



**Economic and Social
Council**

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2
10 June 1996

Original: ENGLISH

COMMISSION ON HUMAN RIGHTS

Sub-Commission on Prevention
of Discrimination and
Protection of Minorities
Working Group on Indigenous Populations
Fourteenth Session
29 July-2 August 1996
Item 4 of the provisional agenda

STANDARD-SETTING ACTIVITIES: EVOLUTION OF STANDARDS
CONCERNING THE RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLE

Working Paper by the Chairperson-Rapporteur, Mrs. Erica-Irene A. Daes,
on the concept of "indigenous people"

CONTENTS

	<u>Paragraphs</u>	<u>Page</u>
Introduction	1 - 9	3
I. HISTORICAL REVIEW OF INTERNATIONAL PRACTICE	10 - 41	5
A. League of Nations	12 - 14	6
B. Pan-American Union	15 - 16	6
C. Charter of the United Nations	17 - 20	7
D. International Labour Organization Convention No. 107	21 - 23	8

CONTENTS (continued)

	<u>Paragraphs</u>	<u>Page</u>
E. Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations	24 - 27	9
F. International Labour Organization Convention No. 169	28 - 34	10
G. Indigenous peoples' point of view	35 - 38	12
H. Views expressed by Governments	39	14
I. Views expressed by members of the Working Group .	40 - 41	14
II. CRITICAL LEGAL ANALYSIS	42 - 65	15
A. Comparison with "Non-Self-Governing Territories"	42 - 46	15
B. Comparison with "minorities"	47 - 59	16
C. The search for factors specific to "indigenous" .	60 - 65	19
III. CONCLUSIONS AND RECOMMENDATIONS	66 - 74	21

Introduction

1. At its thirteenth session, the Working Group on Indigenous Populations decided to recommend to the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities that the Chairperson-Rapporteur, Mrs. Erica-Irene A. Daes, be entrusted with the preparation of a note on criteria for the definition of indigenous peoples based on information which might be submitted to her by Governments, intergovernmental organizations and indigenous peoples' organizations. 1/
2. The recommendation of the Working Group was subsequently approved by the Sub-Commission in paragraph 3 of its resolution 1995/38 of 24 August 1995.
3. In paragraph 7 of its resolution 1996/40 of 19 April 1996, the Commission on Human Rights took note of the recommendation of the Working Group that the Chairperson-Rapporteur address the concept of "indigenous people" and noted that any work should take into account the views of Governments and organizations of indigenous people. The Commission furthermore requested that the discussion of this issue take place during the fourteenth session of the Working Group, and that the report of the Working Group be transmitted to Governments and organizations of indigenous people prior to the next session of the open-ended inter-sessional Working Group of the Commission established in accordance with resolution 1995/32 to elaborate a draft declaration on the rights of indigenous people.
4. To date, the Chairperson-Rapporteur has received no comments from Governments or organizations of indigenous people regarding the issue of definition. She has been guided, however, in particular by the rich relevant discussions on this conceptual question at previous sessions of the Working Group, and has taken careful note of the extensive exchange of views between Governments and indigenous people at the first session of the open-ended inter-sessional Working Group of the Commission established in accordance with the above-mentioned resolution, which took place in Geneva from 20 November-1 December 1995. 2/ The Chairperson-Rapporteur was fortunately able to participate in the deliberations and to address this Working Group, as an observer and in her capacity as Chairperson-Rapporteur of the Working Group on Indigenous Populations.
5. It should also be noted that the Chairperson-Rapporteur prepared a comprehensive note (E/CN.4/Sub.2/AC.4/1995/3) on criteria which might be applied when considering the concept of indigenous peoples which was submitted

to the Working Group on Indigenous Populations at its thirteenth session. The basic criteria identified in the note included questions relating to historical continuity, distinctive cultural characteristics, traditional lands, non-dominance, self-identification and group consciousness. The Chairperson-Rapporteur also mentioned in the note (para. 7) that the attendance at the Working Group of certain persons describing themselves as "indigenous peoples" had been challenged by other indigenous peoples' representatives in the Working Group.

6. The Chairperson-Rapporteur also raised the question of the desirability of a definition of the concept "indigenous people". She, and others, pointed out that the Working Group itself had been a success despite not having adopted any formal definition of "indigenous people". That forum had none the less become, in the view of almost all the participants, the major meeting point in the United Nations system for representatives of observer Governments, indigenous peoples intergovernmental and non-governmental organizations and other interested individuals, in particular members of the academic family - a real "community of peoples", as the Chairperson-Rapporteur called it. It was also contributing, systematically and constructively, to the promotion, protection and realization of the rights of the world's indigenous peoples.

7. Notwithstanding these observations, the Chairperson-Rapporteur expressed, inter alia, the view that some discussions regarding in particular a further analysis of the concept of "indigenous people" might be desirable both as a response to the growing interest of Governments and indigenous peoples themselves and as a "guide" for the United Nations system, in particular in the field of the implementation of international instruments relating to the promotion and protection of the rights of indigenous peoples.

8. In elaborating the present working paper the Chairperson-Rapporteur also took into consideration the examination of this question by the Special Rapporteur of the Sub-Commission, Mr. M. Alfonso Martínez, in his second progress report on the study on treaties, agreements and other constructive arrangements between States and indigenous populations (E/CN.4/Sub.2/1995/27, paras. 48-129).

9. The following analysis of the concept of "indigenous people" is of a preliminary nature, and has the principal aim of promoting a more focused discussion of this question by the interested parties at the

fourteenth session of the Working Group, as well as at the open-ended working group of the Commission. As further explained below, it is the considered opinion of the Chairperson-Rapporteur that the concept of "indigenous" is not capable of a precise, inclusive definition which can be applied in the same manner to all regions of the world. However, greater agreement may be achieved with respect to identifying the principal factors which have distinguished "indigenous peoples" from other groups in the practice of the United Nations system and regional intergovernmental organizations. The Chairperson-Rapporteur has accordingly devoted a part of this working paper to a historical review of international practice, in an attempt to extract, inter alia, recurring conceptual elements or themes.

I. HISTORICAL REVIEW OF INTERNATIONAL PRACTICE

10. It should be acknowledged at the outset that the international discussion of the concept of "indigenous" evolved, from the late nineteenth century until the establishment of the Working Group in 1982, 3/ within the framework of European languages, notably English, Spanish, and German. English and Spanish share a common root in the Latin term indigenae, which was used to distinguish between persons who were born in a particular place and those who arrived from elsewhere (advenae). The French term autochtone has, by comparison, Greek roots and, like the German term Ursprung, suggests that the group to which it refers was the first to exist in the particular location. Hence, the semantic roots of the terms historically used in modern international law share a single conceptual element: priority in time.

11. A fruitful starting point for the consideration of international practice is the Berlin Africa Conference of 1884-1885, convened by the Great Powers with the aim of agreeing on principles for the assertion and recognition of their territorial claims in Africa. In article 6 of the Final Act of the Conference, the Great Powers made a commitment to the "protection of indigenous populations" of Africa. In this legal context, the term "indigenous" was meant to distinguish between citizens of nationals of the Great Powers and those persons in Africa who were under the colonial domination of the Great Powers. It should be born in mind that there was an implicit element of race in the use of the term "indigenous", as well. When the British Empire subjected the Dutch settlers in South Africa to British rule following the Boer War, for example, it was never conceived that article 6 of the Final Act was applicable to them.

A. League of Nations

12. In accordance with Article 22 of the Covenant of the League of Nations the Members of the League accepted as a "sacred trust of civilization" the duty of promoting the well-being and development of the "indigenous population" of those "colonies and territories" which remained under their control. Hence, the Covenant of the League of Nations also used the term "indigenous" to distinguish between colonial powers and peoples who were living under colonial domination. The Covenant added a second level of qualification, however, characterizing "indigenous populations" as "peoples not yet able to stand by themselves under the strenuous conditions of the modern world", as contrasted to more "advanced" societies. Both factors (that is, colonial domination and institutional capacity) were to be considered, under Article 22 of the Covenant, in determining the degree of supervision that was appropriate to particular territories and peoples.

13. The case of South Africa illustrates the meaning which attached to Article 22 of the Covenant, in the practice of the League. In 1919, South Africa was not yet an independent State. It was still a part of the British Empire and, albeit self-governing in its local or internal affairs, subordinate to the British Parliament in London. Nevertheless, the League entrusted South Africa with a mandate, under Article 22, over the territory and population of Namibia. Within the conceptual framework of the Covenant, Namibia was "indigenous", in contradistinction to the "advanced" character of South Africa. The League did not conceive, however, that the African population of South Africa itself was "indigenous" in relation to recent Dutch and British settlers.

14. It is possible to identify one more important element of the evolving concept of "indigenous" in the case of South Africa. Article 22 of the Covenant was applied to territories, as demarcated by internationally recognized borders, rather than to peoples who could be distinguished by sociological, historical or political factors. Thus, Namibia, as a territory geographically defined by the Great Powers, was deemed to be "indigenous", while the African population within South Africa was not so considered.

B. Pan-American Union

15. Meanwhile, however, the Pan-American Union, as the predecessor of the present-day Organization of American States, had begun to use the "indigenous"

in a rather different manner. In its resolution XI of 21 December 1938, the Eighth International Conference of American States declared:

"That the indigenous populations, as descendants of the first inhabitants of the lands which today form America, and in order to offset the deficiency in their physical and intellectual development, have a preferential right to the protection of the public authorities".

The objective of this preferential treatment was to be their "complete integration into the national life" of existing States. In this and subsequent official documents of the Pan-American Union, it should be noted that the terms "indigenous" and "Indian" were used interchangeably.

16. As a matter of regional practice in the Americas, therefore, the term "indigenous" was employed to identify marginalized or vulnerable ethnic, cultural, linguistic and racial groups within State borders, rather than the inhabitants of colonial territories that were distinct geographically from the administering Power.

C. Charter of the United Nations

17. The adoption of the Charter of the United Nations in 1945 did nothing to reconcile different usages of the term "indigenous" in international law. Article 73 of the Charter refers to "territories whose peoples have not yet attained a full measure of self-government", rather than "indigenous populations" as that term appears in the Covenant of the League of Nations. It was not until 15 December 1960 that the United Nations General Assembly, in resolution 1541 (XV), defined a "Non-Self-Governing Territory" for this purpose, using a two-tiered test. A territory which is "geographically separate and is distinct ethnically and/or culturally from the country administering it" falls, *prima facie*, under Article 73. Evidence that the inhabitants suffer a "position or status of subordination" may be advanced to support this presumption, but is not required.

18. It has generally been presumed that the foregoing definition of a "Non-Self-Governing Territory", in respect to Article 73 of the Charter, is also applicable to the definition of "peoples" who are entitled to the exercise of the right of self-determination under common article 1 of the two International Covenants on Human Rights (hereinafter Covenants). However, the significance of the choice of the term "peoples", rather than "territories", by the drafters of the two Covenants should not be minimized. The shift from a geographical conception to a sociological one implies a

broadening of the application of the principle of self-determination to include non-dominant groups within the boundaries of independent States.

19. Consistent with the foregoing analysis of the choice of the term "peoples" in the two Covenants, the 1970 Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations 4/ prohibits the dismemberment of States "conducting themselves in compliance with the principle of equal rights and self-determination of peoples ... and thus possessed of a government representing the whole people belonging to the territory without distinction as to race, creed or colour". It would have been unnecessary to make such a qualification unless it was understood that the population of a State could consist of a number of "peoples", each possessing the right of self-determination. As the Chairperson-Rapporteur has analysed in her explanatory note concerning the draft declaration on the rights of indigenous peoples, the right of self-determination may be satisfied where a people enjoys an effective voice, through its own representatives, in the governing of a democratic State, and suffers no disadvantage or discrimination (E/CN.4/Sub.2/1993/26/Add.1, paras. 21-23).

20. After the Second World War, by comparison, the term "indigenous" assumed the meaning it had previously been given by the Pan-American Union, rather than the League of Nations. The General Assembly, in resolution 275 (III) of 11 May 1949, recommended a study of the conditions of the "aboriginal population and other underdeveloped social groups" of the Americas, with a view to promoting their integration and development. Three years later, the Government of Belgium provoked a controversy by arguing that Article 73 of the Charter should be interpreted in the light of the concept of "indigenous" found in Article 22 of the Covenant of the League of Nations. 5/ According to the delegation of Belgium, the reporting obligations of Article 73 applied not only to overseas colonies, but to "backward indigenous peoples" living within the borders of independent States in all regions of the world.

D. ILO Convention No. 107

21. The delegation of Belgium was not successful in bringing the concept of "indigenous peoples" into Article 73 of the Charter, but the ILO adopted the Convention concerning the Protection and Integration of Indigenous and Other Tribal and Semi-Tribal Populations in Independent Countries, 1957 (No. 107). Article 1 of the Convention defines the term "tribal" in terms reminiscent of

the League Covenant: their "social and economic conditions are at a less advanced stage" in comparison with their neighbours, and they live under separate laws, either of their own choosing or imposed by the State. Some "tribal" peoples, moreover, "are regarded as indigenous on account of their descent from the populations which inhabited the country, or a geographical region to which the country belongs, at the time of conquest or colonization" and remain socially, economically and culturally distinct.

22. In the terms set forth by Convention No. 107, then, both "tribal" and "indigenous" peoples are mainly characterized by social, cultural, economic, legal and institutional distinctiveness. Evidence of actual oppression or discrimination is not a criterion. The only factor that differentiates "indigenous" peoples from "tribal" peoples is a history of "conquest or colonization", but this distinction is of no practical consequence, since the Convention guarantees both categories of people exactly the same rights. According to Convention No. 107, all "indigenous" peoples are "tribal", but not all "tribal" peoples are "indigenous". Special rights attach equally to both groups. No advantage is gained by virtue of being "indigenous" in the sense of having been a victim, historically, of conquest or colonization. Hence, the source of rights is not (according to this ILO international instrument) a people's history of being conquered, colonized or oppressed, but its history of being distinct as a society or nation.

23. It is noteworthy that Convention No. 107 was not only ratified by 14 States in Latin America and 2 in Western Europe, but also by 11 States in Africa and Asia.

E. Study of the Problem of Discrimination against
Indigenous Populations

24. In his monumental Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations (E/CN.4/Sub.2/1986/7 and Add.1-4), the Special Rapporteur of the Sub-Commission, Mr. J. Martínez Cobo, offered a cautious, preliminary analysis of the concept of "indigenous" that reflects the fundamental elements already incorporated into article 1 of Convention No. 107.

"Indigenous communities, peoples and nations are those which, having a historical continuity with pre-invasion and pre-colonial societies that developed on their territories, consider themselves distinct from other sectors of the societies now prevailing in those territories, or parts of

them. They form at present non-dominant sectors of society and are determined to preserve, develop and transmit to future generations their ancestral territories, and their ethnic identity, as the basis of their continued existence as peoples, in accordance with their own cultural patterns, social institutions and legal systems". 6/

25. This combines the element of distinctiveness, which characterizes both "indigenous" and "tribal" peoples according to article 1 of ILO Convention No. 107, with the element of colonialism, which in the Convention No. 107 is employed to differentiate "indigenous" from "tribal".

26. The Special Rapporteur proposed three additional elements for the concept of "indigenous", albeit in a way that suggests that these new elements are neither necessary nor sufficient to clarify a particular group. One element is "non-dominance at present", implying that some form of discrimination or marginalization exists, and justifies action by the international community. It would not follow, however, that a group ceases to be "indigenous" if, as a result of measures taken for the full realization of its rights, it were no longer non-dominant.

27. The Special Rapporteur referred also to the importance to the group of retaining a relationship with ancestral lands or territories, as well as the importance of ensuring that the distinctiveness of the group is voluntary, rather than imposed upon the group by the State. These two points were addressed when the ILO revised Convention No. 107.

F. ILO Convention No. 169

28. ILO Convention No. 107 has been revised and replaced by the Convention on Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries, 1989 (No. 169), which in article 1 has retained the distinction between "indigenous" and "tribal" peoples, while modifying the way in which these two terms are defined. 7/ "Tribal peoples" are peoples "whose social, cultural and economic conditions distinguish them from other sections of the national community, and whose status is regulated wholly or partially by their own customs or traditions or by special laws or regulations". This formulation embraces the factor of "distinctiveness" as it appeared in ILO Convention No. 107, but deletes any implication that tribal peoples are inferior or less "advanced". "Indigenous peoples" are now defined in terms of their distinctiveness, as well as their descent from the inhabitants of their territory "at the time of conquest or colonization or the establishment of present state boundaries" (emphasis

supplied). The addition of the underlined phrase has the effect of minimizing any logical differences between the concepts of "indigenous" and "tribal", since both concepts are now chiefly defined by the extent to which the group in question constitutes a distinct society.

29. The only concrete remaining difference between the definition of "indigenous" and "tribal" in ILO Convention No. 169 relates essentially to the principle of self-determination. A people may be "tribal", either by its own choice (that is, by maintaining its own laws and customs), or without its consent (as a result of special legal status imposed by the State). A people may be classified as "indigenous" only if it so chooses by perpetuating its own distinctive institutions and identity.

30. Even this residual distinction appears to be vitiated by article 1.2 of the Convention, which provides that "self-identification" shall be a fundamental criterion when determining the status of particular groups. 8/ In other words, the only objective or extrinsic criterion of the "indigenous" or "tribal" character of a group is distinctiveness. The remaining criterion is subjective: the choice of the group to be and remain distinct, which is an exercise of self-determination.

31. Like ILO Convention No. 107, moreover, Convention No. 169 accords the same rights to "indigenous" and "tribal" peoples, further eroding the usefulness of distinguishing between these categories of peoples.

32. It may justifiably be stated that, after two rounds of exhaustive negotiations on the problem of definition, first in 1957 and again 1988-1989, the ILO did not achieve greater semantic precision, but on the contrary succeeded only in merging the definition of "indigenous" and "tribal" into a single broad test of distinctiveness.

33. The draft inter-American declaration on the rights of indigenous peoples, prepared by the inter-American Commission on Human Rights for consideration by the General Assembly of the Organization of American States, adopts the conceptual approach of ILO Convention No. 169, defining "indigenous peoples" as descendants of the earliest inhabitants of the country. 9/ Interestingly, however, the draft inter-American declaration suggests that cultural distinctiveness - the central element of the ILO definition of "tribal" - provides an alternative basis for establishing that a group is

"indigenous". If adopted, this instrument would combine "indigenous" and "tribal", as defined in the above-mentioned ILO Conventions, into one concept, with two alternative tests.

34. The United Nations Development Programme (UNDP) has prepared draft guidelines for support to indigenous peoples. ^{10/} Draft guidelines 4, 5 and 6 refer to the definition of indigenous peoples. In these draft guidelines mention is made, *inter alia*, to the fact that despite certain characteristics common to the world's indigenous peoples, no single accepted definition of indigenous peoples exists which captures their diversity. Therefore, "self-identification" as indigenous or tribal is usually regarded as a fundamental criterion for determining whether groups are indigenous or tribal, sometimes in combination with other variables such as language spoken and geographic location or concentration. These draft guidelines adopt the definition of ILO Convention No. 169.

G. Indigenous peoples' point of view

35. Indigenous representatives on several occasions have expressed the view, before the Working Group that a definition of the concept of "indigenous people" is not necessary or desirable. They have stressed the importance of self-identification as an essential component of any definition which might be elaborated by the United Nations system. In addition, a number of other elements were noted by indigenous representatives, in particular during the thirteenth session of the Working Group. ^{11/} For example, the Aboriginal and Torres Strait Islander Social Justice Commissioner, Mr. M. Dodson, stated: "there must be scope for self-identification as an individual and acceptance as such by the group. Above all and of crucial and fundamental importance is the historical and ancient connection with lands and territories. ...". A number of other indigenous representatives referred to the working definition developed by the Special Rapporteur, Mr. Martínez Cobo. ^{12/} The representative of the Sami Council, for example, stated that "even without a definition it should be relatively easy to identify the beneficiaries (of the draft declaration) by using the criteria of the Cobo report which is adequate to determine whether a person or community is indigenous or not. Factors such as historical continuity, self-identification and group membership are cardinal criteria in this regard".

36. As mentioned earlier, indigenous groups insist on their right to define themselves both in terms of an individual's "self-identification" as an

indigenous person and with respect to the community's right to define its members. This "subjective" approach - that indigenous peoples are those who feel themselves to be indigenous and are accepted as such by members of the group - has been widely supported, although it is not clear whether it would be sufficient if other "objective" criteria, such as ancestry, were absent. 13/ The Human Rights Committee, in addressing this question, especially in connection with the Sandra Lovelace case, has found that denial of the legal right of an Indian woman to reside on the Indian Tobique Reserve, in Canada, because of her marriage to a non-Indian violated her right, "in community with the other members of her group", to enjoy her own culture as guaranteed by article 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights. The Human Rights Committee did not directly address the issue of whether the author of the communication, Ms. Lovelace, had lost her status as an Indian. Nevertheless, it has implicitly decided that she remained a part of the Maliseet Indian band from which she came. The case of Sandra Lovelace was considered in the light of the fact that her marriage to a non-Indian has broken up. There was no evidence that the above-mentioned Indian band objected to her residing on the reserve. 14/

37. Article 27 of the Covenant has also been invoked by indigenous people. In this respect, it should be mentioned, for example, that in 1980, an Aboriginal delegation addressed the Sub-Commission on the Australian Government's failure to protect a sacred site on Aboriginal leasehold land at Noonkanbah from the Western Australian Government's insistence that exploratory drilling for oil should proceed. 15/ Another case concerning Canadian Indians (communication No. 167/1984, Bernard Ominayak, Chief of the Lubicon Lake Band v. Canada) raised issues before the Human Rights Committee under article 27 of the Covenant with respect to the traditional rights to fishing and hunting, as well as issues of self-determination under article 1 of the Covenant. In its review of this case, the Committee did, inter alia, find a violation of article 27. It recognized "that the rights protected by article 27, include the rights of persons, in community with others, to engage in economic and social activities which are part of the culture of the community to which they belong". 16/

38. It should be also mentioned that some indigenous representatives from Asia stated that, in view of the establishment of the new working group of the

Commission on Human Rights, a formal definition was urgently needed to prevent Governments from denying the existence of indigenous peoples in their countries. 17/

H. Views expressed by Governments

39. The representatives of the observer Governments of Bangladesh and India emphasized the need for a clear definition of "indigenous people" in the interest of an effective focus on the true indigenous people of the world. The representative of the observer Government of Bangladesh stated in particular that a procedure based on self-identification could be self-defeating and that it would be a great disservice to the true indigenous people if the agenda for indigenous people were allowed to be confused with the agenda of other subnational and tribal groups that constituted minorities within their respective countries.

I. Views expressed by members of the Working Group

40. Mr. R. Hatano, member of the Working Group, in one of his statements before the Sub-Commission regarding in particular the draft declaration on the rights of indigenous peoples, expressed the following views in connection with the definition of the concept "indigenous people": "... Even if [the declaration] was not a binding legal instrument, it none the less sets out the rights of indigenous peoples and the duties of States towards these peoples. However, nowhere did the declaration define the key expression 'indigenous people'. Apparently, indigenous organizations did not want the term to be defined for fear some indigenous persons would not be covered by the scope of the definition. However, such organizations had repeatedly affirmed that the world's population included approximately 300 million indigenous persons. How had they arrived at that figure without some yardstick or definition to distinguish between indigenous and non-indigenous persons?" 18/

41. Mr. J. Bengoa, alternate member of the Working Group, stated that regarding the development of a concept of indigenous people, the discussion clearly had two sides: a theoretical one and a political one. Also, there was a difficult linguistic problem in view of the usage of the words "populations" and "peoples". The draft declaration which had been approved by the Sub-Commission used both words without making a clear distinction between them. A definition of the concept of "indigenous peoples" could be an important step towards the recognition of indigenous peoples and their rights and could well serve to make the very important distinction between indigenous

groups and minorities. In that regard, the difference between defining peoples and establishing procedures to exercise the right of self-identification should be made. The procedures to exercise the right of self-identification had to have the following characteristics: first, they had to be operational in order to serve international objectives and in particular allow an understanding of the many different cultures; second, they had to be functional to allow participation of the indigenous peoples; third, they had to be flexible in order to be able to respond to new situations in the dynamic process of recognizing indigenous peoples' rights. Mr. Bengoa stressed the fact that the principle of self-identification is inalienable and has to be part of the definition. The characteristic of being the first people and the strong ties to the land also constituted important elements of a possible definition. He pointed out the inherent danger of a requirement of historic continuity, as many indigenous peoples had been forcibly removed from their lands or were now living in urban areas but had kept their indigenous identity. Also, he stated that the element of having been subjected to colonization needed further discussion, as it seemed to reflect mainly the situations faced by indigenous groups in the Americas. The element of distinct culture which was recognized by all existing definitions should not constitute a decisive feature in order to allow for a more dynamic approach, taking into account processes of change in indigenous societies. Furthermore, he regarded the characteristic of non-dominance as an empirical reality but not necessarily a substantive feature. 19/

II. CRITICAL LEGAL ANALYSIS

A. Comparison with "Non-Self-Governing Territories"

42. It will be recalled that in General Assembly resolution 1541 (XV) the Assembly had defined "Non-Self-Governing Territories" in terms of three fundamental factors: cultural distinctiveness, geographic separateness, and actual subordination. The evolving concept of "indigenous" overlaps with the formal definition of "Non-Self-Governing Territories" with respect to the first factor (distinctiveness). We have seen that subordination, while suggested as a possible element of a definition in the Martínez Cobo study, was not included in the definition adopted by the ILO conventions in this field, although marginalization and oppression are unquestionably shared experiences of most indigenous peoples. It does not seem logical, moreover,

that the presence or absence of oppression should be a factor distinguishing indigenous peoples from others having experienced so-called classic colonialism.

43. The third factor, geographic separateness, also merits a critical re-examination. The Special Rapporteur, Mr. Martínez Cobo, recognized that indigenous peoples tend to be characterized by their maintaining special relationships with their "ancestral territories". Although ILO Convention No. 169 does not include any geographical factor in its definition of "indigenous", it none the less affirms, in article 13, the "special importance" of the continuing relationship between indigenous peoples and their ancestral territories for continuing their "cultures and spiritual values". In other words, the cultural distinctiveness of indigenous peoples, which is central to the concept of "indigenous" in contemporary international law, is inseparable from "territory".

44. The inseparability of cultural distinctiveness and territory from the concept of "indigenous" was noted by the United Nations Conference on Environment and Development in paragraph 26.1 of Agenda 21, adopted by a consensus of Member States:

"Indigenous people and their communities have a historical relationship with their lands and are generally descendants of the original inhabitants of those lands". 20/

45. The centrality of land tenure systems and ecological knowledge to the cultures of indigenous peoples was reaffirmed, again by consensus, at the International Conference on Population and Development at Cairo in 1994. 21/

46. The World Bank Operational Manual also identifies "a close attachment to ancestral territories and to the natural resources in these areas" as one of five factors which, in varying degrees, tend to characterize "indigenous peoples". 22/

B. Comparisons with "minorities"

47. Acknowledging the significance of "territory" may be necessary to address another major logical and conceptual problem: differentiating "indigenous peoples" from "minorities". A strict distinction must be made between "indigenous rights" and "minority rights". Indigenous peoples are indeed peoples and not minorities or ethnic groups. 23/

48. The Permanent Court of International Justice (P.C.I.J.) did not define the concept "minority" but made an attempt to provide the meaning of the concept of "community" in the Greco-Bulgarian Communities case as follows:

"... a group of persons living in a given country or locality having a race, religion, language and traditions of their own, and united by this identity of race, religion, language and traditions in a sentiment of solidarity, with a view to preserving their traditions, maintaining their form of worship, securing the instruction and upbringing of their children in accordance with the spirit and tradition of their race and mutually assisting one another. 24/

49. The above-mentioned formula contains four main elements: (a) biological distinctiveness; (b) cultural distinctiveness (religion, language, traditions); (c) the choice or desire to remain distinct (which may be implied in the perpetuation of the cultural distinctiveness of the group); and (d) social cohesiveness (which may be implied from the fact that the group seeks a recognition of its collective rights). The racial factor is, of course, no longer admissible as a matter of law or science.

50. The meaning of the concept of "minority" provided by the P.C.I.J. may therefore be collapsed into the same concept that lies at the heart of all recent attempts to define "indigenous" - that is, a distinctiveness which the people concerned wish to perpetuate.

51. In his important Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, the Special Rapporteur of the Sub-Commission, Mr. F. Capotorti, argued that the size and power of a group are important considerations in determining whether it should be an object of special international protection. A "minority" from the viewpoint of sociology, he reasoned, is not necessarily the same as a "minority" within the context of international human rights law. From his perspective, he proposed the following definition:

"A group numerically inferior to the rest of the population of a State, in a non-dominant position, whose members - being nationals of the State - possess ethnic, religious or linguistic characteristics differing from those of the rest of the population and show, if only implicitly, a sense of solidarity, directed towards preserving their culture, traditions, religion or language. 25/

52. Thus defined, a group must not only lack political power, but lack the numerical strength ever to gain power through democratic means, before it qualifies as a "minority". An oppressive group that constitutes a numerical minority of the national population would, accordingly, not qualify as a "minority", but in such as case the State concerned would not be entitled to invoke national unity and territorial integrity against legitimate national liberation movements.

53. At the request of the Sub-Commission, Mr. J. Deschênes made a great effort to improve upon the definition of "minority" but reached essentially the same conclusions as Mr. Capotorti. He suggested one refinement that merits our attention, however. This was to place greater weight on the element of choice, since there would seem to be no need to be concerned with groups that did not wish to be protected, or to maintain their distinct identity as groups. 26/

54. In a more recent study, the Special Rapporteur of the Sub-Commission, Mr. A. Eide, was also inspired by the definition proposed by Mr. Capotorti, although he concluded that the size of the group and its distinctiveness are sufficient as tests of its character as a minority, thereby abandoning the element of non-dominance. 27/

55. At its first session in 1995, the new Working Group on Minorities of the Sub-Commission considered the possibility of elaborating a more precise definition of "minority" but the debate merely underscored the futility of such an endeavour, and the Working Group proceeded to discuss practical means of protecting minorities without agreeing on a definition. 28/

56. At the second session of the Working Group on Minorities a member, Mr. S. Chernichenko, presented a working paper on the definition of minorities (E/CN.4/Sub.2/AC.5/1996/WP.1 and Corr.1), in which he proposed a new definition of minorities. In this respect, he emphasized, *inter alia*, that his definition did not extend to indigenous populations and that the tasks of the Working Group on Minorities did not include the development of any definition of indigenous populations (para. 7).

