



Consejo Económico
y Social

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/1995/27
31 de julio de 1995

Original: ESPAÑOL

COMISION DE DERECHOS HUMANOS
Subcomisión de Prevención de Discriminaciones
y Protección a las Minorías
47º período de sesiones
Tema 14 del programa

DISCRIMINACION CONTRA LAS POBLACIONES INDIGENAS

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

Segundo informe sobre la marcha de los trabajos presentado por
el Relator Especial, Sr. Miquel Alfonso Martínez

INDICE

	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
INTRODUCCION	1 - 10	2
I. TRABAJO DE INVESTIGACION Y OTRAS ACTIVIDADES REALIZADAS	11 - 47	3
II. ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LA DICOTOMIA MINORIAS/PUEBLOS INDIGENAS	48 - 129	9
III. DE SOBERANOS A VASALLOS, PUPILOS, ASIMILADOS O MARGINADOS	130 - 331	23
IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	332 - 342	58

INTRODUCCION

1. En sus decisiones 1992/110 y 1993/105 de 27 de agosto de 1992 y 5 de marzo de 1993, la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías y la Comisión de Derechos Humanos, respectivamente, pidieron al Relator Especial presentar al Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas en su 12º período de sesiones y a la Subcomisión, en su 46º período de sesiones (1994), su segundo informe sobre la marcha de los trabajos sobre el presente estudio.
2. Por las razones que explicó ante ambos órganos -y que de cierta manera también continuaron vigentes en los meses transcurridos desde julio/agosto de 1994- no le fue posible al Relator Especial cumplir con ese pedido 1/.
3. A pesar de tal contratiempo, y sobre la base de los datos ofrecidos oralmente por el Relator Especial acerca del trabajo realizado al respecto desde la presentación de su primer informe, el Grupo de Trabajo tuvo en aquella oportunidad la ocasión de celebrar un provechoso debate, en el curso del cual más de una docena de observadores aportaron valiosas sugerencias para su trabajo futuro 2/.
4. Sobre la base de la recomendación del Grupo de Trabajo en este asunto 3/, la Subcomisión adoptó su decisión 1994/116 de 26 de agosto de 1994, en la cual, tras acoger con beneplácito el debate celebrado durante el 12º período de sesiones del Grupo de Trabajo, recomendó al Relator Especial que hiciese todo lo posible para presentar en 1995 su segundo informe al Grupo de Trabajo en su 13º período de sesiones y a la Subcomisión en su 47º período de sesiones, así como su informe final a ambos órganos en 1996.
5. En esa propia decisión, la Subcomisión decidió, asimismo, entre otras cosas, pedir al Secretario General que prestara al Relator Especial "toda la asistencia necesaria para proseguir su labor, en particular proporcionándole la necesaria asistencia especializada en materia de investigación..." (subrayado del autor).
6. La Comisión de Derechos Humanos, mediante su decisión 1995/109 de 3 de marzo de 1995, hizo suyas las recomendaciones que le elevaba la Subcomisión.
7. El presente informe se somete a la consideración tanto del Grupo de Trabajo en su 13º período de sesiones, como al 47º período de sesiones de la Subcomisión, en cumplimiento de las precitadas decisiones de la propia Subcomisión y de la Comisión, así como de las adoptadas al respecto por el Consejo Económico y Social en 1993 y 1995.
8. En la preparación de este informe, al igual que en ocasiones anteriores, el Relator Especial ha tomado en cuenta, en la mayor medida posible, las observaciones de carácter general y las sugerencias concretas que le han formulado tanto sus colegas en el Grupo de Trabajo y la Subcomisión, como delegaciones observadoras -tanto gubernamentales, como de los pueblos indígenas- en los debates más reciente sobre este estudio.

9. Los propósitos que se propone cumplir el Relator Especial mediante el presente informe se fundan tanto en algunas cuestiones que ya había señalado anteriormente que serían abordadas en esta ocasión, como en la necesidad de adelantar ahora sus reflexiones y criterios acerca de algunos tópicos que han emergido con fuerza como resultado del intenso trabajo de investigación que ha debido desarrollarse sobre la amplia documentación recibida a partir de su primer informe.

