamente interesadas en estos tratados, tarea que requeriría el examen de un gran volumen de documentación. Por razones evidentes, este trabajo no podía realizarse adecuadamente dentro del marco de su propio estudio.

4. Por lo tanto, recomendó que se dedicara exclusivamente a esta materia un estudio riguroso que tuviera en cuenta los principios y normas vigentes en esta materia y los datos que habrían de suministrar las diversas fuentes interesadas, principalmente los gobiernos y las naciones y pueblos indígenas que habían firmado y ratificado esos tratados o convenios. Opinaba que sólo mediante este tipo de estudio se podría determinar con la precisión necesaria cuál es la condición actual de acuerdos internacionales que implican a poblaciones indígenas 2/.

5. En correspondencia con una iniciativa de su Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas 3/, en su 39º período de sesiones la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las minorías tomó medidas con respecto a la recomendación del Sr. Martínez Cobo aprobando la resolución 1987/17, de 2 de septiembre de 1987, titulada "Estudio sobre los tratados celebrados entre los pueblos indígenas y los Estados". Al adoptar dichas medidas, la Subcomisión siguió las pautas establecidas en su resolución 1984/35/A, de 30 de agosto de 1984, en la que había decidido examinar las conclusiones, propuestas y recomendaciones del Sr. Martínez Cobo como fuente apropiada para su labor futura sobre la cuestión de la discriminación contra las poblaciones indígenas y para los trabajos de su Grupo de Trabajo sobre las Poblaciones Indígenas en esta materia.

---

1/ E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4 (existe también como publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: E.86.XIV.3).

2/ Ibid., párrs. 388-392.

3/ E/CN.4/Sub.2/1987/22, anexo I (Recomendaciones a la Subcomisión), Recomendación 3.

6. En su resolución 1987/17, la Subcomisión pidió al Sr. Miguel Alfonso Martínez que preparase, sobre la base de las opiniones y datos del informe del Sr. Martínez Cobo y las opiniones expresadas sobre esta materia en el Grupo de Trabajo y en la Subcomisión, un documento en el que se analice el plan general de un estudio de esa índole y las fuentes de información jurídica, bibliográfica y de otra índole en que debe basarse ese estudio, y que presente el documento a la Subcomisión para su examen en su 40º período de sesiones.

7. La Subcomisión recomendó también que la Comisión de Derechos Humanos recomendase, a su vez, que el Consejo Económico y Social autorizara a la Subcomisión a designar al Sr. Alfonso Martínez Relator Especial, con el mandato de preparar dicho estudio, y que pidiese al Relator Especial que presentara un informe preliminar a la Subcomisión en su 41º período de sesiones (1989). Las recomendaciones que figuran en la resolución 1987/17 fueron presentadas para su examen a la Comisión de Derechos Humanos en su 44º período de sesiones (1988).

8. En su 44º período de sesiones, la Comisión adoptó la resolución 1988/56, en la que se fijan varias directrices relativas a este asunto. Estas determinarán el mandato del Relator Especial en relación con el presente estudio.

9. Conviene advertir que al aprobar la resolución 1988/56, la Comisión amplió, en medida considerable, el alcance del estudio originalmente previsto por la Subcomisión sobre esta cuestión en su resolución 1987/17, al recomendar que el Consejo Económico y Social autorice al Sr. Alfonso Martínez como Relator Especial de la Subcomisión, con el mandato de preparar "un esbozo de los posibles propósitos, el alcance y las fuentes de un estudio que se prepararía sobre la utilidad potencial de los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre las poblaciones indígenas y los gobiernos con objeto de garantizar la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las poblaciones indígenas" (énfasis del autor).

10. Sin embargo, en la resolución 1988/56 la Comisión sólo autorizaba al Relator Especial a preparar y presentar al Grupo de Trabajo un esbozo de un posible estudio, pero no a emprender el estudio propiamente dicho, como había recomendado la Subcomisión. De hecho ésta aplazó su autorización al menos hasta 1989 con el fin de poder adoptar una decisión acerca de si convenía encargar tal estudio al Relator Especial.

11. El 27 de mayo de 1988, en su decisión 1988/134, el Consejo Económico y Social aprobó la resolución 1988/56 de la Comisión.

12. En meses ulteriores de 1988, el Relator Especial presentó al Grupo de Trabajo y a la Subcomisión el esbozo que se le había solicitado 4/. Ambos órganos aprobaron el documento. Además, en su resolución 1988/20 del 1º de septiembre de 1988, la Subcomisión pedía a la Comisión y al Consejo Económico y Social que den su autorización final para que el Relator Especial emprenda el estudio mencionado en la resolución 1988/56 de la Comisión.

---

4/ E/CN. 4/Sub.2/1988/24/Add.1.

13. En su 45° período de sesiones, la Comisión aprobó, sin debate o votación, la resolución 1989/41, de 6 de marzo de 1989, por la que hacía suyas todas las recomendaciones presentadas al respecto por la Subcomisión en su resolución 1988/20. Así, fueron presentadas al Consejo Económico y Social para su aprobación en su período de sesiones de primavera.

14. Por último, en su resolución 1989/77, de 24 de mayo de 1989, el Consejo confirmó el nombramiento del Sr. Alfonso Martínez como Relator Especial y le autorizó a realizar el estudio.

15. Desde entonces el Relator Especial ha presentado al Grupo de Trabajo y a la Subcomisión un informe preliminar 5/ y tres informes sobre la marcha de los trabajos 6/.

16. En su 49° período de sesiones, la Subcomisión, en su decisión 1997/110, de 22 de agosto de 1997, instó al Relator Especial a que presentara ese informe en su debido momento -preferiblemente antes del final de 1997- para que pudiera ser examinado por el Grupo de Trabajo en su 16° período de sesiones y por la Subcomisión en su 50° período de sesiones, en 1998. De conformidad con la mencionada decisión de la Subcomisión, se somete a la consideración de ambos órganos el presente informe final.

17. En cuanto al contenido del informe final, debe recordarse, primero, que desde el comienzo de su mandato el Relator Especial propuso que el estudio se realizara como un todo con una estructura en tres partes.

- i) En la primera parte se procedería a un examen de los orígenes de la práctica de concertar tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre las poblaciones indígenas y los Estados, es decir cuál es el papel de los tratados en la historia de la expansión europea a ultramar.
- ii) La segunda parte se dedicaría a evaluar la importancia contemporánea de esos instrumentos, incluidas cuestiones relativas a la sucesión de los Estados, al reconocimiento nacional de los tratados y a las opiniones de las poblaciones indígenas sobre esta cuestión.
- iii) La tercera parte estaría dedicada al estudio del valor potencial de todos esos instrumentos como base para la gobernación de las relaciones futuras entre las poblaciones indígenas y los Estados. En la última fase del estudio se examinarían tanto la forma como el contenido de esos instrumentos, así como los posibles mecanismos que podrían establecerse en el futuro para lograr su aplicación 7/.

18. Evidentemente esta última parte se desarrollará a la luz de las situaciones en las que en la realidad las poblaciones indígenas coexisten actualmente unas con otras y con los segmentos no indígenas de la sociedad en

---

5/ E/CN.4/Sub.2/1991/33.

6/ E/CN.4/Sub.2/1992/32, E/CN.4/Sub.2/1995/27 y E/CN.4/Sub.2/1996/23.

7/ E/CN.4/Sub.2/1988/24, Add.1, párrs. 21-23.

muchos Estados. Es el carácter precario que en casi todas partes tiene esta existencia el que inquieta cada vez más a la comunidad internacional, al igual que sucedió cuando se encargó y realizó el estudio de Martínez Cobo.

19. Las investigaciones y análisis del Relator Especial van siguiendo en gran parte su plan inicial al menos en lo que se refiere a las dos primeras partes del estudio.

20. En la fase final del estudio del Relator Especial, se prestará particular atención al valor potencial de todas las posibilidades de establecer una nueva relación entre los sectores indígenas y no indígenas de las sociedades multinacionales valiéndose de los adecuados mecanismos innovadores y de amplias miras que puedan facilitar las posibilidades de resolución de conflictos que sean necesarias.

21. El hecho de que el Relator Especial haya estado trabajando en este estudio durante nueve años y para que su presente informe final pueda reunir las condiciones adecuadas para su publicación por las Naciones Unidas obliga a introducir ciertas inclusiones. En consecuencia, el Relator Especial ha hecho una breve recapitulación de las más importantes conclusiones provisionales que figuraban en sus anteriores informes sobre la marcha de los trabajos, así como en el razonamiento inicial (o modificado) que las indujo. Ha hecho asimismo referencia a casos fundamentales o a ciertas situaciones generales que se revisan a fondo en esos informes. Sin estos antecedentes sería muy difícil apreciar en toda su plenitud el sentido y las posibles ventajas de las conclusiones y recomendaciones que se presentan.

22. Por consiguiente, el capítulo I se ocupa de cuatro temas principales: el proceso de selección (o de eliminación) de casos pertinentes para este estudio; conceptos sobre tratados y concertación de tratados; la importancia que tiene el comprender a fondo cómo evolucionan las relaciones entre indígenas y no indígenas y su situación actual, y definiciones y diferenciación entre las categorías de "poblaciones indígenas" y "minorías". En el capítulo II el Relator Especial presenta sus ideas sobre las tres situaciones jurídicas seleccionadas por sus relaciones con las metas de este estudio, centrándose en casos/situaciones concretos seleccionados para su estudio habida cuenta de sus circunstancias jurídicas/institucionales. El capítulo III describe el proceso general de domesticación de las cuestiones indígenas en sus diversas manifestaciones durante las diferentes fases, así como sus vínculos con la situación actual de las sociedades indígenas. Por último, en el capítulo IV, el Relator Especial expone el conjunto de los elementos que figuran en los capítulos anteriores, para presentar sus conclusiones y recomendaciones con miras a lo que él considera que podría ser una futura estrategia constructiva.

23. Una última observación sobre el contenido del presente informe. El Relator Especial se da perfecta cuenta de que él, y sólo él, es en último término responsable del contenido de las conclusiones y recomendaciones del presente estudio. Pero se da cuenta asimismo de que toda empresa humana puede presentar defectos e insuficiencias y, por consiguiente, no podrá por menos de beneficiarse de críticas constructivas.

24. En este contexto nunca se insistirá bastante en que en muchos de los aspectos y casos examinados, el resultado final de estos muchos años de trabajo,

tal como se refleja en el presente documento, se basa en investigaciones (incluidos trabajos en el terreno), en experiencias personales y profesionales y, en particular, en las opiniones de las fuentes disponibles, todo ello elaborado por dos personas solamente: el Relator Especial y su consultora, la Dra. Isabel Schulte-Tenckhoff, a la cual una vez más desea expresar toda su gratitud por su valiosísima colaboración.

25. Por consiguiente, el Relator Especial recibirá con mucho gusto todas las opiniones críticas que le envíen no sólo sus colegas sino también, y en particular, las poblaciones indígenas y los gobiernos que no respondieron a su cuestionario y que se puedan expresar en el curso de los debates que se celebren acerca de este informe final en los próximos períodos de sesiones de 1999 del Grupo de Trabajo y de la Subcomisión. Estas contribuciones se tendrán debidamente en cuenta para su posible utilización como elementos de juicio adicionales que se incorporen al informe antes de que éste pase a ser una publicación oficial de las Naciones Unidas.

26. En este informe final el Relator Especial desea expresar su gratitud a todos los gobiernos que han respondido al cuestionario que se les envió en 1991 y 1992. En particular, a los de Australia y Canadá por el rigor con que lo han hecho y por la valiosa documentación facilitada tanto por su propia iniciativa como a solicitud. Deseamos asimismo dar las gracias a los Gobiernos de Canadá, Chile, España, Estados Unidos de América, Fiji, Guatemala y Nueva Zelandia por las facilidades que nos han dado para las investigaciones en el terreno o por su participación en actividades relacionadas con cuestiones indígenas en sus correspondientes países.

27. Especial reconocimiento merece el interés y la eficacia con que las autoridades de Nueva Zelandia prepararon y coordinaron el programa de actividades del Relator Especial durante su visita oficial al país, en mayo de 1997, así como el hecho de que algunas de sus máximas autoridades (por ejemplo, los Ministros de Asuntos Exteriores y de Justicia) tuvieron la amabilidad de dedicar una parte de su tiempo a recibirnos personalmente y discutir con nosotros cuestiones relativas al pueblo maorí.

28. Este estudio nunca se hubiera podido concluir sin la cooperación de numerosas poblaciones, organizaciones y autoridades indígenas que han ofrecido al Relator Especial no sólo su valiosísima contribución (en forma de testimonios orales y escritos, de documentos y de imprescindible logística de los más variados tipos), sino también de un estímulo constante para este trabajo.

29. Aun corriendo el riesgo de posibles y lamentables omisiones, debo mencionar el apoyo recibido de las siguientes organizaciones indígenas y órganos institucionales: American Indian Law Alliance, Four Nations of Hobbema, Fund of the Four Directions, Grand Council of the Haudenosaunee Confederacy, Consejo de Todas las Tierras de la Nación Mapuche, Gran Consejo de los Crees (de Quebec), Fundación Rigoberta Menchú, Consejo Internacional de Tratados Indios, Assembly of First Nations (Canadá), Western Shoshone National Council (Estados Unidos), Maaori Legal Services, Teton Sioux Treaty Council, Ka'lau Hawaii, Organización Internacional de Desarrollo de los Recursos Locales, OXFAM y Centro de Documentación, de Investigación y de Información de las poblaciones indígenas (DOCIP) (Ginebra).



30. El Relator Especial desea asimismo expresar su gratitud a las autoridades (ancianos, lonkos, grandes jefes y jefes, dirigentes, consejeros y asesores) de diversas naciones/poblaciones indígenas o a sus organizaciones, entre ellas la Rigoberta Menchú Tum (Nación Maya), los antiguos Leones Oren (Nación Onondaga), Matthew Coon Come y Ted Moses (Crees [de Quebec]), Tony Blackfeather (Nación Teton Sioux/Lakota), J. Wilton Littlechild (Four Nations of Hobbema/Canadá), Domingo Cayuquo, Manuel Antilao, Jorge Pichinual, Juana Santander y Aucan Huilcamán (Nación Mapuche), Ovide Mercredi (Asamblea de Primeras Naciones/Canadá), Cherrilene Steinhauer y Carl Queen (Primera Nación del Lago Saddle/Canadá), Wallace Fox (Primera Nación del Lago Onion/Canadá), Daniel Sansfrere, Michael Nadli, Felix Lockhart, Pat Martel, Jonas Sangri, Rene Lamothe, Gerald Antoine y Francois Paulette (Nación Dene/Canadá), Sharon Venne (Nación Lubikon Cree-Primera Nación Joseph Bighead-Tratado de las Seis Naciones/Canadá), Juan León (Nación Maya), la fallecida Ingrid Washinawatok (Fondo de las Cuatro Direcciones), Ken Deer (Nación Mohawk), Lázaro Pari (Nación Aymará), Bill Means, Antonio González, Jimbo Simmons y Andrea Carmen (IITC), Mililali Trask (Hawaii), Al Lameman (Administración Tribal del Lago Beaver), Kent Lebsock (Alianza Americana de Derecho Indio), R. Condori (CISA), Pauline Tiangora, Naniko, Aroha Pareake Meade, Moana Jackson, Dra. Margaret Mutu, Sir Tipene O'Regan, Sir R. T. Mahuta, Moana Erickson y Shane Solomon (Aotearoa/Nueva Zelanda), así como a Leif Dunfield (Nación Sami). Todos ellos han facilitado al Relator Especial informes y conceptos valiosísimos sobre sus correspondientes poblaciones/naciones y organizaciones.

31. El Relator Especial no puede por menos de expresar su gratitud hacia otras personas indígenas y no indígenas con reconocida autoridad en los diversos aspectos de los problemas indígenas y que, en general, actúan en los círculos de las Naciones Unidas, todas las cuales han contribuido a la labor del Relator Especial brindándole sus conocimientos, experiencia práctica y/o críticas incisivas y constructivas.

32. Gudmundur Alfredsson (tanto mientras desempeñaba sus funciones en el Centro de Derechos Humanos como a título de universitario especializado en esta cuestión), Augusto Willemsen Díaz, el juez E. Durie (del Tribunal de Waitangi), Mario Ibarra, Jacqueline Durore, el fallecido Andrew Gray, Paul Coe, Renate Dominick, Robert Epstein, Florencia Roulet, Sir Paul Reeves, Anthony Simpson, Alberto Saldamando y los profesores Vine Deloria, Héctor Díaz Polanco, Michael Jackson, Gaston Lyon, Glenn Morris, C. M. Eya Nchama, Douglas Sanders, Mason Durie, Jim Anaya, José Bengoa (su colega en la Subcomisión) y el fallecido Howard Berman merecen mi especial agradecimiento por sus valiosas contribuciones académicas. Naturalmente a ninguno de ellos le corresponde responsabilidad ninguna de cualquier posible carencia que se halle en los diversos informes sobre la marcha de los trabajos o en este informe final del estudio.

33. Por último, y no lo menos importante, el Relator Especial desea expresar toda su gratitud por la asistencia especializada, la paciencia y la cooperación logística que le han concedido todos los que han servido en el minúsculo grupo especial de tareas al que el Centro de Derechos Humanos o la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos han asignado la responsabilidad de los asuntos indígenas. La diligencia y el gran profesionalismo con el que tan exitosamente han desempeñado sus funciones en relación con este estudio (a veces en condiciones extremadamente difíciles) han sido simplemente ejemplares. A este respecto, el Sr. Julian Burger, su director,

y su eficacísima colega, la Sra. Miriam Zapata, se han ganado a lo largo de los años el más profundo respeto del Relator Especial.

#### I. ALGUNOS PUNTOS DE PARTIDA FUNDAMENTALES

34. Dado el enorme ámbito geográfico, temporal y jurídico del estudio 8/, el Relator Especial decidió desde el principio limitarse a un análisis detallado de un número reducido y representativo de estudios de casos organizados en función de cinco situaciones jurídicas distintas: i) tratados celebrados entre Estados y pueblos indígenas; ii) acuerdos concertados entre Estados u otras entidades y pueblos indígenas; iii) otros acuerdos constructivos concertados con la participación de los pueblos indígenas interesados; iv) tratados concluidos entre Estados que contienen disposiciones que afectan a los pueblos indígenas como terceros; v) situaciones que afectan a pueblos indígenas que no son partes en ninguno de los mencionados instrumentos ni objeto de ellos 9/.

35. Debe advertirse que desde el punto de vista geográfico, el Relator Especial ha considerado su mandato como universal, relativo a cualquier parte del mundo en que la existencia histórica o contemporánea de tratados, convenios y otros acuerdos constructivos esté confirmada o donde puedan existir en el futuro gracias a un proceso de negociación y cooperación 10/.

36. Por consiguiente se examinó una amplia serie de casos procedentes de todos los lugares del mundo y relativos a las cinco situaciones jurídicas antes mencionadas; había entre ellos casos procedentes de los Estados Unidos y Canadá (haudenosaunee, mikmaq, las llamadas cinco tribus civilizadas, shoshone, lakota, los firmantes indígenas del Tratado N° Seis, los cree de la Bahía James [de Quebec], las naciones indígenas de la Columbia Británica y California, y los cree del Lubikon), el Pacífico (Maorí, Hawai, Polinesia Francesa), América Latina (kuna yala, mapuche, yanomami, maya), aborígenes e insulares de Australia, el Gobierno Autónomo de Groenlandia, y algunos casos africanos y asiáticos (Birmania/Myanmar, el papel de las compañías concesionarias europeas en Asia meridional y Africa occidental, los san de Botswana, los ainu de Japón y las poblaciones indígenas de Siberia).

37. Debe recordarse a este respecto que el Relator Especial hubo de proceder a cierta selección en lo que respecta a las directrices adoptadas para la investigación en su conjunto 11/. Esas directrices las ha tenido debidamente en cuenta a todo lo largo de su trabajo.

---

8/ E/CN.4/Sub.2/1991/33, párrs. 92-93, 106-107, y 110-114.

9/ E/CN.4/Sub.2/1992/32, párr. 169.

10/ E/CN.4/Sub.2/1988/24/Add. 1, párr. 12; E/CN.4/Sub.2/1991/33, párr. 92.

11/ E/CN.4/Sub.2/1991/33, párrs. 95-100; para la ejecución, véase E/CN.4/Sub.2/1995/27, párrs. 48-129. Debe advertirse que a causa de la barrera del lenguaje, el Relator Especial no pudo examinar la escasa información que se le facilitó en el caso de las poblaciones indígenas de Siberia.

38. En el curso de su trabajo y a la luz de los numerosos casos/situaciones examinados, el Relator Especial se ha inclinado a reconsiderar la pertinencia para el informe final de las cinco categorías jurídicas enumeradas al comienzo de este capítulo.

39. Dos de esas categorías jurídicas, es decir los acuerdos, en la medida en que puedan ser fundamentalmente distintos de los tratados, y los tratados entre poderes no indígenas que afectan a poblaciones indígenas como partes terceras, van a tener un impacto limitado en las conclusiones y recomendaciones que se formularán en el presente informe final.

40. En primer lugar, en lo que respecta a la cuestión de los acuerdos, el Relator Especial ya encareció la necesidad de un enfoque casuista, ya que "la decisión de las partes en un instrumento legal de designarlo como 'acuerdo' no significa necesariamente que el carácter jurídico de dicho instrumento difiera en modo alguno de los denominados oficialmente 'tratados'" 12/. Este razonamiento está en pleno acuerdo con la tradición jurídica codificada en el derecho internacional contemporáneo mediante la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados 13/.

41. Por consiguiente, el Relator Especial procedió a seleccionar ciertos factores que han de tenerse en cuenta para determinar cuáles de los instrumentos analizados deben ser considerados como "tratados" y cuáles se han de considerar como "acuerdos". Estos factores son los siguientes: quiénes son las partes en el instrumento, cuáles son las circunstancias de su firma y cuál es el tema del documento 14/.

42. Esos factores se aplicaron en el análisis de dos instrumentos concretos, el Acuerdo de Panglong, de 12 de febrero de 1947 (Birmania/Myanmar), al que después renunció el Estado parte 15/; y el acuerdo concertado el 22 de agosto de 1788 entre el Capitán Taylor, en nombre de la Corona Británica, y los jefes de Sierra Leona, que no constituye instrumento alguno de derecho internacional atinente a su estudio 16/.

43. En el capítulo III del presente informe se examinarán algunos elementos relativos a otros casos o situaciones actuales que se han denominados "acuerdos", en particular en el contexto canadiense.

44. En segundo lugar, y en lo que respecta a la pertinencia para este estudio de los tratados bilaterales y multilaterales concertados entre potencias no indígenas pero que afectan a pueblos indígenas como terceros, debe advertirse que por falta de tiempo y de recursos, el Relator Especial no ha podido

---

12/ E/CN.4/Sub.2/1992/32, párr. 326.

13/ 1155 United Nations, Treaty Series, vol. 1155, N° 331, artículo 2, 1, a).

14/ E/CN.4/Sub.2/1992/32, párr. 332.

15/ E/CN.4/Sub.2/1995/27, párrs. 288, 293.

16/ E/CN.4/Sub.2/1995/27, párr. 314.

comprobar *in situ* la importancia práctica que puedan tener estos instrumentos para las poblaciones indígenas, ni examinar más a fondo la documentación existente sobre estos instrumentos.

45. Ello no obstante, al menos un instrumento ya examinado en el primer informe sobre la marcha de los trabajos 17/, sigue siendo interesante a este respecto, el llamado Codicilo Lapp al tratado de límites de 1751 entre Suecia/Finlandia y Noruega/Dinamarca. Este Codicilo nunca ha sido abrogado y sigue siendo objeto de una interpretación legal en lo respecta a los derechos de los sami dentro del contexto de las negociaciones bilaterales (Suecia/Noruega).

46. A este respecto merece destacarse el papel del Parlamento sami tanto en Noruega como en Suecia, pero sobre todo en Noruega donde parece ejercer mayor influencia que en Suecia, así como su contribución potencial a la interpretación del Codicilo.

47. Por otra parte, en lo que se refiere concretamente al Convenio de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales de países independientes, 1989 (núm. 169), aún queda por ver en qué medida las poblaciones indígenas tienen algún tipo de acceso directo, o la posibilidad de contribuir con eficacia, al proceso que conduce a la ratificación de este Convenio por los Estados en los que viven. Merece señalarse que hasta la fecha sólo han ratificado este instrumento un limitadísimo número de Estados interesados.

48. Aunque diversas organizaciones indígenas han expresado su apoyo al convenio (por ejemplo, la Conferencia Inuit Circunpolar, el Consejo Nacional de Jóvenes Indígenas, y el Consejo Sami), el apoyo no es ni mucho menos unánime. Prueba de ello es la oposición manifestada por cierto número de organizaciones indígenas en el contexto canadiense. Así, por ejemplo, en Canadá no todas las poblaciones indígenas ni todos los sectores de los círculos jurídicos apoyan la ratificación del Convenio pues sus disposiciones van por detrás de las actuales normas nacionales. En otros países donde la legislación vigente en materia de poblaciones indígenas o de fuerza laboral indígena es a este respecto menos avanzada, las poblaciones indígenas pueden adoptar criterios diferentes. Una vez más convendrá plantearse el problema caso por caso.

49. Se ve, pues, que la cuestión de los tratados que afectan a poblaciones indígenas como terceros puede seguir siendo pertinente en la medida en que mantengan su vigencia y en que las poblaciones indígenas estén participando o vayan a participar en el futuro en la aplicación de sus disposiciones. Entre los diez instrumentos previamente seleccionados para su análisis 18/, aparte del Codicilo Lapp, existen otros varios que merecerían un examen más profundo, entre ellos el Tratado Jay de 1794 y el Tratado de Guadalupe-Hidalgo de 1848, ambos de

---

17/ E/CN/.4/Sub.2/1992/32, párrs. 367-370.

18/ Eran los siguientes: Tratado de Tordesillas de 1494, Tratado de Utrecht de 1713, Tratado de límites entre Suecia/Finlandia y Noruega/Dinamarca de 1751, Tratado de París de 1763, Tratado de Jay de 1794, Tratado de Adam-Onis de 1819, Tratado de Guadalupe-Hidalgo de 1848, la compra de Alaska de 1867, el Convenio sobre las Aves Migratorias de 1916 y el Convenio de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, 1989 (núm. 169) (véase E/CN.4/Sub.2/1992/32, párrs.363-390).

importancia particular para poblaciones indígenas establecidas en las fronteras de los Estados Unidos con Canadá y con México, respectivamente.

50. Por consiguiente, las conclusiones y recomendaciones que figuran en el presente informe se referirán sobre todo a tres de las cinco situaciones jurídicas originales identificadas: i) cuando hay pruebas de que se trata de tratados/acuerdos internacionales entre poblaciones indígenas y Estados; ii) cuando no existan instrumentos jurídicos específicos bilaterales que rijan las relaciones entre poblaciones indígenas y Estados; iii) situaciones relativas a la cuestión de "otros acuerdos constructivos".

51. En lo que se refiere al papel de estos acuerdos constructivos, el Relator Especial advierte que ciertas actividades que actualmente se están desarrollando en el nivel nacional, por ejemplo en México, en Canadá y en Guatemala en distintas condiciones sociales y políticas, ponen claramente de manifiesto algunos de los problemas fundamentales que él ha tenido que plantearse en el curso de su mandato, en particular sobre la cuestión de los derechos colectivos de las poblaciones indígenas en las actuales sociedades pluriétnicas y la necesidad en ese contexto de mecanismos de resolución de conflictos mutuamente acordados 19/.

52. En relación asimismo con las tres situaciones antes mencionadas, debe señalarse que tanto los propios tratados como su elaboración (en el sentido más amplio del término) son asuntos que, a juicio del Relator Especial, requieren una mayor elaboración conceptual.

53. El Relator Especial considera que debe evitarse caer en la prisión de la terminología existente. Pero esto no impide en modo alguno que se saquen conclusiones de una historiografía no eurocéntrica de tratados y acuerdos entre poblaciones indígenas y Estados y de la correspondiente situación de las poblaciones indígenas en el derecho internacional, historiografía a la que dedica una sección fundamental de su segundo informe sobre la marcha de los trabajos 20/. La cuestión presenta dos aspectos fundamentales.

54. En primer lugar, en función de los aspectos de este estudio orientados hacia el futuro, es decir, de las lecciones que pueden sacarse del estudio en cuanto a las posibilidades de negociar tratados y otros instrumentos jurídicos consensuados y mecanismos prácticos que aseguren para el futuro mejores relaciones entre las poblaciones indígenas y los Estados, una definición estrecha de "tratado" y "concertación de un tratado" pondrá en peligro o evitará todo tipo de idea innovadora en la materia. Pero lo que hace falta son precisamente ideas innovadoras que resuelvan la situación en la que se encuentran actualmente numerosas poblaciones indígenas.

55. En segundo lugar, una definición estrecha de tratados y concertación de tratados dificultará (o incluso impedirá) que se tengan adecuadamente en cuenta las opiniones de los indígenas sobre estas cuestiones, a causa simplemente de la idea tan extendida de que las poblaciones indígenas no constituyen "Estados" en

---

19/ En el capítulo II B del presente informe se examinan con más detalle ciertas cuestiones relativas a este tipo de pactos consensuados.

20/ E/CN.4/Sub.2/1995/27, párr. 140-171.

el actual sentido del término en el derecho internacional, sea cual fuere la situación que en la era del derecho de las naciones se les reconozca como entidades soberanas.

56. Pero también conviene advertir que igualmente erróneo sería dar por supuesto que las poblaciones indígenas no tienen un conocimiento adecuado de la naturaleza, procedimientos y consecuencias de los tratados y la concertación de tratados. Pero algunas autoridades en la materia les atribuyen un total desconocimiento de los principios que rigen esos instrumentos y de sus "códigos". Ello no obstante, no sólo fuentes bibliográficas sino también testimonios directos recogidos por el Relator Especial de fuentes indígenas demuestran claramente lo erróneo de este supuesto.

57. Desde que comenzara esta empresa se le advirtió que el concepto y la práctica de la concertación de acuerdos internacionales, es decir, de pactos entre entidades soberanas, sean naciones, "tribus" o cualquier otra cosa que se llamen, estaban perfectamente claros para los pueblos indígenas de las Américas, de Aotearoa/Nueva Zelanda y de otros lugares ya antes de que llegasen los colonizadores europeos, y así sigue siendo.

58. Además, durante las investigaciones en el terreno, numerosas fuentes indígenas, separadas por océanos, han advertido reiteradamente al Relator Especial que, en diversas ocasiones en el curso de las negociaciones, las partes no indígenas no han informado adecuadamente a sus contrapartes indígenas (es decir a los antecesores de esas fuentes indígenas) sobre la causa y el objeto del pacto, redactado con frecuencia sólo en idiomas europeos y traducido sólo verbalmente. Las dificultades lingüísticas que ello implicaba para las partes indígenas evitaban con frecuencia que pudieran comprender a fondo cuál era la naturaleza exacta y la extensión de las obligaciones que habían asumido en virtud de la versión no indígena de esos textos (o de la construcción de sus disposiciones). Está claro que esta situación no facilita el que las partes indígenas puedan dar un consentimiento libre y consciente del pacto al que le comprometen esas negociaciones. Se puede, pues, deducir que esos instrumentos serían extraordinariamente vulnerables ante cualquier tribunal digno de este nombre.

59. El Relator Especial considera que esos relatos, tratándose en particular de casos que implican la cesión de territorios por las partes indígenas, reflejan la realidad de los acontecimientos, considerando, sobre todo, la condición inherentemente inalienable de sus territorios y las situaciones históricas con que se enfrentaban numerosas naciones indígenas.

60. Ocupándose asimismo de los principios fundamentales que rigen la concertación de tratados y sus "códigos" y utilizando el ejemplo de los primeros tratados africanos con potencias europeas (o con sus sucesores en esa materia), Charles Alexandrowicz ha demostrado que, si bien ciertos conceptos concretos relativos al poder, la autoridad y otros asuntos de organización política pueden ser distintos entre una parte y otra, sin embargo raramente dejaban de encontrar terrenos comunes en lo que respecta a esos principios.

61. En cuanto a la concertación de tratados, entre esos principios fundamentales comunes se encuentran: la necesidad de que haya unos representantes con el mandato de entablar negociaciones, un acuerdo básico sobre

el tema de los tratados, y conceptos relativos a la necesidad de ratificación y a la obligatoriedad de cualquier tipo de acuerdo formalmente negociado.

62. Conviene señalar, sin embargo, que aún no se ha realizado ningún estudio exhaustivo sobre los puntos de vista indígenas acerca de cierto número de importantes aspectos de los tratados y la concertación de tratados. Pese a que este aspecto corresponde plenamente al mandato del Relator Especial, éste no ha podido disponer de fuentes suficientes para realizar esa labor. Ello no obstante y de conformidad con las recomendaciones de Martínez Cobo, siempre que ha podido ha tratado de tomar debidamente en consideración los conocimientos indígenas y las situaciones institucionales en el contexto de la historia de los tratados y la concertación de tratados, así como las lecciones que las propias poblaciones indígenas tienden a extraer de este conocimiento, con miras a mejor definir sus relaciones con los Estados en los que ahora viven.

63. Desde un punto de vista más teórico, podría decirse que el principio de reciprocidad corresponde a una característica transcultural de la concertación de tratados. Esto se confirma asimismo teniendo en cuenta cómo el conocimiento que diversas partes indígenas tienen de los tratados perpetúa la naturaleza básica de las relaciones contractuales.

64. Un caso interesante a este respecto, que no es único, es cómo los indígenas comprenden algunos de los tratados vigentes en la actualidad en Canadá, idea fácilmente accesible gracias a varias investigaciones recientemente publicadas <sup>21/</sup>. Además de los tratados de la Royal Commission on Aboriginal Peoples, de Canadá, se facilitó gran número de informes sobre la interpretación indígena de tratados. Desafortunadamente, el Relator Especial no ha tenido la oportunidad de estudiar con detalle todas esas relaciones. Ello no obstante, no hay duda de la importancia que tienen tanto para hacer frente a la situación de los indígenas en Canadá como para sus conclusiones en el presente informe final.

65. Una última observación sobre el tema general de los tratados: el Relator Especial no ha podido evaluar con precisión todas las relaciones posibles entre esta problemática y la cuestión general de "los derechos humanos de las personas indígenas". Evidentemente, esta idea es muy distinta de la de "los derechos de las poblaciones indígenas", de ámbito mucho más amplio y que de hecho incluye a esos derechos individuales.

66. En lo que respecta al contexto de este informe final y de acuerdo con el texto del mandato del Relator Especial, el proceso de "domesticación" de todas las cuestiones relativas a las poblaciones indígenas tiene importancia particular y es evidente que en esta última fase final de su trabajo exige un análisis y elaboración más detallados. Es necesario realizar un estudio más extensivo del origen de este proceso si se quieren comprender más a fondo los elementos jurídicos y socioeconómicos cruciales de la situación actual de esos pueblos, tal como se manifestó en las antiguas colonias de asentamientos europeos (y en los Estados que las sucedieron) en el momento en que se

---

<sup>21/</sup> Por ejemplo, Sharon Venne, "Understanding Treaty Six: indigenous perspective", en Aboriginal and Treaty Rights in Canada (M.Asch Ed.) (Vancouver: University of British Columbia Press, 1996), p. 173-204; Treaty Seven Elders and Tribal Council, The Original Spirit and Intent of Treaty Seven, Montreal y Kingston; McGill-Queen's University Press, 1996.

originaron las relaciones, también tal como ahora existen en los actuales correspondientes Estados multinacionales de América Latina, África, Asia, el Pacífico y Europa Septentrional. Por consiguiente, esta cuestión se tratará in extenso en las conclusiones que se presentan en el capítulo III de este informe final.

67. Por otra parte, el proceso de domesticación de las cuestiones indígenas debe situarse en el contexto de la independencia/descolonización de los países latinoamericanos, africanos, asiáticos y del Pacífico (que difieren en gran medida), pues ello plantea un nuevo problema muy oportuno, es decir el de la pertinencia del concepto de "indigenidad" haciendo referencia a todos los casos posibles de "pueblos oprimidos por el Estado", incluidas las "minorías" en el contexto particular de los actuales Estados africanos, asiáticos y del Pacífico.

68. En estos últimos países, la era de la descolonización trajo consigo cambios radicales en el concepto del calificativo "indígena". Este era el resultado de un nuevo contexto político cuyo símbolo más perceptible era la emergencia, de acuerdo con el derecho internacional contemporáneo, de gran número de nuevos Estados. Así, desde el punto de vista conceptual, el Relator Especial considera necesario restablecer una clara distinción entre poblaciones indígenas y minorías nacionales o étnicas. Por supuesto no se ha de considerar que esta diferenciación implica un defecto de reconocimiento de los derechos colectivos de esas minorías como sociedades diferentes.

69. A ese respecto debe advertirse que en 1991, cuando comenzó este trabajo y se estaban estableciendo las directrices para el conjunto de la investigación, el Relator Especial decidió hacer una distinción estricta entre "minorías" y "poblaciones indígenas" 22/. Además no debe olvidarse que, de acuerdo con los criterios que adoptara en 1995 en lo que respecta a su plan de trabajo futuro, "el énfasis del estudio debe centrarse, en su fase final, en casos y situaciones en que la categoría "pueblos indígenas" está ya indubitadamente establecida desde un punto de vista histórico y actual" 23/.

70. Años de investigaciones y reflexión en distintos niveles del sistema de las Naciones Unidas, en particular por la Comisión de Derechos Humanos y su Subcomisión, no han permitido obtener una definición generalmente aceptada del término "minoría", ni de los calificativos que con frecuencia se le asocian, como "étnica" o "nacional".

71. Por otra parte, la importancia de la "definición de trabajo" de "pueblos indígenas" formulada por el Relator Especial José Martínez Cobo en la última parte de su estudio, radica en el hecho de que sus conclusiones han sido reconocidas por la Comisión y sus órganos subsidiarios como "una base de trabajo aceptable".

72. Ello no obstante, como ya se dijo antes en los informes sobre la marcha de los trabajos de este estudio, Martínez Cobo, en su intento de ampliar su

---

22/ E/CN.4/Sub.2/1991/33, párr. 98; para la ejecución, véase E/CN.4/Sub.2/1995/27, párrs. 48-129. Compárese también después con el capítulo II.

23/ E/CN.4/1995/27, párr. 126.



"definición de trabajo" a todos los casos sometidos a su atención en el curso de su mandato, tendía a acumular situaciones que, a juicio de este Relator Especial, deberían ser separadas a causa de sus diferencias intrínsecas.

73. Estas diferencias se basan en diversos factores históricos que exigen que se establezca una clara distinción entre el fenómeno de la expansión territorial por las naciones indígenas hacia áreas adyacentes y el de la colonización organizada por potencias europeas de los pueblos que, desde tiempo inmemorial, habitan territorios de otros continentes.

74. Al Relator Especial y en relación con el presente estudio le inquieta particularmente el hecho de que, en el contexto de la actual práctica de las Naciones Unidas y de acuerdo con los instrumentos jurídicos y normas internacionales existentes, la garantía de una protección internacional efectiva de los derechos de las minorías se confina en gran medida al ámbito de los derechos individuales. Además, este tema general se trata sobre todo como correspondiendo a la jurisdicción interna de los Estados, con lo cual queda excluida toda estrategia alternativa.

75. Y sin embargo, las poblaciones indígenas conceden precisamente una importancia considerable al reconocimiento, promoción y garantía de sus derechos colectivos, es decir de sus derechos como grupos sociales. Del mismo modo, tratan de conseguir que se establezcan mecanismos internacionales para la resolución de conflictos con las autoridades estatales, en particular en relación con los derechos reconocidos o adquiridos gracias a instrumentos que gozan de reconocimiento internacional, como los tratados.

76. Por consiguiente, el Relator Especial ha expresado la opinión de que los pueblos indígenas, aunque puedan constituir minorías numéricas en los muchos países donde están viviendo, no son "minorías" en el sentido en que se utiliza en las Naciones Unidas y con miras a una posible acción práctica por parte de la Organización 24/. Del mismo modo, una minoría nacional o étnica no se ha de considerar como una "población indígena" en el contexto de las Naciones Unidas.

77. Merece señalarse que la política de las Naciones Unidas a este respecto está ya bien establecida; en particular desde 1994 cuando se creó el Grupo de Trabajo sobre Minorías dentro del marco de la Subcomisión y por decisión del Consejo Económico y Social a recomendación tanto de la Comisión como de la propia Subcomisión 25/.

78. Reflexionando sobre conceptos, el Relator Especial consideró necesario subrayar que, en los contextos africano y asiático, la problemática de las comunidades indígenas raramente es coextensiva con la de las relaciones entre tratados 26/, si bien podría suceder que existan excepciones que merezcan un estudio más detenido, como es el caso de los masai, dado su papel en las negociaciones que condujeron a Kenya a la independencia.

---

24/ E/CN.4/Sub.2/1995/27, párr. 116.

25/ Resolución de la Subcomisión 1994/4 de 19 de agosto de 1994.

26/ E/CN.4/Sub.2/1995/27, párrs. 116, 128.

79. Es cierto de todas formas que muchas comunidades pudieran considerarse como pueblos indígenas en el contexto del estudio de Martínez Cobo, sobre la base de su estilo de vida y el hábitat en que residen (pero excluyendo otros factores tales como su "indigenidad" de hoy día comparada con la idéntica "indigenidad" de otras comunidades que coexisten en la era post-colonial en el territorio de prácticamente todos los Estados de los continentes africano y asiático) tienden a no ser parte de tratados o acuerdos ni con las potencias coloniales ni con los Estados que sucedieron a esas potencias tras la descolonización y la independencia 27/.

80. Sin embargo debe advertirse que el Relator Especial no ha podido evaluar todas las posibles duplicaciones y contradicciones en todas las materias relacionadas con los tratados y la problemática indígena general en los contextos africano y asiático.

81. Además, a este respecto, podría legítimamente señalarse que el legado de las áreas tribales "protegidas" en África y Asia (especialmente en las regiones que formaron parte del imperio colonial británico, por ejemplo, la India y África meridional) ha planteado cierto número de problemas concretos, en particular al reflejarse en el trabajo de ciertas organizaciones internacionales que, como la Organización Internacional del Trabajo y la Organización de Estados Americanos, han contribuido a aumentar la confusión sobre la cuestión de la dicotomía clara y bien establecida minorías/indígenas.

82. Pese a las importantes lagunas existentes a este respecto, el Relator Especial ha podido establecer algunas reglas provisionales sobre la cuestión, en particular sobre el estado y situación de pueblos indígenas que aún no son parte de ningún instrumento jurídico bilateral formal y consensuado.

83. Conviene recordar que numerosos representantes de los que se describen como grupos/minorías/pueblos de África y Asia oprimidos por el Estado han sometido sus casos a la atención del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas por faltarles otros foros donde pudieran presentar sus quejas. En la actualidad se trata de remediar esta situación mediante el establecimiento del Grupo de Trabajo sobre Minorías.

84. Se deduce que, si bien una determinada situación podría ser apta para someterse a un examen general dentro del marco de las actividades de las Naciones Unidas en los temas generales de prevención de la discriminación y protección de las minorías, su pertinencia es tangencial, extremadamente limitada o no existente en un contexto contemporáneo y en lo que respecta a la elaboración de tratados/acuerdos y pactos constructivos entre poblaciones indígenas y Estados, incluyendo su papel ante futuros acuerdos entre partes indígenas y no indígenas, en particular en lo que respecta al presente estudio a la luz del mandato que la resolución 1988/56 de la Comisión de Derechos Humanos confía al Relator Especial.

85. En esta fase final del estudio y como ya se ha explicado antes la atención se ha centrado sólo en aquellas situaciones que, a juicio del Relator Especial, se ha confirmado sin duda alguna que se trata de poblaciones indígenas.

86. En lo que hace a esta importante cuestión, el Relator Especial considera su deber hacer notar que -tal como era de esperar- los contenidos de esta parte final del capítulo I de su informe final (párrafos 66-85) despertaron reacciones críticas provenientes de un cierto número de participantes en las labores del Grupo de Trabajo en 1998, cuando se circuló como documento de trabajo de éste la versión no editada (y sólo en idioma inglés) del presente informe final. Vale subrayar que tanto en sus intervenciones en el curso del debate sostenido al respecto, como en las conversaciones mantenidas fuera de la sala de sesiones, y también en comunicaciones que le dirigieron ulteriormente, varios participantes provenientes de Asia y África le hicieron saber al Relator Especial su total inconformidad con lo por él expresado en esos párrafos antes mencionados.

87. Tal y como se comprometió a hacer al final del debate sostenido durante el 16º período de sesiones del Grupo de Trabajo el pasado año (véase E/CN.4/Sub.2/1998/16, párr. 102), el Relator Especial ha analizado con todo detenimiento y seriedad esos comentarios críticos, en particular los contenidos en las comunicaciones que le fueron remitidas por escrito con posterioridad a aquel debate. Dejando de lado ciertas invectivas inaceptables (por insustanciadas) contenidas en alguna de esas comunicaciones -tales como atribuirle un predominio de "valores colonialistas y tal vez incluso racistas" a su mentalidad y sus enfoques metodológicos en la cuestión-, el Relator Especial ha llegado a la conclusión de que los argumentos avanzados en ellas no resultan suficientes para hacerle modificar los criterios fundamentales que han quedado expuestos en los aludidos párrafos precedentes de este informe; todos los cuales reitera en esta oportunidad.

88. Tal reiteración se justifica, básicamente, dado que en ninguna de ellas se hace un esfuerzo serio por contraponer argumentos de peso al hecho evidente de que en el África y el Asia de la época post-colonial, los grupos/minorías/etnias/pueblos que reclaman el ejercicio de derechos presunta o realmente conculcados por las autoridades autóctonas hoy existentes en los Estados en que habitan, por elemental lógica no pueden reclamar para sí, unilateralmente y en exclusiva, la condición de "indígenas" en el marco de las Naciones Unidas, a criterio del Relator Especial.

89. Como antes se ha mencionado y dado el carácter excluyente que en este contexto tiene el vocablo "indígena", a otros grupos, minorías, etnias o pueblos que con aquéllos conviven en el marco territorial de un Estado multinacional o multiétnico africano o asiático de nuestros días, cuyas fronteras (a veces tal vez aberrantes) tienen su origen en una situación colonial hoy ya tal vez legalmente superada, pero cuya larga sombra continúa proyectándose aún en la contemporaneidad. Esos Estados -cuya existencia como tales es, en la mayoría de los casos, bien reciente- tienen no sólo el derecho, sino también el deber de preservar su frágil integridad territorial. El riesgo de atomización (o "balcanización") que para ellos implican tales pretensiones unilaterales de "indigenismo" no puede, lógicamente, tomarse a la ligera. Vale apuntar que en circunstancias históricas tal vez menos defendibles, muchos Estados desarrollados, con siglos de experiencia ya como Estados-nación, invocan idénticas reticencias ante tal posibilidad, por remota que ella sea actualmente.

90. Resumiendo: Por lo anterior el Relator Especial insiste en su criterio de que las situaciones descritas más arriba, y que tienen como escenario a Estados africanos o asiáticos deben ser analizadas en otros foros de las Naciones Unidas

distintos a los que se encargan hoy de los problemas de los pueblos indígenas; en particular, en el Grupo de Trabajo sobre Minorías de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías.

91. Resulta preciso reiterar, asimismo, que no es el caso de que el Relator Especial defienda la absurda posición de negar la existencia en esos continentes -como se afirma en algunas de esas intervenciones y comunicaciones- de pueblos, etnias, minorías o grupos autóctonos en ellos, sino justamente de todo lo contrario: todos lo son. Por ello, salvo ciertos casos mencionados en este propio informe (o algunos otros que una información ulterior permita enfocar con mayores precisiones), la denominación "indígena" -excluyente por definición- resulta particularmente inadecuada en el contexto de la problemática afroasiática, y en el marco de las actividades de Naciones Unidas.

92. Finalmente, en lo que hace a algunas otras observaciones críticas formuladas a los juicios emitidos en este propio informe sobre esta misma cuestión, el Relator Especial se permite subrayar que el gran valor y respeto que le merecen los criterios expresados sobre dicho asunto, en sus obras respectivas, tanto por el Relator Especial Sr. Martínez Cobo, como por nuestra distinguida Presidenta-Relatora, la Dra. Erica Irene Daes, no significa, obviamente, la necesidad obligada por su parte de compartir tales criterios.

## II. RESUMEN DE LOS HALLAZGOS

93. En los tres informes sobre la marcha de los trabajos presentados hasta ahora, el Relator Especial ha tratado de ocuparse no sólo de los distintos aspectos de la cuestión de los tratados entre poblaciones indígenas y Estados identificados por el Sr. Martínez Cobo 28/, sino también de los aspectos relacionados con convenios y otros acuerdos constructivos, tal como solicitaran la Comisión y el Consejo Económico y Social.

94. Esas cuestiones son, entre otras, aquellas que están cubiertas por tales instrumentos, su situación jurídica actual, su aplicación o no aplicación, y las consecuencias que todo ello pueda tener para los pueblos indígenas.

95. Estos aspectos se trataron sobre la base de diversas fuentes y documentación, incluyendo las respuestas recibidas a los dos cuestionarios distribuidos dos veces al comienzo del mandato 29/; los resultados de las investigaciones en el terreno y en los archivos realizadas por el Relator

---

28/ Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas, vol. V: "Conclusiones, propuestas y recomendaciones", documento E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, párrs. 388-392.

29/ Aunque debe advertirse que, desde el comienzo, el Relator Especial ha deplorado repetidamente (véase por ejemplo E/CN.4/Sub.2/1995/27, párr. 32), las escasísimas respuestas de las naciones/organizaciones indígenas a su cuestionario, situación que mejoró considerablemente después de 1995 en virtud de los esfuerzos realizados por ciertas organizaciones como el Consejo Internacional de Tratados Indios. Además, el Relator Especial también ha tenido que sufrir la falta generalizada de respuesta de los gobiernos interesados a su versión del cuestionario. Entre las muy pocas respuestas recibidas, algunas tenían simplemente un carácter general o formal, escasamente informativas.

Especial o por su consultor; y una amplia documentación y otros materiales presentados por las partes interesadas, Estados, pueblos u organizaciones indígenas, investigadores y otras personas interesadas.

96. El enorme volumen y diversidad de estos documentos han obligado al Relator Especial a dedicar una atención particular a la estrategia general del estudio y a sus dificultades metodológicas y teóricas. En el primer informe sobre la marcha de los trabajos se describen las principales estrategias adoptadas a este respecto 30/. Podrían resumirse de la siguiente manera.

97. El Relator Especial insistió desde el comienzo en la necesidad de una metodología interdisciplinaria, aunque muy enfocada en el aspecto jurídico 31/.

98. Todo intento de explorar y comprender las representaciones y las tradiciones indígenas en lo que respecta a tratados, convenios y otros acuerdos constructivos deberá realizarse de forma que se favorezca un criterio descentralizado de cultura, sociedad, derecho e historia, y que pueda enjuiciarse críticamente todo etnocentrismo, eurocentrismo y paradigma evolucionista.

99. Por otra parte, es preciso estudiar y tomar en consideración detenidamente la estrecha conexión existente entre la problemática indígena y los fenómenos del colonialismo, la dominación y las políticas asimilacionistas. Esta conexión se realiza asimismo en las disciplinas académicas implicadas (como la antropología), así como en el discurso jurídico y en el derecho positivo 32/.

100. Existen numerosos ejemplos históricos del derecho como instrumento del colonialismo como son la doctrina de la terra nullius, y los sistemas de la encomienda y el repartimiento, instituidos en América Latina por la Corona Española en el siglo XVI, los llamados "tratados de transferencia" impuestos a las naciones indígenas del sudeste de los Estados Unidos bajo el presidente Jackson en los años 1830, así como los diversos tipos de legislación estatal que contradicen o ignoran jurisdicciones indígenas previamente reconocidas, como la ley de los siete grandes delitos y la ley de posesión privativa de Dawes, aprobadas por el Congreso de los Estados Unidos en los años 1880, la ley india federal de Canadá, la legislación post-mabo en Australia y numerosas leyes promulgadas en diversos lugares de América Latina.

101. Y sin embargo, con raras excepciones, los discursos de las propias leyes, incluidos los tratados y la concertación de éstos en el contexto de la expansión europea en ultramar y de sus sucesores en los territorios conquistados, no son inmunes a anacronismos y a razonamientos ex post facto, de manera que condonan la discriminación de los pueblos indígenas en vez de ofrecerles un tratamiento justo y equitativo.

---

30/ E/CN.4/Sub.2/1992/32, párr. 392.

31/ E/CN.4/Sub.2/1991/33, párr. 89.

32/ E/CN.4/Sub.2/1992/32, párr. 32, 40.

102. Una historiografía crítica de las relaciones internacionales muestra claramente los peligros que ofrece este tipo particular de razonamiento, que proyecta sobre el pasado la actual situación de domesticación de pueblos indígenas resultante de la evolución sucedida sobre todo en la segunda mitad del siglo XIX bajo el impacto del positivismo jurídico y de otras teorías defendidas por las potencias coloniales europeas y sus sucesores.

103. En su segundo informe sobre la marcha de los trabajos, el Relator Especial trata, entre otras cosas, de evaluar la contribución de esa historiografía a una mejor comprensión de tratados y otros instrumentos jurídicos mutuamente acordados por poblaciones indígenas y Estados, tomando en consideración en particular los trabajos de Charles H. Alexandrowicz y otros autores importantes 33/.

104. Como ya se dijo (párrafo 55), la principal observación resultante de esos trabajos es la relacionada con el amplio reconocimiento por parte de las potencias europeas y de sus sucesores, al menos durante la era del derecho de las naciones, de los "pueblos de ultramar", incluidas las poblaciones indígenas en el sentido actual del término, como entidades soberanas.

105. Por consiguiente, la problemática de los tratados indígenas y otros instrumentos jurídicos actuales en tanto que afectan a las vidas de esos pueblos radica en lo que el Relator Especial ha denominado un proceso de retrogresión, mediante el cual se les ha privado (o reducido en gran medida) de tres de los cuatro atributos esenciales en los que se basaba su situación original como naciones soberanas, es decir su territorio, su capacidad reconocida de suscribir acuerdos internacionales y sus formas específicas de gobierno 34/, por no mencionar la reducción sustancial de sus correspondientes poblaciones en muchos territorios del mundo entero, resultante de diversos factores entre los que se incluyen las políticas asimilacionistas.

106. Nunca se insistirá bastante en la importancia de este aspecto, habida cuenta sobre todo de que el objetivo final del estudio se refiere a la utilidad potencial de un nuevo proceso de reversión que termine por conducir a un reconocimiento renovado de los pueblos indígenas como colectividades diferenciadas, permitiéndoles así recuperarse de decenios, o incluso de siglos, de discriminación e integración forzada.

107. En este contexto se ha de enjuiciar el siguiente resumen de las observaciones del Relator Especial con respecto a las tres principales categorías de instrumentos jurídicos retenidas para su estudio (véase el párrafo 93).

A. Tratados/acuerdos entre poblaciones indígenas y Estados

108. En sus investigaciones iniciales, el Relator Especial se centró, por la fuerza de las circunstancias, sobre la situación de las antiguas colonias de asentamientos europeos, especialmente en América del Norte y el Pacífico, dada

---

33/ E/CN.4/Sub.2/1995/27, párr. 336.

34/ E/CN.4/Sub.2/1995/27, párr. 133.

la frecuente práctica de concertación de tratados en el contexto de la política colonial británica y francesa.

109. Debe advertirse que, aunque el Relator Especial afirmó inicialmente que el número de tratados que podrían investigarse retroactivamente hasta los tiempos coloniales en América Latina sería escaso o nulo 35/, nuevas investigaciones le han obligado a reconsiderar esta opinión. Su nuevo criterio se manifiesta en el tercer informe sobre la marcha de los trabajos, en particular en lo que respecta al ejemplo de los parlamentos mapuches (Chile). En la fase final de su trabajo, el Relator Especial se inclina a aceptar que el origen, causas y desarrollo de estos instrumentos jurídicos podría compararse prima facie y desde ciertos puntos de vista, a los de ciertos tratados indígenas en los territorios británicos y franceses de Norteamérica 36/.

110. Al establecer unas relaciones jurídicas formales con los pueblos de ultramar, las partes europeas se daban cuenta cabal de que estaban negociando y entablando relaciones contractuales con naciones soberanas, con todas las implicaciones legales que tenía ese término durante el período que se considera 37/.

111. Esto sigue siendo cierto a pesar del actual predominio de unas nociones más restringidas y promovidas por el Estado de "autogobierno", "autonomía", "nación" y "asociación" indígena, aunque sólo sea porque la "legitimación" de su colonización e intereses comerciales han obligado a las potencias europeas a reconocer a las naciones indígenas como entidades soberanas.

112. Pero en el curso de la historia y como antes se ha señalado, los nuevos arribantes trataron de despojar a los pueblos indígenas de sus atributos soberanos, en particular de la jurisdicción sobre sus tierras, del reconocimiento de sus diversas formas de organización social y de sus estatutos como sujetos de derecho internacional.

113. Los diversos caminos y medios utilizados en el proceso de dominar las relaciones con los pueblos indígenas en el contexto de las antiguas colonias europeas se han tratado tanto en el segundo informe sobre la marcha de los trabajos (Nueva Zelandia, Australia y el caso único de Hawai) 38/ como en el

---

35/ De todas formas ha encontrado un pequeño número de instrumentos relativos a situaciones en Sudamérica que "remontan a los primeros días de la república en dos países por lo menos"; véase E/CN.4/Sub.2/1991/33, párrs. 103-104.

36/ E/CN.4/Sub.2/1996/23, párrs. 145-170. En febrero de 1998 las autoridades mapuches de la actual provincia chilena de Cautín presentaron solemnemente al Relator Especial importante documentación relativa a cierto número de esos parlamentos. Hasta junio de 1998 sólo se ha podido realizar un examen inicial de esa documentación.

37/ E/CN.4/Sub.2/1992/32, párrs. 138-139; véase también E/CN.4/Sub.2/1995/27, párr. 130.

38/ E/CN.4/Sub.2/1995/27, párrs. 176-201, 202-237 y 238-249.

tercer informe sobre la marcha de los trabajos (Canadá, Estados Unidos y Chile) 39/. Después, en el capítulo III, se hace una exposición más general y detallada de este proceso y sus consecuencias.

114. De todas formas, llegados a este punto, debe insistirse en que el paso por los pueblos indígenas de su situación de naciones soberanas al de entidades dominadas por un Estado suscitó diversas cuestiones y planteó problemas específicos desde el punto de vista de este estudio.

115. Ante todo, en el caso de las relaciones de tratados, se observa una tendencia general a poner en tela de juicio el que los tratados en los que intervienen poblaciones indígenas tengan vigencia actual en el derecho internacional. Este punto de vista, muy extendido en los medios jurídicos y en las publicaciones universitarias 40/, se ha ido basando alternativamente en tres supuestos: o bien se ha considerado que los pueblos indígenas no son pueblos en el sentido que da a este término el derecho internacional; o bien que los tratados que implican a pueblos indígenas no son tratados en el actual sentido convencional del término, es decir de instrumentos concertados entre Estados soberanos (de aquí la posición adoptada por el aparato judicial de los Estados Unidos y Canadá en virtud de la cual los tratados que implican a pueblos indígenas se consideran como instrumentos *sui generis*); o bien que esos instrumentos jurídicos han sido simplemente superados por la realidad de la vida tal como se refleja en la legislación interna de los Estados.

116. Sea cual fuere el razonamiento que se adopte, el punto de vista dominante, tal como se refleja generalmente en las publicaciones especializadas y en las decisiones administrativas estatales, así como en las decisiones de los tribunales interiores, considera que los tratados que implican a poblaciones indígenas son fundamentalmente una cuestión interna que se debe elaborar y después poner en práctica y evacuar a través de los mecanismos internos existentes, como los tribunales y las autoridades federales o incluso locales.

117. De todas formas merece destacarse que las partes indígenas de esos tratados no comparten esta idea, pues sus propias tradiciones sobre las disposiciones de los tratados y la concertación de éstos (o la negociación de otros tipos de pactos) sigue defendiendo el carácter internacional de tales instrumentos. En efecto, para numerosos pueblos indígenas los tratados concluidos con las potencias europeas o sus sucesores territoriales de ultramar son, sobre todo, tratados de paz y amistad destinados a organizar una coexistencia sin exclusiones en un mismo territorio y no a reglamentar restrictivamente sus vidas (dentro o fuera de ese mismo territorio) bajo la jurisdicción general de unas autoridades no indígenas. A su juicio, esta última posibilidad iría en detrimento de su derecho de autodeterminación y/o sus demás derechos inalienables como pueblos.

---

39/ E/CN.4/Sub.2/1996/23, párrs. 27-79, 81-115 y 145-170.

40/ Por ejemplo, Sebastián Grammond, Les traités entre l'Etat canadien et les peuples autochtones, Cowansville, Quebec, Editions Yvon Blais, 1995; Francis P. Prucha, American Indian Treaties, the History of a Political Anomaly, Berkeley, University of California Press, 1994.



118. Al mismo tiempo, las partes indígenas de los tratados han rechazado la idea que mantienen las partes estatales de que los tratados suponen una cesión incondicional de las tierras y la jurisdicción indígena a los Estados colonizadores.

119. Merece señalarse a este respecto que ciertos países como Chile, Nueva Zelandia y Canadá están concediendo una atención cada vez mayor a las ideas indígenas sobre los tratados. Por consiguiente, en su reciente informe final, la Royal Commission on Aboriginal Peoples, establecida por el Gobierno canadiense, recomienda que se utilice la historia oral de los tratados, transmitida de boca a boca y de generación a generación entre los pueblos indígenas, como complemento de la interpretación oficial de los tratados basados en el documento escrito 41/.

120. De todas formas las contradicciones que se observan en la historiografía e interpretación de los tratados, y que dependen de si se está haciendo referencia a ideas sobre la materia promovidas por el Estado, al discurso jurídico de las autoridades académicas o a las tradiciones mantenidas por las propias poblaciones indígenas, es indudable que por sus consecuencias prácticas crean una situación conflictiva.

121. Además esas contradicciones suponen un gran hándicap para la formulación y realización de futuros instrumentos jurídicos negociados entre poblaciones indígenas y Estados: no es necesario insistir en las dificultades que ofrece el negociar esos nuevos instrumentos sin que previamente se hayan identificado y concertado las cuestiones fundamentales.

122. Esta observación se refiere sin duda alguna a todas las cuestiones relacionadas con tratados/acuerdos. Un ejemplo es la oposición que según se ha alegado existe, en el contexto canadiense, entre los tratados de paz y amistad (concertados en el siglo XVIII y antes) y los llamados tratados numerados de "cesión de tierras" (concertados en especial a partir de la segunda mitad del siglo XIX). Contradicen esta oposición las partes indígenas de numerosos tratados, que consideran que son parte de un tratado de paz, amistad y alianza, pero que no por ello ceden sus territorios ni su original situación jurídica de soberanía. Las mismas discrepancias se pueden observar en Estados Unidos y Nueva Zelandia.