57. The Human Rights Committee in its General Comment No. 23 (50) (art. 27) observes that "culture manifests itself in many forms, including a particular way of life associated with the use of land resources, specially in the case of indigenous peoples. That right may include such traditional activities as fishing or hunting and the right to live in reserves protected by law". 29/

In any event, the "working definition" included in the Capotorti study does not help distinguish between the concepts of "indigenous" and "minority" since most groups that regard themselves as indigenous peoples could satisfy its tests.

58. The task of clarifying the concept of "indigenous" is accordingly complicated by the fact that the United Nations has previously failed to devise reasonably precise definitions of "peoples" or "minorities". 30/<

59. Since the three concepts "indigenous", "peoples" and "minorities" are logically and legally related, it would be necessary to refine all of them simultaneously, lest our efforts to clarify the concept of "indigenous" add to the existing uncertainty in the meaning of the other related concepts.

C. The search for factors specific to "indigenous"

60. It is none the less possible to identify at least two factors which have never been associated with the concept of "minorities": priority in time and attachment to a particular territory. These factors do not, however, help to distinguish between the concept of "indigenous" and the concept of "peoples", since "peoples" are also ordinarily identified with a distinct territory to which they have a claim of historical precedence. In other words, it is possible to find points of differentiation between "indigenous" and "minority", but not between "indigenous" and "peoples", based upon the efforts of international organizations to define these terms in this century.

61. This is an appropriate stage at which to review the discussion of these issues by participants at the first meeting of the working group of the Commission on Human Rights which was established by resolution 1995/32. Several delegations of Member States maintained that it was essential to adopt a definition of the concept "indigenous" before negotiating the substantive provisions of a declaration on the rights of these people. Some delegations, moreover, reasoned that the concept of "indigenous" is applicable only to situations in which the original inhabitants of the territory were subjugated and physically dispossessed by settlers from overseas, bearing alien cultures and values, and where these settlers, rather than the original inhabitants, have been the real beneficiaries of decolonization and independent statehood. These circumstances, the same delegations contend, have largely been restricted historically to the Americas and Oceania.

62. Further, in adopting its report, the working group stipulated that it was "solely a record of the debate and does not imply acceptance of the usage of

either expression 'indigenous peoples' or 'indigenous people'. In this report both are used without prejudice to the positions of the particular delegations, where divergences of approach remain" (E/CN.4/1996/84, para. 3).

63. The advisability and feasibility of adopting a definition of the concept of "indigenous" may reasonably be judged from the conceptual framework proposed by concerned delegations. The definition which has been suggested differs in only one concrete aspect from the conceptual model presented in the Martínez Cobo study or the two ILO conventions in this field: conquest, colonization, subjugation or discrimination must be at the hands of persons from other regions of the world rather than neighbours. In the opinion of the Chairperson-Rapporteur, this makes an unjustified distinction between long-distance aggression and short-distance aggression, and it is logically impossible to establish a cut-off distance. Moreover, it assumes that the cultural differences that exist between peoples is a simple linear function of distance, such that mere proximity creates a presumption of shared values. The information provided to the Working Group on Indigenous Populations each year contradicts the validity of that assumption.

64. Underlying the arguments made by many observer Government delegations is a conceptual critique of the use of the term "indigenous" to distinguish between groups that have been neighbours for millennia. To the extent that the English and Spanish terms which are currently in official use in the United Nations system imply a distinction between persons originating in a country, as opposed to immigrants or settlers, the unease of many African and Asian Governments is understandable. Plainly, most of the persons who have control of the contemporary State are not less native to the soil of the country as a whole than groups that are identified as "indigenous" or "tribal". It should be pointed out, however, that this conceptual difficulty disappears if we think of "indigenous" peoples as groups which are native to their own specific ancestral territories within the borders of the existing State, rather than persons that are native generally to the region in which the State is located.

65. The purpose of the present document is not to minimize the concerns expressed by some Governments, but to demonstrate that their concerns cannot effectively be met through an exercise in definition. The result of undertaking such an exercise would be a definition which lacked any scientific

or logical credibility, thereby undermining (in turn) the credibility and usefulness of the declaration of principles to which it was attached.

III. CONCLUSIONS AND RECOMMENDATIONS

66. It is an encouraging fact that Governments in the Latin American region have expressed confidence in their understanding of the meaning of "indigenous" in their own regional context, rendering an explicit, negotiated definition of this concept largely unnecessary. The Chairperson-Rapporteur is cognizant of the fact that, even in the Americas, disputes have often arisen regarding the "indigenous" status of particular groups. Within the United States, for example, more than 100 groups are still seeking formal acknowledgement of their status as "Indian tribes", under a 1978 law identifying seven historical and sociological criteria applicants must satisfy with scientific evidence. 31/

67. In practical terms, then, it would be foolhardy to disregard both the regional and the national dimensions of the concept of "indigenous". Regional research and consultations would be extremely useful for this purpose and, in the future, differences in practice must be recognized as long as they are broadly consistent with regional and international expert opinion. Where disputes occur, they should be addressed in the same way as other disputes involving both factual and legal issues in the field of human rights, that is to say, through a constructive dialogue between expert bodies and the representatives of indigenous peoples and Governments.

68. At its second and third sessions, the Working Group on Indigenous Populations discussed the definition of the concept of "indigenous" at great length, using the work of the Special Rapporteur as a point of departure. 32/ No consensus was reached, but indigenous people who participated in these discussions stressed the need for flexibility and for respecting the desire and the right of each indigenous people to define itself. From that time the Working Group has indeed adopted a flexible approach to determining eligibility to participate in its annual sessions, relying upon organizations of indigenous peoples themselves to draw attention to any improper assertions of the right to participate as "indigenous" peoples. On the whole, this has been successful, and shows that the gradual evolution of the concept of "indigenous" in practice, and in cooperation with

indigenous peoples themselves, is sufficiently practical and effective as a method of screening the claims of groups whose legal character may be challenged.

69. In summary, the factors which modern international organizations and legal experts (including indigenous legal experts and members of the academic family), have considered relevant to the understanding of the concept of "indigenous" include:

(a) Priority in time, with respect to the occupation and use of a specific territory;

(b) The voluntary perpetuation of cultural distinctiveness, which may include the aspects of language, social organization, religion and spiritual values, modes of production, laws and institutions;

(c) Self-identification, as well as recognition by other groups, or by State authorities, as a distinct collectivity; and

(d) An experience of subjugation, marginalization, dispossession, exclusion or discrimination, whether or not these conditions persist.

70. The foregoing factors do not, and cannot, constitute an inclusive or comprehensive definition. Rather, they represent factors which may be present, to a greater or lesser degree, in different regions and in different national and local contexts. As such, they may provide some general guidance to reasonable decision-making in practice.

71. The United Nations system should be mindful of the conclusion of the managers of the World Bank that "no single definition can capture (the) diversity" of indigenous peoples worldwide. ^{33/} It would also be wise to heed the words of the Special Rapporteur, Mr. Capotorti, who warned that precise universal definition, while of philosophical interest, would be nearly impossible to attain in the current state of global realities, and would in any event not contribute perceptibly to the practical aspects of defending groups from abuse. ^{34/}

72. In presenting this analysis, the Chairperson-Rapporteur wishes to stress that she can find no satisfactory reasoning for distinguishing between "indigenous" and "tribal" peoples in the practice or precedents of the United Nations. Nor is she persuaded that there is any distinction between "indigenous" peoples, and "peoples" generally, other than the fact that the

groups typically identified as "indigenous" have been unable to exercise the right of self-determination by participating in the construction of a contemporary nation-State.

73. The Chairperson-Rapporteur is compelled to conclude that any inconsistency or imprecision in previous efforts to clarify the concept of "indigenous" was not a result of a lack of adequate scientific or legal analysis, but due to the efforts of some Governments to limit its globality, and of other Governments to build a high conceptual wall between "indigenous" and "peoples" and/or "Non-Self-Governing Territories". No one has succeeded in devising a definition of "indigenous" which is precise and internally valid as a philosophical matter, yet satisfies demands to limit its regional application and legal implications. All past attempts to achieve both clarity and restrictiveness in the same definition have in fact resulted in greater ambiguity.

74. The only immediate solution, based on the experience of the Working Group on Indigenous Populations, is a procedural one: we must ensure that the eventual implementation of a declaration on the rights of indigenous peoples is entrusted to a body which is fair-minded and open to the views of indigenous peoples and Governments, so that there is room for the reasonable evolution and regional specificity of the concept of "indigenous" in practice.

Notes

1/ E/CN.4/Sub.2/1995/24, para. 162.

2/ See E/CN.4/1996/84.

3/ The creation of the Working Group on Indigenous Populations was recommended by the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities in its resolution 2 (XXXIV) of 8 September 1981, endorsed by the Commission on Human Rights in its resolution 1982/19 of 10 March 1982, and authorized by the Economic and Social Council in its resolution 1982/34 of 7 May 1982.

4/ General Assembly resolution 2625 (XXV) of 24 October 1970, annex.

5/ See A/2361 (1952).

6/ E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, United Nations Publication, Sales No. E.86.XIV.3, para. 379.

7/ In connection with the definition employed in ILO Convention No. 169, see, I. Brownlie, "Treaties and Indigenous Peoples". The Robb Lectures, F.M. Brookfield (ed.), Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 60-67. For an analysis of the provisions of this Convention, see R.L. Barsh, "An Advocate's Guide to the Convention on Indigenous and Tribal Peoples", 15 OKLAHOMA UNIVERSITY LAW REVIEW 209 (1990), L. Swepston, "A New Step in the International Law on Indigenous and Tribal Peoples: ILO Convention No 169 of 1989", 15 OKLAHOMA UNIVERSITY LAW REVIEW 677 (1990) and S.J. Anaya, "Indigenous Rights Norms in Contemporary International Law", Arizona Journal of International and Comparative Law, vol. 8, No. 2, Fall 1991, pp. 6-15.

8/ So formulated, art. 1.2 of ILO Convention No. 169 provides that "self-identification" should be given great weight, although it is not sufficient in itself.

9/ OEA/Ser/L/V/II.90, Doc. 9 rev. 1 (21 September 1995).

10/ Guidelines for Support to Indigenous Peoples, United Nations Development Programme, Draft V, January 1995. These draft Guidelines should be adopted by the Executive Board of UNDP.

11/ See E/CN.4/Sub.2/1995/24, para. 41-51.

12/ Ibid., para. 29-32.

13/ See H. Hannum, "New Developments in Indigenous Rights", Virginia Journal of International Law, vol. 28, No. 3, Spring 1988, p. 663.

14/ Communication No. R.6/24, Sandra Lovelace v. Canada, in Official Records of the General Assembly, Thirty-sixth session, Supplement No. 40 (A/36/40), annex XVIII. For a comprehensive analysis of the relevant Views, expressed by the Human Rights Committee, see G. Alfredsson and A. de Zayas, "Minority Rights: Protection by the United Nations", Human Rights Law Journal 26 February 1993, vol. 14, No. 1-2, pp. 5-6.

15/ H. McRae, G. Nettheim and L. Beacroft, Aboriginal Legal Issues, The Law Book Company Limited, Sydney, 1991, p.320.

16/ Ibid., Forty-fifth session, Supplement No. 40 (A/45/40), vol. II, annex IX, para 32.2.

17/ E/CN.4/Sub.2/1995/24, para. 41.

18/ E/CN.4/Sub.2/1992/SR.31/Add.1, para. 36.

19/ See E/CN.4/Sub.2/1995/24, paras. 45-51.

20/ Report of the United Nations Conference on Environment and Development (Rio de Janeiro, 3-4 June 1992), vol. I, resolution 1, annex II. United Nations Publication, Sales No. E.93.I.8. See also chapter 26 of

Agenda 21 on "Recognizing and strengthening the role of indigenous people and their communities".

21/ A/CONF.171/13, para. 6.27.

22/ Operational Directive 4.20, para. 5 (a), September 1991. Other factors listed are self-identification, a distinct language, customary social and political institutions, and a subsistence-oriented economy.

23/ E.-I. A. Daes, "On the Relations Between Indigenous Peoples and States", Without Prejudice, vol. III, p. 44.

24/ See Greco-Bulgarian Communities (Advisory Opinion), P.C.I.J. Series B, No. 17, p. 22 (31 July 1930). In this respect, see also P. Thornberry, "The UN Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities: Background, Analysis, Observations, and an Update", Universal Minority Rights, A. Phillips and A. Rosas (eds.), Abo Akademi University Institute for Human Rights, 1995, pp. 16-17.

25/ F. Capotorti, Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, United Nations publication, Sales No. E.91.XIV.2, Geneva, 1991, para. 568.

26/ E/CN.4/Sub.2/1985/31, paras. 74 and 181.

27/ E/CN.4/Sub.2/1993/34, para. 29.

28/ E/CN.4/Sub.2/1996/2, paras. 76-90.

29/ CCPR/C/21/Rev.1/Add.5. See in particular para. 7.

30/ For an analysis of the meaning of the concepts "indigenous", "peoples" and "minorities", see M.N. Shaw, "The Definition of Minorities in International Law", Israel Yearbook on Human Rights, vol. 20 (1991) pp. 13-43; E.-I.A. Daes, "Some Considerations on the Right of Indigenous Peoples to Self-Determination", Transnational Legal and Contemporary Problems, vol. 3 (1993), pp. 2-11; Daes, "Dilemmas Posed by the UN Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples", Nordic Journal of International Law, 63:205-212 (1994); Daes, "The United Nations Declaration on Minority Rights: Necessary, Urgent and Overdue", International Geneva Yearbook, vol. IX, 1995, in particular pp. 91-92; R.L. Barsh, "Indigenous Peoples in the 1990s: From Object to Subject of International Law?", Harvard Human Rights Journal, vol. Seven, Spring 1994, in particular pp. 36-41 and 78-82; D. Sanders, "Indigenous Peoples at the United Nations" (on file with the author), September 1995, pp. 1-17; G. Alfredsson, "Group Rights, Preferential Treatment and the Rule of Law", Discussion Paper for Consultation on Group Rights at the University of Cambridge, Law and Society Trust, Colombo, August 1995, p. 21.

31/ See W.C. Canby, Jr., American Indian Law (second edition), St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1988, pp. 5-8.

32/ E/CN.4/Sub.2/1983/22, paras. 109-119; E/CN.4/Sub.2/1984/20, paras. 99-110.

33/ World Bank Operational Manual, op. cit., Operational Directive 4.20 (1991).

34/ Capotorti, op. cit., paras. 561-562.



**Economic and Social
Council**

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2/Add.1
28 June 1996

Original: ENGLISH

COMMISSION ON HUMAN RIGHTS

Sub-Commission on Prevention
of Discrimination and
Protection of Minorities
Working Group on Indigenous Populations
Fourteenth session
29 July-2 August 1996
Item 4 of the provisional agenda

STANDARD-SETTING ACTIVITIES: EVOLUTION OF STANDARDS CONCERNING THE RIGHTS
OF INDIGENOUS PEOPLE: THE CONCEPT OF "INDIGENOUS PEOPLES"

Information received from indigenous peoples' organizations

Addendum

ABORIGINAL AND TORRES STRAIT ISLANDER COMMISSION

[Original: ENGLISH]
[11 June 1996]

A definition of "indigenous peoples"?

Introduction

1. The Aboriginal and Torres Strait Islander Commission, an indigenous organization in consultative status with the Economic and Social Council, believes that certain definitional issues, particularly those relating to the meaning of "indigenous peoples", in the draft declaration on the rights of indigenous peoples and the proposed permanent forum for indigenous peoples, are matters which should be determined by the world's indigenous peoples themselves.

Is there a need for a definition of "indigenous peoples"?

2. Deciding upon an unequivocal definition of "indigenous peoples" as a prerequisite for advancing the work of the Working Group on Indigenous Populations on the draft declaration is unnecessary. Nor should the present lack of a watertight definition be an impediment to the establishment and operation of a permanent forum. As indicated at the first session of the working group of the Commission on Human Rights held in Geneva in November/December 1995, and elsewhere:

Central concepts in international human rights instruments are often not defined;

The United Nations generally refrains from attempting tight definitions, which may limit the flexibility of Governments and peoples in applying relevant instruments to their own national circumstances;

No definition of "minorities" was arrived at for the work of the United Nations on minorities, although Commission on Human Rights resolution 1984/62 sought a definition;

Other instruments, such as the Rio Declaration - Agenda 21, refer to indigenous peoples' participation in environmental issues, without defining those peoples.

3. Early settlement of definitional terms may well exclude significant groups from enjoyment of such rights as may be accepted in the draft declaration. Clearly there is no need to reach a precipitate determination of the meaning of "indigenous peoples" in an abstract definition.

4. It is sufficient to found the role, legitimacy and mandate for the continued development of the draft declaration by the working group of the Commission on Human Rights, and for the establishment of a permanent forum to deal with the interests of all the world's indigenous peoples, that peoples exist who are unequivocally acknowledged as indigenous. Some are acknowledged as such by their own sovereign States, and attend United Nations forums as indigenous representatives, either within State delegations, or as indigenous NGOs. Others are invited to attend as indigenous parties by the United Nations. Resolutions of the Commission on Human Rights clearly acknowledge their existence, without resort to a definition, and endorse the legitimacy of their continued participation in its work.

Recognition of "indigenous peoples"

5. Two steps hitherto were involved in recognition of the legal status of an "indigenous people".

Self-identification;

Recognition by an international sovereign entity, or institution.

6. Various States have used domestic definitions for indigenous groups, referring to them by their own distinctive names or tribes. Identification was also settled under international law when paramount States entered into treaties at settlement, often acknowledging them as "dependent nations", as in the United States of America or Canada, or at the conclusion of wars, or for the maintenance of borders. As domestic courts and international institutions have acknowledged those arrangements, indigenous identity is widely acknowledged.

Australian domestic definitions

7. "Aboriginal" is a technical term applied to the indigenous peoples of Australia, and other lands, and means "from the beginning". In effect, it acknowledges such peoples as the "first peoples" of any particular region or place. The term "autochthones" also means "people originating with the land", and articles of the draft declaration attempt to restore significance and vitality to these concepts.

8. Australia has not committed itself with finality to any conclusive definition of "indigenous peoples" in domestic or international law. Domestic legislation works basically to broad pragmatic formulas which aim at conferring, rather than limiting, individual rights and entitlements. Of two alternative definitions the more interesting, from the High Court of Australia, is found in Commonwealth of Australia and Anor. v. State of Tasmania (1983) 46 ALR 625 at 817. It states:

"By 'Aboriginal Australian' I mean ... a person of Aboriginal descent, albeit mixed, who identifies himself as such and who is recognized by the Aboriginal community as an Aborigine." (Dean J.)

9. These criteria, which allow indigenous peoples to set the standards for self-identification and recognition of those who are indigenous, reflect the continuing practice of many sovereign jurisdictions, and accord with principles of international law. They are also found in the 1983 Cobo definition.

The problem of an all-inclusive international definition

10. In searching for suitable meanings in international law for "indigenous peoples", both words must be addressed, i.e., the indicia which distinguish "peoples", and a legal meaning for "indigenous". Ample working definitions exist to deal with both issues. The International Meeting of Experts' Final Report on the Further Study of the Rights of Peoples (UNESCO: SNS - 89/CONF.602/7) 1990, offered a provisional working definition for:

"A people for the [purpose of the] rights of people in international law, including the right to self-determination".

11. The Working Group has used, and should continue to use, the Cobo working definition for "indigenous peoples". The Cobo formula and ILO Convention No. 169 concerning Indigenous and Tribal Peoples (1989) definition both acknowledge self-identification and self-recognition as essential aspects in

defining indigenous peoples. Both models are useful, and despite the fact that ILO Convention No. 169, at article 1.3 has the caveat: "The use of the term 'peoples' in this Convention shall not be construed as having any implication regarding the rights which may attach to the term under international law", this is severable for a working definition and other purposes. It is also clear from the drafting history of ILO Convention No. 169, that that disclaimer was not part of the original version, but was a subsequent amendment to make the Convention more universally acceptable.

Continued use of the word "peoples"

12. There should be no rational objection to the use of "peoples", either for the draft declaration, or the permanent forum. The word "peoples" in conjunction with "indigenous" already features in an existing international instrument, ILO Convention No. 169. The words can be read conjunctively as including peoples who are both tribal and indigenous, or disjunctively, as a convention relating to "tribal peoples" and to "indigenous peoples". The proviso at article 1.3 clearly indicates that the second reading is intended, otherwise there would have been no purpose in adding the proviso. As article 3 of the draft declaration proposes self-determination for indigenous peoples, the use of "peoples" in the declaration's title cannot be objected to as intensifying that claim.

Elements in defining "indigenous peoples"

13. Any definition should address recognition of:

The right of indigenous peoples to self-identify as such;

The meaning implicit in the terms "indigenous" and "aboriginal peoples";

The consequent rights of primogeniture as "first peoples";

The rights which this implies in relation to land, self-determination and culture;

The right to accept others into groups classed as indigenous or aboriginal; and

The right to determine finally the indicia and definition for "indigenous peoples".

14. In summary:

Historically, central concepts in human rights instruments are often not defined;

The customary right, sanctioned by State practice and in international law, for indigenous peoples, or indeed for any peoples, to determine the criteria for their own identity should be defended; and

Premature proposals to reach conclusive definitions at this stage should be resisted.



Consejo Económico
y Social

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2
10 de junio de 1996

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISION DE DERECHOS HUMANOS
Subcomisión de Prevención de Discriminaciones
y Protección a las Minorías
Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas
14° período de sesiones
19 de julio a 2 de agosto de 1996
Tema 4 del programa provisional

ACTIVIDADES NORMATIVAS: EVOLUCION DE LAS NORMAS RELATIVAS
A LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS

Documento de trabajo de la Presidenta-Relatora,
Sra. Erica-Irene A. Daes, sobre el concepto de
"pueblos indígenas"

INDICE

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
INTRODUCCION	1 - 9	3
I. RESEÑA HISTORICA DE LA PRACTICA INTERNACIONAL . .	10 - 41	5
A. La Sociedad de las Naciones	12 - 14	5
B. La Unión Panamericana	15 - 16	6
C. La Carta de las Naciones Unidas	17 - 20	6
D. El Convenio N° 107 de la OIT	21 - 23	8
E. Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas	24 - 27	8

INDICE (continuación)

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
I. (<u>continuación</u>)		
F. El Convenio N° 169 de la OIT	28 - 34	9
G. El punto de vista de los pueblos indígenas .	35 - 38	11
H. Opiniones expresadas por los gobiernos . . .	39	12
I. Opiniones expresadas por miembros del Grupo de Trabajo	40 - 41	12
II. ANALISIS LEGAL CRITICO	42 - 65	13
A. Comparación con los "territorios no autónomos"	42 - 46	13
B. Comparaciones con las "minorías"	47 - 59	14
C. La búsqueda de factores específicos al concepto de "indígena"	60 - 65	17
III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	66 - 74	18

INTRODUCCION

1. En su 13º período de sesiones, el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas decidió recomendar a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías que encomendara a la Presidenta-Relatora, Sra. Erica-Irene A. Daes, la preparación de una nota sobre los criterios para definir los pueblos indígenas, basada en la información que pudieran remitirle los gobiernos, las organizaciones intergubernamentales y las organizaciones de pueblos indígenas ¹.
2. La recomendación del Grupo de Trabajo fue aprobada posteriormente por la Subcomisión en el párrafo 3 de su resolución 1995/38, de 24 de agosto de 1995.
3. En el párrafo 7 de su resolución 1996/40, de 19 de abril de 1996, la Comisión de Derechos Humanos tomó nota de la recomendación del Grupo de Trabajo de que se encomendara a la Presidenta-Relatora la definición del concepto de pueblo indígena, y señaló que en los trabajos a este respecto se deberían tener en cuenta las opiniones de gobiernos y de organizaciones de pueblos indígenas. La Comisión pidió además que el debate sobre esta cuestión se llevase a cabo en el 14º período de sesiones del Grupo de Trabajo y que el informe del Grupo de Trabajo se transmitiese a los gobiernos y las organizaciones de pueblos indígenas antes de la siguiente reunión del Grupo de Trabajo entre períodos de sesiones, de composición abierta, de la Comisión de Derechos Humanos establecido de conformidad con la resolución 1995/32, a fin de elaborar un proyecto de declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas.
4. Hasta la fecha, la Presidenta-Relatora no ha recibido ningún comentario de los gobiernos u organizaciones de poblaciones indígenas sobre la cuestión de la definición. No obstante, la Presidenta-Relatora se ha inspirado en particular en los detenidos y pertinentes debates sobre esta cuestión conceptual mantenidos en anteriores períodos de sesiones del Grupo, y ha tomado buena nota del extenso intercambio de opiniones entre los gobiernos y las poblaciones indígenas que tuvo lugar en la primera reunión del Grupo de Trabajo entre período de sesiones de composición abierta establecido de conformidad con la mencionada resolución, y que se celebró en Ginebra del 20 de noviembre al 1º de diciembre de 1995 ². Afortunadamente, la Presidenta-Relatora pudo participar en los debates e intervenir en el Grupo como observadora y en su calidad de Presidenta-Relatora del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas.
5. Cabe observar asimismo que la Presidenta-Relatora preparó una detallada nota sobre los criterios que podrían aplicarse al examinar el concepto de pueblos indígenas, que se presentó al Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas en su 13º período de sesiones. Entre los criterios básicos especificados en la nota figuraban cuestiones relacionadas con la continuidad histórica, características culturales distintivas, tierras tradicionales, carácter de grupo no dominante, conciencia de la identidad y conciencia de grupo. La Presidenta-Relatora mencionó asimismo en la nota (párr. 7) que la asistencia a la reunión del Grupo de Trabajo de ciertas personas que se calificaban asimismo de "poblaciones

indígenas" había sido impugnada por otros representantes de las poblaciones indígenas en el Grupo de Trabajo.

6. La Presidenta-Relatora planteó también la cuestión de la conveniencia de definir en el concepto de "población indígena". Tanto la Presidenta-Relatora como otros señalaron que el propio Grupo de Trabajo había sido un éxito, a pesar de no haber adoptado una definición formal del concepto de "poblaciones indígenas". No obstante, este foro se había convertido, en opinión de la mayoría de los participantes, en un punto de reunión importante en el sistema de las Naciones Unidas para los representantes de los gobiernos, los observadores, las poblaciones indígenas, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales y otros particulares interesados, en particular para los miembros del mundo académico -una verdadera "comunidad de pueblos", según lo calificó la propia Presidenta-Relatora. El Grupo de Trabajo contribuía también de manera sistemática y constructiva a la promoción, protección y realización de los derechos de las poblaciones indígenas del mundo.

7. No obstante estas observaciones, la Presidenta-Relatora manifestó, entre otras cosas, la opinión de que algunos debates, en particular un análisis más detenido del concepto de "poblaciones indígenas" podría ser deseable, tanto para responder al interés creciente de los gobiernos y de las propias poblaciones indígenas como a título de "orientación" para el sistema de las Naciones Unidas, en particular con respecto a la aplicación de los instrumentos internacionales relativos a la promoción y protección de los derechos de las poblaciones indígenas.

8. Al preparar el actual documento de trabajo, la Presidenta-Relatora también tuvo en cuenta el examen de esta cuestión por el Relator Especial de la Subcomisión, Sr. M. Alfonso Martínez, en su segundo informe sobre la marcha de los trabajos del estudio sobre los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre los Estados y las poblaciones indígenas (E/CN.4/Sub.2/1995/27, párrs. 48 a 129).

9. El análisis que figura a continuación del concepto de "poblaciones indígenas" tiene carácter preliminar, y su principal objetivo es promover un debate centrado en esta cuestión entre las partes interesadas en el 14º período de sesiones del Grupo de Trabajo, así como en el Grupo de Trabajo de composición abierta de la Comisión. Según se explica más adelante, la opinión de la Presidenta-Relatora es que el concepto de "indígena" no se presta a una definición precisa y amplia que pueda aplicarse de la misma forma a todas las regiones del mundo. Sin embargo, es posible llegar a un mayor acuerdo con respecto a la determinación de los principales factores que han distinguido a las "poblaciones indígenas" de otros grupos en la práctica del sistema de las Naciones Unidas y de las organizaciones intergubernamentales regionales. En consecuencia, la Presidenta-Relatora ha dedicado parte de este documento de trabajo a una reseña histórica de la práctica internacional, en un intento de extraer, en particular, los elementos o temas conceptuales que se repiten.

I. RESEÑA HISTORICA DE LA PRACTICA INTERNACIONAL

10. Debe reconocerse desde un principio que el debate internacional sobre el concepto de "indígena" ha evolucionado desde fines del siglo XIX hasta la creación del Grupo de Trabajo en 1982 ³, en el marco de los idiomas europeos, en particular el inglés, el español y el alemán. El inglés y el español comparten una raíz común con el término latino indigenae, que se utilizaba para distinguir entre las personas que habían nacido en un lugar determinado y las que procedían de otros lugares (advenae). La expresión francesa autochtone tiene en cambio una raíz griega, y, al igual que la expresión alemana Ursprung, sugiere que el grupo a que se refiere fue el primero que existió en un lugar determinado. Así pues, las raíces semánticas de las expresiones utilizadas históricamente en el derecho internacional moderno comparten un elemento conceptual común: la prioridad en el tiempo.

11. Un punto de partida útil para examinar la práctica internacional es la Conferencia sobre Africa de Berlín de 1884-1885, convocada por las Grandes Potencias con el propósito de llegar a un acuerdo sobre los principios para la afirmación y el reconocimiento de sus reivindicaciones territoriales en Africa. En el artículo 6 del Acta Final de la Conferencia, las Grandes Potencias asumieron un compromiso con respecto a la "protección de las poblaciones indígenas" de Africa. En este contexto jurídico, con la expresión "indígena" se pretendía establecer una distinción entre los ciudadanos de las naciones de las Grandes Potencias y los pueblos de Africa que se encontraban bajo dominación colonial de las Grandes Potencias. Debe tenerse presente que en la utilización del término "indígena" había también un elemento implícito de raza. Cuando el Imperio Británico sometió a los colonos holandeses de Sudáfrica al dominio británico, a raíz de la guerra de los boer, por ejemplo, no se pensó nunca que el artículo 6 del Acta Final les fuese aplicable a ellos.