10. Esos propósitos son:

- a) informar al Grupo de Trabajo y a la Subcomisión acerca del trabajo de investigación y otras actividades realizadas por el Relator Especial durante el período comprendido entre fines de 1992 y comienzos de 1995;
- b) establecer algunos puntos de partida básicos acerca de ciertos aspectos juridicoconceptuales -en particular acerca de la dicotomía minorías/pueblos indígenas- que tienen relación muy directa con su trabajo práctico, muy especialmente, en la etapa final que se avecina en este estudio; y
- c) analizar las diversas vías mediante las cuales se ha erosionado, paulatinamente, con el transcurso del tiempo, la calidad de entidades soberanas que tan claramente se percibe en las naciones indígenas al momento de sus primeros contactos con otros pueblos no indígenas, a partir de la llegada de éstos a las tierras ocupadas ancestralmente por aquéllas.

Como resultado del avance que ha tenido lugar desde la presentación del primer informe en la investigación documental acerca de las situaciones -tanto históricas como actuales- seleccionadas en 1992 para análisis en cuanto a Asia/Oceanía y Africa, el Relator Especial ha decidido centrar el propósito c) en esas dos regiones del mundo. Se llena así un vacío en el primer informe, que le fue señalado al Relator Especial. Razones de tiempo y espacio también han influido en esta decisión del Relator Especial, toda vez que los materiales que existen en relación con otras regiones es mucho más voluminoso que el utilizado para este informe. Cabe agregar, finalmente, que la relevancia que tienen las situaciones en Asia/Oceanía y Africa para las cuestiones que se tratan en el capítulo II, fue también un elemento que el Relator Especial tuvo en cuenta para dar prioridad este año al análisis de la problemática afroasiática.

I. TRABAJO DE INVESTIGACION Y OTRAS ACTIVIDADES REALIZADAS

11. Durante el período comprendido entre el último trimestre de 1992 y el primero de 1995, el ingente trabajo de investigación científica que requiere un estudio de esta naturaleza y alcance se ha adelantado de manera notable. Nuevamente, el Relator Especial se siente obligado a dejar constancia de la contribución clave que ha hecho a esta tarea su consultante, la Dra. Isabelle Schulte-Tenckhoff, en particular por los sendos informes de investigación rendidos por ella en 1993 y 1995.

12. A los antes mencionados, hay que agregar otro, redactado en 1994, y cierto número de trabajos científicos publicados por ella en diversas revistas científicas especializadas, sobre temas directamente vinculados con este estudio. El Relator Especial ha tenido acceso privilegiado a esa producción científica adicional, la cual, de cierta manera, ha sido motivada en alguna medida por su interés en el estudio y que ha estado (directa o indirectamente) en función de las tareas vinculadas con este segundo informe sobre la marcha de los trabajos.

13. Todo lo anterior, a pesar de que las posibilidades que ha podido ofrecerle el Centro de Derechos Humanos de formalizar su función de consultante mediante el correspondiente contrato, han estado muy por debajo de lo que el Relator Especial considera tenía derecho a esperar en este aspecto, en particular si se tienen en cuenta las reiteradas peticiones dirigidas por la Subcomisión, la Comisión y el Consejo Económico y Social al Secretario General de prestarle "toda la asistencia necesaria para proseguir su labor".

14. En lo que se refiere al trabajo de investigación analítica propiamente dicha, se han producido resultados apreciables respecto de diversas áreas de relevancia para el estudio. Una de ellas tiene que ver con la comprensión del muy diverso papel que pudieron haber jugado en su tiempo las llamadas "Compañías Reales" de comercio de navegación en los primeros y sucesivos contactos de las dinastías europeas y los grupos comerciales de esa parte del mundo con los pueblos de Asia y Africa 4/.

15. Según una fuente bien acreditada 5/, algunas de ellas (como las East India Companies creadas por Holanda e Inglaterra) eran "entidades jurídicas permanentes... a las que se habían conferido poderes soberanos delegados".

16. El propio autor señala que, sin embargo, en diversos casos "la posición del comerciante europeo era jurídicamente compleja, toda vez que, en sentido estricto, estaba sometido a la jurisdicción territorial de un gobernante extranjero, pero, al mismo tiempo, sujeto a la jurisdicción personal y disciplinaria de la compañía [que lo empleaba] la cual frecuentemente, reclamaba para sí un estatuto semiterritorial e incluso, a veces de vasallaje, dentro del asentamiento establecido, sobre el cual flotaba la bandera de su país" 6/.