123. Un examen más detallado de las disposiciones de los tratados concertados entre pueblos indígenas y Estados revela asimismo que en la mayor parte de los casos el tema de esos tratados es común en el derecho internacional, sea cual fuere el período histórico considerado; así, pues, esos tratados tratan de cuestiones como guerra/paz, disposiciones comerciales, protecciones de los sujetos/ciudadanos de cada parte firmante, etc.

124. Por otra parte, aun cuando el actual discurso jurídico predominante mantiene que los tratados entran sobre todo dentro del ámbito doméstico de los Estados, la forma como se tratan en las leyes municipales y en los tribunales nacionales plantea cierto número de cuestiones.

---

41/ Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples, vol. 2, "Restructuring the Relationship", Part One, Recommendation 2.2.2, Ottawa, Minister of Supply and Services, 1996, p. 49.

125. A este respecto, el hecho de que las partes estatales no respetasen o violasen las obligaciones asumidas en el marco de tratados existentes, la abrogación unilateral del propio tratado (o de ciertas partes de éste) mediante leyes estatales u otros mecanismos, o incluso el hecho de que las partes estatales no ratificasen tratados negociados con pueblos indígenas fueron problemas que desde el comienzo de su trabajo identificó el Relator Especial al ocuparse de la importancia de los tratados/acuerdos en el nivel nacional.

126. De una forma u otra esos problemas están relacionados con la mayor parte de las situaciones jurídicas seleccionadas por el Relator Especial para su estudio; lo que es más, no son sólo situaciones históricas sino que se plantean también tratándose de pactos más modernos 42/.

127. Se deduce que difícilmente puede darse por supuesto en la actualidad que tratados existentes y reconocidos que afecten a pueblos indígenas van a ser respetados y aplicados. Además, aún no se sabe con precisión hasta qué punto esta situación va a influir sobre las modalidades de los acuerdos que en el futuro se negocien entre pueblos indígenas y Estados. Evidentemente ello tendrá diversas consecuencias prácticas para la situación y personalidad jurídica de las poblaciones indígenas, tanto en el nivel nacional como en el internacional.

#### B. Otros acuerdos constructivos

128. En cuanto a la expresión cuasijurídica "otros acuerdos constructivos", se recordará que el Relator Especial ya la definió desde el comienzo como "cualquier texto jurídico y otros documentos que representaran una participación consensual de todas las partes en una relación jurídica o cuasijurídica" 43/.

129. El principal ejemplo examinado bajo el título "otros acuerdos constructivos" hace referencia al Gobierno Autónomo de Groenlandia. Desde el comienzo de su mandato, basándose en varios documentos presentados por los delegados de Groenlandia y el Gobierno de Dinamarca al Grupo de Trabajo, el Relator Especial consideró que convenía evaluar si el tipo de procedimiento establecido por Dinamarca en 1979 podría ser útil para conseguir unas mejores relaciones entre las partes indígenas y las no indígenas 44/.

130. En su más reciente análisis detallado sobre el Gobierno Autónomo de Groenlandia 45/, quedó demostrado, a juicio del Relator Especial, que el dispositivo en cuestión impone varias restricciones a la población indígena de la isla, tanto en términos de procesos que conducen a su establecimiento como por los efectos de sus disposiciones. Así, por ejemplo, como la Constitución danesa tiene plena vigencia en Groenlandia, las autoridades del Gobierno Autónomo deben respetar todas las disposiciones constitucionales en sectores

---

42/ E/CN.4/Sub.2/1995/27, párrs. 130-311; E/CN.4/Sub.2/1996/23, párrs. 27-209.

43/ E/CN.4/Sub.2/1991/33, párr. 96.

44/ E/CN.4/Sub.2/1992/32, párr. 347.

45/ E/CN.4/Sub.2/1996/23, párrs. 171-196.

fundamentales como la política exterior y las obligaciones que se desprenden de los acuerdos internacionales firmados por Dinamarca.

131. Esto hubiera podido tener ciertos visos de legitimidad en cuanto a la realidad del ejercicio del derecho a la autodeterminación de los groenlandeses si en la formulación y aplicación de la autonomía no se hubiera limitado la efectividad de la aportación de la población indígena de Groenlandia.

132. El Relator Especial considera que el tipo de "régimen autonómico" previsto por la ley del Gobierno Autónomo no equivale al ejercicio del derecho de autodeterminación por parte de la población de Groenlandia. Del mismo modo, piensa que la forma como se desarrollaron las discusiones entre funcionarios groenlandeses y daneses antes de la implantación del Gobierno Autónomo en 1979 de ninguna manera puede considerarse como un ejemplo constructivo de ejercicio sin restricciones de lo que es un derecho inalienable.

133. En otros países se están desarrollando negociaciones con miras a establecer (o poner en práctica) regímenes autonómicos, o a adoptar medidas que reconozcan un estatuto jurídico particular para las poblaciones indígenas, tanto si se trataría de incluirlo en la ley como de que formase parte de la Constitución nacional. El Relator Especial ha conocido algunos ejemplos notables como los relativos a los kuna yala de Panamá y la región atlántica de Nicaragua 46/. Conviene asimismo conocer la evolución que está teniendo lugar en Guatemala en estos últimos años.

134. Estos regímenes de autonomía han tenido (o pueden tener) ciertas ventajas para los pueblos indígenas. En el caso de Panamá, por ejemplo, la autonomía ha permitido que el Estado reconozca a las autoridades políticas tradicionales de los indios kuna, en particular al Congreso General Kuna, que puede ejercer cierto control sobre las políticas de desarrollo dentro del territorio indígena.

135. Pero el Relator Especial advierte que el reconocimiento de una "autonomía" de las poblaciones indígenas dentro del Estado (cualesquiera que sean los poderes o las restricciones que conlleve), con toda probabilidad no va a suponer el fin automático de las aspiraciones de los Estados a ejercer en último término la máxima autoridad posible (incluida la integración y la asimilación de esas poblaciones), ni va a anular los derechos inalienables que esos pueblos puedan poseer como tales.

136. Además deberán evaluarse caso por caso los mecanismos por los que los "regímenes autonómicos" para las poblaciones indígenas se están formulando y aplicando, con miras a comprobar que realmente ha habido un consentimiento libre y consciente de todas las partes interesadas, en particular de las poblaciones indígenas 47/.

137. Inquietudes similares podrían suscitar otras situaciones jurídicas que ciertas fuentes podrían describir como "acuerdos constructivos" en particular el Acuerdo de la Bahía del James y de Quebec septentrional (Convención en su

---

46/ E/CN.4/Sub.2/1996/23, párrs. 117-125 y 126-144.

47/ E/CN.4/Sub.2/1992/32, párr. 338.

versión francesa), el primero de una serie de los llamados "acuerdos globales sobre reivindicaciones territoriales" en Canadá, que fueron estudiados por el Relator Especial en su tercer informe sobre la marcha de los trabajos 48/.

138. Estas inquietudes se refieren, entre otras cosas, al hecho de que en este caso particular, las negociaciones para el tratado sólo se pusieron en marcha después de una considerable agitación consecutiva a un enorme proyecto hidroeléctrico patrocinado por el Gobierno. Además, los muchos litigios que el acuerdo en cuestión ha generado han inducido al Relator Especial a examinar con sumo rigor la eficacia de las negociaciones del tratado en una situación de dificultades económicas, ambientales y políticas resultantes de unas políticas gubernamentales unilaterales.

139. Dada la actual prevalencia de la política de los acuerdos globales sobre reivindicaciones territoriales en Canadá y la mucha documentación que ha de revisarse a este respecto, por ahora el Relator Especial no está en situación de presentar más que unas ideas provisionales sobre otros casos relacionados con este tipo particular de "acuerdo constructivo".

140. Las discusiones y negociaciones que en la actualidad están desarrollándose en varios países (y no sólo en Canadá) requerirían un análisis más detallado y a largo plazo de mecanismos previstos y aplicados para llegar a un acuerdo, así como de las modalidades de su aplicación. Debe advertirse a este respecto que la conclusión de varios acuerdos sobre reclamaciones de tierras y los llamados "tratados modernos" en Canadá suscitan cierto número de cuestiones interesantes. Entre ellas, la gran variedad de partes (naciones indígenas, autoridades provinciales y Gobierno federal) que intervienen en dicho proceso de elaboración de tratados.

141. Nunca se insistirá bastante en el interés que en el ámbito internacional tienen las negociaciones canadienses, aunque solamente sea porque ponen de manifiesto la importancia y utilidad potencial que tiene el establecer unas "normas básicas" equitativas y acertadas para las negociaciones encaminadas a redactar y concertar "acuerdos constructivos", así como para el buen rendimiento de los mecanismos previstos para su puesta en práctica, que tan necesarios son si se quieren hallar nuevas estrategias para enfrentarse con los problemas indígenas, no sólo en Canadá sino también en otros países multinacionales con los mismos o similares problemas. De hecho todo esto se someterá a prueba en toda la serie de "acuerdos globales sobre reivindicaciones territoriales" y las negociaciones de tratados que actualmente están entablándose en varias regiones de Canadá, por ejemplo en la Columbia Británica, donde en 1996 se concluyó un primer acuerdo con los nishga, así como en los Territorios del Noroeste, donde se están hallando particulares dificultades con las poblaciones indígenas. Así, después de que en los años ochenta se rompiesen las negociaciones con la nación

---

48/ E/CN.4/Sub.2/1996/23, párrs. 85-115. A juicio del Relator Especial, el hecho de que un negociador no estatal (la provincia canadiense de Quebec) pasara más adelante a ser "parte" de este instrumento no se puede considerar que le priva de su calidad básicamente internacional. Por otra parte, las partes indígenas del instrumento nunca habían cedido sus atributos soberanos antes de que existiera esta Convención, y su participación al proceso de negociación del tratado no se puede ni debe considerar como una acción que les priva de esos atributos y su capacidad original.

déné, la parte estatal decidió negociar con bandas individuales. Hasta la fecha se han concertado dos acuerdos, uno con los sahtu y otro con los gwich'in 49/.

142. Esa fragmentación de las entidades indígenas mediante el proceso negociador se ha dado también en otros casos, por ejemplo en el de los cree del Lubikon, entre los cuales, según la información de que ha dispuesto el Relator Especial, se creó una nueva banda -según ciertas fuentes indígenas, en condiciones cuestionables- con miras a facilitar un arreglo parcial de reclamaciones de tierras. Pero hasta la fecha el caso de Lubikon no se ha arreglado, a causa sobre todo de que la parte indígena se resiste a aceptar la total extinción de su título nativo como requisito previo para el arreglo.

143. En todas las situaciones -estén o no gobernadas por tratados/acuerdos- la cuestión de la posible extinción de los derechos indígenas a sus tierras, a través de un tratado/acuerdo o de "un acuerdo constructivo", tiene una importancia fundamental, pues somete a presión a la parte indígena.

144. Se deduce que la categoría de "otros acuerdos constructivos", aunque se agregó tardíamente al mandato del Relator Especial, ha revelado poseer una particular importancia en la medida en que permite identificar y establecer en su momento unas sólidas bases para unas nuevas relaciones futuras más equitativas entre los sectores indígenas y no indígenas de la sociedad.

145. En esta fase es importante advertir que contrariamente a los tratados (en particular a los llamados tratados "históricos"), los acuerdos constructivos -y ello es aplicable a todos los ejemplos estudiados hasta la fecha dentro del mandato del Relator Especial- están por su propia naturaleza destinados a ser tratados exclusivamente dentro del medio municipal.

146. De la abundante información recientemente recibida in situ por el Relator Especial, parece desprenderse claramente que en el contexto canadiense ciertos acuerdos constructivos como los "acuerdos globales sobre reivindicaciones territoriales" y los llamados "tratados modernos" se han concebido básicamente como un medio de resolver todas las reclamaciones indígenas pendientes. De acuerdo con esta información, se refieren sobre todo a zonas en las que las poblaciones indígenas no son parte de los tratados. En general, aún queda por verse de qué forma puede asegurarse la imposición y la aplicación de las disposiciones de posibles acuerdos constructivos de este tipo, sobre todo en lo que se refiere a las partes indígenas de tales acuerdos.

C. Situaciones carentes de instrumentos jurídicos bilaterales específicos que rijan las relaciones entre poblaciones indígenas y Estados

147. Desde el comienzo, el Relator Especial decidió que, para poder cumplir su mandato, era imperativo disponer de una revisión de la situación de las poblaciones indígenas que no son parte de ninguno de los instrumentos incluidos en el estudio.

---

49/ El Relator Especial desea aprovechar esta circunstancia para corregir un error de generalización que cometió en el párrafo 87 de su tercer informe sobre la marcha de los trabajos (E/CN.4/Sub.2/1996/23), relativo a los déné y métis del valle del Mackenzie (Territorios del Noroeste).

148. Al no disponer de esa revisión, no ha podido evaluar si cabe considerar o no que la concertación de tratados (también en este caso en el sentido más amplio del término) da un instrumento jurídico adecuado para mejorar la situación de los pueblos indígenas en general, para establecer un sistema que permita erradicar todo tratamiento discriminatorio contra ellos y para gradualmente poner fin a la actual naturaleza antagonista de las relaciones entre pueblos indígenas y no indígenas que conviven en numerosos países.

149. En cuanto a las categorías de pueblos indígenas que corresponden a la presente sección, en su primer informe sobre la marcha de los trabajos el Relator Especial identificó las siguientes situaciones generales: a) pueblos indígenas con los que ningún Estado jamás ha establecido relaciones consensuales; b) pueblos indígenas que fueron partes en instrumentos que ha sido rescindidos unilateralmente por la parte estatal, o bien de modo oficial o bien simplemente por su no respeto; c) pueblos indígenas que participaron en la negociación y aprobación de instrumentos que nunca fueron ratificados por los órganos competentes del Estado; y d) pueblos indígenas que viven en países en que se ha dado un profundo proceso de transculturación y cuya legislación municipal no contiene disposiciones específicas que garanticen su situación particular y la protección de sus derechos como pueblos.

150. Entre las poblaciones que entran dentro de una o más de esas agrupaciones figuran naturalmente aquellas que, a causa de que el Estado no ha reconocido su indigenismo, se les ha negado toda posibilidad de recuperación, o bien por la ley o bien mediante negociaciones oficiales, en situaciones conflictivas que se refieren precisamente a su estado 50/.

151. Primero y ante todo debe advertirse que, en la actualidad y con muy pocas excepciones, los textos jurídicos nacionales e internacionales relacionados con las condiciones de vida de las poblaciones indígenas son formulados e impuestos por las instituciones estatales y sin que los indígenas intervengan para nada.

152. Entre los casos inicialmente seleccionados para su estudio a este respecto figuraron los pueblos aborígenes e insulares de Australia, los gitksan y los wet'suwet'en en la Columbia Británica, los yanomami de Brasil, los indígenas hawaianos, los mapuche (Argentina y Chile), los maya de Guatemala, los Lubikon cree de Alberta (Canadá), los san (Botswana), los ainu (Japón), el pueblo de las llamadas rancherías en California (Estados Unidos de América) y la nación kuna de Panamá.

153. Concluida su investigación, el Relator Especial considera que podría ser útil revisar la anterior lista de forma que pudiera determinarse, al menos de modo provisional, cuál sería el medio más práctico y fructífero (es decir, la renegociación del tratado/acuerdo y/o su adecuada puesta en práctica, un "acuerdo constructivo", el recurso a órganos internacionales o alguna otra fórmula) de encarar constructivamente en el futuro la gran diversidad de situaciones con las que en la actualidad se enfrentan los pueblos antes mencionados.

154. En todos los casos deberá tenerse debidamente en cuenta la evolución histórica de cada una de sus situaciones individuales, pues de esta forma podrían obtenerse pistas indicativas de la conveniencia de las distintas soluciones disponibles.

155. Pero debe insistirse en que cualquier decisión encaminada a hallar una solución deberá adoptarse con la plena participación de la parte indígena. Ninguna otra estrategia puede conducir al importantísimo proceso de establecimiento de confianza y, por consiguiente, a instrumentos jurídicos consensuados.

156. El Relator Especial ya ha señalado ciertos cambios propuestos en la situación de los tratados correspondientes a América Latina.

157. En cuanto a los mapuches, éstos podrían quedar incluidos en la categoría de pueblos que ya han participado en un proceso de concertación de tratados. Otros, como los kuna, podrían obtener cierta protección mediante "acuerdos constructivos", un proceso que al parecer aún está en marcha. Más adelante se examinan los casos de los mayas y los yanomami.

158. Además, en esta fase final de su investigación, el Relator Especial se encuentra en situación de abordar otros casos problemáticos según la forma que se describe a continuación.

159. Una primera serie de situaciones, que incluye a los cree del Lubikon y los gitksan y wet'suwet'en en Canadá, debería ser considerada dentro de la categoría de posibles acuerdos constructivos, siempre que en un primer momento y en condiciones mutuamente aceptables puedan resolverse ciertos aspectos de su situación.

160. Un asunto pendiente sigue siendo el caso de los pueblos indígenas de Australia, que podría resolverse mediante un proceso de elaboración de tratado aceptando el makarrata (o tratado) solicitado por las partes indígenas desde 1980 51/. De todas formas este makarrata deberá enjuiciarse no sólo en el contexto del llamado proceso de reconciliación iniciado por el Gobierno Federal australiano en 1991 en virtud de la Council for Aboriginal Reconciliation Act, sino también a la luz de recientes medidas judiciales y legislativas, entre las que destacan el juicio Mabo (Nº 2) del Alto Tribunal australiano (1992) y la Native Title Act promulgada en el nivel federal en 1993.

161. En el caso de las rancherías en California, su importancia radica principalmente en el hecho de que la parte estatal no ha ratificado textos que ya habían sido negociados con las poblaciones en cuestión y, por consiguiente, debe ser considerada como una situación de eventual reemergencia y adecuada aplicación de tratados.

162. Teniendo en cuenta esa información, el Relator Especial ha llegado a la conclusión de que otros casos en los que los órganos estatales no han ratificado tratados que en cualquier momento de la historia se han negociado con las partes

---

51/ E/CN.4/Sub.2/1995/27, párr. 225.

indígenas deberán ser examinados en el nivel adecuado, con miras a determinar la posibilidad de llevar a cabo el proceso de ratificación.

163. En virtud del llamado Apology Bill, promulgado por el Congreso de los Estados Unidos (P.L. 103-150, de 1993) entre otras cosas porque la situación de los indígenas hawaianos se hace en la actualidad especialmente compleja. El Apology Bill reconoce que el derroque de la monarquía hawaiana en 1898 fue ilegal. En consecuencia, el tratado de anexión de 1897 entre los Estados Unidos y Hawai aparece como un tratado desigual que por esa razón podría declararse no válido de conformidad con el derecho internacional del momento.

164. Se deduce que el caso de Hawai podría reingresar en la lista de territorios no autogobernados de las Naciones Unidas y vuelto a someter a los órganos de la organización competentes en materia de descolonización.

165. También en relación con la lista de casos antes considerados, según sabe el Relator Especial, los yanomami de Brasil, los mayas de Guatemala, los san de Botswana y los ainu de Japón constituyen los únicos ejemplos de poblaciones indígenas que nunca han concertado relaciones jurídicas consensuales con ningún Estado.

166. La cuestión de si convendrá que cada uno de estos pueblos indígenas busque un acuerdo negociado o cualquier otra fórmula libremente acordada con los Estados en los que ahora residen, y cómo podría hacerse, habrá de ser tratada caso por caso y con la adecuada aportación de los medios indígenas.

167. En estos casos se deberán tomar suficientemente en consideración las consecuencias prácticas cotidianas (a veces graves) de la falta de dichos acuerdos en lo que respecta a la situación jurídica y política de los pueblos en cuestión dentro de las sociedades mixtas en las que ahora viven, así como de las consecuencias en cuanto a la preservación, promoción y realización efectiva de sus derechos históricos como pueblo, incluidos sus derechos humanos y sus libertades.

### III. SITUACIÓN ACTUAL: ORIGEN, EVOLUCIÓN Y CONSECUENCIAS DEL PROCESO DE DOMESTICACIÓN

168. En el mandato conferido al Relator Especial, tanto la Comisión de Derechos Humanos como el Consejo Económico y Social le advirtieron que "[tomase adecuadamente en cuenta] las realidades socioeconómicas de los Estados" 52/. Por consiguiente, el Relator Especial está obligado a revisar la actual situación de las poblaciones indígenas que habitan Estados multinacionales. Pero las situaciones actuales no se pueden comprender plenamente si no se examinan también los orígenes y la evolución del proceso de domesticación de las cuestiones indígenas.

169. Todo intento que a fines del siglo XX se haga para hacerse una idea general de una enorme y compleja problemática de las poblaciones indígenas,

---

52/ Resolución 1988/56 de la Comisión de Derechos Humanos, párrafo 2 y decisión del Consejo Económico y Social 1988/134.



problemas que datan de hace más de 500 años, no puede ni debe ignorar un hecho fundamental: sus contactos iniciales con los pueblos "no indígenas" de otras partes del mundo, que se remontan a fines del siglo XV, fueron resultado del inicio y desarrollo de la expansión colonial europea.

170. Esta expansión era inherente al nuevo modo de producción que se iniciaba en Europa durante la parte final de la Edad Media tardía. En el último decenio del siglo XV este nuevo modelo económico ya había creado suficientes medios científicos, tecnológicos y financieros para lanzar con éxito empresas exploradoras, expediciones de "descubrimiento" y colonización con ánimo de hallar nuevas rutas y mercados hacia las más lejanas regiones. El teatro de esas operaciones incluyó a las Américas, Asia, Africa, enormes extensiones del Pacífico e incluso las partes más periféricas de la propia Europa.

171. En una fase más tardía, aparecieron otros factores contribuyentes a este expansionismo: la intolerancia religiosa, la opresión basada en el origen nacional y la marginalización económica y social de ciertos sectores de la población europea, así como, en diversas épocas, antagonismos y confrontaciones entre potencias europeas. En siglos ulteriores todos estos factores contribuirían a fomentar el establecimiento de nuevos contactos iniciales hacia el interior de los territorios "descubiertos" así como a un mayor desarrollo y consolidación del fenómeno colonial en su conjunto.

172. Pese a las piadosas excusas halladas para justificar éticamente el desarrollo de esta empresa colonial de ultramar y a los razonamientos pseudojurídicos (incluso a veces claramente antijurídicos) con los que se ha intentado defenderla "legalmente", está clara la prueba de que sus objetivos claramente definidos no tenían nada de "humanitarios" o "civilizadores".

173. En primer lugar, se trataba de garantizar una presencia permanente de las potencias de ultramar, o bien mediante el asentamiento de poblaciones o bien mediante la simple instalación de puestos comerciales en territorios habitados por otros pueblos. En segundo lugar, las potencias de ultramar trataron de adquirir el derecho a explotar los recursos naturales allí existentes y a asegurarse estos nuevos mercados que satisficiesen sus necesidades de importación y exportación. En tercer lugar, trataron de acaparar estas nuevas plazas fuertes para reforzar su posición en la lucha contra otras potencias europeas. Por último, su empeño consistía en salvaguardar lo que habían adquirido imponiendo sus instituciones y costumbres políticas, sociales y económicas a los pueblos que habitaban esas tierras.

174. Esas metas se debían alcanzar cualquiera que fuera el costo, incluso si era necesario y posible mediante la destrucción de culturas, instituciones sociopolíticas y modelos económicos tradicionales que con frecuencia habían desarrollado a lo largo de los siglos los pueblos indígenas y que habían alcanzado un alto grado de desarrollo.

175. Ya en un informe previo presentado en 1995 se advirtió que la empresa colonial ultramarina difería totalmente del frecuentísimo fenómeno de la expansión a territorios adyacentes y a expensas de los vecinos practicada por los propios pueblos de esos "nuevos territorios" antes de que llegasen los colonizadores europeos. La diferencia está dada por el carácter intrínseco de la empresa colonial, el carácter explotador, discriminatorio y dominante de su

"filosofía" como sistema, los métodos empleados y los resultados que en último término ejercen sobre unas sociedades que son muy diferentes.

176. Estas diferencias han adquirido hoy en día, como resultado de un proceso de descolonización aún inacabado, una dimensión aún mayor al menos en lo que se refiere a Asia, el Pacífico y Africa. Como resultado directo de la descolonización, el foso que ha quedado entre las potencias políticas coloniales "no indígenas" en esos continentes ha sido llenado por sectores de población cuya condición "indígena" (o "autóctona") no puede ponerse en tela de juicio según ninguna de las normas actuales.

177. Es preciso tener en cuenta que, de acuerdo con toda la información disponible, los términos "indígena", "nativo", "mitayo", "indio", "poblaciones autóctonas" y otros similares no están extraídos del léxico de aquellos a los que hoy en día llamamos "pueblos indígenas", sino del vocabulario utilizado por los "descubridores/conquistadores/colonizadores" y sus descendientes, para diferenciarse de los primeros estableciendo una relación de superioridad/inferioridad con respecto a los habitantes originales de los nuevos territorios que se iban agregando a las coronas europeas.

178. Naturalmente los primeros encuentros tuvieron distintas características. Algunos de ellos estaban regidos únicamente por la lógica de la fuerza bruta. Hemos de recordar que la espada -eficazmente respaldada por la cruz- ha sellado durante más de 500 años el destino de decenas de millones de los habitantes originales de América Latina y el Caribe y de sus descendientes.

179. El derecho emanante de la fuerza e impuesto como instrumento de políticas de asimilación/marginalización constituyó además la base de unas relaciones bilaterales "asimétricas" entre las poblaciones indígenas y los criollos establecidos en las nuevas repúblicas latinoamericanas después de haberse independizado de España y Portugal. La victoria de Ayacucho significó poco o nada para los habitantes originales, que simplemente se encontraron bajo el dominio de nuevos dictadores.

180. Esta ha sido en general la situación en la región latinoamericana, tanto en los países que habían sido totalmente colonizados antes de su independencia como en aquellos en que quedó en manos de la nueva república, por ejemplo, en Argentina y en Chile, el completar el dominio de la población indígena, lo que también se hizo por la fuerza en todos los territorios de los nuevos Estados. Sólo en un limitadísimo número de casos (cuando no se encontró la forma de vencer una invencible resistencia a someterse, como sucedió en los parlamentos de la Araucanía chilena) se hallan vestigios de ciertas obligaciones jurídicas aceptadas (aunque raramente aplicadas) con "los indios" mediante negociaciones e instrumentos jurídicamente vinculantes.

181. Pero en otras latitudes de las Américas, al igual que en otros lugares del mundo, estos primeros contactos no se caracterizaron exclusivamente por la fuerza militar. Por una parte, estaban en relación con el discurso político y jurídico entonces predominante en las sociedades de las que procedían los forasteros. Por otra, reflejaban el equilibrio de fuerzas que originalmente existía entre los recién llegados y unas sociedades bien organizadas que llevaban siglos poblando esos "nuevos territorios", equilibrio que iba a cambiar radicalmente a medida que iba progresando el proceso de colonización.

182. Un caso demostrativo a este respecto ha sido la colonización progresiva de los británicos, incrementada después por sus sucesores, en las trece colonias originales (el núcleo de los Estados Unidos) a fines del siglo XVIII. Se trataba de vastos territorios que hoy en día comprenden Canadá y los Estados Unidos. En ella se introdujo un "factor jurídico" (es decir, tratados). En cierta medida esta forma de contacto inicial se encuentra también en las empresas coloniales francesas en ciertos lugares de esos mismos territorios y en aquellos mismos tiempos. Durante el avance progresivo desde el Atlántico hacia el Pacífico, la acción militar coexistía con las negociaciones y los instrumentos jurídicos como base de las relaciones entre los colonizadores y las poblaciones indígenas halladas.

183. En la evolución general de estos últimos casos, sobre todo tratándose de Africa y de ciertas áreas del Pacífico, la presencia colonial y la implantación iniciales se desarrollaban con discreción. Esto se puede ver, por ejemplo, en el comportamiento británico en Africa y en Nueva Zelandia.

184. En muchos lugares llegaban oleadas sucesivas de colonizadores desde la metrópoli (por ejemplo, en el caso de Hawai) o de representantes de reales compañías comerciales (frecuentemente en las "indias orientales"), y así aparecieron ciertas modalidades jurídicas (algunas de ellas muy "innovadoras", como la del "arrendamiento perpetuo" de los territorios), junto a formas jurídicas tradicionales como acuerdos y tratados bilaterales. Pero en todos los casos el objetivo era el mismo: asegurar el dominio colonial.

185. Estas diversas opciones se iban empleando en función de las necesidades y las posibilidades de las potencias extranjeras en cada uno de los casos, según se tratara de formalizar, ex post facto, las adquisiciones ya hechas o de abrir el camino a cualquier acción militar que en el futuro pudiera requerirse.

186. Pero es necesario hacer algún comentario acerca de los instrumentos jurídicos que en los distintos momentos surgieron tras los contactos iniciales. Su naturaleza intrínseca, su forma y su contenido dejaban bien claro que las partes indígenas y no indígenas se atribuían unas a otras (de forma explícita o implícita) la condición de entidades soberanas de conformidad con el derecho internacional no indígena del momento.

187. Merece destacarse que ciertos Estados tenían enorme interés por concertar esos tratados u otros instrumentos internacionales de carácter contractual que requiriesen el consentimiento de los participantes. El origen de este interés (interés directo para la parte no indígena) estaba muy claro. Se trataba de legitimizar (mediante el consentimiento de los autóctonos soberanos del territorio en cuestión) todo "derecho" (real o supuesto) con el que pudieran oponerse a demandas opuestas formuladas por otras potencias coloniales con miras a adquirir el control de estos territorios.

188. Pero para adquirir esos "derechos" mediante títulos derivados (ya que evidentemente no poseían el título original o porque se estuviera poniendo en tela de juicio la legalidad de su presencia en el lugar), era necesario que obtuviesen el acuerdo de los poseedores legítimos del título original, es decir, de la nación indígena en cuestión. Estos deberían proceder a una cesión formal de sus tierras (o bien a su venta o a una concesión de posesión adquisitiva o a cualquier otro tipo de transferencia válida).

189. De conformidad con la tradición jurídica y los trámites europeos, esa transferencia había de aparecer en un documento que se pudiera presentar como prueba ante las demás potencias colonizadoras que en pie de igualdad constituían el "concierto de naciones civilizadas". Para ello el instrumento ideal de acuerdo con el derecho internacional de la época era el tratado. Además, las únicas entidades con capacidad jurídica para concertar tratados eran, como hoy en día, precisamente los mismos sujetos internacionales que poseen la soberanía -por sí mismos o delegando en otros soberanos- mediante el ejercicio de ésta.

190. En una segunda fase del proyecto de colonización y hasta que éste alcanzó su punto máximo -durante su manifestación "clásica" o una variación de ella, especialmente en el segundo tercio del siglo XIX- fue aumentando perceptiblemente la utilización de la fuerza militar para adquirir vastas extensiones de los "nuevos territorios". Esta evolución estaba en gran medida en la línea del enorme poder que ya ostentaban las tradicionales potencias imperiales europeas y otras que surgieron más tarde y que también iniciaron su propio expansionismo.

191. Los descendientes de los recién llegados aumentaron su capacidad militar y económica. En cambio la de los pueblos indígenas, en el mejor de los casos, se mantuvo, pero con más frecuencia se redujo rápidamente; en un caso y en otro estos pueblos fueron siendo cada vez más vulnerables a las maquinaciones de los no indígenas, con los que posiblemente habían concertado tratados/acuerdos pero que ahora decidieron ignorar a quién correspondía la soberanía e imponer sobre las tierras ancestrales su "orden nuevo".

192. Así se inició el proceso que el Relator Especial ha preferido llamar (sin ninguna pretensión de originalidad) la "domesticación" de la "cuestión indígena", es decir el proceso por el que todos estos problemas se sacan de la esfera del derecho internacional y se ponen directamente bajo la competencia exclusiva de la jurisdicción interna de los Estados no indígenas. En particular, aunque no exclusivamente, esto se aplica a todo lo relacionado con documentos jurídicos que ya habían sido acordados (o negociados más adelante) por los Estados colonizadores originales y/o sus sucesores y los pueblos indígenas.

193. Podría argüirse que a la luz del derecho internacional actual, y habida cuenta en particular del párrafo 7 del artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas, la pretensión de que la cuestión entra dentro del terreno reservado de la jurisdicción interna podría, prima facie, tener un respaldo jurídico.

194. Pero para legitimizar más allá de toda duda los procedimientos utilizados para traspasar cuestiones que originalmente pertenecieron al ámbito del derecho internacional, sacarlas de este ámbito y justificar la decisión de someterlas únicamente a la jurisdicción interna, decisión adoptada unilateralmente por los Estados y aprobada por tribunales internos no indígenas, era preciso que los Estados presentaran pruebas inequívocas de que las poblaciones indígenas en cuestión, haciendo uso de su libre albedrío, habían renunciado a sus atributos soberanos.

195. Este proceso de erosión gradual pero incesante de la soberanía original de las poblaciones indígenas no se puede comprender sin tomar en consideración como

elemento muy destacado el papel que desempeñan los "instrumentos jurídicos", que siempre van apoyados en el componente militar de la empresa colonial.

196. En prácticamente todos los casos, tanto en América Latina como en otras regiones antes mencionadas, puede verse que el elemento jurídico sirve como eficaz instrumento del proceso de dominio. Los juristas (con sus elaboraciones conceptuales), la legislación interior (que se hace imperativa tanto para la metrópoli como para las colonias), el aparato judicial (sujeto al "imperio de la ley [no indígena]"), un derecho internacional unilateral (con su cumplimiento asegurado por medios militares) y unos tribunales internacionales (que actúan sobre la base del derecho internacional vigente) son todos ellos elementos que contribuyen a "dar validez judicial" al despojo organizado en las diversas fases de la empresa colonial.

197. Existen abundantes ejemplos de esto: la resolución conjunta de 1898 de acuerdo con la cual el Congreso de los Estados Unidos, tras hacer uso de la fuerza para imponer un tratado, consumó la anexión pura y simple del Estado soberano de Hawai (que poseía numerosas relaciones jurídicas internacionales con otras naciones "civilizadas"), así como la "lucha por Africa" formalizada en el Congreso de Berlín de 1885 por las potencias coloniales de la época, y esto son sólo dos de muchos ejemplos. Otros ejemplos que también vienen a apoyar esta afirmación pueden hallarse en los informes sobre la marcha de los trabajos sometidos anteriormente por el Relator Especial.

198. El concepto del "imperio de la ley" empezó a recorrer un largo camino hacia "la ley del imperio" y hoy en día ha alcanzado una nueva fase.

199. Pero no hay que olvidar el papel desempeñado por las decisiones adoptadas por algunos de los propios pueblos indígenas en este mismo proceso de domesticación, si bien la mayor parte de esas decisiones se adoptaron en condiciones extraordinariamente difíciles o en un evidente "estado de necesidad", para utilizar una expresión jurídica.

200. Ello no obstante, el Relator Especial ha preferido exponer sus ideas en esta materia sin olvidar los aspectos a futuro de su mandato, y dándose perfecta cuenta de la importancia de las lecciones que pueden extraerse de la historia, mutatis mutandi, en este proceso de construir una relación de coexistencia nueva, más justa y más sólida entre los sectores indígenas y no indígenas en un considerable número de sociedades modernas. La historia es una excelente fuente de conocimientos para conformar la acción política. Si se ignora la historia es extraordinariamente difícil comprender a fondo lo que sucede en la actualidad y es prácticamente imposible enfrentarse conscientemente con el futuro.

201. En este contexto puede decirse que la investigación histórica realizada por el Relator Especial muestra, a juicio de éste, que no todas las naciones indígenas han sabido en todo momento hacer la mejor elección. Es decir que en ciertos momentos cruciales de su historia, algunas naciones indígenas no han sido capaces de supeditar sus intereses individuales a la necesidad de unirse entre ellas, pese a que esa unidad era necesaria para poderse enfrentar con éxito contra el menoscabo de sus atributos soberanos. Esto ha sido cierto incluso cuando estaban bien claras las intenciones de los recién llegados. Aún no se han percibido plenamente las terribles consecuencias que ha tenido el que se hayan dejado dividir.

202. Además, en más de una ocasión no parecen haber reconocido las ventajas y los inconvenientes en todas sus dimensiones, ni tampoco las consecuencias finales, de una política de alianzas con potencias europeas. Esto puede afirmarse tanto refiriéndose a las que han adoptado esta política en el contexto de sus luchas fratricidas como a las que en el contexto de confrontaciones militares en sus tierras ancestrales decidieron favorecer a determinadas potencias no indígenas sobre otras.

203. Está además claro que no pudieron apreciar (o subestimaron en gran medida) el dudoso papel que desempeñaron, y que aún siguen desempeñando en muchos casos, ciertas denominaciones religiosas o sus representantes como instrumentos eficaces de la empresa colonial en sus diversas fases.

204. Pueden percibirse con facilidad los efectos negativos que para las poblaciones indígenas ha ejercido una combinación de factores endógenos y exógenos, no sólo sobre su condición soberana inicial, sino también sobre su situación jurídica internacional en general. Entre estos efectos figuran también la extinción (o una reducción sustancial) de su base territorial, así como el menoscabo de su orden político, económico, judicial, cultural y social en general, e incluso su supervivencia como sociedad diferenciada.

205. Estos efectos negativos son perceptibles en mayor o menor medida tanto si las relaciones entre esos pueblos y los colonizadores se formalizaron jurídicamente por medio de tratados/acuerdos como si no.

206. El más letal de esos efectos ha sido sin duda alguna la extinción de esos pueblos como entidades sociales con identidad propia, lo que en algunos casos ya ha ocurrido o va a ocurrir en breve.

207. En el año 1998 no se puede determinar con certeza qué número de pueblos indígenas se han extinguido desde el momento de su primer encuentro con los "descubridores" y como resultado del proceso de "civilización" que se les ha impuesto. Tampoco se puede saber cuántos van a desaparecer en un futuro no muy lejano si no cambian las circunstancias en las que actualmente viven en Estados multinacionales.

208. Para mencionar sólo dos ejemplos, según todas las indicaciones los habitantes originales de la isla Catalina, ante la costa de California, y los yanomamis de Roraima han de ser incluidos en la categoría de "pueblos en peligro de extinción". El incesante menoscabo de sus tierras resultante de muy diversas actividades, su expulsión de esas tierras (o bien mediante el uso directo de la fuerza por el nuevo Estado o bien porque no pueden obtener los recursos necesarios para seguir practicando sus actividades económicas tradicionales o seguir laborando su suelo), las restricciones draconianas, o incluso la prohibición del uso de sus propios idiomas y de la práctica de sus creencias religiosas han contribuido históricamente y siguen contribuyendo a esta situación.

209. El ejercicio efectivo de sus atributos como sujetos internacionales ya había quedado efectivamente anulado en el tercer decenio del siglo XX en todos los lugares donde se habían concertado con relativa frecuencia tratados entre pueblos indígenas y no indígenas. Este proceso se manifestó en la decisión adoptada por el Senado de los Estados Unidos a comienzos de los años 1870 de

interrumpir toda concertación de tratados con naciones indígenas y negar la calidad de tratados a los instrumentos que aún esperaban su ratificación.

210. A este respecto debe recordarse asimismo que los pueblos indígenas ya intentaron, aunque sin éxito (y a pesar de los "14 puntos" del presidente Woodrow Wilson), restablecer el reconocimiento de su capacidad internacional por la Sociedad de las Naciones; también intentaron tener acceso, por su propio derecho como pueblos, a la Corte Internacional de Justicia establecida de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas como principal órgano judicial de la nueva organización mundial que surgió a raíz de la derrota del Eje en la Segunda Guerra Mundial. Esto sucedió a pesar del gran número de soldados indígenas que habían contribuido a la victoria de los aliados en aquella guerra y a pesar de que el preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas declara que éstas han sido establecidas por "los pueblos de las Naciones Unidas" que a través de sus gobiernos se declararon en 1945 "resueltos a crear las condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional" (énfasis del autor). Además esta situación se mantuvo pese a que la Carta, al formular uno de los propósitos de la Organización, reconoce la importancia que tiene el "respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos" (artículo 1.2), forma sencilla, directa y sin equívocos de referirse a todos los pueblos, sin ninguna excepción.

211. En el contexto contemporáneo y en el marco de esta misma disposición de la Carta, merece destacarse, al menos de pasada, la evidente incongruencia que existe en la posición de los que utilizaron esta referencia a la Carta como base para legitimizar la decisión de algunas de las naciones que antes formaban parte de la actualmente extinta Unión Soviética (por ejemplo, los llamados países bálticos) de separarse de ella, al reclamar su calidad de naciones plenamente soberanas, al tiempo que ponían objeciones o incluso mencionaban ese mismo derecho en el contexto de debate relativo a cuestiones indígenas.

212. Este no es el único ejemplo de aplicación de dos pesos y dos medidas en el tratamiento actual de los pueblos indígenas por las Naciones Unidas, pese a que la Organización viene dedicando mucha mayor atención a este problema desde que en 1982 se estableciese el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas. No hay que olvidar los insuperables obstáculos con que tropiezan los esfuerzos de estas poblaciones para representarse a sí mismas y sin restricciones en órganos del sistema de las Naciones Unidas distintos del Grupo de Trabajo. Este fue el caso en 1989, cuando la OIT debatió y adoptó el Convenio núm. 169, que está directamente relacionado con sus condiciones cotidianas de vida.

213. Similares dificultades bloquean también la necesaria y plena participación de las organizaciones indígenas en el Grupo de Trabajo establecido por la Comisión de Derechos Humanos con el mandato de que prepare un "Proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas", un foro en el que se establecieron para la participación unas normas tan estrictas que, de hecho, limitaban en medida considerable cualquier aportación indígena al debate. Distintas normas aplicaban organizaciones no gubernamentales no reconocidas por el Consejo Económico y Social en el caso de otro Grupo de Trabajo establecido por la Comisión y encargado de tratar de los derechos y responsabilidades de "los defensores de los derechos humanos".

214. La constante reducción (o la total desaparición) de la base territorial de algunos pueblos indígenas no sólo influyó sobre su capacidad de supervivencia como pueblos sino que además dio origen al aspecto más fundamental de la "cuestión indígena" en su contexto actual, la del derecho de esos pueblos al uso, disfrute, conservación y transmisión a generaciones futuras de sus tierras ancestrales; en paz y sin interferencias exteriores, y de acuerdo con sus propios usos, costumbres y normas de la vida social. Más adelante se volverá a tratar esta cuestión.

215. Una vez completado el trabajo de los conquistadores/colonizadores iniciales o de sus sucesores, el proceso colonial fue avanzando hacia la desposesión gradual o rápida de las tierras indígenas.

216. En su informe final el Relator Especial no tiene por qué describir en detalle las duras consecuencias a las que las poblaciones indígenas se vieron sometidas en un orden social, económico y político-judicial nuevo y totalmente ajeno. Es mucho lo que se ha publicado sobre el tema, tanto de fuentes indígenas como no indígenas, incluidos órganos gubernamentales oficiales de los Estados en los que hoy en día viven algunos de esos pueblos. Tratará, eso sí, de resumir los efectos más destacados, algunos de los cuales algún sobreviviente a fines del siglo XX, en particular los relativos a los derechos sobre la tierra.

217. A este respecto debe ponerse de relieve que para esos pueblos su tierra (en la que vivieron o en la que viven hoy en día) detenta valores espirituales y materiales únicos. Contiene para ellos los elementos esenciales de su cosmogonía. Es su fuente última de vida y sabiduría. Creen en el disfrute colectivo de lo que esa tierra da; en la inalienabilidad de algo que no "poseen" sino que "preservan" para las generaciones futuras. Desempeñan un papel irremplazable en sus prácticas religiosas. En resumen, consideran que la tierra era y es algo totalmente distinto de cualquier cosa que hayan importado los nuevos habitantes y sus sucesores, cuyos criterios, lógicamente, son eco (aunque no siempre fiel) de los valores predominantes de sus sociedades respectivas.

218. En líneas generales los recién llegados y sus sucesores conceptualizaron (y conceptualizan) la tierra como un valor esencialmente patrimonial, objeto de una apropiación individual exclusiva (y, como tal, transmisible a otras personas según el deseo del titular), fuente de riqueza material y base de poder político y económico.

219. El proceso por el que los pueblos indígenas fueron despojados de sus tierras dejó tras de sí poquísimas y debilitadoras alternativas para la supervivencia: el vasallaje (o la servidumbre en sus diversas formas), la segregación en áreas reducidas que se les "reservaban", o la asimilación en el seno de un sector no indígena de la nueva entidad sociopolítica creada sin ninguna aportación indígena. Esta última alternativa implicaba la marginalización social y la discriminación prevalentes en esas sociedades mixtas, problema de escasa o nula solución pese a los meritorios esfuerzos realizados por ciertos sectores no indígenas.

220. Para conseguir ese despojo de la tierra se utilizaron diversos métodos. Entre ellos figuran, sin duda alguna, los tratados y acuerdos, al menos en la medida en que aceptemos la interpretación no indígena de esos documentos (y, en



general, esa versión es la única disponible por escrito). Más adelante se volverá a tratar este asunto.

221. Con gran frecuencia se recurrió a la coerción, sea por fuerzas armadas, sea por medios judiciales y legislativos o sea por unos y otros medios. Este fue el caso tanto cuando su empleo fue precedido de alegaciones jurídicas formales en sentido contrario como si no.

222. Se llegaron a dar casos extremos. Un ejemplo es el del éxodo forzado en los años 1830 hacia el otro lado del Mississippi de las "cinco tribus civilizadas" del sudeste de los Estados Unidos. Este fue el primer caso documentado de "limpieza étnica".

223. Otro método de despojo frecuentemente empleado cuando no se habían concertado instrumentos jurídicos de ningún tipo fue el de aprovechar la incapacidad de las poblaciones indígenas (o de algunas personas) a mostrar "títulos de propiedad" que pudieran considerarse válidos de acuerdo con las nuevas leyes no indígenas. De esta forma las tierras ancestrales eran vulnerables a la captación por individuos no indígenas que poseyesen tales documentos (adquiridos por los más diversos medios, con gran frecuencia muy poco honorables) o por las autoridades centrales o locales que los reclamaban como propiedad pública (o como tierras de la Corona o tierras federales) sujetas a su jurisdicción.

224. El despojo total o parcial de las tierras de los pueblos indígenas (fuente básica de vida en todos los casos) creó nuevas formas de dependencia o reformó las antiguas. En primer lugar, afectó notablemente a la capacidad de las autoridades indígenas de ejercer eficazmente sus funciones, así como a la capacidad de las sociedades indígenas para autoabastecerse a través de sus actividades económicas tradicionales. Todo esto tuvo consecuencias dramáticas para su estructura social.

225. Las nuevas autoridades no indígenas se apresuraron a crear un orden político administrativo diferente que reemplazase a las autoridades indígenas tradicionales y a los mecanismos de adopción de decisiones que durante siglos habían guiado a esas sociedades. Esta estrategia en general tuvo éxito. Pero en muchos casos sólo se pudo poner en práctica mediante la participación de ciertos segmentos de las sociedades indígenas ya sujetos a tensiones de todos los tipos.

226. Del mismo modo, en estos últimos tiempos se ha abierto en ciertas sociedades multinacionales la posibilidad de una participación indígena, como tal, en ciertos aspectos del orden político no indígena establecido. Este es particularmente el caso del sector parlamentario. En Colombia y en Nueva Zelanda/Aotearoa se pueden encontrar ejemplos en este sentido. El Relator Especial se congratula de esta evolución, que parece ir en la buena dirección. Así sucede sobre todo en el caso de Nueva Zelanda. Su legislación electoral da a la población maorí la posibilidad (que puede aceptar libremente) de registrarse en una lista reservada para ellos. Aún habrá que ver hasta qué punto este tipo de medidas va a tener un impacto real ante el enorme esfuerzo que se ha de realizar si se quieren establecer unas relaciones más justas entre unos y otros sectores de esas sociedades.

227. Desde el punto de vista económico, la pérdida o la reducción sustancial de su base territorial ha tenido lamentables consecuencias para los pueblos indígenas. La posibilidad de mantener sus actividades económicas tradicionales (o la necesidad de desarrollarlas en áreas muy reducidas) origina constantes migraciones hacia centros económicos no indígenas, en particular hacia las grandes ciudades. Para muchísimas comunidades ello ha implicado la pérdida o una importante reducción de su base demográfica y, en general, la transculturización y la pérdida progresiva de la identidad indígena de un número considerable de los miembros de esas poblaciones.

228. Hoy en día, en zonas aún no afectadas por el despojo -en particular en los casos en que no existen tratados o acuerdos- el impacto sobre las actividades económicas tradicionales es incesante y perfectamente perceptible. Esto sucede a causa de la inseguridad jurídica con que, según el derecho no indígena, son efectivos propietarios de la tierra y de las intervenciones de tecnologías externas para la explotación de sus recursos naturales (incluidos el subsuelo, los ríos, los bosques y la fauna).

229. La lista de este tipo de casos es larga y variada, de manera que en el presente informe no se pueden mencionar todos ellos. Baste con señalar que la gran mayoría de estas poblaciones sobreviven malamente en condiciones precarias, y ello a causa de diversos factores: amenazas directas de expulsión forzada, en ciertos casos; la obligación, en otros, de obtener licencias o autorizaciones de autoridades administrativas no indígenas para poder realizar sus actividades económicas tradicionales (o verse limitados por cuotas tan restrictivas que no cubren sus necesidades); también en otros casos, la obligación de solicitar autorización a esas autoridades para utilizar unos recursos naturales cuya propiedad, a veces, ha sido incluso reconocida por el derecho no indígena; incluso, en general, los efectos de la moderna tecnología sobre su hábitat tradicional.

230. La situación general de los aborígenes australianos -incluso después de la conocida decisión sobre el caso mabo- así como las situaciones de los cree del Lubikon y de los pueblos/naciones hobbema de Alberta (Canadá), los dene (Navajo) en Arizona (Estados Unidos), los cree de la Bahía James (Quebec), muchos segmentos de los pueblos maorí de Aotearoa/Nueva Zelanda, y los mapuche de Chile meridional son ejemplos visibles de pueblos indígenas que viven en las precarias condiciones económicas antes descritas.

231. A este respecto debe mencionarse que en el curso de sus trabajos en el terreno entre los cree de Quebec (1993) y los mapuche (1998), el Relator Especial pudo confirmar, tanto por observaciones personales como por testimonios directos, el enorme e irreversible daño que ya se había causado, o que se iba a causar, al hábitat indígena a causa de la desviación o represamiento de grandes ríos (como el Bio-Bio superior o la cuenca hidráulica del Great Whale) para construir centrales hidroeléctricas en gran escala cuya producción, según todas las informaciones, va a ser consumida únicamente por la población no indígena (incluso de otros países).

232. De todo lo dicho puede deducirse que todos los aspectos de la vida sociocultural de las poblaciones indígenas, evidentemente incluida su religión, se han visto negativamente afectados por el proceso general de "domesticación" (que incluye a todos los sectores), así como por su corolario obligatorio, el

despojamiento y la pérdida de todo posible control sobre sus tierras ancestrales.

233. Sometidos a un sistema de servidumbre directa o a una especie de tutoría judicial (o fideicomiso) similar al que se aplica a los menores; asimilados (o en vías de asimilación) y marginados en las nuevas sociedades; o restringidos a pequeñas áreas rodeadas de otra cultura extraña, poderosa y agresiva, o habitantes de otras tierras periféricas, huyendo siempre de la autoridad no indígena (perdida la suya propia), estos pueblos han sufrido numerosos ataques contra sus ricas estructuras sociales.

234. En primer lugar, es importante señalar la separación forzada de las familias, cuando niños y adolescentes eran enviados durante muchos de sus años de formación a escuelas religiosas muy alejadas de su ambiente original. En esas instituciones se les premiaba si aceptaban la asimilación, al tiempo que toda expresión de la identidad original (como el hablar en su propio idioma) merecía rigurosos castigos, incluso corporales.

235. Las poblaciones indígenas presenciaron además la destrucción de muchas de las manifestaciones de su patrimonio histórico-cultural, así como la profanación de sus cementerios y otros rituales sagrados. Sus tesoros arqueológicos e incluso los huesos de sus antecesores aún se exhiben en muchos museos no indígenas del mundo entero, pese a los esfuerzos realizados por recuperarlos, a las leyes nacionales promulgadas para protegerlos y a las protestas de numerosas organizaciones internacionales.

236. Sobre los escombros de templos derribados se elevan impresionantes catedrales u otras manifestaciones de la nueva cultura. Además, en estos últimos años el Relator Especial ha recibido informaciones fidedignas referidas a dos intentos por lo menos de crear campos de golf en tierras de reconocido valor religioso para las poblaciones indígenas.

237. En bastantes ocasiones y durante largos períodos, las costumbres de las poblaciones indígenas, sus ceremonias y sus prácticas religiosas simplemente se prohibieron radicalmente. Además en muchos casos y por diversas razones se les impidió el acceso a lugares donde, según sus tradiciones, deberían tener lugar esas prácticas y ceremonias. En una u otra de esas situaciones se vieron forzados o bien a celebrarlas clandestinamente arriesgándose a rigurosas sanciones (como es el caso de la danza del sol en Norteamérica) o (como sucedía con los esclavos acarreados desde África hasta el Caribe y Brasil) a disfrazarlas ingeniosamente en una liturgia extraña, como la de la religión católica, fenómeno que ha sido común en América Latina.

238. Sus instituciones y sus culturas fueron consideradas por los sectores no indígenas como "inferiores", "arcaicas" o "ineficaces y poco prácticas". Estos juicios negativos fueron difundidos cotidianamente y universalmente por los más diversos métodos (publicaciones "científicas" o simplemente de boca a oreja) y rápidamente pasaron a ser la "idea dominante" de grandes sectores del mundo político y académico, así como de enormes segmentos de la población en general de las sociedades multinacionales en las que siguen viviendo las poblaciones indígenas.

239. Por consiguiente, no es sorprendente que numerosos individuos indígenas deseen asimilarse o aceptar los valores éticos o materiales de la sociedad extraña que los ha rodeado. La raíz común de esta evidente amenaza a su supervivencia como poblaciones específicas puede hallarse en la clara erosión que ciertos sectores de poblaciones indígenas padecen hoy en día en su autoestima. Esto es cierto incluso en una situación como la actual en la que se observa un evidente y vigoroso proceso de recuperación y desarrollo de los valores tradicionales de esos pueblos.

240. Debe advertirse a este respecto que la falta de oportunidades de trabajo y, en general, la incapacidad, en las actuales circunstancias, de obtener un desarrollo sostenible dentro del marco de sus propias tradiciones ha contribuido en gran medida a esta pérdida de autoestima. Este es en particular el caso de los pueblos atrapados en el sistema de las "reservas indígenas" establecidas en los Estados Unidos y Canadá, así como en otras situaciones en Europa Septentrional y Groenlandia.

241. La realidad cotidiana de las poblaciones indígenas viene con excesiva frecuencia a alimentar la idea de que sólo pueden sobrevivir gracias a las "subvenciones" y a los "servicios" facilitados por el Estado del que dependen. Esos servicios pueden ser de mayor o menor calidad y cobertura, y la asistencia puede ser directa o indirecta, pero en todos los casos han tenido en común durante siglos el que su costo siempre sea, por definición, inferior al valor de los beneficios recibidos por el sector no indígena con el que comparten la sociedad.

242. Por último, debe advertirse que en prácticamente todos los casos en los que las poblaciones indígenas viven en Estados multinacionales modernos sus índices de desarrollo social son inferiores o menos favorables que los correspondientes a los sectores no indígenas con los que conviven. Este es el caso de algunos de los más importantes índices socioeconómicos: empleo, ingresos anuales, mortalidad prenatal e infantil, esperanza de vida, nivel escolar, porcentaje de la población encarcelada, índice de suicidios, etc. Con gran regularidad las cifras facilitadas por las fuentes competentes de esos países demuestran la realidad de lo que acaba de decirse.

243. Todo lo señalado explica por qué razón durante más de 15 años la Subcomisión y el Grupo de Trabajo se han venido ocupando de las cuestiones indígenas de conformidad con el tema titulado "discriminación contra las poblaciones indígenas", el mismo título que recibiese el estudio inicial del Sr. Martínez Cobo, publicado hace 16 años. Desde entonces para los pueblos indígenas no ha habido muchos cambios sustanciales. Los elementos básicos de su relación con el mundo no indígena siguen siendo los mismos.

244. Tampoco es por casualidad por lo que la Comisión, en la misma fecha en la que se fijó el mandato del Relator Especial, reconoció (en un lenguaje impecablemente diplomático) que "en diversas situaciones, las poblaciones indígenas no pueden disfrutar de sus derechos humanos ni de sus libertades fundamentales inalienables" (sexto párrafo del preámbulo de la resolución 1989/34 del 6 de marzo de 1989, de la Comisión).

IV. MIRANDO HACIA EL PORVENIR: CONCLUSIONES  
Y RECOMENDACIONES

245. Para formular las conclusiones y recomendaciones de este informe final, el Relator Especial ha tenido que tomar en consideración diversos elementos, entre los que destacan los siguientes:

a) su propio mandato tal como se describe en la resolución 1988/56 de la Comisión de Derechos Humanos y en la decisión del Consejo Económico y Social 1988/134;

b) el esbozo del estudio 53/ presentado a los órganos rectores del Grupo de Trabajo y explícita o implícitamente ratificado por éstos; y

c) los temas señalados en el informe de Martínez Cobo de 1982 como posibles cuestiones que deberán elucidarse en un estudio como el que ahora se está concluyendo.

246. En lo que se refiere a su mandato, debe recordarse que el objetivo principal del estudio consiste en analizar la utilidad potencial de tratados, convenios y otros acuerdos constructivos firmados entre pueblos indígenas y gobiernos con miras a asegurar la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los primeros.

247. En su mandato, se pedía además al Relator Especial que preste "especial atención a la actual elaboración de normas universalmente pertinentes y a la necesidad de desarrollar enfoques innovadores y orientados al futuro de las relaciones entre las poblaciones indígenas y los gobiernos". Para ello debía tomar en consideración la inviolabilidad de la soberanía y la integridad territorial de los Estados, así como sus realidades socioeconómicas. Cuando se habla de "elaboración de normas universalmente pertinentes" se hace referencia evidentemente al proceso de elaboración de un proyecto de declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, actividad que inició el Grupo de Trabajo en 1985.

248. En lo que respecta al proyecto de declaración, el Relator Especial ha adoptado sus disposiciones como punto básico de referencia para sus conclusiones y recomendaciones, pese a que aún no está perfectamente definido el proceso de su adopción final. Ha tenido muy en cuenta el hecho de que su texto, tal como aparece en la actualidad, ha sido adoptado tras largos años de deliberación tanto en el seno del Grupo de Trabajo como, durante algún tiempo, en la Subcomisión, con importante participación de representantes indígenas y delegaciones gubernamentales.

249. Entre los temas que en el esbozo de 1988 se consideraron que habrían de ser tratados al final del estudio, el Relator Especial identificó los siguientes: el papel de los tratados en la expansión europea en ultramar (cuestión que se ha tratado en el capítulo III); importancia actual de tratados, acuerdos y otros pactos constructivos, incluidas cuestiones relativas a la sucesión estatal, al reconocimiento nacional de tales instrumentos y a los juicios que éstos merecen a las poblaciones indígenas. Además, el esbozo identificó tres fuentes principales que deberían orientar el proceso de acopio de datos y sus conclusiones y recomendaciones: el derecho público internacional;

las leyes municipales de los Estados actuales (incluidas las decisiones de los tribunales municipales); y las opiniones jurídicas indígenas (en particular las relativas a las autoridades sociales, los tratados y la elaboración de tratados en general).

250. El Relator Especial Martínez Cobo consideró conveniente que se explorasen nuevos temas en relación con ciertos sectores cubiertos hoy en día por las disposiciones de tratados y otros instrumentos jurídicos internacionales que afectan a los pueblos indígenas, tanto si se observan como si no, las consecuencias de su aplicación o no aplicación para los pueblos indígenas (tema que también se trató en el capítulo III), así como la situación actual de esos instrumentos jurídicos en lo que respecta a los pueblos indígenas.

251. A este respecto el Relator Especial se dispone a ofrecer, en primer lugar, ciertas conclusiones generales aplicables a los temas del estudio en general; y a continuación a exponer unas conclusiones más específicas con respecto a las dos principales categorías de situaciones actualmente existentes en las que pueblos indígenas viven en sociedades multinacionales: aquellas en las que los tratados, acuerdos u otras disposiciones constructivas existen, y aquellas que carecen de tales instrumentos jurídicos.

252. La primera de las conclusiones generales se refiere al tema del reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a sus tierras y a sus recursos, así como a proseguir sin trabas en esas tierras sus actividades económicas tradicionales. Este es el principal tema que habrá de plantearse siempre que se trate de establecer una relación más sólida, equitativa y duradera entre los sectores indígenas y no indígenas de sociedades multinacionales. Dadas las relaciones especiales, espirituales y materiales, que mantienen con sus tierras, el Relator Especial cree que a este respecto apenas se progresará o no se progresará en absoluto si no se enfrenta, resuelve y arregla -de una forma aceptable para los pueblos indígenas afectados- la cuestión del despojo continuo que se les ha hecho de este recurso, vital para su supervivencia.

253. La importancia primordial de esta cuestión se refleja no sólo en los datos acopiados para el estudio y en los testimonios personales escuchados por el Relator Especial, sino también en los debates del Grupo de Trabajo y en otros foros internacionales. El hecho de que más de una docena de artículos del proyecto de declaración se ocupen de la cuestión de los derechos de la tierra, así como las inquietudes recientemente expresadas de fuentes vaticanas <sup>54/</sup> sobre la violencia y la discriminación que, hasta ahora, se han ejercido contra las poblaciones indígenas para privarlas de sus tierras, vienen asimismo a demostrar la importancia primordial de este problema.

254. Otra conclusión, estrechamente relacionada con la anterior, es que no sólo la cuestión del derecho a la tierra sino, en general, toda la problemática indígena y su posible solución general no pueden plantearse únicamente sobre la base de un razonamiento jurídico. Los problemas con que se enfrenta un número considerable de Estados multinacionales son, ante todo, de carácter político.

---

<sup>54/</sup> Pontificio Consejo "Justicia y Paz", Para una Mejor Distribución de la Tierra: El reto de la reforma agraria, Libreria Editrice Vaticana, Ciudad del Vaticano, 1997, párr. 55.