A. La Sociedad de las Naciones

12. De conformidad con el artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones, los Miembros de la Sociedad aceptaron como una "misión sagrada de civilización" el deber de promover el bienestar y el desenvolvimiento de las "colonias y territorios" que permanecían bajo su control. Así pues, el Pacto de la Sociedad de las Naciones utilizaba el término "indígenas" para distinguir entre las Potencias coloniales y las personas que vivían bajo dominación colonial. Sin embargo, el Pacto añadía una segunda calificación, caracterizando a las "poblaciones indígenas" de "pueblos aún no capacitados para dirigirse por sí mismos en las condiciones particularmente difíciles del mundo moderno", en contraste con las sociedades "más avanzadas". Ambos factores (es decir la dominación colonial y la capacidad institucional) debían tenerse en cuenta en virtud del artículo 22 del Pacto para determinar el grado de supervisión apropiado para un territorio y una población determinada.

13. El caso de Sudáfrica ilustra el significado que se atribuía al artículo 22 del Pacto en la práctica de la Sociedad de las Naciones. En 1919, Sudáfrica todavía no era un Estado independiente. Seguía formando parte del Imperio

Británico y aunque gozaba de autonomía en sus asuntos locales o internos, estaba subordinada al Parlamento británico en Londres. No obstante, la Sociedad de las Naciones confió a Sudáfrica un mandato, de conformidad con el artículo 22, sobre el territorio y la población de Namibia. Dentro del marco conceptual del Pacto, Namibia era "indígena", en contraposición al carácter "avanzado" de Sudáfrica. Sin embargo, la Sociedad de las Naciones no consideraba que la población africana de la propia Sudáfrica fuese "indígena" en relación con los colonos recientes holandeses y británicos.

14. En el caso de Sudáfrica, es posible identificar un elemento más importante del nuevo concepto de "indígena". El artículo 22 del Pacto se aplicaba a territorios, delimitados por fronteras internacionalmente reconocidas, más que a pueblos que pudieran distinguirse por factores sociológicos, históricos o políticos. Así, Namibia como territorio geográficamente definido por las Grandes Potencias, se consideraba "indígena", en tanto que no tenía esta consideración la población africana de Sudáfrica.

B. La Unión Panamericana

15. Entre tanto, sin embargo, la Unión Panamericana, predecesora de la actual Organización de los Estados Americanos, había comenzado a emplear el término "indígena" en forma bastante diferente. En su resolución XI de 21 de diciembre de 1938, la Octava Conferencia Internacional Americana declaraba:

"Que las poblaciones indígenas, como descendientes de los primeros habitantes de los territorios que hoy forman América, y a fin de contrarrestar la deficiencia en su desarrollo físico e intelectual, tienen un derecho preferente a la protección de las autoridades públicas."

El objetivo de este trato preferencial era su "integración completa en la vida nacional" de los Estados existentes. Debe observarse que en éste y otros documentos oficiales posteriores de la Unión Panamericana, las expresiones "indígena" e "indio" se utilizaban indiferentemente.

16. Así pues, en la práctica regional de las Américas, la expresión "indígena" se utilizaba para identificar a grupos étnicos, lingüísticos y raciales marginados o vulnerables dentro de las fronteras del Estado más que a los habitantes de territorios coloniales que se distinguiesen geográficamente de la Potencia administradora.

C. La Carta de las Naciones Unidas

17. La aprobación de la Carta de las Naciones Unidas en 1945 no contribuyó a conciliar los diferentes usos del término "indígena" en derecho internacional. El Artículo 73 de la Carta se refiere a "territorios cuyos pueblos no hayan alcanzado todavía la plenitud del gobierno propio", más que a "poblaciones indígenas" tal como se utiliza esta expresión en el Pacto de la Sociedad de las Naciones. Hasta el 15 de diciembre de 1961 no definió la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 1541 (XV), un "territorio no autónomo" a

estos efectos, utilizando un doble criterio. Un territorio que está "separado geográficamente del país que lo administra y es distinto de éste en sus aspectos étnicos o culturales" queda, prima facie, dentro del ámbito del Artículo 73. La prueba de que los habitantes se encuentran "en una situación o en estado de subordinación" puede reforzar esta presunción, pero no es necesaria.

18. Se ha presumido en general que la anterior definición de "territorio no autónomo" en el contexto del Artículo 73 de la Carta es aplicable también a la definición de "pueblos", que tienen derecho a la libre determinación en virtud del artículo 1 común a los dos Pactos de Derechos Humanos (en lo sucesivo denominados los Pactos). Sin embargo, no debe restarse importancia a la elección del término "pueblos" con preferencia a "territorios" por los autores de ambos Pactos. La elección de un concepto geográfico en vez de un concepto sociológico implica una ampliación del principio de la libre determinación con el fin de incluir los grupos no dominantes que viven dentro de las fronteras de Estados independientes.

19. De acuerdo con el anterior análisis de la preferencia por el término "pueblos" en los dos Pactos, la Declaración de 1970 sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas ⁴ prohíbe el desmembramiento de Estados "que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos... y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color". Hubiera sido innecesario hacer esta calificación a menos que se entendiese que la población de un Estado podría estar integrada por diversos "pueblos", cada uno de ellos con derecho a la libre determinación. Según el análisis que hace la Presidenta-Relatora en su nota explicativa acerca del proyecto de declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, el derecho a la libre determinación puede realizarse cuando un pueblo puede expresarse efectivamente a través de sus propios representantes en el gobierno de un Estado democrático y no sufre una situación de desventaja o discriminación (E/CN.4/Sub.2/1993/26/Add.1, párrs. 21 a 23).

20. Con posterioridad a la segunda guerra mundial, en cambio, el término "indígena" asumió el significado que le había dado anteriormente la Unión Panamericana, más que el de la Sociedad de las Naciones. La Asamblea General, en su resolución 275 (III), de 11 de mayo de 1949, recomendó un estudio de la situación de las poblaciones aborígenes y de otros grupos sociales insuficientemente desarrollados de las Américas, a fin de promover su integración y desarrollo. Tres años más tarde, el Gobierno de Bélgica provocó una controversia al afirmar que el Artículo 73 de la Carta debía interpretarse a la luz del concepto de "indígenas" definido en el artículo 22 del Pacto de la Sociedad de las Naciones ⁵. Según la delegación de Bélgica, las obligaciones de presentar informes del Artículo 73 no se aplicaban a las colonias de ultramar,

sino a los "pueblos indígenas atrasados" que vivían dentro de las fronteras de Estados independientes en todas las regiones del mundo.

D. El Convenio N° 107 de la OIT

21. La delegación de Bélgica no consiguió que se introdujese el concepto de "poblaciones indígenas" en el Artículo 73 de la Carta, pero la OIT aprobó el Convenio relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes, de 1957 (Convenio N° 107). El artículo 1 de este Convenio define la expresión "tribal" en términos que recuerdan el Pacto de la Sociedad de las Naciones: sus "condiciones sociales y económicas corresponden a una etapa menos avanzada" que la de sus vecinos, y viven con arreglo a una legislación especial, elegida libremente o impuesta por el Estado. Además, algunas poblaciones tribales son consideradas indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país, en la época de la conquista o la colonización, y siguen siendo distintas social, económica y culturalmente.

22. Así pues, según los términos del Convenio N° 107, tanto las poblaciones "tribales" como las "indígenas" se caracterizan por factores distintivos sociales, culturales, económicos, jurídicos e institucionales. No se considera como criterio la prueba de la opresión o discriminación. El único factor que diferencia a las poblaciones "indígenas" de las poblaciones "tribales" es una historia de "conquista o colonización", pero esta distinción no tiene consecuencias prácticas, ya que el Convenio garantiza a ambas categorías de poblaciones exactamente los mismos derechos. Según el Convenio N° 107 todas las poblaciones "indígenas" son "tribales", pero no todas las poblaciones "tribales" son "indígenas". Ambos grupos disfrutan por igual de derechos especiales. No se obtiene ninguna ventaja por el hecho de ser "indígena" en el sentido de haber sido víctima históricamente de la conquista o la colonización. Así pues, la fuente de los derechos no es (según este instrumento internacional de la OIT) la historia de un pueblo que ha sido conquistado, colonizado u oprimido, sino más bien su historia distinta como sociedad o nación.

23. Cabe señalar que el Convenio N° 107 fue ratificado no sólo por 14 Estados de América Latina y 2 de Europa occidental, sino también por 11 Estados de África y Asia.

E. Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas

24. En su monumental Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas (E/CN.4/Sub.2/1986/7 y Add.1 a 4), el Relator Especial de la Subcomisión, Sr. J. Martínez Cobo, ofreció un minucioso análisis preliminar del concepto de "indígena" que refleja los elementos fundamentales ya incorporados en el artículo 1 del Convenio N° 107:

"Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de la sociedad que ahora prevalecen en esos territorios o en parte de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales." ⁶

25. Esta definición combina el elemento de hecho distintivo, característico tanto de los pueblos "indígenas" como de los "tribuales" según el artículo 1 del Convenio N° 107 de la OIT, con el elemento de colonialismo, que en el Convenio N° 107 se utiliza para diferenciar "indígena" de "tribual".

26. El Relator Especial proponía tres elementos adicionales para el concepto de "indígena", aunque en unos términos que parece indicar que estos nuevos elementos no son ni necesarios ni suficientes para distinguir un grupo particular. Un elemento es la "no dominación en la actualidad", lo que implica que existe cierta forma de discriminación o marginación, y justifica la acción de la comunidad internacional. Sin embargo, esto significaría que un grupo deja de ser "indígena" si, como resultado de las medidas adoptadas para la plena realización de sus derechos, perdiese su calidad de no dominante.

27. El Relator Especial se refería también a la importancia de que el grupo mantuviese una relación con las tierras o territorios ancestrales, así como la importancia de asegurarse de que el carácter distintivo del grupo es voluntario, más que impuesto al grupo por el Estado. Estos dos aspectos se tuvieron en cuenta en el Convenio N° 107 revisado de la OIT.

F. El Convenio N° 169 de la OIT

28. El Convenio N° 107 de la OIT ha sido revisado y sustituido por el Convenio sobre pueblos indígenas y tribuales en países independientes de 1989 (N° 169) cuyo artículo 1 mantiene la distinción entre pueblos "indígenas" y "tribuales", si bien cambia la forma en que se definen estos términos ⁷. Se consideran "pueblos tribuales" los pueblos "cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial". Esta fórmula abarca el elemento de "hecho distintivo" tal como figura en el Convenio N° 107 de la OIT, pero elimina cualquier implicación de que los pueblos tribuales sean inferiores o menos "adelantados". Los "pueblos indígenas" se definen ahora en función de su carácter distintivo, así como del hecho de descender de los habitantes de su territorio "en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales" (el subrayado añadido). La adición de la frase subrayada tiene el efecto de reducir al mínimo cualquier diferencia lógica

entre los conceptos de "indígena" y "tribual", ya que ambos conceptos se definen ahora principalmente en función del grado en que el grupo en cuestión constituye una sociedad distinta.

29. La única diferencia concreta que se mantiene entre la definición de "indígena" y de "tribual" en el Convenio N° 169 de la OIT se refiere esencialmente al principio de la libre determinación. Un pueblo puede ser "tribual" por elección propia (es decir, por el hecho de conservar sus propias leyes y costumbres), o sin su consentimiento (como resultado de un estatuto jurídico especial impuesto por el Estado). Un pueblo sólo puede clasificarse como "indígena" si tal es su elección, perpetuando a tal efecto sus propias instituciones distintivas y su identidad.

30. Incluso esta distinción residual parece quedar invalidada por el párrafo 2 del artículo 1, que dispone que "la conciencia de su identidad indígena o tribual deberá considerarse un criterio fundamental" para determinar el estatuto de los grupos de que se trate ⁸. En otras palabras, el único criterio objetivo o extrínseco para determinar el carácter "indígena" o "tribual" de un grupo es el hecho distintivo. El criterio restante es subjetivo: la elección del grupo de ser y de continuar siendo distinto, lo que constituye la expresión de la conciencia de su identidad.

31. Además, el Convenio N° 169 de la OIT, al igual que el Convenio N° 107, reconoce los mismos derechos a los pueblos "indígenas" y "tribuales" lo que reduce aún más la utilidad de la distinción entre estas categorías de pueblos.

32. Cabe señalar con razón que, tras rondas de negociaciones exhaustivas sobre el problema de la definición, primeramente en 1957 y de nuevo en 1988-1989, la OIT no consiguió una mayor precisión semántica, sino que por el contrario lo único que consiguió fue refundir la definición de "indígena" y "tribual" en un solo criterio más amplio para determinar el carácter distintivo.

33. El proyecto de declaración interamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas, preparado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para su consideración por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, adopta el enfoque conceptual del Convenio N° 169 de la OIT, al definir los "pueblos indígenas" como los descendientes de los primeros habitantes del país ⁹. Sin embargo, resulta interesante observar que el proyecto de declaración interamericana parece indicar que el hecho distintivo cultural - el elemento central de la definición de "tribual" de la OIT- ofrece otra alternativa para determinar que un grupo es "indígena". Si este instrumento se adopta, combinará los elementos de "indígena" y "tribual" tal como se definen en los mencionados Convenios de la OIT en un concepto único, con dos posibles criterios de distinción.

34. El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) ha preparado proyectos de directrices para prestar apoyo a los pueblos indígenas ¹⁰. Los proyectos de directrices 4, 5 y 6 se refieren a la definición de pueblos indígenas. En estos proyectos de directrices se menciona, entre otras cosas, el

hecho de que, a pesar de ciertas características comunes a las poblaciones indígenas del mundo, no existe una sola definición aceptada de pueblos indígenas que capte su diversidad. Así pues, la "conciencia de su identidad" indígena o tribal se considera generalmente como el criterio fundamental para determinar si unos grupos son indígenas o tribales, a veces en combinación con otras variables, como el lenguaje oral y la ubicación o concentración geográfica. Estos proyectos de directrices adoptan la definición del Convenio N° 169 de la OIT.

G. El punto de vista de los pueblos indígenas

35. En diversas ocasiones los representantes indígenas han expresado ante el Grupo de Trabajo la opinión de que la definición del concepto de "pueblo indígena" no es necesaria ni deseable. Han destacado la importancia de la conciencia de la propia identidad como elemento esencial de toda definición que pueda elaborar el sistema de las Naciones Unidas. Además, los representantes indígenas han puesto de relieve algunos otros elementos, en particular durante el 13° período de sesiones del Grupo de Trabajo ¹¹. Por ejemplo, el Sr. M. Dodson, Comisionado de Justicia Social de los pueblos aborígenes e isleños del Estrecho de Torres, dijo que debía tenerse en cuenta la conciencia de la propia identidad del individuo y su aceptación como tal por el grupo. Primaba sobre todo el vínculo histórico y antiguo con la tierra y los territorios, que era de importancia crítica y fundamental. Algunos otros representantes indígenas se han referido a la definición práctica elaborada por el Sr. Martínez Cobo, Relator Especial ¹². Por ejemplo, el representante del Consejo Sami dijo que aun sin una definición, debería ser relativamente fácil determinar quiénes eran los beneficiarios (del proyecto de declaración) usando los criterios del informe Cobo, que es útil para determinar si una persona o una comunidad es indígena o no. A este respecto, ciertos factores como la continuidad histórica, la libre determinación y la composición del grupo eran criterios decisivos.

36. Según se ha indicado anteriormente, los grupos indígenas insisten en su derecho a definirse tanto en función de la "conciencia de la identidad" del individuo como persona indígena, como en función del derecho de la comunidad a definir a sus miembros. Este criterio "subjetivo" -que los pueblos indígenas son aquellos que se sienten indígenas y son aceptados como tales por los miembros del grupo- ha recibido amplio apoyo, aunque no está claro si sería suficiente a falta de otros criterios "objetivos", como la ascendencia ¹³. El Comité de Derechos Humanos, al abordar esta cuestión, en especial en relación con el caso de Sandra Lovelace, determinó que la denegación del derecho de una mujer india a residir en la reserva Tobique del el Canadá, por haberse casado con una persona que no era de origen indio, constituía una violación de su derecho, "en común con los demás miembros de su grupo", a gozar de su propia cultura, garantizado por el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Comité de Derechos Humanos no abordó directamente la cuestión de si la Sra. Lovelace, autora de la comunicación, había perdido su condición de india. Sin embargo, decidió implícitamente que seguía formando parte de la comunidad de indios maliseet, de la que procedía. El caso de Sandra

Lovelace fue examinado tomando en consideración el hecho de que se había roto su matrimonio con una persona que no era de origen indio. No había pruebas de que el grupo indio mencionado se opusiera a que ella residiera en la reserva ¹⁴.

37. Algunos indígenas también han invocado el artículo 27 del Pacto. A este respecto, cabe mencionar, por ejemplo, que en 1980 una delegación aborígen se dirigió a la Subcomisión para denunciar que el Gobierno de Australia no cumplía su obligación de proteger un lugar sagrado en tierras aborígenes arrendadas en Noonkanbah, ante la insistencia del Gobierno de Australia occidental de permitir la perforación de pozos de exploración petrolera ¹⁵. En otro caso relativo a los indios canadienses (comunicación N° 167/1984, Bernard Ominayak, Jefe de la Agrupación del Lago Lubicon c. el Canadá) se plantearon en el Comité de Derechos Humanos cuestiones relacionadas con el artículo 27 del Pacto respecto de los derechos tradicionales de pesca y caza, así como cuestiones relativas a la libre determinación conforme al artículo 1 del Pacto. Al considerar este caso, el Comité determinó que se había violado el artículo 27. Reconoció que "los derechos protegidos por el artículo 27 incluyen el derecho de las personas a emprender, en forma mancomunada, actividades económicas y sociales que forman parte de la cultura de la comunidad a la que pertenecen" ¹⁶.

38. Debe mencionarse también que algunos representantes de pueblos indígenas de Asia manifestaron que, habida cuenta de la creación del nuevo grupo de trabajo de la Comisión, se necesitaba con urgencia una definición oficial para que los gobiernos no pudieran negar la existencia de pueblos indígenas en sus países ¹⁷.

H. Opiniones expresadas por los gobiernos

39. Los representantes de los Gobiernos observadores de Bangladesh y la India subrayaron la necesidad de definir claramente "pueblo indígena" para centrar efectivamente la atención en los auténticos pueblos indígenas del mundo. El representante del Gobierno observador de Bangladesh dijo, en particular, que un procedimiento basado en la conciencia de la propia identidad podría ser contraproducente y que podría perjudicar enormemente a los verdaderos pueblos indígenas si se permitía que las aspiraciones de los pueblos indígenas se confundiesen con las aspiraciones de otros grupos subnacionales y tribales que también constituían minorías en sus respectivos países.

I. Opiniones expresadas por miembros del Grupo de Trabajo

40. El Sr. R. Hatano, miembro del Grupo de Trabajo, en una de sus declaraciones ante la Subcomisión en relación con el tema concreto del proyecto de declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, expresó las siguientes opiniones acerca de la definición del concepto de "pueblos indígenas": "... aunque ese texto [la declaración] no es un instrumento jurídico con fuerza obligatoria, en él se enuncian los derechos de los indígenas y los deberes del Estado con respecto a esas poblaciones. Ahora bien, en ningún párrafo de la declaración se define la expresión clave "población indígena..." cree entender que las organizaciones indígenas no desean que esos términos se definan porque temen que algunos indígenas no queden incluidos en el ámbito de esa definición. Ahora bien, esas organizaciones han afirmado en repetidas ocasiones que en el mundo

hay unos 300 millones de indígenas. ¿Cómo han llegado a esa cifra sin aplicar un criterio o una definición que les permita distinguir a los indígenas de los no indígenas?" ¹⁸.

41. El Sr. J. Bengoa, miembro suplente del Grupo de Trabajo, dijo que, en relación con la elaboración de un concepto de pueblos indígenas, el debate presentaba claramente dos aspectos: un aspecto teórico y otro político. Además, el uso de las palabras "poblaciones" y "pueblos" planteaba un difícil problema lingüístico. En el proyecto de declaración aprobado por la Subcomisión se utilizaban ambos términos sin hacer una clara distinción entre ellos. Una definición del concepto de "pueblos indígenas" podría ser un paso importante hacia el reconocimiento de los pueblos indígenas y de sus derechos, y podría prestarse muy bien para hacer la importantísima distinción entre grupos indígenas y minorías. A ese respecto, subrayó la diferencia entre la definición de pueblos y el establecimiento de procedimientos para el ejercicio del derecho de autoidentificación. Los procedimientos para el ejercicio del derecho de autoidentificación tenían que revestir las características siguientes: en primer lugar, tenían que ser operacionales, para promover los objetivos internacionales y en particular facilitar una comprensión de las múltiples culturas diferentes; en segundo lugar, tenían que ser funcionales, para permitir la participación de los pueblos indígenas; y en tercer lugar, tenían que ser flexibles, para poder responder a nuevas situaciones en el dinámico proceso de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. Hizo hincapié en que el principio de la autoidentificación era inalienable y tenía que ser parte de la definición. El hecho de ser el primer pueblo y de tener un intenso vínculo con la tierra también constituían elementos importantes de una posible definición. Destacó el peligro inherente que podía presentar el requisito de la continuidad histórica, ya que muchos pueblos indígenas habían sido expulsados por la fuerza de sus tierras y vivían ahora en zonas urbanas, aunque conservaban su identidad indígena. Había que analizar más a fondo el hecho de haber estado sometidos a la colonización, pues parecía reflejar principalmente la situación de los grupos indígenas de América. El elemento de la cultura distinta, reconocido en todas las definiciones existentes, no debía constituir una característica decisiva, a fin de permitir un enfoque más dinámico, que tuviese en cuenta los procesos de transformación de las sociedades indígenas. Además, la característica del no predominio era una realidad empírica pero no necesariamente una característica esencial ¹⁹.

II. ANALISIS LEGAL CRITICO

A. Comparación con los "territorios no autónomos"

42. Se recordará que en su resolución 1541 (XV), la Asamblea General definió "los territorios no autónomos" en función de tres factores: la distinción cultural, la separación geográfica y la subordinación de hecho. El concepto evolutivo de "indígena" coincide parcialmente con la definición oficial de "territorios no autónomos" en cuanto al primer factor (distinción). Hemos visto

que la subordinación, pese a ser un elemento posible de una definición, como lo sugería en su estudio el Sr. Martínez Cobo, no se incluía en la definición adoptada en los convenios pertinentes de la OIT, aunque la marginación y la opresión son sin duda experiencias compartidas por la mayoría de los pueblos indígenas. Además, no parece lógico que la presencia o ausencia de opresión sea un factor que distinga a los pueblos indígenas de otros que han pasado por la experiencia del denominado colonialismo clásico.

43. El tercer factor, la separación geográfica, también merece una revisión crítica. El Sr. Martínez Cobo, Relator Especial, reconocía que tendía a caracterizarse a los pueblos indígenas por los vínculos especiales que mantenían con sus "territorios ancestrales". Aunque en la definición de "indígena" del Convenio N° 169 de la OIT no se incluye ningún factor geográfico, en el artículo 13 se afirma, sin embargo, la "importancia especial" que reviste la relación permanente entre los pueblos indígenas y sus territorios ancestrales para la continuación de sus "culturas y valores espirituales". En otras palabras, la distinción cultural de los pueblos indígenas, elemento central del concepto de "indígena" en el derecho internacional contemporáneo, es inseparable de "territorio".

44. La inseparabilidad del hecho distintivo cultural y el territorio del concepto de "indígena" fue señalada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo en el párrafo 26.1 del Programa 21, aprobado por consenso por los Estados Miembros:

"Las poblaciones indígenas y sus comunidades han establecido una relación histórica con sus tierras y suelen ser, en general, descendientes de los habitantes originales de esas tierras." ²⁰

45. La importancia fundamental de los sistemas de tenencia de tierras y del conocimiento ecológico para las culturas de los pueblos indígenas volvió a reafirmarse por consenso en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, celebrada en El Cairo en 1994 ²¹.

46. En el Manual de Operaciones del Banco Mundial también se señala "un estrecho vínculo con los territorios ancestrales y los recursos naturales de esas zonas" como uno de los cinco factores que, en mayor o menor grado, tienden a caracterizar a los "pueblos indígenas" ²².

B. Comparaciones con las "minorías"

47. Tal vez sea necesario reconocer el significado de "territorio" para abordar otro importante problema de índole lógica y conceptual: distinguir a los "pueblos indígenas" de las "minorías". Debe establecerse una rigurosa distinción entre "derechos de los indígenas" y "derechos de las minorías". Los pueblos indígenas son en efecto pueblos, y no minorías o grupos étnicos ²³.

48. El Tribunal Permanente de Justicia Internacional (TPJI) no definió el concepto de "minoría"; más bien trató de aclarar el significado del concepto de "comunidad" en el caso de las comunidades grecobúlgaras, en los siguientes términos:

"... un grupo de personas que viven en un país o localidad determinados, de raza, religión, idioma y tradiciones propios, unidos por esa identidad de raza, religión, idioma y tradiciones en un sentimiento de solidaridad, con miras a preservar sus tradiciones, mantener su forma de culto, asegurar la instrucción y la crianza de sus hijos de conformidad con el espíritu y la tradición de su raza, asistiéndose unos a otros." ²⁴

49. Esta fórmula contiene cuatro elementos principales: a) la distinción biológica; b) la distinción cultural (religión, idioma, tradiciones); c) la elección o el deseo de permanecer distintos (posiblemente implícita en la perpetuación de la distinción cultural del grupo); y d) la cohesión social (que puede inferirse del hecho de que el grupo busque el reconocimiento de sus derechos colectivos). Desde luego, el factor racial ya no es admisible como criterio jurídico o científico.

50. En consecuencia, el significado del concepto de "minoría" conforme al Tribunal Permanente de Justicia Internacional puede reducirse al mismo concepto común a todas las tentativas recientes para definir "indígena", es decir, una distinción que el propio pueblo interesado desea perpetuar.

51. En su importante Estudio sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, el Sr. F. Capotorti, Relator Especial de la Subcomisión, afirma que el tamaño y el poder de un grupo son elementos importantes que deben tenerse en cuenta al determinar si debe ser objeto de protección internacional especial. Razona que una "minoría" desde el punto de vista sociológico no es necesariamente lo mismo que una "minoría" en el contexto de la legislación internacional sobre derechos humanos. Desde su perspectiva, propone la siguiente definición:

"Un grupo numéricamente inferior al resto de la población de un Estado, en situación no dominante, cuyos miembros, súbditos del Estado, poseen desde el punto de vista étnico, religioso o lingüístico unas características que difieren de las del resto de la población y manifiestan incluso de un modo implícito un sentimiento de solidaridad al objeto de conservar su cultura, sus tradiciones, su religión o su idioma." ²⁵

52. Conforme a esta definición, para ser reconocido como "minoría" un grupo no sólo debe carecer de poder político, sino también de la fuerza numérica para alcanzar alguna vez el poder por medios democráticos. En consecuencia, no podría calificarse de "minoría" a un grupo opresor que represente una minoría numérica de la población nacional, pero en ese caso, el Estado interesado no tendría derecho a invocar la unidad nacional y la integridad territorial contra movimientos legítimos de liberación nacional.

53. A solicitud de la Subcomisión, el Sr. J. Deschênes hizo un gran esfuerzo por mejorar la definición de "minoría", pero llegó esencialmente a las mismas conclusiones que el Sr. Capotorti. Sin embargo, sugirió una mejora que merece nuestra atención. Consistía en dar más peso al elemento de la elección, puesto que aparentemente no hay necesidad de preocuparse de los grupos que no desean ser protegidos, o que no desean mantener su identidad distintiva ²⁶.

54. En un estudio más reciente, el Sr. A. Eide, Relator Especial de la Subcomisión, también se inspiró en la definición propuesta por el Sr. Capotorti, aunque concluyó que el tamaño del grupo y su distinción bastaban para determinar su carácter de minoría, abandonando así el elemento de la no subordinación ²⁷.

55. En su primer período de sesiones, celebrado en 1995, el nuevo Grupo de Trabajo de la Subcomisión sobre las Minorías, consideró la posibilidad de elaborar una definición más precisa de "minoría", pero el debate no hizo más que poner de relieve la inutilidad de tal esfuerzo, y el Grupo de Trabajo procedió a examinar medios prácticos para proteger a las minorías sin convenir en una definición ²⁸.

56. En el segundo período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre las Minorías, el Sr. S. Chernichenko, miembro del Grupo, presentó un documento de trabajo sobre la definición de las minorías (E/CN.4/Sub.2/AC.5/1996/WP.1 y Corr.1), en el que proponía una nueva definición de las minorías. A este respecto, subrayó, entre otras cosas, que su definición no se hacía extensiva a los pueblos indígenas y que no entraba en el cometido del Grupo de Trabajo elaborar una definición de los pueblos indígenas (párr. 7).

57. El Comité de Derechos Humanos observa en su Comentario general N° 23 (50) al artículo 27 que "la cultura se manifiesta de muchas formas, inclusive un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres, especialmente en el caso de los pueblos indígenas. Ese derecho puede incluir actividades tradicionales tales como la pesca o la caza y el derecho a vivir en reservas protegidas por la ley" ²⁹. En todo caso, la "definición práctica" incluida en el estudio de Capotorti no ayuda a distinguir entre los conceptos de "indígena" y "minoría" por cuanto la mayoría de los grupos que se consideran pueblos indígenas podrían responder a la misma definición.

58. En consecuencia, la tarea de aclarar el concepto de "indígena" se complica porque las Naciones Unidas no han elaborado previamente definiciones razonablemente precisas de "pueblos" o "minorías" ³⁰.

59. Puesto que estos tres conceptos de "indígenas", "pueblos" y "minorías" están lógicamente y legalmente vinculados, habría que refinarlos todos ellos simultáneamente, no sea que los esfuerzos por aclarar el concepto de "indígena" agudicen la incertidumbre actual sobre el significado de los otros conceptos afines.

C. La búsqueda de factores específicos al concepto de "indígena"

60. Con todo, es posible determinar cuando menos dos factores que nunca se han vinculado con el concepto de "minorías": la prioridad en el tiempo y la relación con un determinado territorio. Sin embargo, estos factores no ayudan a distinguir entre el concepto de "indígena" y el concepto de "pueblos", puesto que también se identifica normalmente el concepto de "pueblos" con determinado territorio sobre el que reivindican precedencia histórica. En otras palabras, es posible encontrar puntos de diferenciación entre "indígenas" y "minorías", pero no entre "indígenas" y "pueblos", sobre la base de los esfuerzos de las organizaciones internacionales por definir estos términos en el presente siglo.