17. En otros casos, la situación resultante de la negociación con los poderes locales no implicaba cesiones de enclaves o derechos territoriales con posibles afectaciones directas a las soberanías de los Estados que negociaban con dichas entidades mercantiles (con o sin poderes soberanos delegados por sus monarcas), pues los "tratados" o "acuerdos" sólo tenían por objeto el logro de ciertos privilegios comerciales para la compañía en cuestión 7/.

18. No obstante, algunos de ellos en esta propia esfera imponían ciertas condiciones de exclusividad comercial, que pueden entenderse modernamente, como limitaciones evidentes a un derecho soberano de la contraparte. Aquí, por supuesto, el elemento clave sería el posible elemento coercitivo en el logro del consentimiento de dicha contraparte 8/.

19. Pero incluso teniendo en cuenta que muchos de esos instrumentos en los cuales eran parte dichas compañías se referían a la "inocente" esfera del comercio y no siempre comprometían alguna de las facultades soberanas de sus contrapartes, es preciso tener presente que la llegada de los comerciantes y colonizadores europeos en Asia y Africa tuvo como efecto directo la virtual desarticulación del sistema de comercio autóctono en esas regiones. Resulta innecesario destacar la pléyade de consecuencias que ello tuvo para la institucionalidad política, económica y social de aquellas sociedades.

20. Ello está documentado ampliamente, en particular en lo que hace a la actividad de las "Compañías Reales" que desarrollaron sus actividades en el sur y el sureste de Asia. No hay que olvidar que -como ya se mencionó en el primer informe sobre la marcha de los trabajos (párr. 217)- el proceso desestabilizador de ese comercio data de fecha tan temprana como 1511, año en que los portugueses conquistaron el puerto de Malacca (hoy Malasia) que era el centro del tráfico comercial en la región 9/.

21. En realidad -y ya como conclusión preliminar sobre la investigación realizada hasta el momento- vale decir que en lo que hace a buena parte de Asia y Africa (en particular lo relativo a los primeros contactos europeos con naciones por entonces existentes en ambos continentes), el legado histórico sobre tratados, convenios y acuerdos se vincula directamente, en buena medida, con la historia de esas "Compañías Reales".

22. Vale subrayar que ellas también reconocieron -por muy diversas razones de su propio interés- la soberanía (incluso cuando la violaron con la fuerza) e identidad de los pueblos residentes en las áreas de su interés, en particular, en aquellas que constituían importantes centros comerciales.

23. En general, los instrumentos en los que fueron partes esas compañías establecen con toda claridad la existencia de una enorme diversidad de pueblos y territorios que más tarde en la historia -y tras pasar por una etapa de colonización europea que negó en su totalidad las facultades soberanas de aquellos a los que tuvo acceso- integran hoy un gran número de Estados multiétnicos/multinacionales contemporáneos en esos continentes.

24. Es obvio que en no pocos de ellos persisten problemas que se han enfrentado con las más diversas medidas. Sin embargo, la larga sombra del colonialismo -en particular, durante los procesos de gestación de la independencia de esos propios países multiétnicos/multinacionales hoy independientes, y de demarcación de fronteras con otros Estados que estuvieron sujetos a otros colonialismos europeos- proyecta aún hoy día su nocivo efecto originario en esas sociedades.

25. Otro aspecto -muy directamente relacionado con ciertas nociones jurídicas fundamentales para el presente estudio- en el cual el Relator Especial ha podido avanzar significativamente, es el relativo a la profundización de la fundamentación de un concepto no eurocéntrico del derecho internacional (o del "derecho de gentes", apelativo con el cual éste surgió en la modernidad). El Relator Especial debe confesar su particular proclividad anterior en idéntico sentido.

26. El acceso que durante este período ha tenido el Relator Especial a ciertas ideas capitales contenidas en obras de autores tales como Charles Alexandrowicz 10/, Jörg Fisch 11/, Dieter Dörr 12/ y M. F. Lindley 13/ (todas ellas llevadas a su atención por su consultante en julio de 1994), le ha resultado de particular importancia para lograr más afinadas perspectivas y una mayor racionalización de los extraordinarios cambios que en conceptos fundamentales del derecho internacional público se han producido con la extensión de los poderes imperiales (europeos o americanos, pero siempre no indígenas), en aspectos trascendentales de esta disciplina, y que afectan directamente a los pueblos indígenas.