Por consiguiente, si se quiere que estos problemas puedan resolverse mediante estrategias nuevas y que miren al futuro se necesitará una voluntad política considerable de todas las partes interesadas, pero en particular de los líderes políticos no indígenas de los Estados modernos. Los debates y argumentos jurídicos se desarrollan durante demasiado tiempo, exigen importantes recursos (que la parte indígena casi nunca posee o sólo tiene en cantidad limitada) y, en muchos casos, sufren de los prejuicios propios de siglos de una lógica esclerosada. Además, la urgencia de los problemas que se plantean en los albores del siglo XXI no deja tiempo suficiente para que se desarrollen los debates jurídico-filosóficos que mantuviesen en el siglo XVI Las Casas y Sepúlveda.

255. El Relator Especial está plenamente convencido de que la problemática indígena general actual tiene asimismo un carácter ético. Cree que la humanidad ha contraído una deuda hacia las poblaciones indígenas por los daños que históricamente les ha causado. Por consiguiente, por razones de equidad y de justicia histórica es preciso compensarles por esos daños. Se da perfecta cuenta de la imposibilidad práctica de retrotraer el mundo a la situación que existía cuando se produjeron los primeros encuentros entre pueblos indígenas y no indígenas, hace cinco siglos. No es posible deshacer todo lo que se hecho (positivo o negativo) durante ese tiempo, pero tampoco puede rechazarse el imperativo ético de compensar los daños causados, tanto espiritual como materialmente, a los pueblos indígenas, incluso si ello ha de hacerse a expensas de forzar la rigidez impuesta por el respeto al "imperio de la ley" (no indígena).

256. Además, el Relator Especial no alberga ninguna duda con respecto al tan discutido problema del derecho a la autodeterminación. Los pueblos indígenas, como todos los pueblos de la tierra, tienen ese derecho inalienable. El artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas reconoce ese derecho a todos los pueblos, sin excepciones (de hecho, lo considera como un principio propio del derecho internacional contemporáneo), al igual que hace el artículo 1 común a los dos Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos. Además, este derecho se les reconoce explícitamente a los pueblos indígenas en el artículo 3 del proyecto de declaración. A juicio del Relator Especial, cualquier contradicción que pueda percibirse entre el ejercicio de este derecho por las poblaciones indígenas en las condiciones actuales y el derecho y el deber reconocidos de los Estados en los que viven de proteger su soberanía y su integridad territorial deberá resolverse por medios pacíficos, en primer lugar y ante todo mediante negociaciones, pero también mediante los adecuados mecanismos de resolución de conflictos (los existentes o los nuevos que puedan establecerse). Lo mejor sería que pudiera hacerse dentro de la jurisdicción doméstica y, en todo caso, con la participación efectiva de los propios pueblos indígenas. Este tema se volverá a tratar más adelante en el presente capítulo.

257. En cuanto a la cuestión de si los pueblos indígenas pueden o no ser considerados como naciones en el sentido del derecho internacional contemporáneo y en el contexto de los países donde ciertos pueblos indígenas han sido oficialmente reconocidos como tales (por naciones no indígenas desde el comienzo de los contactos o en un momento ulterior) mediante instrumentos jurídicos internacionales, como tratados, y otros pueblos/naciones no lo han sido, el Relator Especial considera conveniente distinguir entre una situación y otra, si bien el análisis final puede conducir a la misma conclusión.

258. Tras revisar los casos que ha seleccionado para su análisis, el Relator Especial ha llegado a la conclusión de que una gran mayoría o bien describe situaciones de abierto conflicto entre los sectores indígenas y no indígenas de la sociedad, o bien contienen la semilla de un conflicto que puede declararse en cualquier momento dado que han quedado latentes problemas que no han hallado la solución adecuada durante largos períodos de tiempo, tal vez incluso durante siglos. Ejemplos de esa posibilidad son los problemas planteados por los oka (Quebec) en 1991, en Chiapas (México) en 1994 y en diversas comunidades australianas en 1997.

259. Otra conclusión general a la que puede llegarse es que, tal como se reconoce en el proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las poblaciones indígenas presentado por el Grupo de Trabajo a la Subcomisión y adoptado por ésta 55/, todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por los distintos instrumentos internacionales -trátase de normas jurídicamente vinculantes o de normas no vinculantes- aceptados por el Estado en los que viven, son aplicables a las poblaciones indígenas y a las personas que viven en el interior de sus fronteras 56/. Esto es asimismo aplicable a todos los derechos y libertades que la legislación interna del Estado en cuestión conceda a todos los individuos y grupos sociales de su jurisdicción. A juicio del Relator Especial, esto es aceptable siempre que los derechos y libertades reconocidos en los instrumentos en cuestión no vayan en contra de las costumbres indígenas, sus instituciones sociales o sus tradiciones jurídicas.

260. Por otra parte, el Relator Especial se inclina a defender la propuesta de que los tratados/acuerdos o disposiciones constructivas tienen, dada su base consensual, la posibilidad de llegar a ser importantísimos instrumentos para el establecimiento formal y el respeto no sólo de los derechos y libertades a los que se alude en el precedente párrafo sino también de los inalienables derechos ancestrales, en particular el derecho a la tierra en el contexto específico de una determinada sociedad.

261. Sobre la base de una rica documentación, de la labor del Grupo de Trabajo y de testimonios orales, el Relator Especial ha llegado a la conclusión de que de una manera casi unánime los pueblos indígenas geográficamente dispersos consideran que los mecanismos estatales existentes, administrativos o judiciales, no pueden satisfacer sus aspiraciones ni sus esperanzas de justicia.

262. En su razonamiento llega además a la conclusión de que en los medios indígenas está muy extendido el deseo de que se establezca (o restablezca) un nuevo y diferente tipo de relación, más sólida, pero muy distinta de la relación conflictiva y con frecuencia amarga que hasta ahora se ha mantenido con el sector no indígena de la sociedad en los países donde coexisten. A juicio de los pueblos indígenas, esto sólo podrá conseguirse o bien mediante el respeto total a los documentos jurídicos mutuamente acordados existentes que rigen esa relación (y con una estructuración común de sus disposiciones), o mediante nuevos instrumentos negociados con la plena participación de los pueblos

---

55/ Resolución de la Subcomisión 1994/45, de 26 de agosto de 1994, anexo.

56/ Véase el artículo 1 del proyecto de declaración.



indígenas. Esta idea es también la de los oficiales gubernamentales competentes de cierto número de países, entre los que figuran Canadá, Nueva Zelandia y Guatemala.

263. Por último, el Relator Especial está firmemente convencido de que el proceso de negociación y de búsqueda de consentimiento inherente a la elaboración de tratados (en su sentido más amplio) es el más adecuado no sólo para conseguir la efectiva contribución de los indígenas a todo esfuerzo dirigido, en último término, al reconocimiento y restitución de sus derechos y libertades, sino también para establecer unos mecanismos prácticos que faciliten la realización y el respeto de sus derechos ancestrales y de los que figuran en los textos nacionales e internacionales. Esta es, pues, la estrategia más adecuada para la resolución del conflicto de las cuestiones indígenas en todos los niveles y con un consentimiento libre y consciente de los indígenas.

264. A su juicio, es también la forma más adecuada para que los gobiernos puedan realmente responder a la petición que les formulase la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, en Viena en 1993, para que velasen por la plena y libre participación de las poblaciones indígenas en todos los aspectos de la sociedad, en particular en las cuestiones que les interesen 57/.

265. En el caso de los pueblos indígenas que han concertado tratados u otros instrumentos jurídicos con colonos europeos y/o sus descendientes en el proceso de colonización, el Relator Especial no ha podido hallar argumento jurídico suficiente para que pueda defenderse la idea de que los indígenas han perdido su personalidad jurídica internacional como naciones/pueblos. Las disposiciones de los tratados que, según la versión y la construcción no indígenas, contienen renunciaciones expresas de los pueblos indígenas a sus atributos como sujetos del derecho internacional (en particular, a la jurisdicción sobre sus tierras y al control exclusivo de su poder político y sus instituciones) son impugnadas vigorosamente por la mayor parte de las poblaciones indígenas que el Relator Especial ha consultado.

266. Para rechazar esas disposiciones se basan sobre todo en que su consentimiento no fue válido por haberse obtenido por fraude y/o error inducido en cuanto al objeto y propósito del pacto, o al hecho de que sus antecesores no conocían en absoluto ni siquiera la propia existencia de las disposiciones de tal pacto o al hecho de que las tradiciones y culturas ancestrales no les autorizaban en modo alguno a renunciar a esos atributos (en particular en lo relativo a las tierras y a la gobernación).

267. Las partes estatales de tales pactos -las que más se han beneficiado al obtener una jurisdicción sobre antiguas tierras indígenas- consideran que realmente renunciaron a esos atributos basándose en las disposiciones de su legislación doméstica y las decisiones de sus tribunales domésticos, así como en las realidades del mundo actual y el desarrollo histórico que ha conducido a la presente situación. Pero el principio de que nadie puede actuar en contra de sus propios intereses remonta a la antigua Roma y era válido como principio general del derecho en el momento del despojo.

---

57/ Declaración y Programa de Acción de Viena, adoptado por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, el 25 de junio de 1993 (A/CONF.157/23), parte II, párr. 31.

268. A este respecto, el Relator Especial se da perfecta cuenta de la no retroactividad de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados 58/ que entró en vigor en 1980. Son partes de esta Convención un número considerable de Estados con poblaciones indígenas que viven dentro de sus actuales fronteras. Ello no obstante, tiene asimismo en cuenta que el texto adoptado en Viena no sólo se relaciona con la elaboración de nuevas normas y conceptos del derecho internacional, sino también con la codificación de los que habían sobrevivido a la prueba del tiempo y que en 1969 formaban ya parte integrante del derecho internacional, o bien como derecho consuetudinario o bien como derecho positivo integrante de cierto número de instrumentos internacionales bilaterales y/o multilaterales ya existentes.

269. Considera el Relator Especial que el contenido del artículo 27 de la Convención de Viena ("una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...") era ya una norma propia del derecho internacional en el momento en que ya se estaban desarrollando los procesos que condujeron a la anulación y despojo de los atributos soberanos de las poblaciones indígenas, por mucho que fueran en sentido contrario los tratados concertados con ellos en su capacidad como sujetos reconocidos del derecho internacional.

270. Estas reflexiones llevan a la cuestión de si los tratados y otros instrumentos jurídicos concertados por colonizadores europeos y sus sucesores con naciones indígenas siguen siendo o no instrumentos internacionalmente válidos a la luz del derecho internacional.

271. El Relator Especial considera que, en efecto, esos instrumentos mantienen su valor original y siguen siendo plenamente vigentes y, por consiguiente, son fuente de derechos y obligaciones para todas sus partes originales (o sus sucesores), que deberán respetar sus disposiciones de buena fe.

272. El razonamiento jurídico que apoya esa conclusión es muy sencillo y el Relator Especial no está diciendo nada nuevo a ese respecto. Los tratados que no tienen fecha de expiración se considera que mantienen su vigencia hasta que todas las partes decidan darlos por terminados, a no ser que en el texto del propio instrumento se establezca algo distinto o que sean declarados nulos y sin valor en debida forma. Esta es una idea profundamente inscrita en el desarrollo conceptual, la normatividad positiva y la jurisprudencia constante de las leyes municipales e internacionales desde que el derecho romano alcanzó su cenit hace más de cinco siglos, cuando se iniciara la moderna colonización europea.

273. En virtud de sus investigaciones, el Relator Especial ha reunido importantes pruebas de que los pueblos/naciones indígenas que han mantenido relaciones de tratados con colonizadores no indígenas y sus descendientes, están firmemente convencidos de que esos instrumentos no sólo mantienen su validez y siguen siendo aplicables a su actual situación sino que además son elementos fundamentales para su supervivencia como poblaciones distintas. Todos los que han sido consultados -o bien directamente en reuniones multitudinarias con ellos o bien por sus respuestas al cuestionario del Relator Especial o por sus testimonios directos o escritos- se han declarado claramente convencidos de que

---

58/ Artículo 4 de la Convención. Véase la nota 13.

se siguen considerando obligados por las disposiciones de los instrumentos que sus antecesores, o incluso ellos mismos, concertaron con poblaciones no indígenas.

274. Las autoridades competentes de ciertos países como, por ejemplo, Canadá y Nueva Zelandia, también han comunicado al Relator Especial que sus respectivos gobiernos siguen considerando que sus tratados con las poblaciones indígenas mantienen su plena vigencia y efecto (aunque difieren radicalmente de sus contrapartes indígenas en lo que respecta a la construcción del contenido de esos tratados).

275. Ello no obstante, el Relator Especial, en el curso de sus investigaciones y mediante observaciones *in situ*, ha podido detectar un importante número de graves y evidentes violaciones de las obligaciones legales de las que han sido causantes las partes estatales de tales instrumentos (en particular de los llamados "tratados históricos" y los compromisos jurídicos relativos a tierras indígenas), en prácticamente todas las fases del proceso de domesticación descrito en el capítulo III, en particular en la segunda mitad del siglo XIX.

276. El caso más evidente a este respecto es con toda probabilidad el despojo durante el último cuarto del siglo XIX de Black Hills (en el actual estado de Dakota del Sur) del que fue víctima la nación sioux. Según se disponía en el tratado de Fort Laramie de 1868, las tierras que incluían a Black Hills habían sido reservadas para la nación indígena 59/. Debe advertirse que durante los litigios desencadenados por esta acción, la Comisión de Reclamaciones Indias declaró 60/ que "con toda probabilidad en toda nuestra historia nunca podrá encontrarse un caso más evidente y notorio de negociación deshonrosa", y que tanto el Tribunal de Reclamaciones, en 1979, como el Tribunal Supremo de ese país 61/ decidieron que el Gobierno de los Estados Unidos había tomado Black Hills inconstitucionalmente en violación de la Constitución estadounidense. Pero la legislación de los Estados Unidos permite que el Congreso, como fideicomisario de las tierras indígenas, disponga de dichas propiedades, incluida su transferencia al Gobierno estadounidense. Dado que la restitución de tierras impropriamente tomadas por el Gobierno federal no entra dentro de la competencia de los tribunales sino sólo dentro de la autoridad del Congreso, el Tribunal Supremo se limitó a conceder a los sioux una indemnización de 17,5 millones de dólares, más los intereses. Pero lo que interesaba a la parte indígena no era el dinero sino la recuperación de sus tierras, que para los sioux poseen un especialísimo valor espiritual, y por consiguiente se negaron a aceptar el dinero, que, según la información de que ha podido disponer el Relator Especial, queda como fondos no distribuidos en el Tesoro estadounidense.

277. Es sabido que el cumplimiento de buena fe de las obligaciones legales que no estén en contradicción de la Carta de las Naciones Unidas (artículo 2.2) se considera como uno de los principios del actual derecho internacional positivo y uno de los más importantes principios rectores de las relaciones internacionales, dado que de hecho es una norma perentoria del derecho

---

59/ U.S. Stat. 635 (1868).

60/ 207 Código de Trabajo. at 241, 518 F.2d at 1302 (1975).

61/ United States c. Sioux Nation of Indians, 448 U.S. 371.

internacional general (ius cogens). Naturalmente, el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados incluye el principio de pacta sunt servanda como uno de los pilares básicos del derecho de los tratados, y ya antes se ha hecho mención de la importancia que reviste el artículo 27 de esa Convención.

278. Debe asimismo recordarse que el proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las poblaciones indígenas expresa ese mismo concepto con particular énfasis. El artículo 36 establece que "Los pueblos indígenas tienen derecho a que los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los Estados o sus sucesores sean reconocidos, observados y aplicados según su espíritu y propósito originales y a que los Estados acaten y respeten esos tratados, acuerdos y arreglos".

279. Por otra parte, la cancelación unilateral de un tratado o de cualquier otro instrumento internacional jurídicamente vinculante o el no cumplimiento de las obligaciones que figuran en sus disposiciones, ha sido y sigue siendo un comportamiento inaceptable tanto para el derecho de las naciones como para el más moderno derecho internacional. Lo mismo cabe decir en lo que respecta al incumplimiento de las disposiciones de un tratado. Todas estas acciones determinan la responsabilidad internacional del Estado implicado. Muchas naciones han declarado la guerra ante una conducta como ésta por otras partes y frente a pactos mutuamente acordados durante el período (desde el siglo XVI hasta fines del siglo XIX) en el que la expansión colonial de los colonos europeos y sus sucesores alcanzaba su punto máximo.

280. El Relator Especial ha llegado asimismo a la conclusión de que varias de las situaciones conflictivas actuales concernientes a tratados/acuerdos con indígenas guardan relación con la existencia de diferencias sustanciales en cuanto a la conceptualización de sus disposiciones, en particular las relativas al objeto y propósito del pacto en cuestión. Un caso interesante al respecto es el del tratado de Waitangi. Los maoríes y los pakeha lo conceptualizan de forma diferente en asuntos tan fundamentales como las supuestas "transferencias" de gobernación y soberanía, así como en cuanto al "título de propiedad de la tierra" a colonos no indígenas, difiriendo también en el propósito del propio pacto. Un conocido especialista <sup>62/</sup> ha descrito cómo el principal negociador británico, habiendo recibido instrucciones en el sentido de que debe asegurar la soberanía británica sobre las tierras maoríes para ejercer un control exclusivo sobre ellas de manera que pueda proseguirse una colonización pacífica, dejó deliberadamente vago el significado del término "soberanía" y ocultó a las partes maoríes el hecho de que el acuerdo de cesión que estaban firmando significaría en último término una pérdida significativa de poder maorí. Por consiguiente, a pesar de la confianza de los maoríes de que el tratado les había confirmado sus derechos de propiedad, e incluso sus derechos de rangatiratanga, aún más importantes, en último término tendrán que ceder su autoridad a la Corona.

281. Es preciso tomar en consideración el hecho de que las prácticas indígenas en materia de elaboración de tratados eran exclusivamente de carácter

---

<sup>62/</sup> Claudia Orange, The treaty of Waitangi, Allen & Unwin, Wellington, 1987, pp. 32-33 y 122.

oral y en este proceso no se producía ningún documento escrito. Además, a las partes indígenas les resultaba extraordinariamente difícil el ir siguiendo con precisión todos los aspectos de la negociación mediante intérpretes (que con toda probabilidad no siempre eran muy exactos), y eso por no mencionar la letra pequeña de la versión que se les sometía, en un idioma extraño y por negociadores no indígenas. Además, en la mayor parte de los casos los indígenas no podían presentar una versión escrita de cómo habían comprendido los derechos y obligaciones establecidos en los instrumentos.

282. El Relator Especial considera importante destacar que su investigación ha revelado que los tratados, en particular, concluidos con naciones indígenas, con frecuencia han tenido resultados negativos en lo que respecta a los derechos indígenas. En muchas ocasiones, y desde el lado no indígena, se han utilizado como instrumentos para adquirir la "legítima propiedad" de tierras indígenas consiguiendo que quedaran oficialmente "extinguidos" esos y todos los demás derechos de los indígenas. En un documento sometido personalmente por un respetado jefe indígena 63/, en nombre de su nación, se advierte que en ocasiones se utilizan otros tratados para forzar a los pueblos indígenas a entregar mediante negociaciones sus derechos ancestrales y los concedidos por otros tratados.

283. Por último, considerando el limitadísimo número de datos disponible, en la fase final del estudio y en lo que respecta a los tratados concertados entre Estados y que afectan a los pueblos indígenas como partes terceras, el Relator Especial sólo puede ofrecer una conclusión preliminar en el sentido de que según los datos disponibles las partes indígenas afectadas no han expresado su aceptación de las obligaciones consiguientes 64/, ni han participado en la aplicación de esos tratados.

284. Conviene asimismo hacer referencia a la situación de pueblos indígenas que nunca han sido reconocidos como naciones mediante instrumentos jurídicos internacionales formalizados por negociación con Estados no indígenas. Particular atención merece la cuestión de si hoy en día mantienen o no su calidad de naciones a la luz del derecho internacional contemporáneo. La cuestión fundamental que a este respecto debe plantearse es, a juicio del Relator Especial, la siguiente: ¿por qué medios podría haberseles privado legalmente de esa calidad, siempre que su condición de naciones haya sido originalmente inequívoca y no hayan renunciado voluntariamente a ella?

285. El Relator Especial considera un error vincular la determinación de la calidad jurídica "original" de los pueblos indígenas como naciones (en el sentido contemporáneo del derecho internacional) o como "no naciones" como único factor determinante de si han formalizado o no sus relaciones con las potencias colonizadoras no indígenas. No sólo ello es contrario a los principios del derecho natural sino que además carece de lógica. El hecho de que algunos de ellos no tengan relaciones jurídicas con potencias coloniales -en muchos casos,

---

63/ Jefe Oren Lyons de la Confederación Haudenosaunee. El documento fue sometido personalmente al Relator Especial en febrero de 1998.

64/ El artículo 35 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados hace esa aceptación indispensable para que pueda imponerse una obligación a partes terceras de cualquier tratado.

durante las primeras etapas de un proyecto colonizador, a causa simplemente de que nunca se habían encontrado con los recién llegados- no parece razón suficiente para que se establezca una diferenciación drástica entre sus derechos y los derechos de los que sí tuvieron esa relación.

286. Importa recordar que el moderno derecho no indígena ha abandonado desde hace mucho tiempo la teoría de que la ausencia de un reconocimiento jurídico/político oficial por una entidad soberana (o por un grupo de ellas) puede determinar la existencia o no de un estatuto jurídico internacional de otro. La teoría se consideró como una aberración a la luz de los principios de la soberanía y la igualdad de derechos de todos los Estados. Entidades internacionales no reconocidas por ciertos miembros de la comunidad internacional siguen de todas formas ejerciendo sus atributos como sujetos del derecho internacional y por consiguiente pueden entablar relaciones con todos los demás sujetos internacionales interesados. Todo lo que se necesita es que las entidades posean los elementos necesarios para ser consideradas como sujetos internacionales: territorio, población, una forma de gobierno institucionalizada y, por consiguiente, capacidad suficiente para concertar acuerdos internacionales.

287. También otras teorías no jurídicas que se han utilizado como base para privar a pueblos indígenas en general de su personalidad internacional original se han descartado a la luz de las nuevas ideas y elaboraciones teóricas del moderno derecho internacional; por ejemplo, el concepto de terra nullius ha sido oficialmente anulado por la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva sobre el caso relativo al Sahara occidental 65/, así como en la conocida decisión de 1992 Mabo c. Queensland 66/ adoptada por el Tribunal Supremo australiano. Además la comunidad internacional ha rechazado ampliamente el que pueda despojarse a nadie de esa calidad por conquista y fuerza armada. Las disposiciones al efecto en la Carta de la Organización de Estados Americanos y en el artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas demuestran que el derecho internacional contemporáneo rechaza la noción de que la fuerza y la conquista puedan dar ningún tipo de derecho.

288. Por consiguiente, el Relator Especial es de opinión que si aquellos pueblos indígenas que nunca han entablado relaciones jurídicas formales, mediante tratados o de cualquier otra manera, con autoridades no indígenas (cosa que han podido hacer otras poblaciones indígenas que habitan el mismo territorio), desean reclamar para ellos mismos la calidad jurídica de nación, hasta que se demuestre lo contrario deberá darse por supuesto que no han dejado de disfrutar de esa calidad. Por consiguiente, la carga de la prueba en sentido contrario corresponderá a la parte que ponga en tela de juicio su calidad de nación. En toda posible adjudicación de algo tan importante deberá tenerse debidamente en cuenta la evaluación de los méritos del razonamiento jurídico utilizado como apoyo del argumento de que la población indígena en cuestión ha perdido de alguna forma su calidad original.

---

65/ Caso relativo al Sahara occidental, Opinión Consultiva del 16 de octubre de 1975: I.C.J. Reports 1975, pág. 12.

66/ 175 C.L.R. 1 (1992).

289. Tras haber presentado en la primera parte de este capítulo las conclusiones de su estudio, el Relator Especial procede a formular sus recomendaciones finales. Al igual que cuando preparó sus conclusiones, el Relator Especial considera necesario recordar ciertos puntos de referencia generales -ya señalados en las primeras fases de su trabajo- que a continuación deberán guiar la formulación de estas recomendaciones.

290. El Relator Especial considera útil recordar que, de acuerdo con su mandato, este estudio no se va a limitar a un análisis de anteriores instrumentos jurídicos y su importancia actual, ni tampoco va a ser sólo una revisión de la aplicación o no aplicación actual de esos instrumentos, sea cual fuere el valor que una tal revisión podría tener tanto para el presente como para el futuro.

291. Si se ha presentado una panorámica histórica de la cuestión ello se ha debido a que el Relator Especial consideró que sería útil para preparar una estrategia bien informada y que atendiese al futuro sobre una cuestión fundamental, es decir la necesidad de evaluar en qué medida la concertación de nuevos tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre poblaciones indígenas y Estados pueden contribuir eficazmente al establecimiento de unas bases más sólidas, duraderas y equitativas para las relaciones que necesariamente habrán de mantener las poblaciones indígenas y los Estados.

292. Conviene asimismo recordar que el Relator Especial ha considerado que el propósito final de su mandato consiste en ofrecer elementos para poder lograr en la práctica la mayor promoción y protección que sea posible, tanto en el derecho nacional como internacional, de los derechos de las poblaciones indígenas y, en particular, de sus derechos humanos y libertades fundamentales 67/, creando para ello nuevas normas jurídicas negociadas y aprobadas por todas las partes interesadas, en un proceso que tienda a contribuir a crear una mutua confianza 68/ basada en la buena fe, con entendimiento mutuo de los intereses vitales de la otra parte y la profunda dedicación de todos los interesados a respetar los resultados que puedan tener las negociaciones 69/.

293. En esta situación, conviene volver a un punto señalado antes en este mismo capítulo (párrafo 257): la mayor parte de los casos/situaciones revisados por el Relator Especial corresponden a situaciones conflictivas reales por definición o tienen la posibilidad de desembocar en una situación conflictiva en cualquier momento y en las circunstancias más inesperadas.

294. En este contexto, nunca se insistirá bastante en la necesidad de fomentar y favorecer el desarrollo de un proceso de establecimiento de confianza. Se trata de un proceso que exige que se adopten pasos positivos y que se evite toda medida que pueda exacerbar situaciones conflictivas existentes. La primera recomendación del Relator Especial está relacionada con este proceso que tan necesario es.

---

67/ E/CN.4/Sub.2/1988/Add.1, párr. 10, y E/CN.4/Sub.2/1991/33, párr. 71.

68/ E/CN.4/Sub.2/1988/24/Add.1, párr. 14.

69/ E/CN.4/Sub.2/1991/33, párr. 85.

295. Pasos positivos en esa dirección son, por ejemplo, el adoptado hace años por el entonces Primer Ministro de Australia, Robert Hawke, reconociendo los daños causados por los primeros colonos a los aborígenes, la reciente admisión por el Vaticano de determinados aspectos del papel desempeñado por la Iglesia Católica en varios momentos de la colonización de América Latina y el Apology Bill de 1993, aprobado por el Congreso de los Estados Unidos en lo que respecta a Hawai. Debe estimularse a los gobiernos de esos Estados a que tras esos pasos iniciales empiecen a adoptar medidas eficaces. Se pide a otros gobiernos en circunstancias similares que tengan el valor de hacer lo mismo en sus contextos sociales específicos.

296. Del mismo modo, ciertas acciones que podrían agravar situaciones conflictivas existentes o crear nuevos conflictos deberán evitarse o deberán ser objeto de un moratoria inmediata sine die. A juicio del Relator Especial abundan los ejemplos de lo que no deberá hacerse: desahucios forzados (en el caso de la nación navajo en Arizona), la imposición a pueblos indígenas de condiciones rigurosas con miras a inducirles a que acepten la negociación (entre otros, es el caso de los cree del Lubikon en Alberta), la fragmentación de naciones indígenas para incitarlas a pelearse unas contra otras (como en el caso de la isla septentrional de Aotearoa/Nueva Zelandia), ignorar y cortocircuitar a las autoridades tradicionales promoviendo la instalación de nuevas autoridades con arreglo a reglamentos no indígenas (como en cierto número de casos en los Estados Unidos), la continuación de "proyectos de desarrollo" en detrimento del hábitat indígena (como es el caso del río Bio-Bio en Chile), todo intento de utilizar estrategias de diversión con miras a centrar la atención sobre los derechos individuales por oposición a los derechos colectivos/comunales (como ha denunciado la Confederación Haudenosaunee), etc. Será preciso evitar cuidadosamente todas las medidas de ese tipo.

297. Este comportamiento estaría de acuerdo con una de las características fundamentales del criterio originalmente adoptado por el Relator Especial acerca del sentido que deben adoptar sus conclusiones y recomendaciones, de manera que contribuyan a fomentar nuevas relaciones basadas en el respeto mutuo, la armonía y la cooperación, en lugar de una actitud de ignorar a la otra parte, de confrontación y de repulsa.

298. En lo que respecta a las recomendaciones en el sentido de que se evalúe en toda su importancia y se canalicen adecuadamente las potencialidades reconocidas de tratados/acuerdos y otras disposiciones constructivas, así como el acto de elaboración de tratados (también en este caso en su sentido más amplio), como elementos para la reglamentación de unas futuras relaciones más positivas y menos antagonistas entre pueblos indígenas y Estados, será preciso tomar plenamente en consideración dos procesos a los que ya se ha referido el Relator Especial en el curso de su trabajo: i) la historia de las relaciones en cuanto a tratados entre pueblos indígenas y Estados, en especial las lecciones que pueden deducirse del análisis del proceso de domesticación en las antiguas colonias europeas (véase el capítulo III); ii) la lógica subyacente a las negociaciones y a ciertos procesos políticos que se desarrollan entre Estados y pueblos indígenas en varios países.

299. En lo que se refiere a los dos procesos antes mencionados, la principal lección que puede deducirse de la historia se refiere a los problemas



de la imposición y ejecución de los tratados. El Relator Especial ofrecerá cierto número de recomendaciones sobre esta cuestión fundamental.

300. Es evidente que el problema que se plantea a este respecto no se desprende de la falta de disposiciones sino más bien del hecho de que la parte estatal no haya cumplido esas disposiciones. Un caso demostrativo es el de los Estados Unidos, el país que posee el mayor número de tratados reconocidos (unos 400) con naciones indígenas, la mayor parte de ellos pasados al olvido por medidas unilaterales adoptadas o bien por las autoridades federales o bien por el Congreso.

301. La historia demuestra que los órganos estatales disponen de gran diversidad de medios, judiciales incluidos, para desprestigiar unilateralmente disposiciones de tratados que supongan una sobrecarga para el Estado, desprecio que puede acompañarse de respeto a las disposiciones favorables para la parte estatal.

302. En cuanto al razonamiento subyacente a las negociaciones y demás contactos políticos actuales entre Estados y pueblos indígenas, es preciso formular dos observaciones. La primera está relacionada con lo que se podría llamar "no negociable", por ejemplo el principio de extinción del llamado título de propiedad nativo como condición para la solución de reclamaciones indígenas. Queda por ver en qué medida la existencia de este "no negociable" -si lo imponen los negociadores estatales- incluye no sólo la validez de los acuerdos ya concertados sino también los que se van a concertar. El libre consentimiento de los pueblos indígenas, esencial para que esos pactos sean jurídicamente aptos, podría verse seriamente amenazado por esta forma de presión particularmente eficaz.

303. La segunda observación se refiere a la cuestión del "autogobierno" y la "autonomía" que en ciertos casos se ofrecen como sustituto del pleno ejercicio de los derechos ancestrales relacionados con la gobernación, que ahora van a extinguirse. Para evitar nuevos problemas en el futuro, el Relator Especial considera necesario recomendar que ambas partes -pero en particular la indígena- evalúen cuidadosamente las posibles ventajas e inconvenientes de tales regímenes, a la luz de la historia de la concertación, ejecución y respeto a tratados resultantes de antiguas negociaciones entre naciones indígenas y estados.

304. Por las mismas razones es especialmente importante evaluar con precisión (o reevaluar), desde ese mismo punto de referencia, la pertinencia y utilidad potencial que esa categoría casi jurídica denominada "acuerdos constructivos" han tenido para pueblos indígenas que aún se ven privados de toda relación formal y consensuada con los Estados en los que están viviendo.

305. En lo que respecta a las recomendaciones sobre otra cuestión crucial en cuanto a los aspectos de futuro de este estudio, debe señalarse que el Relator Especial, al comienzo de su trabajo, seleccionó tres elementos que merecen investigarse en lo que respecta a la cuestión de los mecanismos de solución de conflictos. Esos tres elementos eran: i) la capacidad real de los mecanismos existentes para hacer frente de manera pronta y, en lo posible, preventiva a las situaciones conflictivas; ii) la cuestión delicada de la jurisdicción nacional frente a la jurisdicción internacional; iii) la forma como podría conseguirse la

participación efectiva en esos mecanismos de todas las partes interesadas, en particular la parte indígena 70/.

306. Anteriormente en el presente informe (párr. 261) el Relator Especial advirtió que existía la opinión generalizada de que, viendo cuál es la situación en la que se encuentran hoy en día los pueblos indígenas, puede concluirse que los mecanismos existentes, administrativos o judiciales, dentro de las esferas no indígenas de gobierno no han sido capaces de sacarles de sus apuros. Esta idea le obliga a formular varias recomendaciones sobre la materia,

307. En primer lugar, recomienda que los Estados que posean una población indígena considerable establezcan una jurisdicción totalmente nueva y especial para que se ocupe exclusivamente de cuestiones indígenas, y que sea independiente de las estructuras gubernamentales existentes (centrales o no) pero financiada con fondos públicos; esa nueva estructura iría reemplazando gradualmente a los actuales servicios gubernamentales burocráticos/administrativos encargados de esas cuestiones.

308. Esta jurisdicción especial habría de tener, a juicio del Relator Especial, cuatro ramas especializadas (permanentes y con la adecuada plantilla de personal profesional):

- i) un órgano consultivo de solución de conflictos al que hubieran de someterse obligatoriamente todas las disputas, incluidas las relativas a la aplicación de tratados, que puedan surgir entre pueblos indígenas, y personas, entidades e instituciones (incluidas instituciones gubernamentales) no indígenas, y que tuviera poder suficiente para incitar a la negociación y realizarla entre las partes interesadas y para formular las recomendaciones que considerara pertinentes para resolver la controversia;
- ii) un órgano que, mediante negociaciones con las poblaciones indígenas interesadas, preparase: a) nuevos instrumentos jurídicos bilaterales, consensuados y legalmente vinculantes junto con las poblaciones indígenas interesadas y b) nuevas leyes u otros tipos de propuestas que se sometiesen a los correspondientes órganos legislativos y administrativos gubernamentales con miras a ir creando gradualmente un nuevo orden jurídico institucionalizado aplicable a todas las cuestiones indígenas y que esté de acuerdo con las necesidades de los pueblos indígenas;
- iii) un órgano colegiado judicial al que se hubiesen de someter obligatoriamente todos los casos que después de un período razonable de tiempo no se hayan resuelto mediante las recomendaciones del órgano consultivo. Este organismo tendría poder suficiente para emitir juicios sobre estos casos y adoptar decisiones definitivas que pudieran imponerse mediante el uso del poder coercitivo del Estado;
- iv) una rama administrativa encargada de todos los aspectos logísticos de las relaciones entre no indígenas e indígenas.

309. El Relator Especial se da perfecta cuenta de los numerosos obstáculos que puede encontrar una estrategia tan innovadora y orientada hacia el futuro. Por mencionar sólo uno, no es difícil darse cuenta de los importantes intereses que pueden verse afectados por la redundancia de las estructuras actualmente

---

70/ E/CN.4/Sub.2/1991/33, párr. 118.

existentes y encargadas de las cuestiones indígenas en muchos países. Esta estrategia sólo puede ser viable si existe una firme determinación política, sobre todo por parte de los líderes del sector no indígena de la sociedad. Están asimismo claros otros elementos esenciales: la participación efectiva de los pueblos indígenas -preferiblemente en un pie de igualdad con los pueblos no indígenas- en los cuatro sectores de actividad recomendados es absolutamente fundamental para la "filosofía" que orienta todos los criterios del Relator Especial sobre esta cuestión.

310. Evidentemente sólo se ha hecho aquí un simple esquema de la nueva estructura institucional recomendada. Es mucho lo que queda por hacer para rellenar esta evidente laguna. Aunque el Relator Especial no carece de ideas acerca de cómo rellenar algunos de los fosos, ha considerado que lo mejor será que en una fase ulterior y alrededor de una mesa de negociación, las propias partes interesadas de los distintos países se ocupen de los detalles. La forma como se organice y conduzca el proceso negociador podría realmente ser la prueba definitiva de las ventajas que pueda ofrecer su recomendación y de la viabilidad de la estructura propuesta en un determinado contexto sociopolítico.

311. Para proponer las recomendaciones antes expuestas, el Relator Especial se ha beneficiado de las interesantísimas ideas sobre este mismo tema formuladas en el informe final (1996) de la Real Comisión sobre Pueblos Aborígenes, establecida por el Gobierno de Canadá 71/.

312. Aunque en general se considera que las cuestiones litigiosas consecutivas a tratados o a disposiciones constructivas que afecten a pueblos indígenas deben discutirse en el ámbito nacional, de todas formas también merece tomarse en consideración la dimensión internacional de los problemas que plantean los tratados.

313. Una cuestión fundamental es la relacionada con la conveniencia de un mecanismo judicial internacional que pueda entender las reclamaciones o quejas procedentes de pueblos indígenas, en particular las consecutivas a tratados y disposiciones constructivas que presenten aspectos internacionales.

314. El Relator Especial sabe que los Estados han expresado con frecuencia su reticencia acerca de que todas estas cuestiones vuelvan a ser abiertamente discutidas y se adopten decisiones al respecto en foros internacionales. En realidad, incluso podría estar de acuerdo con ellos en que ciertas cuestiones (por ejemplo, las disputas relativas a la aplicación y respeto a los tratados) sería más práctico que se examinaran y decidieran exclusivamente dentro de la jurisdicción doméstica hasta agotar todas las posibilidades de ésta.

315. De todas formas, considera que no debe desecharse de antemano la idea de los beneficios que podría aportar el establecimiento de un órgano internacional (por ejemplo, el propuesto foro permanente de poblaciones indígenas) que, en ciertas circunstancias y con previa autorización general o para temas particulares de los Estados interesados, tuviese poder para adoptar una decisión final en las disputas entre los pueblos indígenas que viven dentro

---

71/ Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples, Vol. 2, "Restructuring the relationship" Part One, Ottawa; Minister of Supply and Services, 1996.

de las fronteras de un Estado moderno y las instituciones no indígenas incluidas instituciones estatales.

316. En cualquier caso, el Relator Especial recomienda que lo antes posible se convoque un taller patrocinado por las Naciones Unidas y que entre dentro del marco del Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas, que lanzaría un debate bien informado sobre las ventajas e inconvenientes que podría tener el establecimiento de un órgano internacional como el propuesto.

317. Un último punto sobre el tema: al aumentar la inquietud internacional en lo que respecta a todos los derechos humanos y problemas afines, hay un elemento que está bien claro a juicio del Relator Especial: cuanto más eficaces y desarrollados estén los mecanismos nacionales de solución de conflictos sobre cuestiones indígenas, menos necesario será que se establezca un órgano internacional con ese mismo fin. También es cierto lo contrario: la inexistencia, el mal funcionamiento, el enfoque discriminatorio antiindígena o la ineficacia de las instituciones nacionales darán nuevos argumentos a las opciones internacionales. Este podría ser uno de los mejores argumentos a favor del establecimiento (o fortalecimiento) de unos canales internos adecuados y eficaces para la aplicación/respeto de los derechos indígenas y la solución de conflictos sobre cuestiones relacionadas con los indígenas.

318. Otra recomendación que considera que debe dirigirse a las instituciones estatales competentes en cuestiones indígenas es que, en el proceso de adopción de decisiones sobre temas de interés para los pueblos indígenas, apliquen y preparen (o sigan haciéndolo) las disposiciones de la legislación nacional y las normas e instrumentos internacionales de la forma que sea más favorable para los pueblos indígenas, pero, en particular, en los casos relativos a los derechos de los tratados. En todos los casos, en cuestiones de tratados/acuerdos/disposiciones constructivas, a la interpretación que haga la parte indígena del contenido de esos instrumentos se le concederá el mismo valor que a la interpretación de la parte no indígena sobre la misma cuestión.

319. El Relator Especial recomienda asimismo que las disposiciones de los tratados/acuerdos entre pueblos indígenas y Estados, siempre que existan se apliquen de buena fe en la mayor medida posible, desde una perspectiva de búsqueda de justicia y de reconciliación. En caso de que la propia existencia (o la validez actual) sea objeto de disputa, el reconocimiento formal de ese instrumento como punto jurídico de referencia en las relaciones entre el Estado y los pueblos en cuestión contribuirá en gran medida a un proceso de establecimiento de confianza que aporte beneficios considerables. A este respecto el Relator Especial recomienda encarecidamente que se concluya el proceso de ratificación de los tratados/acuerdos que ya estén totalmente negociados con los pueblos indígenas.

320. En el caso de las obligaciones establecidas en tratados bilaterales o multilaterales concertados por Estados y en los que pueblos indígenas sean partes terceras y puedan verse afectados por esos instrumentos, el Relator Especial recomienda que la parte estatal trate de obtener el consentimiento libre e informado de las partes indígenas antes de que traten de imponer las obligaciones en cuestión.

321. El Relator Especial recomienda además que las autoridades estatales no inicien o prosigan el desarrollo de proyectos que puedan causar daños al medio ambiente de tierras indígenas y/o afectar negativamente a sus actividades económicas tradicionales, sus ceremonias religiosas o su patrimonio cultural, sin que antes hayan encargado los adecuados estudios ecológicos que permitan determinar cuál va a ser el verdadero impacto negativo de esos proyectos.

322. Por último, en lo que respecta a las actividades relacionadas con cuestiones indígenas de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el Relator Especial recomienda:

- a) un incremento permanente y considerable en la plantilla de personal asignada a esas actividades;
- b) el establecimiento lo antes posible de una sección dentro del Registro de Tratados de las Naciones Unidas a la que se asigne la responsabilidad de localizar, acopiar, registrar, numerar y publicar todos los tratados concertados entre pueblos indígenas y Estados. En este proceso deberá concederse la debida atención a que haya acceso a la versión oral indígena de los instrumentos en cuestión;
- c) dentro del marco del Programa de Acción para el Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo y en la fecha más próxima posible, se convoquen tres talleres relativos a: el establecimiento de un mecanismo de solución de conflictos sobre cuestiones indígenas; las modalidades de compensar los efectos del proceso histórico de expoliación de la tierra sufrido por los pueblos indígenas; y la aplicación/respeto de los derechos indígenas en el contexto de los tratados;
- d) promover la creación de una página Internet dedicada exclusivamente a cuestiones indígenas y a las actividades de las Naciones Unidas relacionadas con los intereses de los indígenas.

-----



Conseil Économique  
et Social

Distr.  
GÉNÉRALE

E/CN.4/Sub.2/1999/20  
22 juin 1999

FRANÇAIS  
Original : ANGLAIS

COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME  
Sous-Commission de la lutte contre  
les mesures discriminatoires et  
de la protection des minorités  
Cinquante et unième session  
Point 7 de l'ordre du jour

DROITS DE L'HOMME DES PEUPLES AUTOCHTONES

Étude des traités, accords et autres arrangements constructifs  
entre les États et les populations autochtones

Rapport final de M. Miquel Alfonso Martínez,  
Rapporteur spécial

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Paragraphe</u> s	<u>Page</u>
Introduction . . . . .	1 - 33	2
I. QUELQUES PRÉMISSSES CLEFS . . . . .	34 - 92	8
II. RÉSUMÉ DES CONCLUSIONS . . . . .	93 - 167	18
A. Traités/accords entre peuples autochtones et États . . . . .	108 - 127	20
B. Autres arrangements constructifs . . . . .	128 - 146	23
C. Situations dans lesquelles les relations entre peuples autochtones et États ne font pas l'objet d'instruments juridiques bilatéraux spécifiques . . . . .	147 - 167	26
III. REGARDS SUR LE PRÉSENT : ORIGINE, DÉVELOPPEMENT ET CONSÉQUENCES DU PROCESSUS D'INTERNALISATION	168 - 244	28
IV. REGARD SUR L'AVENIR : CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS	245 - 322	41

### Introduction

1. Dans le volume V (Conclusions), propositions et recommandations <sup>1</sup> de sa très vaste Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones, M. Martínez Cobo a souligné l'importance capitale que présentent pour certains peuples et nations autochtones de divers pays et régions du monde les traités qu'ils ont conclus avec les États-nations d'aujourd'hui ou avec les pays qui exerçaient en leur temps des pouvoirs d'administrateurs coloniaux.

2. M. Martínez Cobo concluait qu'il convenait d'étudier à fond et avec soin les aspects qui se rapportent aux dispositions de ces traités et conventions, à leur application actuelle, au respect ou au non-respect de ces dispositions dans les faits et aux conséquences qui pourraient en résulter pour les peuples et nations autochtones concernés.

3. M. Martínez Cobo faisait en outre observer qu'en préparant une pareille étude, il était nécessaire de tenir compte des parties directement visées par ces traités et de leurs points de vue, ce qui obligeait à examiner une documentation volumineuse. Pour des raisons évidentes, c'était là une tâche que le Rapporteur spécial ne pouvait mener dans le cadre de sa propre étude.

4. C'est pourquoi M. Martínez Cobo recommandait qu'une étude approfondie, consacrée exclusivement à cette question, soit entreprise à la lumière des principes et des normes en vigueur dans ce domaine ainsi que des opinions et des données émanant des différentes parties en cause, en premier lieu des États et des nations et peuples autochtones qui avaient signé et ratifié les traités ou accords. À son avis, seule une étude approfondie permettrait de déterminer avec toute la précision voulue l'état actuel des instruments internationaux concernant les peuples autochtones <sup>2</sup>.

5. À l'initiative de son Groupe de travail sur les populations autochtones <sup>3</sup>, la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités a donné suite, à sa trente-neuvième session, à la recommandation de M. Martínez Cobo en adoptant la résolution 1987/17 en date du 2 septembre 1987, intitulée "Étude sur les traités conclus entre les populations autochtones et les États". Cette mesure était conforme à sa résolution 1984/35 A, en date du 30 août 1984, dans laquelle elle avait décidé de s'inspirer comme il convenait des conclusions, propositions et recommandations de M. Martínez Cobo pour ses travaux futurs sur la question de la discrimination à l'encontre des populations autochtones et pour les travaux de son Groupe de travail sur les populations autochtones.

6. Dans sa résolution 1987/17, la Sous-Commission a prié M. Miguel Alfonso Martínez d'établir à partir des opinions et des renseignements figurant dans le rapport de M. Martínez Cobo et des vues exprimées sur la question au Groupe de travail et à la Sous-Commission, un document analysant le plan général de l'étude ainsi que les sources d'informations juridiques, bibliographiques et autres à partir desquelles cette étude serait faite et de soumettre ce document à la Sous-Commission pour examen à sa quarantième session.

7. La Sous-Commission a également recommandé que la Commission des droits de l'homme recommande à son tour au Conseil économique et social d'autoriser

la Sous-Commission à nommer M. Alfonso Martínez rapporteur spécial chargé d'établir cette étude et de prier le rapporteur spécial de présenter à la Sous-Commission, à sa quarante et unième session (1989), un rapport préliminaire. Les recommandations contenues dans la résolution 1987/17 ont été soumises pour examen à la Commission des droits de l'homme à sa quarante-quatrième session (1988).

8. À sa quarante-quatrième session, la Commission a adopté sa résolution 1988/56 qui contenait une série de principes directeurs sur la question. Ces principes directeurs allaient constituer par la suite le mandat du Rapporteur spécial pour la présente étude.

9. Il convient de noter qu'en adoptant la résolution 1988/56, la Commission a considérablement élargi la portée de l'étude sur la question par rapport à ce qui était envisagé initialement dans la résolution 1987/17 de la Sous-Commission, recommandant que le Conseil économique et social autorise la nomination de M. Alfonso Martínez comme Rapporteur spécial de la Sous-Commission ayant pour mandat d'élaborer "le plan des buts, de la portée et des sources possibles d'une étude sur l'utilité potentielle des traités, accords et autres arrangements constructifs (non souligné dans le texte) entre les populations autochtones et les gouvernements aux fins d'assurer la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones".

10. Cependant, en adoptant la résolution 1988/56, la Commission a seulement autorisé le Rapporteur spécial à élaborer et à soumettre au Groupe de travail le plan d'une étude possible et ne l'a pas chargé d'entreprendre ladite étude, comme l'avait recommandé la Sous-Commission. En fait, elle s'est abstenue de donner cette autorisation au moins jusqu'en 1989 afin de pouvoir déterminer s'il était opportun de confier une telle étude au Rapporteur spécial.

11. Le 27 mai 1988, dans sa décision 1988/134, le Conseil économique et social a fait sienne la résolution 1988/56 de la Commission.

12. Le Rapporteur spécial a soumis le plan demandé <sup>4</sup> au Groupe de travail et à la Sous-Commission plus tard en 1988. Les deux organes ont approuvé le document. En outre, dans sa résolution 1988/20 en date du 1er septembre 1988, la Sous-Commission a demandé à la Commission et au Conseil économique et social d'autoriser pleinement le Rapporteur spécial à entreprendre l'étude dont il est question dans la résolution 1988/56 de la Commission.

13. À sa quarante-cinquième session, la Commission a adopté sans vote ni débat la résolution 1989/41 en date du 6 mars 1989 dans laquelle elle a approuvé toutes les recommandations sur la question que la Sous-Commission lui avait soumise dans sa résolution 1988/20. Ces recommandations ont donc été soumises pour approbation au Conseil économique et social à sa session de printemps de 1989.

14. Enfin, dans sa résolution 1989/77 en date du 24 mai 1989, le Conseil économique et social a confirmé la nomination de M. Alfonso Martínez en tant que Rapporteur spécial et l'a autorisé à établir l'étude.



15. Depuis lors, le Rapporteur spécial a présenté au Groupe de travail et à la Sous-Commission un rapport préliminaire <sup>5</sup> et trois rapports intérimaires <sup>6</sup>.

16. À sa quarante-neuvième session, dans sa décision 1997/110 en date du 22 août 1997, la Sous-Commission a demandé instamment au Rapporteur spécial de présenter son rapport final en temps voulu - de préférence avant la fin de 1997 - pour que celui-ci puisse être examiné par le Groupe de travail à sa seizième session et par la Sous-Commission à sa cinquantième session, en 1998. Le présent rapport final est soumis à l'examen des deux organes en application de la décision susmentionnée de la Sous-Commission.

17. En ce qui concerne le contenu du présent rapport final, il convient de rappeler d'abord que le Rapporteur spécial a proposé une structure en trois parties pour l'ensemble de l'étude :

- i) Dans la première partie devaient être examinées les origines de la pratique qu'est la conclusion de traités, d'accords et autres arrangements constructifs entre les peuples autochtones et les États, ce qui revenait à étudier le rôle de ces instruments dans l'histoire de l'expansion européenne outre-mer;
- ii) La deuxième partie devait être consacrée à une évaluation de l'importance de tels instruments à l'heure actuelle, y compris aux questions relatives à la succession des États, à la reconnaissance des traités au niveau national et aux vues des peuples autochtones sur ces questions;
- iii) La troisième partie devait contenir un examen de la valeur potentielle de tous ces instruments en tant qu'éléments régissant les relations futures entre les peuples autochtones et les États. À la fois la forme et la teneur de ces instruments, ainsi que les mécanismes qui pourraient être institutionnalisés à l'avenir afin d'assurer leur application devaient être examinés durant la phase finale de l'étude <sup>7</sup>.

18. Dans cette dernière partie de l'étude, il fallait manifestement tenir compte de la situation réelle dans laquelle se trouvent actuellement les peuples autochtones qui coexistent avec d'autres segments non autochtones de la société dans de nombreux États. C'est la précarité de leur existence dans presque toutes les régions où ils vivent qui suscite aujourd'hui - tout comme elle suscitait à l'époque, aussi bien lorsque M. Martínez Cobo a été chargé d'effectuer l'étude que lorsqu'il l'a réalisée - des préoccupations croissantes au sein de la communauté internationale.

19. En ce qui concerne les deux premières parties de l'étude, le Rapporteur spécial s'est dans une large mesure fondé dans son effort de recherche et d'analyse sur son plan initial.

20. Dans cette dernière phase des travaux consacrés par le Rapporteur spécial à l'élaboration de l'étude, une attention particulière sera accordée à la valeur potentielle de toutes les possibilités d'instaurer de nouvelles relations entre autochtones et non autochtones dans les sociétés

plurinacionales par le recours à des mécanismes tournés vers l'avenir et novateurs qui faciliteraient le règlement des conflits lorsque cela s'avérerait nécessaire.

21. Vu que le Rapporteur spécial travaille sur son étude depuis neuf ans et que le présent rapport final doit être conçu comme un document indépendant dans l'optique de sa parution en tant que publication des Nations Unies, il a fallu y incorporer certains éléments. C'est pourquoi, le Rapporteur spécial y récapitule brièvement les plus importantes conclusions provisoires formulées dans ses rapports intérimaires ainsi que le raisonnement sur lequel elles reposent, tel qu'il se présentait initialement (ou tel qu'il a évolué). Il y mentionne également les cas ou les situations générales clefs qui ont fait l'objet d'un examen détaillé dans lesdits rapports. Sans ces renseignements de base, il serait difficile de saisir pleinement le sens et l'utilité éventuelle des conclusions et recommandations figurant dans le présent rapport.

22. Par conséquent, le chapitre premier porte sur quatre principales questions : processus de sélection des cas revêtant un intérêt dans le cadre de la présente étude (ou élimination de ceux qui ont été jugés sans intérêt); notions de traité et de procédure de conclusion de traité; importance d'une pleine compréhension de l'évolution de la relation entre autochtones et non autochtones et de l'état actuel de cette relation; définition des concepts de "peuple autochtone" et de "minorité" et différenciation entre les deux. Au chapitre II, le Rapporteur spécial donne son point de vue sur trois situations juridiques choisies pour l'intérêt qu'elles revêtent dans l'optique des objectifs de la présente étude, en mettant l'accent sur les situations/cas précis qu'il a décidé d'examiner en raison de leur évolution sur le plan juridique/institutionnel. Le chapitre III décrit les diverses manifestations du processus général d'"internalisation" des affaires "indigènes" à phases et le met en relation avec la situation actuelle des communautés autochtones. Enfin, au chapitre IV, le Rapporteur spécial récapitule les différents éléments contenus dans les précédents chapitres et formule ses conclusions et recommandations quant à ce qui pourrait constituer, selon lui, une démarche constructive pour l'avenir.

23. Il y a lieu enfin de faire une dernière observation sur la teneur du rapport. Le Rapporteur spécial est tout à fait conscient qu'il est, en dernier ressort, le seul responsable du contenu des conclusions et des recommandations figurant dans la présente étude. Néanmoins, il est aussi conscient que toute oeuvre humaine peut comporter des défauts et des lacunes et ne peut donc que bénéficier de critiques constructives.

24. Dans ce contexte, on ne soulignera jamais assez que, pour de nombreux aspects et cas examinés, le résultat final de ces longues années d'efforts, tel qu'il ressort du présent document, est le fruit du travail de recherche (y compris sur le terrain), de l'expérience personnelle et professionnelle et, en particulier, l'approche adoptée vis-à-vis des sources disponibles par deux personnes seulement : le Rapporteur spécial lui-même et sa consultante, Mme Isabelle Schulte-Tenckhoff - à laquelle il tient encore une fois à exprimer sa gratitude pour sa précieuse collaboration.

25. Le Rapporteur spécial est donc ouvert à toutes les remarques critiques qui pourraient être formulées - non seulement par ses collègues mais aussi,

et en particulier, par les peuples autochtones et les gouvernements qui n'ont pas répondu à son questionnaire - au cours du débat qui sera consacré au rapport final durant les sessions que le Groupe de travail et la Sous-Commission tiendront en 1999. Toutes les contributions faites par ce biais seront dûment prises en compte en tant qu'éléments d'appréciation additionnels qui pourraient être incorporés au présent rapport avant sa parution sous forme de publication officielle des Nations Unies.

26. Le Rapporteur spécial tient à exprimer dans le présent rapport final sa gratitude à tous les gouvernements qui ont répondu au questionnaire qu'il leur a envoyé en 1991 et 1992 et, en particulier, aux Gouvernements australien et canadien pour leur réponse complète et la précieuse documentation qu'ils lui ont fournie de leur propre initiative ou à sa demande. Il remercie en outre les Gouvernements canadien, guatémaltèque, néo-zélandais, espagnol, ainsi que les Gouvernements des États-Unis et de Fidji d'avoir facilité les travaux de recherche menés sur le terrain ou de leur participation aux activités relatives aux questions concernant les autochtones dans leurs pays respectifs.

27. Le soin minutieux et l'efficacité avec lesquels les autorités néo-zélandaises ont préparé et coordonné le programme d'activités du Rapporteur spécial au cours de la visite de travail officielle qu'il a effectuée en Nouvelle-Zélande en mai 1997 et le fait que les plus hauts responsables de ce pays (par exemple les ministres des affaires étrangères et de la justice) aient trouvé le temps de le recevoir personnellement et de s'entretenir avec lui des questions concernant le peuple maori méritent d'être mentionnés.

28. La présente étude n'aurait pas pu être effectuée sans la coopération de nombreux peuples, organisations et autorités autochtones qui ont apporté au Rapporteur spécial non seulement leurs précieuses contributions (témoignages oraux et écrits, documents et différentes formes de soutien logistique indispensable), mais aussi des encouragements constants dans ses efforts.

29. Au risque de commettre des omissions regrettables, le Rapporteur spécial tient à mentionner l'appui fourni par les organisations et organes institutionnels autochtones suivants : American Indian Law Alliance, Four Nations of Hobbema, Fund of the Four Directions, Grand Conseil de la Confédération iroquoise, Consejo de Todas las Tierras de la Nación Mapuche, Grand Conseil des Cris du Québec, Fundación Rigoberta Menchú, Conseil international des traités indiens, Assemblée des premières nations (Canada), Western Shoshone National Council (États-Unis), Maaori Legal Services, Teton Sioux Treaty Council, Ka'lau'i Hawaii, Organisation internationale de développement des ressources indigènes, OXFAM et Centre de documentation de recherche et d'information des peuples autochtones (Genève).

30. Le Rapporteur spécial souhaite exprimer sa gratitude aux autorités (sages, *lonkos*, grands chefs et chefs, chefs de village et conseillers) de différents peuples/nations autochtones ou aux dirigeants de leurs organisations, dont Rigoberta Menchú Tum (nation maya), feu Oren Lyons (nation onondaga), Matthew Coon Come et Ted Moses (Cris du Québec), Tony Blackfeather (Teton Sioux/nation Lakota), J. Wilton Littlechild (Quatre nations de Hobbema/Canada), Domingo Cayuquo, Manuel Antilao, Jorge Pichinual, Juana Santander et Aucan Huilcamán (nation mapuche), Ovide Mercredi (Assemblée

des premières nations/Canada), Cherrilene Steinhauer et Carl Queen (Première nation de Saddle Lake/Canada), Wallace Fox (Première nation d'Onion Lake/Canada), Daniel Sansfrere, Michael Nadli, Felix Lockhart, Pat Martel, Jonas Sangri, René Lamothe, Gérald Antoine et François Paulette (Nation dene/Canada), Sharon Venne (Cris de lubicon-Première nation Joseph Bighead-Nations signataires du Traité No 6/Canada), Juan León (nation maya), feu Ingrid Washinawatok (Fund of the Four Directions), Ken Deer (nation mohawk), Lázaro Pari (nation aymarâ), Bill Means, Antonio González, Jimbo Simmons et Andrea Carmen (Conseil international des traités indiens), Mililani Trask (Hawaii), Al Lameman (Beaver Lake Tribal Administration), Kent Lebsock (American Indian Law Alliance), R. Condori (Consejo Indio de Suramérica), Pauline Tiangora, Naniko, Aroha Pareake Meade, Moana Jackson, Margaret Mutu, Sir Tipene O'Regan, Sir R.T. Mahuta, Moana Erickson et Shane Solomon (Aotearoa/Nouvelle-Zélande) et Leif Dunfield (nation sami). Toutes ces personnalités ont fourni au Rapporteur spécial des renseignements et un éclairage extrêmement précieux sur leurs peuples/nations et organisations respectifs.

31. Le Rapporteur spécial tient aussi à exprimer sa gratitude à d'autres personnalités aussi bien autochtones que non autochtones - dont les travaux sur différents aspects de la problématique des autochtones font autorité et qui sont généralement actifs au sein de l'ONU; leurs connaissances, leur expérience pratique et/ou leurs critiques judicieuses et constructives l'ont beaucoup aidé dans sa tâche.

32. Gudmundur Alfredsson (à la fois lorsqu'il collaborait avec le Centre pour les droits de l'homme et en sa capacité de chercheur spécialisé dans la question), Augusto Willemsen Díaz, le juge E. Durie (Président du tribunal de Waitangi), Mario Ibarra, Jacqueline Duroure, feu Andrew Gray, Paul Coe, Renate Dominick, Robert Epstein, Floriencina Roulet, Sir Paul Reeves, Anthony Simpson, Alberto Saldamando et les professeurs Vine Deloria, Héctor Díaz Polanco, Michael Jackson, Gaston Lyon, Glenn Morris, C.M. Eya Nchama, Douglas Sanders, Mason Durie, Jim Anaya, José Bengoa (collègue du Rapporteur spécial au sein de la Commission) et feu Howard Berman méritent sa vive gratitude pour leur précieuse contribution. Aucun d'entre eux bien sûr n'assume la moindre responsabilité pour les éventuelles erreurs dans les différents rapports intérimaires ou dans le présent rapport final qui conclut l'étude.

33. Enfin et surtout, à tous ceux qui ont fait partie de la petite équipe spéciale que le Centre pour les droits de l'homme ou le Haut-Commissariat aux droits de l'homme a chargée des questions concernant les autochtones, le Rapporteur spécial tient à exprimer sa sincère gratitude pour l'assistance spécialisée et l'appui logistique qu'ils lui ont fourni et la patience dont ils ont fait preuve. La diligence et l'extrême professionnalisme avec lequel ils se sont si efficacement acquittés de leurs fonctions dans le cadre de cette étude (parfois dans des conditions extrêmement éprouvantes) sont simplement exemplaires. À cet égard, leur chef, M. Julian Burger, et Mme Miriam Zapata, son efficace collègue, ont, au cours des ans, gagné le respect du Rapporteur spécial.

## I. QUELQUES PRÉMISSSES CLEFS

34. Vu la vaste portée géographique, dans le temps et juridique de la présente étude <sup>8</sup>, le Rapporteur spécial a décidé d'emblée de limiter l'analyse détaillée à un nombre restreint de cas représentatifs classés en fonction de cinq situations juridiques : i) traités conclus entre des États et des peuples autochtones; ii) accords entre des États ou d'autres entités et des peuples autochtones; iii) autres arrangements constructifs conclus avec la participation des peuples autochtones concernés; iv) traités conclus entre États et contenant des dispositions ayant une incidence sur les peuples autochtones en tant que tierces parties; et v) situations concernant les peuples autochtones qui ne sont pas parties à l'un des différents types d'instruments susmentionnés ni l'objet de tels instruments <sup>9</sup>.