61. El momento es oportuno para revisar el debate que sostuvieron a este respecto los participantes en la primera reunión del grupo de trabajo de la Comisión de Derechos Humanos creada en virtud de la resolución 1995/32. Varias delegaciones de Estados miembros opinaron que era esencial adoptar una definición del concepto de "indígena" antes de negociar las disposiciones de fondo de una declaración sobre los derechos de estos pueblos. Aún más, algunas delegaciones arguyeron que el concepto de "indígena" era aplicable sólo a situaciones en que los habitantes originales del territorio estaban sometidos y físicamente desposeídos por colonos venidos de ultramar, que habían traído consigo culturas y valores ajenos, y en que estos colonos, y no los habitantes originales, eran los auténticos beneficiarios de la descolonización y de la condición de Estado independiente. Las mismas delegaciones sostuvieron que en gran parte estas circunstancias se habían limitado históricamente a América y Oceanía.

62. Por lo demás, al aprobar el informe, el Grupo de Trabajo aclaró que era "exclusivamente un acta de los debates y no supone la aceptación del empleo de ninguna de las expresiones "pueblos indígenas" o "poblaciones indígenas". En él se utilizan ambas sin perjuicio de las posiciones de delegaciones particulares, dado que aún subsisten diferencias de enfoque" (E/CN.4/1996/84, párr. 3).

63. La conveniencia y la viabilidad de adoptar una definición del concepto de "indígena" puede apreciarse debidamente en el marco conceptual propuesto por las delegaciones interesadas. La definición sugerida difiere sólo en un aspecto concreto del modelo conceptual presentado en el estudio del Sr. Martínez Cobo o en los dos convenios pertinentes de la OIT: la conquista, la colonización, el sometimiento o la discriminación deben ser obra de personas de otras regiones del mundo, más que de vecinos. En opinión de la Presidenta-Relatora, esto equivale a hacer una distinción injustificada entre la agresión a larga distancia y la agresión a corta distancia, y, lógicamente, es imposible establecer una distancia límite. Además, supone que las diferencias culturales que existen entre los pueblos están en función lineal directa de la distancia, de modo que una mera cercanía crea una presunción de valores compartidos. La información facilitada anualmente al Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas invalida esa hipótesis.

64. Un denominador común de los argumentos de muchas delegaciones de gobiernos observadores es la crítica conceptual del uso de la expresión "indígena" para distinguir entre grupos que han sido vecinos durante milenios. En la medida en que los términos inglés y español actualmente de uso oficial en el sistema de las Naciones Unidas entrañan una distinción entre las personas originarias de un país y los inmigrantes o colonos, puede comprenderse la inquietud de muchos gobiernos africanos y asiáticos. Evidentemente, la mayoría de las personas que controlan el Estado contemporáneo son en general tan nativas del territorio del país como los grupos calificados de "indígenas" o "tribuales". Sin embargo, debe señalarse que esta dificultad conceptual desaparece si pensamos en los pueblos "indígenas" como grupos nativos de sus propios territorios ancestrales específicos, dentro de los confines de determinado Estado, y no como personas nativas en general de la región en que se sitúa ese Estado.

65. El propósito del presente documento no es minimizar las inquietudes expresadas por algunos gobiernos, sino demostrar que no es posible atender efectivamente sus preocupaciones formulando una definición. El resultado de esa formulación sería una definición carente de toda credibilidad científica o lógica, debilitando así (a su vez) la credibilidad y la utilidad de la declaración de principios correspondiente.

III. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

66. Resulta alentador el hecho de que los gobiernos de la región latinoamericana hayan expresado confianza en lo que ellos entienden como "indígena" en su propio contexto regional, haciendo prácticamente innecesaria la definición negociada y explícita de ese concepto. La Presidenta-Relatora es consciente de que incluso en América no han faltado las controversias sobre la condición de "indígena" de determinados grupos. Por ejemplo, en los Estados Unidos más de 100 grupos aún luchan por que se les reconozca su condición de "tribus indias", con arreglo a una ley de 1978 en que se determinan siete criterios históricos y sociológicos que deben satisfacer los candidatos con pruebas científicas ³¹.

67. Así, en la práctica, sería temerario desconocer las dimensiones regional y nacional del concepto de "indígena". Para ello serían sumamente útiles la investigación y las consultas regionales y, en el futuro, deberán reconocerse las diferencias en la práctica siempre que sean compatibles en general con la opinión de los expertos regionales e internacionales. Cuando surjan controversias, éstas deberán abordarse de la misma manera que otras controversias sobre cuestiones de hecho y de derecho en la esfera de los derechos humanos, es decir, mediante un diálogo constructivo entre los órganos especializados y los representantes de los pueblos indígenas y de los gobiernos.

68. En sus períodos de sesiones segundo y tercero el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas discutió a fondo la definición del concepto de "indígena", tomando como punto de partida el trabajo del Relator Especial ³². No se llegó a ningún consenso, pero los indígenas que participaron en esos debates subrayaron

la necesidad de proceder con flexibilidad y de que se respetase el deseo y el derecho de cada pueblo indígena a autodefinirse. Desde entonces el Grupo de Trabajo ha adoptado de hecho un enfoque flexible para determinar las condiciones de participación en sus períodos de sesiones anuales, confiando a las propias organizaciones de pueblos indígenas la tarea de señalar a la atención cualquier reivindicación injustificada del derecho a participar en calidad de pueblos "indígenas". En general, este enfoque ha tenido éxito, y demuestra que la evolución gradual del concepto de "indígena" en la práctica, y en cooperación con los propios pueblos indígenas, es un método lo suficientemente práctico y eficaz para apreciar las reivindicaciones de grupos cuya situación legal pueda impugnarse.

69. En resumen, entre los factores que las organizaciones internacionales y los juristas contemporáneos (incluidos los juristas indígenas y miembros de los círculos académicos) han considerado pertinentes para la comprensión del concepto de "indígena" figuran los siguientes:

- a) la prioridad en el tiempo por la que respecta a la ocupación y el uso de determinado territorio;
- b) la perpetuación voluntaria de la distinción cultural, que puede incluir los aspectos del idioma, la organización social, la religión y los valores espirituales, los modos de producción, las leyes e instituciones;
- c) la conciencia de la propia identidad, así como su reconocimiento por otros grupos, o por las autoridades estatales, como una colectividad distinta; y
- d) una experiencia de sometimiento, marginación, desposeimiento, exclusión o discriminación, independientemente de que estas condiciones persistan o no.

70. Los factores señalados no constituyen ni pueden constituir una definición exhaustiva. Más bien, representan factores que pueden encontrarse, en mayor o menor grado, en diferentes regiones y en diferentes contextos nacionales y locales. Así, pueden servir de orientación general para la adopción de decisiones razonables en la práctica.

71. El sistema de las Naciones Unidas debe tener en cuenta la conclusión de los directores del Banco Mundial de que "no existe una definición única que abarque toda la diversidad" de los pueblos indígenas del mundo ³³. También sería útil tener en cuenta las palabras del Sr. Capotorti, Relator Especial, que advirtió que si bien sería de interés filosófico llegar a una definición universal precisa, ello era prácticamente imposible en las circunstancias mundiales actuales, y que en todo caso no contribuiría perceptiblemente a los aspectos prácticos de la defensa de esos grupos contra el abuso ³⁴.

72. Al presentar el presente análisis, la Presidenta-Relatora desea destacar que no encuentra ninguna razón satisfactoria para distinguir entre pueblos "indígenas" y "tribuales" en la práctica o en los precedentes de las Naciones Unidas. Tampoco está convencida de que exista ninguna distinción entre pueblos "indígenas" y "pueblos" en general, si no es el hecho de que los grupos habitualmente considerados como "indígenas" no han podido ejercer el derecho a la libre determinación mediante la participación en la construcción de una nación-Estado contemporánea.

73. La Presidenta-Relatora se ve obligada a concluir que las incoherencias o imprecisiones en las tentativas anteriores de aclarar el concepto de "indígena" no podían atribuirse a una falta de análisis científico o legal adecuado, sino a los esfuerzos de algunos gobiernos por limitar su alcance, y de otros gobiernos por levantar una elevada muralla conceptual entre "indígenas" y "pueblos" y/o "territorios no autónomos". Nadie ha conseguido formular una definición de "indígena" que sea precisa e intrínsecamente válida como cuestión filosófica, y que satisfaga el requisito de limitar su aplicación regional y sus consecuencias jurídicas. De hecho, toda tentativa anterior de formular una definición clara y restrictiva a la vez ha dado lugar a una mayor ambigüedad.

74. La única solución inmediata, sobre la base de la experiencia del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, es una solución de procedimiento: hay que garantizar que la aplicación en su día de una declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas se confíe a un órgano imparcial y abierto a las opiniones de los pueblos indígenas y de los gobiernos, a fin de que haya margen para una evolución razonable y la especificidad regional del concepto de "indígena" en la práctica.

-
1. Documento E/CN.4/Sub.2/1995/24, párr. 162.
 2. Véase el documento E/CN.4/1996/84.
 3. La creación del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas fue recomendada por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías en su resolución 2 (XXXIV) de 8 de septiembre de 1981, apoyada por la Comisión de Derechos Humanos en su resolución 1982/19 de 10 de marzo de 1982, y autorizada por el Consejo Económico y Social en su resolución 1982/34 de 7 de mayo de 1982.
 4. Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, anexo.
 5. Véase A/2361 (1952).
 6. Documento E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.86.XIV.3, párr. 379.

7. Con respecto a la definición utilizada en el Convenio N° 169 de la OIT, véase I. Brownlie, "Treaties and Indigenous Peoples", The Robb Lectures, F. M. Brookfield, (ed.), Clarendon Press, Oxford, 1992, págs. 60 a 67. Para un análisis de las disposiciones de este Convenio, véase R. L. Barsh, "An Advocate's Guide to the Convention on Indigenous and Tribal Peoples", 15 Oklahoma University Law Review 209 (1990), L. Swepston, "A New Step in the International Law on Indigenous and Tribal Peoples: ILO Convention N° 169 of 1989", 15 Oklahoma University Law Review 677 (1990) y S. J. Anaya, "Indigenous Rights Norms in Contemporary International Law", Arizona Journal of International and Comparative Law, vol. 8, N° 2, otoño de 1991, págs. 6 a 15.

8. Formulado en estos términos, el párrafo 2 del artículo 1 del Convenio N° 169 de la OIT supone que la "conciencia de su identidad" debe ser un factor de gran peso, aunque no sea suficiente en sí mismo.

9. OEA/Ser/L/V/II.90, documento 9 Rev.1 (21 de septiembre de 1995).

10. Guidelines for Support to Indigenous Peoples, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, proyecto V, enero de 1995; este proyecto de directrices debe ser aprobado por la Junta Ejecutiva del PNUD.

11. Véase E/CN.4/Sub.2/1995/24, párrs. 41 a 51.

12. *Ibid.*, párrs. 29 a 32.

13. Véase H. Hannum, "New Developments in Indigenous Rights", Virginia Journal of International Law, vol. 28, N° 3, primavera de 1988, pág. 663.

14. Comunicación N° R.6/24, Sandra Lovelace c. el Canadá, en Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo sexto período de sesiones, Suplemento N° 40 (A/36/40), anexo XVIII. Para un análisis amplio del dictamen correspondiente del Comité de Derechos Humanos, véase G. Alfredsson y A. de Zayas, "Minority Rights: Protection by the United Nations", Human Rights Law Journal, 26 de febrero de 1993, vol. 14, Nos. 1 y 2, págs. 5 y 6.

15. H. McRae, G. Nettheim y L. Beacroft, Aboriginal Legal Issues, The Law Book Company Limited, Sydney, 1991, pág. 320.

16. *Ibid.*, cuadragésimo quinto período de sesiones, Suplemento N° 40 (A/45/40), vol. II, anexo IX, párr. 32.2.

17. E/CN.4/Sub.2/1995/24, párr. 41.

18. E/CN.4/Sub.2/1992/SR.31/Add.1, párr. 36.

19. Véase E/CN.4/Sub.2/1995/24, párrs. 45 a 51.

20. Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Río de Janeiro, 3 a 14 de junio de 1992), vol. I, resolución 1, anexo II. Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.93.I.8.

21. A/CONF.171/13, párr. 6.27.

22. Directiva operacional 4.20, párrafo 5 a), septiembre de 1991. Otros factores mencionados son la conciencia de la propia identidad, un idioma distinto, instituciones sociales y políticas consuetudinarias, y una economía de subsistencia.

23. E.-I. A. Daes, "On the Relations Between Indigenous Peoples and States", Without Prejudice, vol. III, pág. 44.

24. Véase Greco-Bulgarian Communities (Advisory Opinion) (Comunidades grecobúlgaras (opinión consultiva)), TPJI, serie B, N° 17, pág. 21 (31 de julio de 1930). A este respecto, véase también P. Thornberry, "The UN Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities: Background, Analysis, Observations, and an Update", Universal Minority Rights, A. Phillips y A. Rosas (eds.), Abo Akademi University Institute for Human Rights, 1995, págs. 16 y 17.

25. F. Capotorti, Estudio sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.91.XIV.2, Ginebra, 1991, párr. 568.

26. E/CN.4/Sub.2/1985/31, párrs. 74 y 181.

27. E/CN.4/Sub.2/1993/34, párr. 29.

28. E/CN.4/Sub.2/1996/2, párrs. 76 a 90.

29. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5. Véase en especial el párrafo 7.

30. Para un análisis del significado de los conceptos de "indígena", "pueblos" y "minorías", véase M. N. Shaw, "The Definition of Minorities in International Law", Israel Yearbook on Human Rights, vol. 20 (1991), págs. 13 a 43; E.-I. A. Daes, "Some Considerations on the Right of Indigenous Peoples to Self-Determination", Transnational Legal and Contemporary Problems, vol. 3 (1993), págs. 2 a 11; Daes, "Dilemmas Posed by the UN Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples", Nordic Journal of International Law, 63:205-212 (1994); Daes, "The United Nations Declaration on Minority Rights: Necessary, Urgent and Overdue", International Geneva Yearbook, vol. IX (1995), especialmente las páginas 91 y 92; R. L. Barsh, "Indigenous Peoples in the 1990s: From Object to Subject of International Law?", Harvard Human Rights Journal, vol. 7, primavera de 1994, especialmente las páginas 36 a 41 y 78 a 82; D. Sanders, "Indigenous Peoples at the United Nations" (en los archivos del autor), septiembre de 1995, págs. 1 a 17; G. Alfredsson, "Group Rights, Preferential Treatment and the Rule of Law", documento de debate para consultas sobre los derechos de los grupos en la Universidad de Cambridge, Law and Society Trust, Colombo, agosto de 1995, pág. 21.

31. Véase W. C. Canby, Jr., American Indian Law (segunda edición), St. Paul, Minnesota, West Publishing Co., 1988, págs. 5 a 8.

32. E/CN.4/Sub.2/1983/22, párrs. 109 a 119; E/CN.4/Sub.2/1984/20, párrs. 99 a 110.

33. World Bank Operational Manual, op. cit., Directiva Operacional 4.20 (1991).

34. Capotorti, op. cit., párrs. 561 y 562.



**Consejo Económico
y Social**

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2/Add.1
28 de junio de 1996

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISION DE DERECHOS HUMANOS
Subcomisión de Prevención de Discriminaciones
y Protección a las Minorías
Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas
14º período de sesiones
29 de julio a 2 de agosto de 1996
Tema 4 del programa provisional

ACTIVIDADES NORMATIVAS: EVOLUCION DE LAS NORMAS RELATIVAS
A LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS:
EL CONCEPTO DE "PUEBLOS INDIGENAS"

Información recibida de las organizaciones de pueblos indígenas

Adición

COMISION PARA ABORIGENES E ISLEÑOS DEL ESTRECHO DE TORRES

[Original: inglés]
[11 de junio de 1996]

¿Una definición de "pueblos indígenas"?

Introducción

1. La Comisión para Aborígenes e Isleños del Estrecho de Torres, organización indígena reconocida con carácter consultivo por el Consejo Económico y Social, considera que algunas cuestiones de definición, en particular las relativas al sentido de "pueblos indígenas", en el proyecto de declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas y el foro permanente para los pueblos indígenas que se ha propuesto, son cuestiones que deben ser determinadas por los propios pueblos indígenas del mundo.

¿Existe la necesidad de contar con una definición de "pueblos indígenas"?

2. Formular una definición inequívoca de "pueblos indígenas" como condición previa para adelantar los trabajos del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas acerca del proyecto de declaración es innecesario. El hecho de que ahora no se cuente con una definición precisa tampoco debe ser un obstáculo para la creación y el establecimiento de un foro permanente. Como se indicó en el primer período de sesiones del Grupo de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos, celebrado en Ginebra en noviembre/diciembre de 1995, así como en otros órganos:

- muchas veces no se definen los conceptos centrales de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos; por lo general las Naciones Unidas se abstienen de ofrecer definiciones precisas, que pueden limitar la flexibilidad de los gobiernos y los pueblos que aplican los instrumentos pertinentes a sus propias condiciones nacionales;
- en la labor de las Naciones Unidas sobre las minorías no se llegó a una definición de "minorías", aunque en la resolución 1984/62 de la Comisión de Derechos Humanos se solicitó una definición;
- en otros instrumentos, como en la Declaración de Río -Programa 21-, se hace referencia a la participación de los pueblos indígenas en cuestiones relativas al medio ambiente, sin definir a esos pueblos.

3. Si se determinan rápidamente los elementos de la definición, se puede excluir a grupos importantes del disfrute de derechos que pueden estar aceptados en el proyecto de declaración. Evidentemente, no se debe proceder a una determinación precipitada sobre el sentido de "pueblos indígenas" en una definición abstracta.

4. Para sustentar la función, la legitimidad y el mandato del constante desarrollo del proyecto de declaración del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas y para establecer un foro permanente que se ocupe de los intereses de todos los pueblos indígenas del mundo, basta que existan pueblos que son reconocidos de manera inequívoca como indígenas. Algunos son reconocidos como tales por sus propios Estados soberanos, y asisten a los foros de las Naciones Unidas como representantes indígenas, ya sea en el marco de las delegaciones del Estado o como organizaciones no gubernamentales indígenas. Las Naciones Unidas invitan a otros a que asistan a las reuniones como partes indígenas. En las resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos se reconoce claramente su existencia, sin recurrir a una definición, y se acepta la legitimidad de su constante participación en sus trabajos.

Reconocimiento de los "pueblos indígenas"

5. Hasta ahora el reconocimiento de la condición jurídica de un "pueblo indígena" ha ocurrido en dos fases:

- la autoidentificación;

- el reconocimiento por una identidad o institución soberana internacional.

6. Varios Estados han utilizado definiciones nacionales de los grupos indígenas, refiriéndose a ellos por sus propios nombres distintivos o tribales. La identificación también se ha producido en el derecho internacional cuando los Estados soberanos han concertado con dichos grupos tratados de establecimiento, reconociéndolos muchas veces como "naciones independientes", como ha ocurrido en los Estados Unidos de América y en el Canadá, o bien tratados al terminar las guerras o relativos al mantenimiento de fronteras. Como los tribunales nacionales y las instituciones internacionales han aceptado estas disposiciones, se reconoce en general la identidad indígena.

Definiciones nacionales de Australia

7. "Aborígen" es un término técnico aplicado a las poblaciones indígenas de Australia, y de otros países, que significa "desde el comienzo". En efecto, se reconoce a esos pueblos como los "primeros pueblos" de una determinada región o lugar. El término "autóctono" significa también "pueblo originario de la tierra" y en algunos artículos del proyecto de declaración se intenta dar contenido y vitalidad a estos conceptos.

8. Australia no se ha comprometido en forma definitiva con ninguna definición concluyente de "pueblos indígenas" en su derecho interno o en el derecho internacional. La legislación interna emplea sobre todo fórmulas pragmáticas amplias orientadas a otorgar, en vez de limitar, derechos y facultades individuales. De las dos definiciones alternativas la más interesante, proveniente del Tribunal Superior de Australia, se encuentra en el caso del Commonwealth de Australia y Anor c. Estado de Tasmania (1983) 46 ALR 625, 817. Dice lo siguiente:

"Por "australiano aborígen" me refiero... a una persona de ascendencia aborígen, aunque sea mestiza, que se identifica a sí misma como tal y que es reconocida por la comunidad aborígen como un aborígen." (Deane J.)

9. Estos criterios, que permiten a los pueblos indígenas fijar las normas de autoidentificación y reconocimiento de las personas que son indígenas, reflejan la práctica constante de muchas jurisdicciones soberanas y son conformes a los principios de derecho internacional. También figuran en la definición de José R. Martínez Cobo (1983).

El problema de una definición internacional de gran alcance

10. Al estudiar los sentidos que tienen en derecho internacional la expresión "pueblos indígenas", deben examinarse ambas palabras, es decir los indicios que distinguen a los "pueblos", así como un sentido jurídico de "indígena". Existen amplias definiciones de trabajo sobre ambas cuestiones. En el informe final de la reunión internacional de expertos destinada a profundizar en la reflexión sobre el concepto de derechos de los pueblos (UNESCO: SNS-89/CONF.602/7) 1990, se ofreció una definición de trabajo provisional de:

"Un pueblo a los efectos de los derechos del pueblo en derecho

internacional, inclusive el derecho a la libre determinación."

11. El Grupo de Trabajo ha utilizado, y debe seguir utilizando, la definición de "pueblos indígenas" redactada por Martínez Cobo. Tanto en la fórmula de Martínez Cobo como en la que figura en el Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la OIT se reconocen tanto la autoidentificación como el autorreconocimiento en tanto que aspectos esenciales de la definición de pueblos indígenas. Ambos modelos son útiles, y, si bien en el párrafo 3 del artículo 1 del Convenio N° 169 de la OIT se hace la siguiente advertencia: "La utilización del término "pueblos" en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional", esta advertencia puede no utilizarse, entre otras cosas, en una definición de trabajo. De la historia de la redacción del Convenio N° 169 de la OIT se deduce también claramente que la advertencia no formaba parte de la versión original, sino que se trataba de una enmienda ulterior encaminada a que el Convenio resultase universalmente más aceptable.

Uso constante de la palabra "pueblos"

12. No debe haber ninguna objeción razonable al uso de la expresión "pueblos", ya sea en el proyecto de declaración o en el foro permanente. La palabra "pueblos", conjuntamente con "indígenas", figura ya en un instrumento internacional, el Convenio N° 169 de la OIT. Estas palabras pueden leerse conjuntamente como que comprenden a los pueblos que son tanto tribales como indígenas, o por separado, como una convención que se refiere a los "pueblos tribales" y a los "pueblos indígenas". La advertencia que figura en el párrafo 3 del artículo 1 indica claramente que se hace referencia a la segunda interpretación, pues de otra manera no tendría sentido haberla insertado. Como en el artículo 3 del proyecto de declaración se estipula la libre determinación de los pueblos indígenas, no puede objetarse que el uso de la palabra "pueblos" en el título de la declaración intensifique ese enunciado.

Elementos en la definición de "pueblos indígenas"

13. En toda definición se deben reconocer los elementos siguientes:

- el derecho de los pueblos indígenas a identificarse a sí mismos como tales;
- el sentido implícito en las expresiones "indígenas" y "pueblos aborígenes";
- los consiguientes derechos de primogenitura en tanto que "primeros pueblos";
- los derechos que esto implica en relación con la tierra, la libre determinación y la cultura;
- el derecho a aceptar a otras personas en grupos clasificados como indígenas o aborígenes; y

- el derecho a determinar en última instancia los indicios y la definición de "pueblos indígenas".

14. En resumen:

- históricamente, muchas veces no se han definido los conceptos centrales en los instrumentos en materia de derechos humanos;
- debe defenderse el derecho consuetudinario, sancionado por la práctica del Estado y el derecho internacional, de los pueblos indígenas, o de cualquier otro pueblo, a determinar los criterios de su propia identidad;
y
- deben resistirse las propuestas prematuras de llegar en esta fase a definiciones concluyentes.



**Conseil Economique
et Social**

Distr.
GENERALE

E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2
10 juin 1996

FRANCAIS
Original : ANGLAIS

COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME

Sous-Commission de la lutte contre
les mesures discriminatoires et
de la protection des minorités
Groupe de travail sur les populations
autochtones
Quatorzième session
29 juillet - 2 août 1996
Point 4 de l'ordre du jour provisoire

ACTIVITES NORMATIVES : EVOLUTION DES NORMES CONCERNANT
LES DROITS DES AUTOCHTONES

Document de travail du Président-Rapporteur, Mme Erica-Irene A. Daes,
sur la notion de "peuple autochtone"

TABLE DES MATIERES

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
Introduction	1 - 9	3
I. APERCU HISTORIQUE DE LA PRATIQUE INTERNATIONALE . . .	10 - 41	4
A. Société des Nations	12 - 14	5
B. Union panaméricaine	15 - 16	6
C. Charte des Nations Unies	17 - 20	6
D. Convention No 107 de l'OIT	21 - 23	7
E. Etude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones	24 - 27	8

	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
F. Convention No 169 de l'OIT	28 - 34	9
G. Point de vue des peuples autochtones	35 - 38	10
H. Vues exprimées par les gouvernements	39	12
I. Vues exprimées par les membres du Groupe de travail	40 - 41	12
II. ANALYSE JURIDIQUE CRITIQUE	42 - 65	13
A. Comparaison avec la notion de "territoires non autonomes"	42 - 46	13
B. Comparaison avec la notion de "minorités"	47 - 59	14
C. La recherche de facteurs spécifiques de la notion d'"autochtone"	60 - 65	16
III. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS	66 - 74	17

Introduction

1. A sa treizième session, le Groupe de travail sur les populations autochtones a décidé de recommander à la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités de confier au Président-Rapporteur, Mme Erica-Irene A. Daes, le soin de rédiger une note sur les critères d'une définition des peuples autochtones à partir des renseignements qui pourraient être présentés par les gouvernements, les organisations intergouvernementales et les organisations de peuples autochtones 1/.
2. Cette recommandation a été ensuite approuvée par la Sous-Commission au paragraphe 3 de sa résolution 1995/38 du 24 août 1995.
3. Au paragraphe 7 de sa résolution 1996/40 du 19 avril 1996, la Commission des droits de l'homme a pris note de la recommandation du Groupe de travail tendant à ce que le Président-Rapporteur examine le concept de "peuple autochtone" et a noté que tous travaux relatifs à cette question devaient prendre en compte les vues des gouvernements et des organisations de populations autochtones. La Commission a en outre demandé que l'examen de cette question ait lieu pendant la quatorzième session du Groupe de travail et que le rapport du Groupe de travail soit transmis aux gouvernements et aux organisations de populations autochtones avant la prochaine session du Groupe de travail intersessions à composition non limitée créé en vertu de la résolution 1995/32 de la Commission afin d'élaborer un projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones.
4. A ce jour, le Président-Rapporteur n'a reçu aucune observation de la part de gouvernements et d'organisations de populations autochtones au sujet de la question de la définition. Cependant, elle a été guidée par les débats fertiles menés au sujet de cette question d'ordre conceptuel aux précédentes sessions du Groupe de travail et a tenu dûment compte des larges échanges de vues entre gouvernements et autochtones qui ont eu lieu à Genève du 20 novembre au 1er décembre 1995, à la première session du Groupe de travail intersessions à composition non limitée de la Commission créé en vertu de la résolution susmentionnée 2/. Le Président-Rapporteur a été heureusement en mesure de participer aux délibérations de ce Groupe et de prendre la parole à cette occasion, en tant qu'observateur et en sa qualité de président-rapporteur du Groupe de travail sur les populations autochtones.
5. Il est à signaler également que le Président-Rapporteur a rédigé une note détaillée sur les critères pouvant être appliqués pour l'examen de la notion de peuples autochtones, note qui a été présentée au Groupe de travail sur les populations autochtones à sa treizième session. Les critères de base qui y étaient définis comprenaient la continuité historique, des caractéristiques culturelles distinctives, une situation non dominante, l'auto-identification et la conscience de groupe. Le Président-Rapporteur mentionnait dans cette note (par. 7) que la participation aux travaux du Groupe de travail de certaines personnes se qualifiant d'"autochtones" avait été contestée par d'autres représentants de peuples autochtones dans le cadre du Groupe de travail.

6. Le Président-Rapporteur soulevait en outre la question de l'opportunité d'une définition de la notion de "peuple autochtone". Elle a, comme d'autres personnes, fait observer que le Groupe de travail était en soi un succès, même s'il n'avait pas adopté une définition officielle des "peuples autochtones". Cette instance était devenue, de l'avis de la quasi-totalité des participants, le principal lieu de rencontre du système des Nations Unies pour les représentants de gouvernements ayant le statut d'observateur, de peuples autochtones et d'organisations intergouvernementales et non gouvernementales, ainsi que pour d'autres personnes intéressées, notamment des milieux universitaires : autrement dit, une véritable "communauté de peuples", pour reprendre l'expression du Président-Rapporteur. En outre, le Groupe de travail contribuait de manière systématique et constructive à la promotion, à la protection et à la réalisation des droits des peuples autochtones de par le monde.

7. En dépit de ces observations, le Président-Rapporteur a estimé que des discussions portant en particulier sur une analyse plus poussée de la notion de "peuple autochtone" pourraient s'avérer souhaitables, tant pour tenir compte de l'intérêt croissant manifesté à cet égard par les gouvernements et les peuples autochtones eux-mêmes, que pour servir de "guide" au système des Nations Unies, notamment dans le domaine de l'application des instruments internationaux relatifs à la promotion et à la protection des droits des peuples autochtones.

8. En élaborant le présent document de travail, le Président-Rapporteur a également tenu compte du fait que cette question avait été examinée par le Rapporteur spécial de la Sous-Commission, M. M. Alfonso Martínez, dans son deuxième rapport intérimaire sur l'étude des traités, accords et autres arrangements constructifs entre les Etats et les populations autochtones (E/CN.4/Sub.2/1995/27, par. 48 à 129).

9. L'analyse ci-après de la notion de "peuple autochtone" a un caractère préliminaire : elle vise principalement à encourager un examen plus ciblé de cette question par les parties intéressées à la quatorzième session du Groupe de travail, ainsi que dans le cadre du groupe de travail à composition non limitée de la Commission. Ainsi qu'il est expliqué ci-dessous, le Président-Rapporteur est d'avis que le terme "autochtone" ne peut pas faire l'objet d'une définition précise et globale susceptible d'être appliquée de la même façon dans toutes les régions du monde. Cependant, l'on pourrait trouver un plus large terrain d'entente en identifiant les principaux facteurs qui ont permis de faire une distinction entre les "peuples autochtones" et d'autres groupes dans la pratique du système des Nations Unies et d'autres organisations intergouvernementales régionales. Le Président-Rapporteur a donc consacré une partie du présent document de travail à un aperçu historique de la pratique internationale en vue d'en dégager, entre autres, des éléments ou thèmes conceptuels récurrents.