27. Aspectos tales como el análisis histórico de las diversas racionalizaciones -tanto en pro como en contra- de la soberanía (original o continuada) de las naciones autóctonas, el valor a conceder a los textos de instrumentos jurídicos que sólo se conocen mediante la versión que de ellos ofrece exclusivamente una de las partes involucradas cuando éstos hablan lenguas diferentes, los efectos de los llamados "tratados desiguales" a la luz de costumbres y tradiciones juridicopolíticas diversas entre las contrapartes en ellos, y el valor (o no valor) de la concepción europea de la "reciprocidad" en los negocios jurídicos concertados con los pueblos indígenas son, entre otros, ángulos en los que el Relator Especial ha podido adquirir nuevas e interesantes perspectivas a la luz de esas obras.

28. Por otra parte, durante el período que se describe, se ha logrado también un avance significativo en el acopio de documentación primaria en la materia. Reconocimiento expreso merecen en tal sentido tanto el Gobierno del Canadá (por mantener al Relator Especial al tanto de desarrollos recientes en ese país) como instituciones tales como la American Indian Law Alliance (por suministrarle amplia documentación legislativa y jurisprudencial estadounidense), así como estudiosos tales como O. M. Eya Nchama (por sus contribuciones en torno a la historia de Africa), Florencia Roulet y mi colega Mario Ibarra (por su contribución en lo que hace a las referencias históricas sobre la situación indígena en Argentina y Chile) y Renate Domnick (por sus comentarios en el caso de la nación shoshone occidental).

29. El éxito en la materia, sin embargo, no es total en este aspecto particular. Por ejemplo, falta mucho por completar la muy necesaria actualización de las legislaciones nacionales aplicables en la materia.

30. El caso de América Latina es tal vez el más señalado, puesto que a pesar de que el Relator Especial ha tenido acceso, por diversas vías, a proyectos de legislación (o a las leyes y disposiciones constitucionales actuales) en países tales como Brasil, Chile, Honduras, Guatemala, México, Paraguay y Venezuela, lo cierto es que no está claro para él si esos proyectos legislativos se han adoptado (y si tal es el caso, en la misma forma en que él los conoce) o si las leyes complementarias que darían vida efectiva a aquellas disposiciones constitucionales han sido ya legisladas y están en vigor.

31. La falta de información documental que, en general, sufre el Relator Especial acerca de los pueblos indígenas en la actual Federación de Rusia

-por ejemplo, las naciones aleuts, chuckchee, evensk, inuit, nenets, khants y koryaks- es prácticamente total, a pesar de haber seguido, con particular atención, la participación de algunos de esos pueblos en los más recientes períodos de sesiones del Grupo de Trabajo.

32. La generalizada falta de respuesta de los gobiernos respectivos al cuestionario que les fue presentado (y reiterado) hace ya algunos años, puede considerarse como el obstáculo más señalado que ha debido enfrentarse en este aspecto.

33. Sin embargo, como detalle positivo, cabe subrayar que a pesar de no haber contestado formalmente dicho cuestionario, el Gobierno de los Estados Unidos de América -mediante carta dirigida al Relator Especial el pasado 25 de julio de 1994 por el Consejo sobre Asuntos Jurídicos de su Misión Permanente en Ginebra- ofreció, por vez primera, su colaboración a las labores de aquél en relación con este estudio.

34. A dicha misiva se anexaba tanto una lista de sentencias judiciales sobre materia indígena pronunciadas por diversos tribunales de ese país, como fotocopia del texto de un importante capítulo de una de las obras más reconocidas en los Estados Unidos de América en esta esfera. Ambos materiales han sido de utilidad para este informe.

35. Vale destacar, también en sentido positivo, que por gestiones de algunas organizaciones indígenas -muy en particular el International Treaty Council de San Francisco, California, Estados Unidos de América- el Relator Especial ha comenzado a recibir (o recibirá en un futuro próximo) no sólo profusa documentación en cuanto a las difíciles situaciones -algunas de ellas extremas, bordeando en la extinción física- que afectan a un numeroso grupo de naciones indígenas que viven actualmente en territorio de lo que hoy constituye aquel país, sino también respuestas al referido cuestionario.

36. El folleto explicativo redactado por esa organización no gubernamental indígena sobre dicho cuestionario (en colaboración con el Relator Especial) ha sido factor esencial en este importante desarrollo. Este deja constancia de su agradecimiento al IITC por esta valiosa contribución a su trabajo y por haber tomado muy en serio el llamamiento formulado al respecto por él en su primer informe sobre la marcha de los trabajos 14/.