35. Il convient de rappeler que du point de vue géographique, le Rapporteur spécial considère que son mandat est universel, englobant "toute partie du monde où de tels instruments ont une existence confirmée, dans le passé ou à l'époque contemporaine" ou toute partie du monde où "il peut encore s'en concevoir dans l'avenir grâce à un processus de négociation et de coopération" <sup>10</sup>.

36. En conséquence, un vaste éventail de cas issus de toutes les régions du monde ont été examinés sous l'angle des cinq situations juridiques susmentionnées, y compris les cas concernant les États-Unis et le Canada (Iroquois, Mikmaq, cinq tribus dites civilisées, Shoshones, Lakotas, Autochtones signataires du Traité No 6, Cris de James Bay [Québec], nations autochtones de Colombie britannique et de Californie, Cris de lubicon), la région du Pacifique (Maoris, Hawaii, Polynésie française), l'Amérique latine (Kuna Yalas, Mapuches, Yanomamis, Mayas), les aborigènes et insulaires d'Australie, le territoire autonome du Groenland, et quelques cas en Afrique et en Asie (Birmanie/Myanmar, rôle des compagnies à charte européenne en Asie du Sud et en Afrique de l'Ouest, les Sans du Botswana, les Ainous du Japon et les peuples autochtones de Sibérie).

37. Il convient de rappeler à cet égard que le Rapporteur spécial a procédé à certains choix en ce qui concerne les principes directeurs établis pour l'ensemble de la recherche <sup>11</sup>. Ces principes directeurs ont été dûment pris en compte tout au long de l'étude.

38. Pendant ses travaux, eu égard aux nombreux cas/situations étudiés, le Rapporteur spécial en est venu à réexaminer l'intérêt que revêtent pour le rapport final les cinq catégories juridiques énumérées au début du présent chapitre.

39. Deux de ces catégories, à savoir les accords, dans la mesure où ils peuvent être fondamentalement différents des traités, et les traités entre puissances non autochtones touchant les peuples autochtones en tant que tierces parties, auront une incidence limitée sur les conclusions et recommandations qui seront formulées dans le présent rapport final.

40. S'agissant, tout d'abord, de la question des accords, le Rapporteur spécial a déjà souligné la nécessité d'une approche au cas par cas, car "ce n'est pas parce que les parties à un instrument juridique ont décidé d'appeler

cet instrument 'accord' que celui-ci diffère en quoi que ce soit, sur le plan juridique, de ceux appelés 'traités' " <sup>12</sup>. Cette conception est conforme au droit traditionnel incorporé au droit international contemporain par la Convention de Vienne sur le droit des traités <sup>13</sup>.

41. Par conséquent, le Rapporteur spécial a choisi un certain nombre de critères qu'il utilisera pour déterminer si l'instrument examiné doit être considéré comme un "accord" ou comme un "traité". Ces critères se résument dans les questions de savoir quelles sont les parties à l'instrument, quelles sont les circonstances qui ont entouré sa conclusion et quel est son sujet <sup>14</sup>.

42. Les critères en question ont été appliqués dans l'analyse de deux instruments, l'Accord de Panglong du 12 février 1947 (Birmanie/Myanmar), qui a été abrogé ultérieurement par l'État partie <sup>15</sup> et l'Accord du 20 août 1788 entre le Capitaine Taylor, représentant la Couronne britannique, et les chefs de la Sierra Leone, qui ne constitue pas un instrument de droit international pertinent pour l'étude <sup>16</sup>.

43. Certains éléments ayant trait à d'autres situations ou cas contemporains qualifiés d'"accords" - en particulier dans le contexte canadien - seront examinés au chapitre III du présent rapport.

44. Deuxièmement, en ce qui concerne l'intérêt que présentent pour l'étude les traités bilatéraux et multilatéraux liant des puissances non autochtones mais touchant les peuples autochtones en tant que tierces parties, il convient de souligner que, faute de temps et de ressources, le Rapporteur spécial n'a pas pu vérifier sur place l'utilité pratique de ces instruments pour les peuples autochtones et d'examiner plus avant la documentation connexe.

45. Cela dit, au moins un instrument déjà examiné dans le premier rapport intérimaire <sup>17</sup> garde manifestement tout son intérêt; il s'agit de ce qu'on a appelé le codicille sur les Lapons se rapportant au traité frontalier de 1751 entre la Suède et la Finlande, d'une part, et le Danemark et la Norvège, de l'autre. Ce codicille n'a jamais été abrogé et, s'agissant des droits des Lapons, continue de faire l'objet d'interprétations juridiques dans le contexte des négociations bilatérales (Suède/Norvège).

46. À cet égard, il convient de souligner le rôle du Parlement sami à la fois en Norvège et en Suède - mais en particulier en Norvège où il semble exercer une plus grande influence qu'en Suède - et sa contribution potentielle à l'interprétation du codicille.

47. En outre, en ce qui concerne en particulier la Convention de l'OIT (No 169) de 1989 concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants, il reste à voir dans quelle mesure les peuples autochtones ont un quelconque accès direct (ou une éventuelle participation effective) au processus de ratification de cet instrument par les États dans lesquels ils vivent. Il convient de noter qu'à ce jour seul un nombre très restreint d'États concernés ont ratifié cet instrument.

48. Bien que plusieurs organisations autochtones aient exprimé leur appui à la Convention (par exemple la Conférence circumpolaire inuit, le National

Indian Youth Council et le Conseil Same), cet appui est loin d'être unanime. L'opposition de différentes organisations autochtones se trouvant au Canada à cet instrument en est la preuve. Dans ce pays, par exemple, les peuples autochtones - ainsi que les différents segments de la profession juridique - ne sont pas tous en faveur de la ratification de la Convention car ses dispositions semblent être en retard par rapport aux normes nationales actuellement en vigueur. Dans d'autres pays, où la législation concernant les peuples autochtones - ou même la main-d'oeuvre autochtone - est moins avancée, ces peuples peuvent voir les choses autrement. En conséquence, en l'espèce aussi, une démarche au cas par cas est nécessaire.

49. Il s'ensuit que la question des traités touchant les peuples autochtones en tant que tierces parties peut continuer de revêtir un intérêt pour l'étude en ce sens que ces traités sont encore en vigueur et dans la mesure où les peuples autochtones participent déjà - ou pourraient participer à l'avenir - à l'application de leurs dispositions. En ce qui concerne les dix instruments retenus précédemment aux fins de l'analyse <sup>18</sup>, mis à part le codicille sur les lapons, plusieurs autres, notamment le Traité Jay de 1794 et le Traité de Guadalupe-Hidalgo de 1848 qui revêtent tous deux en apparence un intérêt particulier pour les nations autochtones vivant le long des frontières des États-Unis avec le Canada et le Mexique respectivement, mériteraient un examen plus approfondi.

50. En conséquence, les conclusions et recommandations qui seront formulées dans le présent rapport se rapporteront principalement à trois des cinq situations juridiques originales déjà répertoriées : à savoir i) l'existence confirmée de traités/accords entre les peuples autochtones et les États; ii) l'absence d'instruments juridiques bilatéraux précis régissant les relations entre les peuples autochtones et les États et iii) les situations relatives à la question des "autres arrangements constructifs".

51. S'agissant du rôle de ces arrangements constructifs, le Rapporteur spécial note que les activités menées actuellement au niveau national par exemple au Mexique, au Canada et au Guatemala dans des contextes sociaux et politiques différents mettent en évidence quelques-uns des problèmes fondamentaux qu'il a été amené à soulever dans l'exercice de son mandat, notamment la question des droits collectifs des peuples autochtones dans les sociétés pluriethniques contemporaines et le besoin dans ce contexte de mécanismes de règlement des conflits mutuellement convenus <sup>19</sup>.

52. Toujours en ce qui concerne les trois situations évoquées plus haut, il convient de souligner que les notions de traité et de conclusion de traité (prises au sens le plus large du terme) ont, de l'avis du Rapporteur spécial, besoin d'être approfondies.

53. Le Rapporteur spécial estime qu'il faut éviter d'être prisonnier de la terminologie existante. Cela n'enlève cependant rien à l'utilité des conclusions qui seront tirées d'une historiographie non eurocentriste des traités et accords entre les peuples autochtones et les États et du statut correspondant de ces peuples en droit international - historiographie à laquelle le Rapporteur spécial a consacré une section clef de son deuxième rapport intérimaire <sup>20</sup>. Fondamentalement, la question comporte deux aspects.

54. S'agissant de l'aspect prospectif de la présente étude - qui concerne les enseignements à tirer de l'étude quant aux possibilités de négocier des traités et d'autres instruments juridiques consensuels et mécanismes pratiques pour améliorer dans le futur les relations entre les peuples autochtones et les États - une définition étroite des notions de "traité" et de "conclusion de traité" entraverait ou viderait de sa substance toute réflexion novatrice dans ce domaine. Or c'est précisément d'une réflexion novatrice qu'on a besoin pour surmonter les problèmes difficiles auxquels se heurtent actuellement de nombreux peuples autochtones.

55. Deuxièmement, une définition étroite des notions de traité et de conclusion de traité entraverait (ou rendrait même impossible) toute tentative pour rendre compte fidèlement des vues des autochtones sur cette question, rien qu'en raison de l'argument fréquent selon lequel les peuples autochtones ne sont pas des États au sens courant du terme en droit international, en dépit de leur statut généralement reconnu en tant qu'entités souveraines au regard du droit des nations.

56. Il convient de réaffirmer qu'il serait tout aussi erroné de croire que les peuples autochtones ne saisissent pas comme il convient la nature, les formalités et les implications des traités et de la procédure de conclusion de traités. Certains experts affirment cependant que les peuples autochtones ne comprennent rien aux principes et aux "codes" inhérents à de tels instruments. Or, aussi bien les sources biographiques que les témoignages directs recueillis par le Rapporteur spécial au sein de communautés autochtones apportent amplement la preuve du contraire.

57. Le Rapporteur spécial a été amené à noter dès le début de ses efforts qu'en tant que concept et pratique, la conclusion d'accords internationaux - c'est-à-dire des accords entre entités souveraines, que celles-ci portent le nom de nations, de "tribus" ou toute autre appellation, étaient très répandus parmi les peuples autochtones des Amériques, d'Aotearoa/Nouvelle-Zélande et d'autres régions, avant l'arrivée des colons européens et le sont encore aujourd'hui.

58. En outre, pendant les recherches menées sur le terrain, de nombreux interlocuteurs autochtones (de différents continents) ont systématiquement signalé au Rapporteur spécial qu'à maintes occasions au cours de négociations les parties non autochtones n'avaient pas jugé bon de dûment informer leurs homologues autochtones (c'est-à-dire les ancêtres desdits interlocuteurs) du motif et de l'objet de l'accord qui était souvent rédigé uniquement en langue européenne puis traduit oralement. Les difficultés linguistiques qui en avaient résulté pour les parties autochtones les avaient souvent empêchés de saisir pleinement la véritable nature et l'étendue des obligations qu'ils avaient à assumer aux termes de la version non autochtone dudit accord (ou d'une reconstruction de ses dispositions). Cette situation ne pouvait manifestement pas déboucher sur une acceptation libre et en connaissance de cause par les parties autochtones de l'accord issu de ces négociations. Il s'ensuit par conséquent que ces instruments seraient extrêmement difficiles à défendre devant tout tribunal digne de ce nom.



59. Le Rapporteur spécial considère que ces récits rendent compte - notamment dans le cas de la cession de territoires par des parties autochtones - du déroulement des événements, compte tenu, en particulier, du caractère intrinsèquement inaliénable des terres en cause et des situations historiques dans lesquelles se sont retrouvées de nombreuses nations autochtones.

60. Charles Alexandrowicz, qui a, lui aussi, abordé la question des principes fondamentaux régissant la conclusion de traités et les "codes" inhérents à cette procédure, a démontré en s'appuyant sur l'exemple des premiers traités africains conclus avec des puissances européennes (ou même avec leurs successeurs) que les deux parties avaient, certes, chacune sa façon d'appréhender les concepts de pouvoir de royauté et d'autres questions d'organisation politique, mais qu'elles se sont rarement montrées incapables de trouver un terrain d'entente à propos des principes en question.

61. Parmi les principes fondamentaux communs régissant la conclusion de traités figurent la nécessité de procéder aux négociations par le biais de représentants dûment mandatés, la nécessité de parvenir à un accord de base sur le contenu du traité, l'adhésion à certains concepts concernant la nécessité de faire ratifier l'instrument et le caractère obligatoire de tout accord ayant fait l'objet de négociations officielles.

62. Il convient toutefois de noter qu'il n'existe, à ce jour, aucune étude complète menée du point de vue des autochtones sur plusieurs aspects importants des traités et de la procédure de conclusion de ce type d'instrument. Bien qu'une telle étude relève tout à fait du mandat du Rapporteur spécial, faute de ressources suffisantes, il n'a pas été possible de la réaliser. Néanmoins - conformément aux recommandations de M. Martínez Cobo - le Rapporteur spécial s'est efforcé, chaque fois qu'il a pu, de tenir dûment compte des connaissances et de la mémoire institutionnelle des autochtones en ce qui concerne l'histoire des traités et de la procédure de conclusion de traités, ainsi que des enseignements que les peuples autochtones eux-mêmes tirent de ces connaissances dans l'optique d'une redéfinition de leurs relations avec les autorités des pays où ils vivent actuellement.

63. D'un point de vue plus théorique, on pourrait faire valoir que le principe de réciprocité représente un aspect de la procédure de conclusion de traités commun à différentes cultures. À l'appui de cette affirmation il y a, entre autres, la conception que différentes communautés autochtones parties à des traités perpétuent en ce qui concerne la nature fondamentale de la relation conventionnelle.

64. La manière dont les autochtones appréhendent au Canada certains des traités numérotés - qui sont devenus facilement accessibles grâce aux travaux de recherche publiés récemment - en est un exemple parmi d'autres <sup>21</sup>. Dans le cadre des travaux de la Commission royale sur les peuples autochtones, un nombre important de textes rendant compte d'interprétations de traités par des autochtones ont été présentés. Malheureusement, le Rapporteur spécial n'a pas eu l'occasion d'étudier ces textes d'une manière approfondie. Il n'y a cependant aucun doute quant à leur importance aussi bien pour l'appréhension

des situations concernant les autochtones au Canada que dans l'optique des conclusions du présent rapport final.

65. Une dernière remarque sur la question générale de la problématique des traités : le Rapporteur spécial n'a pas pu examiner d'une manière approfondie tous les liens possibles entre cette problématique et la question générale des "droits de l'homme individuels des autochtones". Manifestement, c'est là un concept complètement différent de celui de "droits des peuples autochtones", qui a une plus vaste portée et qui englobe, en fait, les droits individuels des autochtones.

66. En ce qui concerne le contenu du présent rapport final et eu égard aux tâches qui incombent au Rapporteur spécial au titre de son mandat, le processus d'"internalisation" de toutes les questions intéressant les peuples autochtones revêt une importance particulière et nécessite de toute évidence d'être analysé plus avant et exposé plus en détail en cette phase finale des travaux du Rapporteur spécial. Un examen approfondi de l'origine de ce processus est nécessaire si l'on veut saisir pleinement certains aspects juridiques et socioéconomiques cruciaux de la situation des peuples autochtones tels qu'ils se manifestaient dans les anciennes colonies de peuplement européennes (et au sein des États qui leur ont succédé) au moment où le processus a commencé, ainsi que tel qu'ils se présentent actuellement dans les États plurinationaux concernés d'Amérique latine, d'Afrique, d'Asie, du Pacifique et d'Europe du Nord. En conséquence, cette question sera examinée par le menu au chapitre III du présent rapport final qui est consacré aux conclusions.

67. D'autre part, il ne faut pas confondre le processus d'"internalisation" des affaires autochtones et processus d'accès à l'indépendance de décolonisation des pays d'Amérique latine, d'Afrique, d'Asie et du Pacifique (qui est une question complètement différente) dès lors qu'il soulève une autre question extrêmement pertinente, celle de savoir s'il convient de parler d'"autochtonité" dans le cas de "peuples opprimés par un État", y compris des minorités dans le contexte particulier des États contemporains d'Afrique, d'Asie et du Pacifique.

68. Dans lesdits États, la décolonisation a été à l'origine d'un changement radical dans la notion d'"autochtone". Ce changement était dû à un nouveau contexte politique, dont la manifestation la plus visible était l'émergence d'un grand nombre de nouveaux États conformément aux règles du droit international contemporain. Aussi le Rapporteur spécial considère-t-il d'un point de vue théorique qu'il est nécessaire de rétablir une nette distinction entre les peuples autochtones et les minorités nationales ou ethniques. Cette distinction ne doit pas bien sûr être interprétée comme impliquant une non-reconnaissance des droits collectifs de ces minorités en tant que communautés distinctes.

69. À cet égard, il convient de noter qu'en 1991, alors qu'il venait d'entamer ses travaux et qu'il s'employait à définir des orientations pour l'ensemble de l'étude, le Rapporteur spécial a décidé d'établir une nette distinction entre les "minorités" et les "peuples autochtones"<sup>22</sup>. En outre, il convient de garder à l'esprit que conformément aux critères que le Rapporteur spécial a définis en 1995 dans le cadre du plan qu'il a fixé pour ses travaux

futurs, l'accent devait être mis pendant la dernière phase de l'étude "sur les cas et situations où la catégorie 'peuple autochtone' est déjà établie de façon indubitable" tant d'un point de vue historique que contemporain <sup>23</sup>.

70. Les années de recherche et de réflexion dans différents organes des Nations Unies, en particulier à la Commission des droits de l'homme et à la Sous-Commission, n'ont pas permis d'aboutir à une définition généralement acceptée du terme "minorité" ou de certains qualificatifs tels que "ethnique" ou "national" qui sont souvent associés à ce terme.

71. Quant à la "définition pratique" du concept de "peuples autochtones" formulée par M. José Martínez Cobo dans la dernière partie de son étude, son importance tient au fait que ses conclusions ont été considérées comme "une base de travail acceptable" par la Commission et ses organes subsidiaires.

72. Néanmoins - et c'est là un argument qui a été invoqué auparavant dans les rapports intérimaires qui ont précédé la présente étude - dans sa tentative pour appliquer cette "définition pratique" à tous les cas portés à son attention pendant son mandat, M. Martínez Cobo a eu tendance à amalgamer des situations qui devraient être, selon le Rapporteur spécial, distinguées les unes des autres, compte tenu des différences intrinsèques qui les séparent.

73. Ces différences reposent sur plusieurs facteurs historiques qui font qu'il est nécessaire de distinguer clairement entre l'expansion territoriale des nations autochtones vers des régions voisines et la colonisation systématique par les puissances européennes de peuples habitant depuis des temps immémoriaux dans des territoires situés sur d'autres continents.

74. Une des préoccupations particulières du Rapporteur spécial dans le cadre de la présente étude tient au fait que selon la pratique actuelle de l'Organisation des Nations Unies et conformément aux normes et aux instruments juridiques internationaux en vigueur, les efforts visant à assurer une protection internationale effective des droits des minorités restent dans une très large mesure axés exclusivement sur les droits individuels. En outre, cette question de portée globale est essentiellement abordée en tant que sujet relevant de la juridiction interne des États, ce qui exclut toute autre approche.

75. Or, les peuples autochtones attachent, à juste titre, une importance considérable à la reconnaissance, à la promotion et la réalisation de leurs droits collectifs, c'est-à-dire leurs droits en tant que groupes sociaux. De même, ils cherchent à établir dans la mesure du possible des mécanismes internationaux pour le règlement des conflits qui les opposent aux autorités étatiques, en particulier des conflits concernant les droits reconnus dans des instruments dont le statut international est établi, tels que les traités, ou obtenus par le biais de tels instruments.

76. En conséquence, le Rapporteur spécial a déjà exprimé le point de vue selon lequel même si les peuples autochtones constituent numériquement des minorités dans plusieurs États, ils ne sont pas des minorités selon l'usage de l'Organisation des Nations Unies et dans l'optique des mesures concrètes que

peut prendre l'ONU <sup>24</sup>. Inversement, les minorités ethniques et/ou nationales ne sont pas considérées comme des "peuples autochtones" dans le contexte des Nations Unies.

77. Il convient de signaler que la politique de l'ONU sur la question est bien établie, surtout depuis 1994, date à laquelle, en vertu d'une décision adoptée par le Conseil économique et social sur recommandation de la Commission des droits de l'homme et de la Sous-Commission, a été créé un Groupe de travail sur les minorités sous l'égide de la Sous-Commission <sup>25</sup>.

78. Dans le cadre de sa réflexion sur les concepts, le Rapporteur spécial a aussi été amené à souligner que dans les contextes de l'Afrique et de l'Asie, la problématique des communautés autochtones se confond rarement avec celle de la relation conventionnelle <sup>26</sup> - encore que le cas des Massaïs, entre autres, puisse constituer une exception justifiant un examen plus poussé, compte tenu de leur rôle dans les négociations pour l'indépendance du Kenya.

79. Il n'en reste pas moins vrai cependant que des communautés qui pouvaient être considérées dans le contexte de l'étude de M. Martínez Cobo comme des autochtones compte tenu de leur mode de vie et de leur habitat - mais abstraction faite d'autres facteurs, tels que leur "autochtonité" d'aujourd'hui comparée à "l'autochtonité" d'autres communautés coexistant avec eux à l'ère postcoloniale sur les territoires de la quasi-totalité des États que comptent les continents africain et asiatique - n'étaient généralement partie à aucun traité ou accord, que ce soit avec les puissances coloniales ou avec les États qui leur ont succédé à l'indépendance <sup>27</sup>.

80. Il convient de souligner toutefois que le Rapporteur spécial n'a pas été en mesure de se rendre compte de tous les chevauchements et contradictions possibles dans chacune des questions inhérentes aux traités et dans la problématique générale des peuples autochtones dans les contextes africain et asiatique.

81. En outre, il peut être affirmé à juste titre à ce propos que la persistance de zones tribales "protégées" en Afrique et en Asie (en particulier dans les régions qui faisaient naguère partie de l'empire colonial britannique, par exemple en Inde et en Afrique australe) soulève plusieurs problèmes précis - en particulier dans le contexte des travaux de certaines organisations internationales, telles que l'Organisation internationale du Travail et l'Organisation des États américains - qui ont contribué à la confusion qui existe autour de la question de la dichotomie minorités/peuples autochtones, bien que la distinction entre eux soit claire et bien établie.

82. Compte tenu des importantes lacunes existant en la matière, le Rapporteur spécial a été amené à fixer quelques règles de base provisoires, notamment en ce qui concerne le statut et la situation des peuples autochtones qui ne sont jusqu'à présent partie à aucun instrument juridique bilatéral officiel et consensuel.

83. Il convient de rappeler que de nombreux représentants de ce que l'on a appelé les groupes/minorités/peuples opprimés d'Afrique et d'Asie ont saisi le Groupe de travail sur les populations autochtones faute d'avoir pu soumettre

leurs griefs à une autre instance. L'Organisation des Nations Unies s'emploie actuellement à remédier à cette situation grâce à la mise en place d'un Groupe de travail sur les minorités.

84. Il s'ensuit que si leur situation particulière mériterait de faire l'objet d'un examen d'ensemble dans le cadre des activités que consacre l'ONU aux questions générales que sont la prévention de la discrimination et la protection des minorités, un tel examen est d'une utilité accessoire ou très restreinte voire sans intérêt dans un contexte contemporain où il est question de traités/accords et d'arrangements constructifs entre les peuples autochtones et les États - y compris de leur rôle dans l'optique d'accords futurs entre autochtones et non-autochtones - notamment dans le cadre de la présente étude compte tenu des tâches qui incombent au Rapporteur spécial en vertu du mandat qui lui a été confié dans la résolution 1988/56 de la Commission des droits de l'homme.

85. Dans cette phase finale de l'étude, comme expliqué précédemment, l'accent sera donc mis uniquement sur les situations où, de l'avis du Rapporteur spécial, l'appartenance du groupe concerné à la catégorie des "peuples autochtones" a été établie d'une manière qui ne fait aucun doute.

86. En ce qui concerne cette importante question, le Rapporteur spécial considère qu'il est de son devoir de signaler que - comme il fallait s'y attendre - le contenu de cette dernière partie (par. 66 à 85 ci-dessus) du chapitre I de son rapport final a suscité des réactions critiques de la part de plusieurs participants à la seizième session du Groupe de travail en 1998 lorsque le présent rapport a été distribué dans sa version non éditée (et en anglais seulement) en tant que document de travail. Aussi bien dans les déclarations qu'ils ont faites au cours du débat sur la question que dans les conversations à l'extérieur de la salle de réunion, ainsi que dans les communications qu'ils ont envoyées par la suite, différents participants originaires d'Asie et d'Afrique ont exprimé au Rapporteur spécial leur désaccord total avec le contenu des paragraphes susmentionnés.

87. Comme il s'était engagé à le faire à la fin du débat qui s'était déroulé durant la seizième session du Groupe de travail (voir document E/CN.4/Sub.2/1998/16, par. 102), le Rapporteur spécial a minutieusement examiné les observations qui avaient été faites, en particulier celles qui figuraient dans les communications écrites. Abstraction faite de certaines accusations inacceptables (car non étayées) - telles que celles consistant à voir dans sa conception et son approche méthodologique de la question de la survivance de "valeurs coloniales, voire racistes" - le Rapporteur spécial est arrivé à la conclusion que les arguments invoqués ne sont pas suffisants pour l'amener à modifier les opinions fondamentales exprimées dans les paragraphes susmentionnés du rapport qu'il a toutes maintenues intégralement dans la présente étude.

88. La réaffirmation de cette position est fondamentalement justifiée car aucune des communications qu'il a reçues ne contenait le moindre contre-argument sérieux permettant de réfuter le fait évident que dans l'Afrique et l'Asie postcoloniales les groupes autochtones/minorités/groupes ethniques/peuples qui souhaitent exercer des droits qui seraient ou sont effectivement violés par les autorités s'occupant des affaires autochtones

dans les États dans lesquels ils vivent, ne sont pas habilités, de l'avis du Rapporteur spécial, à revendiquer pour eux-mêmes, unilatéralement et exclusivement, le statut d'"autochtones" dans le cadre des Nations Unies.

89. Comme indiqué précédemment et compte tenu du caractère exclusif que revêt le terme "autochtone" dans ce contexte, les groupes, minorités, groupes ethniques ou peuples qui vivent aujourd'hui sur le territoire d'États africains ou asiatiques plurinationaux ou pluriethniques - État dont les frontières sont (ce qui est parfois aberrant) la résultante d'une situation coloniale qui juridiquement n'existe peut-être plus mais dont l'ombre continue de planer sur le présent - seraient ainsi à exclure de la catégorie "autochtones". Ces États - dont l'existence en tant que telle est dans la plupart des cas très récente - ont non seulement le droit mais aussi le devoir de préserver leur fragile intégrité territoriale. Le risque d'éclatement (ou de "balkanisation") que ces revendications unilatérales de l'"autochtonité" font peser sur eux, ne saurait, bien entendu, être pris à la légère. Il y a lieu de souligner que, bien que ne pouvant peut-être pas se prévaloir d'autant d'arguments historiques, de nombreux pays développés ayant des siècles d'existence en tant qu'États-nations se montrent tout aussi réticents vis-à-vis d'une telle possibilité aussi lointaine qu'elle puisse être en fait.

90. En somme, le Rapporteur spécial maintient son point de vue selon lequel les situations décrites ci-dessus, qui ont pour théâtre les États africains ou asiatiques, devraient être examinées dans d'autres instances de l'ONU que celles qui s'occupent actuellement du problème des peuples autochtones, en particulier au Groupe de travail sur les minorités de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités.

91. Il convient également d'affirmer que - contrairement à ce qui a été affirmé dans certaines déclarations et communications - le Rapporteur spécial ne cherche pas à défendre la position absurde consistant à nier l'existence de populations qui sont des groupes ethniques, des minorités, des peuples ou des groupes autochtones sur les continents africain et asiatique; au contraire, toutes ces populations le sont. Par conséquent, hormis dans certains cas mentionnés dans le présent rapport (ou de quelques autres qui pourraient être examinés d'une manière plus approfondie si de plus amples informations devenaient disponibles), le terme "autochtone" - qui est exclusif par définition - est particulièrement impropre dans le contexte de la problématique afro-asiatique et dans le cadre des activités connexes de l'ONU.

92. Enfin, en ce qui concerne plusieurs autres critiques dont ont fait l'objet les vues sur la question qu'il a exprimées dans le présent rapport, le Rapporteur spécial tient à souligner que la grande estime qu'il a pour les idées formulées à ce propos par M. Martínez Cobo et par l'honorable Présidente-Rapporteur du Groupe de travail, Mme Erika Irene Daes, dans leurs études respectives ne signifie pas nécessairement qu'il partage leur point de vue.

## II. RÉSUMÉ DES CONCLUSIONS

93. Dans les trois rapports intérimaires qu'il a présentés à cette date, le Rapporteur spécial s'est attaché à traiter des divers aspects non seulement des traités conclus entre peuples autochtones et États, tels que recensés par M. Martínez Cobo <sup>28</sup>, mais aussi des accords et autres arrangements constructifs, comme la Commission et le Conseil économique et social le lui avaient demandé.

94. Il s'agit notamment du champ d'application de ces instruments, de leur statut juridique actuel, de leur exécution ou de leur inexécution et des conséquences qui pourraient en résulter pour les peuples autochtones.

95. Pour ce faire, le Rapporteur s'est reporté à diverses sources d'information et à divers documents, dont les réponses reçues aux deux questionnaires adressés au début de son mandat <sup>29</sup>, les résultats des recherches sur le terrain et dans les archives effectuées par lui-même ou par son consultant et les abondants documents et autres informations communiqués par les parties intéressées - États, peuples ou organisations autochtones, chercheurs et autres particuliers concernés.

96. Le volume et la diversité des documents ont conduit le Rapporteur spécial à porter une attention particulière à la démarche générale à suivre du point de vue méthodologique et théorique. Les grandes lignes retenues, qui ont été exposées dans son premier rapport intérimaire <sup>30</sup> peuvent se résumer comme suit.

97. D'emblée, le Rapporteur spécial a insisté sur la nécessité d'adopter une démarche transdisciplinaire, mais à forte dominante juridique <sup>31</sup>.

98. Explorer et comprendre les conceptions et les traditions des peuples autochtones en ce qui concerne les traités, accords et autres arrangements constructifs suppose une vision décentrée de la culture, de la société, du droit et de l'histoire et une analyse critique de l'ethnocentrisme, de l'eurocentrisme et du modèle évolutionniste.

99. Il a fallu aussi tenir compte du lien étroit existant entre la problématique autochtone d'une part, et les phénomènes de colonialisme et de domination et les politiques d'assimilation d'autre part, et l'analyser. Ce lien apparaît du reste tant dans les disciplines pertinentes (comme l'anthropologie) que dans la doctrine et le droit positif <sup>32</sup>.

100. Il existe dans l'histoire de nombreux exemples montrant que le droit a été mis au service du colonialisme : il s'agit par exemple de la doctrine de la *terra nullius*, des régimes d'*encomienda* et de *repartimiento* institués en Amérique latine par la Couronne espagnole au XVIe siècle, des traités dits de "déplacement" imposés aux nations autochtones du sud-est des États-Unis sous le mandat du Président Jackson dans les années 1830 et de diverses lois promulguées pour empiéter sur des compétences reconnues auparavant aux peuples autochtones (ou y passer outre), comme la Seven Major Crimes Act et la Dawes Severalty Act adoptées par le Congrès des États-Unis dans

les années 1880, la loi fédérale canadienne sur les Indiens, la législation promulguée postérieurement à l'arrêt Mabo en Australie et de nombreuses lois adoptées à travers l'Amérique latine.

101. Or, à de rares exceptions près, la doctrine elle-même, y compris celle intéressant les traités et la formation des traités dans le cadre de l'expansion des Européens outre-mer et de celle de leurs successeurs dans les territoires conquis, n'est pas exempte d'anachronismes et de raisonnements a posteriori, tolérant ainsi la discrimination à l'encontre des peuples autochtones au lieu de leur rendre justice et de leur réserver un traitement équitable.

102. L'histoire critique des relations internationales montre sans ambiguïté les dangers que présente ce type particulier de raisonnement, qui projette dans le passé l'actuel statut des peuples autochtones assujettis à l'ordre interne, essentiellement depuis la deuxième moitié du XIXe siècle sous l'effet du droit positif et d'autres théories prônées par les puissances coloniales européennes et ceux qui les perpétuent.

103. Dans son deuxième rapport intérimaire, le Rapporteur spécial s'est employé notamment à évaluer la contribution que cette historiographie a apportée à une meilleure compréhension des traités et autres instruments juridiques convenus d'un commun accord par les peuples autochtones et les États, en particulier les travaux de Charles H. Alexandrowicz et d'autres auteurs <sup>33</sup>.

104. Comme indiqué plus haut (par. 55), la principale conclusion à tirer de ces travaux est que les puissances européennes et leurs successeurs reconnaissaient largement les "peuples d'outre-mer" - dont les peuples autochtones dans l'acception actuelle de l'expression - en tant qu'entités souveraines, du moins à l'époque du droit des gens.

105. C'est pourquoi les problèmes que les traités et autres instruments juridiques font peser aujourd'hui sur la vie des peuples autochtones tiennent à ce que le Rapporteur spécial a désigné sous l'expression processus d'évolution à retours, par lequel les peuples autochtones ont été privés (ou considérablement amputés) de trois des quatre attributs essentiels qui fondaient leur statut originel de nations souveraines, à savoir leur territoire, leur capacité reconnue de conclure des accords internationaux et leurs formes spécifiques de gouvernement <sup>34</sup>, sans parler du fort déclin de leurs effectifs respectifs dans de nombreux pays à travers le monde, dû à un certain nombre de facteurs dont les politiques d'assimilation.

106. On ne saurait trop insister sur ce point, dès lors que l'étude a pour finalité de contribuer à la mise en mouvement d'un processus inverse qui déboucherait sur un renouveau de la reconnaissance des peuples autochtones en tant que collectivités distinctes, ce qui leur permettrait de s'affranchir de décennies, voire de siècles, de discrimination et d'intégration forcée.

107. C'est dans ce contexte que doit être appréhendé le résumé qui suit des conclusions du Rapporteur spécial se rapportant aux trois grandes catégories d'instruments juridiques retenus pour l'étude (voir par. 93 ci-dessus).



A. Traités/accords entre peuples autochtones et États

108. En entamant ses recherches, le Rapporteur spécial a, par la force des choses, concentré son attention sur la situation d'anciennes colonies européennes, en particulier en Amérique du Nord et dans le Pacifique, car la politique coloniale britannique et française faisait une très large place à la conclusion de traités.

109. Il est à noter que le Rapporteur spécial, après avoir affirmé initialement qu'en Amérique latine peu de traités, voire aucun traité, ne remontait à l'époque coloniale<sup>35</sup>, a été amené au fil de ses travaux à reconsidérer son assertion. Il s'en est expliqué dans son troisième rapport intérimaire, exemples à l'appui, en particulier celui des parlamentos mapuches (Chili). À ce stade de ses travaux, le stade final, le Rapporteur spécial est enclin à admettre que l'origine, les causes et l'élaboration de ces instruments juridiques peuvent être comparées, de prime abord et à certains égards, à celles de certains traités conclus avec des autochtones d'Amérique du Nord par les Britanniques et les Français<sup>36</sup>.

110. En établissant des relations juridiques formelles avec les peuples d'outre-mer, les Européens étaient pleinement conscients du fait qu'ils négociaient et nouaient des relations contractuelles avec des nations souveraines, avec toutes les implications juridiques que cette expression comportait à l'époque<sup>37</sup>.

111. Cela reste vrai, indépendamment de la prédominance aujourd'hui des notions plus restreintes et imposées par les États d'"auto-administration" autochtone, "autonomie" autochtone, "nation" autochtone et "partenariat" autochtone, ne fût-ce que parce que la "légitimation" de leur colonisation et de leurs intérêts commerciaux commandait aux puissances européennes de reconnaître les nations autochtones en tant qu'entités souveraines.

112. Dans le cours de l'histoire, comme souligné plus haut, les nouveaux arrivants ont malgré tout cherché alors à dépouiller les peuples autochtones des attributs de leur souveraineté, et en particulier de la juridiction sur leurs terres, de la reconnaissance de leurs formes d'organisation sociale et de leur statut en tant que sujets du droit international.

113. Les divers moyens employés pour assujettir à l'ordre interne les relations avec les peuples autochtones à l'intérieur de ces anciennes colonies européennes ont été analysés à la fois dans le deuxième rapport intérimaire (Nouvelle-Zélande, Australie et le cas unique d'Hawaii)<sup>38</sup> et dans le troisième rapport intérimaire (Canada, États-Unis et Chili)<sup>39</sup>. Pour un examen plus général et détaillé de ce processus et de ses conséquences, voir le chapitre III ci-après.

114. Il importe cependant de souligner à ce stade que le passage des peuples autochtones du statut de nations souveraines à celui d'entités assujetties à un État a soulevé un certain nombre de questions et des problèmes spécifiques dans le cadre de la présente étude.

115. Tout d'abord, dans le cas des relations conventionnelles, on note une tendance générale à remettre en question aujourd'hui le statut dans le droit international des traités conclus avec les peuples autochtones. Ce point de vue, qui est répandu dans la doctrine et chez les chercheurs <sup>40</sup>, s'est appuyé alternativement sur trois hypothèses en particulier : on maintient que les peuples autochtones ne sont pas des peuples au sens de cette expression en droit international; ou que les traités conclus avec les peuples autochtones ne sont pas des traités au sens classique actuel du terme, à savoir des instruments conclus entre États souverains (d'où la position adoptée par les magistrats des États-Unis d'Amérique et du Canada, selon laquelle les traités conclus avec les peuples autochtones sont réputés être des instruments *sui generis*); ou encore que ces instruments juridiques ont tout simplement été remplacés par les réalités de la vie telles qu'elles se reflètent dans la législation interne des États.

116. Quel que soit l'argument adopté, le point de vue dominant, tel qu'il apparaît en général chez les auteurs et dans les décisions administratives, ainsi que dans les décisions des tribunaux nationaux, est que les traités conclus avec les peuples autochtones sont foncièrement une affaire intérieure, et qu'ils doivent être interprétés, voire appliqués, et les problèmes tranchés en faisant appel aux mécanismes internes existants, comme par exemple les tribunaux et les autorités fédérales (et mêmes locales).

117. Néanmoins, il y a lieu de souligner que cette position n'est pas partagée par les parties autochtones aux traités, dont les traditions en matière de dispositions conventionnelles et de conclusion des traités (ou en ce qui concerne la négociation d'autres types d'arrangements globaux) continuent de militer en faveur de la reconnaissance du statut international de ces instruments. De fait, pour nombre de peuples autochtones, les traités conclus avec les puissances européennes ou ceux qui leur ont succédé sont avant toute chose des traités de paix et d'amitié, destinés à organiser la coexistence sur un même territoire et non leur exclusion de ce territoire - et non pas à régler de façon restrictive leur vie (à l'intérieur ou l'extérieur de ce territoire), sous la juridiction générale des autorités non autochtones, car, de leur point de vue, cela reviendrait à empiéter sur leur droit à l'autodétermination et/ou leurs autres droits inaliénables en tant que peuples.

118. Dans le même ordre d'idées, les peuples autochtones parties aux traités ont rejeté l'hypothèse des États parties selon laquelle les traités prévoyaient la cession sans condition des terres et de la juridiction des autochtones aux États colonisateurs.

119. Il est bon de noter à cet égard que la position des autochtones vis-à-vis des traités a commencé à retenir de plus en plus l'attention de certains pays, par exemple le Chili, la Nouvelle-Zélande et le Canada. C'est ainsi que dans le rapport final qu'elle a rendu public récemment, la Commission royale sur les peuples autochtones, créée par le Gouvernement canadien, a recommandé qu'il soit fait appel à l'histoire des traités transmise oralement au sein des peuples autochtones d'une génération à l'autre pour compléter l'interprétation officielle des traités basée sur le document écrit <sup>41</sup>.

120. Il reste que les contradictions constatées à propos de l'historiographie et de l'interprétation des traités, selon que l'on se reporte aux thèses des États en la matière, à la doctrine établie ou aux traditions défendues par les peuples autochtones eux-mêmes, créent indéniablement dans la pratique une situation conflictuelle.

121. En outre, ces contradictions pèsent lourdement sur la négociation de futurs instruments juridiques entre les peuples autochtones et les États, leur formulation et leur mise en oeuvre : point n'est besoin de souligner qu'il est difficile de négocier de nouveaux instruments sans avoir au préalable cerné et réglé les questions clefs qui s'y rapportent.

122. Cette observation vaut assurément pour tout ce qui concerne la conclusion de traités ou d'accords. Par exemple, au Canada, il y aurait une distinction entre les traités de paix et d'amitié (conclus au XVIII<sup>e</sup> siècle et avant) et les traités numérotés dits de "cession de terres" (en particulier à partir de la deuxième moitié du XIX<sup>e</sup> siècle). Les parties autochtones aux traités numérotés contestent cette distinction, car elles considèrent qu'elles sont parties à des traités de paix, d'amitié et d'alliance et qu'elles n'ont renoncé ni à leur territoire ni à leur statut juridique originel de souverain. Des divergences de vues analogues sont à noter aux États-Unis et en Nouvelle-Zélande.

123. Il ressort aussi d'un examen plus minutieux de leurs dispositions, que les traités conclus entre peuples autochtones et États, dans la plupart des cas, ont pour objet une matière de droit international courante, quelle que soit la période de l'histoire dans laquelle ils s'inscrivent : guerre et paix, échanges, protection des sujets/citoyens de chaque partie signataire, etc.

124. De plus, alors que selon la doctrine dominante aujourd'hui les traités relèvent au premier chef de l'ordre interne des États, la manière dont ils sont appréhendés dans le droit interne et par les tribunaux nationaux soulève un certain nombre de problèmes.

125. Dès le début de ses travaux, le Rapporteur spécial, en analysant le poids des traités/accords au niveau national, a cerné à ce propos les problèmes suivants : inexécution ou violation par les États d'obligations contractées en vertu de traités en vigueur; abrogation unilatérale du traité lui-même (ou de certaines de ses dispositions), sous l'effet de la législation ou d'autres dispositifs; voire non-ratification par les États de traités négociés avec les peuples autochtones.

126. Ces problèmes, d'une manière ou d'une autre, se posent dans la plupart des situations juridiques que le Rapporteur spécial a retenues pour son étude; en outre, loin de se limiter à des instruments passés, ils concernent aussi des instruments plus contemporains <sup>42</sup>.

127. Il s'ensuit que l'application des traités existants, reconnus, conclus avec les peuples autochtones ne saurait être aujourd'hui tenue pour acquise. Reste de plus à voir quelle est l'influence de cet état de choses sur les modalités de négociation d'accords futurs entre les peuples autochtones et les États. À l'évidence, le statut et la personnalité juridique des peuples

autochtones sur le plan pratique, aux niveaux tant national qu'international, en dépendent.

#### B. Autres arrangements constructifs

128. À propos de l'expression quasi juridique "Autres arrangements constructifs", il est à rappeler que le Rapporteur spécial l'a définie dès le départ comme se rapportant "à tous les textes législatifs et autres documents témoignant de l'établissement, par consensus, de liens juridiques ou quasi juridiques entre toutes les parties" <sup>43</sup>.

129. Le principal exemple analysé sous la rubrique "Autres arrangements constructifs" est celui de l'autonomie interne du Groenland. Dès le début de son mandat, se fondant sur diverses déclarations faites par les représentants du Groenland et le Gouvernement danois devant le Groupe de travail, le Rapporteur spécial a jugé bon d'examiner la question de savoir si ce type de procédure institué par le Danemark en 1979 pouvait contribuer à améliorer les relations entre autochtones et non autochtones <sup>44</sup>.

130. Ayant analysé dans le détail le régime d'autonomie interne du Groenland <sup>45</sup>, le Rapporteur spécial considère que l'arrangement en question impose un certain nombre de restrictions à la population autochtone de l'île, pour ce qui est tant du processus qui a débouché sur sa conclusion que des effets de ses dispositions. Par exemple, la Constitution danoise s'appliquant intégralement au Groenland, les autorités locales groenlandaises doivent se conformer à toutes ses dispositions dans des domaines aussi cruciaux que la politique étrangère et les obligations découlant des accords internationaux conclus par le Danemark.

131. Le processus aurait pu avoir quelque légitimité, s'agissant de l'exercice effectif par les Groenlandais du droit à l'autodétermination, si la participation de la population autochtone du Groenland à son élaboration et à sa mise en oeuvre n'avait pas été concrètement limitée.

132. Le Rapporteur spécial considère que ce type de "régime d'autonomie" n'équivaut pas à l'exercice par la population du Groenland du droit à l'autodétermination. Au demeurant, il croit que la manière dont les négociations entre les autorités groenlandaises et danoises se sont déroulées avant l'entrée en vigueur du régime d'autonomie interne en 1979 ne saurait en aucune manière être considérée comme un exemple constructif du plein exercice de ce droit inaliénable.

133. Dans d'autres pays, des pourparlers ont lieu actuellement, dont l'objet est de mettre au point (ou d'appliquer) un régime d'autonomie, ou encore d'adopter des mesures, qui seraient d'ordre législatif ou qui seraient inscrites dans la constitution du pays, visant à reconnaître aux peuples autochtones un statut juridique propre. Le Rapporteur spécial a étudié des exemples éloquentes, dont la situation des Kuna Yala au Panama et sur le littoral atlantique du Nicaragua <sup>46</sup>. Il y a lieu aussi de mentionner à ce propos l'évolution que connaît depuis ces dernières années la situation au Guatemala.

134. Ces régimes d'autonomie ont apporté (ou peuvent apporter) certains avantages aux peuples autochtones. Par exemple, dans le cas du Panama, par le jeu de l'autonomie, l'État a reconnu les autorités politiques traditionnelles des Indiens kuna, en particulier le Congrès général des Kuna, ainsi que leur droit d'exercer un certain contrôle sur les politiques de développement à l'intérieur du territoire autochtone.

135. Néanmoins, le Rapporteur spécial note que, fort probablement, la reconnaissance de l'"autonomie" en faveur des peuples autochtones à l'intérieur de l'État (quels que soient les pouvoirs ou restrictions dont elle est assortie) ni ne mettra automatiquement fin aux aspirations de l'État à exercer à terme le maximum de pouvoirs possibles (par la voie de l'intégration et de l'assimilation de ces peuples), ni n'invalidera les droits inaliénables que ces peuples pourraient avoir en tant que tels.

136. Qui plus est, les mécanismes par lesquels les "régimes d'autonomie" octroyés aux peuples autochtones sont mis au point et appliqués doivent être évalués au cas par cas, afin de pouvoir déterminer dans quelle mesure toutes les parties concernées, et en particulier les peuples autochtones, y ont donné librement et en toute connaissance de cause leur consentement <sup>47</sup>.

137. D'autres situations juridiques pouvant être qualifiées par certains auteurs d'"arrangements constructifs" - et tout particulièrement la Convention de La Baie James et du Nord québécois, la première d'une série d'ententes sur les revendications territoriales globales au Canada - que le Rapporteur spécial a analysées dans son troisième rapport intérimaire <sup>48</sup> peuvent susciter les mêmes préoccupations.

138. Ces préoccupations concernent notamment le fait que, dans ce cas particulier, le processus de négociation a démarré dans le sillage d'une très vive effervescence née autour d'un projet gouvernemental de construction d'une centrale hydroélectrique. De plus, l'ampleur du contentieux a amené le Rapporteur spécial à s'interroger sur l'efficacité de négociations menées dans un climat de contrainte économique, écologique et politique créé par des politiques gouvernementales unilatérales.

139. Étant donné l'ampleur acquise par la politique d'ententes sur les revendications territoriales globales au Canada et le volume de la documentation y relative à éplucher, le Rapporteur spécial ne peut à ce stade que formuler des observations provisoires sur ce type particulier d'"arrangement constructif".

140. Les pourparlers et les négociations qui se déroulent actuellement dans plusieurs pays (et pas seulement au Canada) méritent une analyse plus poussée des mécanismes de règlement envisagés et suivis, ainsi que des modalités de leur mise en oeuvre. Il se dégage de la conclusion au Canada de plusieurs ententes sur les revendications territoriales globales et de traités dits "contemporains" un certain nombre de constatations intéressantes, dont l'une concerne la grande diversité des parties (nations autochtones, autorités provinciales et gouvernement fédéral) au processus.

141. On ne saurait trop insister sur la portée et l'intérêt au plan international de cette évolution au Canada, ne fût-ce que parce qu'elle met en

lumière l'importance et l'utilité potentielle qu'il y a à formuler des "règles fondamentales" sages et équitables applicables aux négociations conduites pour élaborer et conclure des "arrangements constructifs", de même qu'aux mécanismes de mise en oeuvre nécessaires pour appréhender les problèmes des autochtones sous une nouvelle optique, non seulement au Canada mais aussi dans tous les autres pays multinationaux en butte aux mêmes problèmes ou à des problèmes analogues. De fait, cette évolution sera mise à l'épreuve à la faveur des diverses négociations sur la conclusion d'ententes sur les revendications territoriales globales et de traités qui sont actuellement en cours un peu partout au Canada, par exemple en Colombie britannique - où un premier accord a été conclu avec les Nishgas en 1996 - et dans les Territoires du Nord-Ouest, où les peuples autochtones se heurtent à des problèmes particuliers. C'est ainsi que, après que les négociations avec la nation Déné dans son ensemble eurent échoué à la fin des années 80, l'État a décidé de négocier avec des bandes individuelles. À cette date, deux règlements ont été conclus, l'un avec les populations du Sahtu et l'autre avec les Gwich'in <sup>49</sup>.

142. Cette fragmentation des entités autochtones dans le cadre d'un processus de négociation s'est manifestée aussi dans d'autres cas, par exemple celui des Cris du Lubicon, au sein desquels, selon les informations dont le Rapporteur spécial dispose, une nouvelle bande a été mise en place - dans des conditions contestables selon certaines sources autochtones - pour faciliter une entente sur des revendications territoriales partielles. Mais à cette date, cette affaire n'a pas été réglée, principalement parce que les autochtones sont réticents à accepter l'extinction totale des titres fonciers autochtones en tant que condition préalable à une entente.

143. Dans toutes les situations, qu'elles soient ou non régies par des traités ou des accords, la question de l'extinction éventuelle des droits des autochtones sur leurs terres, par traité/accord ou par "arrangement constructif" revêt une importance cruciale en ce qu'elle impose une contrainte sur les autochtones.

144. Il se trouve donc que la catégorie des "autres arrangements constructifs", bien qu'ajoutée plus tard au mandat du Rapporteur spécial, s'est avérée particulièrement utile car elle permet d'identifier et de dûment poser des bases solides dans la perspective de l'établissement de relations nouvelles, plus équitables entre les autochtones et les non-autochtones de la société considérée.

145. À ce stade, il importe de noter qu'à l'inverse des traités (en particulier les traités dits "historiques"), les arrangements constructifs - et ceci vaut pour tous les exemples que le Rapporteur spécial a étudiés à cette date dans le cadre de son mandat - sont à proprement parler censés relever exclusivement de l'ordre interne.

146. Il apparaît clairement des très nombreuses informations de première main que le Rapporteur spécial a reçues récemment, que dans le contexte canadien, les arrangements constructifs, tels que les "ententes sur les revendications territoriales globales" et les traités dits "contemporains", sont foncièrement conçus comme un moyen de régler toutes les revendications autochtones en suspens. Ils portent pour la plupart sur des domaines dans lesquels les peuples autochtones n'ont pas conclu de traité. Il reste en général à

déterminer comment garantir la mise en oeuvre des dispositions des arrangements constructifs de ce type possibles, en particulier pour les autochtones parties à ces accords.

C. Situations dans lesquelles les relations entre peuples autochtones et États ne font pas l'objet d'instruments juridiques bilatéraux spécifiques

147. D'emblée, le Rapporteur spécial a décidé qu'il lui fallait, pour pleinement exercer son mandat, examiner aussi la situation des peuples autochtones qui ne sont parties à aucun instrument visé dans la présente étude.

148. Le Rapporteur spécial était convaincu que s'il ne le faisait pas, il lui serait impossible de déterminer si un traité (pris dans son acception la plus large) peut ou non être considéré comme un instrument juridique approprié pour améliorer la situation des peuples autochtones en général, pour ouvrir la voie à l'élimination de tout traitement discriminatoire à leur encontre et pour mettre fin progressivement à l'antagonisme qui caractérise aujourd'hui dans de nombreux pays les relations entre autochtones et non-autochtones vivant ensemble.

149. S'agissant des catégories de peuples autochtones qui relèvent de la présente section, le Rapporteur spécial a répertorié dans son premier rapport intérimaire les situations suivantes : a) la situation des peuples autochtones qui n'ont jamais établi de relations contractuelles avec aucun État; b) la situation des peuples autochtones parties à des instruments que l'État partie a abrogés unilatéralement, soit officiellement soit carrément en ne les exécutant pas; c) la situation des peuples autochtones qui ont participé à la négociation et à l'adoption d'instruments que les organes publics compétents n'ont jamais ratifiés; et d) la situation des peuples autochtones qui vivent dans des pays où, du fait d'un processus d'acculturation effectif, il n'existe pas de dispositions législatives internes leur garantissant un statut unique et protégeant leurs droits en tant que peuple.

150. Appartiennent naturellement à une ou plusieurs de ces catégories les peuples à qui, l'État n'ayant pas reconnu le statut de peuple autochtone, aucun recours possible n'est ouvert, ni en droit ni par voie de négociations, en cas de conflit portant précisément sur ce statut <sup>50</sup>.

151. Avant tout, il faut souligner qu'aujourd'hui, à quelques très rares exceptions près, les instruments juridiques nationaux et internationaux ayant des incidences sur les conditions de vie des peuples autochtones sont promulgués et appliqués par des institutions étatiques sans que les autochtones y participent directement.

152. Les situations retenues initialement sous cette rubrique de l'étude comprenaient celle des Aborigènes et des habitants des îles du détroit de Torres en Australie, des Gitksans-Wet'suwet'en de la Colombie britannique (Canada), des Yanomamis du Brésil, des autochtones d'Hawaii, des Mapuches (Argentine et Chili), des Mayas du Guatemala, des Cris du lac Lubicon, dans l'Alberta (Canada), des Sanes (Botswana), des Aïnous (Japon), des populations des rancherías en Californie (États-Unis) et des Kunas du Panama.

153. Ayant achevé ses recherches, le Rapporteur spécial considère qu'il pourrait être utile de revoir cette liste de manière à déterminer, à titre provisoire au moins, le moyen le plus pratique et le plus fructueux de régler le large éventail de situations dans lesquelles ces peuples se trouvent (par exemple par renégociation et/ou mise en oeuvre comme il se doit des traités/accords, par voie d'"arrangement constructif", par recours aux organes internationaux ou par une autre formule).

154. Quoi qu'il en soit, il faudra dûment analyser l'évolution historique de chacune de ces situations, car cela permettra peut-être d'obtenir des indications précises quant à l'adéquation des solutions possibles.

155. Il y a lieu toutefois de souligner que toute décision dans ce sens doit être prise avec la pleine participation des autochtones. Aucune autre démarche ne pourra favoriser l'instauration d'un climat de confiance, qui s'impose tant, et, partant, la conclusion d'instruments juridiques d'un commun accord.

156. Le Rapporteur spécial a déjà signalé les changements proposés en ce qui concerne les traités en Amérique latine.

157. Les Mapuches peuvent être incorporés dans la catégorie des peuples qui ont déjà participé à un processus de conclusion de traités. Il se peut que d'autres peuples, comme les Kunas, obtiennent une protection à travers des "arrangements constructifs", processus qui semble apparemment en cours. Le cas des Mayas et des Yanomamis est examiné plus loin.

158. De plus, à ce stade final de ses recherches, le Rapporteur spécial est en mesure d'analyser les autres situations susmentionnées selon le schéma décrit ci-après.

159. Une première série de situations, dont celle des Cris du lac Lubicon et des Gitksans-Wet'suwet'en au Canada, pourrait faire l'objet d'arrangements constructifs, sous réserve que certains problèmes puissent être réglés à brève échéance dans des conditions mutuellement acceptables.

160. La situation des peuples autochtones d'Australie pourrait être réglée par voie de traités, à supposer que l'idée de Makarrata (ou traité), que les autochtones défendent depuis 1980, soit conservée<sup>51</sup>. Néanmoins, le Makarrata devrait être perçu non seulement dans le contexte du processus dit de réconciliation amorcé par le Gouvernement fédéral australien en 1991 aux termes de la loi portant création du Conseil pour la réconciliation avec les Aborigènes, mais aussi à la lumière de l'évolution juridique et législative, surtout l'arrêt rendu en 1992 par la Haute Cour australienne dans l'affaire Mabo (No 2) et la loi fédérale sur les titres fonciers autochtones promulguée en 1993.

161. Quant à la situation des populations des rancherías en Californie, elle doit être prise en compte essentiellement parce que l'État partie n'a pas ratifié des textes déjà négociés avec les populations en question. On pourrait donc considérer qu'elle appartient elle aussi à la catégorie des situations qui concernent la réactivation et la bonne application des traités.



162. Vu les considérations qui précèdent, le Rapporteur spécial a été amené à penser que d'autres cas de non-ratification par des organes étatiques de traités négociés à un moment donné de l'histoire avec des autochtones doivent être réexaminés au niveau approprié, de manière à déterminer s'il est possible de mener à terme le processus de ratification.

163. En raison notamment de la promulgation par le Congrès des États-Unis de la loi dite *Apology Bill* (P.L. 103-150, de 1993) (loi sur le repentir), la situation des autochtones hawaïens se présente désormais sous un jour nouveau. Il est reconnu dans cette loi que le renversement de la monarchie hawaïenne en 1898 était illicite. De la même manière, le Traité d'annexion de 1897 conclu entre les États-Unis et Hawaii semble être un traité inégal qui pourrait être déclaré nul par ces motifs, compte tenu du droit international en vigueur à l'époque.

164. En conséquence, le cas d'Hawaii pourrait être réinscrit dans la liste des territoires non autonomes de l'Organisation des Nations Unies et de nouveau soumis aux organes des Nations Unies qui s'occupent de la question de la décolonisation.

165. Toujours à propos de la liste des cas énumérés plus haut, à la connaissance du Rapporteur spécial, les Yanomamis du Brésil, les Mayas du Guatemala, les Sanes (Botswana) et les Aïnous (Japon) sont les seuls exemples de peuples autochtones qui n'ont jamais établi de relations juridiques contractuelles avec quelque État que ce soit.

166. La question de savoir si chacun de ces peuples autochtones devrait chercher à négocier un accord, ou une quelconque autre formule librement consentie, avec les États sur le territoire desquels ils résident actuellement et comment il devrait le faire doit être examinée cas par cas, avec la participation des autochtones eux-mêmes.

167. Il conviendrait de porter une attention particulière aux conséquences pratiques (parfois graves) dans la vie de tous les jours que l'absence d'accord en l'occurrence a sur le statut juridique et politique des peuples concernés au sein des sociétés mixtes dans lesquelles ils vivent aujourd'hui et sur la préservation, la promotion et la réalisation effective de leurs droits historiques en tant que peuples, y compris leurs droits et libertés inhérents aux êtres humains.

### III. REGARDS SUR LE PRÉSENT : ORIGINE, DÉVELOPPEMENT ET CONSÉQUENCES DU PROCESSUS D'INTERNALISATION

168. En établissant le mandat du Rapporteur spécial, tant la Commission des droits de l'homme que le Conseil économique et social lui ont demandé de tenir dûment compte "des réalités socioéconomiques des États" <sup>52</sup>. Il lui faut donc absolument étudier la situation actuelle des peuples autochtones qui vivent aujourd'hui dans des États multinationaux. Cependant, on ne peut vraiment comprendre une situation actuelle si l'on n'étudie pas aussi les origines et le développement du processus d'internalisation des affaires autochtones.

169. Celui qui, à la fin du XXe siècle, tente de se faire une idée globale de la problématique des peuples autochtones, vieille de plus de 500 ans, dans toute son ampleur et sa complexité, ne doit ni ne peut ignorer un fait fondamental : les premiers contacts de ces peuples avec des peuples "non autochtones" venus d'autres parties du monde, qui datent de la fin du XVe siècle, furent l'aboutissement de la mise en route et du développement de l'expansion coloniale européenne.

170. Cette expansion était inhérente au nouveau mode de production qui émergea en Europe juste avant la fin du Moyen-Âge. Au cours de la dernière décennie du XVe siècle, ce nouveau modèle économique avait déjà produit assez de ressources scientifiques, technologiques et financières pour permettre d'entreprendre avec succès des explorations et des "découvertes" grâce à des compagnies, des expéditions et la colonisation, afin de trouver de nouvelles routes commerciales et de nouveaux marchés dans des régions lointaines. Ces opérations avaient pour théâtre les Amériques, l'Asie, l'Afrique, les vastes étendues du Pacifique et jusqu'à certaines zones périphériques de l'Europe elle-même.

171. Plus tard, d'autres facteurs contribuèrent à cet expansionnisme : l'intolérance religieuse, l'oppression fondée sur l'origine nationale et la marginalisation économique et sociale de certaines composantes de la population européenne, et les antagonismes et confrontations entre puissances européennes à telle ou telle époque. Tout cela devait, au cours des siècles suivants, favoriser l'instauration de nouveaux contacts dans l'arrière-pays des territoires "découverts", et le développement et la consolidation du phénomène colonial dans son ensemble.

172. Malgré les pieuses excuses que l'on a surabondamment avancées pour justifier cette entreprise coloniale outre-mer par des préoccupations d'ordre éthique, et le raisonnement pseudo-juridique (parfois même ouvertement antijuridique) par lequel on a tenté d'en défendre la "légalité", les preuves qu'elle n'avait nullement pour objectif d'apporter une aide "humanitaire" ou de "civiliser" sont irréfutables.

173. Sa première raison d'être était de garantir dans les territoires habités par d'autres peuples la présence permanente de la puissance installée outre-mer, qu'il s'agisse de populations de colons ou de simples comptoirs. Ensuite, cette puissance cherchait à acquérir les droits d'exploitation des ressources naturelles qu'elle trouvait sur place et à s'assurer ces nouveaux marchés afin de satisfaire ses besoins en matière d'importation et d'exportation. Troisièmement, elle convoitait ces nouvelles places fortes pour renforcer sa position dans la lutte qui l'opposait à d'autres puissances européennes. Enfin, elle s'efforçait de préserver ce qu'elle avait acquis en imposant ses institutions et ses moeurs politiques, sociales et économiques aux peuples qui vivaient sur ces territoires.