I. APERÇU HISTORIQUE DE LA PRATIQUE INTERNATIONALE

10. Il convient d'emblée de noter que les discussions internationales sur le concept d'"autochtone" ont évolué de la fin du XIXe siècle jusqu'à la création du Groupe de travail en 1982 ^{3/}, dans des langues européennes comme l'anglais, l'espagnol et l'allemand. Les termes anglais et espagnol ont une racine

commune dans le mot latin indigenae, qui était employé pour faire la distinction entre les personnes nées dans un lieu donné de celles qui arrivaient d'ailleurs (advenae). Le terme français "autochtone" a en revanche des racines grecques et, comme le mot allemand Ursprung, laisse entendre que le groupe auquel il se réfère a été le premier à habiter dans un lieu particulier. Les racines sémantiques des termes qui, historiquement, ont été employés dans le droit international moderne ont donc un dénominateur conceptuel commun, à savoir la priorité dans le temps.

11. Aux fins de l'étude de la pratique internationale, le point de départ le plus intéressant est la Conférence de Berlin sur l'Afrique de 1884-1885, organisée par les grandes puissances en vue de s'entendre sur les principes à appliquer pour affirmer et faire reconnaître leurs revendications territoriales en Afrique. A l'article 6 de l'Acte final de cette Conférence, les grandes puissances s'engageaient à "protéger" les populations autochtones d'Afrique. L'expression employée dans ce contexte juridique visait à faire une distinction entre les ressortissants des grandes puissances et les habitants de l'Afrique soumis à la domination coloniale de ces dernières. Il convient de rappeler que l'article susmentionné comportait également un élément racial implicite. Lorsque l'Empire britannique a soumis à sa domination les colons hollandais d'Afrique du Sud à la suite de la guerre des Boers, par exemple, l'on n'a jamais pensé que l'article 6 de l'Acte final leur était applicable.

A. Société des Nations

12. En vertu de l'article 22 du Pacte de la Société des Nations, les Membres de la Société acceptaient en tant que "mission sacrée de civilisation" la tâche consistant à contribuer au bien-être et au développement de la "population indigène" des "colonies et territoires" restés sous leur contrôle. Dans le Pacte, le terme "indigène" servait donc également à distinguer les puissances coloniales des peuples vivant sous une domination coloniale. Cependant, il était en outre précisé qu'il s'agissait de "peuples non encore capables de se diriger eux-mêmes dans les conditions particulièrement difficiles du monde moderne", par opposition aux "nations développées". Ces deux facteurs (à savoir la domination coloniale et la capacité institutionnelle) devaient, au titre de l'article 22 du Pacte, être pris en considération pour déterminer la forme de tutelle à exercer sur des territoires et des peuples particuliers.

13. Le cas de l'Afrique du Sud montre bien le sens que revêtait l'article 22 du Pacte dans la pratique de la Société des Nations. En 1919, l'Afrique du Sud n'était pas encore un Etat indépendant. Elle faisait encore partie de l'empire britannique et, tout en disposant d'une autonomie dans ses affaires locales ou internes, était soumise au Parlement britannique de Londres. La Société des Nations l'a néanmoins chargée, au titre de l'article 22 d'exercer un mandat sur le territoire et la population de la Namibie. Dans le cadre conceptuel du Pacte, la Namibie avait un caractère "indigène", par opposition au caractère "développé" de l'Afrique du Sud. La Société des Nations ne concevait pas, cependant, que la population africaine de l'Afrique du Sud soit elle-même "indigène" par rapport aux colons hollandais et britanniques de fraîche date.

14. Un autre élément important ressort également de l'évolution du terme "autochtone" dans le cas de l'Afrique du Sud. L'article 22 du Pacte était appliqué à des territoires, délimités par des frontières reconnues au niveau international, plutôt qu'à des peuples susceptibles d'être différenciés par des facteurs sociologiques, historiques ou politiques. Ainsi, la Namibie, en tant que territoire géographiquement défini par les grandes puissances, était réputée "indigène", alors que la population africaine d'Afrique du Sud n'était pas considérée comme telle.

B. Union panaméricaine

15. Entre-temps, l'Union panaméricaine, prédécesseur de l'actuelle Organisation des Etats américains, avait commencé à employer le concept d'"autochtone" de manière relativement différente. Dans sa résolution XI du 21 décembre 1938, la huitième Conférence internationale des Etats américains déclarait ainsi que les populations autochtones, en tant que descendants des premiers habitants des terres qui forment aujourd'hui l'Amérique, et compte tenu de la nécessité de compenser "l'insuffisance de leur développement physique et intellectuel", avaient un droit préférentiel à la protection des pouvoirs publics. Ce traitement préférentiel avait pour objet d'assurer leur "intégration complète dans la vie nationale" des Etats existants. Il est à noter que dans cette résolution, comme dans des documents officiels postérieurs, l'Union panaméricaine employait indifféremment les termes "indigène" et "indien".

16. Dans le contexte régional des Amériques, il s'agissait donc de distinguer des groupes ethniques, culturels, linguistiques et raciaux marginalisés ou vulnérables à l'intérieur des frontières nationales, plutôt que les habitants de territoires coloniaux géographiquement distincts de la puissance administrante.

C. Charte des Nations Unies

17. L'adoption de la Charte des Nations Unies, en 1945, n'a guère contribué à concilier les différentes acceptions du terme "autochtone" dans le droit international. L'article 73 de la Charte se réfère aux "territoires dont les populations ne s'administrent pas encore complètement elles-mêmes" plutôt qu'aux "populations indigènes" mentionnées dans le Pacte de la Société des Nations. Ce n'est que le 15 décembre 1960 que l'Assemblée générale des Nations Unies, dans la résolution 1541 (XV), a donné à cet effet une définition des "territoires non autonomes" en appliquant un double critère. Tout territoire "géographiquement séparé et ethniquement ou culturellement distinct du pays qui l'administre" relève, à première vue, de l'article 73. Le fait que les habitants sont placés dans "une position ou un état de subordination" peut servir à étayer cette présomption, mais ne constitue pas une condition sine qua non.

18. L'on est généralement parti du principe que la définition ci-dessus d'un "territoire non autonome" au sens de l'article 73 de la Charte s'appliquait également à des "peuples" qui jouissent du droit à disposer d'eux-mêmes en vertu de l'article premier commun aux deux pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme (ci-après appelés Pactes). Cependant, l'importance du choix du terme "peuples", de préférence à "territoires", par les auteurs des

deux Pactes ne saurait être sous-estimée. Le passage d'une conception géographique à une conception sociologique implique une extension de l'application du principe de l'autodétermination aux groupes non dominants à l'intérieur des frontières d'Etats indépendants.

19. L'analyse ci-dessus du choix du terme "peuples" dans les deux Pactes est confirmée par la Déclaration de 1970 relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations Unies 4/, qui interdit le démembrement de tout Etat "se conduisant conformément au principe de l'égalité de droits et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ... et doté ainsi d'un gouvernement représentant l'ensemble du peuple appartenant au territoire sans distinction de race, de croyance ou de couleur". Il aurait été inutile d'apporter une telle précision s'il n'était entendu que la population d'un Etat peut être composée de plusieurs "peuples" ayant chacun le droit de disposer d'eux-mêmes. Comme le Président-Rapporteur l'a fait observer dans sa note explicative concernant le projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones, le droit à l'autodétermination peut être réalisé lorsqu'un peuple participe effectivement, par l'intermédiaire de ses propres représentants, à la conduite des affaires publiques dans un Etat démocratique, et n'est ni désavantagé ni victime de discrimination (E/CN.4/Sub.2/1993/26/Add.1, par. 21 à 23).

20. Au lendemain de la seconde guerre mondiale, le terme "autochtone" revêtait au contraire le sens qui lui avait été auparavant donnée par l'Union panaméricaine, plutôt que celui de la Société des Nations. L'Assemblée générale, dans la résolution 275 (III) du 11 mai 1949, recommandait d'étudier la situation "des populations aborigènes" et d'autres "groupes sociaux sous-évolués" du continent américain en vue d'encourager leur intégration et leur développement. Trois ans plus tard, le Gouvernement belge provoquait une controverse en faisant valoir que l'article 73 de la Charte devait être interprété en fonction de l'acceptation du terme "indigène" figurant à l'article 22 du Pacte de la Société des Nations 5/. Selon la délégation belge, l'obligation de communiquer des rapports aux fins de l'article 73 s'appliquait non seulement aux colonies d'outre-mer, mais également aux peuples autochtones "peu évolués" vivant à l'intérieur des frontières d'Etats indépendants dans toutes les régions du monde.

D. Convention No 107 de l'OIT

21. La délégation belge n'est pas parvenue à introduire la notion de "peuples autochtones" dans le champ d'application de l'article 73 de la Charte, mais l'OIT a adopté en 1957 une Convention concernant la protection et l'intégration des populations aborigènes et autres populations tribales et semi-tribales dans les pays indépendants. L'article premier de cette Convention définit les "populations tribales" dans des termes qui rappellent le Pacte de la Société des Nations : leurs "conditions sociales et économiques correspondent à un stade moins avancé" que celui de leurs voisins, et elles sont soumises à des lois distinctes, qu'elles ont elles-mêmes choisies ou qui sont imposées par l'Etat. Par ailleurs, certains peuples "tribaux" sont considérés comme "aborigènes" du fait qu'ils "descendent des populations qui habitaient le pays, ou une région géographique à laquelle appartient le pays,

à l'époque de la conquête ou de la colonisation" et restent socialement, économiquement et culturellement distincts.

22. Aux termes de la Convention No 107, les peuples tant "tribaux" qu'"aborigènes" se caractérisent donc principalement par des traits distinctifs sociaux, culturels, économiques, juridiques et institutionnels. Une situation de réelle oppression ou de discrimination ne constitue pas un critère. Le seul facteur qui différencie les peuples "aborigènes" des peuples "tribaux" tient à un passé de "conquête ou colonisation", mais cette distinction n'a aucune conséquence pratique, vu que la Convention garantit exactement les mêmes droits à ces deux catégories de peuples. Selon la Convention No 107, tous les peuples "aborigènes" sont considérés comme "tribaux", mais les peuples "tribaux" ne sont pas tous "aborigènes". Des droits particuliers sont reconnus pareillement aux uns comme aux autres. Aucun avantage ne revient à un peuple qui est considéré comme "aborigène", au sens où, historiquement, il a été victime de la conquête ou de la colonisation. Par conséquent, la source des droits conférés réside (selon cet instrument international de l'OIT) non dans le passé d'un peuple conquis, colonisé ou opprimé, mais dans le fait qu'il est historiquement distinct en tant que société ou nation.

23. Il est intéressant de noter que la Convention No 107 a été ratifiée non seulement par 14 Etats d'Amérique latine et 2 d'Europe occidentale, mais également par 11 Etats d'Afrique et d'Asie.

E. Etude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones

24. Dans sa monumentale Etude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones (E/CN.4/Sub.2/1986/7 et Add.1 à 4), le Rapporteur spécial de la Sous-Commission, M. J. Martínez Cobo, a proposé une analyse préliminaire mesurée du terme "autochtone" qui tient compte des éléments fondamentaux figurant déjà à l'article premier de la Convention No 107.

"Par communautés, populations et nations autochtones, il faut entendre celles qui, liées par une continuité historique avec les sociétés antérieures à l'invasion et avec les sociétés précoloniales qui se sont développées sur leurs territoires, se jugent distinctes des autres éléments des sociétés qui dominent à présent sur leurs territoires ou parties de ces territoires. Ce sont à présent des éléments non dominants de la société et elles sont déterminées à conserver, développer et transmettre aux générations futures les territoires de leurs ancêtres et leur identité ethnique qui constituent la base de la continuité de leur existence en tant que peuple, conformément à leurs propres modèles culturels, à leurs institutions sociales et à leurs systèmes juridiques." 6/

25. Cette définition combine la notion de caractère distinctif, qui s'attache aux peuples tant "aborigènes" que "tribaux" selon l'article premier de la Convention No 107 de l'OIT, et la notion de colonialisme qui, dans ladite Convention, sert à différencier les termes "aborigène" et "tribal".

26. Le Rapporteur spécial proposait trois éléments supplémentaires pour définir le terme "autochtone", mais d'une façon qui donne à entendre que ces nouveaux éléments ne sont ni nécessaires ni suffisants pour distinguer la nature de tel ou tel groupe. L'un d'eux est le fait qu'ils sont "à présent non dominants", ce qui suppose une forme de discrimination ou de marginalisation et justifie quelque initiative de la part de la communauté internationale. Cela ne signifie pas, cependant, qu'un groupe cesse d'être "autochtone" si, à la suite des mesures prises pour lui permettre d'exercer pleinement ses droits, il n'est plus non dominant.

27. Le Rapporteur spécial a également évoqué l'importance qu'il y a, pour le groupe, à conserver des liens avec les terres ou territoires ancestraux, ainsi que la nécessité de faire en sorte que le caractère distinctif du groupe reste volontaire, plutôt que d'être imposé à celui-ci par l'Etat. Ces deux points ont été pris en compte lors de la révision de la Convention No 107 par l'OIT.

F. Convention No 169 de l'OIT

28. La Convention No 107 de l'OIT a été révisée et remplacée par la Convention de 1989 concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants (No 169) qui, en son article premier, maintient une distinction entre "indigène" et "tribal", tout en modifiant la façon dont ces deux termes sont définis 7/. Les peuples "tribaux" sont des peuples "qui se distinguent des autres secteurs de la communauté nationale par leurs conditions sociales, culturelles et économiques et qui sont régis totalement ou partiellement par des coutumes ou des traditions qui leur sont propres ou par une législation spéciale". Cette formulation englobe la notion de caractère distinctif qui apparaissait dans la Convention No 107 de l'OIT, mais supprime toute idée que les peuples tribaux sont inférieurs ou moins "avancés". Les "peuples indigènes" sont désormais définis en fonction de leur caractère distinctif, ainsi que par le fait qu'ils descendent de ceux qui habitaient leur territoire "à l'époque de la conquête ou de la colonisation ou de l'établissement des frontières actuelles de l'Etat" (non souligné dans le texte). L'adjonction du membre de phrase souligné a pour effet d'atténuer toute différence logique entre les termes "indigène" et "tribal", ces deux notions étant en l'occurrence définies principalement par la mesure dans laquelle le groupe en question constitue une société distincte.

29. La seule différence concrète qui subsiste dans la définition des termes "indigène" et "tribal" dans la Convention No 169 de l'OIT tient essentiellement au principe de l'autodétermination. Un peuple est "tribal" soit par choix (c'est-à-dire en conservant ses propres lois et coutumes), soit en dépit de sa volonté (en raison d'un statut juridique particulier imposé par l'Etat). En revanche, un peuple est considéré comme "indigène" uniquement s'il en décide ainsi en perpétuant ses propres institutions distinctives et son identité.

30. Même cette distinction résiduelle semble être estompée par l'article 1.2 de la Convention qui dispose que le "sentiment d'appartenance" est un critère fondamental pour déterminer le statut de tel ou tel groupe 8/. Autrement dit, le seul critère objectif ou extrinsèque de la nature "indigène" ou "tribale" d'un groupe tient à son caractère distinctif. L'autre critère est subjectif :

il s'agit de la volonté du groupe d'être et de rester distinct, ce qui relève de l'autodétermination.

31. En outre, à l'instar de la Convention No 107 de l'OIT, la Convention No 169 reconnaît les mêmes droits aux peuples "indigènes" et "tribaux", ce qui rend la distinction entre ces catégories de peuples encore moins utile.

32. Force est de constater qu'après deux séries de négociations exhaustives sur le problème de la définition (en 1957, puis en 1988-1989), l'OIT, loin de parvenir à une plus grande précision sémantique, n'a pu au contraire que regrouper les définitions des termes "indigène" et "tribal" en appliquant un seul critère général fondé sur le caractère distinctif.

33. Le projet de déclaration interaméricaine sur les droits des peuples autochtones, établi par la Commission interaméricaine des droits de l'homme à l'intention de l'Assemblée générale de l'Organisation des Etats américains, épouse la démarche conceptuelle de la Convention No 169 de l'OIT, en définissant les "peuples autochtones" comme les descendants des premiers habitants du pays 2/. Cependant, il est intéressant de noter que, d'après ce projet de déclaration, la différence culturelle - élément central de la définition du terme "tribal" par l'OIT - est un autre critère possible pour déterminer si un groupe est "autochtone". Si elle est adoptée, cette déclaration combinerait les termes "autochtone" et "tribal", tels qu'ils sont définis dans les Conventions susmentionnées de l'OIT, en un concept unique, fondé sur deux critères possibles.

34. Le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD) a élaboré un projet de directives pour l'appui aux peuples autochtones 10/. Les projets de directives 4, 5 et 6 se réfèrent à la définition des peuples autochtones. Il y est indiqué, entre autres choses, qu'en dépit de certaines caractéristiques communes aux peuples autochtones de par le monde, ceux-ci ne font l'objet d'aucune définition convenue unique qui tienne compte de leur diversité. Par conséquent, le "sentiment d'appartenance" (ou auto-identification) est généralement considéré comme un critère fondamental pour déterminer si des groupes sont autochtones ou tribaux, d'autres éléments pouvant parfois entrer en ligne de compte, comme la langue pratiquée et l'emplacement ou la concentration territoriale. Ces projets de directives retiennent la définition de la Convention No 169 de l'OIT.

G. Point de vue des peuples autochtones

35. Des représentants autochtones ont, à diverses occasions, exprimé devant le Groupe de travail l'opinion selon laquelle une définition de la notion de "peuple autochtone" n'est ni nécessaire ni souhaitable. Ils ont souligné l'importance de l'auto-identification en tant qu'élément essentiel de toute définition susceptible d'être élaborée par le système des Nations Unies. En outre, plusieurs autres éléments ont été cités par des représentants autochtones, en particulier à la treizième session du Groupe de travail 11/. Par exemple, le responsable de l'Aboriginal and Torres Strait Islander Social Justice Commission (Commission des aborigènes et insulaires du détroit de Torres), M. M. Dodson, a estimé qu'il fallait tenir compte de l'auto-identification d'un individu et de l'acceptation par le groupe :

et surtout, l'existence d'un lien ancestral et historique avec la terre et le territoire était d'une importance cruciale et fondamentale. D'autres représentants autochtones ont fait état de la définition de travail mise au point par le Rapporteur spécial, M. Martínez Cobo 12/. Le représentant du Conseil sami a fait valoir, par exemple, que même en l'absence d'une définition, il devrait être relativement facile d'identifier les bénéficiaires (du projet de déclaration) en utilisant le critère du rapport Cobo, qui est suffisant pour déterminer si une personne ou une communauté est autochtone ou non, des facteurs tels que la continuité historique, l'auto-identification et l'appartenance au groupe étant à cet égard d'une importance primordiale.

36. Ainsi qu'il est mentionné ci-dessus, des groupes autochtones insistent sur leur droit de se définir eux-mêmes, à la fois par "auto-identification" d'un individu en tant que personne autochtone et compte tenu du droit de la communauté de définir ses membres. Cette démarche "subjective" - selon laquelle les autochtones sont ceux qui se considèrent eux-mêmes comme autochtones et sont acceptés en tant que tels par les membres du groupe - a été largement soutenue, bien qu'il soit difficile de déterminer si elle serait suffisante en l'absence d'autres critères "objectifs", tels que l'ascendance 13/. En examinant cette question, notamment à propos de l'affaire Sandra Lovelace, le Comité des droits de l'homme a estimé que le fait de refuser à une Indienne le droit de résider dans la réserve tobique, au Canada, en raison de son mariage avec un non-Indien, revenait à lui dénier celui garanti par l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, d'avoir sa propre vie culturelle "en commun avec les autres membres" de son groupe. Le Comité des droits de l'homme n'a pas directement traité la question de savoir si l'auteur de la communication, Mme Lovelace, avait perdu son statut d'Indienne. Néanmoins, il a implicitement considéré qu'elle continuait à faire partie de la bande des Indiens Maliseet dont elle provenait. Le cas de Sandra Lovelace a été examiné en tenant compte du fait qu'elle s'était séparée de son mari. Aucun élément ne donnait à penser que la bande susmentionnée s'opposait au fait qu'elle réside dans la réserve 14/.

37. L'article 27 du Pacte a également été invoqué par des autochtones. A cet égard, il convient de mentionner, qu'en 1980, par exemple, une délégation aborigène a fait valoir à la Sous-Commission que le Gouvernement australien n'avait pas protégé un lieu sacré de la concession aborigène de Noonkanbah, l'administration de l'Australie occidentale tenant à ce que des forages de prospection de pétrole y soient effectués 15/. Un autre cas concernant des Indiens canadiens (communication No 167/1984, Bernard Ominayak, chef de la bande du lac Lubicon c. Canada) a été porté à l'attention du Comité des droits de l'homme : les questions soulevées relevaient de l'article 27 du Pacte - des droits traditionnels de pêche et de chasse étant en cause - ainsi que l'article premier de ce même Pacte s'agissant de l'autodétermination. En examinant ce cas, le Comité a effectivement constaté une violation de l'article 27. Il a reconnu "qu'au nombre des droits protégés par l'article 27 figure le droit pour des personnes d'avoir, en commun avec d'autres, des activités économiques et sociales qui s'inscrivent dans la culture de leur communauté" 16/.

38. Par ailleurs, certains représentants autochtones d'Asie ont fait savoir que, compte tenu de l'établissement du nouveau Groupe de travail de la

Commission des droits de l'homme, une définition officielle devait être élaborée d'urgence pour empêcher les gouvernements de nier l'existence de peuples autochtones dans leur pays 17/.

H. Vues exprimées par les gouvernements

39. Les représentants des gouvernements du Bangladesh et de l'Inde, ayant le statut d'observateur, ont souligné qu'il fallait une définition claire des termes "population autochtone" afin de centrer réellement l'attention sur les authentiques populations autochtones du monde. L'observateur du Bangladesh a déclaré en particulier qu'une procédure fondée sur le principe de l'auto-identification risquait d'aller à l'encontre du but recherché et que l'on nuirait grandement aux véritables populations autochtones en laissant se faire l'amalgame entre leurs préoccupations et celles d'autres groupes infranationaux et tribaux qui constituaient des minorités à l'intérieur de leurs pays respectifs.

I. Vues exprimées par les membres du Groupe de travail

40. Dans une de ses déclarations devant la Sous-Commission concernant en particulier le projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones, M. R. Hatano, membre du Groupe de travail, a exprimé les vues suivantes à propos de la définition des termes "peuples autochtones" : "... même si [la déclaration] n'est pas un instrument juridique ayant force obligatoire, il n'en énonce pas moins les droits des autochtones ainsi que les devoirs de l'Etat à l'égard de ces populations. Or la déclaration ne définit nulle part l'expression clé 'population autochtone'. Les organisations autochtones ne semblent pas tenir à ce que ces termes soient définis, de crainte que certains autochtones n'entrent pas dans le champ de cette définition. Or ces organisations ont à maintes reprises affirmé que le monde comptait environ 300 millions d'autochtones. Comment sont-elles parvenues à ce chiffre sans utiliser un critère ou une définition qui leur permette de distinguer les autochtones des non-autochtones ?" 18/.

41. M. J. Bengoa, membre suppléant du Groupe de travail, a déclaré que, s'agissant de l'élaboration de la notion de peuples autochtones, le débat avait manifestement deux dimensions : l'une théorique et l'autre politique. Se posait en outre un difficile problème linguistique, celui de l'usage des mots "populations" ou "peuples". Le projet de déclaration qui avait été approuvé par la Sous-Commission utilisait les deux termes sans opérer de distinction précise. Une définition des peuples autochtones pourrait être un grand pas vers la reconnaissance de ces peuples et de leurs droits et contribuer à faire la très importante distinction entre groupes autochtones et minorités. A cet égard, définir des peuples et établir des procédures en vue de l'exercice du droit de s'identifier soi-même étaient deux choses différentes. Lesdites procédures devaient avoir les caractéristiques suivantes : premièrement, elles devaient être opérationnelles pour servir les objectifs internationaux et, en particulier, faciliter la compréhension de nombreuses cultures différentes; deuxièmement, elles devaient être fonctionnelles pour permettre la participation des peuples autochtones; troisièmement, elles devaient être souples pour pouvoir s'adapter à l'évolution du processus dynamique que supposait la reconnaissance des droits des peuples autochtones. M. Bengoa a souligné que le droit de s'identifier

soi-même était inaliénable et devait faire partie de la définition. Etre les premiers habitants et avoir un lien fort avec la terre constituaient également des éléments importants d'une définition possible. En ce qui concerne le critère de continuité historique, M. Bengoa a fait observer qu'il comportait un danger inhérent étant donné que de nombreux peuples autochtones avaient été forcés de quitter leurs terres et vivaient aujourd'hui dans des zones urbaines tout en ayant conservé leur identité autochtone. Quant au critère de la colonisation, il devait à son avis être examiné plus avant étant donné qu'il semblait refléter essentiellement la situation des peuples autochtones des Amériques. La notion de culture distincte, dont tenaient compte toutes les définitions existantes, ne devait pas revêtir une importance décisive si l'on voulait adopter une approche plus dynamique prenant en considération les processus de changement à l'oeuvre dans les sociétés autochtones. De plus, la notion de situation non dominante était à son avis une réalité empirique mais elle n'était pas nécessairement une caractéristique essentielle 19/.

II. ANALYSE JURIDIQUE CRITIQUE

A. Comparaison avec la notion de "territoires non autonomes"

42. On se rappellera que, dans sa résolution 1541 (XV), l'Assemblée générale a défini la notion de "territoires non autonomes" en s'appuyant sur trois facteurs essentiels à savoir que le territoire doit être géographiquement séparé, culturellement distinct et dans un état de subordination. Le concept en évolution "d'autochtone" recoupe cette définition de "territoires non autonomes" en ce qu'il fait également référence à un caractère distinct. Nous avons vu que la notion de subordination, suggérée comme un élément possible de définition dans l'étude de M. Martínez Cobo, ne figure pas dans la définition adoptée par l'OIT dans ses conventions sur ce sujet, bien que la marginalisation et l'oppression sont sans aucun doute des expériences communes à la plupart des peuples autochtones. De plus, il ne paraît pas logique de faire de la présence ou de l'absence d'une oppression un facteur permettant de distinguer les peuples autochtones d'autres peuples ayant été victimes d'un colonialisme "classique".

43. Le troisième facteur, à savoir un territoire géographiquement séparé, doit être également réexaminé d'un point de vue critique. Le Rapporteur spécial, M. Martínez Cobo, reconnaît que les peuples autochtones tendent à être caractérisés par le fait qu'ils maintiennent des liens particuliers avec leurs "territoires ancestraux". Bien que la Convention No 169 de l'OIT ne fasse référence à aucun facteur géographique dans sa définition "d'indigènes", elle affirme cependant en son article 13, "l'importance spéciale" que revêt pour la culture et les valeurs spirituelles des peuples intéressés la relation qu'ils entretiennent avec leurs terres ou territoires ancestraux. En d'autres termes, la spécificité culturelle des peuples autochtones, qui est au coeur de la notion "d'autochtone" dans le droit international contemporain, est indissociable du "territoire".

44. Ce lien entre un territoire et une culture distincte dans le concept "d'autochtone" a été relevé par la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement au paragraphe 26.1 du programme Action 21 adopté par consensus par les Etats Membres qui se lit comme suit :

"Les populations autochtones et leurs communautés ont un lien historique avec leurs terres et sont généralement les descendants des habitants originaux de ces terres" 20/.

45. Le caractère fondamental des systèmes de propriété du sol et de la connaissance de la nature dans les cultures des peuples autochtones a été réaffirmé, une nouvelle fois par consensus, lors de la Conférence internationale sur la population et le développement tenue au Caire en 1994 21/.

46. Le Manuel opérationnel de la Banque mondiale identifie pour sa part l'existence d'un attachement étroit aux territoires ancestraux et aux ressources naturelles dans ces régions comme l'un des cinq facteurs qui, à des degrés divers, ont tendance à caractériser les "peuples autochtones" 22/.

B. Comparaison avec la notion de "minorités"

47. Le fait de reconnaître l'importance du "territoire" est peut-être nécessaire pour aborder un autre grand problème logique et conceptuel, à savoir la différence entre "peuples autochtones" et "minorités". Il convient en effet d'établir une distinction stricte entre les "droits des peuples autochtones" et les "droits des minorités" étant donné que dans le premier cas il s'agit bien de peuples et non de minorités ou de groupes ethniques 23/.

48. La Cour permanente de justice internationale n'a pas défini le terme de "minorités" mais a essayé d'explicitier celui de "communautés" dans le cadre de la question des "communautés" gréco-bulgares comme ci-après :

"... une collectivité de personnes vivant dans un pays ou une localité donnée, ayant une race, une religion, une langue et des traditions qui leur sont propres, et unies par l'identité de cette race, de cette religion, de cette langue et de ces traditions dans un sentiment de solidarité, à l'effet de conserver leurs traditions, de maintenir leur culte, d'assurer l'instruction et l'éducation de leurs enfants conformément au génie de leur race et de s'assister mutuellement" 24/.

49. La formule susmentionnée comporte principalement quatre éléments : a) une identité biologique; b) une identité culturelle (religion, langue, traditions); c) le choix ou le souhait de continuer à former un groupe distinct (implicite dans la préservation de l'identité culturelle du groupe); et d) la cohésion sociale (qui peut être déduite du fait que le groupe cherche à obtenir la reconnaissance de ses droits collectifs). Le facteur racial n'est, bien entendu, plus acceptable du point de vue juridique ou scientifique.

50. Par conséquent, la notion de "minorité" telle que définie par la Cour permanente de justice internationale peut être englobée dans celle qui se trouve au centre de toutes les tentatives récentes de définition du terme "autochtone" - c'est-à-dire un caractère distinct que la population concernée souhaite perpétuer.