37. En relación con el importante aspecto del trabajo de investigación sobre el terreno, el Relator Especial debe nuevamente expresar su reconocimiento al esfuerzo realizado también por el IITC para facilitarle una extensa gira por ocho Estados de los Estados Unidos de América (Arizona, California, Dakota del Sur, Minnesota, Nueva York, Nuevo México, Oklahoma y Washington) en el otoño de 1994.

38. Las experiencias de ese periplo -en particular las audiencias públicas celebradas en cada una de ellos, y a las que asistieron y expusieron sus problemas decenas de representantes de naciones indígenas- resultan de extraordinaria importancia para el trabajo presente y futuro en relación con este estudio.

39. Igual gratitud le merece al Relator Especial la invitación que le fue extendida por el Gran Consejo de los Cree (de Quebec) y que le permitió visitar diversas comunidades de esa nación en el otoño de 1993. Durante esas jornadas, pude apreciar el enorme grado de deterioro que han sufrido las condiciones ambientales de vida (y de la posibilidad de desarrollo de sus actividades económicas tradicionales) en las diversas comunidades visitadas, como resultado de la construcción de una gigantesca central hidroeléctrica, derivada de la aplicación de ciertas disposiciones de la Convención de la Bahía de James y del Quebec Septentrional.

40. También en lo que respecta a la situación de las naciones indígenas que residen hoy en territorio canadiense, el Relator Especial tuvo el honor de ser invitado por otra importante organización no gubernamental indígena con sede en Ottawa (la Asamblea de las Primeras Naciones) a participar en un seminario sobre los derechos emanados de los tratados indígenas existentes en ese país, celebrado en el invierno de 1993.

41. Gracias a las gestiones de su Presidente, el Sr. Ovide Mercredi, se tuvo también en aquella ocasión la oportunidad de presenciar una reunión de trabajo de la Comisión Real sobre Pueblos Indígenas establecida por el Gobierno federal canadiense, así como de sostener una amplia conversación sobre cuestiones directamente relacionadas con este estudio con el Sr. George Erasmus, Copresidente de dicha Comisión. Aprovechando su estancia en la capital canadiense -y a iniciativa de la Cancillería de ese país- pudo también entrevistarse con altos funcionarios tanto de esa dependencia como de los Ministerios de Justicia y de Asuntos Constitucionales. En ese encuentro se trataron, asimismo, cuestiones relativas a este estudio.

42. Finalmente, el Relator Especial desea agradecer a la Dirección del Instituto Raoul Wallenberg de la Universidad de Lund, Suecia, por la invitación que le permitió participar, en el verano de 1994, en un seminario sobre asuntos indígenas auspiciado por dicha institución. En el curso de los intercambios allí sostenidos, se analizaron, provechosamente, determinados aspectos y posibles repercusiones futuras del presente estudio.

43. No todo el trabajo de investigación sobre el terreno resultó lo provechoso que pudo suponerse. La segunda visita del Relator Especial al Archivo de Indias en Sevilla, España (fines del otoño de 1992), fue decepcionante en lo que hace a pesquisa documentaria. Contrariamente a la información de que se disponía, todavía no estaba lista, por aquellas fechas, la completa computarización de los fondos documentales, por lo que la búsqueda de documentos jurídicos específicos se hizo sumamente engorrosa y frustrante. No obstante, se aprovechó la ocasión para acopiar información valiosa de los excelentes fondos bibliográficos que existen en esa institución.

44. Cabe mencionar, además, que razones tanto de trabajo como de salud, han impedido al Relator Especial complementar una serie de misiones sobre el terreno que, sin duda, hubiesen contribuido en no poca medida a este segundo informe.

45. Entre datos, cabe mencionar, en primer término, las de la Sra. Rigoberta Menchú Tum, premio Nobel de la Paz, para asistir a la Segunda Asamblea de la Iniciativa Indígena por la Paz (UNESCO, París, febrero 1995) y la extendida por el IITC destinada a visitar comunidades indígenas en los Estados de Alaska y Hawai.

46. El Relator Especial se siente también en deuda con los dirigentes del Colegio de Abogados del Canadá y con las naciones del Tratado N° 4 en ese propio país, por no haber podido aceptar su gentileza de pedirme hacerme presente entre ellos (también en febrero del año en curso). Por idénticas razones, ha debido posponerse la visita de trabajo programada para este propio año a los archivos vaticanos (sugerencia formulada por diversos representantes indígenas durante el 12º período de sesiones del Grupo de Trabajo) 15/.