174. Il lui fallait à tout prix atteindre ces objectifs, même - si cela se révélait nécessaire et possible -, au prix de la destruction des cultures, institutions et modèles économiques traditionnels souvent très perfectionnés que les peuples autochtones avaient élaborés au fil des siècles.

175. Comme on l'a déjà démontré dans un rapport antérieur présenté en 1995, l'entreprise de colonisation outre-mer différait complètement de l'expansion dans des territoires contigus aux dépens de leurs voisins) pratique très courante chez les peuples de ces "nouveaux" territoires avant l'arrivée du colonisateur européen. La nature profonde de l'entreprise coloniale, sa "philosophie" érigée en système et caractérisée par l'exploitation, la discrimination et la domination, ses méthodes et les effets qu'elle produisit sur des sociétés très différentes en font tout autre chose.

176. Avec la décolonisation, toujours en cours, ces différences sont aujourd'hui encore plus marquées en ce qui concerne l'Asie, le Pacifique et l'Afrique. La décolonisation a pour résultat direct que le vide laissé par les puissances politiques coloniales "non autochtones" dans ces continents a été comblé par des secteurs de la population dont la condition d'"autochtones" est incontestable, quels que soient les critères actuels que l'on applique.

177. Il ne faut pas oublier que, d'après toute l'information dont on dispose, les termes "indigène", "local", "mitayo", "indien", "population autochtone" et d'autres de la même veine ne viennent pas du lexique de ceux à qui l'on accole aujourd'hui l'étiquette de "peuples autochtones", mais du vocabulaire utilisé par les "découvreurs"/conquistadores/colonisateurs et leurs descendants, pour marquer la différence - dans une relation de supériorité/infériorité - avec les habitants originels du "nouveau" territoire ajouté à ceux des couronnes européennes.

178. Les premières prises de contact furent évidemment de différentes sortes. Certaines n'étaient inspirées que par la logique de la force brute. Il faut se souvenir que le sabre - efficacement soutenu par le goupillon - a pendant plus de 500 ans scellé le destin de dizaines de millions des premiers habitants de l'Amérique latine et des Caraïbes et celui de leurs descendants.

179. Le droit issu de la force et imposé par elle en tant qu'instrument des politiques d'assimilation/marginalisation fut aussi la base des relations bilatérales "asymétriques" entre les peuples autochtones et les créoles établis dans les nouvelles républiques d'Amérique latine lorsqu'elles devinrent indépendantes de l'Espagne et du Portugal. La victoire d'Ayacucho n'eut aucun sens - ou si peu - pour les premiers habitants, qui se retrouvèrent simplement soumis à la domination de nouveaux maîtres.

180. Telle fut, en général, la situation dans la région d'Amérique latine, aussi bien dans les pays où la colonisation avait été achevée avant leur indépendance, que dans ceux où il revint à la nouvelle république, par exemple dans le cas de l'Argentine et du Chili, de parfaire la domination de la population autochtone, par la force là aussi, partout dans le nouvel État. Ce n'est que dans un nombre extrêmement limité de cas (lorsqu'on ne trouva aucun moyen de tourner une résistance efficace à la soumission comme celle des *parlamentos* dans l'Araucanie chilienne) qu'il reste des vestiges d'obligations juridiques contractées (mais rarement respectées) envers "les Indiens" par la négociation et l'adoption d'instruments juridiquement contraignants.

181. Cependant, sous d'autres latitudes du continent américain, ainsi qu'ailleurs dans le monde, ces premiers contacts ne furent pas marqués exclusivement par le recours à la force militaire. D'une part, ce phénomène était lié au discours politique et juridique qui dominait alors dans les sociétés d'où venaient les étrangers. D'autre part, il traduisait l'équilibre des forces qui existait à l'origine entre les nouveaux venus et les sociétés bien organisées qui avaient peuplé ces "nouveaux" territoires pendant des siècles, équilibre qui devait changer du tout au tout à mesure que progressa la colonisation.

182. Particulièrement significative à cet égard est la colonisation progressive des vastes étendues devenues le Canada et les États-Unis d'aujourd'hui, qui fut d'abord l'oeuvre de la Grande Bretagne, puis celle de ses successeurs des 13 colonies originelles (berceau des États-Unis) à la fin du XVIIIe siècle. Là, un "facteur juridique" (c'est-à-dire des traités) a été introduit. Dans une certaine mesure, les entreprises coloniales de la France à l'époque ont débuté de la même manière dans certaines parties de ces mêmes territoires. Au cours de la progression de l'Atlantique vers le Pacifique, la puissance militaire alla de pair avec la négociation et l'adoption d'instruments juridiques comme base des relations entre le colonisateur et les peuples autochtones qu'il rencontrait.

183. Dans la plupart des cas les plus récents, en particulier en Afrique et dans certaines zones du Pacifique, la présence coloniale et son implantation ont également été discrètes au début comme on le voit, par exemple, dans l'attitude britannique tant en Afrique qu'en Nouvelle-Zélande.

184. Dans de nombreux endroits, des colons venus de la métropole (dans le cas d'Hawaii) ou des représentants de sociétés royales de commerce (nombreuses dans les "Indes orientales" arrivèrent par vagues successives, et certaines modalités juridiques (parfois fort "novatrices", comme la "location perpétuelle à bail" de territoires) apparurent à côté des instruments traditionnels (accords et traités bilatéraux), mais l'objectif poursuivi était le même : assurer la domination coloniale.

185. Les puissances étrangères eurent recours à ces diverses options selon leurs besoins et possibilités dans chaque cas spécifique, qu'elles aient cherché à donner une existence formelle, *ex post facto*, à des acquisitions déjà faites ou à lever les obstacles qui pouvaient gêner une intervention militaire éventuellement nécessaire dans l'avenir.

186. Il n'est pas sans intérêt de dire quelques mots sur les instruments juridiques élaborés aux diverses étapes suivant les premiers contacts. Il est clair d'après leur nature, leur forme et leur contenu intrinsèques que les parties autochtones et non autochtones s'accordaient mutuellement (explicitement ou implicitement) le statut d'entités souveraines, suivant en cela le droit international non autochtone de l'époque.

187. Il faut souligner qu'une très puissante motivation poussait certains États à conclure ces traités ou d'autres instruments internationaux de nature contractuelle exigeant l'agrément des parties. Cette motivation (dans l'intérêt direct de la partie non autochtone) était d'ailleurs très claire : légitimer (en obtenant l'agrément du souverain autochtone des territoires en

question) tout "droit" (réel ou recherché) qui pourrait être opposé aux prétentions d'autres puissances coloniales rivales cherchant à mettre la main sur ces terres.

188. Pour acquérir de tels "droits" au moyen d'un titre acquis indirectement (du fait qu'ils n'avaient évidemment pas le titre original, ou parce que la légalité de leur présence dans ces régions était contestée), ces États devaient obtenir l'accord du détenteur légitime du titre original, c'est-à-dire la nation autochtone concernée. Celle-ci devait alors céder ses terres dans les formes voulues (ou les vendre ou s'en défaire par prescription acquisitive ou par tout autre type de cession valable).

189. Conformément à la tradition et aux formalités juridiques européennes, ce transfert devait apparaître dans un document que la puissance colonisatrice pouvait présenter comme preuve à ses pairs dans le "concert des nations civilisées". L'instrument idéal, selon le droit international de l'époque, était le traité. De plus, les seules entités ayant la capacité juridique de conclure un traité étaient alors précisément (comme aujourd'hui), les sujets du droit international dotés de la souveraineté - la leur ou celle que d'autres souverains leur avaient délégués - de par l'exercice de cette souveraineté.

190. Dans la deuxième phase de l'entreprise coloniale et jusqu'à son apogée - pendant sa manifestation "classique" ou l'une de ses variantes, et en particulier à partir du deuxième tiers du XIXe siècle - le recours à la force militaire pour acquérir de vastes étendues de "nouveaux" territoires s'accrut visiblement. Cette évolution correspondait bien au pouvoir considérable que détenaient déjà les puissances impériales européennes traditionnelles et que d'autres, qui émergèrent plus tardivement, mirent au service de leur propre expansionnisme.

191. Les capacités militaires et économiques des descendants des nouveaux venus augmentèrent rapidement. Dans le meilleur des cas, celles des peuples autochtones restèrent au même niveau, mais le plus fréquemment, elles diminuèrent rapidement, ce qui, dans les deux cas, eut pour conséquence la fragilisation de ces populations devant les machinations des non-autochtones avec lesquels ils pouvaient avoir conclu des traités/accords, mais qui souhaitaient dorénavant ignorer leur souveraineté et imposer un "nouvel ordre" sur leurs terres ancestrales.

192. C'est ainsi que démarra le processus que le Rapporteur spécial a préféré appeler (sans prétendre à l'originalité) l'"internalisation" des "affaires autochtones", c'est-à-dire le processus par lequel l'intégralité de la problématique passa carrément de la sphère du droit international à la compétence nationale exclusive des États non autochtones. Ce processus s'appliqua en particulier, mais pas exclusivement, à tout ce qui concernait les documents juridiques déjà adoptés (ou négociés plus tard) par les premiers États colonisateurs et/ou leurs successeurs et les peuples autochtones.

193. On peut avancer qu'étant donné les dispositions actuelles du droit international, en particulier le paragraphe 7 de l'article 2 de la Charte des Nations Unies, prétendre ainsi étendre le domaine réservé de la

juridiction interne pourrait, à première vue, trouver une justification juridique.

194. Cependant, pour légitimer formellement les voies et moyens utilisés pour extraire du domaine du droit international des questions qui entraient à l'origine dans sa sphère d'application et pour justifier qu'elles relèvent de la seule législation interne adoptée unilatéralement par les États et soient tranchées par des tribunaux nationaux non autochtones, les États devaient apporter la preuve incontestable que les peuples autochtones concernés avaient expressément et de leur propre gré renoncé aux attributs de leur souveraineté.

195. Il n'est pas possible de comprendre ce processus d'érosion progressive, mais constante, de la souveraineté originelle des peuples autochtones si l'on néglige, si, en fait, on ne met pas au premier plan le rôle joué par les "outils juridiques", toujours étroitement liés avec le côté militaire de l'entreprise coloniale.

196. Dans pratiquement tous les cas, aussi bien en Amérique latine que dans les autres régions mentionnées plus haut, on voit que le système juridique fut un instrument efficace de ce processus de domination. Les juristes (avec leurs élaborations conceptuelles), les lois internes (s'appliquant impérativement tant en métropole que dans les colonies), l'appareil judiciaire (soumis à la "légalité [non autochtone]"), un droit international partial (appliqué par la force armée) et des tribunaux internationaux également partiels (statuant en vertu du droit international en vigueur) étaient tous là pour "valider" juridiquement le pillage organisé perpétré aux différents stades de l'entreprise coloniale.

197. Les exemples abondent : la résolution conjointe de 1898 par laquelle le Congrès des États-Unis, après avoir imposé un traité par la force, consumma l'annexion pure et simple de l'État souverain d'Hawaii (qui avait avec d'autres nations "civilisées" des relations internationales d'ordre juridique de toutes sortes), et la "ruée vers l'Afrique" à laquelle les puissances coloniales de l'époque donnèrent une structure formelle à la Conférence de Berlin de 1885 ne sont que deux de ces nombreux exemples. On en trouvera d'autres à l'appui de cette affirmation dans les rapports intérimaires déjà soumis par le Rapporteur spécial.

198. Le concept de "règne du droit" commença alors un long cheminement, aujourd'hui dans une nouvelle phase, vers sa transformation en "droit des Rois".

199. Pourtant, on ne peut pas ne pas mentionner le rôle joué dans ce processus d'internalisation par les décisions de certains peuples autochtones eux-mêmes, qui, il faut le préciser, furent prises pour la plupart dans des conditions extrêmement difficiles, ou à l'occasion d'un évident "état de nécessité", pour utiliser une expression juridique.

200. Cela dit, le Rapporteur spécial a décidé d'exprimer ses vues sur cette question en veillant à ne pas perdre de vue que son mandat est aussi tourné vers l'avenir, et à se garder d'ignorer l'importance des leçons à tirer de l'histoire, *mutatis mutandis*, dans la mise en place d'une relation de coexistence nouvelle, solide et plus juste entre les composantes autochtones

et non autochtones d'un très grand nombre de sociétés modernes. L'histoire est une excellente source d'enseignements pour qui cherche à structurer l'action politique. Si l'on n'en tenait pas compte, il serait incroyablement difficile de comprendre véritablement le présent, et pratiquement impossible d'envisager l'avenir en connaissance de cause.

201. Le Rapporteur spécial doit donc faire observer que sa recherche historique a, selon lui, montré que les nations autochtones ne firent pas toujours toutes les choix les plus avisés. C'est-à-dire qu'à certains moments cruciaux de leur histoire, certaines d'entre elles furent incapables de faire passer la nécessité de s'unir avant leur intérêt individuel, alors que l'unité était indispensable pour faire face comme il convient aux empiétements sur les attributs de leur souveraineté. Cela s'est vérifié même lorsque l'objectif final des nouveaux venus était déjà apparent. Il semble que ces nations n'aient pas intégralement perçu les terribles conséquences qu'elles provoquaient fatalement en se laissant diviser.

202. En outre, en plus d'une occasion, elles ne semblent pas avoir reconnu sous tous leurs aspects les avantages et les inconvénients ni les conséquences ultimes d'une politique d'alliance avec les puissances européennes. Cela vaut aussi bien pour celles qui adoptèrent cette politique, qui allait dans le sens de leurs luttes fratricides, que de celles qui décidèrent de favoriser l'une des puissances non autochtones par rapport aux autres lors des confrontations armées dont leurs terres ancestrales furent le théâtre.

203. Il est clair aussi qu'elles ne surent pas apprécier pleinement (ou sous-estimèrent largement) le rôle contestable que jouèrent - et jouent encore dans bien des cas - les confessions religieuses ou leurs représentants en tant qu'instruments efficaces de l'entreprise coloniale à ses divers stades.

204. Il est facile de voir les effets néfastes pour les peuples autochtones d'une telle combinaison de facteurs endogènes et exogènes, non seulement sur leur condition première de peuple souverain, mais aussi sur leur statut juridique international en général. Ces effets furent aussi la disparition (ou la réduction substantielle) de leurs bases territoriales et la détérioration de l'ordre politique, économique, juridique, culturel et social qui avait été le leur, et même de leurs moyens de survie en tant que sociétés distinctes.

205. Ces effets néfastes sont perceptibles dans une plus ou moins grande mesure, que les relations entre ces peuples et les colonisateurs aient ou non été coulées dans la forme juridique de traités ou d'accords.

206. Le pire de ces effets fut, évidemment, l'extinction définitive (ou quasi certaine dans un avenir proche) de ces peuples en tant qu'entités sociales ayant une identité propre.

207. Il est impossible en 1998 de déterminer avec certitude le nombre de peuples autochtones qui ont disparu depuis l'époque de leur première rencontre avec les "découvreurs", sous l'effet de la "civilisation" qui leur a été imposée. Il n'est pas possible non plus de dire combien disparaîtront encore

dans un avenir peu éloigné si les conditions dans lesquelles ils vivent aujourd'hui dans des États multinationaux ne changent pas.

208. Pour ne donner que deux exemples, tout indique que les premiers habitants de l'île de Santa Catalina au large de la côte californienne et les Yanomamis du Roraima doivent être classés dans la catégorie des "peuples en voie de disparition". Le grignotage implacable de leurs terres par les moyens les plus variés, leur expulsion de ces terres (soit que le nouvel État utilise directement la force, soit qu'ils ne puissent obtenir les ressources voulues pour poursuivre leurs activités économiques traditionnelles ou cultiver le sol), les restrictions draconiennes imposées à l'utilisation de leur propre langue et à la pratique de leurs convictions religieuses (ou l'interdiction de l'une et/ou de l'autre) ont historiquement contribué à cette situation et y contribuent actuellement.

209. L'exercice effectif de leurs prérogatives en tant que sujets du droit international avait déjà été réduit à néant de fait vers la troisième Décennie du XXe siècle dans toutes les régions du monde où des peuples autochtones et des peuples non autochtones avaient conclu des traités bilatéraux relativement souvent dans le passé. Ce processus correspond à la décision que le Sénat des États-Unis avait prise au début des années 1870, de cesser de conclure des traités avec les nations autochtones et de refuser la qualité de traité aux instruments qui n'avaient pas encore été ratifiés.

210. À cet égard, il faut aussi rappeler la vanité des tentatives des peuples autochtones (malgré les "14 points" du Président Woodrow Wilson) pour rétablir la reconnaissance de leur qualité de sujets du droit international par la Société des Nations; ou pour avoir accès, en vertu de leurs droits en tant que peuples, à la Cour internationale de Justice qui, aux termes de la Charte des Nations Unies, est le principal organe judiciaire de la nouvelle organisation mondiale créée à la suite de la défaite de l'Axe dans la Seconde Guerre mondiale. Il en fut ainsi malgré le grand nombre de soldats autochtones qui avaient contribué à la victoire des alliés dans cette guerre et malgré le préambule de la Charte des Nations Unies selon lequel l'Organisation des Nations Unies a été établie par les "peuples des nations unies" qui, par l'intermédiaire de leurs gouvernements, se sont déclarés en 1945 "résolus à créer les conditions nécessaires au maintien de la justice et du respect des obligations nées des traités et autres sources du droit international" (c'est l'auteur qui souligne). Telle était la situation alors que la Charte, en formulant l'un des buts de l'Organisation, reconnaît l'importance du respect "du principe de l'égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes" (art. 1er, par. 2), manière simple, directe et sans réserve de dire tous les peuples sans aucune exception.

211. Si l'on considère le contexte contemporain actuel et la disposition précitée de la Charte, il n'est pas inutile de souligner, au moins en passant, l'incohérence patente de la position de ceux qui se sont fondés sur cette disposition pour légitimer la décision prise par certaines nations qui faisaient naguère partie de l'Union soviétique aujourd'hui disparue (par exemple, les pays dits baltes) de faire sécession, en revendiquant pour elles le statut de nations pleinement souveraines, tout en s'opposant à ce que ce même droit soit seulement mentionné lors des débats sur les questions autochtones.



212. Ce n'est pas le seul exemple de la pratique du "deux poids deux mesures" que l'ONU applique actuellement aux peuples autochtones, bien que l'Organisation examine cette question avec beaucoup plus d'attention depuis l'établissement du Groupe de travail sur les populations autochtones en 1982. Il ne faut pas oublier les obstacles insurmontables auxquels se heurtent les efforts de ces populations pour être pleinement représentées dans les organes du système des Nations Unies autres que le Groupe de travail. Tel fut le cas en 1989, lorsque l'OIT examina et adopta la Convention No 169 qui porte directement sur leurs conditions de vie quotidiennes.

213. Des difficultés analogues ont aussi fait obstacle à la pleine participation, pourtant bien nécessaire, des organisations autochtones aux activités du Groupe de travail établi par la Commission des droits de l'homme pour élaborer un projet de déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples, la participation à ce groupe ayant été soumise à des règles strictes qui, en fait, limitent considérablement l'apport autochtone au débat. Il n'a pas été appliqué de règles analogues à des organisations non gouvernementales ne bénéficiant d'aucun statut reconnu auprès du Conseil économique et social mais désireuses de participer aux travaux d'un autre groupe de travail établi par la Commission pour traiter des droits et responsabilités des "défenseurs des droits de l'homme".

214. La réduction constante (ou la disparition totale) de la base territoriale des peuples autochtones ne nuit pas seulement à leur capacité de survivre en tant que peuples; elle fut aussi la source de l'aspect le plus crucial de la "question autochtone" telle qu'elle se pose actuellement : le droit de ces peuples à l'utilisation, à la jouissance, à la préservation et à la transmission aux générations futures de leurs terres ancestrales dans la paix, sans ingérence extérieure, conformément à leurs propres usages, coutumes et règles de vie sociale. Nous y reviendrons.

215. Une fois terminé le travail des premiers conquistadores/colonisateurs ou de leurs successeurs, le processus colonial s'orienta vers l'éviction progressive ou rapide des habitants des terres autochtones.

216. Le Rapporteur spécial n'a pas pour mandat de décrire en détail dans son rapport final les dures conséquences pour les peuples autochtones de leur assujettissement à un nouvel ordre social, économique et politico-juridique totalement étranger. Les publications d'auteurs tant autochtones que non autochtones (y compris d'organes gouvernementaux des États où ces peuples vivent actuellement) ne manquent pas. Il tentera seulement de récapituler ses effets les plus pertinents, dont certains sont encore décelables à la fin du XXe siècle, en particulier ceux qui concernent les droits fonciers.

217. Il faut souligner à cet égard que, pour ces peuples, leur terre (celle d'où ils sont originaires ou celle où ils vivent aujourd'hui) est porteuse de valeurs spirituelles et matérielles singulières. C'est en elle qu'ils trouvent les éléments essentiels de leur cosmogonie. Elle est la source suprême de vie et de sagesse. La jouissance collective de ce qu'elle offre, l'inaliénabilité d'un bien qui n'est pas "possédé" mais "préservé" pour les futures générations sont pour eux des articles de foi. Elle joue un rôle irremplaçable dans leurs pratiques religieuses. Bref, leur conception de la terre était (et est) singulièrement différente de celle, importée, des nouveaux venus et de leurs

successeurs dont, logiquement, l'approche traduisait (parfois peu fidèlement) les valeurs dominantes de leurs sociétés respectives.

218. *Grosso modo*, les nouveaux venus et leurs successeurs investirent (et investissent toujours) la terre d'une valeur essentiellement patrimoniale, et en firent l'objet d'une appropriation individuelle exclusive (susceptible de ce fait d'être transmise à d'autres au gré du détenteur du titre de propriété), une source de richesse matérielle et une base de la puissance politique et économique.

219. Privant les peuples autochtones de leurs terres, ce processus leur laissa des moyens de survie très limités et de nature à les affaiblir : vassalité (ou servitude sous ses diverses formes), ségrégation, avec installation dans des zones plus petites qui leur furent "réservées", ou assimilation dans le secteur non autochtone de la nouvelle entité sociopolitique créée sans apport autochtone. Cette dernière solution signifia la marginalisation et la discrimination sociale qui caractérisèrent ces sociétés mixtes et contre lesquelles il fut difficile, sinon impossible, de faire quoi que ce soit malgré les efforts dignes d'éloges de certains milieux non autochtones.

220. Les autochtones furent dépossédés de leurs terres par divers moyens. Indiscutablement, il y eut les traités et accords, du moins si l'on accepte l'interprétation non autochtone de ces documents (et, en général, cette version est la seule qui soit disponible par écrit). Cette question sera reprise plus loin.

221. La coercition - que ce soit par la force armée ou par des moyens judiciaires et/ou législatifs - fut très fréquemment employée - il en fut ainsi, que des engagements juridiques exprès contraires aient été pris auparavant ou non.

222. La coercition fut poussée à l'extrême. Par exemple, cet exode forcé sur l'autre rive du Mississippi des "cinq tribus civilisées" du sud-est des États-Unis dans les années 1830. Voilà le premier cas de "nettoyage ethnique" étayé par des documents.

223. Une autre méthode fréquemment employée pour parvenir à déposséder les autochtones de leurs terres dans les cas où aucun instrument juridique n'avait été élaboré fut de profiter de l'impossibilité où se trouvaient les peuples (ou les personnes) autochtones de montrer des "titres de propriété" considérés comme valables par la nouvelle loi non autochtone. Ainsi leurs terres ancestrales furent-elles faciles à saisir par des non-autochtones détenteurs de tels documents (acquis par les moyens les plus divers et, le plus souvent, moins qu'honorables) ou par les autorités centrales ou locales qui les déclarèrent biens publics (ou terres de la couronne ou fédérales) soumis à leur juridiction.

224. Les peuples autochtones ayant été totalement ou partiellement dépossédés de leurs terres (source de vie fondamentale pour toutes les catégories), de nouvelles formes de dépendance apparurent et d'anciennes formes s'aggravèrent. D'abord, il fut nettement plus difficile aux autorités autochtones d'exercer leurs fonctions avec efficacité, et aux sociétés autochtones de subvenir

à leurs propres besoins par leurs activités économiques traditionnelles. Tout cela ébranla leurs structures sociales.

225. Les nouvelles autorités non autochtones se hâtèrent de créer un ordre politico-administratif distinct remplaçant les autorités et mécanismes de prise de décisions autochtones traditionnels qui avaient guidé ces sociétés pendant des siècles. Cet effort fut généralement couronné de succès. Cependant, dans de nombreux cas, ce succès ne fut possible que grâce à la participation de certains segments des sociétés autochtones, déjà soumis à des pressions de toutes sortes.

226. Depuis une époque récente, certaines sociétés multinationales offrent elles aussi aux autochtones en tant que tels la possibilité de s'impliquer dans certains aspects de l'ordre politique non autochtone établi dans le domaine parlementaire en particulier. On en a l'exemple en Colombie et en Nouvelle-Zélande/Aotearoa. Le Rapporteur spécial se félicite de cette évolution qui lui paraît être un pas dans la bonne direction, en particulier dans le cas de la Nouvelle-Zélande. La loi électorale de ce pays donne à la population maori toute liberté de s'inscrire sur la liste qui lui est réservée. Cependant, on ne voit pas encore précisément quel impact ce type de mesure aura en fait sur l'énorme effort nécessaire pour instaurer de plus justes relations entre les deux composantes des sociétés concernées.

227. Du point de vue économique, la perte ou la réduction substantielle de leur base territoriale eut pour les peuples autochtones des conséquences désastreuses. L'impossibilité où ils se trouvèrent de poursuivre leurs activités économiques traditionnelles (ou de ne pouvoir le faire que sur des territoires fort réduits) provoqua une migration constante vers des centres économiques non autochtones, en particulier les grandes villes. Pour un très grand nombre de communautés, il s'ensuivit la perte ou une importante diminution de leur base démographique et, en général, l'acculturation d'un nombre important de leurs membres et la perte progressive de leur identité autochtone.

228. Aujourd'hui, sur les terres qui sont encore en leur possession (en particulier là où il n'existe ni traité ni accord), il est manifeste que les conséquences sur les activités économiques traditionnelles continuent à se faire sentir. Ce phénomène tient au flou juridique qui, selon la loi non autochtone, entoure leur possession effective de la terre, et à l'invasion de la technologie étrangère destinée à l'exploitation des ressources naturelles (y compris le sous-sol, les cours d'eau, les forêts et la faune).

229. La liste de ces cas est longue et diverse et il est impossible de les énumérer tous dans le présent rapport. On se contentera de souligner que la grande majorité de ces peuples parviennent tout juste à vivre dans des conditions précaires. Cette situation s'explique par plusieurs facteurs : la menace directe d'une éviction forcée, dans certains cas; l'obligation, parfois, d'obtenir d'autorités administratives non autochtones des licences ou des permis pour pouvoir pratiquer leurs activités économiques traditionnelles (ou de se voir imposer des quotas restrictifs qui ne couvrent pas leurs besoins); l'obligation, dans d'autres cas, d'obtenir de ces services administratifs l'autorisation d'utiliser les ressources naturelles, même lorsque la loi non autochtone elle-même a reconnu qu'elles leur appartenaient;

ou, plus généralement, les effets de la technologie moderne sur leur habitat traditionnel.

230. La situation générale des aborigènes d'Australie - même après la décision bien connue dans l'affaire Mabo - et la situation des nations/peuples Cris et Hobbemas du Lubicon en Alberta (Canada), des Dénés (Navajos) en Arizona (États-Unis), des Cris de la baie James, au Québec, de nombreux segments des peuples maori en Aotearoa (Nouvelle-Zélande) et mapuche au sud du Chili sont quelques-uns des exemples tangibles de ces conditions économiques précaires faites aux peuples autochtones.

231. Il faut signaler à ce propos que lors de ses recherches chez les Cris du Québec (1993) et les Mapuches (1998), le Rapporteur spécial a pu confirmer aussi bien pour l'avoir observé personnellement que pour avoir reçu des témoignages vécus, les dommages considérables et irréversibles que l'habitat autochtone a subis ou dont il est menacé à cause des travaux de détournement ou de construction de barrages exécutés sur de grands cours d'eau (comme le haut Bio-Bio ou le bassin du Great Whale) pour construire de grandes centrales hydroélectriques dont la production doit, au dire de tous, être mise au service de la population non autochtone (même dans d'autres pays).

232. Comme on peut conclure de tout ce qui précède, la vie socioculturelle des peuples autochtones sous tous ses aspects, y compris bien sûr la pratique de leur religion, a souffert du processus global d'"internalisation" (qui touche tous les domaines), ainsi que de son corollaire inévitable, la privation de leurs terres ancestrales et la perte de leur maîtrise effective.

233. Qu'ils aient été soumis à un système de servitude directe ou à une sorte de liberté surveillée (ou de tutelle) comme celle qui s'applique aux mineurs; qu'ils aient été assimilés (ou soient en voie d'assimilation) et marginalisés dans les nouvelles sociétés, ou confinés dans des zones exiguës entourées par une autre culture puissante, agressive et étrangère, ou qu'ils vivent sur d'autres terres à la périphérie - pour fuir l'autorité non autochtone puisqu'ils ont perdu la leur -, ces peuples ont vu leur riche tissu social subir toutes sortes d'agressions.

234. Tout d'abord, il importe de noter la séparation forcée des familles, les enfants et adolescents passant de longues périodes dans des écoles religieuses loin de leur environnement d'origine pendant les années de formation. Dans ces institutions, ils étaient récompensés lorsqu'ils acceptaient d'être assimilés, alors que toute expression de leur identité d'origine (l'emploi de leur propre langue, par exemple) leur valait d'être sévèrement punis, y compris par des châtiments corporels.

235. Les peuples autochtones ont aussi vu détruire une grande partie de leur patrimoine historico-culturel et profaner leurs cimetières et autres sites sacrés. Leurs trésors archéologiques, même les os de leurs ancêtres, sont encore exposés aujourd'hui dans de nombreux musées non autochtones dans le monde entier, malgré les efforts faits pour les faire revenir, les lois adoptées par les pays pour les préserver et les protestations de nombreuses organisations internationales.

236. Sur les vestiges de temples démolis se dressent des cathédrales impressionnantes ou d'autres manifestations de la nouvelle culture. Le Rapporteur spécial a aussi reçu des renseignements dignes de foi concernant au moins deux tentatives visant ces dernières années à aménager des terrains de golf sur des terres dont la valeur religieuse pour les peuples autochtones était reconnue.

237. Assez souvent et pendant de longues périodes, il leur fut purement et simplement interdit de façon catégorique de pratiquer leurs coutumes et leur religion et d'organiser leurs cérémonies. De plus, dans bien des cas et pour diverses raisons, l'accès à des lieux où, selon leurs traditions, ces pratiques et cérémonies devaient avoir lieu, leur fut refusé. Il leur est arrivé de se trouver forcés soit de les célébrer clandestinement au risque de subir des sanctions sévères (cas de la *danse du Soleil* en Amérique du Nord), soit (ce que firent les esclaves importés d'Afrique dans la Caraïbe et au Brésil) de les maquiller ingénieusement pour les assimiler à la liturgie étrangère, celle de la religion catholique par exemple, comme il est courant en Amérique latine.

238. Leurs institutions et cultures furent jugées "inférieures", "archaïques" et "inefficaces et peu pratiques" par la composante non autochtone. Ces opinions défavorables furent répandues quotidiennement *urbi et orbi* de mille façons (par la littérature "scientifique" ou simplement par la parole) et firent rapidement partie de la "sagesse conventionnelle" de larges pans du monde politique et universitaire, ainsi que dans de vastes segments du grand public, dans les sociétés plurinationales où ils continuent à vivre aujourd'hui.

239. Ainsi, il ne devrait rien y avoir de surprenant dans le désir de plusieurs individus autochtones de s'assimiler, ni dans leur acceptation des valeurs éthiques ou matérielles de la société étrangère qui les entoure. La racine commune de cette menace évidente qui pèse sur leur survie en tant que peuples distincts se trouve dans l'érosion manifeste de l'estime de soi dont sont victimes certains secteurs de plusieurs peuples autochtones de nos jours. Cela se vérifie même au stade où l'on en est actuellement et où l'on observe aussi un processus tout à fait clair et vigoureux de reconquête et de développement des valeurs traditionnelles de ces peuples.

240. À cet égard, il convient de signaler que le manque d'emplois et, en général, l'impossibilité où ils se trouvent de parvenir dans la situation actuelle à un développement durable dans le respect de leurs propres traditions ont largement contribué à cette perte du respect de soi-même. Tel est le cas en particulier des peuples captifs du système des "réserves indiennes" établi aux États-Unis et au Canada, ou d'autres systèmes en Europe du Nord et au Groenland.

241. Bien trop fréquemment, la réalité quotidienne des peuples autochtones alimente la conviction que leur survie n'est possible que grâce aux "subventions" et aux "services" fournis par l'État dont ils dépendent. Ces services peuvent être d'une qualité plus ou moins grande et s'adresser à un nombre plus ou moins grand de gens, l'assistance peut être directe ou indirecte, mais ce que toutes ces aides ont en commun depuis des siècles, c'est que leur coût est toujours, par définition, moindre que la valeur des

avantages que tire le secteur non autochtone avec lequel ils forment une seule et même société.

242. Enfin, il ne faut pas oublier que dans pratiquement tous les cas où des peuples autochtones vivent dans un État multinational moderne, leur indice de développement social est plus faible, ou moins favorable, que celui de la composante non autochtone avec laquelle ils coexistent. Il en est ainsi de certains des indices socioéconomiques les plus importants : emploi, revenu annuel, mortalité prénatale et infantile, espérance de vie, niveau d'instruction, pourcentage de la population carcérale, taux de suicide, etc. Très régulièrement, les chiffres officiels fournis par les sources compétentes dans ces pays en apportent la preuve.

243. Tout ce qui précède explique pourquoi depuis plus de 15 ans la Sous-Commission et le Groupe de travail s'occupent des questions autochtones au titre d'un point traitant de la discrimination à l'encontre des peuples autochtones, sujet que traite aussi l'étude fondamentale de M. Martínez Cobo publiée il y a 16 ans. Au fond, la situation des peuples autochtones n'a guère évolué depuis lors. Leur relation avec le monde non autochtone reste inchangée pour l'essentiel.

244. Ce n'est pas non plus par hasard que la Commission, le jour même où elle établit le mandat du Rapporteur spécial, reconnu (dans un jargon diplomatique impeccable) que "dans divers cas, les populations autochtones ne peuvent pas jouir de leurs droits de l'homme et libertés fondamentales inaliénables" (sixième alinéa du préambule de la résolution 1989/34 de la Commission, en date du 6 mars 1989).

#### IV. REGARD SUR L'AVENIR : CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

245. Pour le Rapporteur spécial au moment de formuler les conclusions et recommandations qui découlent du présent rapport final, il convient de relever un certain nombre d'éléments, dont les plus importants sont les suivants :

a) Son mandat, défini dans la résolution 1988/56 de la Commission des droits de l'homme et la décision 1988/134 du Conseil économique et social;

b) Le plan de l'étude <sup>53</sup> présenté aux organes dont émane le Groupe de travail et approuvé par eux, explicitement ou implicitement; et

c) Les questions évoquées dans le rapport de M. Martínez Cobo de 1982 comme devant peut-être être approfondies dans une étude comme celle-ci.

246. En ce qui concerne le mandat du Rapporteur spécial, il a lieu de rappeler que l'étude a pour but premier d'examiner l'utilité potentielle des traités, accords et autres arrangements constructifs entre les populations autochtones et les gouvernements aux fins d'assurer la promotion et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones.

247. Le Rapporteur spécial est également appelé, de par son mandat, à accorder "une attention particulière au développement en cours des normes universellement pertinentes et à la nécessité de mettre au point

des conceptions novatrices, axées sur l'avenir, des relations entre les populations autochtones et les gouvernements". Il doit pour ce faire tenir compte de l'inviolabilité de la souveraineté et de l'intégrité territoriale des États et de leurs réalités socioéconomiques. Le membre de phrase "développement en cours des normes universellement pertinentes" se rapporte de toute évidence au projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones que le Groupe de travail a commencé d'élaborer en 1985.

248. Le Rapporteur spécial a pris pour base de ses conclusions et recommandations le projet de déclaration en question, bien que ce texte définitif n'ait pas encore été adopté. Il a tenu compte du fait que le libellé actuel avait été adopté après avoir été débattu au Groupe de travail pendant de longues années puis, pendant quelque temps à la Commission, et que des représentants des autochtones et des délégations des gouvernements ont largement participé à ces débats.

249. En ce qui concerne les questions mentionnées dans le plan de 1988 comme devant être examinées dans l'étude finale, le Rapporteur spécial a retenu : le rôle des traités dans l'expansion européenne au-delà des mers (examiné au chapitre III); l'importance des traités, accords et autres arrangements constructifs à l'heure actuelle, y compris les questions touchant la succession d'États, la reconnaissance de ces instruments par les États et le point de vue des peuples autochtones à ce sujet. Par ailleurs, trois sources principales étaient indiquées dans le plan comme devant servir pour le rassemblement des données et l'élaboration des conclusions et recommandations : le droit international public; la législation nationale des États contemporains (y compris les décisions des tribunaux nationaux); et le point de vue des autochtones sur le plan juridique (concernant les autorités qui régissent la société, les traités et la conclusion de traités en général).

250. Le Rapporteur spécial M. Martínez Cobo, avait estimé qu'il convenait d'examiner d'autres questions pertinentes comme les aspects qui se rapportent aux dispositions des traités et autres instruments internationaux impliquant des peuples autochtones, qu'ils soient ou non respectés, les conséquences de leur défaut de mise en oeuvre pour les peuples autochtones (question qui est également abordée au chapitre III) ainsi que le statut actuel des instruments juridiques impliquant des peuples autochtones.

251. Le Rapporteur spécial est en mesure à ce stade de présenter un certain nombre de conclusions générales sur l'ensemble des questions visées par l'étude, et des conclusions plus précises au sujet des deux grandes catégories de situations dans lesquelles se trouvent aujourd'hui les peuples autochtones qui vivent à l'intérieur de sociétés multinationales selon qu'il existe ou non des traités, accords ou autres arrangements constructifs.

252. La première conclusion générale touche à la reconnaissance du droit des peuples autochtones à leurs terres et à leurs ressources et du droit de continuer de se livrer en toute tranquillité à leurs activités économiques traditionnelles sur ces terres. Tel est le problème majeur à résoudre si l'on veut instaurer des relations à la fois plus solides, équitables et durables entre le secteur autochtone et le secteur non autochtone dans les sociétés multinationales. Étant donné la relation spéciale spirituelle et matérielle,

que les autochtones entretiennent avec leurs terres, le Rapporteur spécial pense que pour faire avancer les choses il est indispensable d'étudier la question de la dépossession constante de cette ressource unique, dont dépendent la vie et la survie de ces peuples, d'y trouver une solution, et d'offrir des réparations qui soient acceptables pour les peuples concernés.

253. Les données rassemblées aux fins de la présente étude, les témoignages personnels recueillis par le Rapporteur spécial, mais aussi les débats du Groupe de travail et d'autres instances internationales, attestent de l'importance capitale de la question, tout comme le fait que plus d'une douzaine d'articles du projet de déclaration se rapportent aux droits sur les terres, et les préoccupations exprimées récemment par le Vatican <sup>54</sup> au sujet de la violence et de la discrimination dont on use pour déposséder encore aujourd'hui les peuples autochtones de leurs terres.

254. Autre conclusion, étroitement liée à la précédente : la question des droits sur les terres mais aussi la *problématique* autochtone en général et sa solution globale éventuelle ne sauraient être abordées sous un angle juridique exclusivement. Les problèmes auxquels se heurtent un nombre important d'États multinationaux sont avant tout d'ordre politique. Pour pouvoir les résoudre grâce à des conceptions novatrices et axées sur l'avenir, il faut donc que toutes les parties intéressées, et en particulier les dirigeants politiques des États modernes fassent montre d'une volonté politique considérable. Les débats et les argumentations juridiques prennent trop de temps, exigent d'importantes ressources (que les populations autochtones ne possèdent presque jamais ou seulement en quantité limitée) et sont souvent faussées par des justifications rationnelles accumulées au fil des siècles. En outre, l'urgence des problèmes est telle qu'il est exclu, au seuil du XXI<sup>e</sup> siècle, de s'engager dans le genre de débats juridiques ou philosophiques auxquels se livraient au XVI<sup>e</sup> siècle Las Casas et Sepúlveda.

255. Le Rapporteur spécial est absolument convaincu que la *problématique* autochtone aujourd'hui a aussi un aspect éthique. Il pense que l'humanité a contracté une dette envers les peuples autochtones par suite des méfaits historiques dont elle s'est rendue coupable à leur égard, et leur doit donc réparation au nom de l'équité et de la justice historique. Il est parfaitement conscient par ailleurs de l'impossibilité de ramener les choses à l'état où elles étaient à l'époque où les peuples autochtones et les autres se sont rencontrés, il y a cinq siècles. Certes, il n'est pas possible d'effacer tout ce qui a été fait - de positif ou de négatif - depuis, mais cela n'enlève rien à l'impératif éthique d'effacer (même s'il faut pour cela se défaire du carcan que constitue le respect rigide de la "légalité [non autochtone]") les torts causés, aux peuples autochtones sur le plan spirituel et matériel.

256. Le Rapporteur spécial n'a pas davantage d'hésitations au sujet de la question très controversée du droit à l'autodétermination. Les peuples autochtones, comme tous les peuples de la terre, ont le droit de jouir de ce droit inaliénable. L'Article 1 de la Charte reconnaît sans réserve ce droit à tous les peuples (et en fait un principe du droit international contemporain) de même que l'article premier commun aux deux pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme. Ce droit est aussi expressément reconnu aux peuples autochtones à l'article 3 du projet de déclaration. Pour le Rapporteur spécial, tout conflit éventuel entre l'exercice de ce droit par



les peuples autochtones dans les conditions où ils se trouvent actuellement et le droit et le devoir reconnus des États sur le territoire desquels ils vivent aujourd'hui de préserver leur souveraineté et leur intégrité territoriale doit être réglé par des moyens pacifiques, d'abord et avant tout par la négociation; moyennant des mécanismes adéquats de règlement des différends (qui existent déjà ou qui demandent à être mis en place) au niveau national de préférence et toujours avec la participation effective des populations autochtones. Nous reviendrons plus loin sur cette question.

257. En ce qui concerne la question de savoir si les populations autochtones qui se trouvent dans des pays où certaines ont été officiellement reconnues comme telles (par des nations non autochtones dès les premiers contacts ou ultérieurement) dans le cadre d'instruments juridiques internationaux comme des traités, et où d'autres nations ne l'ont pas été, peuvent ou non être considérées comme des nations au sens du droit international contemporain, le Rapporteur spécial pense qu'il y a lieu de faire une distinction entre ces deux cas, même si l'on arrive en dernière analyse à la même conclusion.

258. Après avoir examiné les cas qu'il avait retenus pour son étude, le Rapporteur spécial est arrivé à la conclusion qu'il s'agissait le plus souvent de conflit réel entre le secteur autochtone et le secteur non autochtone de la société, ou qu'il y avait des germes de conflit, lequel pouvait éclater inopinément, car un certain nombre de problèmes latents qui se posent parfois depuis des siècles, n'ont pas trouvé de solution satisfaisante. Les événements qui se sont produits à Oka (Québec) en 1991 et au Chiapas (Mexique) en 1994, ainsi que dans diverses communautés d'Australie en 1997, sont autant d'exemples de ce genre de situation.

259. L'autre conclusion générale est que, comme le reconnaît le projet de déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones soumis par le Groupe de travail à la Sous-Commission, puis adopté par elle <sup>55</sup>, l'ensemble des droits de l'homme et des libertés fondamentales reconnus dans les instruments internationaux - qu'ils aient force exécutoire ou non - qui ont été acceptés par l'État dans lequel ils vivent aujourd'hui s'appliquent aux autochtones, peuples ou individus, qui vivent à l'intérieur de leurs frontières <sup>56</sup>. Il en va de même pour tous les droits et libertés reconnus par la législation nationale de l'État intéressé à tous les individus et tous les groupes sociaux qui relèvent de la juridiction dudit État. Selon le Rapporteur spécial, encore faut-il que la manière dont ces droits et libertés sont reconnus dans les instruments en question soit conforme aux coutumes, aux institutions qui régissent l'organisation de la société et aux traditions juridiques des autochtones.

260. Par ailleurs, le Rapporteur spécial est porté à penser que les traités, accords ou arrangements constructifs, de par leur nature consensuelle, pouvaient s'avérer des moyens très importants de consacrer et de mettre en oeuvre non seulement les droits et libertés visés au paragraphe précédent, mais aussi les droits ancestraux inaliénables, notamment les droits sur les terres, dans le contexte particulier d'une société donnée.

261. La documentation abondante qu'il a consultée, les travaux du Groupe de travail et les témoignages qu'il a recueillis, permettent au Rapporteur spécial de conclure que, de l'avis quasi unanime des peuples autochtones de

tous horizons, les mécanismes d'État administratifs ou judiciaires existants sont dans l'incapacité de répondre à leurs aspirations et à leurs espoirs de réparation.

262. Il a également des raisons de conclure que les autochtones sont généralement désireux d'instaurer (ou de réinstaurer) de nouvelles relations, solides, différentes, diamétralement opposées à celles qu'ils ont entretenues jusqu'ici avec le secteur non autochtone de la société dans les pays où ces deux secteurs coexistent, et qui sont faites d'antagonismes et souvent d'acrimonies. Mais les peuples autochtones estiment que le seul moyen d'y parvenir est de mettre en oeuvre intégralement les instruments juridiques mutuellement convenus qui régissent ces relations (et d'adopter une même interprétation de leurs dispositions) ou de mettre en place de nouveaux instruments avec leur pleine participation. Les responsables gouvernementaux compétents d'un certain nombre de pays, dont le Canada, la Nouvelle-Zélande et le Guatemala, partagent ce point de vue.

263. Enfin, le Rapporteur spécial est fermement convaincu que la négociation et la concertation sur lesquelles est fondée la conclusion des traités (prise au sens le plus large) est le meilleur moyen non seulement de faire en sorte que les autochtones contribuent effectivement à toute entreprise visant à la reconnaissance ou au rétablissement de leurs droits et libertés, mais aussi de mettre en place les mécanismes concrets si nécessaires destinés à favoriser l'exercice et la mise en oeuvre de leurs droits ancestraux et de ceux qui sont consacrés par les textes nationaux et les instruments internationaux. C'est donc là le meilleur moyen de concevoir le règlement des différends liés aux questions autochtones à tous les niveaux, avec le consentement libre et éclairé des autochtones.

264. De l'avis du Rapporteur spécial, c'est là également la meilleure manière pour les gouvernements de donner une suite concrète à l'appel lancé par la Conférence mondiale sur les droits de l'homme qui s'est tenue à Vienne en 1993, les invitant à assurer la libre et pleine participation des populations autochtones à la vie de la société sous tous ses aspects et spécialement s'agissant des questions qui les concernent <sup>57</sup>.

265. En ce qui concerne les peuples autochtones qui ont signé des traités ou d'autres instruments juridiques avec les colons européens et/ou ceux qui leur ont succédé dans le processus de colonisation, le Rapporteur spécial n'a pas trouvé d'argument juridique solide permettant de soutenir qu'ils ont perdu leur statut de nation/peuple en droit international. Les dispositions des traités qui, selon la version et l'interprétation du secteur non autochtone, contiennent la renonciation expresse des peuples autochtones à leurs prérogatives en tant que sujets de droit international (en particulier la souveraineté sur leurs terres et l'exercice exclusif du pouvoir politique et de la gestion exclusive de leurs institutions) sont fermement mises en cause par la plupart des peuples autochtones que le Rapporteur spécial a consultés.

266. Le rejet de ces dispositions se fonde soit sur la nullité d'un consentement obtenu par imposture et/ou en induisant en erreur les intéressés quant à l'objet et au but du contrat, ou sur le fait que leurs ancêtres ignoraient totalement l'existence même de ces dispositions ou que leurs

traditions ancestrales et leur culture ne leur permettaient pas de renoncer à ces attributs (notamment s'agissant des terres et du gouvernement).

267. Les États parties à ces contrats, qui sont ceux qui ont le plus gagné à exercer leur juridiction sur d'anciennes terres autochtones, font valoir que les intéressés ont effectivement renoncé à ces prérogatives et s'appuient à cet effet sur les dispositions de leur législation et les décisions de leurs tribunaux, ainsi que sur les réalités d'aujourd'hui et les événements historiques qui ont abouti à cette situation. Le principe selon lequel nul ne peut aller à l'encontre de ses propres actes remonte à l'époque des Romains et était un principe général de droit à l'époque où les autochtones ont été dépossédés de leurs terres.

268. À cet égard, le Rapporteur spécial est tout à fait conscient de la non-rétroactivité de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969<sup>58</sup>, qui est entrée en vigueur en 1980. Un nombre considérable d'États sur le territoire desquels vivent des peuples autochtones ont adhéré à cet instrument. Mais il sait aussi que le texte adopté à Vienne porte non seulement sur l'élaboration de nouvelles règles et principes de droit international, mais sur la codification de ceux qui ont résisté au temps et qui faisaient déjà partie en 1969 du droit international en tant qu'éléments du droit coutumier ou droit positif consacrés dans un certain nombre d'instruments internationaux bilatéraux et/ou multilatéraux déjà existants.

269. Le Rapporteur spécial estime que l'article 27 de la Convention de Vienne qui stipule qu'"Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité ...") était déjà une règle de droit international à l'époque où le processus qui a débouché sur la privation des droits des peuples autochtones et la spoliation de leur souveraineté était en cours, en dépit des traités établissant le contraire conclus avec eux en tant que sujets reconnus de droit international.

270. Cela nous amène à poser la question de savoir si les traités conclus entre les colons européens et leurs successeurs et les nations autochtones sont toujours des instruments internationaux au regard du droit international.

271. Le Rapporteur spécial estime que ces instruments conservent bel et bien leur statut initial et sont toujours pleinement en vigueur, donc source de droits et d'obligations pour toutes les parties originaires (ou leurs successeurs), qui sont tenues de mettre en oeuvre leurs dispositions en toute bonne foi.

272. L'argumentation juridique qui sous-tend la conclusion qui précède est très simple et ce que dit le Rapporteur spécial n'a rien de nouveau. Les traités qui ne sont pas accompagnés d'une date d'expiration sont réputés en vigueur jusqu'à ce que toutes les parties décident d'y mettre fin, sauf si des dispositions contraires sont contenues dans le texte de l'instrument lui-même ou s'ils sont dûment déclarés nuls et nonavenus. C'est là une notion qui est fortement ancrée dans le développement théorique, les règles de droit positif et la jurisprudence, au niveau interne et au niveau international, depuis l'époque où le droit romain était à son apogée il y a plus de cinq siècles, lorsque la colonisation européenne a commencé.

273. Sur la base de ses travaux de recherche, le Rapporteur spécial peut affirmer que les peuples ou nations autochtones qui ont établi des relations conventionnelles avec les colons non autochtones et leurs successeurs font valoir avec force que ces instruments non seulement restent valables et applicables à leur situation actuelle, mais qu'ils sont indispensables à leur survie en tant que peuples distincts. Toutes les personnes qui ont été consultées directement ou qui ont répondu au questionnaire établi par le Rapporteur spécial, ou qui, au cours de rassemblements populaires ont apporté un témoignage oral ou écrit, ont exprimé clairement leur conviction qu'elles restaient bel et bien liées par les dispositions des instruments que leurs ancêtres ou elles-mêmes avaient signés avec les peuples non autochtones.

274. Les autorités compétentes de certains pays, comme le Canada et la Nouvelle-Zélande, ont déclaré au Rapporteur spécial que leurs gouvernements estimaient eux aussi que les traités qui les liaient aux peuples autochtones restaient entièrement valides et en vigueur (encore que leur interprétation de la teneur desdits traités soit radicalement différente de celle de leurs homologues autochtones).

275. Quoi qu'il en soit le Rapporteur spécial, au cours de ses travaux de recherche et à partir des observations qu'il a faites sur place, a pu prendre acte d'un nombre important de violations graves et flagrantes des obligations juridiques contractées par les États parties à ces instruments (notamment à ce qu'on appelle les "traités historiques" et aux engagements juridiques portant sur les terres autochtones) à presque toutes les étapes du processus d'internalisation décrit au chapitre III, plus particulièrement celui auquel on a assisté dans la deuxième moitié du XIXe siècle.

276. L'exemple le plus pertinent à cet égard est sans doute celui qui s'est produit dans les 25 dernières années du XIXe siècle, lorsque le Gouvernement fédéral a dépossédé la nation Sioux des Black Hills (situées sur le territoire de l'actuel Dakota du sud). Les terres comprenant les Black Hills étaient réservées à la nation autochtone selon les termes du Traité de Fort Laramie de 1868 <sup>59</sup>. À noter que dans le litige qui a fait suite à cette mesure, la Indian Claims Commission (Commission des revendications indiennes) avait déclaré <sup>60</sup> : "Un cas plus flagrant et plus répugnant de négociation déshonorante ne saurait être, selon toute probabilité, trouvé dans l'histoire de notre nation" et que tant la Court of Claims en 1979 que la Cour suprême <sup>61</sup> des États-Unis ont considéré que le Gouvernement américain s'était emparé des Black Hills au mépris de la Constitution. Toutefois, la législation américaine habilite le Congrès, en tant que curateur des terres indiennes, à disposer de ces biens, y compris de les céder au Gouvernement américain. Comme la restitution des terres usurpées par le Gouvernement fédéral n'est pas du ressort des tribunaux mais relève exclusivement du Congrès, la Cour suprême s'est bornée à accorder aux Sioux des dommages et intérêts de 17,5 millions de dollars (plus les intérêts). La partie autochtone, souhaitant rentrer en possession de ses terres - qui ont pour les Sioux une valeur spirituelle très particulière - et n'étant pas intéressée par l'argent, a refusé cet argent, qui se trouve dans les coffres de l'État selon les renseignements communiqués au Rapporteur spécial.

277. Chacun sait que le respect en toute bonne foi des obligations juridiques qui ne sont pas contraires à la Charte des Nations Unies (art. 2.2) est considéré comme l'un des grands principes du droit positif international moderne et l'un des principes capitaux qui régissent les relations internationales, puisque c'est là une règle impérative du droit international général (*jus cogens*). L'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités a consacré le principe *pacta sunt servanda* comme étant le fondement même du droit des traités, et l'importance de l'article 27 de cette même convention a été soulignée plus haut.

278. Il est à noter par ailleurs que le projet de déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones insiste particulièrement sur ce principe. L'article 36 stipule en effet : "Les peuples autochtones ont le droit d'exiger que les traités, accords et autres arrangements constructifs conclus avec des États ou leurs successeurs soient reconnus, honorés, respectés et appliqués par les États conformément à leur esprit et à leur but originels".

279. Par ailleurs, la dénonciation unilatérale d'un traité ou de tout autre instrument international ayant force exécutoire, ou la non-exécution des obligations contenues dans leurs dispositions, était inacceptable d'après le droit des gens et continue de l'être en droit international moderne. Il en va de même de la violation des dispositions d'un traité. Tous ces actes engagent la responsabilité internationale de l'État en cause. De nombreuses nations ont ainsi déclaré la guerre à d'autres parties à des accords mutuellement convenus à l'époque où l'expansion coloniale menée par des européens et par leurs successeurs était à son comble, c'est-à-dire du XVI<sup>e</sup> siècle à la fin du XIX<sup>e</sup>.

280. Le Rapporteur spécial est arrivé par ailleurs à la conclusion qu'un certain nombre de différends concernant des questions qui touchent à des traités ou accords passés avec les autochtones tiennent au fait que l'interprétation des dispositions de ces textes, en particulier celles qui se rapportent à l'objet et au but de l'accord en question, suscite des divergences considérables. C'est le cas par exemple du Traité de Waitangi. Les Maoris et les Pakehas ont une interprétation différente de questions capitales comme la "cession" prétendue des prérogatives de souveraineté et de gouvernance et des "droits sur les terres" aux colons non autochtones, ainsi que sur le but réel du traité lui-même. Un auteur connu <sup>62</sup> a décrit comment le principal négociateur britannique, qui avait pour instructions d'asseoir la souveraineté de la Grande-Bretagne sur les terres maories afin d'en prendre le contrôle exclusif et de pouvoir mener une colonisation pacifique, a délibérément atténué le sens du terme "souveraineté" et caché aux parties maori que la cession dont elles étaient en train de convenir signifierait en fin de compte une perte importante de pouvoir pour les Maoris. Les Maoris ont cru ingénument que le traité confirmait leurs droits sur leurs terres alors que même les droits les plus importants du *rangatiratanga* devaient en fin de compte être abandonnés au profit de la Couronne.

281. Il est à retenir que les pratiques autochtones en matière de conclusion de traités étaient exclusivement orales et ne s'appuyaient sur aucun document écrit. De plus, les parties autochtones avaient beaucoup de mal à suivre intégralement tous les aspects des négociations malgré l'aide d'interprètes (dont il est plus que probable que la transposition n'était pas toujours

absolument exacte), sans parler des clauses des versions écrites, rédigées dans une langue étrangère, qui leur étaient soumises par les négociateurs non autochtones. En outre, ils étaient la plupart du temps dans l'impossibilité de présenter par écrit la manière dont ils comprenaient les droits et obligations consacrés dans ces instruments.

282. Il est important de souligner que les travaux de recherche du Rapporteur spécial ont montré que les traités, en particulier ceux qui ont été conclus avec des nations autochtones, ont souvent eu des incidences négatives sur les droits des autochtones. À maintes reprises, ils ont eu pour but de permettre aux non-autochtones d'acquérir des "droits légitimes" sur les terres autochtones en "rendant caducs" lesdits droits, parmi d'autres. Dans un document qui a été remis en mains propres au Rapporteur spécial par un chef autochtone vénérable <sup>63</sup> au nom de sa nation, il est dit que les traités servent parfois à forcer les peuples autochtones à renoncer par contrat à leurs droits ancestraux et conventionnels.

283. Enfin, étant donné le petit nombre de données dont il disposait à ce stade ultime de son étude en ce qui concerne les traités entre États qui affectent les populations autochtones en tant que tierce partie, le Rapporteur spécial se contentera d'indiquer, à titre préliminaire, qu'à en juger par les preuves qu'il a pu recueillir, les parties autochtones en question n'acceptent pas les obligations que contiennent ces textes <sup>64</sup> et elles ne participent pas non plus à leur mise en oeuvre.

284. Passons maintenant à la situation des peuples autochtones qui n'ont jamais été formellement reconnus en tant que nations par le biais d'instruments juridiques internationaux formellement négociés avec des États non autochtones. Il conviendrait d'examiner avec un soin particulier s'ils conservent encore aujourd'hui leur statut de nation au regard du droit international contemporain. La question clef qu'il faut se poser à cet égard est la suivante : comment avait-on pu les priver en droit de ce statut si leur condition de nation était sans équivoque à l'origine et qu'ils n'y ont pas renoncé volontairement ?

285. Le Rapporteur spécial estime qu'il est erroné de considérer que le statut légal "originaire" de nation (au sens du droit international contemporain des peuples autochtones) ou de "non-nation" dépend du seul fait qu'ils ont ou non formalisé les relations avec les puissances colonisatrices non autochtones. Cette position non seulement va à l'encontre des grands principes du droit naturel, mais elle est illogique. Le fait que certaines de ces nations n'entretenaient pas de relations juridiques avec les puissances coloniales - souvent, dans les premiers temps d'un projet de colonisation, pour la simple raison que les nouveaux arrivants ne s'étaient pas trouvés sur leur route - ne semble pas être une raison suffisante pour établir une différence aussi considérable entre leurs droits et ceux des nations qui entretenaient ce genre de relations.

286. Il importe de rappeler que le droit non autochtone moderne a depuis longtemps écarté la théorie selon laquelle la non-reconnaissance formelle des moyens juridiques/politiques par une entité (ou un groupe d'entités) souveraine(s) pouvait conditionner l'existence d'une autre entité ou son statut en droit international. Cette théorie est une aberration au regard des

principes de la souveraineté et de l'égalité de droits de tous les États. Des entités internationales qui n'ont pas été reconnues par certains membres de la communauté internationale conservent pourtant les prérogatives de sujets de droit international et peuvent à ce titre entretenir des relations avec tous les autres sujets de droit international intéressés. Il suffit que les entités en question soient dotées des éléments nécessaires pour être considérées comme des sujets de droit international : territoire, population, forme de gouvernement institutionnalisée et, partant, capacité de conclure des accords internationaux.

287. D'autres théories non juridiques invoquées pour priver les peuples autochtones en général de leur statut juridique "originaire" (au sens du droit international contemporain) ont également été écartées suite à l'apparition de nouvelles conceptions et théories du droit international moderne. C'est ainsi que le concept de la *terra nullius* a été formellement mis au rencart par la Cour internationale de Justice dans l'avis consultatif qu'elle a rendu dans l'affaire du Sahara occidental <sup>65</sup>, et par la *High Court* australienne dans sa décision fameuse dans l'affaire *Mabo c. Queensland* <sup>66</sup> en 1992. De plus, la communauté internationale a largement dénoncé le recours à la conquête et à la force pour priver des entités de ce statut. Les dispositions de la Charte de l'Organisation des États américains et l'article 2.4 de la Charte des Nations Unies à cet égard montrent que le droit international contemporain rejette l'idée que la force et la conquête peuvent conférer des droits.

288. En conséquence, le Rapporteur spécial estime que si des peuples autochtones qui n'ont jamais eu de relations juridiques formelles, sous forme de traités ou autres procédures analogues, avec des puissances non autochtones (contrairement à d'autres peuples autochtones vivant sur le même territoire) revendiquent aussi le statut juridique de nations, il y a lieu de partir du principe que, sauf preuve du contraire, ils continuent de jouir de ce statut. Il incombe donc à la partie qui met en cause leur statut de nations de démontrer le contraire. Dans toute décision éventuelle sur cette question importante, il conviendra d'examiner avec toute l'attention voulue le bien-fondé des arguments juridiques avancés pour étayer la thèse que le peuple autochtone en question a d'une certaine manière perdu son statut originaire.

289. L'exposé des conclusions de la présente étude achevé, le Rapporteur spécial présente ses recommandations finales. Comme dans l'exposé de ses conclusions, il tient à rappeler certains éléments de base, définis au début de ses travaux, sur lesquels doivent reposer ces recommandations.

290. Il est bon de préciser que, selon le mandat confié au Rapporteur spécial, la présente étude ne devait pas se borner à examiner des instruments juridiques conclus dans le passé et leur importance à l'époque contemporaine et à déterminer s'ils étaient ou non appliqués à l'heure actuelle, mais analyser leur utilité pour le présent et pour l'avenir.