51. Dans son importante Etude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques, le Rapporteur spécial de la Sous-Commission, M. F. Capotorti, défend l'idée selon laquelle la taille et la puissance du groupe sont des facteurs importants à prendre en compte pour déterminer si celui-ci devrait faire l'objet d'une protection internationale particulière. Considérant que la notion de "minorité" en sociologie n'est pas nécessairement la même que celle retenue dans le contexte du droit international en matière de droits de l'homme, il en propose la définition suivante :

"Un groupe numériquement inférieur au reste de la population d'un Etat, en position non dominante, dont les membres - ressortissants de l'Etat - possèdent du point de vue ethnique, religieux ou linguistique des caractéristiques qui diffèrent de celles du reste de la population et manifestent même de façon implicite un sentiment de solidarité, à l'effet de préserver leur culture, leurs traditions, leur religion ou leur langue" 25/.

52. Ainsi pour être qualifié de "minorité", un groupe doit non seulement ne pas avoir de pouvoir politique mais également être insuffisamment nombreux pour obtenir un jour le pouvoir par des moyens démocratiques. Un groupe oppresseur représentant une minorité numérique au sein de la population nationale ne saurait, par conséquent, être qualifié de "minorité" mais dans un tel cas l'Etat concerné ne serait pas fondé à invoquer l'unité nationale et l'intégrité territoriale contre des mouvements légitimes de libération nationale.

53. A la demande de la Sous-Commission, M. J. Deschênes a déployé de grands efforts pour essayer d'améliorer la définition de ce qu'est une "minorité", mais il est parvenu pour l'essentiel aux mêmes conclusions que M. Capotorti. Il a toutefois suggéré une modification qui mérite notre attention, à savoir accorder plus de poids à la notion de choix étant donné qu'il semblerait inutile de traiter la question de groupes qui ne souhaitent pas être protégés ou maintenir leur identité distincte en tant que groupe 26/.

54. Dans une étude plus récente, le Rapporteur spécial de la Sous-Commission, M. A. Eide, s'est également inspiré de la définition proposée par M. Capotorti, mais a considéré que la taille d'un groupe et son caractère distinct étaient des éléments suffisants pour le considérer comme une minorité, abandonnant de ce fait la référence à une position non dominante 27/.

55. A sa première session de 1995, le nouveau Groupe de travail sur les minorités de la Sous-Commission a étudié la possibilité d'élaborer une définition plus précise du terme, mais le débat a simplement fait ressortir la futilité d'une telle tentative et le Groupe de travail est passé à l'examen des moyens pratiques permettant de protéger les minorités, sans se mettre d'accord sur une définition 28/.

56. Lors de la deuxième session du Groupe de travail sur les minorités l'un de ses membres, M. S. Tchernitchenko, a présenté un document de travail (E/CN.4/Sub.2/AC.5/1996/WP.1 et Corr.1) dans lequel il proposait une nouvelle définition, soulignant entre autres que celle-ci ne s'appliquait pas aux

populations autochtones dont la définition n'était pas du ressort du Groupe de travail (par. 7).

57. Dans son observation générale No 23 (50) (art. 27), le Comité des droits de l'homme observe "que la culture peut revêtir de nombreuses formes et s'exprimer notamment par un certain mode de vie associé à l'utilisation des ressources naturelles, en particulier dans le cas des populations autochtones. Ces droits peuvent porter sur l'exercice d'activités traditionnelles telles que la pêche ou la chasse et sur la vie dans les réserves protégées par la loi" 29/. En tout état de cause, la "définition de travail" figurant dans l'étude de M. Capotorti, ne facilite pas la distinction entre "autochtones" et "minorités" étant donné que la plupart des groupes qui se considèrent comme des peuples autochtones satisfont à la définition de ces deux termes.

58. Parvenir à une définition claire de la notion d'"autochtone" est donc rendue plus compliquée par le fait que l'ONU n'a pas réussi par le passé à élaborer des définitions suffisamment précises de ce que sont les "peuples" ou les "minorités" 30/.

59. Étant donné que les trois notions d'"autochtone", de "peuple" et de "minorité" sont liées aussi bien d'un point de vue logique que sur le plan juridique, il faudrait les préciser simultanément si l'on ne veut pas que nos efforts concernant celle d'"autochtone" ne fassent que contribuer au manque de précision actuel concernant le sens des deux autres.

C. La recherche de facteurs spécifiques de la notion d'"autochtone"

60. Il est toutefois possible d'identifier au moins deux facteurs qui n'ont jamais été associés à la notion de "minorité", à savoir l'antériorité et l'attachement à un territoire donné. Ces facteurs ne permettent cependant pas d'établir une distinction entre les notions d'"autochtone" et de "population" étant donné que les "populations" sont également généralement identifiées par rapport à un territoire distinct qu'elles ont occupé en premier. En d'autres termes, les tentatives de définition faites par les organisations internationales au cours de ce siècle permettent de trouver des différences entre "autochtone" et "minorité", mais pas entre "autochtone" et "population".

61. Il serait bon, à ce stade de l'exposé, de faire le point du débat tenu sur ces questions par les participants à la première réunion du Groupe de travail de la Commission des droits de l'homme créé en application de la résolution 1995/32. Plusieurs délégations d'Etats membres ont soutenu qu'il était indispensable d'adopter une définition du concept d'"autochtone" avant d'entreprendre la négociation des dispositions de fond d'une déclaration sur les droits de ces populations. En outre, certaines délégations estimaient que le concept d'"autochtone" ne s'applique que dans les situations où les premiers habitants du territoire ont été contraints à se soumettre et ont été physiquement dépossédés de leurs biens par des colons venant d'autres pays porteurs d'une culture et de valeurs étrangères, et où ce sont ces colons et non les premiers habitants qui ont été les véritables bénéficiaires de la décolonisation et de l'accès à l'indépendance. Pour ces délégations, de telles situations ne s'observent pour l'essentiel qu'en Amérique et en Océanie.

62. De plus, en adoptant son rapport, le Groupe de travail a précisé que ce rapport ne faisait que rendre compte des débats et ne supposait en rien l'acceptation de l'expression "peuples autochtones" ou de celle "populations autochtones". L'une et l'autre expressions étaient utilisées sans préjudice de la position prise par telle ou telle délégation, attendu qu'il demeurait des divergences de vues à ce sujet (E/CN.4/1996/84, par. 3).

63. On peut raisonnablement évaluer l'intérêt et la possibilité d'adopter une définition d'"autochtone" en se reportant au cadre conceptuel proposé par les délégations concernées. La définition suggérée ne diffère que sur un point précis de celle contenue dans l'étude de M. Martínez Cobo ou dans les deux conventions de l'OIT applicables à cet égard : la conquête, la colonisation, la soumission ou la discrimination doit être le fait de personnes venant d'autres régions du monde et non de voisins. La Présidente-rapporteur estime toutefois que cela revient à établir une distinction injustifiée entre des agresseurs selon qu'ils viennent de contrées lointaines ou de régions proches, et qu'il est en toute logique impossible de fixer avec précision la distance à partir de laquelle les agresseurs ne sont plus des voisins. En outre, une telle définition suppose que les différences culturelles qui existent entre les peuples ne sont qu'une simple fonction linéaire de la distance, et que la proximité crée la présomption de l'existence de valeurs communes. Les informations communiquées chaque année au Groupe de travail sur les populations autochtones montrent clairement que tel n'est pas le cas.

64. Les arguments avancés par de nombreuses délégations de gouvernements observateurs reposent sur une critique conceptuelle de l'utilisation du terme "autochtone" pour établir une distinction entre des groupes qui ont été voisins pendant des millénaires. Dans la mesure où les termes officiels anglais et espagnols actuellement utilisés dans le système des Nations Unies impliquent une distinction entre personnes ayant leur origine dans un pays, par opposition aux immigrants ou aux colons, le malaise de nombreux gouvernements africains et asiatiques est compréhensible. En d'autres termes, la plupart de ceux qui, aujourd'hui, détiennent le pouvoir dans un pays, ne sont pas moins originaires de ce pays considéré globalement que des groupes appelés "autochtones" ou "tribaux". Il convient toutefois de souligner que cette pierre d'achoppement conceptuelle disparaît si on considère les peuples "autochtones" comme des groupes dont les territoires ancestraux sont à l'intérieur de l'Etat actuel, et non comme des personnes originaires d'une manière générale de la région dans laquelle se trouve l'Etat considéré.

65. L'objet du présent document n'est pas de minimiser les préoccupations exprimées par certains gouvernements, mais de démontrer que la recherche d'une définition ne permettra pas véritablement d'y répondre. Le résultat d'une telle tentative serait une définition manquant de crédibilité scientifique ou logique, ce qui porterait atteinte à la crédibilité et à l'intérêt de la déclaration de principes à laquelle elle serait attachée.

III. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

66. Il est encourageant de constater que des gouvernements d'Amérique latine interprètent le terme "autochtone" dans un contexte régional, ce qui en rend pour ainsi dire inutile une définition explicite et négociée.

La Présidente-rapporteur a reconnu que, même en Amérique, des différends sont souvent apparus concernant le statut "autochtone" de certains groupes. Aux Etats-Unis, par exemple, plus d'une centaine de groupes cherchent toujours à être officiellement reconnus en tant que "tribus indiennes", en vertu d'une loi de 1978 qui répertorie sept critères historiques et sociologiques qu'il convient de respecter en apportant des preuves scientifiques 31/.

67. D'un point de vue pratique, il serait par conséquent dangereux d'ignorer aussi bien la dimension régionale que nationale de la notion d'"autochtone". Des recherches et des consultations au niveau régional seraient extrêmement utiles et, à l'avenir, les différences de pratiques doivent être admises sous réserve que ces pratiques restent dans une large mesure conformes à l'avis d'experts régionaux et internationaux. En cas de différends, ceux-ci devraient être traités de la même façon que n'importe quel autre différend faisant intervenir des questions aussi bien factuelles que juridiques dans le domaine des droits de l'homme, c'est-à-dire par un dialogue constructif entre organes d'experts et représentants des peuples autochtones et des gouvernements.

68. A ses deuxième et troisième sessions, le Groupe de travail sur les populations autochtones a longuement examiné la question de la définition d'"autochtone" en se fondant sur le travail du Rapporteur spécial 32/. Il n'a pu parvenir à un consensus, mais les populations autochtones qui ont participé aux discussions ont insisté sur la nécessité de faire preuve de souplesse et de respecter les souhaits et les droits de chaque population à se définir. Depuis lors, le Groupe de travail a effectivement fait preuve de souplesse s'agissant de déterminer qui pouvait participer à ses sessions annuelles, en confiant aux organisations autochtones elles-mêmes le soin d'appeler l'attention sur toute prétention infondée à y participer en tant que peuple "autochtone". Globalement, cette approche a fait ses preuves et montre que l'évolution progressive de la notion d'"autochtone" permet véritablement dans la pratique, et en coopération avec les peuples concernés eux-mêmes, de vérifier les prétentions d'un groupe dont le caractère juridique peut être contesté.

69. En résumé, les facteurs considérés aujourd'hui comme pertinents par les organisations internationales et les experts juridiques (y compris les experts juridiques autochtones et les universitaires) pour comprendre le concept d'"autochtone" sont :

a) L'antériorité s'agissant de l'occupation et de l'utilisation d'un territoire donné;

b) Le maintien volontaire d'un particularisme culturel qui peut se manifester par certains aspects de la langue, une organisation sociale, des valeurs religieuses ou spirituelles, des modes de production, des lois ou des institutions;

c) Le sentiment d'appartenance à un groupe, ainsi que la reconnaissance par d'autres groupes ou par les autorités nationales en tant que collectivité distincte; et

d) Le fait d'avoir été soumis, marginalisé, dépossédé, exclu ou victime de discrimination, que cela soit ou non encore le cas.

70. Les facteurs précités ne constituent pas, et ne peuvent constituer, une définition générale ou exhaustive. Il s'agit simplement de facteurs qui peuvent être présents, de façon plus ou moins marquée, dans différentes régions et dans différents contextes nationaux et locaux. En tant que tels, ils peuvent fournir certaines indications générales pour la prise de décision.

71. Le système des Nations Unies devrait être conscient de la conclusion à laquelle est parvenue la direction de la Banque mondiale selon laquelle il n'existe pas de définition unique capable de rendre compte de la diversité des peuples autochtones de par le monde 33/. Il serait également sage de ne pas oublier que le Rapporteur spécial, M. Capotorti, a déclaré que bien qu'une définition précise susceptible de recueillir une adhésion générale pourrait être d'une grande valeur sur le plan doctrinal, elle serait pratiquement impossible à élaborer compte tenu des réalités actuelles dans le monde et, en tout état de cause, ne contribuerait pas de façon notable à la protection concrète des groupes contre tout abus 34/.

72. En présentant cette analyse, la Présidente-Rapporteur souhaite insister sur le fait qu'elle ne trouve pas de motif valable dans la pratique ou les précédents de l'ONU pour établir une distinction entre peuples "autochtones" et "tribaux", pas plus qu'il n'existe de manière générale de distinction entre "peuples autochtones" et "peuples" autre que le fait que les groupes généralement appelés "autochtones" n'ont pu exercer leur droit à l'autodétermination en participant à la reconstruction de l'Etat-nation contemporain.

73. La Présidente-Rapporteur ne peut que conclure que toute incohérence ou imprécision des efforts antérieurs visant à préciser la notion d'"autochtone" ne résulte pas d'une insuffisance de l'analyse scientifique ou juridique, mais des efforts faits par certains gouvernements pour en limiter l'universalité et par d'autres gouvernements pour dresser un mur conceptuel entre "autochtone" et "peuple" et/ou "territoire non autonome". Personne n'a réussi à élaborer une définition du terme "autochtone" qui soit à la fois précise et cohérente sur le plan philosophique et qui cependant réponde à la volonté d'en limiter l'application régionale et les conséquences juridiques. Toutes les tentatives faites par le passé pour parvenir à une définition à la fois claire et restrictive n'ont fait en réalité qu'accentuer les ambiguïtés.

74. Compte tenu de l'expérience du Groupe de travail sur les populations autochtones, la seule solution immédiate relève du domaine de la procédure : il faut veiller à ce que l'application éventuelle d'une déclaration sur les droits des populations autochtones soit confiée à un organe impartial et ouvert aux points de vues des peuples autochtones et des gouvernements de sorte que la notion d'"autochtone" puisse raisonnablement évoluer et que l'on tienne compte dans la pratique de ses spécificités régionales.

Notes

- 1/ E/CN.4/Sub.2/1995/24, par. 162.
- 2/ Voir E/CN.4/1996/84.
- 3/ La création du Groupe de travail sur les populations autochtones a été recommandée par la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités dans sa résolution 2 (XXXIV) du 8 septembre 1981, approuvée par la Commission des droits de l'homme dans sa résolution 1982/19 du 10 mars 1982 et autorisée par le Conseil économique et social dans sa résolution 1982/34 du 7 mai 1982.
- 4/ Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, du 24 octobre 1970, annexe.
- 5/ Voir A/2361 (1952).
- 6/ E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, publication des Nations Unies, numéro de vente F.86.XIV.3, par. 379.
- 7/ A propos de la définition employée dans la Convention No 169 de l'OIT, voir I. Brownlie, "Treaties and Indigenous Peoples", The Robb Lectures, F.M. Brookfield (responsable de la publication), Clarendon Press, Oxford, 1992, p. 60 à 67. Pour une analyse des dispositions de cette Convention, voir R.L. Barsh, "An Advocate's Guide to the Convention on Indigenous and Tribal Peoples", 15 OKLAHOMA UNIVERSITY LAW REVIEW 209 (1990), L. Swepston, "A New Step in the International Law on Indigenous and Tribal Peoples: ILO Convention No 169 of 1989", 15 OKLAHOMA UNIVERSITY LAW REVIEW 677 (1990), et S.J. Anaya, "Indigenous Rights Norms in Contemporary International Law", Arizona Journal of International and Comparative Law, vol. 8, No 2, automne 1991, p. 6 à 15.
- 8/ Ainsi formulé, l'article 1.2 de la Convention No 169 de l'OIT accorde une grande importance au sentiment d'appartenance (ou auto-identification), même si celui-ci n'est pas en lui-même un critère suffisant.
- 9/ OEA/Ser/L/V/II.90, doc. 9 rev. 1 (21 septembre 1995).
- 10/ "Guidelines for Support to Indigenous Peoples", Programme des Nations Unies pour le développement, projet V, janvier 1995. Ce projet de directives doit être adopté par le Conseil d'administration du PNUD.
- 11/ Voir E/CN.4/Sub.2/1995/24, par. 41 à 51.
- 12/ Ibid. par. 29 à 32.
- 13/ Voir H. Hannum, "New Developments in Indigenous Rights", Virginia Journal of International Law, vol. 28, No 3, printemps 1988, p. 663.
- 14/ Communication No R.6/24, Sandra Lovelace c. Canada, dans Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-sixième session, supplément No 40 (A/36/40), annexe XVIII. Pour une analyse détaillée des constatations

pertinentes exprimées par le Comité des droits de l'homme, voir G. Alfredsson et A. de Zayas, "Minority Rights: Protection by the United Nations", dans Human Rights Law Journal, 26 février 1993, vol. 14, Nos 1-2, p. 5 et 6.

15/ H. McRae, G. Nettheim et L. Beacroft, Aboriginal Legal Issues, The Law Book Company Limited, Sydney, 1991, p. 320.

16/ Ibid., quarante-cinquième session, supplément No 40 (A/45/40), vol. II, annexe IX, par. 32.2.

17/ E/CN.4/Sub.2/1995/24, par. 41.

18/ E/CN.4/Sub.2/1992/SR.31/Add.1, par. 36.

19/ Voir E/CN.4/Sub.2/1995/24, par. 45 à 51.

20/ Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992), vol. I, résolutions adoptées par la Conférence, annexe II. Publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.I/8. Voir également le chapitre 26 du programme Action 21 intitulé "Reconnaissance et renforcement du rôle des populations autochtones et de leurs communautés".

21/ A/CONF.171/13, par. 6.27.

22/ Directive opérationnelle 4.20, par. 5 a), septembre 1991. Les autres facteurs indiqués sont l'auto-identification, une langue propre, des institutions sociales et politiques coutumières et une économie principalement de subsistance.

23/ E.-I. A. Daes, "On the Relations Between Indigenous Peoples and States", Without Prejudice, vol. III, p. 44.

24/ Voir Question des "communautés" gréco-bulgares (avis consultatif), Cour permanente de justice internationale, série B, No 17, p. 21 (31 juillet 1930). A cet égard, voir également P. Thornberry, "The UN Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities: Background, Analysis, Observations and an Update", dans Universal Minority Rights, A. Phillips et A. Rosas (sous la direction de), Abo Akademi University Institute for Human Rights, 1995, p. 16 et 17.

25/ F. Capotorti, Etude des droits des personnes appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques, publication des Nations Unies, numéro de vente : F.91.XIV.2, Genève, 1991, par. 568.

26/ E/CN.4/Sub.2/1985/31, par. 74 et 181.

27/ E/CN.4/Sub.2/1993/34, par. 29.

28/ E/CN.4/Sub.2/1996/2, par. 76 à 90.

29/ CCPR/C/21/Rev.1/Add.5. Voir en particulier le paragraphe 7.

30/ Pour une analyse de la signification des concepts d'"autochtones", de "peuples" et de "minorités", voir M.N. Shaw "The Definition of Minorities in International Law", Israel Yearbook on Human Rights, vol. 20 (1991) p. 13 à 43; E.-I.A. Daes, "Some Considerations on the Right of Indigenous Peoples to Self-Determination", Transnational Legal and Contemporary Problems, vol. 3 (1993), p. 2 à 11; E.I.A. Daes "Dilemmas Posed by the UN Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples", Nordic Journal of International Law, 63: 205 à 212 (1994); E.I.A. Daes "The United Nations Declaration on Minority Rights: Necessary, Urgent and Overdue", International Geneva Yearbook, vol. IX, 1995, en particulier p. 91 et 92; R.L. Barsh, "Indigenous Peoples in the 1990s: From Object to Subject of International Law?", Harvard Human Rights Journal, vol. seven, Spring 1994, en particulier les pages 36 à 41 et 78 à 82; D. Sanders, "Indigenous Peoples at the United Nations" (disponible chez l'auteur), septembre 1995, p. 1 à 17; G. Alfredsson, "Group Rights, Preferential Treatment and the Rule of Law", Discussion Paper for Consultation on Group Rights at the University of Cambridge, Law and Society Trust, Colombo, août 1995, p. 21.

31/ Voir W.C. Canby Jr., American Indian Law (second edition), St. Paul (Minnesota), West Publishing Co., 1988, p. 5 à 8.

32/ E/CN.4/Sub.2/1982/22, par. 109 à 119; E/CN.4/Sub.2/1984/20, par. 99 à 110.

33/ Manuel opérationnel de la Banque mondiale, op. cit., Directive opérationnelle 4.20 (1991).

34/ Capotorti, op. cit., par. 561 et 562.



**Conseil Economique
et Social**

Distr.
GENERALE

E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2/Add.1
28 juin 1996

FRANCAIS
Original : ANGLAIS

COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME

Sous-Commission de la lutte contre
les mesures discriminatoires et
de la protection des minorités
Groupe de travail sur les populations autochtones
Quatorzième session
29 juillet - 2 août 1996
Point 4 de l'ordre du jour provisoire

ACTIVITES NORMATIVES : EVOLUTION DES NORMES CONCERNANT LES DROITS
DES AUTOCHTONES - LA NOTION DE "PEUPLES AUTOCHTONES"

Renseignements reçus d'organisations représentant
des peuples autochtones

Additif

ABORIGINAL AND TORRES STRAIT ISLANDER COMMISSION

[Original : anglais]
[11 juin 1996]

UNE DEFINITION DES "PEUPLES AUTOCHTONES" ?

Introduction

1. L'Aboriginal and Torres Strait Islander Commission, une organisation autochtone dotée du statut consultatif auprès du Conseil économique et social, est d'avis que certaines définitions, en particulier celles portant sur les termes "peuples autochtones", dans le projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones et le projet d'instance permanente consacrée aux autochtones, devraient être élaborées par les peuples autochtones eux-mêmes.

Une définition des "peuples autochtones" est-elle nécessaire ?

2. Le Groupe de travail sur les populations autochtones n'a pas besoin d'une définition claire des "peuples autochtones" pour avancer dans l'élaboration du projet de déclaration. Le fait qu'il n'existe pas aujourd'hui de définition inattaquable de ces termes ne devrait pas non plus empêcher la création et le fonctionnement d'une instance permanente. Comme il a été indiqué à la première session du Groupe de travail de la Commission des droits de l'homme qui s'est tenue en novembre-décembre 1995 à Genève, et dans d'autres instances :

- les concepts fondamentaux énoncés dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme ne sont souvent pas définis;
- l'Organisation des Nations Unies s'abstient généralement d'élaborer des définitions strictes, susceptibles de restreindre la marge de manoeuvre des gouvernements et des peuples dans l'application des instruments pertinents compte tenu de leurs propres conditions nationales;
- il n'a pas été possible de définir le terme de "minorités" dans le cadre des travaux de l'Organisation des Nations Unies sur les minorités, bien que la Commission des droits de l'homme se soit efforcée d'en donner une définition dans sa résolution 1984/62;
- d'autres instruments tels que la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement - Action 21 se réfèrent à la participation des peuples autochtones dans le domaine de l'environnement, sans donner une définition de ces peuples.

3. Une définition hâtive des termes pourrait bien empêcher des groupes importants de jouir des droits qui seront reconnus dans le projet de déclaration. Il n'est à l'évidence nullement nécessaire de déterminer de façon précipitée le sens de l'expression "peuples autochtones" en en donnant une définition abstraite.

4. Il suffit qu'existent des peuples reconnus sans équivoque comme autochtones pour établir le rôle, la légitimité et le mandat du Groupe de travail de la Commission des droits de l'homme pour poursuivre l'élaboration du projet de déclaration et créer une instance permanente qui veillerait aux intérêts de l'ensemble des peuples autochtones de la planète. Certains sont reconnus comme tels par leurs propres Etats souverains, et participent aux

instances de l'Organisation des Nations Unies en tant que représentants autochtones, au sein des délégations des Etats ou dans le cadre d'organisations non gouvernementales autochtones. D'autres sont invités par l'Organisation des Nations Unies à participer à ces instances en qualité de parties autochtones. Les résolutions de la Commission des droits de l'homme reconnaissent clairement leur existence, mais sans les définir, et sanctionnent la légitimité de leur participation régulière aux travaux de la Commission.

Reconnaissance des "peuples autochtones"

5. La reconnaissance du statut juridique de "peuple autochtone" comportait jusqu'ici deux phases :

- l'identification par le peuple lui-même;
- la reconnaissance par une entité souveraine ou une institution internationales.

6. Divers Etats ont appliqué aux groupes autochtones des définitions à usage interne, en les désignant par leur nom ou celui de leur tribu. L'identification a été également fixée en droit international lorsque des Etats souverains ont conclu des traités en vue de parvenir à un règlement, en reconnaissant souvent ces groupes comme des "nations dépendantes", comme ce fut le cas aux Etats-Unis d'Amérique et au Canada, de mettre fin à des guerres ou de maintenir le tracé de leurs frontières. Les tribunaux nationaux et les institutions internationales ayant reconnu ces arrangements, l'identité autochtone jouit d'une vaste reconnaissance.

Définitions internes à l'Australie

7. "Aborigène" est un terme technique appliqué aux peuples autochtones de l'Australie ainsi que d'autres terres, et qui signifie "depuis le début". En réalité, il désigne ces peuples comme étant les "premiers peuples" d'une région ou d'un endroit donné. Le terme "autochtones" signifie également "ceux qui sont originaires des terres", et certains articles du projet de déclaration visent à redonner sens et vie à ces notions.

8. L'Australie n'a pas adopté irrévocablement une définition définitive des "peuples autochtones", que ce soit dans sa législation nationale ou en droit international. La législation interne emploie essentiellement des formules pragmatiques et larges qui visent à conférer aux individus des droits et des prestations plutôt qu'à en limiter la jouissance. Des deux définitions qui ont été données, la plus intéressante est celle de la Cour suprême de l'Australie, qui figure dans Commonwealth of Australia and Anor. v State of Tasmania (1983) 46 ALR 625 at 817. On peut y lire ce qui suit :

"Par 'Australien aborigène' j'entends (...) une personne d'origine aborigène, même partiellement, qui s'identifie comme telle et qui est reconnue par la communauté aborigène comme faisant partie de cette communauté." (Deane J.)

9. Ces critères, qui permettent aux peuples autochtones d'établir des normes en matière d'auto-identification et de reconnaissance, reflètent la pratique constante de nombreuses juridictions souveraines, et sont conformes aux principes du droit international. Ils figurent également dans la définition qui a été donnée par M. Cobo en 1983.

Difficulté d'élaborer une définition internationale applicable à tous

10. Pour interpréter correctement l'expression "peuples autochtones" en droit international, il convient de définir les deux termes, autrement dit il faut déterminer ce qui caractérise les "peuples" et donner un sens juridique au mot "autochtones". Il existe un grand nombre de définitions provisoires de ces deux termes. Le rapport final de la Réunion internationale d'experts en vue de l'approfondissement de la réflexion sur le concept de droits des peuples (UNESCO : SNS - 89/CONF.602/7), daté de 1990, a proposé la définition provisoire suivante :

"Un peuple [aux fins de l'application] des droits des peuples en droit international, notamment le droit à disposer d'eux-mêmes."

11. Le Groupe de travail a utilisé, et devrait continuer à le faire, la définition provisoire des "peuples autochtones" proposée par M. Cobo. Sa formule et la définition donnée dans la Convention (No 169) de l'OIT concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants, 1989, reconnaissent l'une et l'autre l'auto-identification et l'autoreconnaissance comme des aspects essentiels de la définition des peuples autochtones. Ces deux modèles présentent un intérêt, même si la Convention No 169 de l'OIT contient, dans le paragraphe 3 de son article premier, une clause selon laquelle "l'emploi du terme 'peuples' dans la présente Convention ne peut en aucune manière être interprété comme ayant des implications de quelque nature que ce soit quant aux droits qui peuvent s'attacher à ce terme en vertu du droit international", clause dont on peut ne pas tenir compte aux fins, entre autres, d'une définition provisoire. L'historique de la rédaction de la Convention No 169 de l'OIT montre également clairement que cette condition ne figurait pas dans la version originale, mais a fait l'objet d'un amendement ultérieur visant à conférer à la Convention un caractère plus universel.

Maintien de l'emploi du mot "peuples"

12. Rien ne devrait raisonnablement s'opposer à l'utilisation du mot "peuples", que ce soit dans le projet de déclaration ou dans l'instance permanente. Le mot "peuples" associé à celui d'"autochtones" figure déjà dans un instrument international, la Convention No 169 de l'OIT. Ces termes peuvent être lus ensemble, comme incluant les peuples qui sont à la fois tribaux et autochtones, ou séparément, en considérant que la Convention porte sur les "peuples tribaux" et les "peuples autochtones" (terme utilisé dans la Convention : "peuples indigènes"). La clause stipulée au paragraphe 3 de l'article premier indique clairement que la deuxième solution est la bonne; dans le cas contraire, l'introduction de la clause précitée n'aurait pas eu de sens. Etant donné que l'article 3 du projet de déclaration stipule que les peuples autochtones ont le droit de disposer d'eux-mêmes, l'emploi du mot "peuples" dans le titre de la déclaration ne saurait être récusé au motif qu'il renforcerait cette revendication.

Eléments d'une définition des "peuples autochtones"

13. Toute définition devrait prendre en considération la reconnaissance :
- Du droit des peuples autochtones à s'identifier en tant que tels;
 - De la signification implicite des termes "autochtones" et "peuples aborigènes";
 - Des droits de primogéniture au titre de "premiers peuples";
 - Des droits qui en découlent quant à la terre, à l'autodétermination et à la culture;
 - Du droit d'accepter les autres dans des groupes classés comme autochtones ou aborigènes;
 - Du droit de déterminer en dernier lieu les caractéristiques des "peuples autochtones" et d'en donner une définition.
14. En résumé :
- Historiquement, les concepts fondamentaux énoncés dans les instruments relatifs aux droits de l'homme ne sont souvent pas définis;
 - Il conviendrait de défendre le droit coutumier - sanctionné par la pratique des Etats et le droit international - qu'ont les peuples autochtones, comme d'ailleurs tous les peuples quels qu'ils soient, de déterminer les critères de leur propre identité;
 - Il conviendrait d'éviter les propositions prématurées visant à établir à ce stade des définitions définitives.