291. Le Rapporteur spécial considère que la rétrospective historique qu'il a présentée devrait permettre d'adopter une approche éclairée et axée sur l'avenir de la question clef, à savoir la nécessité d'établir dans quelle mesure la conclusion de nouveaux traités, accords et autres arrangements constructifs entre les populations autochtones et les États peut contribuer effectivement au développement de bases plus solides, plus durables et plus

équitables sur lesquelles seront fondées les relations qui ne sauraient cesser d'exister entre les populations autochtones et les États.

292. Il est à retenir en outre que le Rapporteur spécial a estimé que le but ultime de son mandat était de présenter des éléments, des conclusions et des recommandations permettant d'assurer sur le plan pratique toute la promotion et toute la protection possibles, en droit interne et international, des droits des populations autochtones et en particulier des droits de l'homme et des libertés fondamentales de ces populations <sup>67</sup>, grâce à l'élaboration de nouvelles normes juridiques, négociées et approuvées par toutes les parties intéressées, en vue de l'instauration d'un climat de confiance mutuelle <sup>68</sup> fondé sur la bonne foi, la compréhension mutuelle des intérêts vitaux de l'autre partie et le ferme engagement de chacune des parties de respecter les résultats éventuels des négociations <sup>69</sup>.

293. Il est bon de réaffirmer à ce stade ce qui a été dit plus haut dans le présent chapitre (par. 257), à savoir que la plupart des cas ou situations examinés par le Rapporteur spécial constituent soit des situations de conflit à proprement parler, soit peuvent dégénérer en conflit à tout moment et de la manière la plus inattendue.

294. À cet égard, on ne saurait trop insister sur la nécessité d'encourager l'instauration d'un climat de confiance et de l'entretenir. Il faut pour cela adopter des mesures positives, mais aussi éviter toute initiative qui risquerait d'exacerber les situations de conflit existantes. La première recommandation du Rapporteur spécial porte sur cette démarche indispensable.

295. Des initiatives comme celle qui a été prise il y a plusieurs années par le Premier Ministre australien de l'époque, M. Robert Hawke, qui a reconnu les méfaits commis par les premiers colons à l'égard des aborigènes; la reconnaissance récente par le Vatican du rôle joué à certains égards par l'Église catholique à divers moments de la colonisation de l'Amérique latine et le projet de loi d'excuses de 1993 adopté par le Congrès américain à propos d'Hawaii montrent que l'on est sur la bonne voie. Les Gouvernements de ces États devraient être encouragés à procéder au suivi de ces premières initiatives. Ceux qui se trouvent dans la même situation sont invités à faire preuve de l'audace nécessaire pour prendre des initiatives analogues dans le cadre du contexte social qui est le leur.

296. De même, les mesures qui risqueraient d'aggraver les situations de conflit existantes ou d'engendrer de nouveaux conflits devraient être évitées ou être immédiatement suivies d'un moratoire *sine die*. Les exemples de ce qu'il ne faut pas faire abondent : évictions forcées (comme celle de la nation Navajo en Arizona), mesures de coercition à l'encontre des populations autochtones pour les contraindre à accepter de négocier (comme, par exemple, dans l'affaire du Lubicon Cree dans l'Alberta), fragmentation des nations autochtones pour les dresser les unes contre les autres (comme dans l'affaire de l'île nord d'Aotearoa/Nouvelle Zélande), mépris des autorités traditionnelles, qui se traduit par l'installation de nouvelles autorités soumises à des règles non autochtones (comme dans un certain nombre de cas aux États-Unis), poursuite de "projets d'aménagement" au détriment de l'habitat autochtone (comme dans le cas du fleuve Bio-Bio au Chili), initiatives consistant à mettre l'accent sur les droits individuels par opposition aux



droits communaux collectifs (dénoncées par la Confédération Haudenosaunee) et bien d'autres. Il faut éviter soigneusement de prendre ce genre de mesures.

297. Cette approche est dans la ligne de ce que le Rapporteur spécial a considéré dès le départ comme devant être au coeur de ses conclusions et recommandations, à savoir contribuer à favoriser l'établissement d'un nouveau mode de relations fondé sur la reconnaissance mutuelle, l'harmonie et la coopération, au lieu d'une attitude consistant à s'ignorer mutuellement dans un état de confrontation et de rejet.

298. Pour ce qui est des recommandations visant à déterminer et à canaliser toutes les possibilités reconnues que recèlent les traités/accords et autres arrangements constructifs, et la conclusion de traités (là encore au sens le plus large) comme moyen de favoriser à l'avenir l'établissement des relations plus positives et moins antagonistes entre les peuples autochtones et les États, il conviendrait de prendre en compte deux éléments que le Rapporteur spécial a déjà examinés au cours de ses travaux : i) l'histoire des relations conventionnelles entre les peuples autochtones et les États, et en particulier les leçons à tirer de l'étude du processus d'internalisation dans les anciennes colonies fondées par les Européens (voir chap. III); et ii) les principes sur lesquels sont fondées les négociations en cours et certains processus politiques amorcés dans divers pays entre l'État et les peuples autochtones.

299. En ce qui concerne le premier de ces éléments, la grande leçon à tirer de l'histoire a trait aux problèmes liés à la mise en oeuvre des traités et à leur application. Le Rapporteur spécial a un certain nombre de recommandations à présenter sur cette question capitale.

300. Il est plus qu'évident que le problème dans ce domaine ne tient pas à l'absence de dispositions mais au fait que l'État partie n'a pas respecté les dispositions existantes. On citera à cet égard le cas des États-Unis, pays qui a conclu le plus grand nombre de traités reconnus (autour de 400) avec des nations autochtones, et dont la plupart sont tombés dans l'oubli à la suite de mesures unilatérales prises par les autorités fédérales ou le Congrès.

301. L'histoire montre que tous les organes de l'État, y compris l'organe judiciaire, disposent de tout un éventail de moyens qui leur permet d'ignorer de manière unilatérale les dispositions des traités qui imposent un fardeau à l'État, tout en respectant en parallèle les dispositions qui lui sont favorables.

302. À propos des principes sur lesquels sont fondées les négociations en cours actuellement, ainsi que d'autres contacts politiques entre États et peuples autochtones, deux observations s'imposent. La première a trait à ce qu'on pourrait qualifier d'"éléments non négociables", comme le principe selon lequel l'extinction de ce qu'on appelle les droits autochtones sur les terres est la condition du règlement des revendications des autochtones. Il reste à analyser dans quelle mesure l'existence de ces "points non négociables" - s'ils sont imposés par les négociateurs de l'État - compromet la validité non seulement des accords déjà conclus mais des accords à venir. Le libre consentement des peuples autochtones, qui est indispensable pour que ces

accords aient une valeur juridique, risque d'être singulièrement compromis par cette forme de contrainte particulièrement efficace.

303. La deuxième observation touche à la question de "l'auto-administration" et de l'autonomie, qui sont parfois offertes pour remplacer le plein exercice des droits ancestraux en matière de gouvernance, qui deviennent caducs. Pour éviter que de nouveaux problèmes se posent à l'avenir, le Rapporteur spécial estime nécessaire de recommander que les deux parties - mais surtout la partie autochtone - pèsent attentivement les avantages et les inconvénients éventuels de ces régimes, à la lumière de ce qui s'est passé en ce qui concerne la conclusion de traités et la mise en oeuvre et le respect de traités résultant de négociations entre les nations autochtones et les États.

304. Il est particulièrement important pour ces mêmes raisons d'étudier (ou de réétudier) à fond, sur les mêmes bases, l'intérêt et l'utilité potentielle des "arrangements constructifs" quasi juridiques pour les peuples autochtones qui n'ont toujours pas de liens formels et consensuels avec les États sur le territoire desquels ils vivent aujourd'hui.

305. À propos des recommandations touchant une autre question clef, celle qui a trait à l'élaboration de conceptions axées sur l'avenir, il est à noter qu'au début de ses travaux le Rapporteur spécial a dégagé trois éléments concernant les mécanismes de règlement des différends, qui méritent d'être analysés, à savoir : i) la mesure dans laquelle les mécanismes existants permettent de régler efficacement, de manière rapide et si possible préventive, un certain nombre de situations de conflit; ii) la "question délicate" de la juridiction nationale par opposition à la juridiction internationale; et iii) la manière d'assurer la participation effective de toutes les parties concernées, et en particulier les peuples autochtones, à ces mécanismes <sup>70</sup>.

306. Le Rapporteur spécial a déjà indiqué (par. 261) que, de l'avis quasi unanime, à voir le sort que connaissent aujourd'hui les populations autochtones, les mécanismes en place, sur le plan administratif ou judiciaire, dans les États non autochtones n'ont pas été en mesure d'améliorer cette situation difficile. Il a donc un certain nombre de recommandations à formuler à ce sujet.

307. La première a trait à la création, à l'intérieur des États dans lesquels il existe un nombre important d'autochtones, d'une instance spéciale entièrement nouvelle chargée exclusivement des questions autochtones, indépendante des structures gouvernementales existantes (centrales ou autres), mais financée à l'aide de fonds publics, qui serait appelée à remplacer petit à petit les branches de l'administration qui s'occupent aujourd'hui de ces questions.

308. Cette instance spéciale devrait, à son sens, être composée de quatre organes spécialisés (de caractère permanent et dotés d'un personnel professionnel compétent), à savoir :

- i) un organe consultatif de règlement des différends auquel seraient obligatoirement soumis tous les différends, y compris en matière de mise en oeuvre des traités, qui surgiraient entre populations

autochtones et personnes, entités et institutions non autochtones (y compris les institutions publiques) et qui serait habilité à encourager et à organiser des négociations entre les parties intéressées et à formuler les recommandations qui lui paraîtraient pertinentes pour régler le différend;

- ii) un organe chargé de rédiger, dans le cadre de négociations menées avec les peuples autochtones concernés : a) de nouveaux instruments juridiques bilatéraux consensuels avec les populations autochtones intéressées et b) de nouveaux textes de loi et autres propositions qui seraient soumises aux organes du gouvernement compétent, organes législatifs ou administration, afin de mettre en place progressivement un nouvel ordre juridique institutionnalisé applicable à toutes les questions autochtones et conforme aux besoins des populations autochtones;
- iii) un organe judiciaire collégial auquel toutes les affaires qui n'auraient pas pu être réglées dans des délais raisonnables grâce aux recommandations de l'organe consultatif seraient obligatoirement renvoyées. Cet organe serait habilité à trancher dans ces affaires et aurait la capacité de prendre des décisions finales exécutoires en recourant aux pouvoirs coercitifs de l'État;
- iv) un organe administratif qui s'occuperait de tous les aspects logistiques des relations entre autochtones et non autochtones.

309. Le Rapporteur spécial est pleinement conscient des nombreux obstacles auxquels une approche aussi novatrice et radicale risque de se heurter. On peut aisément imaginer, par exemple, les multiples intérêts acquis auxquels il pourrait être porté atteinte par suite du chevauchement des structures actuelles destinées à s'occuper des questions autochtones dans de nombreux pays. Cette approche ne peut être viable que s'il est fait preuve d'une ferme volonté politique, notamment chez les dirigeants du secteur non autochtone de la société. Un autre élément est capital : la participation effective des peuples autochtones - de préférence sur un pied d'égalité avec les peuples non autochtones - aux quatre organes recommandés est au coeur même de la "philosophie" qui inspire l'approche globale du Rapporteur spécial en la matière.

310. Il va de soi que ce qui précède n'est qu'une ébauche de la nouvelle institution recommandée. Il reste beaucoup à faire pour combler les lacunes évidentes dont elle s'accompagne. Certes, le Rapporteur spécial ne manque pas d'idées sur la manière d'en combler quelques-unes, mais il lui a paru avisé d'en laisser le soin aux parties intéressées dans les différents pays, pour qu'elles y procèdent ultérieurement, autour de la table des négociations. La manière dont les négociations seront organisées et menées pourrait être le test décisif qui permettra de dire l'intérêt de cette recommandation et de mettre à l'épreuve la viabilité de la structure proposée dans un contexte sociopolitique donné.

311. Dans l'élaboration des recommandations qui précèdent, le Rapporteur spécial s'est inspiré des idées extrêmement intéressantes sur la question

contenues dans le rapport final (1996) de la Commission royale sur les peuples autochtones créée par le Gouvernement canadien <sup>71</sup>.

312. S'il est généralement admis que les questions litigieuses soulevées par des traités ou arrangements constructifs impliquant des peuples autochtones devraient rester du domaine interne, la dimension internationale de la problématique des traités mérite cependant d'être dûment prise en compte.

313. L'opportunité de disposer d'un mécanisme d'arbitrage international qui pourrait être saisi des revendications ou des plaintes des peuples autochtones, notamment celles qui touchent à des traités et arrangements constructifs de caractère international, est une question capitale.

314. Le Rapporteur spécial est tout à fait conscient des réticences manifestées périodiquement par les États face à l'idée de renvoyer ces revendications devant des instances internationales qui en débattraient librement et prendraient des décisions à leur sujet. En fait, il est assez enclin à reconnaître que certaines questions (comme les différends qui ne sont pas liés à la mise en oeuvre et au respect des traités) auraient plutôt intérêt à être examinées et tranchées exclusivement par les tribunaux nationaux jusqu'à épuisement des recours internes.

315. Il pense cependant qu'il ne faut pas écarter entièrement l'idée qu'il pourrait y avoir avantage à mettre en place un organe international (par exemple l'instance permanente pour les populations autochtones qui est à l'état de projet) qui serait habilité dans certains cas sous réserve d'une approbation préalable de l'État concerné accordée une fois pour toute ou au cas par cas à rendre une décision finale dans un différend entre les peuples autochtones vivant sur le territoire d'un État moderne et les institutions non autochtones, y compris les institutions de l'État.

316. En tout état de cause, le Rapporteur spécial recommande d'organiser dans les meilleurs délais, sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies et dans le cadre de la Décennie internationale des populations autochtones, un atelier qui permettrait d'engager un débat approfondi sur l'intérêt de la création d'un organe international de cet ordre.

317. Dernière observation : devant l'intérêt de plus en plus grand accordé à l'échelon international aux droits de l'homme et aux événements s'y rapportant, le Rapporteur spécial est absolument convaincu que plus les mécanismes internes de règlement des différends liés aux questions autochtones seront efficaces et élaborés, moins il sera nécessaire de mettre en place un organe international à cette fin. Mais le contraire est vrai aussi : l'absence, le mauvais fonctionnement, l'inefficacité d'institutions nationales ou l'adoption d'une attitude discriminatoire à l'encontre des autochtones, jouera en faveur d'options internationales. C'est peut-être là l'un des arguments les plus convaincants en faveur de la création (ou du renforcement) de systèmes internes adéquats et efficaces concernant la mise en oeuvre/le respect des droits des autochtones et le règlement des différends portant sur des questions qui touchent aux autochtones.

318. Autre recommandation qu'il semble opportun d'adresser aux institutions publiques qui s'occupent des questions autochtones : dans l'élaboration des décisions concernant les questions qui intéressent les peuples autochtones, elles devraient appliquer et interpréter (ou continuer d'appliquer et d'interpréter) les dispositions de la législation nationale et les normes et instruments internationaux de la manière la plus favorable pour les peuples autochtones, notamment s'agissant des droits résultant des traités. S'agissant de traités, accords ou arrangements constructifs, il y aurait lieu d'accorder la même importance à l'interprétation de leurs dispositions donnée par la partie autochtone qu'à l'interprétation de la partie non autochtone.

319. Le Rapporteur spécial recommande par ailleurs que les dispositions des traités/accords entre les peuples autochtones et les États soient mises en oeuvre intégralement et de bonne foi, dans un souci de justice et dans un esprit de conciliation. Pour les cas où l'existence même (ou la validité actuelle) d'un traité soulèverait un différend, la reconnaissance formelle de cet instrument en tant qu'élément de référence sur le plan juridique des relations entre l'État et les peuples considérés serait un excellent moyen de contribuer à l'établissement d'un climat de confiance qui pourrait être porteur d'avantages considérables. À cet égard, le Rapporteur spécial recommande énergiquement de mener à bien la ratification des projets de traités/accords dont la négociation avec les peuples autochtones est achevée.

320. Pour ce qui touche aux obligations découlant de traités bilatéraux ou multilatéraux conclus par les États impliquant des peuples autochtones en tant que tierces parties qui pourraient affecter lesdits peuples, le Rapporteur spécial recommande que les États parties à ces instruments obtiennent le consentement libre et éclairé des parties autochtones avant d'imposer ces obligations.

321. Le Rapporteur spécial recommande par ailleurs que les autorités de l'État s'abstiennent d'entreprendre ou cessent d'entreprendre des projets d'aménagement qui risqueraient d'endommager l'environnement sur les terres autochtones et/ou d'avoir des incidences négatives sur les activités économiques traditionnelles des autochtones, leurs cérémonies religieuses et leur patrimoine culturel, sans avoir engagé au préalable les études écologiques appropriées qui permettront d'établir l'impact négatif réel de ces projets.

322. Enfin, en liaison avec les activités du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme en rapport avec les affaires autochtones, le Rapporteur spécial recommande ce qui suit :

a) augmenter de manière substantielle et permanente le personnel chargé d'exécuter ces activités;

b) créer dans les meilleurs délais, à la Section des traités de l'Organisation des Nations Unies, un service chargé de recenser, de compiler, d'enregistrer, de numérotter et de publier tous les traités conclus entre des peuples autochtones et des États. Il conviendrait de s'efforcer d'obtenir la version orale autochtone des instruments en question.

c) organiser dans les meilleurs délais, dans le cadre du Programme d'action pour la Décennie internationale des populations autochtones, trois ateliers sur les thèmes suivants : mise en place d'un mécanisme international de règlement des différends portant sur des questions autochtones; moyens de réparer les torts causés par le processus historique de spoliation des terres des peuples autochtones; et mise en oeuvre/respect des droits résultant des traités pour les autochtones;

d) encourager la création d'une page Internet consacrée exclusivement aux questions autochtones et aux activités de l'Organisation des Nations Unies axées sur la défense des intérêts des autochtones.

Notes

- 1.E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4 (disponible également en tant que publication des Nations Unies, No de vente F.86.XIV.3).
- 2.Ibid., par. 388 à 392.
- 3.E/CN.4/Sub.2/1987/22, Annexe I (Recommandations à la Sous-Commission), recommandation 3.
- 4.E/CN.4/Sub.2/1988/24/Add.1.
- 5.E/CN.4/Sub.2/1991/33.
- 6.E/CN.4/Sub.2/1992/32, E/CN.4/Sub.2/1995/27 et E/CN.4/Sub.2/1996/23.
- 7.E/CN.4/Sub.2/1988/24/Add.1, par. 21 à 23.
- 8.E/CN.4/Sub.2/1991/33, par. 92 et 93, 106 et 107 et 110 à 114.
- 9.E/CN.4/Sub.2/1992/32, par. 169.
- 10.E/CN.4/Sub.2/1988/24/Add.1, par. 12.
- 11.E/CN.4/Sub.2/1991/33, par. 95 à 100; pour ce qui est de l'application de ces principes, voir document E/CN.4/Sub.2/1995/27, par. 48 à 129. Il convient de signaler qu'en raison de l'obstacle de la langue, le Rapporteur spécial n'a pas pu examiner les rares renseignements dont il disposait sur les peuples autochtones de Sibérie.
- 12.E/CN.4/Sub.2/1992/32, par. 326.
- 13.Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1155, No 331, art. 2 1 a).
- 14.E/CN.4/Sub.2/1992/32, par. 332.
- 15.E/CN.4/Sub.2/1995/27, par. 288 et 293.
- 16.E/CN.4/Sub.2/1995/27, par. 314.
- 17.E/CN.4/Sub.2/1992/32, par. 367 à 370.
- 18.Traité de Tordesillas de 1494, Traité d'Utrecht de 1713, Traité frontalier Suède/Finlande, Norvège/Danemark de 1751, Traité de Paris de 1763, Traité Jay de 1794, Traité Adam-Onis de 1819, Traité de Guadalupe-Hidalgo de 1848, Achat de l'Alaska de 1867, Convention concernant les oiseaux migrateurs de 1916 et Convention (No 169) de 1989 de l'OIT concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants (voir document E/CN.4/Sub.2/1992/32, par. 363 à 390).

19. Les questions inhérentes à ce type d'accord consensuel seront examinées plus avant au chapitre II.B du présent rapport.

20. E/CN.4/Sub.2/1995/27, par. 140 à 171.

21. Voir par exemple Sharon Venne, "Understanding Treaty Six: Indigenous perspective", dans *Aboriginal and Treaty Rights in Canada* (dir. pub. M. Asch) (Vancouver: University of British Columbia Press, 1996) p. 173 à 204; Treaty Seven Elders and Tribal Council, *The Original Spirit and Intent of Treaty Seven*, Montréal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 1996.

22. E/CN.4/Sub.2/1991/33, par. 98; pour de plus amples détails sur l'application de cette décision, voir document E/CN.4/Sub.2/1995/27, par. 48 à 129. Se référer aussi au chapitre II, *infra*.

23. E/CN.4/1995/27, par. 126.

24. E/CN.4/Sub.2/1995/27, par. 116.

25. Résolution 1994/4 en date du 19 août 1994.

26. E/CN.4/Sub.2/1995/27, par. 116 et 128.

27. E/CN.4/Sub.2/1995/27, par. 307.

28. Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones, vol. V : "Conclusions, propositions et recommandations", document E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, par. 388 à 392.

29. Il est à noter cependant que le Rapporteur spécial, dès le début de son mandat, n'a cessé de déplorer le très faible nombre de réponses à son questionnaire émanant de nations ou d'organisations autochtones (voir par exemple E/CN.4/Sub.2/1995/27, par. 32). Cette situation s'est considérablement améliorée après 1995, suite aux efforts déployés par certaines organisations comme le Conseil du Taité indien international. De plus, le Rapporteur spécial s'est heurté à l'absence générale de réponses de la part des Gouvernements au questionnaire qui leur était destiné. Très peu de réponses ont été reçues, dont certaines n'avaient qu'un caractère général ou formel et manquaient de substance.

30. Voir E/CN.4/Sub.2/1992/32, par. 392.

31. E/CN.4/Sub.2/1991/33, par. 89.

32. E/CN.4/Sub.2/1992/32, par. 32, 40.

33. Voir E/CN.4/Sub.2/1995/27, par. 336.

34. E/CN.4/Sub.2/1995/27, par. 133.



35. Le Rapporteur a néanmoins pris connaissance d'un petit nombre de documents concernant des situations en Amérique du Sud qui "remontent au début de la période républicaine, dans deux pays au moins de la région". Voir E/CN.4/Sub.2/1991/33, par. 103 et 104.

36. E/CN.4/Sub.2/1996/23, par. 145 à 170. En février 1998, les autorités mapuches, de l'actuelle province chilienne de Cautín ont solennellement soumis au Rapporteur spécial une documentation volumineuse sur un certain nombre de ces parlamentos. En juin 1998, cette documentation n'avait pu faire l'objet que d'un examen initial.

37. E/CN.4/Sub.2/1992/32, par. 138 et 139; voir aussi E/CN.4/Sub.2/1995/27, par. 130.

38. E/CN.4/Sub.2/1995/27, par. 176 à 201, 202 à 237 et 238 à 249.

39. E/CN.4/Sub.2/1996/23, par. 27 à 79, 81 à 115 et 145 à 170.

40. Par exemple Sébastien Grammond, *Les traités entre l'État canadien et les peuples autochtones*, Cowansville (Québec), Éditions Yvon Blais, 1995; Francis P. Prucha, *American Indian Treaties, The History of a political Anomaly*, Berkeley, University of California Press, 1994.

41. *Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples*, vol. 2, "Restructuring the Relationship", première partie, Recommandation 2.2.2, Ottawa, Ministère de l'approvisionnement et des services, 1996, p. 49.

42. E/CN.4/Sub.2/1995/27, par. 130 à 311; E/CN.4/Sub.2/1996/23, par. 27 à 209.

43. E/CN.4/Sub.2/1991/33, par. 96.

44. E/CN.4/Sub.2/1992/32, par. 347.

45. E/CN.4/Sub.2/1996/23, par. 171 à 196.

46. E/CN.4/Sub.2/1996/23, par. 117 à 125 et 126 à 144.

47. E/CN.4/Sub.2/1992/32, par. 338.

48. E/CN.4/Sub.2/1996/23, par. 85 à 115. De l'avis du Rapporteur spécial, le fait qu'un négociateur qui n'est pas un État (la province canadienne du Québec) est devenu ultérieurement "partie" à cet instrument ne saurait être interprété comme ôtant à celui-ci son statut international fondamental. De leur côté, les autochtones parties à la Convention n'avaient jamais renoncé avant que celle-ci soit appliquée à leurs attributs de souveraineté, et leur participation au processus de négociation ne peut pas et ne devrait pas être réputée comme constituant un fait qui les prive de ces attributs et de leur statut originel.

- 49.À ce propos, le Rapporteur spécial tient à corriger une erreur de généralisation qu'il a faite au paragraphe 87 de son troisième rapport intérimaire (E/CN.4/Sub.2/1996/23), en ce qui concerne les Dénés et les Métis de la vallée du Mackenzie (Territoires du Nord-Ouest).
- 50.E/CN.4/Sub.2/1992/32, par. 359.
- 51.Voir E/CN.4/Sub.2/1995/27, par. 225.
- 52.Résolution 1988/56 (par. 2) de la Commission des droits de l'homme et décision 1988/134 du Conseil économique et social.
- 53.E/CN.4/Sub.2/1988/24/Add.1.
- 54.Pontificio Consejo "Justicia y Paz", Para una Mejor Distribución de la Tierra : El reto de la reforma agraria, Ed. Editrice Vatican, Cité du Vatican, 1997, par. 55.
- 55.Résolution 1994/45 en date du 26 août 1994, annexe.
- 56.Voir article premier du projet de déclaration.
- 57.Déclaration et Programme d'action de Vienne adoptés par la Conférence mondiale sur les droits de l'homme le 25 juin 1993 (A/CONF.157/24), section II, par. 31.
- 58.Article 4 de la Convention. Voir note 13.
- 59.U.S. Stat. 635 (1868).
- 60.207 Ct. Cl p. 241, 518 F.2d p. 1302 (1975).
- 61.*United States v. Sioux Nation of Indians*, 448 U.S. 371 (1980).
- 62.Claudia Orange, *The Treaty of Waitangi*, Allen & Unwin, Wellington, 1987, p. 32-33 et 122.
- 63.Il s'agit du chef Oren Lyons de la Confédération Haudenosaunee. Le document a été remis en mains propres au Rapporteur spécial en février 1998.
- 64.En vertu de l'article 35 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, cette acceptation est indispensable pour que des États tiers puissent être liés par un traité.
- 65.*Affaire du Sahara occidental, avis consultatif du 16 octobre 1975 : CIJ Recueil 1975*, p. 12.
- 66.175 CLR 1 (1992).
- 67.E/CN.4/Sub.2/1991/33, par. 71.
- 68.E/CN.4/Sub.2/1988/24/Add.1.

69.E/CN.4/Sub.2/1991/33, par. 85.

70.E/CN.4/Sub.2/1991/33, par. 118.

71.Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones, Vol. 2 "Une relation à redéfinir", Partie I, Ottawa, Ministre des travaux publics et services gouvernementaux Canada, 1996.

-----



ЭКОНОМИЧЕСКИЙ  
И СОЦИАЛЬНЫЙ СОВЕТ

Distr.  
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/1999/20  
22 June 1999

RUSSIAN  
Original: ENGLISH

КОМИССИЯ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

Подкомиссия по предупреждению дискриминации  
и защите меньшинств  
Пятьдесят первая сессия  
Пункт 7 предварительной повестки дня

ПРАВА ЧЕЛОВЕКА КОРЕННЫХ НАРОДОВ

Исследование договоров, соглашений и других конструктивных договоренностей  
между государствами и коренными народами

Окончательный доклад, подготовленный Специальным докладчиком  
г-ном Мигелем Альфонсо Мартинесом

СОДЕРЖАНИЕ

	<u>Пункты</u>	<u>Стр.</u>
Введение . . . . .	1 - 33	3
I. НЕКОТОРЫЕ КЛЮЧЕВЫЕ ИСХОДНЫЕ МОМЕНТЫ . . . . .	34 - 92	10
II. РЕЗЮМЕ ВЫВОДОВ . . . . .	93 - 167	23
A. Договоры/соглашения между коренными народами и государствами . . . . .	108 - 127	26
B. Другие конструктивные договоренности . . . . .	128 - 146	30

СОДЕРЖАНИЕ (продолжение)

	<u>Пункты</u>	<u>Стр.</u>
С. Ситуации, в которых отсутствуют конкретные двусторонние юридические документы, регулирующие отношения между коренными народами и государствами . . . . .	147 - 167	34
III. ВЗГЛЯД НА ДЕНЬ СЕГОДНЯШНИЙ: ПРОИСХОЖДЕНИЕ, ЭВОЛЮЦИЯ И ПОСЛЕДСТВИЯ ПРОЦЕССА ДОМЕСТИКАЦИИ . . . . .	168 - 243	38
IV. ПЕРСПЕКТИВЫ НА БУДУЩЕЕ: ВЫВОДЫ И РЕКОМЕНДАЦИИ . . . . .	244 - 321	52

### Введение

1. В томе V (Выводы, предложения и рекомендации) 1/ своего глобального "Исследования проблемы дискриминации в отношении коренного населения" г-н Мартинес Кобо подчеркнул важнейшее значение, которое для коренных народов и наций различных стран и регионов мира имеют договоры, заключенные с существующими в настоящее время национальными государствами или со странами, осуществлявшими в момент заключения договора административную власть колониальной державы.

2. Он сделал вывод о необходимости проведения глубокого и тщательного исследования различных аспектов положений таких договоров и соглашений, официального действия таких положений в настоящее время, их соблюдения или несоблюдения, а также всех возможных последствий для коренных народов и наций, являющихся сторонами этих договоров или соглашений.

3. Он далее отметил, что при подготовке такого исследования в обязательном порядке необходимо принимать во внимание точки зрения всех заинтересованных сторон, что потребует проработки большого объема документации. По очевидным причинам провести эту работу в рамках его исследования было невозможно.

4. Поэтому он рекомендовал организовать тщательное исследование, посвященное исключительно этому вопросу, в свете действующих в данной области принципов и норм, а также мнений и данных, представленных всеми заинтересованными сторонами, в первую очередь государствами и коренными нациями и народами, которые подписали и ратифицировали договоры или соглашения. Г-н Мартинес Кобо выразил мнение о том, что лишь с помощью подробного исследования можно определить с необходимой степенью точности нынешний статус международных соглашений, касающихся коренных народов 2/.

5. Поддержав инициативу своей Рабочей группы по коренным народам 3/, Подкомиссия по предотвращению дискриминации и защите меньшинств на своей тридцать девятой сессии одобрила рекомендацию г-на Мартинеса Кобо, приняв резолюцию 1987/17 от 2 сентября 1987 года, озаглавленную "Исследование договоров, заключенных между

---

1/ Документ E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4 (имеется в качестве издания Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.86.XIV.3).

2/ Там же, пункты 388-392.

3/ Документ E/CN.4/Sub.2/1987/22, приложение I (Рекомендации Подкомиссии), Рекомендация 3.

коренными народами и государствами". Приняв такое решение, Подкомиссия выполнила свою резолюцию 1984/35А от 30 августа 1984 года, в которой она постановила рассмотреть выводы, предложения и рекомендации г-на Мартинеса Кобо в качестве надлежащего источника для своей будущей работы по вопросу о дискриминации в отношении коренных народов и для деятельности своей Рабочей группы по коренным народам.

6. В своей резолюции 1987/17 Подкомиссия просила г-на Мигеля Альфонсо Мартинеса подготовить – на основе мнений и данных, приведенных в докладе г-на Мартинеса Кобо, а также точек зрения, высказанных по этому вопросу в Рабочей группе и в Подкомиссии, – документ, где будет проанализирован общий план такого исследования, а также изучены юридические, библиографические и другие источники информации, на которых должно основываться такое исследование, и представить данный документ на рассмотрение Подкомиссии на ее сороковой сессии.

7. Подкомиссия также предложила Комиссии по правам человека рекомендовать, в свою очередь, Экономическому и Социальному Совету уполномочить Подкомиссию назначить г-на Альфонсо Мартинеса Специальным докладчиком для подготовки такого исследования и просить Специального докладчика представить предварительный доклад Подкомиссии на ее сорок первой сессии (в 1989 году). Рекомендации, содержащиеся в резолюции 1987/17, были представлены на рассмотрение Комиссии по правам человека на ее сорок четвертой сессии (в 1988 году).

8. На своей сорок четвертой сессии Комиссия приняла резолюцию 1988/56, в которой был определен ряд руководящих принципов деятельности по данному вопросу. Эти принципы должны были, по всей видимости, определять круг ведения мандата Специального докладчика по подготовке настоящего исследования.

9. Следует отметить, что, приняв резолюцию 1988/56, Комиссия значительно расширила сферу охвата исследования, первоначально определенную Подкомиссией в ее резолюции 1987/17, рекомендовав Экономическому и Социальному Совету назначить г-на Альфонсо Мартинеса Специальным докладчиком Подкомиссии и уполномочить его подготовить "общий план с точки зрения возможных целей, сферы охвата и источников исследования, которое должно быть направлено на определение потенциальной полезности договоров, соглашений и других конструктивных договоренностей между коренными народами и правительствами, призванных обеспечить содействие соблюдению и защите прав человека и основных свобод коренных народов" (подчеркнуто нами).

10. Вместе с тем в резолюции 1988/56 Комиссия уполномочила Специального докладчика лишь подготовить и представить Рабочей группе общий план возможного исследования, а не проводить само исследование, как это было рекомендовано Подкомиссией. Фактически Комиссия приостановила выдачу этого разрешения, по крайней мере до 1989 года, с тем чтобы решить вопрос о целесообразности выполнения Специальным докладчиком такого исследования.

11. 27 мая 1988 года своим решением 1988/134 Экономический и Социальный Совет одобрил резолюцию 1988/56 Комиссии.

12. Позднее, в 1988 году, Специальный докладчик представил запрошенный общий план 4/ Рабочей группе и Подкомиссии. Оба органа поддержали представленный документ. Кроме того, в своей резолюции 1988/20 от 1 сентября 1988 года Подкомиссия рекомендовала Комиссии и Экономическому и Социальному Совету окончательно уполномочить Специального докладчика провести исследование, упомянутое в резолюции 1988/56 Комиссии.

13. На своей сорок пятой сессии Комиссия приняла - без обсуждения и голосования - резолюцию 1989/41 от 6 марта 1989 года, в которой она поддержала все рекомендации, изложенные по данному вопросу Подкомиссией в ее резолюции 1988/20. Соответственно эти резолюции были вынесены на утверждение Экономического и Социального Совета на его весенней сессии 1989 года.

14. В конечном итоге Совет в своей резолюции 1989/77 от 24 мая 1989 года утвердил назначение г-на Альфонсо Мартинеса Специальным докладчиком и уполномочил его провести исследование.

15. В течение последующего периода Специальный докладчик представил Рабочей группе и Подкомиссии предварительный доклад 5/ и три доклада о ходе работы 6/.

16. На своей сорок девятой сессии Подкомиссия в своем решении 1997/110 от 22 августа 1997 года настоятельно призвала Специального докладчика представить свой окончательный доклад в надлежащие сроки - предпочтительно до конца 1997 года, - с тем чтобы дать Рабочей группе возможность обсудить его на своей шестнадцатой сессии и Подкомиссии на пятидесятой сессии в 1998 году. Настоящий окончательный доклад выносится на рассмотрение обоих органов в соответствии с упомянутым выше решением Подкомиссии.

---

4/ Документ E/CN.4/Sub.2/1998/24/Add.1.

5/ Документ E/CN.4/Sub.2/1991/33.

6/ Документы E/CN.4/Sub.2/1992/32, E/CN.4/Sub.2/1995/27 и E/CN.4/Sub.2/1996/23.



17. Следует прежде всего напомнить о том, что с начала выполнения своего мандата Специальный докладчик предложил общую структуру исследования, состоящую из трех частей:

- i) первая часть должна быть посвящена анализу истоков практики заключения договоров, соглашений и других конструктивных договоренностей между коренными народами и государствами, т.е. рассмотрению роли договоров в истории экспансии европейских стран на другие континенты;
- ii) во второй части следует рассмотреть современное значение таких документов, включая вопросы о правопреемстве государств и национальном признании договоров, а также мнения коренных народов по этим вопросам;
- iii) третья часть должна быть посвящена рассмотрению потенциального значения всех этих документов как основы для регулирования будущих взаимоотношений между коренными народами и государствами. На заключительном этапе исследования должны быть рассмотрены как форма, так и содержание таких документов, а также возможные механизмы, которые должны быть официально созданы в будущем для обеспечения их осуществления <sup>7/</sup>.

18. Эту заключительную часть исследования следует, конечно же, проводить с учетом сложившихся в настоящее время во многих государствах ситуаций, когда коренные народы сосуществуют с другими некоренными элементами общества. Именно не обеспеченный в правовом отношении характер их существования практически повсюду вызывает сегодня – как и в период начала проведения и завершения Мартинесом Кобо своего исследования, – все более серьезное беспокойство международного сообщества.

19. В том что касается двух первых частей настоящего документа, то проведенные Специальным докладчиком анализ и исследование основаны на его первоначальном плане.

20. На заключительной стадии работы Специального докладчика над исследованием особое внимание уделяется потенциальному значению всех возможных путей и средств формирования новых взаимоотношений между коренными и некоренными секторами многонациональных обществ посредством создания адекватных перспективных и новаторских механизмов, которые будут содействовать, в случае необходимости, урегулированию конфликтных ситуаций.

---

<sup>7/</sup> Документ E/CN.4/Sub.2/1988/24, Add.1, пункты 21–23.

21. Тот факт, что Специальный докладчик работал над данным исследованием в течение девяти лет, а также то, что настоящий окончательный доклад должен стать самостоятельной публикацией Организации Объединенных Наций, делают необходимыми некоторые дополнения. Поэтому Специальный докладчик кратко воспроизводит здесь наиболее важные предварительные выводы, изложенные в предшествующих докладах о ходе работы, а также их первоначальные (или измененные) обоснования. Кроме того, он упоминает о ключевых случаях и общих ситуациях, проанализированных самым подробным образом в этих докладах. Без этой исходной информации было бы трудно постигнуть должным образом смысл и возможную важность излагаемых здесь выводов и рекомендаций.

22. Таким образом, в главе I рассматриваются четыре основных вопроса: процесс отбора (или исключения) случаев, имеющих отношение к настоящему исследованию; договоры и концепции заключения договоров; значение всестороннего понимания эволюции взаимоотношений между коренным народом и некоренным населением и их нынешний статус; а также определение категорий "коренные народы" и "меньшинства" и проведение различия между ними. В главе II Специальный докладчик излагает свою позицию в отношении трех отобранных юридических ситуаций, имеющих отношение к целям настоящего исследования, уделяя особое внимание отдельным случаям/ситуациям, выделенным для анализа в рамках рассмотрения их юридического/институционального развития. В главе III описывается общий процесс доместикации коренных народов в его различных проявлениях на разных стадиях, и этот процесс увязывается с нынешним положением коренного населения. И наконец, в главе IV Специальный докладчик обобщает все упомянутые в предшествующих главах моменты для изложения своих выводов и рекомендаций в отношении того, что, по его мнению, может стать будущим конструктивным подходом.

23. И наконец, последнее замечание относительно содержания настоящего доклада. Специальный докладчик в полной мере сознает, что он – и только он – несет главную ответственность за содержание выводов и рекомендаций, изложенных в настоящем исследовании. В то же время он также сознает, что в любом деле могут быть недостатки и изъяны, и поэтому он будет приветствовать конструктивную критику.

24. В этом контексте следует еще и еще раз подчеркнуть то, что по многим аспектам и проанализированным случаям окончательный результат этой многолетней работы, нашедший свое отражение в настоящем документе, основан на исследовательской деятельности (в том числе на местах), на личном и профессиональном опыте и, особенно, на анализе информации из доступных источников, проведенном лишь двумя лицами: самим Специальным докладчиком и его консультантом д-ром Изабель Шульте-Тенкхофф, которой он еще раз выражает свою благодарность за ее бесценную помощь.

25. Поэтому Специальный докладчик будет искренне приветствовать все критические замечания – не только от коллег, но и, особенно, от представителей коренных народов и правительств, не ответивших на его вопросник, – которые могут быть высказаны в ходе

обсуждения настоящего окончательного доклада на предстоящих в 1999 году сессиях как Рабочей группы, так и Подкомиссии. Такие мнения будут должным образом учтены и, возможно, использованы в качестве дополнительных аргументов, которые будут включены в настоящий доклад перед тем, как он станет официальной публикацией Организации Объединенных Наций.

26. В окончательном докладе Специальный докладчик хотел бы выразить благодарность всем правительствам, которые ответили на разосланный им в 1991 и 1992 годах вопросник, особенно правительствам Австралии и Канады за ту скрупулезность, с которой они ответили на вопросник, а также за предоставление ценной документации по их собственной инициативе или по запросу. Он также выражает благодарность правительствам Гватемалы, Испании, Канады, Новой Зеландии, Соединенных Штатов Америки, Фиджи и Чили за создание условий для проведения исследования на местах и для участия в мероприятиях, связанных с решением проблем коренных народов в соответствующих странах.

27. Специальный докладчик выражает властям Новой Зеландии особую признательность за внимательное отношение и эффективность, с которой они подготовили и координировали программу официального рабочего визита Специального докладчика в эту страну в мае 1997 году, а также за то, что некоторые из высших национальных инстанций (например, министр иностранных дел и министр юстиции) весьма любезно нашли время для личной с ним встречи и для обсуждения проблем маори.

28. Настоящее исследование не могло быть завершено без помощи со стороны многочисленных коренных народов, организаций и органов, которые не только оказали Специальному докладчику бесценную поддержку (в виде устных и письменных свидетельских показаний, документации и крайне необходимых материально-технических средств самого разнообразного характера), но и постоянно поощряли его деятельность.

29. Даже рискуя совершить достойные сожаления упущения, следует упомянуть здесь о той поддержке, которую Специальному докладчику, в частности, оказали следующие организации и институциональные органы коренных народов: Правовой альянс американских индейцев, Четыре народа Хоббеми, Фонд четырех направлений, Большой совет Ирокезской конфедерации, Совет всех земель народа мапуче, Большой совет индейцев кри (Квибек), Фонд Ригоберта Менчу, Международный совет по договорам индейцев, Ассамблея четырех народов (Канада), Национальный совет западных шошонов (Соединенные Штаты Америки), Юридическая служба маори, Совет по договорам тетон-сиу, "Калауи Гавайи", Международная организация по освоению местных ресурсов, ОКСФАМ и Исследовательский центр документации и информации по делам коренного населения (DOCIP) (Женева).

30. Специальный докладчик хотел бы также выразить свою признательность руководителям (старейшинам, лонкос, великим вождям и вождям, лидерам, советникам и консультантам) различных коренных наций/народов и их организаций, в частности Ригоберте Менчу Ту (народ майя), покойному Орону Лайонсу (народ онондага), Метью Куну Каму и Теду Мозису (индейцы кри (Квебек)), Тони Блэкфизеру (народ тетон-сиу/лакота), Дж. Уилтону Литтлчайлду (Четыре народа Хоббеми/Канада), Доминго Каюко, Мануэлу Антилау, Хорхе Пичинуаю, Хуане Сантандер и Аукану Уилкаману (народ мапуче), Овиде Меркреди (Ассамблея Четырех народов/Канада), Черрилин Стейнхауэр и Карлу Квину (коренные жители озера Сэддл/Канада), Уоллесу Фоксу (коренные жители озера Онийон/Канада), Даниэлю Санфреру, Майклу Надли, Феликсу Локхарту, Пету Мартелю, Йонасу Сангри, Рене Ламоту, Джеральду Антуану и Франсуа Полету (народ дене/Канада), Шерон Венн (индейцы кри, проживающие вокруг озера Любикон), Джозефу Бигхеду (коренной народ, подписавший Договор № 6 между коренными народами и Канадой), Хуану Леону (народ майя), покойной Ингрид Вашинауток (Фонд четырех направлений), Кену Диру (народ мохаук), Ласаро Пари (народ аймара), Биллу Минсу, Антонио Гонсалесу, Джимбо Симмонсу и Андреа Кармен (МСДИ), Милилани Траск (Гавайи), Аль Ламеману (племенная администрация в Бивер-Лейке), Кенту Лебсоку (Правовой альянс американских индейцев), Р. Кондори (CISA), Полине Тиангора, Нанико, Ароа Парик Мид, Моане Джексон, д-ру Маргарет Муту, сэру Типину О'Ригену, сэру Р.Т. Мейута, Моане Эриксон и Шейн Соломон (Аотеароа/Новая Зеландия) и Лейфу Данфилду (народ саами). Все они предоставили Специальному докладчику крайне полезную информацию и сведения об их соответствующих народах/народностях и организациях.

31. Специальный докладчик не может не высказать свою благодарность и другим представителям коренных и некоренных народов – все они являются признанными экспертами по различным аспектам проблематики коренных народов и работают, как правило, в рамках Организации Объединенных Наций, – которые оказали содействие Специальному докладчику, поделившись своими знаниями, практическим опытом и/или представив аргументированные и конструктивные критические замечания.

32. Гудмундур Альфредссон (как в рамках его предшествующей работы в Центре по правам человека, так и в качестве эксперта, специализирующегося на этом вопросе), Аугусто Уиллемсен Диас, Э. Дьюри (Председатель суда в Вайтанги), Марио Ибарра, Жаклин Дюрур, покойный Эндрю Грей, Пол Коэ, Рената Доминик, Роберт Эпстейн, Флоренсия Рулет, сэр Пол Ривес, Энтони Симпсон, Альберто Сальдамандо и профессора Вине Делория, Эктор Диас Поланко, Майкл Джексон, Гастон Лион, Гленн Моррис, С.М. Эйя Нчама, Дуглас Сандерс, Мейсон Дьюри, Джим Анайа, Хосе Бенгоа (его коллега по Подкомиссии) и покойный Говард Берман заслуживают особой благодарности за их по-настоящему бесценный теоретический вклад. Никто из них, конечно, не несет никакой ответственности за какие бы то ни было возможные недостатки, допущенные в различных докладах о ходе работы и в настоящем окончательном докладе об исследовании.

33. И последнее, но не менее важное. Специальный докладчик выражает искреннюю благодарность за квалифицированную помощь, терпение и техническое сотрудничество всем тем, кто оказывал содействие немногочисленной Рабочей группе, на которую Центр по правам человека и Управление Верховного комиссара по правам человека возложили ответственность за рассмотрение вопросов, связанных с коренными народами. Усердие и высочайший профессионализм, с которыми они столь эффективно выполняли свои функции в рамках настоящего исследования (иногда в крайне тяжелых условиях), являются просто образцовыми. В этом отношении Специальный докладчик очень высоко ценит многолетние усилия их руководителя г-на Джулиана Бургера и его высококвалифицированного коллеги г-жи Мириам Запаты.

#### Г. НЕКОТОРЫЕ КЛЮЧЕВЫЕ ИСХОДНЫЕ МОМЕНТЫ

34. Учитывая широкую сферу географического, временного и юридического охвата исследования 8/, Специальный докладчик решил с самого начала провести подробный анализ лишь ограниченного репрезентативного числа тематических исследований, увязанных с пятью видами юридических ситуаций: i) договорами, заключенными между государствами и коренными народами; ii) соглашениями между государствами или другими субъектами и коренными народами; iii) другими конструктивными договоренностями, заключенными при участии соответствующих коренных народов; iv) договорами, заключенными между государствами и содержащими положения, затрагивающие коренные народы в качестве третьей стороны; и v) ситуациями, в которых коренные народы не являются ни сторонами, ни объектом ни одного из вышеупомянутых документов 9/.

35. Следует напомнить о том, что с точки зрения географии Специальный докладчик считает свой мандат универсальным, охватывающим любые части мира, "где фактически существуют в настоящее время договоры, соглашения и другие конструктивные договоренности либо исторически существовали или же где они могут быть заключены в будущем процессе переговоров и сотрудничества" 10/.

36. Как следствие, был проанализирован широкий круг ситуаций, сложившихся во всех регионах мира и соответствующих всем вышеупомянутым пяти видам юридических ситуаций, в том числе в Соединенных Штатах Америки и Канаде (народы "длинного дома", народы микмак, так называемые "пять цивилизованных племен", шошоны, народ

---

8/ Документ E/CN.4/Sub.2/1991/33, пункты 92-93, 106-107 и 110-114.

9/ Документ E/CN.4/Sub.2/1992/32, пункт 169.

10/ Документ E/CN.4/Sub.2/1988/24/Add.1, пункт 12; документ E/CN.4/Sub.2/1991/24/33, пункт 92.

лакота, подписавшие Договор № 6 коренные народы, индейцы кри в заливе Джеймс (Квебек), коренные народы Британской Колумбии и Калифорнии, проживающие вокруг озера Любикон индейцы кри), в Тихоокеанском регионе (маори, гавайцы, жители Французской Полинезии), в Латинской Америке (народы кунаяла, мапуче, яномама и майя), в Австралии (аборигены и островные жители), в Гренландии (Закон о самоуправлении Гренландии) и в некоторых африканских и азиатских странах (Бирма/Мьянма, роль созданных на основе королевских декретов европейских компаний в Южной Азии и Западной Африке, народ сан в Ботсване, народ айну в Японии и коренные народы Сибири).

37. В этой связи целесообразно напомнить о том, что Специальный докладчик принял ряд решений в отношении руководящих принципов всего исследования в целом 11/. Эти руководящие принципы должным образом учитывались на протяжении всей его деятельности.

38. С учетом анализа многочисленных случаев/ситуаций Специальный докладчик в ходе своей работы был вынужден пересмотреть целесообразность анализа в окончательном докладе тех пяти видов юридических ситуаций, которые перечислены в начале данной главы.

39. Две из этих юридических категорий, а именно соглашения – в той мере, в которой они могут существенно отличаться от договоров, – и те договоры между не являющимися коренными народами сторонами, которые затрагивают коренные народы в качестве третьей стороны, окажут лишь ограниченное влияние на выводы и рекомендации, излагаемые в настоящем окончательном докладе.

40. Во-первых, что касается соглашений, то Специальный докладчик уже подчеркивал необходимость казуистического подхода, поскольку "решение сторон правового документа назвать его "соглашением" необязательно означает, что его правовой характер в чем-то отличается от тех документов, которые официально называются "договорами" 12/. Этот аргумент отражает традицию, которая была закреплена в современном международном праве Венской конвенцией о праве договоров 13/.

---

11/ Документ E/CN.4/Sub.2/1991/33, пункты 95–100; практический результат см. в документе E/CN.4/Sub.2/1995/27, пункты 48–129. Необходимо упомянуть о том, что языковой барьер не позволил Специальному докладчику проанализировать полученную им обширную информацию о коренных народах Сибири.

12/ Документ E/CN.4/Sub.2/1992/32, пункт 326.

13/ 1155 United Nations, Treaty Series, vol. 1155, No. 331, article 2 1a).

41. Поэтому Специальный докладчик отобрал ряд критериев, при помощи которых определяется, какие анализируемые документы должны рассматриваться как "договоры", а какие - как "соглашения". Эти критерии включают следующие моменты: кто является сторонами данного документа, каковы условия его заключения и его предмет 14/.
42. Эти критерии применялись при анализе двух конкретных документов: Панглонгского соглашения от 12 февраля 1947 года (Бирма/Мьянма), денонсированного позднее государством-участником 15/, и Соглашения от 22 августа 1788 года между капитаном Тейлором (от имени Британской Короны) и вождями Сьерра-Леоне, которое не было признано документом международного права, имеющим отношение к данному исследованию 16/.
43. Ряд факторов, касающихся других актуальных случаев или ситуаций, которые относятся к категории "соглашений", особенно заключенных в Канаде, будет рассмотрен в главе III настоящего доклада.
44. Во-вторых, что касается адекватности рассмотрения в настоящем исследовании двусторонних и многосторонних договоров, которые заключены не между коренными народами, но затрагивают их как третьи стороны, то следует подчеркнуть, что недостаток времени и ресурсов помешал Специальному докладчику определить *in situ* практическое значение данных документов для коренных народов, а также более подробно проанализировать имеющуюся на этот счет документацию.
45. В то же время документом, подлежащим рассмотрению, остается, несомненно, уже проанализированный в первом докладе о ходе работы 17/ так называемый Протокол по вопросу о лопарях к Договору о границах между Швецией и Финляндией и Норвегией и Данией 1751 года. Этот Протокол до сих пор действует и по-прежнему служит предметом правового толкования прав саами в контексте двусторонних (между Швецией и Норвегией) переговоров.
46. В этой связи целесообразно подчеркнуть роль Саамского парламента как в Норвегии, так и в Швеции, но особенно в Норвегии, где он, как представляется, имеет более высокий статус, чем в Швеции, а также их потенциальный вклад в толкование положений упомянутого Протокола.

---

14/ Документ E/CN.4/Sub.2/1992/32, пункт 332.

15/ Документ E/CN.4/Sub.2/1995/27, пункты 288 и 293.

16/ Документ E/CN.4/Sub.2/1995/27, пункт 314.

17/ Документ E/CN.4/Sub.2/1992/32, пункты 367-370.

47. Кроме того, что конкретно касается принятой МОТ в 1989 году Конвенции (№ 169) о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни в независимых странах, то по-прежнему не ясно, в какой мере коренные народы имеют прямой доступ (или практическую возможность для содействия) к процессу, ведущему к ратификации этой Конвенции государствами, в которых они проживают. Следует отметить, что к настоящему времени лишь весьма небольшое число таких государств действительно ратифицировало данный договор.

48. Хотя упомянутую Конвенцию поддержал целый ряд организаций коренных народов (например, Приполярная конференция инуитов, Национальный совет индейской молодежи и Совет саами), эта поддержка отнюдь не единодушна. В качестве доказательства можно привести негативное отношение к Конвенции целого ряда организаций коренных народов в Канаде. Там, например, не все коренные народы и не все официальные ведомства поддерживают ратификацию Конвенции, поскольку ее положения представляются им менее прогрессивными по сравнению с ныне действующими национальными стандартами. В других странах, где действующее законодательство о коренных народах – или о трудовой деятельности коренных жителей, – является менее передовым, коренные народы могут занимать иную позицию. И вновь в этих вопросах необходим особый подход к каждому конкретному случаю.

49. Из сказанного выше следует, что вопрос о договорах, затрагивающих коренные народы в качестве третьих сторон, может сохранять свою актуальность до тех пор, пока эти договоры будут действовать, и до тех пор, пока коренные народы принимают или будут иметь в будущем возможность принимать участие в осуществлении их положений. Среди десяти документов, отобранных ранее для анализа 18/, помимо Протокола по вопросу о лопарях, есть ряд документов, заслуживающих более подробного рассмотрения, в том числе Джейский договор 1794 года и Договор Гваделупе-Идальго 1848 года, – оба из которых имеют, несомненно, особое значение для коренных народов, проживающих вдоль границ Соединенных Штатов Америки соответственно с Канадой и с Мексикой.

50. Как следствие, выводы и рекомендации, излагаемые в настоящем докладе, будут главным образом касаться трех из пяти первоначально определенных видов юридических ситуаций: i) фактическое наличие международного договора/соглашения между

---

18/ К этим документам относятся: Тордесильский договор 1494 года, Утрехтский договор 1713 года, Договор о границах между Швецией и Финляндией и Норвегией и Данией 1751 года, Парижский договор 1763 года, Джейский договор 1794 года, Договор Эдемс-Онис 1819 года, Договор Гваделупе-Идальго 1848 года, Договор о покупке Аляски 1867 года, Конвенция о мигрирующих видах птиц 1916 года и принятая МОТ в 1989 году Конвенция (№ 169) о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни в независимых странах (см. документ E/CN.4/Sub.2/1992/32, пункты 363-390).



коренными народами и государствами; ii) отсутствие конкретных двусторонних правовых документов, регламентирующих отношения между коренными народами и государствами; и iii) ситуации, связанные с вопросом о "других конструктивных договоренностях".

51. Касаясь роли этих конструктивных договоренностей, Специальный докладчик отмечает, что осуществляемая сейчас на национальном уровне деятельность (например, в Мексике, Канаде и Гватемале) в различных социальных и политических условиях ясно свидетельствует о наличии нескольких основополагающих проблем, которые он счел необходимым выделить в ходе осуществления своего мандата, в частности вопрос о коллективных правах коренных народов в нынешних многоэтнических обществах и возникающей в этом контексте потребности во взаимосогласованных механизмах урегулирования конфликтов 19/.

52. В связи с тремя выделенными выше ситуациями следует также подчеркнуть, что сами договоры и процесс их заключения (в самом широком смысле этого термина) являются теми вопросами, которые, по мнению Специального докладчика, требуют более тщательной концептуальной разработки.

53. Специальный докладчик полагает, что не следует становиться заложником общепринятой терминологии. Это, однако, никоим образом не мешает делать выводы из неевроцентрической историографии договоров/соглашений между коренными народами и государствами и соответствующего статуса коренных народов в международном праве – историографии, которой Специальный докладчик посвятил один из важнейших разделов своего второго доклада о ходе работы 20/. Этот вопрос имеет по существу две стороны.

54. Во-первых, в соответствии с ориентированными на будущее аспектами настоящего исследования, т.е. с учетом того, что из исследования должны быть извлечены уроки в плане потенциальных возможностей для обсуждения договоров и других консенсуальных правовых документов и практических механизмов в целях обеспечения в будущем более гармоничных отношений между коренными народами и государствами, узкое определение "договора" и "процесса заключения договоров" помешает или предвосхитит появление любых новаторских концепций в этой области. Ведь именно новаторская концепция необходима для урегулирования того сложного положения, в котором находятся в настоящее время многие коренные народы.

---

19/ Вопросы, касающиеся этого вида консенсуальных договоров, более подробно рассматриваются в главе II.В настоящего доклада.

20/ Документ E/CN.4/Sub.2/1995/27, пункты 140-171.

55. Во-вторых, такое узкое определение договоров и процесса их заключения будет мешать или даже воспрепятствует любому надлежащему учету мнений коренных народов по этим вопросам лишь из-за широко распространенной посылки о том, что коренные народы не являются "государствами" в том смысле, который вкладывается сегодня в этот термин в международном праве, независимо от их повсеместно признаваемого статуса суверенных субъектов международного права.

56. Следует еще раз подчеркнуть, что было бы также ошибочно исходить из того, что коренные народы не понимают надлежащим образом характер, требования и последствия договоров и процесса их заключения. Некоторые компетентные инстанции, однако, полагают, что коренные народы абсолютно не понимают принципы таких документов и закрепленные в них нормы. Не только библиографические источники, но и собранные Специальным докладчиком прямые свидетельства представителей коренных народов, напротив, полностью опровергают обоснованность такого мнения.

57. С начала деятельности Специального докладчика его внимание было привлечено к тому, что концепция и практика заключения международных соглашений, т.е. договоров между суверенными субъектами, независимо от того, как они сами себя называют – народами, "племенами" или иначе, – имели широкое распространение среди коренных народов в Южной и Северной Америке, Океании/Новой Зеландии и в других регионах до прихода европейских колонизаторов и сохраняются как таковые.

58. Кроме того, в ходе проведенных исследований на местах многие источники из числа представителей коренных народов (исключая жителей океанских островов) неоднократно сообщали Специальному докладчику о том, что в целом ряде случаев в ходе переговоров стороны, не являющиеся коренными народами, не информировали адекватным образом своих партнеров – представителей коренных народов (т.е. предков указанных выше лиц) о причинах и предмете договоров, зачастую составляли эти договоры лишь на европейских языках и затем давали их устный перевод. Те языковые трудности, которые возникали при этом у представителей коренных народов, зачастую мешали им полностью понять истинный характер и охват обязательств, которые они на себя брали в соответствии с составленным на непонятном для них языке текстом этих договоров (или формулировками их отдельных положений). Эта ситуация не способствовала, конечно же, получению свободного и осознанного согласия представителей коренных народов на заключение какого бы то ни было договора по итогам таких переговоров. Как следствие, эти документы были затем крайне уязвимы при их рассмотрении в любом по-настоящему компетентном суде.

59. Специальный докладчик полагает, что упомянутые сообщения – особенно в случаях, касавшихся передачи территорий коренными народами, – отражают фактическую последовательность событий, если, в частности, принять во внимание неотъемлемый принцип неотчуждаемости их земель, а также то положение, в котором исторически оказались многие коренные народы.

60. Касаясь основополагающих принципов, регулирующих процесс заключения договоров и закрепленные в них положения, Чарльз Александрович также продемонстрировал, используя в качестве примера ранние африканские договоры с европейскими державами (или с их компетентными правопреемниками), что, хотя конкретные концепции власти, королевских полномочий и других аспектов политической структуры могли быть у двух сторон разными, они тем не менее редко не достигали согласия в отношении этих принципов.

61. В число этих повсеместно признанных основополагающих принципов процесса заключения договоров входят: обязательное участие уполномоченных представителей в переговорах, принципиальное согласие относительно предмета договоров и концептуальной необходимости их ратификации, а также обязательная сила всех видов официально заключенных соглашений.

62. В то же время следует отметить, что еще предстоит провести всестороннее исследование мнения коренных народов по целому ряду важных аспектов договоров и процесса их заключения. Хотя это имеет прямое отношение к мандату Специального докладчика, на решение этой задачи не были выделены достаточные ресурсы. Тем не менее в соответствии с рекомендациями Мартинеса Кобо Специальный докладчик приложил все возможные усилия для надлежащего учета знаний и институциональной структуры коренных народов применительно к истории договоров и процесса их заключения, а также тех уроков, которые коренные народы стараются сами извлечь из накопленного опыта в целях изменения их отношений с государствами, где они сейчас проживают.

63. С более теоретической точки зрения можно утверждать, что принцип взаимности представляет собой межкультурный аспект процесса заключения договоров. Это также подтверждает то понимание основополагающего характера договорных отношений, которое до сих пор сохраняют различные коренные народы, являющиеся сторонами договоров.

64. Примечательным, но не единственным фактором является толкование коренными народами ряда "нумерованных" договоров в сегодняшней Канаде, положения которых стали более доступными благодаря недавно опубликованным исследованиям <sup>21/</sup>. В рамках работы Королевской комиссии по коренным народам в этой стране было собрано большое число свидетельств того, как коренные народы толкуют положения этих договоров. К сожалению, Специальный докладчик не имел возможности подробно изучить данные

---

<sup>21/</sup> См. например, Sharon Venne, "Understanding Treaty Six: indigenous perspective," in Aboriginal and Treaty Rights in Canada (M. Asch Ed.) (Vancouver: University of British Columbia Press, 1996), p.173-204; Treaty Seven Elders and Tribal Council, The Original Spirit and Intent of Treaty Seven, Montreal and Kingston, McGill-Queen's University Press, 1996.

свидетельства. Тем не менее нет никаких сомнений в их важном значении как для улучшения положения коренных жителей в Канаде, так и для изложения Специальным докладчиком его собственных выводов в настоящем окончательном докладе.

65. И последнее замечание по вопросу о проблематике договоров в целом: Специальный докладчик не имел возможности тщательно проанализировать все возможные связи между этой проблематикой и общим понятием "прав человека отдельных представителей коренных народов". Очевидно, что это понятие существенно отличается от понятия "прав коренных народов", которое значительно шире по своему охвату и фактически включает упомянутые индивидуальные права.

66. С точки зрения содержания настоящего окончательного доклада и круга ведения мандата Специального докладчика, процесс "доместикации" всех коренных народов имеет особое значение и, несомненно, требует более тщательного анализа и проработки на заключительной стадии работы Специального докладчика. Подробное рассмотрение истоков этого процесса необходимо для всестороннего понимания важнейших юридических и социально-экономических аспектов нынешнего положения этих народов, которое сложилось в бывших колониях европейских переселенцев (и в пришедших им на смену государствах), когда возникли соответствующие отношения, а также в современных многонациональных государствах Латинской Америки, Африки, Азии, Тихоокеанского региона и северной Европы. Поэтому данный вопрос будет рассмотрен *in extenso* в выводах, которые излагаются в главе III настоящего окончательного доклада.

67. В то же время процесс доместикации коренных народов не следует смешивать с процессом приобретения независимости/деколонизации в странах Латинской Америки, Африки, Азии и Тихоокеанского региона (который имеет свои существенные отличия), поскольку в связи с этим процессом дополнительно возникает очень важный вопрос, а именно вопрос об адекватности концептуального определения "коренных народов" с учетом любых возможных примеров "подавляемых государством народов", в том числе "меньшинств", в конкретных условиях современных государств Африки, Азии и Тихоокеанского региона.

68. В упомянутых государствах период деколонизации привел к существенным изменениям в концептуальном определении "коренных народов", что было следствием новых политических условий, наиболее явной особенностью которых стало появление большого числа новых государств – субъектов современного международного права. Таким образом, Специальный докладчик считает необходимым с концептуальной точки зрения восстановить четкое различие между коренными народами и национальными или этническими меньшинствами. Конечно же, из такой дифференциации не следует делать вывод о непризнании коллективных прав меньшинств как отдельных групп лиц.

69. В этой связи следует отметить, что в 1991 году, в начале своей работы, Специальный докладчик, определяя руководящие принципы своего исследования в целом, принял решение провести четкое различие между "меньшинствами" и "коренными народами" 22/. Кроме того, необходимо учитывать, что в соответствии с принятыми Специальным докладчиком в 1995 году критериями относительно его будущего плана работы, "основной упор на заключительной стадии настоящего исследования следует делать на тех случаях и ситуациях, в которых категория "коренных народов" уже твердо установлена с исторической и современной точек зрения" 23/.

70. Многолетние исследования и разработки, осуществленные на различных уровнях системы Организации Объединенных Наций, особенно Комиссией по правам человека и ее Подкомиссией, не дали общепринятого определения термина "меньшинство", равно как и таких зачастую употребляемых в сочетании с этим термином прилагательных, как "этническое" или "национальное".

71. Вместе с тем значение "рабочего определения" коренных народов, сформулированное Специальным докладчиком Хосе Мартинесом Кобо в последней части его исследования, заключается в том, что его выводы были признаны Комиссией и ее вспомогательными органами как "приемлемая для работы основа".

72. Тем не менее – и это подчеркивалось ранее в докладах о ходе работы над настоящим исследованием – в своей попытке охватить сформулированным им "рабочим определением" все случаи, доведенные до его сведения, Мартинес Кобо скорее смешивал ситуации, которые, по мнению Специального докладчика, должны быть дифференцированы вследствие их присущих отличий.

73. Эти отличия обусловлены целым рядом исторических факторов, которые требуют проведения четкого разграничения между явлением экспансии коренных народов в отношении соседних территорий и явлением организованной колонизации, которую европейские державы осуществляли в отношении народов, проживавших с незапамятных времен на территории других континентов.

74. Особое значение для Специального докладчика применительно к настоящему исследованию имел тот факт, что в контексте нынешней практики Организации Объединенных Наций и в соответствии с действующими международными договорами и

---

22/ Документ Е/CN.4/Sub.2/1991/33, пункт 98; о практических результатах см. документ Е/CN.4/Sub.2/1995/27, пункты 48–129. Ср. также с содержанием главы II настоящего доклада ниже.

23/ Документ Е/CN.4/1995/27, пункт 126.

правовыми нормами обеспечение эффективной международной защиты прав меньшинств по-прежнему нередко ограничивается сферой их индивидуальных прав. Кроме того, эта глобальная проблема рассматривается преимущественно как вопрос, который относится к внутренней юрисдикции государств и исключает, таким образом, применение любого альтернативного подхода.

75. Между тем, коренные народы справедливо придают существенное значение признанию, поощрению и обеспечению их коллективных прав, т.е. их прав как социальных групп. В то же время они выступают за создание международных механизмов урегулирования конфликтов с государственными властями, в частности, в связи с уважением прав, которые признаются или закреплены за ними в соответствии с такими документами подтвержденного международного статуса, каковыми являются международные договоры.

76. Соответственно, Специальный докладчик уже выражал свое мнение о том, что коренные народы, хотя они и могут составлять численное меньшинство в странах, где они сейчас проживают, не являются "меньшинствами" в том смысле, в котором этот термин понимается в Организации Объединенных Наций, и для целей возможных практических действий со стороны Организации 24/. К тому же этнические и/или национальные меньшинства не должны рассматриваться в рамках Организации Объединенных Наций как "коренные народы".

77. Следует подчеркнуть, что в этом вопросе Организация Объединенных Наций проводит сейчас весьма четкую политику, особенно с 1994 года, когда по рекомендации как Комиссии, так и Подкомиссии Экономический и Социальный Совет постановил учредить в рамках Подкомиссии Рабочую группу по меньшинствам 25/.

78. В ходе своих размышлений над общей концепцией Специальный докладчик пришел также к выводу о том, что в Афро-азиатском регионе проблемы коренных народов редко взаимосвязаны с проблемой договорных отношений 26/, хотя, среди прочего, случай масаев является исключением, требующим дальнейшего изучения, учитывая их роль в переговорах, приведших к обретению Кенией независимости.

79. По-прежнему не возникает сомнений в том, что общины, которые могли бы считаться коренными народами в контексте исследования Мартинеса Кобо с учетом их образа жизни и среды обитания, - исключая, правда, другие факторы, такие, как их

---

24/ Документ E/CN.4/Sub.2/1995/27, пункт 116.

25/ Резолюция 1994/4 Подкомиссии от 19 августа 1994 года.

26/ Документ E/CN.4/Sub.2/1995/27, пункты 116, 128.

нынешний статус "коренного народа" по сравнению с аналогичным статусом других общин, которые в постколониальный период сосуществуют с ними на территории практически всех государств Африканского и Азиатского континентов, - не стремились быть сторонами договоров или соглашений ни с колониальными державами, ни с государствами, пришедшими на смену этим державам после деколонизации и обретения независимости 27 / .

80. Следует, однако, подчеркнуть, что Специальный докладчик не в состоянии проанализировать все возможные элементы дублирования и противоречий по каждому связанному с договорами вопросу и по общей проблематике коренных народов в Афро-Азиатском регионе.

81. Более того, в этой связи можно обоснованно отметить, что унаследованные от истории "защищенные" районы проживания племен в Африке и Азии (особенно на территориях, входивших ранее в состав Британской колониальной империи, например, в Индии и в южной части Африки) порождают целый ряд специфических проблем, - и это отражается, в частности, на работе таких международных организаций, как Международная организация труда и Организация американских государств, - которые способствуют появлению путаницы по вопросу о твердо установленном и четком разделении на меньшинства и коренные народы.

82. Несмотря на серьезные пробелы в этом отношении, Специальный докладчик счел необходимым вывести из таких особенностей ряд предварительных базовых положений, в частности, касающихся статуса и ситуации коренных народов, которые еще не являются сторонами какого-либо официального или консенсуального двустороннего юридического документа.

83. Следует напомнить о том, что многие представители групп, которые называют себя подавляемыми государством группами/меньшинствами/народами в Африке и Азии, обратились в Рабочую группу по коренному населению из-за отсутствия других возможностей для представления своих жалоб. Ситуация теперь исправляется благодаря учреждению Рабочей группы по меньшинствам.

---

27 / Документ E/CN.4/Sub.2/1995/27, пункт 307.

84. Из этого следует, что, хотя вопрос об их конкретном положении и мог бы быть в целом рассмотрен в рамках деятельности Организации Объединенных Наций по таким общим направлениям, как предотвращение дискриминации и защита меньшинств, его релевантность является либо косвенной и весьма ограниченной, либо вообще отсутствует в современном контексте применительно к вопросу о договорах/соглашениях и конструктивных договоренностях между коренными народами и государствами, включая их роль с учетом будущих соглашений между коренными народами и сторонами, не представляющими коренные народы, и особенно с точки зрения настоящего исследования в свете мандата Специального докладчика, определенного в резолюции 1988/56 Комиссии по правам человека.

85. Поэтому на данном заключительном этапе исследования основное внимание, как пояснялось ранее, должно быть уделено лишь тем ситуациям, в которых, по мнению Специального докладчика, категория коренных народов четким образом установлена.

86. В связи с этим важным вопросом Специальный докладчик считает своей обязанностью отметить, что эта последняя часть (вышеприведенные пункты 66–85) главы его окончательного доклада вызвала, как того и следовало ожидать, критику со стороны ряда участников шестнадцатой сессии Рабочей группы в 1998 году, на которой настоящий доклад был распространен в неотредактированном виде (и только на английском языке) в качестве рабочего документа. В своих выступлениях в ходе обсуждения этого вопроса и во время бесед вне зала заседаний, а также в посланиях, направленных ему позднее, различные участники из стран Азии и Африки сообщили Специальному докладчику о своем полном несогласии с содержанием вышеупомянутых пунктов.

87. В соответствии со своим обещанием, сделанным в конце обсуждения этого вопроса на шестнадцатой сессии Рабочей группы (см. E/CN.4/Sub.2/1998/16, пункт 102), Специальный докладчик всесторонне проанализировал эти замечания, особенно замечания, содержащиеся в письменных сообщениях. Оставив в стороне некоторые неприемлемые (в силу их необоснованности) выпады, содержащиеся в ряде сообщений, в частности обвинения в том, что в своих взглядах и методологическом подходе к этому вопросу он исходит из "колониальных и, возможно, даже расистских ценностей", Специальный докладчик пришел к выводу, что выдвинутых доводов недостаточно для того, чтобы изменить свое мнение, изложенное в вышеупомянутых пунктах настоящего доклада; пользуясь данным случаем он хотел бы вновь заявить, что он продолжает придерживаться этого подхода.

88. Такое заявление является по своему существу обоснованным с учетом того, что ни в одном из сообщений не было приведено сколь-либо серьезных контраргументов в опровержение того очевидного факта, что в постколониальной Африке и Азии автохтонные группы/меньшинства/этнические группы/народы, которые стремятся осуществить права,



якобы или фактически нарушаемые существующими автохтонными властями в государствах, где они проживают, не могут, по мнению Специального докладчика, требовать предоставления им в одностороннем и исключительном порядке статуса "коренных" в контексте Организации Объединенных Наций.

89. Как уже отмечалось ранее и с учетом исключительного характера термина "коренные народы" в данном контексте, другие группы, меньшинства, этнические группы или народы, проживающие вместе с ними на территории нынешних многонациональных или многоэтнических африканских или азиатских государств, границы (иногда ошибочные) которых являются следствием колониализма, не существующего, возможно, с правовой точки зрения, но продолжающего иметь последствия и сегодня, будут, таким образом, исключены из этой категории "коренных народов". Эти государства, которые как таковые появились в большинстве случаев лишь недавно, имеют не только право, но и обязанность сохранять свою хрупкую территориальную целостность. Нельзя легкомысленно относиться к опасности распада таких государств (или "балканизации"), которая обусловлена такого рода односторонними требованиями о предоставлении статуса "коренных народов". Следует отметить, что, пожалуй, в менее оправданных исторических условиях многие развитые государства, существовавшие на протяжении многих веков как национальные государства, столь же сдержанно относятся к такой возможности, сколь бы отдаленной она ни была.

90. В заключение Специальный докладчик заявляет, что он глубоко убежден в том, что описанные выше ситуации, примером которых являются африканские или азиатские государства, должны анализироваться не органами, которые в настоящее время занимаются проблемами коренных народов, а на других форумах Организации Объединенных Наций, в частности в Рабочей группе по меньшинствам Подкомиссии по предупреждению дискриминации и защите меньшинств.

91. Необходимо также напомнить, что Специальный докладчик не защищает абсурдную позицию, отрицающую существование на Африканском и Азиатском континентах, как это утверждалось в некоторых заявлениях и сообщениях, групп населения, представляющих собой этнические группы, меньшинства, народы или автохтонные группы; напротив, он считает, что все эти группы существуют. Поэтому за исключением некоторых случаев, упомянутых в настоящем докладе (или ряда других случаев, которые могли бы быть более всесторонне рассмотрены на основе дополнительной информации), термин "коренные народы", исключительный по своему определению, является особенно неуместным в контексте афро-азиатской проблематики и в рамках деятельности Организации Объединенных Наций в этой области.

92. И наконец, что касается ряда других критических замечаний, высказанных в связи с изложенной в настоящем докладе позицией по этому вопросу, то Специальный докладчик хотел бы отметить, что, хотя он высоко ценит и уважает мнения, выраженные по этому вопросу г-ном Мартинесом Кобо и Председателем-докладчиком Рабочей группой г-жой Эрикой-Ирен Даес в их соответствующих исследованиях, совсем не обязательно, что он разделяет эти мнения.

## II. РЕЗЮМЕ ВЫВОДОВ

93. В представленных ранее трех докладах о ходе работы Специальный докладчик попытался рассмотреть не только различные аспекты договоров между коренными народами и государствами, определенные г-ном Мартинесом Кобо 28/, но и те же самые аспекты соглашений и других конструктивных договоренностей как это было определено в мандате, утвержденном Комиссией и Экономическим и Социальным Советом.

94. В частности, были рассмотрены вопросы, касающиеся сферы охвата таких договоров, их нынешнего юридического статуса, мер по их осуществлению или отсутствия таковых и последствий этих мер для коренных народов.

95. Эти вопросы были рассмотрены на основе информации из различных источников и документов, включая ответы, полученные на два вопросника, которые были распространены в начале осуществления мандата 29/; результаты исследований на местах и архивных изысканий, проведенных либо Специальным докладчиком, либо его консультантом; обширную документацию и другие материалы, представленные заинтересованными сторонами, в том числе государствами, коренными народами или их организациями, учеными и отдельными лицами.

96. Ввиду большого объема и разнообразия этих документов Специальный докладчик уделил особое внимание общему подходу к исследованию, а также методологическим и теоретическим задачам. Основные подходы были изложены в его первом докладе о ходе работы 30/. Их кратко можно изложить следующим образом.

---

28/ "Исследование проблемы дискриминации в отношении коренного населения", том V: "Выводы, предложения и рекомендации", документ E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, пункты 388-392.

29/ Однако следует отметить, что Специальный докладчик с самого начала неоднократно высказывал сожаление (см., например, E/CN.4/Sub.2/1995/27, пункт 32) по поводу получения крайне ограниченного числа ответов на его вопросник от коренных народов/организаций. После 1995 года в результате усилий некоторых организаций, например Международного совета по договорам индейцев, эта ситуация значительно улучшилась. Кроме того, он также столкнулся с такой проблемой, как общая пассивность правительств в плане представления ответов на их вариант вопросника. Из весьма небольшого числа полученных ответов некоторые имели чрезвычайно общий или формальный характер и практически не содержали какой-либо информации по существу.

30/ E/CN.4/Sub.2/1992/32, пункт 392.

97. С самого начала Специальный докладчик настаивал на необходимости применения междисциплинарного подхода, хотя и с упором на правовой аспект 31/.

98. В рамках любых попыток изучить и понять представления и традиции коренных народов в том, что касается договоров, соглашений и других конструктивных договоренностей, необходимо отдавать предпочтение свободному от "центризма" взгляду на культуру, общество, право и историю и применять критический подход к этноцентризму, евроцентризму и эволюционистским стереотипам.

99. Кроме того, тесные связи, существующие между проблематикой коренных народов и явлениями колониализма и господства и политикой ассимиляции, подлежат тщательному изучению и признанию. Эти связи также прослеживаются в соответствующих научных дисциплинах (например, в антропологии), а также в юридических изысканиях и позитивном праве 32/.

100. Существуют многочисленные исторические примеры, когда право являлось инструментом колониализма, включая доктрину "ничейной земли", системы предоставления земельных наделов с закрепощением проживавшего на них местного населения (системы *encomienda* и *repartimiento*), которые были созданы испанской короной в Латинской Америке в шестнадцатом веке, так называемые "договора о выселении", которые вынуждены были заключать коренные народы в юго-восточной части Соединенных Штатов при президенте Джексоне в 30-е годы девятнадцатого столетия, и различные законодательные акты государства, в результате принятия которых была нарушена (или игнорирована) ранее признанная юрисдикция коренных народов, например Закон о семи тяжких преступлениях и Закон Дейвиса Севералти, принятые Конгрессом Соединенных Штатов в 80-е годы прошлого столетия, федеральный Закон об индейцах в Канаде, законодательство, принятое после вынесения решения по делу Мабо в Австралии, и многочисленные законодательные акты в Латинской Америке.

101. За редким исключением юридические трактаты, в том числе посвященные договорам и заключению соглашений в контексте экспансии европейцев в заморские территории и экспансии их потомков на завоеванных территориях, характеризуются анахронизмом и содержат аргументацию *ex post facto*, и таким образом предают забвению дискриминацию коренных народов вместо того, чтобы восстановить справедливость и истину.

---

31/ E/CN.4/Sub.2/1991/33, пункт 89.

32/ E/CN.4/Sub.2/1992/32, пункты 32, 40.

102. Критический историографический подход к международным отношениям четко свидетельствует об опасности, сопряженной с такого рода аргументацией, в рамках которой в прошлое проецируется нынешний доместигированный статус коренных народов, сложившийся в результате событий, происходивших главным образом во второй половине девятнадцатого века под влиянием правового позитивизма и других теорий, которые пропагандировались европейскими колониальными державами и их последователями.

103. В своем втором докладе о ходе работы Специальный докладчик, в частности, попытался проанализировать вклад историографии в понимание договоров и других юридических документов, взаимно согласованных между коренными народами и государствами, рассмотрев при этом, в частности, работы Чарльза Х. Александровича и других соответствующих авторов 33/.

104. Выше (пункт 55) отмечалось, что основной вывод, который можно сделать на основе этих работ, состоит в широком признании "заморских народов", в том числе коренных народов в нынешнем смысле этого термина в качестве суверенных образований европейскими державами и их преемниками, по крайней мере в эпоху права народов.

105. Таким образом, в основе проблематики договоров и других юридических документов, касающихся коренных народов и влияющих сегодня на их жизнь, лежит явление, названное Специальным докладчиком процессом ретрогрессии, в результате которого они были полностью (или в значительной степени) лишены трех из четырех основных атрибутов, лежавших в основе их изначального статуса суверенных народов. В частности, речь идет об их территории, признанной международной правосубъектности и особых формах правления 34/. Не следует также забывать и о значительном сокращении их численности во многих странах мира в силу действия ряда факторов, включая политику ассимиляции.

106. Этот аспект имеет чрезвычайно большое значение, особенно с учетом того, что конечная цель этого исследования состоит в изучении потенциальной полезности еще одного обратного процесса, который приведет к повторному признанию коренных народов в качестве особых коллективов и позволит им избавиться от дискриминации и насильственной интеграции, которым они подвергались на протяжении десятилетий, если не сказать веков.

107. Именно из этого следует исходить при рассмотрении приводимого ниже резюме выводов Специального докладчика относительно трех основных категорий юридических документов, отобранных для целей настоящего исследования (см. выше пункт 93).

---

33/ E/CN.4/Sub.2/1995/27, пункт 336.

34/ E/CN.4/Sub.2/1995/27, пункт 133.

А. Договоры/соглашения между коренными народами и государствами

108. В своем первоначальном исследовании Специальный докладчик в силу сложившихся обстоятельств сосредоточил основное внимание на бывших колониях европейских поселенцев, особенно в Северной Америке и районе Тихого океана, ввиду широкой практики заключения договоров в контексте колониальной политики Великобритании и Франции.

109. Следует отметить, что, хотя первоначально Специальный докладчик заявил, что о договорах, заключенных в колониальный период в Латинской Америке, практически ничего не известно 35/, результаты дальнейших исследований заставили его изменить свое мнение. Эти изменения в подходе были изложены в третьем докладе о ходе работы, в частности, на примере *parlamentos* народа мапуче (Чили). На данном заключительном этапе своей работы Специальный докладчик склонен считать, что эти юридические документы, в том что касается их происхождения, причин и эволюции, возможно, сопоставимы, при первом приближении и по своим некоторым элементам, с договорами, которые были заключены с коренными народами в британских и французских колониях в Северной Америке 36/.

110. При установлении официальных юридических отношений с народами заморских территорий европейцы полностью осознавали, что они ведут переговоры и вступают в договорные отношения с суверенными народами со всеми вытекающими из этого юридическими последствиями для международных отношений того времени 37/.

111. Это верно и сегодня, несмотря на преобладание более ограниченных и пропагандируемых государством концепций "самоуправления", "автономии", "статуса нации" и "партнерства", хотя бы в силу того, что в целях "лигитимизации" своих колониальных и торговых интересов европейским державам было необходимо признать коренные народы в качестве суверенных образований.

---

35/ Он тем не менее обнаружил небольшое число документов, связанных с ситуациями в Южной Америке и "относящихся к эпохе первых республик, по крайней мере в двух странах этого региона"; см. Е/CN.4/Sub.2/1991/33, пункт 103-104.

36/ Е/CN.4/Sub.2/1996/23, пункты 145-170. В феврале 1998 года органы власти мапуче на принадлежащих этому народу землях в чилийской провинции Каутин торжественно вручили Специальному докладчику обширную документацию, касающуюся ряда таких *parlamentos*. По состоянию на июнь 1998 года удалось провести лишь предварительный анализ этой документации.

37/ Е/CN.4/Sub.2/1992/32, пункты 138-139; см. также Е/CN.4/Sub.2/1995/27, пункт 130.

112. Впоследствии тем не менее были предприняты попытки лишить коренные народы, как уже отмечалось выше, атрибутов их суверенитета. В частности, речь идет об юрисдикции в отношении их земель, признании форм организации их общества и их статусе как субъектов международного права.

113. Различные способы и средства, которые использовались в процессе доместикиации отношений с коренными народами в контексте колоний бывших европейских переселенцев, были рассмотрены во втором докладе о ходе работы (Новая Зеландия, Австралия и особый случай Гавайев) 38/ и третьем докладе о ходе работы (Канада, Соединенные Штаты и Чили) 39/. Более всеобъемлющий и подробный анализ этого процесса и его последствий см. ниже в главе III.

114. Тем не менее на данном этапе важно подчеркнуть, что в связи с изменением статуса коренных народов, т.е. их превращением из суверенных народов в государственные доместицированные образования, в рамках настоящего исследования возникает ряд вопросов и конкретных проблем.

115. Прежде всего, что касается договорных отношений, то в настоящее время отмечается общая тенденция к оспариванию статуса договоров, участниками которых являются коренные народы, в современном международном праве. Эта точка зрения, которая получила широкое распространение среди юристов и в научной литературе 40/, основывается на одном из следующих трех предположений: утверждается, что коренные народы не являются народами по смыслу термина, используемого в международном праве; либо что договоры с участием коренных народов не являются договорами в соответствии с обычным значением этого термина, т.е. договорами, заключаемыми между суверенными государствами (такова, например, официальная позиция органов судебной власти Соединенных Штатов и Канады, согласно которой договоры с участием коренных народов рассматриваются в качестве документов *sui generis*), либо что эти юридические документы просто стали недействительными в силу реальности жизни, которая отражена во внутреннем законодательстве государств.

---

38/ E/CN.4/Sub.2/1995/27, пункты 176-201, 202-237 и 238-249.

39/ E/CN.4/Sub.2/1996/23, пункты 27-79, 81-115 и 145-170.

40/ E.g. Sébastien Grammond, Les traités entre l'Etat canadien et les peuples autochtones, Cowansville, Québec, Editions Yvon Blais, 1995; Francis P. Prucha, American Indian Treaties, The History of a Political Anomaly, Berkeley, University of California Press, 1994.

116. Какой бы ни была аргументация, преобладающее мнение, которое нашло свое отражение в специализированной литературе, а также в административных решениях государственных органов и решениях национальных судов, состоит в том, что договоры с участием коренных народов являются по своей сущности внутренним вопросом и должны толковаться, осуществляться и признаваться с использованием существующих внутренних механизмов в виде судов и федеральных (и даже местных) органов власти.

117. Однако важно подчеркнуть, что коренные народы, являющиеся участниками таких договоров, не разделяют эту позицию и, следуя своим традициям в отношении договорных положений и заключения договоров (или других соглашений), продолжают считать, что такие документы имеют международный статус. Для многих коренных народов договоры, заключенные с европейскими державами или их правопреемниками на заморских территориях, являются прежде всего договорами о мире и дружбе, цель которых состоит в обеспечении сосуществования и тех и других на одной и той же территории, а не в их изгнании с этой территории или введении ограничений в отношении образа их жизни (на этой территории или за ее пределами) под общей юрисдикцией органов власти, не представляющих коренные народы. По их мнению, это будет являться ущемлением их права на самоопределение и/или других неотъемлемых прав как народов.

118. Кроме того, коренные народы, являющиеся участниками договоров, полностью отвергают мнение государств-участников, согласно которому эти договоры предусматривают безоговорочную передачу земель и юрисдикцию коренных народов государствам, созданным поселенцами.

119. В этой связи представляется важным отметить, что в некоторых странах, например в Чили, Новой Зеландии и Канаде, мнению коренных народов по вопросу о договорах начинает уделяться все больше внимания. Так, например, в своем окончательном докладе Королевская комиссия по делам аборигенных народов, созданная правительством Канады, рекомендовала, чтобы сведения о договорах, изустно передаваемые коренными народами из поколения в поколение, использовались при официальном толковании договоров наряду с письменными документами 41/.

120. Тем не менее противоречия, существующие в том, что касается историографии и толкования договоров, и обусловленные различиями в подходах: позиция государства по этому вопросу, мнения, укрепившиеся в научных юридических трактатах, или традиции самих коренных народов – безусловно, создают на практике конфликтную ситуацию.

---

41/ Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples, vol. 2, "Restructuring the Relationship", Part One, Recommendation 2.2.2, Ottawa, Minister of Supply and Services, 1996, p. 49.

121. Кроме того, эти противоречия значительно затрудняют разработку и осуществление будущих договоров, которые могут быть заключены между коренными народами и государствами: нет надобности говорить о трудностях, которые возникают в связи с проведением переговоров по этим новым договорам без предварительного определения и урегулирования основных вопросов.

122. Это замечание, безусловно, касается всех вопросов, связанных с договорами/соглашениями. В качестве примера можно привести якобы существующую в Канаде коллизию между договорами о мире и дружбе, заключенными в XVIII веке или ранее, и так называемыми номерными договорами об "отказе от права на землю", которые стали заключаться со второй половины XIX века. Эта коллизия опровергается коренными народами – участниками номерных договоров, которые считают, что они являются участниками договоров о мире, дружбе и союзе и что они не отказывались ни от своих территорий, ни от своего первоначального юридического статуса суверенов. Аналогичные расхождения также существуют в Соединенных Штатах и Новой Зеландии.

123. Тщательный анализ положений договоров, заключенных между коренными народами и государствами, также свидетельствует о том, что в большинстве случаев предмет таких договоров является типичным для международного права, независимо от рассматриваемого исторического периода; эти договоры посвящены таким вопросам, как война/мир, торговля, защита субъектов/граждан каждой стороны такого договора и т.д.

124. Кроме того, хотя в юридической литературе сегодня преобладает мнение, что эти договоры относятся прежде всего к внутренней компетенции государств, в связи с подходом, применяемым к этим договорам во внутригосударственном законодательстве и национальных судах, тем не менее возникает ряд вопросов.

125. Несоблюдение или нарушение государствами-участниками обязательств, взятых на себя в соответствии с существующими договорами, односторонняя отмена договора (или части его положений) путем принятия государственного закона или применения других механизмов и нератификация государствами-участниками договоров, заключенных с коренными народами, относятся к числу проблем, определенных Специальным докладчиком на начальном этапе его работы при изучении вопроса о значении договоров/соглашений на национальном уровне.



126. Эти проблемы тем или иным образом существуют в большинстве юридических ситуаций, которые решил проанализировать Специальный докладчик в рамках своего исследования; кроме того, эти проблемы не только существовали в прошлом, но и возникают в связи с более современными соглашениями 42/.

127. Из этого следует, что соблюдение и выполнение существующих признанных договоров с коренными народами вряд ли является сегодня чем-то само собой разумеющимся. Кроме того, по-прежнему неясно, какие последствия будет иметь нынешняя ситуация для условий заключения будущих соглашений между коренными народами и государствами. Это, безусловно, также имеет определенные практические последствия для статуса и правосубъектности коренных народов как на национальном, так и международном уровнях.

#### В. Другие конструктивные договоренности

128. Что касается квазюридического термина "другие конструктивные договоренности", то следует напомнить, что с самого начала Специальный докладчик определил его как "любые юридические тексты и другие документы, которые свидетельствуют о договорном участии всех сторон в правовых или квазиправовых отношениях" 43/.

129. Основным примером, рассмотренным в рамках анализа "других конструктивных договоренностей", является Закон о самоуправлении Гренландии. Еще в самом начале деятельности по осуществлению своего мандата Специальный докладчик на основе различных материалов, представленных Рабочей группе гренландскими делегатами и правительством Дании, счел целесообразным провести оценку полезности введенной Данией в 1979 году процедуры как средства улучшения отношений между коренными и некоренными сторонами 44/.

130. Проведенный им недавно более углубленный анализ Закона о самоуправлении Гренландии 45/ свидетельствует, по мнению Специального докладчика, о том, что эта договоренность сопряжена с рядом ограничений для коренного населения острова как

---

42/ Е/CN.4/Sub.2/1995/27, пункты 130-311; Е/CN.4/Sub.2/1996/23, пункты 27-209.

43/ Е/CN.4/Sub.2/1991/33, пункт 96.

44/ Е/CN.4/Sub.2/1992/32, пункт 347.

45/ Е/CN.4/Sub.2/1996/23, пункты 171-196.

с точки зрения процесса, предшествовавшего ее достижению, так и действия ее положений. Например, поскольку Конституция Дании имеет полную силу на территории Гренландии, органы самоуправления должны соблюдать все конституционные положения, регулирующие такие важные области, как внешняя политика и обязательства по международным соглашениям, заключенным Данией.

131. Такое решение можно было бы назвать правомерным с точки зрения реального осуществления гренландцами права на самоопределение, если бы участие коренного населения Гренландии в процессе разработки и применения механизма самоуправления не было ограниченным.

132. Специальный докладчик придерживается того мнения, что такого рода "режим автономии", предусмотренный Законом о самоуправлении, не представляет собой осуществления права населения Гренландии на самоопределение. В то же время он считает, что процедуры проведения обсуждений между гренландскими и датскими должностными лицами до введения самоуправления в 1979 году также нельзя назвать убедительным примером осуществления этого неотъемлемого права.

133. В других странах в настоящее время обсуждается возможность создания (или введения) режимов автономии или принятия мер с целью признания особого правового статуса коренных народов либо путем издания закона, либо путем включения соответствующих положений в национальную Конституцию. Наиболее наглядные примеры, которые были проанализированы Специальным докладчиком, касаются Куна Яала в Панаме и Атлантического района в Никарагуа 46/. Во внимание следует также принять изменения, происходящие в последние годы в Гватемале.

134. Благодаря этим режимам автономии коренные народы получили (или могут получить) определенные преимущества. Например, в результате введения режима автономии в Панаме государство признало традиционные органы политической власти индейцев племени куна, в частности Общий совет народа куна, и их право осуществлять некоторый контроль за политикой развития, проводимой на территории, где проживает коренное население.

135. Однако Специальный докладчик отмечает, что признание "автономии" коренных народов в рамках государства (независимо от предоставляемых полномочий или устанавливаемых ограничений), по всей вероятности, не положит конец стремлению государств к осуществлению по возможности полной власти (в том числе, что касается интеграции и ассимиляции этих народов), но и не приведет к отмене неотъемлемых прав, которыми эти народы обладают как таковые.

---

46/ E/CN.4/Sub.2/1996/23, пункты 117-125 и 126-144.

136. Кроме того, в каждом конкретном случае должен проводиться анализ механизмов разработки и введения "режимов автономии" для коренных народов с целью доказательства свободного и осознанного согласия всех соответствующих сторон, особенно коренных народов 47/.

137. То же самое можно сказать и в отношении других юридических ситуаций, которые в некоторых источниках называются "конструктивными договоренностями"; наиболее наглядным примером является Соглашение о заливе Джемс и Северном Квебеке (на французском языке Convention), первое в серии так называемых соглашений о всеобъемлющем урегулировании земельных претензий, которое было проанализировано Специальным докладчиком в его третьем докладе о ходе работы 48/.

138. Это, в частности, связано с тем фактом, что в данном конкретном случае переговоры по договору были начаты лишь после того, как был поднят большой шум в связи с финансируемым правительством крупным гидроэлектроэнергетическим проектом. Кроме того, большое число судебных дел, возбужденных в связи с этим соглашением, заставило Специального докладчика весьма серьезно задуматься над эффективностью переговоров с целью заключения договора в неблагоприятных экономических, экологических и политических условиях, обусловленных односторонней правительственной политикой.

139. Ввиду все более активного проведения политики всеобъемлющего урегулирования земельных претензий в Канаде и поступления большого объема документации, требующей анализа, Специальный докладчик в настоящее время может высказать лишь предварительное мнение в отношении других случаев достижения такого рода "конструктивной договоренности".

140. Обсуждения и переговоры, которые ведутся в настоящее время в нескольких странах (не только в Канаде), требуют дополнительного длительного анализа предусматриваемых и используемых механизмов урегулирования и условий их применения. Следует отметить, что в связи с урегулированием ряда земельных претензий и заключением так называемых

---

47/ Е/CN.4/Sub.2/1992/32, пункт 338.

48/ Е/CN.4/Sub.2/1996/23, пункты 85-115. Тот факт, что участник переговоров, не представлявший государство (канадская провинция Квебек), позднее стал "стороной" этого договора не может, по мнению Специального докладчика, служить основанием для того, чтобы считать, что он не имеет международного статуса. С другой стороны, коренные народы, являющиеся участниками этого договора, никогда не отказывались от атрибутов своего суверенитета до заключения этого соглашения, а их участие в процессе переговоров по этому договору не может и не должно рассматриваться в качестве действия, лишаящего их этих атрибутов и первоначального статуса.

"современных договоров" в Канаде возникает ряд интересных вопросов. Один из них связан с большим разнообразием сторон (коренные народы, власти провинций и федеральное правительство), участвующих в процессе заключения таких договоров.

141. Важность и международное значение изменений, происходящих в Канаде, нельзя недооценивать, хотя бы лишь в силу того, что они свидетельствуют о необходимости и потенциальной полезности установления разумных и справедливых "базовых правил" ведения переговоров с целью разработки и заключения "конструктивных договоренностей", а также эффективного функционирования механизмов их практического осуществления, которые столь необходимы для поиска новых подходов к проблемам коренных народов не только в Канаде, но и во всех других многонациональных странах, сталкивающихся с такими же или аналогичными проблемами. Все это будет подвергнуто испытанию в рамках разнообразных переговоров, проводимых с целью "всеобъемлющего урегулирования земельных претензий" и заключения договоров в различных регионах Канады, например в Британской Колумбии, где в 1996 году было заключено первое соглашение с народом нишга, и Северо-Западных территориях, где коренные народы сталкиваются с особыми трудностями. После того как в 80-е годы переговоры со всем народом дене не принесли никаких результатов, государство-участник решило проводить переговоры с отдельными племенами. На сегодняшний день было заключено два соглашения об урегулировании с племенами сахту и гвичин 49/.

142. Такая фрагментация образований коренных народов в процессе переговоров имела место и в других случаях, например в случае с любиконскими кри, когда, согласно имеющейся у Специального докладчика информации, с целью упрощения частичного урегулирования земельных претензий было создано новое племя, причем при весьма сомнительных обстоятельствах, по мнению некоторых источников, представляющих коренные народы. Однако и на сегодняшний день спор с любиконскими индейцами до сих пор не урегулирован, главным образом потому что они не желают соглашаться на полный отказ от аборигенного права собственности, что является необходимым условием урегулирования.

143. Во всех этих ситуациях, независимо от того, регулируются ли они положениями договоров/соглашений, вопрос о возможном отказе коренных народов от права собственности на их земли либо путем заключения договора/соглашения, либо достижения

---

49/ Специальный докладчик хотел бы исправить ошибку в обобщении, которую он допустил в пункте 87 своего третьего доклада о ходе работы (E/CN.4/Sub.2/1996/23) в том, что касается народов дене и метис, проживающих в долине Маккензи (Северо-Западные территории).

"конструктивной договоренности", имеет чрезвычайно большое значение, поскольку в данном случае речь идет о принуждении коренного народа, являющегося стороной соглашения.

144. Из этого следует, что категория "другие конструктивные договоренности", хотя она и была включена в мандат Специального докладчика с запозданием, имеет особое значение с точки зрения определения и создания прочной основы для развития в будущем новых, более справедливых отношений между коренными народами и другими слоями общества.

145. На данном этапе важно отметить, что, в отличие от договоров (особенно так называемых "исторических" договоров), конструктивные договоренности, - и это касается всех примеров, рассмотренных на сегодняшний день в рамках мандата Специального докладчика, - имеют значение исключительно на уровне внутригосударственного права.

146. Обильная информация, полученная в последнее время на местах Специальным докладчиком, четко свидетельствует о том, что в Канаде конструктивные договоренности, например "соглашения о всеобъемлющем урегулировании земельных претензий" и так называемые "современные договоры", призваны служить средством разрешения всех неурегулированных претензий коренных народов. Согласно этой информации, данными договоренностями охвачены главным образом районы, в которых коренные народы не являются участниками договоров. В целом пока еще не ясно, каким образом может обеспечиваться соблюдение и выполнение положений возможных конструктивных договоренностей такого типа, особенно со стороны коренных народов, являющихся участниками таких договоренностей.

С. Ситуации, в которых отсутствуют конкретные двусторонние юридические документы, регулирующие отношения между коренными народами и государствами

147. С самого начала Специальный докладчик решил, что для выполнения своего мандата ему необходимо провести анализ ситуаций, в которых коренные народы не являются сторонами договоров, охваченных настоящим исследованием.

148. Без такого анализа он не сможет установить, является ли заключение договора (опять же в самом широком смысле этого термина) надлежащим юридическим инструментом для улучшения положения коренных народов в целом, создания основы для

искоренения любой дискриминации, которой они подвергаются, и постепенного устранения антагонизма в нынешних отношениях между коренными и некоренными народами, проживающими бок о бок во многих странах.

149. Что касается категорий коренных народов, подпадающих под концепцию настоящего раздела, то в своем первом докладе о ходе работы Специальный докладчик определил следующие общие категории: а) коренные народы, которые никогда не вступали в договорные отношения с каким-либо государством; б) коренные народы, являвшиеся участниками договоров, которые были в одностороннем порядке аннулированы государством-участником либо официально, либо посредством преднамеренного несоблюдения договора; с) коренные народы, которые участвовали в переговорах и в принятии договоров, так и не ратифицированных компетентными государственными органами; и d) коренные народы, живущие в странах, где в результате активного процесса аккультурации внутреннее законодательство не содержит конкретных положений, гарантирующих их особый статус и защиту их прав как народов.

150. К народам, подпадающим под одну или несколько из этих категорий, безусловно относятся народы, которые в связи с непризнанием государством их статуса коренных народов, были лишены возможности получить либо в соответствии с законом, либо путем проведения официальных переговоров правовую защиту в конфликтных ситуациях, связанных с этим статусом.

151. Прежде всего следует отметить, что за редким исключением национальные и международные правовые документы, затрагивающие условия жизни коренных народов, принимаются и осуществляются государственными учреждениями без прямого участия коренных народов.

152. На начальном этапе анализом в рамках настоящего раздела исследования были охвачены аборигены и жители островов Торрессова пролива в Австралии, народ гитскан и ветсуэтен в провинции Британская Колумбия (Канада), народ яномама в Бразилии, коренное население Гавайских островов, народ мапуче (Аргентина и Чили), народ майя в Гватемале, любиконские кри в провинции Альберта (Канада), саны (Ботсвана), народ айнов (Япония), так называемые ранчерияс в Калифорнии (Соединенные Штаты) и народ куна в Панаме.

153. После завершения своего исследования Специальный докладчик считает полезным еще раз пересмотреть вышеприведенный список, с тем чтобы определить, по крайней мере в предварительном порядке, наиболее практические и эффективные способы (например, пересмотр и/или надлежащее осуществление договора/соглашения, достижение "конструктивной договоренности", обращение в международные органы, или применение некоторых других средств) конструктивного решения в будущем разнообразных проблем, с которыми сталкиваются сегодня вышеупомянутые народы.

154. В любом случае необходимо провести надлежащий анализ исторических причин их нынешнего неблагоприятного положения, поскольку именно такой анализ может дать точный ответ относительно приемлемости того или иного возможного решения.

155. Однако следует подчеркнуть, что любое решение должно приниматься при активном участии соответствующего коренного народа. Лишь этот подход будет содействовать столь необходимому процессу укрепления доверия и выработке в конечном итоге консенсуальных юридических документов.

156. Специальный докладчик уже говорил об изменениях, которые предлагается осуществить в области договоров, существующих в Латинской Америке.

157. Так, народ мапуче можно отнести к категории народов, которые уже участвовали в процессе разработки и заключения договоров. Защиту других народов, например куна, можно обеспечить на основе "конструктивных договоренностей" – процесса, который, как представляется, еще не завершен. Что касается народов майя и яномама, то их случаи рассматриваются ниже.

158. Кроме того, на данном заключительном этапе исследования Специальный докладчик может на основе излагаемой ниже процедуры рассмотреть и другие соответствующие случаи.

159. Ситуации первой группы, включая любиконских кри, народы гитскан и ветсуэтен в Канаде, следует регулировать по возможности путем достижения конструктивных договоренностей, при условии, что некоторые вопросы, связанные с их положением, будут решены уже на раннем этапе на взаимоприемлемых условиях.

160. Ситуация с коренными народами Австралии могла бы быть урегулирована на основе процесса выработки и заключения договоров, исходя из того, что вопрос о Makarrata (или соглашения), которого требуют коренные народы с 1980 года, по-прежнему не решен <sup>51/</sup>. Тем не менее к договору Makarrata следует подходить не только в контексте так называемого процесса примирения, который был начат федеральным правительством Австралии в 1991 году в результате принятия Закона о создании Совета по вопросам примирения с коренными народами, но и в свете последних изменений юридического и законодательного характера, в частности решения по делу Мабо (№ 2), вынесенного Высоким судом Австралии (1992 год), и принятого на федеральном уровне в 1993 году Закона о праве коренных жителей на землю.

---

<sup>51/</sup> E/CN.4/Sub.2/1995/27, пункт 225.

161. Что касается ранчерии в Калифорнии, то существующие проблемы обусловлены главным образом нератификацией государством-участником текстов, которые уже согласованы с соответствующими народами, и поэтому этот случай следует отнести к ситуациям, требующим повторного заключения или надлежащего осуществления договоров.

162. С учетом вышесказанного Специальный докладчик считает, что другие случаи нератификации государственными органами договоров, заключенных в прошлом с коренными народами, должны быть вновь рассмотрены на соответствующем уровне с целью определения возможности завершения процесса ратификации.

163. В результате принятия Конгрессом Соединенных Штатов так называемого Закона о принесении извинений (P.L. 103-150, 1993 год) ситуация коренного населения Гавайских островов приобретает сегодня особый характер. В этом Законе признается, что свержение гавайской монархии в 1898 году было незаконным. В то же время заключенный в 1897 году между Соединенными Штатами и Гавайями договор об аннексии является, как представляется, неравноправным договором, и на этом основании он мог бы быть объявлен недействительным в соответствии с международным правом того времени.

164. Из этого следует, что Гавайи могут быть вновь включены в список самоуправляющихся территорий Организации Объединенных Наций, и этот вопрос может быть вновь представлен на рассмотрение органов Организации, которые обладают компетенцией в вопросах деколонизации.

165. Что касается рассмотренных выше случаев, то, согласно имеющейся у Специального докладчика информации, к коренным народам, которые никогда не вступали в договорные правовые отношения с каким-либо государством, можно отнести лишь народ яномама в Бразилии, народ майя в Гватемале, санов (Ботсвана) и народ айнов (Япония).

166. Вопрос о целесообразности и методах заключения каждым из этих коренных народов соглашения или любой другой удовлетворяющей их интересы договоренности с государствами, в которых они сегодня проживают, должен рассматриваться в индивидуальном порядке с участием соответствующего коренного народа.

167. Особое внимание в этих случаях следует уделять практическим, повседневным (иногда весьма серьезным) последствиям отсутствия таких соглашений для правового и политического статуса соответствующих народов в смешанных обществах, в которых они ныне проживают, а также для защиты, поощрения и эффективного осуществления их исторических прав как народов, включая их права человека и свободы.



### III. ВЗГЛЯД НА ДЕНЬ СЕГОДНЯШНИЙ: ПРОИСХОЖДЕНИЕ, ЭВОЛЮЦИЯ И ПОСЛЕДСТВИЯ ПРОЦЕССА ДОМЕСТИКАЦИИ

168. При определении мандата Специального докладчика Комиссия по правам человека и Экономический и Социальный Совет поручили ему "[надлежащим образом учитывать] социально-экономические реальности государств" 52/. Поэтому он считает необходимым провести обзор текущего положения коренных народов, проживающих в многонациональных государствах. Однако существующее положение не может быть полностью осознано без анализа причин и эволюции процесса доместикации проблематики коренных народов.

169. Кто бы ни пытался в конце XX века выработать общий подход к обширной и сложной проблематике коренных народов с более чем 500-летней историей, он не должен - и не может - игнорировать один основополагающий факт: первые контакты этих народов с "некоренными" народами из других частей света, имевшие место в конце XV века, явились следствием начавшейся и развивавшейся тогда колониальной экспансии Европы.

170. Эта экспансия была непосредственно связана с новым способом производства, зарождавшемся в Европе на последнем этапе позднего Средневековья. К последнему десятилетию XV века в рамках этой новой экономической системы уже было создано достаточно научных, технических и финансовых средств, позволявших успешно организовывать географические исследовательские кампании, экспедиции "первооткрывателей" и колонизаторские миссии в поисках новых торговых путей и рынков сбыта в отдаленных районах. Театром этих операций стали Америка, Азия, Африка, обширные пространства бассейна Тихого океана и даже некоторые периферийные районы самой Европы.

171. На более позднем этапе появились новые факторы, способствовавшие этой экспансии: религиозная нетерпимость, национальное угнетение, социально-экономическая маргинализация определенных слоев населения Европы, а также антагонизмы и противоречия между европейскими державами в разные эпохи. Все это в последующие века привело к активизации процесса установления новых первых контактов во внутренних районах "открытых" территорий и дальнейшего развития и укрепления колониализма в целом.

---

52/ Пункт 2 резолюции 1988/56 Комиссии по правам человека и решение 1988/134 Экономического и Социального Совета.

172. Несмотря на огромное количество благочестивых оправданий, которые были найдены для морального обоснования этой кампании колонизации заморских территорий, и на псевдоюридическую (а иногда даже и откровенно антиюридическую) аргументацию, с помощью которой делались попытки обеспечить для этой кампании "правовую" базу, имеются неопровержимые доказательства того, что четко определенные цели данной кампании не имели ничего общего с "гуманитарными" или "цивилизаторскими" устремлениями.

173. Смысл этой кампании, во-первых, заключался в том, чтобы гарантировать постоянное присутствие заморской державы - в форме ли переселенцев или просто торговых постов - на территориях, населенных другими народами. Во-вторых, эта кампания была направлена на то, чтобы обеспечить получение заморской державой права на разработку имевшихся там природных ресурсов, а также новых рынков для экспортно-импортной торговли. В-третьих, эта кампания отражала стремление заморских держав заполучить эти новые форпосты для укрепления своих позиций в борьбе с другими европейскими державами. Наконец, при этом преследовалась цель сохранить завоеванное путем навязывания проживающим на этих землях народам своих собственных политических, общественных и экономических институтов и систем.

174. Эти цели должны были быть достигнуты любой ценой, даже - если это было необходимо и возможно - ценой уничтожения зачастую весьма развитых культур, социально-политических институтов и традиционных экономических систем, создававшихся вековыми усилиями коренных народов.

175. Как об этом уже говорилось в предыдущем докладе, представленном в 1995 году, колонизация, проводившаяся заморскими державами, полностью отличалась от весьма распространенной среди народов этих "новых" территорий до появления европейских колонизаторов практики экспансии с захватом у своих соседей сопредельных районов. Эта разница заключалась в самой природе колониализма, в эксплуататорском, дискриминационном и угнетательском характере "идеологии" этой системы, в применявшихся методах и в тех последствиях, которые эта система в конечном итоге имела для весьма не похожих друг на друга обществ.

176. В результате все еще не завершившегося процесса деколонизации эта самая непохожесть приобрела сегодня в Азии, Тихоокеанском регионе и Африке еще большее значение. Одним из непосредственных последствий деколонизации явилось заполнение пустоты, оставленной после себя на этих континентах "некоренными" колониальными политическими властями, слоями населения, чей "коренной" (или "автохтонный") характер не вызывает, по любым сегодняшним стандартам, никаких сомнений.

177. Следует иметь в виду, что вся имеющаяся на сегодняшний день информация говорит о том, что термины "коренной житель", "туземец", "абориген", "индеец", "автохтонное население" и другие такого же рода определения происходят не из лексикона тех, кто сегодня называет себя "коренными народами", а из жаргона, использовавшегося

"первооткрывателями", конкистадорами, колонизаторами и их потомками, для того чтобы в рамках отношений господства-подчинения проводить дифференциацию между собой и исконными жителями новых территорий, присоединявшихся к европейским монархиям.

178. Первые контакты, конечно, были разными по своему характеру. В некоторых случаях в их основу была положена логика неприкрытой силы. Мы должны помнить о том, что на протяжении более 500 лет именно меч – при действенной поддержке креста – определял печальную судьбу десятков миллионов исконных жителей Латинской Америки и Карибского бассейна и их потомков.

179. Права, базировавшиеся на силе и навязанные силой, являвшейся инструментом политики ассимиляции и маргинализации, также лежали в основе "асимметричных" двусторонних отношений между коренными народами и креолами, утвердившимися в новых латиноамериканских республиках после достижения последними независимости от Испании и Португалии. Победа при Аякучо мало что или вообще ничего не дала исконным жителям, которые просто оказались под властью новых правителей.

180. Такой, как правило, была ситуация в латиноамериканском регионе, причем как в тех странах, которые были колонизированы полностью еще до получения независимости, так и в тех государствах, где господство над коренным населением было окончательно – также с помощью силы – установлено во всех уголках новых государств уже руками новых республиканских режимов, примером чему могут служить Аргентина и Чили. Только в исключительно ограниченном числе случаев (когда не удавалось обойти решительный отказ подчиниться, например в случае parlamentos в чилийской Араукании) ныне существуют остатки режима юридических обязательств (которые, однако, редко выполнялись) по отношению к "индейцам", обязательств, которые явились результатом переговоров и принятия юридически обязательных документов.

181. Однако на других широтах американского континента, а также в других районах мира эти первые контакты не были отмечены исключительно применением военной силы. С одной стороны, это было связано с теми политическими и юридическими доктринами, которые в то время господствовали в обществах, выходцами из которых были тогдашние переселенцы. С другой стороны, это отражало тот баланс сил, который первоначально существовал между переселенцами и хорошо организованными обществами, занимавшими эти "новые" территории на протяжении многих веков, баланса, который с развитием процесса колонизации претерпел радикальные изменения.

182. Примером такого развития событий является постепенная колонизация обширных участков земли, занимаемых сегодня Канадой и Соединенными Штатами, вначале силами Великобритании, а затем в конце XVIII века – в еще большей степени – силами ее правопреемников в первых 13 колониях, ставших зачатком Соединенных Штатов Америки. В этом случае начал действовать "юридический фактор" (т.е. договоры). В определенной степени эту форму первых контактов можно было также увидеть в действиях,

проводившихся в то время Францией при колонизации отдельных частей этих же самых территорий. В течение всего процесса постепенного продвижения от Атлантики к Тихому океану военная мощь и переговоры вместе со связанными с ними юридическими документами сосуществовали между собой в качестве основы отношений между колонизаторами и встречавшимися ими на своем пути коренными народами.

183. Более поздние примеры колонизации, особенно в Африке и некоторых районах Тихоокеанского бассейна, также, как правило, характеризуются тем, что на первом этапе присутствие и проникновение колониальной державы было ограниченным. Это можно видеть на примере поведения Великобритании в Африке и Новой Зеландии.

184. Во многих местах наряду с традиционными юридическими формами (двусторонние соглашения и договоры) с каждой новой волной миграции переселенцев из метрополии (случай Гавайских островов) или представителей королевских торговых компаний (это часто имело место в "Вест-Индии") появлялись другие правовые механизмы, некоторые из которых были весьма "новаторскими" по своему характеру, как, например, "вечная аренда" территорий. Все эти механизмы, однако, преследовали одну и ту же цель: закрепить колониальное господство.

185. Эти различные варианты использовались с учетом потребностей и возможностей зарубежных держав в каждом конкретном случае, независимо от того, преследовалась ли при этом цель узаконить постфактум уже сделанные приобретения или проложить дорогу для будущих военных акций, которые могли потребоваться.

186. При этом юридические документы, появившиеся в разные периоды времени после установления первых контактов, заслуживают более подробного анализа. Из самой их сути, формы и содержания ясно вытекает, что "коренная" и "некоренная" стороны признавали друг за другом (либо в прямой, либо в косвенной форме) статус суверенного субъекта в соответствии с действовавшим тогда "некоренным" международным правом.

187. Следует подчеркнуть, что у некоторых государств были весьма серьезные побудительные мотивы к подписанию этих договоров или других международных документов договорного характера, требующих согласия участников. И эти мотивы (напрямую отвечавшие интересам "некоренной" стороны) были абсолютно ясными: узаконить (заручившись согласием автохтонного носителя верховной власти в соответствующей территории) любые "права" (реальные или предполагаемые), которые можно было бы противопоставить притязаниям других колониальных держав, боровшихся за контроль над этими землями.

188. Для того чтобы приобрести такие "права" с помощью производного правового титула (поскольку у колониалистов явно не было исходного правового титула или поскольку ставилась под вопрос законность их пребывания на этих территориях), требовалось получить согласие законного обладателя исходного правового титула, т.е. соответствующего

коренного народа. При этом последний должен был это сделать путем официальной уступки своих земель (или же их продажи, передачи во владение или цессии в любой иной законной форме).

189. Согласно европейской правовой традиции и европейским правовым формальностям, эта передача должна была быть отражена в каком-либо документе, который можно было бы представить в качестве доказательства другим членам "семьи цивилизованных наций", равных по своему статусу данной колониальной державе. Идеальной формой для этого, согласно международному праву той эпохи, был договор. Кроме того, единственными субъектами, имевшими достаточную правоспособность для заключения договоров, были тогда (как и сегодня) как раз субъекты международного права, обладавшие – через посредство его реализации – суверенитетом: либо своим собственным, либо делегированным им другими носителями суверенитета.

190. Следующая фаза процесса колонизации, длившаяся вплоть до достижения колониализмом наивысшей точки своего развития в его "классической" форме или ее вариациях, характеризуется – особенно начиная со второй трети XIX века – явным расширением использования военной силы для приобретения огромных участков "новых" территорий. Это изменение напрямую отражало ту огромную мощь, которую к тому времени сосредоточили в своих руках как традиционные европейские империалистические державы, так и те, которые, появившись на международной арене несколько позже, только начинали проводить собственную политику экспансии.

191. Потомки первых переселенцев стали наращивать свой военно-экономический потенциал, в то время как у коренных народов он в лучшем случае продолжал оставаться на прежнем уровне или чаще всего быстро уменьшался, что и в том и в другом случае вело к растущей уязвимости этих народов перед лицом махинаций некоренных народов, которые, хотя, возможно, и имели с первыми договоры и соглашения, заключенные ранее, теперь решили более не принимать во внимание суверенитет этих коренных народов, насильно установив в их историческом доме "новый порядок".

192. Так начался процесс того, что Специальный докладчик предпочитает (без всяких претензий на оригинальность) называть "доместикацией" "туземного вопроса", т.е. процесс выведения всей этой проблематики из сферы действия международного права с неприкрытым отнесением ее к исключительной компетенции внутренней юрисдикции "некоренных" государств. Это касалось особенно (но не исключительно) всего того, что было связано с юридическими документами, согласованными к тому времени (или позднее) между, с одной стороны, первоначальными государствами-колонизаторами и/или их правопреемниками и, с другой стороны, коренными народами.

193. Разумеется, можно утверждать, что в свете сегодняшнего международного права, и в частности в соответствии с пунктом 7 статьи 2 Устава Организации Объединенных Наций, такое обращение к сфере исключительно внутренней компетенции государств может, на первый взгляд, иметь определенное юридическое обоснование.

194. Однако для того чтобы придать однозначную легитимность методам и средствам, с помощью которых вопросы, изначально принадлежавшие к международному праву, были выведены из сферы его действия, и для того чтобы оправдать отнесение этих вопросов исключительно к сфере внутреннего законодательства, которое было принято в одностороннем порядке соответствующими государствами и которое применяется внутренними "некоренными" судами, государства должны представить неопровержимые доказательства того, что соответствующие коренные народы специально и по собственной воле отказались от своих суверенных прав.

195. Этот процесс постепенной, но неуклонной эрозии исконного суверенитета коренных народов невозможно понять, не принимая во внимание и, скорее, даже не подчеркивая ту роль, которую в этом отношении сыграли "юридические инструменты", всегда применявшиеся в ходе колонизации параллельно с военными средствами.

196. Практически во всех случаях как в Латинской Америке, так и в других упомянутых выше регионах правовые институты сыграли действенную роль в процессе установления колониального господства. Юристы (с их доктринами), внутренние законы (с их обязательным характером как в метрополии, так и в колониях), судебные органы (с их подчинением "господству [ "некоренного" ] закона"), установленное в одностороннем порядке международное право (с обеспечением его соблюдения военными средствами) и международные трибуналы (с правовой базой в лице существовавшего тогда международного права) – все они использовались на разных этапах развития колониализма для юридического "обоснования" системы организованного грабежа.

197. Примеров этому – великое множество: совместная резолюция 1898 года, которой Конгресс США на основании навязанного силой договора законодательно оформил неприкрытую аннексию суверенного Гавайского государства (имевшего всесторонние международно-правовые отношения с другими "цивилизованными нациями"), и "схватка за Африку", нашедшая свое воплощение в Берлинском конгрессе 1885 года, собравшем колониальные державы той эпохи, – лишь два подобных примера. Другие примеры в обоснование этого утверждения можно найти в докладах о ходе работы, представленных Специальным докладчиком ранее.

198. Начался длительный процесс вступившего сегодня в новую фазу превращения "господства закона" в "закон господ".

199. Правда, при этом нельзя не упомянуть и о той роли, которую в этом отношении сыграли решения, принятые некоторыми коренными народами в рамках все того же процесса "доместикации", решения, большинство из которых, однако, были приняты в исключительно трудных для коренных народов условиях, т.е., говоря юридическим языком, в не вызывающем сомнений "состоянии крайней необходимости".

200. Тем не менее Специальный докладчик решил изложить свои взгляды по этому вопросу, в значительной степени имея в виду обращенные в будущее аспекты своего мандата и в высшей степени отдавая себе отчет в значении - *mutatis mutandi* - уроков истории для построения новых, более справедливых и прочных отношений сосуществования коренного и некоренного населения в значительном числе современных государств. История - это великолепный источник знаний, необходимых для выработки соответствующей политики. Если игнорировать историю, то было бы невероятно трудно полностью понять настоящее и практически невозможно выработать разумный взгляд на будущее.

201. В этой связи следует отметить, что проведенные Специальным докладчиком исторические изыскания показали, по его мнению, что не всегда и не все коренные народы делали самый правильный выбор. Иначе говоря, в определенные критические моменты своей истории некоторые коренные народы оказывались не в состоянии поставить необходимость объединения со своими братьями выше собственных интересов, даже несмотря на то, что это единство было необходимым условием для эффективного отражения посягательств на их суверенные права. Это имело место даже тогда, когда конечные цели переселенцев уже не вызывали никаких сомнений. При этом ужасные последствия того, что они дают себя разделить, судя по всему, не осознавались ими в полной мере.

202. Кроме того, эти народы неоднократно оказывались не в состоянии всесторонне оценить преимущества и недостатки, а также окончательные последствия проведения политики альянса с европейскими державами. Причем это можно сказать в отношении как тех, кто выбрал эту политику в связи с непрекращавшейся братоубийственной войной у себя дома, так и тех, кто решил отдать предпочтение одной из "некоренных" держав перед другими в ходе военных столкновений между этими державами, проходивших на исконных землях коренных народов.

203. Помимо этого, представляется также очевидным, что коренные народы не смогли полностью оценить (или в значительной степени недооценили) ту сомнительную роль, которую в этом вопросе играли и во многих случаях продолжают играть религиозные институты или их представители, которые являлись эффективным инструментом установления колониального господства на разных этапах этого процесса.

204. Нетрудно увидеть отрицательные последствия такого сочетания внешних и внутренних факторов не только для исконных суверенных прав коренных народов, но и для их международно-правового статуса в целом. К числу этих отрицательных последствий, среди прочего, относится исчезновение (или существенное сокращение) территориальной базы этих народов, что ставит под угрозу в целом их политические, экономические, юридические, культурные и социальные устои и даже само их выживание в качестве отдельной общности.

205. Эти негативные последствия остаются в большей или меньшей степени ощутимыми, независимо от того, были ли отношения между этими народами и колонизаторами юридически оформлены с помощью договоров и соглашений.

206. В высшей степени фатальный характер эти последствия имеют, конечно, в случае уже произошедшего (или ожидаемого в ближайшем будущем) исчезновения этих народов как социальной общности со своим собственным лицом.