ЭКОНОМИЧЕСКИЙ
И СОЦИАЛЬНЫЙ СОВЕТ

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2
10 June 1996

RUSSIAN
Original: ENGLISH

КОМИССИЯ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

Подкомиссия по предупреждению дискриминации
и защите меньшинств

Рабочая группа по коренному населению

Четырнадцатая сессия

29 июля - 2 августа 1996 года

Пункт 4 предварительной повестки дня

ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ ПО УСТАНОВЛЕНИЮ СТАНДАРТОВ: РАЗВИТИЕ СТАНДАРТОВ,
КАСАЮЩИХСЯ ПРАВ КОРЕННЫХ НАРОДОВ

Рабочий документ, подготовленный Председателем-Докладчиком,
г-жой Эрикой-Ирен Даес, по концепции "коренных народов"

СОДЕРЖАНИЕ

	<u>Пункты</u>	<u>Стр.</u>
ВВЕДЕНИЕ	1 - 9	3
I. РАССМОТРЕНИЕ МЕЖДУНАРОДНОЙ ПРАКТИКИ В ИСТОРИЧЕСКОМ РАЗРЕЗЕ	10 - 41	5
А. Лига Наций	12 - 14	5
В. Панамериканский союз	15 - 16	6
С. Устав Организации Объединенных Наций	17 - 20	6
D. Конвенция № 107 Международной организации труда	21 - 23	8
E. Исследования проблемы дискриминации в отношении коренного населения	24 - 27	8
F. Конвенция № 169 МОТ	28 - 34	9
G. Точка зрения коренных народов	35 - 38	11
H. Мнения, выраженные правительствами	39	12
I. Мнения, выраженные членами Рабочей группы	40 - 41	12
II. КРИТИЧЕСКИЙ ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ	42 - 65	13
A. Сопоставление с "несамоуправляющимися территориями"	42 - 46	13
B. Сопоставление с "меньшинствами"	47 - 59	14
C. Поиск факторов, характерных для "коренных народов"	60 - 65	17
III. ВЫВОДЫ И РЕКОМЕНДАЦИИ	66 - 74	18

ВВЕДЕНИЕ

1. На своей тринадцатой сессии Рабочая группа по коренным народам постановила рекомендовать Подкомиссии по предупреждению дискриминации и защите меньшинств, чтобы Председателю-Докладчику г-же Эрике-Ирен А. Даес было поручено подготовить записку о критериях определения коренных народов на основе информации, которая могла бы быть представлена ей правительствами, межправительственными организациями и организациями коренных народов 1/.
2. Впоследствии рекомендация Рабочей группы была одобрена Подкомиссией в пункте 3 ее резолюции 1995/38 от 24 августа 1995 года.
3. В пункте 7 своей резолюции 1996/40 от 19 апреля 1996 года Комиссия по правам человека приняла к сведению рекомендацию Рабочей группы о том, чтобы Председатель-Докладчик рассмотрела концепцию "коренных народов" и отметила, что в ходе любой работы следует учитывать мнения правительств и организаций коренных народов. Комиссия также просила обсудить этот вопрос в ходе четырнадцатой сессии Рабочей группы и препроводить доклад Рабочей группы правительствам и организациям коренных народов до следующей сессии Межсессионной рабочей группы открытого состава Комиссии, созданной в соответствии с резолюцией 1995/32 для выработки проекта декларации о правах коренных народов.
4. Пока что Председатель-Докладчик не получила замечаний от правительств или организаций коренных народов в отношении вопроса определения. Вместе с тем она, в частности, руководствовалась содержательным обсуждением этого концептуального вопроса на предыдущих сессиях Рабочей группы, а также должным образом приняла к сведению пространный обмен мнениями между правительствами и представителями коренных народов на первой сессии Межсессионной рабочей группы открытого состава Комиссии, созданной в соответствии с указанной выше резолюцией, которая проходила 20 ноября - 1 декабря 1995 года в Женеве 2/.
- Председатель-Докладчик была удовлетворена тем, что она смогла участвовать в этих обсуждениях и выступить перед Рабочей группой в качестве наблюдателя, а также в качестве Председателя-Докладчика Рабочей группы по коренным народам.
5. Следует также отметить, что Председатель-Докладчик подготовила всеобъемлющую записку (E/CN.4/Sub.2/AC.4/1995/3) о критериях, которые могли бы применяться при рассмотрении концепции коренных народов, которая была представлена Рабочей группе по коренным народам на ее тринадцатой сессии. Основные критерии, выявленные в этой записке, касались аспектов исторической преемственности, культурной самобытности, традиционного землевладения, недоминирующего положения, самоидентификации и группового сознания. В этой записке Председатель-Докладчик также отметила (пункт 7), что присутствие на заседаниях Рабочей группы некоторых лиц, представивших себя как "представители коренных народов", было оспорено другими представителями коренных народов в Рабочей группе.

6. Председатель-Докладчик также подняла вопрос о целесообразности выработки определения концепции "коренных народов". Она, среди прочего, отметила, что сама Рабочая группа добилась успешных результатов, хотя она и не приняла какого-либо официального определения "коренных народов". Тем не менее этот форум стал, по мнению почти всех его участников, крупным событием в системе Организации Объединенных Наций, на который съехались представители правительств-наблюдателей, коренных народов, межправительственных и неправительственных организаций и других заинтересованных частных лиц, в частности представителей научной общественности, - "подлинное сообщество народов" как его назвала Председатель-Докладчик. Он также вносит систематический и конструктивный вклад в дело пропаганды, защиты и реализации прав коренных народов мира.

7. Несмотря на эти замечания Председатель-Докладчик, среди прочего, выразила мнение, что некоторые обсуждения, касающиеся, в частности, дальнейшего анализа концепции "коренных народов", могли бы быть желательными как в качестве ответа на возражающий интерес правительств и самих коренных народов, так и в качестве "ориентира" для системы Организации Объединенных Наций, в частности в области осуществления международно-правовых пактов, касающихся поощрения и защиты прав коренных народов.

8. Готовя настоящий рабочий документ, Председатель-Докладчик также приняла к сведению рассмотрение данного вопроса Специальным докладчиком Подкомиссии г-ном М. Альфонсо Мартинесом в своем втором докладе о ходе работы над исследованием договоров, соглашений и других конструктивных соглашений между государствами и коренными народами (E/CN.4/Sub.2/1995/27, пункты 48-129).

9. Следующий ниже анализ концепции "коренных народов" имеет предварительный характер и нацелен главным образом на содействие более предметному обсуждению данного вопроса заинтересованными сторонами на четырнадцатой сессии рабочей группы, а также в Рабочей группе открытого состава Комиссии. Как поясняется ниже, Председатель-Докладчик пришла к выводу, что понятие "коренные народы" не позволяет дать точное и всеобъемлющее определение, которое могло бы применяться одинаковым образом во всех районах мира. Тем не менее может быть достигнута более широкая договоренность по выявлению главных факторов, выделяющих "коренные народы" из других групп, в практике системы Организации Объединенных Наций и региональных межправительственных организаций. Соответственно, Председатель-Докладчик посвятила часть своего рабочего документа обзору международной практики в историческом разрезе в попытке выделить, в частности, повторяющиеся концептуальные элементы или темы.

I. РАССМОТРЕНИЕ МЕЖДУНАРОДНОЙ ПРАКТИКИ В ИСТОРИЧЕСКОМ РАЗРЕЗЕ

10. Следует с самого начала оговориться, что международное обсуждение концепции "коренных народов" с конца девятнадцатого столетия до создания Рабочей группы в 1982 году з/ велось на европейских языках, главным образом английском, испанском и немецком. Английский и испанский языки имеют общий корень – латинский термин *indigenae*, который использовался для различения тех, кто родился в данном месте, и тех, кто прибыл откуда-то еще (*advenae*). Напротив, французский термин *autochtone* имеет греческий корень и, как и немецкий термин *Ursprung*, предполагает, что группа, которой он обозначается, первой прибыла в данное место. Тем самым, семантические корни терминов, исторически использующихся в современном международном праве, имеют один общий концептуальный элемент: первенство по времени.

11. Весьма уместной отправной точкой для рассмотрения международной практики можно выбрать Берлинскую конференцию по Африке 1884–1885 годов, созванную великими державами для согласования принципов утверждения и признания их территориальных притязаний в Африке. В статье 6 заключительного акта Конференции великие державы приняли обязательство "покровительствовать коренному населению" Африки. В этом правовом контексте термин "коренное население" был призван обозначить различие между гражданами или подданными великих держав и жителями Африки, находившимися под колониальным господством великих держав. Следует иметь в виду, что термин "коренное население" имел и расовый элемент. Например, когда после бурской войны Британская империя подчинила своему господству голландских поселенцев в Южной Африке, никогда не считалось, что статья 6 заключительного акта применима в отношении их.

A. Лига Наций

12. В соответствии со статьей 22 Устава Лиги Наций члены Лиги приняли в качестве "священного доверия цивилизации" обязанность поощрения благосостояния и развития "коренного населения" этих "колоний и территорий", которые оставались под их контролем. Поэтому в Уставе Лиги Наций для проведения различия между колониальными державами и народами, живущими под колониальным господством, также использовался термин "коренные жители". Однако Устав включал еще и второе положение, которым "коренное население" характеризовалось как "народы, еще не способные самостоятельно выдерживать сложные условия современного мира" в отличие от более "передовых" обществ. Оба фактора (т.е. колониальное господство и уровень общественных установлений) подлежали рассмотрению в соответствии со статьей 22 Устава при определении степени контроля, необходимого для конкретных территорий и народов.

13. Случай Южной Африки иллюстрирует значение, придававшееся статье 22 Устава в практике Лиги. В 1919 году Южная Африка еще не была независимым государством. Она все еще входила в Британскую империю и, хотя и обладала самоуправлением в отношении местных или внутренних дел, подчинялась британскому парламенту в Лондоне.

Тем не менее в соответствии со статьей 22 Лига дала Южной Африке мандат в отношении

территории и населения Намибии. С точки зрения концепций Устава, Намибия населялась "коренным населением" в отличие от "передовой" Южной Африки. Вместе с тем Лига не считала, что африканское население самой Южной Африки являлось "коренным" по отношению к недавним голландским и британским поселенцам.

14. В случае Южной Африки можно выделить еще один важный элемент эволюционирующей концепции "коренных народов". Статья 22 Устава применялась в отношении территорий, разграничивавшихся международно признанными границами, а не в отношении народов, которые могли бы выделяться социологическими, историческими и политическими факторами. Таким образом, Намибия, будучи территорией, определенной великими державами географически, считалась территорией "коренного населения", в то время как африканское население Южной Африки таковым не считалось.

В. Панамериканский союз

15. При этом Панамериканский союз, предшественник нынешней Организации американских государств, начал использовать выражение "коренное население" в совершенно ином значении. В своей резолюции XI от 21 декабря 1938 года восьмая Международная конференция американских государств провозгласила:

"Коренное население как потомки первых обитателей земель, ныне образующих Америку, в целях возмещения недостатков его физического и духовного развития, имеет предпочтительное право на защиту со стороны публичных властей".

Цель такого преференциального режима заключалась в его "полной интеграции в общенациональную жизнь" ныне существующих государств. Следует отметить, что в этом и в последующих официальных документах Панамериканского союза слова "коренной" и "индейский" использовались одновременно как синонимы.

16. Поэтому в практике, сложившейся в регионе американского континента, термин "коренное население" использовался для обозначения маргинализованных или уязвимых этнических, культурных, языковых и расовых групп в пределах границ государств, а не жителей колониальных территорий, отделенных в географическом плане от управляющей державы.

С. Устав Организации Объединенных Наций

17. Принятие Устава Организации Объединенных Наций в 1945 году никак не согласовало различные значения термина "коренное население" в международном праве. В статье 73 Устава говорится о "территориях, народы которых не достигли еще полного самоуправления", а не о "коренном населении" – термине, фигурировавшем в уставе Лиги Наций. Только 15 декабря 1960 года Генеральная Ассамблея Организации Объединенных Наций в своей резолюции 1541 (XV) дала с этой целью определение

"несамоуправляющейся территории", используя двойной критерий. Территории, которые "географически расположены отдельно и отличаются в этническом и (или) культурном отношении от управляющей ими страны", очевидно, попадают под сферу действия статьи 73. В подтверждение этого могут быть представлены свидетельства того, что ее жители находятся в "положении или статусе подчинения", хотя это не является необходимым.

18. Обычно предполагается, что указанное выше определение "несамоуправляющихся территорий" в отношении статьи 73 Устава применимо и в отношении определения "народов", имеющих право на осуществление своего права на самоопределение в соответствии с общей статьей 1 двух Международных пактов о правах человека (ниже - Пактов). Однако значение выбора термина "народы", а не "территории" разработчиками двух Пактов не следует преуменьшать. Переход от географической к социологической концепции предполагает расширение сферы применения принципа самоопределения, включая также недоминирующие группы в пределах независимых государств.

19. В соответствии с предложенным выше анализом выбора термина "народы" в двух Пактах Декларация 1970 года о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций 4/ запрещает расчленение государств, "соблюдающих в своих действиях принцип равноправия и самоопределения народов... и вследствие этого имеющих правительства, представляющие без различия рас, вероисповедания или цвета кожи весь народ, проживающий на данной территории". Такая оговорка была бы излишней, если только не понималось, что население государства может состоять из ряда "народов", каждый из которых обладает правом на самоопределение. В соответствии с анализом Председателя-Докладчика в ее пояснительной записке, касающейся проекта декларации о правах коренных народов, право на самоопределение может быть удовлетворено, если народ реально участвует через своих представителей в управлении демократическим государством и не страдает от каких-либо препятствий или дискриминации (E/CN.4/Sub.2/1993/26/Add.1, пункты 21-23).

20. По сравнению с этим после второй мировой войны термин "коренной народ" приобрел значение, в котором он использовался Панамериканским союзом, а не Лигой Наций. В своей резолюции 275 (III) от 11 мая 1949 года Генеральная Ассамблея рекомендовала изучить положение "туземного населения и вышеупомянутых малоразвитых социальных групп" американского континента в целях поощрения их интеграции и развития. Через три года правительство Бельгии вызвало бурную дискуссию, выдвинув утверждение, что статья 73 Устава должна толковаться в свете концепции "коренных народов" в статье устава Лиги Наций 5/. Согласно мнению делегации Бельгии, обязательство представления информации по статье 73 Устава касается не только заморских колоний, но и "отсталых туземных народов", живущих в границах независимых государств во всех регионах мира.

D. Конвенция № 107 МОТ

21. Делегации Бельгии не удалось убедить других в справедливости ее толкования концепции "коренных народов" в статье 73 Устава, однако МОТ приняла Конвенцию о защите и интеграции коренного и другого населения, ведущего племенной и полуплеменной образ жизни, в независимых странах, 1957 года (№ 107), статья 1 которой определяет термин "племенной" в выражениях, восходящих к уставу Лиги Наций: они находятся на менее высокой социально-экономической стадии развития, "чем их соседи", и они живут по другим законам, принимаемым ими самими или устанавливаемым государством. Более того, некоторые "племенные" народы рассматриваются "как коренное население ввиду того, что они являются потомками жителей, населявших страну или географическую область, частью которой является эта страна, во времена ее завоевания или колонизации", и сохраняющих отличия социального, экономического и культурного плана.

22. Таким образом, по терминологии Конвенции № 107 как "племенные", так и "коренные" народы характеризуются главным образом социальными, культурными, экономическими, правовыми и институциональными отличиями. Свидетельства фактического угнетения или дискриминации не являются критерием. Единственный фактор, отличающий "коренные народы" от "племенных народов", – история "завоевания или колонизации", однако это различие не играет практической роли, поскольку Конвенция гарантирует обеим категориям народов совершенно одинаковые права. В соответствии с Конвенцией № 107 все "коренные" народы являются "племенными", однако не все "племенные" народы являются народами "коренными". Особые права в равной степени принадлежат обеим группам. Принадлежность к "коренному народу" не устанавливает какого-либо особого положения как жертвы, в прошлом, завоевания или колонизации. Таким образом, источник прав (в соответствии с этим международно-правовым актом МОТ) лежит не в истории завоевания, колонизации или угнетения данного народа, а в его истории отдельного общества или государства.

23. Следует отметить, что Конвенция № 107 была ратифицирована не только 14 государствами Латинской Америки и 2 государствами Западной Европы, но и 11 государствами Африки и Азии.

E. Исследование проблемы дискриминации в отношении коренного населения

24. В своем капитальном Исследовании проблемы дискриминации в отношении коренного населения (E/CN.4/Sub.2/1986/7 и Add.1-4) Специальный докладчик Подкомиссии г-н Х. Мартинес Кобо предложил осторожный предварительный анализ концепции "коренного населения", отражающий основополагающие элементы, уже получившие отражение в статье 1 Конвенции № 107.

"Коренное население – это коренные общины, народы и нации, сохраняющие историческую преемственность с обществами, которые существовали до вторжения завоевателей и введения колониальной системы и развивались на своих собственных

территориях, считающие себя отличными от других слоев общества, преобладающих в настоящее время на этих территориях или на части этих территорий. Они составляют слои общества, не являющиеся доминирующими, и хотят сохранить, развивать и передать будущим поколениям территорию своих предков и свою этническую самобытность в качестве основы для продолжения своего существования как народов в соответствии со своими собственными культурными особенностями, социальными институтами и правовыми системами" 6/.

25. Здесь сочетаются элемент отличия, который характеризует как "коренные", так и "племенные" народы в соответствии со статьей 1 Конвенции № 107 МОТ, и элемент колониализма, который в Конвенции № 107 используется для разграничения "коренных" и "племенных" народов.

26. Специальный докладчик предложил три дополнительных элемента для концепции "коренных народов", но эти новые элементы, пожалуй, либо не нужны, либо не достаточны для четкого определения конкретной группы. Один из таких элементов – "недоминирующее положение в настоящее время", что предполагает наличие дискриминации или маргинализации в той или иной форме и оправдывает действия международного сообщества. Вместе с тем из этого не вытекает, что группа перестает быть "коренной", если в результате мер, принятых для полной реализации ее прав, она перестает быть недоминирующей.

27. Специальный докладчик также сослался на важное значение поддержания группой связи с землями или территориями предков, а также важное значение обеспечения добровольной самобытности группы, а не навязываемой этой группе государством. Эти два момента были затронуты при пересмотре МОТ своей Конвенции № 107.

Г. Конвенция № 169 МОТ

28. Конвенция № 107 МОТ была пересмотрена и заменена Конвенцией о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни, в независимых странах 1989 года (№ 169), где в статье 1 сохраняются различия между "коренными" и "племенными народами", хотя определение этих двух терминов несколько изменилось 7/. "Племенные народы" – это народы "социальные, культурные и экономические условия которых отличают их от других групп национального сообщества и положение которых регулируется полностью или частично их собственными обычаями или традициями, или специальным законодательством". Эта формулировка учитывает фактор "несходства", появившийся в Конвенции № 107 МОТ, однако устранена какая-либо коннотация того, что племенные народы являются менее развитыми. "Коренные народы" теперь получили определение в плане их отличительных черт, а также того, что они являются потомками тех, кто населял данную территорию "в период ее завоевания или колонизации или в период установления существующих государственных границ" (подчеркнуто нами). Добавление подчеркнутой фразы позволило свести к минимуму логические расхождения между

концепциями "коренной народ" и "племенной народ", поскольку обе концепции теперь определялись главным образом тем, в какой мере данная группа является отличной от других обществ.

29. Единственное конкретное различие, сохранившееся между определением "коренных" и "племенных" народов в Конвенции № 169 МОТ, по существу связано с принципом самоопределения. Народ может быть "племенным" либо в силу своего выбора (т.е. сохранения своих законов и обычаев), либо без такового (в результате особого правового статуса, предписанного государством). Народ может быть классифицирован как "коренной", только если он принимает такое решение, поддерживая незыблемость своих отличных от других установлений и самобытности.

30. Даже это последнее различие, по-видимому, снимается пунктом 2 статьи 1 Конвенции, где предусматривается, что основополагающим критерием для определения статуса данных групп является их "самоидентификация" 8/. Иными словами, единственным объективным или внешним критерием того, что данная группа является "коренным" или "племенным" народом является ее самобытность. Этот оставшийся критерий субъективен: выбор группы сохранить свою самобытность, осуществляя свое право на самоопределение.

31. Однако, как и Конвенция № 107 МОТ, Конвенция № 169 предоставляет "коренным" и "племенным" народам одинаковые права, подвергая еще большей эрозии полезность разграничения этих двух категорий народов.

32. Вполне можно считать, что после двух раундов продолжительных переговоров по проблеме определения, сначала в 1957 году и вновь в 1988-1989 годах, МОТ не достигла большей семантической четкости, добившись, наоборот, лишь слияния определений "коренных" и "племенных" народов в виде одного общего критерия отличимости.

33. Проект межамериканской декларации о правах коренных народов, подготовленный Межамериканской комиссией по правам человека для рассмотрения Генеральной ассамблеей Организации американских государств, заимствует концептуальный подход Конвенции № 169 МОТ, определяя "коренные народы" как "потомков самых первых жителей страны" 9/. Любопытно, однако, что из проекта Межамериканской декларации вытекает, что культурная самобытность – центральный элемент определения "племенных народов" МОТ – дает альтернативную основу установления того, что данная группа является группой "коренного населения". Если эта декларация будет принята, то понятия "коренного народа" и "племенного" народа, определенные в указанных выше конвенциях МОТ, будут объединены в одну концепцию с двумя альтернативными критериями.

34. Программа развития Организации Объединенных Наций подготовила проект руководящих принципов поддержки коренного населения 10/. Его руководящие принципы 4, 5 и 6 связаны с определением коренного народа. В этом проекте руководящих принципов, в частности, отмечается тот факт, что несмотря на известные

черты, присущие коренным народам мира, не существует какого-либо одного определения коренных народов, учитывающего все их разнообразие. Поэтому основополагающим критерием того, является ли данная группа группой коренного или племенного населения, обычно считается "самоидентификация", в иных случаях вместе с другими факторами, такими, как используемый язык и место проживания или расселения. В этом проекте руководящих принципов используется определение Конвенции № 169 МОТ.

G. Точка зрения коренных народов

35. Представители коренных народов неоднократно высказывали в Рабочей группе ту точку зрения, что определение концепции "коренного народа" не является необходимым или желательным. Они подчеркивали важное значение самоидентификации в качестве существенного компонента любого определения, которое могло бы быть выработано системой Организации Объединенных Наций. Кроме того, представители коренных народов отмечали, в частности в ходе тринадцатой сессии Рабочей группы, ряд других элементов 11/. Например, уполномоченный по делам аборигенов и социальной справедливости на островах пролива Торреса г-н М. Додсон заявил: "необходима возможность самоидентификации индивида, которая должна признаваться группой. Выше всего и важнее всего восходящая к древности историческая связь с землями и территориями...". Ряд других представителей коренных народов сослались на рабочее определение, разработанное Специальным докладчиком г-ном Мартинесом Кобо 12/. Так, представитель Совета сам заявил, что "даже без определения должно быть относительно легко установить, на кого распространяется проект декларации, используя критерии доклада Кобо, который вполне позволяет определить, относится ли данный человек или данное сообщество к коренному населению. Здесь основополагающую роль играют такие факторы, как историческая преемственность, самоидентификация и принадлежность к группе".

36. Как отмечалось раньше, группы коренных народов настаивают на своем праве определять себя как в плане "самоидентификации" индивида в качестве представителя коренного народа, так и в плане права сообщества определять своих членов. Такой "субъективный" подход – что коренные народы это народы, которые считают себя коренными и признаются как таковые членами группами – получил широкую поддержку, хотя не ясно, будет ли он достаточен при отсутствии других "объективных" критериев, например связь с предками 13/. Рассматривая этот вопрос, в особенности в связи с делом Сандры Лавлейс, Комитет по правам человека вынес решение, что отказ индианке в юридическом праве поселиться в индейской резервации Тобик в Канаде ввиду ее замужества за неиндейцем нарушает ее право, "вместе с другими членами ее группы", пользоваться плодами ее культуры, гарантированное статьей 27 Международного пакта о гражданских и политических правах. Комитет по правам человека прямо не рассматривал вопрос о том, утратила ли автор сообщения г-жа Лавлейс свой статус индианки. Тем не менее он косвенным образом решил, что она по-прежнему принадлежит к индейскому роду малисит,

в котором она родилась. Дело Сандры Лавлейс было рассмотрено в свете того факта, что ее брак с индейцем распался. Не имелось каких-либо свидетельств тому, что указанный выше индейский род возражает против ее проживания в резервации 14/.

37. Коренные народы также ссылались на статью 27 Пакта. В этой связи следует отметить, что, например, в 1980 году делегация аборигенов обратилась к Подкомиссии по поводу неспособности правительства Австралии защитить святыни на территории аборигенов Нунканба от посягательств властей Западной Австралии, намеревавшихся начать бурение для разведки на нефть 15/. Еще одно дело, касающееся канадских индейцев (сообщение № 167/1984, Бернард Оминак, вождь племени озера Лубикон, против Канады), затрагивает вопросы, рассматривавшиеся Комитетом по правам человека в связи со статьей 27 Пакта в отношении традиционных прав охоты и рыболовства, а также вопросы самоопределения в связи со статьей 1 Пакта. Рассматривая данное дело, Комитет, среди прочего, усмотрел нарушение статьи 27. Он признал, "что право, защищаемое статьей 27, включает право лиц, совместно с другими, заниматься экономической и социальной деятельностью, являющейся частью культуры общины, к которой они принадлежат" 16/.

38. Следует также отметить, что некоторые представители коренных народов Азии заявили, что ввиду учреждения новых рабочих групп Комиссии по правам человека безотлагательно необходимо разработать официальное определение, чтобы у правительств не было повода отрицать существование коренных народов в своих странах 17/.

Н. Мнения, выраженные правительствами

39. Представители правительств - наблюдателей Бангладеш и Индии подчеркнули необходимость четкого определения "коренных народов" в интересах действенного сосредоточения на проблемах подлинных коренных народов мира. Представитель Бангладеш, наблюдатель от правительства, в частности, заявил, что процедура, основанная на самоидентификации, могла бы оказаться бесполезной и что было бы весьма несправедливо по отношению к подлинным коренным народам, если бы проблематика коренных народов оказалась смешана с проблематикой других субнациональных и племенных групп, составляющих меньшинство в их соответствующих странах.

Г. Мнения, выраженные членами Рабочей группы

40. Г-н Р. Хатано, член Рабочей группы, в одном из своих выступлений в Подкомиссии в отношении, в частности, проекта декларации о правах коренных народов выразил следующее мнение в отношении определения концепции "коренных народов": "Даже если бы [декларация] не была обязательным международно-правовым актом, она тем не менее устанавливает право коренных народов и обязанности государства по отношению к таким народам. Однако нигде в декларации не определяется ключевое выражение - "коренной народ". Очевидно, организации коренных народов не хотят, чтобы этот термин получил определение, опасаясь, что некоторые коренные жители не будут охвачены таким

определением. Однако такие организации неоднократно утверждали, что численность коренных народов мира составляет примерно 300 млн. человек. Как они получили эту цифру, не имея какого-либо ориентира или определения для разграничения между коренными и некоренными жителями?" 18/.

41. Г-н Х. Бенгоа, заместитель члена Рабочей группы, заявил, что по поводу разработки концепции коренных народов в дискуссии явно обозначились два подхода: теоретический и политический. Кроме того, имеется сложная языковая проблема, связанная с употреблением слов "население" и "народы". В проекте декларации, одобренной Подкомиссией, использовались оба слова без проведения какого-либо четкого различия между ними. Выработка определения концепции "коренных народов" могла бы стать важным шагом вперед в направлении признания коренных народов и их прав, а также помогла бы уточнению весьма важного различия между коренными группами и меньшинствами. В этой связи следует проводить различие между определением народов и установлением процедур осуществления права на самоидентификацию. Процедуры осуществления права на самоидентификацию должны иметь следующие особенности: во-первых, они должны служить достижению международных целей, в частности цели взаимопонимания между различными культурами, во-вторых, они должны быть функциональными, допуская участие коренных народов, и, в-третьих, они должны быть гибкими в целях приспособления к новым ситуациям в динамическом процессе признания прав коренных народов. Г-н Бенгоа подчеркнул, что принцип самоидентификации является обязательным и должен присутствовать в определении. Другие важные элементы возможного определения - положение переселенцев и прочная связь с землей. Он отметил внутреннюю опасность требования исторической преемственности, поскольку многие коренные народы были насильственно перемещены со своих земель или проживают сегодня в городах, сохранив, тем не менее, свою самобытность. Кроме того, он подчеркнул, что элемент прошлой колонизации требует дальнейшего обсуждения, поскольку тот, видимо, отражает главным образом ситуации коренных групп на американском континенте. Элемент самобытной культуры, который признавался всеми существующими определениями, не должен становиться решающим: предпочтителен более динамический подход, учитывающий процессы перемен в коренных обществах. Кроме того, по его мнению, недоминирование представляет собой эмпирическую реальность, но необязательно существенный момент 19/.

II. КРИТИЧЕСКИЙ ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ

A. Сопоставление с "несамоуправляющимися территориями"

42. Как известно, в своей резолюции 1541 (XV) Генеральная Ассамблея определила "несамоуправляющиеся территории" по трем основополагающим факторам: отличиям в культуре, отдельному географическому расположению и фактической подчиненности. Эволюционирующая концепция коренных народов перекрывается официальным определением "несамоуправляющихся территорий" по первому фактору (культурной самобытности). Мы

видели, что подчиненность, хотя она была предложена в виде возможного элемента определения в исследовании Мартинеса Кобо, не была включена в определение, принятое Конвенциями МОТ в этой области, хотя большинство коренных народов, безусловно, сталкивается с маргинализацией и угнетением. Кроме того, не представляется логичным, чтобы наличие или отсутствие угнетения было фактором, отличающим коренные народы от других, переживших так называемый "классический колониализм".

43. Третий фактор отдельного географического расположения также заслуживает критического переосмысления. Специальный докладчик г-н Мартинес Кобо признал, что коренные народы часто характеризуются сохранением особых связей со своими "землями предков". Хотя Конвенция № 169 МОТ не включает какой-либо географический фактор в свое определение "коренных народов", тем не менее в статье 13 в ней говорится об "особой важности" сохраняющейся связи между коренными народами и их землями предков для сохранения их "культур и духовных ценностей". Иными словами, культурная самобытность коренных народов, которая образует стержень концепции "коренных народов" в современном международном праве, неотделима от "территории".