207. Сегодня, в 1998 году, невозможно с какой-либо степенью точности определить число коренных народов, исчезнувших с лица земли со времени их первых контактов с "первооткрывателями" в результате их насильного приобщения к "цивилизации". Невозможно также сказать, сколько их еще исчезнет в не столь далеком будущем, если не изменятся те условия, в которых они сегодня живут в многонациональных государствах.

208. Вот только два примера такой ситуации: по всем признакам к категории "народов, находящихся под угрозой исчезновения", следует отнести исконных жителей острова Каталина у берегов Калифорнии и народность яномама, проживающую в Рорайме. К возникновению этой ситуации привела применявшаяся в прошлом и продолжающаяся применяться в настоящем практика постоянного урезания принадлежащей им земли с использованием для этого самых разнообразных средств, практика вытеснения их самих с этой земли (либо в результате прямого использования силы новым государством, либо из-за невозможности получения ими ресурсов, позволяющих им продолжать заниматься своей традиционной экономической деятельностью или обрабатывать землю), практика наложения жесточайших ограничений на использование их языка и на отправление их религиозных обрядов (или запрещения первого или второго, или того и другого вместе).

209. Примерно в 30-е годы XX века эффективному использованию коренными народами своих прав в качестве субъектов международного права был фактически положен конец во всех районах мира, где в прошлом заключение двусторонних договоров между коренными и некоренными народами было относительно частой практикой. Этот процесс стал отражением принятого сенатом Соединенных Штатов в начале 70-х годов прошлого века решения о прекращении заключения договоров с коренными народами и о непризнании договорно-правового статуса за документами, находившимися в стадии ратификации.



210. В этой связи следует также напомнить о безуспешных (несмотря на "14 пунктов" президента Вудро Вильсона) попытках коренных народов вновь добиться признания своего международно-правового статуса в Лиге Наций или получить доступ – во исполнение своего права как народа – в Международный Суд, учрежденный в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций в качестве основного судебного органа новой всемирной организации, появившейся в результате поражения государств ОСИ во второй мировой войне. И это несмотря на большое число солдат – выходцев из коренных народов, внесших вклад в победу союзников в этой войне, и несмотря на преамбулу к Уставу этой Организации, содержащую заявление о том, что Организация Объединенных Наций была учреждена " народами Объединенных Наций", которые устами своих правительств заявили в 1945 году о своей решимости "создать условия, при которых могут соблюдаться справедливость и уважение к обязательствам, вытекающим из договоров и других источников международного права" (подчеркнуто автором). Более того, эта ситуация имела место несмотря на то, что в Уставе при изложении одной из целей Организации признается важность уважения "принципа равноправия и самоопределения народов" (статья 1.2), т.е. просто, прямо и категорично говорится обо всех народах без всяких исключений.

211. В свете современных событий и в контексте этого же самого положения Устава следует, хотя бы между прочим, упомянуть о явной непоследовательности позиции тех, кто пользовался этой цитатой из Устава для обоснования законности решения некоторых наций, входивших ранее в несуществующий более Советский Союз (например, так называемых стран Балтии), выйти из него, опираясь на свой статус полностью суверенных наций, и кто при этом возражает даже против упоминания этого же самого права в рамках дебатов по проблемам коренных народов.

212. Это не единственный пример политики двойного стандарта, с которой коренные народы в настоящее время сталкиваются в Организации Объединенных Наций, хотя Организация и уделяет этому вопросу значительно большее внимание с 1982 года, когда была учреждена Рабочая группа по коренным народам. При этом следует иметь в виду те непреодолимые препятствия, на которые натываются их усилия, направленные на то, чтобы быть полностью представленными в иных, нежели эта Рабочая группа, органах Организации Объединенных Наций. Это, в частности, имело место в 1989 году во время обсуждения и принятия в МОТ Конвенции № 169, имеющей непосредственное отношение к условиям их повседневной жизни.

213. Более того, аналогичные трудности воспрепятствовали столь необходимому полномасштабному участию организаций коренных народов в деятельности рабочей группы, учрежденной Комиссией по правам человека для выработки проекта Декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов: для этого форума были утверждены строгие правила, определяющие возможность участия в нем, которые, по сути дела, в значительной степени ограничили участие представителей коренных народов в проводимых дискуссиях. При этом в рамках другой рабочей группы, учрежденной

Комиссией, а именно группы, занимавшейся вопросами прав и обязанностей "защитников прав человека", в отношении неправительственных организаций, не имеющих признанного статуса в ЭКОСОС, никаких аналогичных правил не применялось.

214. Постоянное сокращение (или полное исчезновение) территориальной базы коренных народов не только сказалось на их возможности выживания как народов, но и стало источником одного из важнейших проявлений "туземного вопроса" в современных условиях - проблемы, связанной с правом этих народов эксплуатировать, использовать, сохранять и передавать будущим поколениям свои исконные земли в условиях мира и отсутствия внешнего вмешательства и в соответствии с собственными обычаями, традициями и нормами социальной жизни. К этому вопросу мы еще вернемся.

215. После того как конкистадоры и колонизаторы или их потомки завершили свою первоначальную работу, процесс колонизации пошел в направлении постепенного или быстрого завладения землями коренных народов.

216. В задачи Специального докладчика не входит давать в настоящем окончательном докладе подробное описание тех тяжелых последствий, которые имело подчинение коренных народов новым и совершенно чуждым им общественным, экономическим и политико-правовым порядкам. По этому вопросу есть много публикаций, выпущенных представителями как коренных, так и некоренных народов (включая официальные правительственные органы тех государств, где теперь проживают эти народы). Он лишь попытается кратко изложить наиболее важные из этих последствий, некоторые из которых, в частности в том, что касается земельных прав, все еще не устранены даже в конце нашего XX века.

217. В этой связи следует подчеркнуть, что для этих народов их земля (с которой они пришли или на которой они живут сегодня) имеет особое духовное и материальное значение. Она содержит основные элементы их космогонии. Она является первоисточником жизни и мудрости. Эти народы верят в коллективное пользование тем, что она дает, в неотчуждаемость того, что не "находится в собственности", а "сохраняется" для будущих поколений. Земля играет незаменимую роль в их религиозных культах. Короче говоря, их понимание земли было (и остается) совершенно отличным от того, которое принесли с собой переселенцы и их потомки и которое, естественно, отражало (хотя и не всегда точно) ценности, господствовавшие в тех странах, откуда они прибыли.

218. В общем и целом переселенцы и их потомки привнесли (и продолжают привносить) в понятие земли в основном имущественный аспект, сделав ее объектом исключительной частной собственности (что позволяет передавать ее другим лицам по воле правообладателя), источником материального богатства и основой политической и экономической власти.

219. Процесс, лишивший коренные народы их земель, привел к тому, что у последних остались крайне ограниченные и унижительные возможности для выживания: закрепощение (или порабощение в его различных формах), изоляция в урезанных зонах, "зарезервированных" для них, или ассимиляция с интеграцией в "некоренные" структуры новой социально-политической общности, созданной без участия коренного населения. Последняя альтернатива означала для них возникновение ситуации социальной маргинализации и дискриминации, характерной для такого смешанного общества, которая практически не поддается изменению, несмотря на заслуживающие похвалы усилия отдельных слоев "некоренного" общества.

220. Для завладения землей использовались разные методы. К ним, безусловно, относится заключение договоров и соглашений, по крайней мере, если мы согласимся с толкованием этих документов со стороны "некоренного" населения (а только этот вариант, как правило, и имеется в письменной форме). К этому вопросу мы еще вернемся.

221. Очень часто при этом использовалось принуждение с помощью военной силы, посредством судебных и законодательных мер либо с помощью того и другого. И это принуждение применялось независимо от того, были ли ранее соответствующей стороной взяты на себя формальные юридические обязательства не делать этого.

222. Дело доходило до крайностей. Примером этого является насильственное переселение на другой берег реки Миссисипи "пяти цивилизованных племен" в юго-восточной части Соединенных Штатов в 30-х годах прошлого века. Это, по сути дела, первый документированный случай "этнической чистки".

223. Другой метод, часто применявшийся для завладения землей коренных народов, с которыми ранее не было заключено никаких юридических соглашений, заключался в использовании в своих целях того факта, что коренные народы или отдельные лица коренной национальности не могли представить официальных документов, подтверждавших их право собственности, которые считались действительными по новому "некоренному" праву. Это делало их исконные земли уязвимыми для захвата лицами некоренной национальности, имевшими такие документы (приобретавшиеся самыми разными - и, чаще всего, далеко не праведными - способами), или центральными или местными властями, которые объявляли эти земли государственной (королевской, федеральной) собственностью, подпадающей под их юрисдикцию.

224. Полное или частичное лишение коренных народов их земель (являвшихся основным источником существования всех категорий населения) привело к созданию новых или ужесточению существовавших ранее форм зависимости. И, что самое главное, это серьезно сказалось на способности органов управления коренных народов эффективно выполнять свои функции и на возможности коренных общин обеспечить себе самостоятельное существование на базе традиционных видов экономической деятельности. Все это имело крайне отрицательные последствия для их социальных структур.

225. Новые "некоренные" власти старались как можно скорее создать собственный политико-административный порядок и заменить им традиционные органы управления коренных народов и те механизмы принятия решений, с помощью которых на протяжении многих веков осуществлялось общественное управление. Как правило, эти усилия давали свои плоды. Однако во многих случаях этого удавалось добиться только при участии отдельных социальных слоев коренных народов, которые и без того уже подвергались разного рода давлению.

226. В последнее время в некоторых многонациональных государствах у коренных народов появилась возможность участия в своем качестве в отдельных структурах существующей ныне "некоренной" политической системы. Это особенно касается их участия в парламентской деятельности. Примеры этому можно найти в Колумбии и Новой Зеландии (Аотеароа). Специальный докладчик приветствует эти изменения, идущие в правильном направлении. Это особенно справедливо в отношении Новой Зеландии. Ее избирательный закон дает представителям маори право (которым можно свободно пользоваться) зарегистрироваться в списке, предназначенном для них. Тем не менее пока еще не понятно, какой реальный вклад эта мера внесет в ту огромную работу, которая необходима для установления более справедливых отношений между двумя группами населения.

227. С экономической точки зрения утрата территориальной базы или ее существенное сокращение имели для коренных народов самые тяжкие последствия. Из-за того, что коренные народы были не в состоянии продолжать заниматься своей традиционной экономической деятельностью или были вынуждены заниматься ею на сильно урезанных площадях, происходила постоянная миграция представителей этих народов в "некоренные" экономические центры, в частности в крупные города. У очень многих общин это привело к потере или сильному сокращению их демографической базы и в целом к насильственному приобщению к чуждой культуре с постепенной утратой присущей коренному народу самобытности.

228. Сегодня на землях, которые еще не были захвачены у коренных народов (особенно если в отношении этих земель договоры или соглашения отсутствуют), традиционные виды экономической деятельности по-прежнему находятся под угрозой. Эта угроза проистекает из отсутствия надежного юридического статуса (в соответствии с "некоренным" законом) земель коренных народов и из вторжения на эти земли чуждой коренным народам технологии использования природных ресурсов, включая недра, реки, леса и фауну.

229. Случаев такого рода много, и они отличаются большим разнообразием. Поэтому перечислить их все в настоящем докладе просто невозможно. Достаточно будет отметить, что огромное большинство этих народов влачат жалкое существование в условиях отсутствия уверенности в завтрашнем дне. Этому есть целый ряд причин: прямая в некоторых случаях угроза насильственного выселения; существующая иногда обязанность получать в "некоренных" административных органах лицензии или разрешения на занятие своей традиционной экономической деятельностью (или наличие ограничительных квот на эту деятельность, которых недостаточно для удовлетворения нужд коренного населения);

обязанность в других случаях получать у этих органов разрешение на использование природных ресурсов даже в тех случаях, когда право собственности коренных народов на эти ресурсы было признано в рамках "некоренного" права; и в целом воздействие на традиционную среду обитания коренных народов современной техники.

230. Общее положение австралийских аборигенов – даже после широко известного решения по делу Мамбо – и положение народностей/народов кри (озеро Любикон) и хоббема в Альберте (Канада), дене (навахов) в Аризоне (Соединенные Штаты), кри в районе залива Джемса в Квебеке, многочисленных групп маори в Новой Зеландии (Аотеароа) и мапуче на юге Чили – вот лишь некоторые известные примеры коренных народов, живущих в тяжелых экономических условиях, о которых говорилось выше.

231. В этой связи следует отметить, что во время своей выездной работы с представителями народа кри в Квебеке (в 1993 году) и народа мапуче (в 1998 году) Специальный докладчик смог убедиться как на основе своих личных наблюдений, так и на базе собранных ярких свидетельств в том, какой огромный непоправимый ущерб уже был нанесен или может быть нанесен среде обитания коренных народов в результате изменения русла или перегораживания плотинами крупных рек (таких, как Био-Био в ее верхнем течении или Грейт-Уэйл) для строительства крупных гидроэлектростанций, производящих электроэнергию, предназначенную, по общему мнению, для коренного населения (даже в других странах).

232. Как видно из всего вышесказанного, от общего процесса "доместикации", который наблюдается во всех областях, и от неизбежного спутника этого явления – лишения своих исконных земель и утраты эффективного контроля над ними – пострадали все элементы социально-культурной жизни коренных народов, включая, естественно, их религию.

233. Богатые по своему содержанию социальные структуры коренных народов становились объектом многочисленных посягательств во всех случаях: и в случае их прямого закрепощения или подчинения режиму попечительства или опеки, похожему на тот, который применяется в отношении несовершеннолетних; и в случае уже состоявшейся (или продолжающейся) ассимиляции и маргинализации в рамках нового общества; и в случае проживания в ограниченных районах, окруженных другой – мощной, агрессивной и чуждой – культурой; и в случае проживания на других землях в периферийных районах.

234. Необходимо особо отметить практику насильственного разделения семей, когда дети и подростки коренных народов как раз в те годы, когда складывается личность ребенка, на долгое время отправлялись в религиозные школы, находившиеся далеко от их обычного места проживания. В этих заведениях детей, которые ассимилировались, всячески поощряли, одновременно подвергая строгим наказаниям (включая телесные) тех детей, которые проявляли свою национальную самобытность, например, разговаривая на своем родном языке.

235. Происходило уничтожение многих объектов культурно-исторического наследия коренных народов и осквернение их кладбищ и других святынь. Их археологические сокровища и даже кости их предков сегодня все еще экспонируются в многочисленных "некоренных" музеях, разбросанных по всему миру, – и это несмотря на все усилия, предпринимаемые для их возвращения, несмотря на национальные законы, принятые для обеспечения их защиты, и несмотря на протесты многих международных организаций.

236. На развалинах разрушенных храмов теперь стоят величественные соборы или другие сооружения, являющиеся символами новой культуры. Помимо этого Специальный докладчик получил достоверную информацию по крайней мере о двух случаях, когда в последние годы были сделаны попытки устроить на землях, имеющих признанное религиозное значение для коренных народов, площадки для гольфа.

237. Много раз и на протяжении длительного времени прямому и безоговорочному запрету подвергались обычаи, церемонии и религиозные обряды коренных народов. Более того, во многих случаях эти народы по разным причинам потеряли доступ к местам, где, согласно их традициям, должны проводиться эти обряды и церемонии. Как в первом, так и во втором случае они были вынуждены либо проводить их подпольно, рискуя подвергнуться серьезным санкциям (дело Санденс в Северной Америке), либо (как это делали африканские рабы в странах Карибского бассейна и Бразилии) искусно маскировать их под чуждые им религиозные обряды, например католической церкви, что получило широкое распространение в Латинской Америке.

238. Их институты и культурные традиции рассматривались представителями некоренного населения как "отсталые", "архаичные" и "неэффективные и непрактичные". Эти отрицательные взгляды распространялись повседневно и повсеместно с помощью самых разных средств (в "научной" литературе или просто из уст в уста), быстро становясь частью "общепринятых взглядов" большей части политических и научных кругов и широких слоев обычных граждан многонациональных государств, в которых продолжают сегодня жить коренные народы.

239. Поэтому не может быть ничего удивительного в том, что ряд представителей коренных народов стремятся к ассимиляции и принимают нравственные или материальные ценности, господствующие в чуждом им обществе, которым они окружены. Общая причина этой явной угрозы их выживанию в качестве отдельного народа может быть найдена в проходящей сегодня откровенной эрозии чувства собственного достоинства у определенных слоев различных коренных народов. Это справедливо даже на сегодняшнем этапе, который характеризуется весьма заметным и активным оживлением и развитием традиционных ценностей этих народов.

240. В этом отношении следует отметить, что в значительной степени потере этого чувства собственного достоинства способствовали нехватка работы и в целом невозможность обеспечить в современных условиях устойчивое развитие на базе только собственных

традиций коренных народов. Это, в частности, характерно для коренных народов, загнанных в резервации, созданные в Соединенных Штатах и Канаде, и для коренных народов на севере Европы и в Гренландии.

241. Слишком часто повседневная реальность, с которой сталкиваются коренные народы, порождает мнение о том, что их выживание возможно только благодаря "субсидиям" и "услугам", предоставляемым государством, от которого они во всем зависят. Эти услуги могут быть лучшего или худшего качества и иметь больший или меньший охват, а предоставляемая помощь может быть прямой или косвенной, но в любом случае для всех этих систем характерно одно: затраты на них по определению всегда меньше, чем те выгоды, которые от этого получает некоренное население, с которым коренные народы живут в одном обществе.

242. Наконец, необходимо подчеркнуть, что практически во всех случаях, когда коренные народы живут в современных многонациональных государствах, показатели их социального развития ниже или хуже, чем у некоренных народов, с которыми они сосуществуют. Это наблюдается по целому ряду наиболее важных социально-экономических показателей, таких, как уровень безработицы, годовой доход, внутриутробная и ранняя детская смертность, средняя вероятная продолжительность жизни, уровень образования, доля заключенных в общей численности населения, число самоубийств и т.п. Подтверждения этой мысли можно найти в официальных цифрах, которые регулярно выпускаются компетентными органами.

243. Все это объясняет, почему вот уже более 15 лет Подкомиссия и ее Рабочая группа занимаются проблемами коренных народов в рамках пункта повестки дня, называемого "Дискриминация в отношении коренных народов". Под таким же названием 16 лет тому назад было опубликовано эпохальное исследование г-на Мартинеса Кобо. С тех пор для коренных народов по сути мало что изменилось. Основные черты их отношений с "некоренным миром" остались без изменений.

244. Не случайно также было и то, что Комиссия в тот самый день, когда она утверждала мандат Специального докладчика, признала (на безупречном дипломатическом языке), что "в различных ситуациях коренное население не может пользоваться своими неотъемлемыми правами человека и основными свободами" (резолюция Комиссии 1989/34 от 6 марта 1989 года, шестой пункт преамбулы).

#### IV. ПЕРСПЕКТИВЫ НА БУДУЩЕЕ: ВЫВОДЫ И РЕКОМЕНДАЦИИ

245. При формулировании выводов и рекомендаций в настоящем окончательном докладе Специальным докладчиком был должным образом учтен ряд важных моментов, наиболее важными из которых являются следующие:

а) его собственный мандат, определенный резолюцией Комиссии по правам человека 1988/56 и решением Экономического и Социального Совета 1988/134;

б) план исследования 53/, представленный учредившим Рабочую группу органам, которые в прямой или косвенной форме утвердили его; и

с) проблемы, упомянутые в докладе Мартинеса Кобо 1982 года в качестве возможных вопросов для изучения в рамках специального исследования, типа того, которое сейчас завершается.

246. Что касается мандата Специального докладчика, то следует напомнить, что основная цель этого исследования заключается в том, чтобы проанализировать потенциальное значение договоров, соглашений и других конструктивных договоренностей, заключаемых между коренными народностями и государствами, для содействия соблюдению и защите прав человека и основных свобод этих народов.

247. В соответствии со своим мандатом Специальный докладчик должен был также уделить "особое внимание происходящему в настоящее время развитию имеющих всеобщее значение норм и необходимости применять новые и передовые подходы к отношениям между коренными народностями и правительствами". При этом он должен был учитывать нерушимость суверенитета и территориальной целостности государств и существующие в них социально-экономические реальности. Упоминание "происходящего в настоящее время развития имеющих всеобщее значение норм", совершенно очевидно, было сделано с учетом начатой Рабочей группой в 1985 году разработки проекта декларации прав коренных народов.

248. Что касается положений проекта декларации, то Специальный докладчик взял их за основу для своих выводов и рекомендаций, несмотря на то, что процесс окончательного принятия декларации еще не завершен. При этом он в значительной степени исходил из того, что текст декларации в его нынешнем виде был принят после его обсуждения в Рабочей группе, длившегося много лет, и его рассмотрения в Подкомиссии, тоже длившегося известное время, с участием в этом процессе как представителей коренных народов, так и правительственных делегаций.

249. Что касается вопросов, признанных в плане 1988 года в качестве аспектов, которым следует уделить внимание при завершении исследования, то Специальный докладчик особо выделил роль договоров в европейской экспансии на заморские территории (о которой говорится в главе III выше); современное значение договоров, соглашений и



других конструктивных договоренностей, включая вопросы, касающиеся правопреемства государств, признания государствами таких документов и мнений коренных народов в отношении этих документов. Кроме того, в плане указаны три основных источника, которыми следует руководствоваться в процессе сбора данных и при формулировании его выводов и рекомендаций, а именно: публичное международное право; внутреннее право современных государств (включая решения национальных судов) и мнения коренных народов по правовым вопросам (в частности в отношении полномочий власти в обществе, самих договоров и процесса заключения договоров в целом).

250. Специальный докладчик Мартинес Кобо счел целесообразным затронуть ряд важных дополнительных вопросов, включая области, на которые сегодня распространяются положения договоров и других международных правовых документов, касающихся коренных народов, независимо от того, соблюдаются они или нет, последствия их соблюдения или несоблюдения для коренных народов (этот вопрос также рассматривается в главе III выше) и современный статус правовых документов, касающихся коренных народов.

251. На данный момент Специальный докладчик готов предложить, во-первых, некоторые общие выводы в отношении вопросов, охватываемых исследованием в целом, а также предоставить более конкретные выводы, касающиеся двух основных категорий существующих в настоящее время условий, в которых коренные народы существуют в многонациональных обществах: условий, в которых действуют договоры, соглашения и другие конструктивные договоренности, и условий, в которых такие юридические документы отсутствуют.

252. Первый общий вывод касается вопроса о признании права коренных народов на их земли и ресурсы и права продолжать беспрепятственно заниматься традиционной экономической деятельностью на этих землях. Это – проблема первостепенной важности, которую необходимо решать при любых попытках установить более прочные, справедливые и устойчивые взаимоотношения между коренными и некоренными слоями населения в многонациональных обществах. Учитывая их особую духовную и физическую связь со своими землями, Специальный докладчик считает, что невозможно или почти невозможно добиться прогресса в этой области без рассмотрения, решения и урегулирования приемлемым для соответствующих коренных народов образом вопроса об их беспрепятственном праве распоряжаться этим уникальным ресурсом, имеющим важнейшее значение для их жизни и выживания.

253. Первостепенный характер этого вопроса находит свое отражение не только в данных, собранных для исследования, и в свидетельствах очевидцев, заслушанных Специальным докладчиком, но и в обсуждениях, проводимых в рамках Рабочей группы и

других международных форумов. Доказательством первостепенной важности данного вопроса является и тот факт, что свыше десяти статей проекта декларации касаются вопроса о земельных правах, равно как и выраженная недавно Ватиканом 54/ озабоченность в связи с продолжающимся насилием и дискриминацией в отношении коренных народов с целью лишения их земель.

254. Еще один вывод, тесно связанный с предыдущим, заключается в том, что не только к проблеме земельных прав, но и ко всей проблематике коренных народов в целом и ее возможному комплексному решению нельзя подходить исключительно на основе юридической аргументации. Проблемы, с которыми сталкивается большинство многонациональных государств, носят в основном политический характер. Таким образом, для решения этих проблем с помощью новых перспективных подходов от всех заинтересованных сторон и в первую очередь – от некоренного политического руководства современных государств требуется значительная политическая воля. Юридические дискуссии и аргументация занимают слишком много времени, требуют значительных ресурсов (которые у коренных народов отсутствуют или которые крайне ограничены) и во многих случаях связаны с веками формировавшимися предубеждениями. Кроме того, безотлагательный характер существующих проблем не позволяет на пороге XXI столетия заниматься философско-юридическими дебатами, которые в XVI веке вели Лас Касас и Сепульведа.

255. Специальный докладчик полностью убежден, что проблематика коренных народов в целом также имеет сегодня и этический характер. Он считает, что человечество находится в долгу перед коренными народами из-за причиненного им исторического ущерба. Из этого следует вывод о необходимости компенсации на основе беспристрастности и исторической справедливости. Он также хорошо осознает практическую невозможность возвращения мира к положению, существовавшему в период первых контактов между коренными и некоренными народами пять веков тому назад. Невозможно вычеркнуть из жизни все, что было сделано (как позитивного, так и негативного) за этот промежуток времени, однако это не означает отказа от этической необходимости компенсировать (пусть даже за счет жесточайших мер по неукоснительному соблюдению "нормы [некоренного] права") духовный и материальный ущерб, причиненный коренным народам.

256. Специальный докладчик также не испытывает никаких сомнений в отношении широко обсуждаемого вопроса о праве на самоопределение. Коренные народы, как и все народы мира, наделены этим неотъемлемым правом. Статья 1 Устава Организации

---

54/ Pontificio Consejo "justicia y Paz", Para una Mejor Distribución de la Tierra: El reto de la reforma agraria, Libreria Editrice Vaticana, Vatican City, 1997, para.55.

Объединенных Наций содержит безоговорочное признание этого права для всех народов (провозглашая его в качестве одного из принципов современного международного права), равно, как и статья 1, общая для обоих Международных пактов о правах человека. Это право коренных народов также четко выражено в статье 3 проекта декларации. По мнению Специального докладчика, любое противоречие, которое может возникнуть между осуществлением этого права коренными народами в современных условиях и признанным правом и обязанностью государств, в которых они проживают, защищать свой суверенитет и территориальную целостность, должно решаться мирными средствами, прежде всего путем переговоров; посредством соответствующих механизмов (либо уже существующих, либо подлежащих созданию) по урегулированию конфликтов, предпочтительно в рамках внутренней юрисдикции и во всех случаях при эффективном участии коренных народов. Позднее мы еще вернемся к этому вопросу в настоящей главе.

257. Что касается вопроса о том, могут ли коренные народы с точки зрения современного международного права рассматриваться в качестве наций в контексте стран, где некоторые коренные народы были формально признаны в качестве таковых (некоренными нациями в начале их контактов или на более поздней стадии) в соответствии с международными правовыми документами, такими, как договоры, в то время, как другие народы/нации такого признания не получили, то Специальный докладчик считает, что между этими двумя ситуациями следует проводить определенное различие, хотя окончательный анализ может дать один и тот же вывод.

258. Изучая случаи, которые были им отобраны для анализа, Специальный докладчик пришел к выводу о том, что в подавляющем большинстве они содержат либо информацию о конфликте между коренными и некоренными слоями населения в обществе, либо сведения об очагах конфликта, способных неожиданно вспыхнуть из-за многолетних или даже вековых проблем, не находящихся должного решения. Примерами этой потенциальной угрозы являются события в Оке (Квебек) в 1991 году, Чьяпасе (Мексика) в 1994 году и в различных общинах в Австралии в 1997 году.

259. Еще одним общим выводом является вывод о том, что, как признано в проекте декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов, представленном Рабочей группой Подкомиссии и принятом ею 55/, все права человека и свободы, признаваемые в международных документах, – будь то юридически обязательные нормы или необязательные стандарты, – принятых государством, в котором проживают коренные народы, распространяются на них и на принадлежащих к ним отдельных лиц, проживающих в пределах границ этих государств 56/. Это также относится ко всем

---

55/ Резолюция 1994/45 Подкомиссии от 26 августа 1994 года, приложение.

56/ См. статью 1 проекта декларации.

правам и свободам, признаваемым во внутреннем законодательстве соответствующего государства для всех лиц и социальных групп, находящихся под его юрисдикцией. По мнению Специального докладчика, это совершенно справедливо при условии того, что порядок признания этих прав и свобод в соответствующих договорах соответствует обычаям, социальным учреждениям и правовым традициям коренных народов.

260. С другой стороны, Специальный докладчик готов поддержать утверждение о том, что договоры/соглашения или конструктивные договоренности могут стать весьма важным средством (в силу их консенсуальной основы) формального установления и соблюдения не только прав и свобод, упомянутых в предыдущем пункте, но и неотъемлемых наследственных прав, в частности земельных прав, в конкретных условиях того или иного общества.

261. На основе обширной документации, результатов деятельности Рабочей группы и устных показаний свидетелей Специальный докладчик пришел к заключению, что практически все коренные народы, проживающие в разных уголках земли, единодушны в том, что существующие государственные механизмы, как административные, так и юридические, не способны удовлетворить их чаяния и надежды на возмещение ущерба.

262. У него также есть все основания полагать, что коренные народы хотели бы установить (или восстановить) новые, прочные и иные по своей сути отношения, которые должны были бы прийти на смену тем недоброжелательным, а порой и враждебным, взаимоотношениям, которые до сих пор существуют с некоренными слоями населения в обществе тех стран, в которых они проживают. По мнению коренных народов, этого можно достигнуть либо на основе полного соблюдения существующих взаимосогласованных юридических документов, регулирующих такие взаимоотношения (и на основе общего толкования их положений), либо с помощью новых договоров, обсуждаемых с их всесторонним участием. Эту точку зрения разделяют соответствующие должностные лица в правительствах ряда стран, включая Канаду, Новую Зеландию и Гватемалу.

263. Наконец, Специальный докладчик глубоко убежден в том, что процесс переговоров и поиска консенсуса, лежащий в основе достижения договоренности (в самом широком смысле этого понятия), является наилучшим способом не только для обеспечения эффективного вклада коренных народов в любые усилия, направленные на признание и восстановление в конечном итоге их прав и свобод, но и для создания крайне необходимых политических механизмов, способствующих реализации и соблюдению их наследственных прав, а также прав, провозглашенных в национальных и международных договорах. Таким образом, это – наиболее эффективный подход к разрешению конфликтов, связанных с проблемами коренных народов, на всех уровнях при наличии свободного и осознанного выбора со стороны коренных народов.

264. По его мнению, это также позволит правительствам эффективно выполнить обращенный к ним в 1993 году в Вене на Всемирной конференции по правам человека призыв обеспечить полное и свободное участие коренных народов во всех аспектах жизни общества, в частности в решении затрагивающих их вопросов 57/.

265. Что касается коренных народов, которые заключили договоры или другие юридические документы с европейскими поселенцами и/или их преемниками в процессе колонизации, то Специальный докладчик не обнаружил каких-либо веских юридических аргументов в поддержку точки зрения о том, что они утратили свой международный статус в качестве наций/народов. Положения договоров, в которых, по версии и мнению некоренной части населения, содержится прямой отказ коренных народов от своих полномочий в качестве субъектов международного права (в частности, от юрисдикции над своими землями и полного контроля над своей политической властью и институтами), подвергаются серьезной критике со стороны большинства коренных народов, с которыми он консультировался.

266. Отрицание ими этих положений основано либо на существовании юридически недействительного согласия, полученного путем обмана, и/или намеренного введения в заблуждение относительно предмета и цели соглашения, либо на полной неосведомленности их предков о самом наличии в соглашении таких положений или на том факте, что их национальные традиции и культура просто не позволяют им отказаться от таких прав (особенно касающихся земель и органов управления).

267. Государства-участники этих соглашений, которые извлекли наибольшую выгоду из приобретения юрисдикции над бывшими землями коренных народов утверждают, что отказ от этих прав действительно имел место. При этом они исходят из положений своего национального законодательства и решений своих внутренних судов, а также из реальностей современного мира и исторических событий, которые привели к существующему положению. Вместе с тем тот принцип, что никто не вправе действовать вопреки собственным актам, известен еще со времен древнего Рима, будучи общим принципом права в период, когда коренные народы лишались своих прав и собственности.

268. Специальному докладчику известно, что Венская конвенция 1969 года о праве договоров 58/, которая вступила в силу в 1980 году, не имеет обратной силы. Значительное число государств, в современных границах которых проживают коренные

---

57/ Венская декларация и Программа действий, принятые на Всемирной конференции по правам человека 25 июня 1993 года (A/CONF.157/23), часть II, пункт 31.

58/ Статья 4 Конвенции. См. сноску 13 выше.

народы, являются ее участниками. Тем не менее он также учитывает тот факт, что текст, утвержденный в Вене, касается не только разработки новых норм и понятий международного права, но также и кодификации тех норм и понятий, которые прошли проверку временем и в 1969 году уже являлись неотъемлемой частью международного права либо в качестве обычного права, либо позитивного права, закрепленного в ряде уже существовавших двусторонних и/или многосторонних международных договоров.

269. Он считает, что содержание статьи 27 Венской конвенции ("Участник не может ссылаться на положения своего внутреннего права в качестве оправдания для невыполнения им договора . . .") уже являлось нормой международного права в то время, когда уже начался процесс, приведший к лишению коренных народов их гражданских и имущественных прав, а также суверенных полномочий, несмотря на договоры об обратном, заключенные с ними в их качестве признанных субъектов международного права.

270. В этой связи возникает вопрос о том, являются ли договоры и другие юридические документы, заключенные европейскими поселенцами и их правопреемниками с коренными нациями, по-прежнему документами, имеющими международный статус в свете международного права.

271. Специальный докладчик считает, что эти документы полностью сохраняют свой первоначальный статус и продолжают оставаться в силе и, следовательно, являются источниками прав и обязательств для всех первоначально участвовавших в них сторон (или их правопреемников), которые обязаны добросовестно соблюдать их положения.

272. Юридическое обоснование вышеуказанного вывода является очень простым, и Специальный докладчик ничего нового в этой связи не открывает. Договоры, не имеющие даты истечения срока действия, должны считаться остающимися в силе до тех пор, пока все участвующие в них стороны не примут решения об их прекращении, если только в тексте самого документа не предусмотрено иного или если они должным образом не объявлены недействительными. Это понятие имеет глубокие корни в концептуальном развитии, позитивной нормативности и последовательной юриспруденции, как во внутреннем, так и в международном праве с тех пор, как римское право находилось в своем зените, более пяти веков тому назад, когда началась современная европейская колонизация.

273. В результате проведенных исследований Специальный докладчик получил убедительные доказательства того, что коренные народы/нации, которые вступили в договорные отношения с некоренными поселенцами и их правопреемниками, категорически утверждают, что эти документы не только продолжают оставаться в силе и являются применимыми к их нынешней ситуации, но и составляют ключевой элемент их выживания в качестве отдельных народов. Все с кем он консультировался, принимая участие в массовых встречах или знакомясь с представленными коренными народами ответами на вопросник Специального докладчика, либо же получая устные или письменные

свидетельские показания, четко заявляли о своем убеждении, что на них по-прежнему распространяются положения договоров, которые их предки или они сами заключили с некоренными народами.

274. Представители компетентных государственных органов ряда стран, например Канады и Новой Зеландии, также сообщили Специальному докладчику, что их соответствующие правительства аналогичным образом считают, что договоры с коренными народами полностью сохраняют свою силу и действие (несмотря на радикальные расхождения с представителями коренных народов, относительно толкования содержания этих договоров).

275. Тем не менее Специальному докладчику в ходе его исследований и в результате наблюдений *in situ* удалось установить значительное число явных и серьезных нарушений правовых обязательств, взятых на себя государствами – участниками этих договоров (в частности, так называемых "исторических договоров", а также юридических обязательств, касающихся земель коренных народов) практически на всех стадиях процесса domestikации, описанного в главе III, особенно во второй половине XIX века.

276. Пожалуй наиболее вопиющим случаем является конфискация федеральным правительством Соединенных Штатов территории Блэк-Хиллз (расположенной в нынешнем штате Южная Дакота) у народа сиу во время последней четверти прошлого века. Эти земли были зарезервированы за коренным народом согласно положениям договора Форт Ларамии от 1868 года 59/. Следует отметить, что в ходе судебного разбирательства по данному делу Индейская комиссия по рассмотрению жалоб заявила 60/, что "более вопиющего и циничного случая бесчестной сделки, по всей вероятности, невозможно найти в нашей истории" и что как Апелляционный суд в 1979 году, так и Верховный суд этой страны 61/ постановили, правительство Соединенных Штатов незаконно конфисковало Блэк-Хиллз в нарушение Конституции Соединенных Штатов. Однако, согласно законодательству Соединенных Штатов, конгресс в качестве доверительного собственника индейских земель полномочен распоряжаться вышеуказанной собственностью, включая ее передачу правительству Соединенных Штатов. Поскольку возвращение земель, незаконно конфискованных федеральным правительством, не входит в компетенцию судов, а находится в ведении конгресса, Верховный суд ограничился лишь установлением вознаграждения в размере 17,5 млн. долл. США (плюс проценты) индейцам сиу. Представители коренного

---

59/ U.S. Stat. 635 (1868).

60/ 207 Ct. Cl. at 241, 518 F.2d at 1302 (1975).

61/ United States v. Sioux Nation of Indians, 448 U.S. 371 (1980).

народа, заинтересованные не в получении денег, а в возвращении земель, имеющих крайне важное духовное значение для племени сиу, отказались принять денежные средства, которые, согласно информации, имеющейся у Специального докладчика, хранятся невыплаченными в Казначействе Соединенных Штатов.

277. Хорошо известно, что добросовестное выполнение правовых обязательств, которые не противоречат Уставу Организации Объединенных Наций (статья 2.2), является одной из норм современного позитивного международного права и одним из наиболее важных принципов, определяющих международные отношения, представляя собой одну из императивных норм общего международного права (*jus cogens*). Безусловно, статья 26 Венской конвенции о праве договоров закрепила принцип *pacta sunt servanda* в качестве основы права договоров, и выше уже отмечалась важность статьи 27 этой Конвенции.

278. Следует также учитывать, что в проекте декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов особый акцент сделан на этом же понятии. В статье 36 указывается, что "коренные народы имеют право на признание, соблюдение и обеспечение исполнения договоров, соглашений и других конструктивных договоренностей, заключенных с государствами или их правопреемниками, в соответствии с их первоначальным духом и целью и на соблюдение и уважение государствами таких договоров, соглашений и других конструктивных договоренностей".

279. С другой стороны, одностороннее прекращение действия договора или любого другого международного юридически обязательного документа или невыполнение обязательств, содержащихся в его положениях являлось и продолжает оставаться неприемлемым поведением как с точки зрения права государств, так и в соответствии с более современным международным правом. То же самое можно сказать в отношении нарушения положений договора. Все эти действия определяют международную ответственность участвующих государств. Многие народы вступали в войны из-за подобных действий других участников взаимосогласованных договоров в период (с XVI по конец XIX века), когда колониальная экспансия европейских поселенцев и их правопреемников достигла своего пика.

280. Специальный докладчик также пришел к выводу о том, что ряд современных конфликтных ситуаций, связанных с вопросами договоров/соглашений коренных народов, обусловлен значительными расхождениями в толковании их положений, в частности положений, относящихся к предмету и цели соответствующего договора. Характерным примером является договор Вайтанги. Его толкование народами маори и пакеха отличается по таким важнейшим вопросам, как якобы заявленная "передача" властных/суверенных



полномочий и "титула на землю" некоренным поселенцам, а также по вопросу о фактической цели самого договора. Широко известная исследовательница 62/ описала, как главный представитель Великобритании на переговорах, имея инструкции обеспечить суверенитет Великобритании над землями маори для осуществления над ними исключительного контроля и перехода к мирной колонизации, намеренно искажил значение термина "суверенитет" и скрыл от представителей племени маори тот факт, что уступка, с которой они согласились, в конечном итоге приведет к значительной утрате власти маори. Несмотря на уверенность представителей маори в том, что договор подтверждал их право на собственность, даже такие наиболее важные права, как rangatiratanga, в конечном итоге были аннулированы властью британской короны.

281. Следует также учитывать, что практика коренных народов по заключению договоров была исключительно устной по своей природе, и этот процесс не сопровождался составлением письменных документов. Кроме того, представителям коренных народов было исключительно трудно разобраться во всех аспектах переговоров, полностью проводившихся с помощью переводчиков (которые, весьма вероятно, не всегда были абсолютно точными), не говоря уже о мелком шрифте письменного варианта договора на чужом для них языке, который им передавался некоренными участниками переговоров. Кроме того, в большинстве случаев они не могли составить письменный вариант своего понимания прав и обязательств, установленных в этих документах.

282. Специальный докладчик считает важным подчеркнуть, что в процессе своих исследований он пришел к выводу о том, что договоры, в частности заключенные с коренными народами, зачастую играли негативную роль в отношении их прав. Во многих случаях они предназначались представителями некоренного населения для использования в качестве инструментов в целях приобретения "законных прав собственности" на земли коренных народов, вынуждая их официально отказаться от этих и других прав. В документе, который был лично передан одним уважаемым вождем 63/ от имени его народа, отмечается, что договоры порой используются, для того чтобы заставить коренные народы отдать за бесценок свои исконные и закрепленные договором права.

---

62/ Claudia Orange, The Treaty of Waitangi, Allen & Unwin, Wellington, 1987, pp. 32-33 and 122.

63/ Вождь конфедерации Хауденосауни Орен Лионс. Документ был лично передан Специальному докладчику в феврале 1998 года.

283. Наконец, учитывая крайнюю ограниченность имеющихся в его распоряжении данных (на этой завершающей стадии) исследования в отношении договоров, заключенных между государствами и касающихся коренных народов в качестве третьих сторон, Специальный докладчик может сделать лишь предварительный вывод, согласно имеющейся информации, об отсутствии согласия со стороны затрагиваемых коренных народов – участников соглашения с обязательствами, включенными в положения договоров 64/, и об их неучастии в выполнении таких договоров.

284. Следует также упомянуть о положении коренных народов, которые никогда не были официально признаны в качестве наций посредством согласованных официальных международных юридических документов, заключенных с некоренными государствами. Особое внимание следует уделить вопросу о том, продолжают ли они в настоящее время сохранять свой статус наций в свете современного международного права. По мнению Специального докладчика, ключевой вопрос в этой связи заключается в том, с помощью каких средств они могли быть законным образом лишены такого статуса при условии, что их существование в качестве наций первоначально не вызывало сомнений, и сами добровольно они не отказывались от этого статуса.

285. Специальный докладчик считает, что было бы ошибочным увязывать определение "первоначального" правового статуса коренных народов в качестве наций (в современном понимании международного права) или "ненаций" с единственным фактором официализации их отношений с некоренными колониальными державами. Это не только противоречит принципам естественного права, но и является нелогичным. Тот факт, что некоторые из них не имели правовых отношений с колониальными державами – во многих случаях на ранних стадиях колонизации просто потому, что вновь прибывшие поселенцы "не пересекали их тропу", – не является достаточным основанием, для того чтобы проводить столь резкие различия между их правами и правами тех, кто такие отношения имел.

286. Следует напомнить, что современное "некоренное" право уже давно развенчало теорию, отстаивавшую точку зрения о том, что отсутствие официального правового/политического признания одним суверенным образованием (или группой таких образований) может определять либо существование, либо юридический международный статус другого образования. Эта теория была признана ошибочной по отношению к принципам суверенитета и равноправия всех государств. Международные образования, не признанные некоторыми членами международного сообщества, продолжают тем не менее оставаться субъектами международного права и, таким образом, могут поддерживать отношения со

---

64/ Статья 35 Венской конвенции о праве договоров делает такое согласие необходимым для создания обязательства для третьей стороны любого договора.

всеми другими заинтересованными международными субъектами. Для этого лишь требуется, чтобы такие образования обладали элементами, необходимыми для того, чтобы считаться международными субъектами: территорией, населением, институционализированной формой правления, и, следовательно, способностью заключать международные соглашения.

287. Кроме того, другие неправовые теории, которые использовались в качестве основы для лишения коренных народов в целом их первоначального международного статуса, были также отвергнуты в свете новых представлений и теоретических разработок современного международного права. Например, концепция *terra nullius* была официально отклонена Международным Судом в его консультативном мнении по делу о Западной Сахаре 65/, а также в широко известном решении от 1992 года по делу Мабо против штата Квинсленд 66/, принятом Верховным судом Австралии. Кроме того, международное сообщество решительно отвергло принцип лишения такого статуса посредством завоевания или вооруженной силы. Положения соответствующей главы Устава Организации американских государств и пункта 4 статьи 2 Устава Организации Объединенных Наций являются доказательством того, что современное международное право отвергает концепцию присвоения прав силой или в результате завоевания.

288. Поэтому Специальный докладчик считает, что, если такие коренные народы, которые никогда не вступали посредством договоров или каким-либо иным образом в официальные правовые отношения с некоренными державами (как это сделали другие коренные народы, проживающие на той же территории), хотели бы также претендовать на юридический статус в качестве наций, то следует исходить из того, что до тех пор, пока не будет доказано обратное, они продолжают обладать таким статусом. Следовательно, бремя доказательства обратного ложится на сторону, оспаривающую их статус нации. При любом возможном рассмотрении такого важного вопроса должное внимание следует уделять оценке конкретных обстоятельств юридического обоснования, выдвигаемого в поддержку аргумента о том, что данный коренной народ каким-либо образом утратил свой первоначальный статус.

289. Представив в первой части настоящей главы выводы исследования, Специальный докладчик переходит к своим окончательным рекомендациям. Как и при разработке своих выводов, он считает необходимым напомнить общие исходные положения, выдвинутые на ранних стадиях его работы, которыми следует руководствоваться при формулировании этих рекомендаций.

---

65/ Western Sahara, Advisory Opinion of 16 October 1975: I.C.J. Reports 1975, p. 12.

66/ 175 C.L.R. 1 (1992).

290. Специальный докладчик считает целесообразным напомнить, что в соответствии с его мандатом данное исследование не должно ограничиваться анализом прошлых юридических документов и их современного значения, равно как и изучением того, соблюдаются ли они в настоящее время, несмотря на то значение, которое такое изучение может иметь как для настоящего, так и для будущего.

291. Если такой исторический обзор и был представлен, то это объясняется тем, что, по мнению Специального докладчика, это поможет обеспечить информированный перспективный подход к ключевому вопросу, а именно к необходимости оценки того, в какой степени заключение новых договоров, соглашений и других конструктивных договоренностей между коренными народами и государствами может внести эффективный вклад в создание более прочной, глубокой и справедливой основы для отношений, которые неизбежно будут существовать между коренными народами и государствами.

292. Необходимо также учитывать, что, как представляется Специальному докладчику, конечной целью его мандата является выработка на практическом уровне как в национальном, так и в международном праве элементов максимально возможного содействия соблюдению и защите прав коренного населения, и особенно его прав человека и основных свобод 67/, посредством установления новых правовых норм, согласованных и одобренных всеми заинтересованными сторонами в процессе дальнейшего укрепления взаимного доверия 68/ на основе добросовестного подхода, взаимного понимания другой стороны и твердой приверженности всех сторон соблюдению возможных договоренностей в результате этих переговоров 69/.

293. В этой связи целесообразно напомнить о замечании, сделанном ранее в настоящей главе (пункт 257 выше), о том, что большинство случаев/ситуаций, рассмотренных Специальным докладчиком, являются либо фактическими конфликтными ситуациями по определению, либо потенциально могут перерасти в конфликтную ситуацию в любое время и при самых неожиданных обстоятельствах.

---

67/ E/CN.4/Sub.2/1988/24/Add.1, para. 10, and E/CN.4/Sub.2/1991/33, para. 71.

68/ E/CN.4/Sub.2/1988/24/Add.1, пункт 14.

69/ E/CN.4/Sub.2/1991/33, пункт 85.

294. В этих условиях нельзя переоценить необходимость поощрения и развития процесса укрепления доверия. Это процесс, требующий принятия позитивных мер, а также исключения на практике действий, способных обострить существующие конфликтные ситуации. Первая рекомендация Специального докладчика касается этого крайне необходимого процесса.

295. Позитивными событиями в этом направлении являются такие шаги, как, например, признание, сделанное много лет тому назад бывшим премьер-министром Австралии Робертом Хоуком о совершенных первыми поселенцами злодеяниях в отношении аборигенов, недавнее признание Ватикана в связи с определенными аспектами той роли, которую играла католическая церковь на различных стадиях колонизации Латинской Америки, а также принятый конгрессом США в 1993 году Закон о принесении извинений в отношении Гавайских островов. Следует поощрять правительства этих государств к принятию эффективных мер в развитие таких первоначальных шагов. Другим правительствам в аналогичных ситуациях предлагается проявить достаточную смелость и предпринять аналогичные шаги в контексте конкретного общества.

296. Аналогичным образом необходимо избегать действий, которые могут иметь предсказуемые последствия и ухудшить существующие конфликтные ситуации или создать новые конфликты, или же следует незамедлительно установить мораторий *sine die* в отношении таких действий. По мнению Специального докладчика, существует множество примеров того, что делать не следует: принудительные выселения (случай индейцев навахо в Аризоне), создание ситуаций, принуждающих коренные народы согласиться с условиями проведения переговоров (среди прочего, случай лубиконских кри в Альберте), раздробление коренных наций в целях их натравливания друг на друга (как это имело место на острове Северном, Аотеароа/Новая Зеландия), игнорирование и принятие решений в обход традиционных органов управления посредством создания новой системы управления в соответствии с нормами некоренных народов (ряд случаев в Соединенных Штатах Америки), продолжение "проектов развития", наносящих ущерб среде обитания коренных народов (например, река Био-Био в Чили), попытки проведения крупных отвлекающих маневров с целью перенесения основного акцента на права личности в ущерб коллективным общинным правам (которые были осуждены конфедерацией Хауденосауни) и многое другое. Всех подобных действий следует тщательно избегать.

297. Это – один из ключевых элементов первоначального подхода Специального докладчика к тому, что должно стать основной задачей его выводов и рекомендаций, а именно содействие налаживанию новых отношений, основанных на взаимном признании, согласии и сотрудничестве вместо игнорирования другой стороны, конфронтации и отказа от сотрудничества.

298. В отношении рекомендаций, направленных на полное признание и надлежащее использование признанного потенциала договоров/соглашений и других конструктивных договоренностей, а также договорного процесса (в его самом широком толковании) как

элементов для регулирования более позитивных и менее антагонистических будущих отношений между коренными народами и государствами, необходимо уделить должное внимание двум процессам, которые уже были освещены Специальным докладчиком в ходе его работы: i) истории договорных отношений между коренными народами и государствами, особенно тем урокам, которые следует извлечь из анализа процесса доместикиции, проходившего в бывших колониях европейских поселенцев (см. главу III выше); а также ii) логическому обоснованию текущих переговоров и определенных политических процессов, устанавливающихся между государствами и коренными народами в различных странах.

299. Говоря о первом из вышеупомянутых процессов, следует отметить, что основной урок, который следует извлечь из истории, касается проблемы соблюдения и выполнения договоров. Специальный докладчик предлагает ряд рекомендаций по этому ключевому вопросу.

300. Достаточно очевидным является тот факт, что проблема в данной области состоит не в отсутствии положений, а, скорее, в невыполнении государством этих положений. Это особо касается Соединенных Штатов Америки, страны, имеющей наибольшее число (приблизительно 400) признанных договоров, заключенных с коренными народами, большая часть которых предана забвению в результате односторонних действий со стороны федеральных властей или конгресса.

301. Истории известен широкий спектр средств, имеющихся в распоряжении государственных органов, включая судебные органы, позволяющих в одностороннем порядке не выполнять договорные положения, которые предусматривают обязательства со стороны государства, причем такое невыполнение одновременно сочетается с соблюдением тех положений, которые выгодны государству.

302. Что касается ведущихся в настоящее время переговоров и других политических контактов между государствами и коренными народами, то при этом следует сделать два замечания. Первое связано с так называемыми "необсуждаемыми вопросами", к которым, например, относится принцип аннулирования так называемого исконного титула в качестве одного из условий для урегулирования претензий коренных народов. Остается лишь узнать, в какой степени наличие таких "необсуждаемых вопросов", в случае, если они ставятся представителями государства на переговорах, компрометирует юридическую силу не только уже достигнутых, но и будущих соглашений. Свободное согласие коренных народов, необходимое для того, чтобы такие договоры имели юридическую силу, может оказаться под угрозой в результате такой жесткой формы принуждения.

303. Второе замечание касается "самоуправления" и "автономии", которые в некоторых случаях предлагаются в качестве альтернативы всестороннему осуществлению исконных прав, касающихся вопросов управления, которые теряют свою силу. Для того чтобы избежать

возникновения новых проблем в будущем, Специальный докладчик считает необходимым вынести рекомендацию о проведении – прежде всего самими коренными народами – тщательной оценки возможных преимуществ и недостатков таких режимов в свете истории подготовки договоров, а также выполнения и соблюдения договоров, заключенных на основе проходивших в прошлом переговоров между коренными народами и государствами.

304. В силу этих же причин особое значение имеет проведение всесторонней оценки (или переоценки) – в соответствии с теми же критериями обоснованности и потенциальной полезности – такой квази-юридической категории, как "конструктивные договоренности", для коренных народов, которые по-прежнему лишены каких-либо официальных и консенсуальных отношений с государствами, в которых они проживают.

305. Что касается рекомендаций по еще одному вопросу, имеющему важнейшее значение для перспективных аспектов настоящего исследования, то следует отметить, что Специальный докладчик в начале своей работы выделил три элемента, которые заслуживают изучения с точки зрения механизмов урегулирования конфликтов. Этими тремя элементами являются: i) фактическая способность существующих механизмов эффективно и предпочтительно с использованием превентивных мер урегулировать конфликтные ситуации; ii) "деликатный вопрос" о соотношении национальной и международной юрисдикции; а также iii) обеспечение эффективного участия в этих механизмах всех заинтересованных сторон и особенно коренных народов 70/.

306. В настоящем докладе Специальный докладчик уже отмечал (пункт 261) широко распространенное мнение о том, что в свете той ситуации, в которой коренные народы находятся сегодня, существующие механизмы, будь то административные или юридические, в структуре некоренного управления оказались непригодными для выхода из сложившегося положения. В этой связи он считает необходимым предложить ряд рекомендаций по данному вопросу.

307. Во-первых, государствах, где проживает большое число коренных жителей, он рекомендует учредить принципиально новый специальный орган исключительно для решения вопросов коренных народов, который не зависел бы от правительственных (центральных или иных) структур, однако финансировался бы из государственных средств, и чтобы постепенно он заменил существующие бюрократические/административные правительственные структуры, которые в настоящее время занимаются этими вопросами.

---

70/ E/CN.4/Sub.2/1991/33, пункт 118.

308. По его мнению, такой орган должен включать в себя четыре отдельные специализированные структуры (действующие постоянно и укомплектованные достаточным количеством профессиональных сотрудников):

- i) консультативный орган по урегулированию конфликтов, уполномоченный разбирать все спорные ситуации, включая споры, касающиеся выполнения договоров, которые возникают между коренными народами и отдельными лицами, образованиями и учреждениями (включая правительственные учреждения) некоренных народов. Он должен быть уполномочен поощрять и проводить переговоры между заинтересованными сторонами и давать рекомендации, направленные на решение конфликта;
- ii) орган по разработке на основе переговоров с соответствующими коренными народами: а) новых юридических двусторонних, концессиальных, правовых документов с заинтересованными коренными народами и б) новых законодательных и других предложений для представления в надлежащие законодательные и административные правительственные структуры с целью постепенного создания нового институционализированного правового порядка, применимого по отношению ко всем вопросам коренных народов, который соответствовал бы их потребностям;
- iii) коллегиальный судебный орган, в который в обязательном порядке должны представляться на рассмотрение все дела, которые по истечении разумного периода времени не были решены с помощью рекомендаций консультативного органа. Такой орган должен быть уполномочен выносить решения по этим делам, а также обладать возможностями, для того чтобы его окончательные решения осуществлялись в обязательном порядке на основе использования государственного аппарата принуждения;
- iv) административная структура, в ведении которой находились бы все аспекты материально-технического обеспечения отношений между коренными и некоренными народами.

309. Специальный докладчик прекрасно понимает, что на пути такого новаторского, далеко идущего подхода стоят многочисленные препятствия. Упомянем лишь одно из них. Легко понять, что многие закрепленные законом имущественные права могут пострадать в результате дублирования уже существующих структур, занимающихся вопросами коренных народов во многих странах. Только сильная политическая решимость, особенно со стороны руководства некоренной части общества, может обеспечить жизнеспособность этому подходу. Сомнений не вызывает и еще один важнейший элемент: эффективное участие коренных народов – предпочтительно на основе равноправия с некоренными народами – во



всех четырех рекомендованных структурах, безусловно, является ключевым элементом концепции, на которой базируется общий подход Специального докладчика к данному вопросу.

310. Разумеется, вышеизложенное является лишь наброском новой рекомендуемой организационной структуры. Предстоит еще большая работа с точки зрения заполнения ее очевидных пробелов. И хотя Специальный докладчик не испытывает недостатка в идеях о том, как заполнить некоторые из этих пробелов, он считает целесообразным окончательно уточнить эти все вопросы на более поздней стадии за столом переговоров самими заинтересованными сторонами в различных странах. Порядок организации и проведения такого переговорного процесса, может стать подлинной окончательной проверкой качества его рекомендаций и жизнеспособности предложенной структуры в конкретном социально-политическом контексте.

311. В процессе работы над вышеизложенными рекомендациями Специальный докладчик использовал исключительно интересные идеи по этому же вопросу, сформулированные в окончательном докладе (1996 год) Королевской комиссии по коренным народам, созданной правительством Канады 71/.

312. Хотя широко известно, что спорные вопросы, возникающие в связи с договорами или конструктивными договоренностями, касающимися коренных народов, должны обсуждаться на внутригосударственном уровне, тем не менее внимание заслуживает и международный аспект договорной проблематики.

313. Важнейшим вопросом является желательность наличия международного арбитражного механизма для рассмотрения исков или жалоб коренных народов, в частности касающихся договоров или конструктивных договоренностей, имеющих международный статус.

314. Специальному докладчику хорошо знакома сдержанность, которую государства время от времени проявляют в вопросе вынесения этих проблем на открытое обсуждение международных форумов с целью принятия решений. В ряде случаев он даже согласен с ними в том, что по определенным вопросам (например, связанным со спорами, не относящимися к выполнению и соблюдению договоров) более разумно проводить их рассмотрение и выносить по ним решения исключительно в рамках внутренней юрисдикции до тех пор, пока не будут полностью исчерпаны все возможные средства.

---

71/ Report of the Royal Commission on Aboriginal Peoples, vol. 2, "Restructuring the relationship", Part One, Ottawa, Minister of Supply and Services, 1996.

315. Вместе с тем он считает, что не следует полностью отвергать возможность извлечения преимуществ из создания международного органа (например, предлагаемого постоянного форума коренных народов), который при определенных обстоятельствах, мог бы быть уполномочен – при условии предварительного полного согласия или согласия в конкретном случае соответствующего государства – выносить окончательное решение в отношении спора между коренными народами, проживающими в границах современного государства, и некоренными учреждениями, включая государственные учреждения.

316. В любом случае Специальный докладчик рекомендует провести по возможности в самые ближайшие сроки семинар Организации Объединенных Наций в рамках международного Десятилетия коренных народов мира для открытого и серьезного обсуждения возможных преимуществ и недостатков создания такого международного органа.

317. Одно из последних замечаний по данному вопросу касается того, что по мере роста международной обеспокоенности в отношении всех прав человека и тенденций в этой области Специальный докладчик все больше убеждается в том, что чем более эффективными и развитыми являются национальные механизмы урегулирования конфликтов, связанных с коренными народами, тем меньше будет необходимость создания международного органа для этих целей. Справедливым является и обратное: отсутствие, нечеткое функционирование, предубеждение по отношению к коренным народам или неэффективность таких национальных учреждений будут служить все более вескими доводами в пользу создания таких международных структур. Это, пожалуй, является одним из наиболее сильных аргументов в поддержку создания (или укрепления) надлежащих, эффективных внутригосударственных каналов для осуществления/соблюдения прав коренных народов и урегулирования связанных с коренными народами конфликтов.

318. Еще одна рекомендация, которую представляется своевременным адресовать государственным учреждениям, уполномоченным заниматься вопросами коренных народов, состоит в том, что в процессе принятия решений по вопросам, представляющим интерес для коренных народов, им следует применять и толковать (или продолжать такую практику) положения национального законодательства и международных норм и документов наиболее благоприятным образом для коренных народов, в частности по вопросам, касающимся договорных прав. Во всех случаях отношений, основанных на договоре/соглашении/конструктивной договоренности, толкование положений этих документов представителями коренных народов должно заслуживать такого же внимания, как и толкование этих же положений представителями некоренного населения.

319. Специальный докладчик также рекомендует самым добросовестным образом соблюдать положения договоров, соглашений, заключенных между коренными народами и государствами, в тех случаях, если таковые существуют, исходя из стремления к справедливости и примирению. В случае, если само существование (или современная юридическая сила) договора становится предметом спора, официальное признание этого документа в качестве юридической основы отношений государства с соответствующими народами позволит внести значительный вклад в процесс установления доверия, способного

принести значительные выгоды. В этой связи Специальный докладчик активно рекомендует завершить процесс ратификации уже обсужденных проектов договоров/соглашений с коренными народами.

320. Что касается обязательств, установленных в двусторонних или многосторонних договорах, заключенных государством, по отношению к которым коренные народы являются третьими сторонами и которые могут затрагивать эти народы, Специальный докладчик рекомендует, чтобы государства-участники таких документов получили свободное и осознанное согласие коренных народов, прежде чем пытаться выполнять такие обязательства.

321. Специальный докладчик также рекомендует государственным органам управления не начинать или не продолжать осуществления проектов развития, которые могут нанести ущерб окружающей среде на территории коренных народов и/или оказать неблагоприятное воздействие на их традиционную экономическую деятельность, религиозные обряды или культурное наследие, без предварительного проведения надлежащих экологических исследований для определения негативных последствий таких проектов.

322. Наконец, что касается связанной с вопросами коренных народов деятельности Управления Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по правам человека, то Специальный докладчик рекомендует:

- a) постоянно значительно увеличивать персонал, которому поручено заниматься этими вопросами;
- b) создать, по возможности в самые ближайшие сроки, в рамках Реестра договоров Организации Объединенных Наций подразделение, занимающееся поиском, компиляцией, регистрацией, нумерацией и публикацией всех договоров, заключенных между коренными народами и государствами. При этом должное внимание следует уделить обеспечению доступа к устной версии этих документов, предлагаемой коренными народами;
- c) провести в рамках Программы действий по Международному десятилетию коренных народов мира и, по возможности в ближайшие сроки, три семинара по следующим темам: создание международного механизма урегулирования конфликтов по вопросам коренных народов: условия ликвидации последствий исторического процесса утраты земель, жертвами которого являются коренные народы; и осуществление/соблюдение договорных прав коренных народов;
- d) содействовать созданию в Интернете страницы, посвященной исключительно вопросам коренных народов и деятельности Организации Объединенных Наций, связанной с интересами коренных народов.

-----