44. Неотделимость культурной самобытности и территории от концепции "коренных народов" отмечалась Конференцией Организации Объединенных Наций по окружающей среде и развитию в пункте 26.1 Повестки дня на XXI век, принятой государствами-членами консенсусом:

"Для коренных народов и местных общин характерна историческая привязанность к своим землям; как правило, их представители являются потомками исконных жителей этих земель" 20/.

45. На Международной конференции по народонаселению и развитию, проходившей в Каире в 1994 году, была вновь подтверждена, опять консенсусом, центральная роль систем землепользования и экологических зданий в культурах коренных народов 21/.

46. В руководстве Всемирного банка также выделяется "тесная привязанность к землям предков и к природным ресурсам в этих районах" в качестве одного из пяти факторов, которые в той или иной степени чаще всего характеризуют "коренные народы" 22/.

В. Сопоставление с "меньшинствами"

47. Признавая значение "территории", возможно, стоит затронуть другую важную логическую и концептуальную проблему: проведение различия между "коренными народами" и "меньшинствами". Необходимо четко разграничить "права коренных народов" и "права меньшинств". Коренные народы – это именно народы, а не меньшинства или этнические группы 23/.

48. Постоянная палата международного правосудия не дала определения концепции "меньшинств", однако попыталась раскрыть смысл концепции "община" в деле греко-болгарских общин следующим образом:

"...группа лиц, живущих в данной стране или местности, обладающих своими расовой принадлежностью, религией, языком и традициями и объединяемых такой общностью расовой принадлежности, религии, языка и традиций в духе взаимопомощи, направленной на сохранение их традиций и формы религиозного поклонения, на обучение и воспитание своих детей в духе и традициях их расы и взаимовыручки" 24/.

49. Указанная выше формула содержит четыре главных элемента: а) биологические отличия; б) культурные отличия (религия, язык, традиция); с) выбор или желание сохранить свою самобытность (что может быть выведено из сохранения культурной самобытности группы); а также d) социальная сцепка (которая может выводиться из того факта, что данная группа требует признания ее коллективных прав). Разумеется, с точки зрения права или науки расовый фактор уже не может считаться приемлемым.

50. Трактовка понятия "меньшинство", данная Постоянной палатой международного правосудия, может поэтому быть сведена к той же концепции, которая составляет ядро всех недавно предложенных определений "коренных народов", - т.е. отличия, которые этот народ желает сохранить.

51. В своей важной работе "Исследование прав лиц, принадлежащих к этническим, религиозным и языковым меньшинствам", Специальный докладчик Подкомиссии г-н Ф. Капоторти выразил мнение, что важными соображениями при определении необходимости специальной международной защиты данной группы следует считать размеры и роль данной группы. По его мнению, "меньшинство" с точки зрения социологии необязательно тождественно "меньшинству" в контексте международного правозащитного права. Исходя из этого, он предложил следующее определение:

"Группа, численно меньшая по отношению к населению государства, находящаяся в недоминирующем положении, члены которой - будучи гражданами данного государства - обладают этническими, религиозными или языковыми чертами, отличающими их от остального населения, и показывают, пусть даже косвенным образом, чувство солидарности, направленное на сохранение их культуры, традиций, религии или языка 25/".

52. Согласно такому определению, чтобы группа считалась "меньшинством", она должна не только не обладать политической властью, но и не иметь численности, позволяющей ей когда-либо получить власть демократическим путем. Угнетающая группа, представляющая собой меньшинство по отношению к населению страны, не будет таким образом считаться

"меньшинством", однако в таком случае данное государство не будет вправе ссылаться на национальное единство и территориальную целостность, выступая против законных национально-освободительных движений.

53. По просьбе Подкомиссии г-н Ж. Дешен предпринял большие усилия для доработки определения "меньшинства", но по существу получил те же выводы, что и г-н Капоторти. Вместе с тем он предложил одно уточнение, которое заслуживает нашего внимания. Речь идет о том, чтобы уделять больше внимания элементу выбора, поскольку, по-видимому, нет нужды охватывать этим определением группы, которые не желают пользоваться защитой или сохранять свою самобытность как групп 26/.

54. В недавнем исследовании Специальный докладчик Подкомиссии г-н А. Эйде также отталкивался от определения, предложенного г-ном Капоторти, хотя он пришел к выводу, что размеры группы и ее отличия достаточны для того, чтобы считать ее меньшинством, тем самым отойдя от элемента недоминирования 27/.

55. На своей первой сессии в 1995 году вновь созданная Рабочая группа по меньшинствам Подкомиссии рассмотрела возможность выработки более четкого определения "меньшинств", однако в ходе дискуссии лишь выявилась безрезультатность таких усилий, поэтому Рабочая группа перешла к рассмотрению практических средств защиты меньшинств, не согласовав определения 28/.

56. На второй сессии Рабочей группы по меньшинствам ее член г-н С. Черниченко представил рабочий документ об определении меньшинств (Е/CN.4/Sub.2/AC.5/1996/WR.1 и Corr.1), в котором он предложил новое определение меньшинств. Он, в частности, подчеркнул, что его определение не распространяется на коренные народы и что в задачу Рабочей группы по меньшинствам не входит разработка какого-либо определения коренных народов (пункт 7).

57. В своем общем замечании № 23 (50) (статья 27) Комитет по правам человека отмечает, что "культура проявляется во многих формах, включая особый образ жизни, связанный с использованием земельных ресурсов, особенно в случае коренных народов. Это право может включать такие традиционные виды деятельности, как рыболовство или охота, и право жить в резервациях, охраняемых законом" 29/. В любом случае рабочее определение, фигурирующее в исследовании Капоторти, не позволяет проводить различие между концепциями "коренные народы" и "меньшинства", поскольку большинство групп, считающих себя коренными народами, отвечали бы его критериям.

58. Задача уточнения концепции "коренных народов" в связи с этим затрудняется тем обстоятельством, что ранее Организация Объединенных Наций не дала достаточно точных определений "народов" или "меньшинств" 30/.

59. Поскольку три концепции – "коренные народы", "народы" и "меньшинства" – логически и юридически взаимосвязаны, следовало бы одновременно дать определение каждой из них, поскольку иначе наши усилия по уточнению концепции "коренных народов" лишь усугубят нынешнюю неопределенность в отношении смысла других связанных с ней концепций.

С. Поиск факторов, характерных для "коренных народов"

60. Тем не менее можно выделить по меньшей мере два фактора, которые никогда не связывались с концепцией "меньшинств": приоритет по времени и привязанность к данной территории. Вместе с тем эти факторы не позволяют проводить различия между концепцией "коренных народов" и концепцией "народов", поскольку "народы" также обычно ассоциируются с отдельной территорией, на которую они претендуют по праву первопоселенцев. Иными словами, на основе усилий международных организаций по определению этих терминов в этом столетии можно найти черты различия между "коренными народами" и "меньшинствами", но не между "коренными народами" и "народами".

61. Здесь следует вспомнить обсуждение этой проблематики участниками первого совещания рабочей группы Комиссии по правам человека, учрежденной резолюцией 1995/32. Несколько делегаций государств-членов считали, что, прежде чем выработать касающиеся вопросов существа положения декларации о правах этих народов, необходимо принять определение концепции "коренных народов". Кроме того, несколько делегаций полагали, что концепция "коренных народов" применима лишь в ситуациях, когда первоначальные обитатели данной территории были покорены и лишены своих земель заморскими поселенцами, которые принесли чужую культуру и ценности и где именно такие поселенцы, а не первоначальные жители реально воспользовались результатами деколонизации и получения своей государственности. По утверждению тех же делегаций, в истории такого рода ситуация наблюдалась почти только на американском континенте и в Океании.

62. Кроме того, приняв свой доклад, Рабочая группа высказала мнение, что он "является лишь отчетом о ходе обсуждения и не предполагает признания использования выражений "коренные народы" или "коренной народ". В настоящем докладе оба выражения используются без ущерба для позиций конкретных делегаций, в связи с которыми по-прежнему сохраняются различия в подходе" (E/CN.4/1996/84, пункт 3).

63. О возможности и целесообразности принятия определения концепции "коренных народов" вполне можно судить по концептуальным рамкам, предложенным заинтересованными делегациями. Предложенные определения только по одному конкретному аспекту отличаются от концептуальной модели, предложенной в исследовании Мартинеса Кобо или в двух конвенциях МОТ в этой области: завоевание, колонизация, подчинение или дискриминация должны быть результатом действий людей из других регионов мира, а не соседей. По мнению Председателя-Докладчика, тем самым

проводится необоснованное различие между агрессией "издалека" и "с близи", к тому же логически невозможно определить порог, за которым одна превращается в другую. Кроме того, при этом предполагается, что культурные различия, существующие между народами, есть лишь простая линейная функция расстояния, когда исходя из одной лишь географической близости выводится посылка общих ценностей. Информация, предоставленная Рабочей группе по коренным народам, из года в год противоречит этой посылке.

64. В основе аргументов многих делегаций правительств-наблюдателей лежит концептуальная критика использования термина "коренные народы" для проведения различий между группами - бывшими соседями - на протяжении тысячелетий. В той мере, в какой английский и испанский термины, в настоящее время официально используемые в системе Организации Объединенных Наций, предполагают различие между лицами, происходящими из данной страны, в отличие от эмигрантов или поселенцев, затруднения африканских и азиатских правительств в связи с этим вполне понятны. Попросту говоря, большинство людей, контролирующих современное государство, ничуть не меньше связаны с землей этой страны в целом, чем группы, определяемые как "коренные" или "племенные" народы. Вместе с тем следует отметить, что такая концептуальная трудность исчезает, если думать о "коренных" народах как группах, испокон веков живущих на своей территории в пределах ныне существующего государства, а не о лицах, являющихся в общем плане выходцами из региона, в котором находится данное государство.

65. Цель настоящего документа заключается не в том, чтобы по возможности снять озабоченность, выразившуюся некоторыми правительствами, а в том, чтобы продемонстрировать, что такая озабоченность не может быть действенным образом устранена путем выработки определения. Результатом такой работы может быть только определение, не обладающее ни научной, ни логической достоверностью, что (в свою очередь) подрывает авторитетность и полезность декларации принципов, с которой оно связано.

III. ВЫВОДЫ И РЕКОМЕНДАЦИИ

66. Обнадеживает тот факт, что правительства латиноамериканского региона принимают концепцию "коренных народов", как она толкуется в их региональном контексте, что делает ее четкое выработанное на переговорах определение во многом излишним. Председатель-Докладчик осознает, что даже на американском континенте часто возникали споры, связанные со статусом данной группы как "коренного народа". Так, в Соединенных Штатах свыше 100 групп добиваются официального признания своего статуса "индейских племен" согласно закону 1978 года, устанавливающему семь исторических и социологических критериев, которые должны быть доказаны заявителями научными фактами 31 / .

67. Тогда в практическом плане было бы нелепо игнорировать как региональные, так и национальные аспекты концепции "коренных народов". Для этого были бы чрезвычайно полезны региональные исследования и консультации, и в будущем практические различия должны признаваться, если они в целом согласуются с мнением специалистов в масштабах региона или на международном уровне. Возникающие споры должны решаться так же, как и другие споры, связанные как с вопросами права, так и с вопросами Пакта в области прав человека, т.е. на основе конструктивного диалога между экспертными органами и представителями коренных народов и правительств.

68. На своих второй и третьей сессиях Рабочая группа по коренным народам долго обсуждала определение концепции "коренных народов", используя в качестве отправной точки работу Специального докладчика 32/. Какого-либо консенсуса достигнуто не было, однако коренные народы, участвовавшие в обсуждении, подчеркнули необходимость гибкости и уважения желания и права каждого коренного народа определять себя. С тех пор Рабочая группа в самом деле руководствуется гибким подходом к определению допуска для участия в работе ее ежегодных сессий, основываясь на мнении организаций самих коренных народов для выявления любых беспочвенных утверждений о праве участия в ее работе в качестве "коренных" народов. В целом это оказалось успешным и демонстрирует то, что постепенная эволюция концепции "коренных народов" на практике и в сотрудничестве с самими коренными народами представляет собой достаточно практический и действенный метод проверки заявлений групп, правовой характер которых может быть оспорен.

69. Итак, факторы, которые современные международные организации и эксперты-юристы (включая экспертов-юристов коренных народов и представителей научного сообщества) считают важными для понимания концепции "коренных народов", включают в себя:

- а) приоритет по времени, в отношении занятия и использования данной территории;
- б) добровольное сохранение культурной самобытности, которая может включать в себя аспекты языка, социальной организации и религии и духовные ценности, формы производства, законы и общественные установления;
- с) самоидентификацию, а также признание другими группами или государственными властями в качестве отдельной общности; а также
- д) пережитое подчинение, маргинализацию, экспроприацию, изоляцию или дискриминацию вне зависимости от того, сохраняются ли такие условия и поныне.

70. Указанные выше факторы не дают, да и не могли бы дать исчерпывающего или всеобъемлющего определения. Они скорее представляют собой факторы, которые могут наличествовать в большей или меньшей степени в различных регионах и в различных

национальных и местных контекстах. Как таковые, они могут давать известные общие ориентиры для принятия разумных решений на практике.

71. Системе Организации Объединенных Наций необходимо помнить о выводе управляющих Всемирного банка о том, что "ни одно определение не может отразить все многообразие" коренных народов различных районов мира 33/. Было бы также разумно прислушаться к предостережению Специального докладчика г-на Капоторти, сказавшего, что четкое универсальное определение, будучи полезным с философской точки зрения, было бы практически недостижимым при нынешних глобальных реальностях и в любом случае не оказало бы реального воздействия на практические аспекты защиты групп от злоупотреблений 34/.

72. Представляя свой анализ, Председатель-Докладчик желает подчеркнуть, что ей не удалось обнаружить убедительной аргументации разграничения "коренных" и "племенных" народов в практике или прецедентах Организации Объединенных Наций. Она также не убеждена в том, что имеется различие между "коренными" народами и "народами" в целом, помимо того что группы, обычно определяемые как "коренные народы", не имели возможности осуществлять право на самоопределение путем участия в строительстве современного государства-нации.

73. Председатель-Докладчик считает необходимым сделать тот вывод, что любая непоследовательность или нечеткость в прежних попытках уточнения концепции "коренных народов" была не результатом отсутствия надлежащего научного или юридического анализа, а следствием усилий некоторых правительств по ограничению ее глобального охвата, а также усилий других правительств по строительству высокой концептуальной стены между "коренными народами" и "народами" и/или "несамоуправляющимися территориями". Никому не удалось разработать определения "коренных народов", которое было бы четким и внутренне действительным с философской точки зрения и при этом удовлетворяющим требованиям ограничения его регионального охвата или юридических последствий. Все прежние попытки достижения в одном определении и четкости, и ограничительности на деле привели к еще большей расплывчатости.

74. Единственное реальное решение, основанное на опыте Рабочей группы по коренным народам, носит процедурный характер. Мы должны обеспечить то, чтобы в конечном счете осуществление Декларации о правах коренных народов было вверено органу, который был бы беспристрастным и готовым прислушиваться к мнению коренных народов и правительств, оставляя возможность разумной эволюции и региональной специфики концепции "коренных народов" на практике.

Примечания

1/ E/CN.4/Sub.2/1995/24, пункт 162.

2/ См. E/CN.4/1996/84.

3/ Создание Рабочей группы по коренным народам было рекомендовано Подкомиссией по предупреждению дискриминации и защите меньшинств в ее резолюции 2 (XXXIV) от 8 сентября 1981 года, одобренной Комиссией по правам человека в ее резолюции 1982/19 от 10 марта 1982 года, и разрешено Экономическим и Социальным Советом в его резолюции 1982/34 от 7 мая 1982 года.

4/ Резолюция 2625 (XXV) Генеральной Ассамблеи от 24 октября 1970 года, приложение.

5/ См. A/2361 (1952 год).

6/ E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.86.XIV.3, пункт 379.

7/ В связи с определением, используемым в Конвенции № 169 МОТ, см. I. Brownlie, "Treaties and Indigenous Peoples". The Robb Lectures, F.M. Brookfield (ed.), Clarendon Press, Oxford, 1992, pp. 60-67. Анализ положений этой Конвенции см. R.L. Barsh, "An Advocate's Guide to the Convention on Indigenous and Tribal Peoples", 15 OKLAHOMA UNIVERSITY LAW REVIEW 209 (1990), L. Swepston, "A New Step in the International Law on Indigenous and Tribal Peoples: ILO Convention No 169 of 1989", 15 OKLAHOMA UNIVERSITY LAW REVIEW 677 (1990) и S.J. Anaya, "Indigenous Rights Norms in Contemporary International Law", Arizona Journal of International and Comparative Law, vol. 8, No. 2, Fall 1991, pp. 6-15.

8/ В такой формулировке пункт 2 статьи 1 Конвенции № 169 МОТ предусматривает, что "самоидентификации" следует уделять больше внимания, хотя одного этого фактора будет недостаточно.

9/ OEA/Ser/L/V/II.90, Doc. 9 rev. 1 (21 September 1995).

10/ Руководящие принципы поддержки коренных народов, Программа развития Организации Объединенных Наций, проект V, январь 1995 года. Этот проект руководящих принципов должен быть утвержден Советом управляющих ПРООН.

11/ См. E/CN.4/Sub.2/1995/24, пункты 41-51.

12/ Там же, пункты 29-32.

13/ См. Н. Hannum, "New Developments in Indigenous Rights", Virginia Journal of International Law, vol. 28, No. 3, Spring 1988, p. 663.

14/ Сообщение № R.6/24, Сандра Лавлейс против Канады в Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, тридцать шестая сессия, Дополнение № 40 (A/36/40), приложение XVIII. Исчерпывающий анализ мнений, выраженных по этому поводу Комитетом по правам человека, см. G. Alfredsson и A. de Zayas, "Minority Rights: Protection by the United Nations", Human Rights Law Journal 26 February 1993, vol. 14, No. 1-2, pp. 5-6.

15/ Н. McRae, G. Nettheim и L. Beacroft, Aboriginal Legal Issues, The Law Book Company Limited, Sydney, 1991, p. 320.

16/ Там же, сорок пятая сессия, Дополнение № 40, (A/45/40), том II, приложение IX, пункт 32.2.

17/ E/CN.4/Sub.2/1995/24, пункт 41.

18/ E/CN.4/Sub.2/1992/SR.31/Add.1, пункт 36.

19/ См. E/CN.4/Sub.2/1995/24, пункты 45-51.

20/ Доклад Конференции Организации Объединенных Наций по окружающей среде и развитию (Рио-де-Жанейро, 3-4 июня 1992 года), том I, резолюция 1, приложение II, издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.93.I.8. См. также главу 26 Повестки дня на XXI век о "признании и укреплении роли коренных народов и их общин".

21/ A/CONF.171/13, пункт 6.27.

22/ Оперативная директива 4.20, пункт 5 а), сентябрь 1991 года. В числе других факторов перечислены самоидентификация, свой язык, основанные на обычае общественные и политические установления, а также преимущественно натуральное хозяйство.

23/ E.-I. A. Daes, "On the Relations Between Indigenous Peoples and States", Without Prejudice, vol. III, p. 44.

24/ См. Greco-Bulgarian Communities (Advisory Opinion), P.C.I.J. Series B, No. 17, p. 22 (31 July 1930). В этой связи см. также P. Thornberry, "The UN Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities: Background, Analysis, Observations, and an Update", Universal Minority Rights, A. Phillips и A. Rosas (eds.), Abo Akademi University Institute for Human Rights, 1995, pp. 16-17.

25/ F. Capotorti, Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, United Nations publication, Sales No. E.91.XIV.2, Geneva, 1991, para. 568.

26/ E/CN.4/Sub.2/1985/31, пункты 74 и 181.

27/ E/CN.4/Sub.2/1993/34, пункт 29.

28/ E/CN.4/Sub.2/1996/2, пункты 76-90.

29/ CCPR/C/21/Rev.1/Add.5. См., в частности, пункт 7.

30/ Анализ смысла концепции "коренные народы", "народы" и "меньшинства" см. M.N. Shaw, "The Definition of Minorities in International Law", Israel Yearbook on Human Rights, vol. 20 (1991) pp. 13-43; E.-I.A. Daes, "Some Consideration on the Right of Indigenous Peoples to Self-Determination", Transnational Legal and Contemporary Problems, vol. 3 (1993), pp. 2-11; Daes, "Dilemmas Posed by the UN Draft Declaration on the Rights of Indigenous Peoples", Nordic Journal of International Law, 63:205-212 (1994); Daes, "The United Nations Declaration on Minority Rights: Necessary, Urgent and Overdue", International Geneva Yearbook, vol. IX, 1995, in particular pp. 91-92; R.L. Barsh, "Indigenous Peoples in the 1990s: From Object to Subject of International Law?", Harvard Human Rights Journal, vol. Seven, Spring 1994, в частности pp. 36-41 и 78-82; D. Sanders, "Indigenous Peoples at the United Nations" (текст предоставлен автором), September 1995, pp. 1-17; G. Alfredsson, "Group Rights, Preferential Treatment and the Rule of Law", Discussion Paper for Consultation on Group Rights at the University of Cambridge, Law and Society Trust, Colombo, August 1995, p. 21.

31/ См. W.C. Canby, Jr., American Indian Law (second edition), St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1988, 5-8.

32/ E/CN.4/Sub.2/1983/22, пункты 109-119; E/CN.4/Sub.2/1984/20, пункты 99-110.

33/ World Bank Operational Manual, op. cit., Operational Directive 4.20 (1991).

34/ Capotorti, op. cit., paras. 561-562.



ЭКОНОМИЧЕСКИЙ
И СОЦИАЛЬНЫЙ СОВЕТ

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2/Add.1
28 June 1996

RUSSIAN
Original: ENGLISH

КОМИССИЯ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

Подкомиссия по предупреждению дискриминации
и защите меньшинств

Рабочая группа по коренным народам

Четырнадцатая сессия

29 июля - 2 августа 1996 года

Пункт 4 предварительной повестки дня

ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ ПО УСТАНОВЛЕНИЮ СТАНДАРТОВ: РАЗВИТИЕ СТАНДАРТОВ,
КАСАЮЩИХСЯ ПРАВ КОРЕННЫХ НАРОДОВ: КОНЦЕПЦИЯ
"КОРЕННЫХ НАРОДОВ"

Информация, полученная от организации коренных народов

Добавление

КОМИССИЯ ПО ДЕЛАМ АБОРИГЕНОВ И ЖИТЕЛЕЙ ОСТРОВОВ ТОРРЕСОВА ПРОЛИВА

[Язык оригинала: английский]
[11 июня 1996 года]

Определение "коренных народов"

Введение

1. Комиссия по делам аборигенов и жителей островов Торресова пролива – одна из организаций коренных народов, имеющих консультативный статус при Экономическом и Социальном Совете – считает, что некоторые концептуальные аспекты, особенно связанные с понятием "коренные народы", в проекте декларации о правах коренных народов и в рамках предлагаемого постоянного форума для обсуждения проблем коренных народов являются теми вопросами, которые должны решаться самими коренными народами мира.

Необходимо ли определение "коренных народов"?

2. Нет необходимости принимать решение относительно формулирования четкого определения "коренных народов" в качестве одного из предварительных условий продвижения вперед Рабочей группы по коренным народам в разработке проекта декларации. Нынешнее отсутствие ясного определения не должно также воспрепятствовать учреждению и функционированию постоянного форума. Как отмечалось на первой сессии Рабочей группы Комиссии по правам человека, состоявшейся в Женеве в ноябре/декабре 1995 года, и во время других заседаний:

- основные концептуальные понятия в международных договорах по правам человека зачастую не определяются;
- Организация Объединенных Наций, как правило, воздерживается от попыток формулирования строгих определений, которые могут ограничить гибкость правительств и народов в применении соответствующих договоров в условиях их собственных стран;
- в рамках деятельности Организации Объединенных Наций по решению проблем меньшинств не было принято никакого определения меньшинств, хотя в резолюции 1984/62 Комиссии по правам человека и ставилась задача по разработке такого определения;
- в других документах, например в Рио-де-Жанейрской декларации и в Повестке дня на XXI век, где речь идет об участии коренных народов в решении экологических проблем, определение этих народов отсутствует.

3. Преждевременное принятие определений вполне может помешать многочисленным группам пользоваться такими правами, которые будут, возможно, провозглашены в проекте декларации. Совершенно очевидно, что нет никакой необходимости поспешно толковать термин "коренные народы" в каком-либо абстрактном определении.

4. Сам факт существования народов, которые однозначно признаются коренными, является достаточным для обоснования функций, легитимности и мандата по продолжению разработки проекта декларации Рабочей группой Комиссии по правам человека и учреждению постоянного форума для учета интересов всех коренных народов мира. Некоторые коренные народы признаются таковыми их собственными суверенными государствами и направляют на форумы Организации Объединенных Наций своих представителей в составе либо государственной делегации, либо делегаций неправительственных организаций. Других Организация Объединенных Наций приглашает к участию как представителей коренных народов. Резолюции Комиссии по правам человека ясно признают их существование, не прибегая к какому-либо определению, и подтверждают легитимность их постоянного участия в работе Комиссии.

Признание "коренных народов"

5. Признание правового статуса какого-либо "коренного народа" увязывалось до сих пор с двумя факторами:

- их самоидентификацией;
- их признанием какой-либо независимой международной организацией или органом.

6. Различные государства используют национальные определения групп коренных жителей, которых они называют их собственными отличительными именами или племенами. Идентификация коренных народов осуществляется также в рамках международного права, когда на межгосударственном уровне заключаются либо договоры на основе достигнутых ранее соглашений, в которых, коренные народы зачастую признаются "зависимыми народами", как, например, в Соединенных Штатах Америки или в Канаде, либо договоры о заключении мира или о закреплении границ. Поскольку национальные суды и международные учреждения признают такие соглашения, широко признается и самобытность коренных народов.

Принятые в Австралии определения

7. "Аборигены" - технический термин, применяемый в отношении коренных народов Австралии и других территорий, который означает людей, обитающих на данной территории "с давних пор". Действительно, согласно данному термину, такие народы считаются "исконными жителями" какого-либо конкретного района или территории. Термин "автохтоны" также означает "первоначальное население на данной территории", и в статьях проекта декларации делается попытка восстановить значимость и жизнеспособность этих концептуальных понятий.

8. Австралия не решила для себя окончательно вопрос об использовании какого-либо утвержденного определения "коренных народов" во внутригосударственном законодательстве и международном праве. В национальном законодательстве используются в основном широкие прагматические формулы, которые направлены скорее на предоставление, а не на ограничение

конкретных прав. Из двух альтернативных определений, использованных Верховным судом Австралии, наиболее интересным является то, которое содержится в материалах по делу "Commonwealth of Australia and Anor. v State of Tasmania (1983) 46 ALR 625 at 817", где говорится:

"Под "австралийским аборигеном" я подразумеваю... лицо аборигенного, пусть даже смешанного происхождения, которое самоидентифицируется как абориген и признается общиной аборигенов в качестве такового (Дин Дж.)".

9. Эти критерии, которые позволяют коренным народам установить стандарты самоидентификации и признания лиц, относящихся к коренным жителям, являются отражением повседневной практики многих независимых судебных органов и согласуются с принципами международного права. Они также излагаются в определении, которое было закреплено в докладе Кобо 1983 года.

Вопрос о всеобъемлющем международном определении

10. При поиске надлежащего определения "коренных народов" в международном праве необходимо проанализировать оба слова, т.е. отличительные признаки "народов" и правовое значение термина "коренные". При рассмотрении обоих этих аспектов можно использовать уже существующие широкие рабочие определения. В заключительном докладе состоявшегося в 1990 году международного совещания экспертов по вопросу о дальнейшем исследовании прав народов (UNESCO: SNS - 89/CONF.602/7) было дано следующее предварительное рабочее определение "коренного народа":

"Какой-либо народ [для целей] признания его прав международным правом, включая право на самоопределение".

11. Рабочая группа использует и должна продолжать использовать предложенное Кобо рабочее определение "коренных народов". Как в разработанной Кобо формуле, так и в определении, содержащемся в Конвенции МОТ № 169 о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни в независимых странах (1989 года), в качестве важнейших аспектов определения коренных народов признается их самоидентификация и самопризнание. Обе эти модели полезны, и, несмотря на тот факт, что в статье 1.3 Конвенции МОТ № 169 содержится оговорка о том, что "использование термина 'народы' в настоящей Конвенции не рассматривается как несущее какой-либо смысл в отношении прав, могущих заключаться в этом термине в соответствии с международным правом", ее можно принимать во внимание в рабочем определении и иных целях. Кроме того, как явствует из истории разработки Конвенции МОТ № 169, эта оговорка в первоначальный текст Конвенции не входила, а была внесена позже в качестве поправки для придания Конвенции более приемлемого универсального характера.

Продолжение использования слова "народы"

12. Не должно быть никаких обоснованных возражений в отношении использования слова "народы" как в проекте декларации, так и в рамках постоянного форума. Слово "народы" в сочетании со словом "коренные" уже использовано в существующем международном документе – Конвенции МОТ № 169. Эти слова могут использоваться вместе – когда они означают народы, которые являются как племенными, так и коренными – или отдельно – как в конвенциях о "народах, ведущих племенной образ жизни", и о "коренных народах". Оговорка в статье 1.3 ясно свидетельствует о том, что данный вопрос не закрыт, так как в ином случае не было бы смысла вносить дополнительно такую оговорку. Поскольку в статье 3 проекта декларации речь идет о самоопределении коренных народов, то никаких возражений против использования слова "народы" в названии декларации как подчеркивающего это требование быть не может.

Элементы определения "коренных народов"

13. Любое определение должно касаться признания:

- права коренных народов на самоидентификацию в качестве таковых;
- имплицитного значения терминов "коренные народы" и "аборигены";
- прав "исконных жителей", обусловленных первородством;
- обусловленных этим фактором прав землепользования, самоопределения и культуры;
- права включать других лиц в группы, признаваемые в качестве коренных жителей или аборигенов; и
- права окончательно утверждать отличительные признаки и определение "коренных народов".

14. Изложенное выше можно резюмировать следующим образом:

- исторически сложилось так, что основные концептуальные понятия в договорах о правах человека зачастую не определяются;
- следует закрепить подтверждаемое государственной практикой и международным правом основанное на обычае право коренных народов или вообще любых народов определять критерии их собственной самобытности; и
- на данной стадии не следует принимать преждевременные предложения о разработке окончательных определений.