47. En lo que hace a posibles actividades futuras de este tipo, el Relator Especial confía en que tanto las autoridades del gobierno local de Groenlandia, como el Consejo de Todas las Tierras de Chile, estarán en posibilidad de concretar los detalles de las invitaciones que, respectivamente, se han formalizado ya desde hace algún tiempo para visitar sus tierras. Se permite, asimismo, expresar su interés en que ello se produzca con tiempo suficiente para permitirle recoger esas experiencias en su informe final.

II. ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LA DICOTOMIA MINORIAS/PUEBLOS INDIGENAS

48. En su informe preliminar sobre este estudio (1991) el Relator Especial se sintió obligado a expresar la importancia que le había merecido, desde el mismo comienzo de sus labores, la diferenciación conceptual entre ambas categorías de grupos humanos y las consecuencias prácticas que para su trabajo futuro se derivarían de ella. Lo expresó de la siguiente manera:

"[El Relator Especial ha considerado] que tanto en la etapa de reunión de datos de su trabajo como en su análisis de los resultados obtenidos, debía ajustarse estrictamente a la práctica que se ha seguido en la labor de las Naciones Unidas en esta esfera, es decir, distinguir entre "minorías" y "poblaciones indígenas" (pueblos indígenas). Comprende muy bien que tendrá que obrar con mucha discreción en vista de esta decisión y de las dificultades prácticas inherentes a ella. No obstante, está seguro de que podrá diferenciar esta segunda categoría con total objetividad y con un razonamiento sólido." 16/ (subrayado del autor)

49. Finalizaba esta idea, subrayando que esta idea continuaría siendo una guía para su trabajo en todos los aspectos relativos al estudio hasta la conclusión de su mandato 17/.

50. Por otra parte -y teniendo muy en cuenta tanto el curso de las deliberaciones en la Comisión de Derechos Humanos y sus decisiones sobre su mandato, como sus intercambios de opiniones con múltiples representantes

gubernamentales y de pueblos indígenas presentes en los debates en el Grupo de Trabajo- el Relator Especial ha tenido siempre muy presente la proyección universal de sus tareas.

51. Así, tanto en el esbozo inicial 18/ que sobre el estudio solicitaron de él la Comisión 19/ y el Consejo 20/, como en el propio informe preliminar antes mencionado 21/, el Relator reafirmó ese carácter ecuménico de su mandato. Volvió a enfatizarlo en 1992, en su primer informe sobre la marcha de los trabajos 22/.

52. Al describir el ámbito geográfico del presente estudio, subrayó repetidamente que en su trabajo de investigación se creía obligado a explorar posibles situaciones en todas las partes del mundo, que pudieran relacionarse con las tareas que le habían encomendado la Subcomisión, la Comisión y, en última instancia, el Consejo Económico y Social.

53. Fue sobre tal base que, al discernir -de entre el enorme número de casos y situaciones que potencialmente podrían encontrarse dentro de su mandato y sobre las cuales yo no disponía de alguna base documental- cuáles de ellos podrían servir como punto de partida para centrar su futuro trabajo investigativo, en su primer informe sobre la marcha de los trabajos el Relator Especial recogió un elevado número de situaciones (41) 23/ que consideró prima facie como representativas de las cinco diversas categorías de aquéllas 24/ que entendía (y continúa aún considerando) que atañen a su mandato. Las seleccionadas en aquella ocasión se referían a todas las regiones geográficas del planeta.

54. Plenamente consciente, sin embargo, de las limitaciones que aún presentaba a comienzos de 1992 su tarea de acopio de documentación, subrayó en aquella propia ocasión el carácter meramente indicativo de dicha selección de situaciones. La misma -expresaba en aquel documento- "no podía ser totalmente equilibrada en cuanto a la cantidad de datos disponibles, los resultados analíticos o la representatividad regional". Concluyó su enfoque al respecto destacando que "obviamente los casos analizados en este informe provisional no serán los únicos que contribuirán a las conclusiones finales del presente estudio" 25/ (énfasis del autor).

55. Con tales antecedentes, diversos elementos que han emergido en tiempos recientes han reforzado aún más la importancia que confiere el Relator al esclarecimiento de la ya mencionada dicotomía minorías/pueblos (o naciones) indígenas.

56. Por una parte, ha podido avanzar en buen grado sus conocimientos acerca no sólo de las circunstancias que en el pasado marcaron las relaciones y la concertación de los instrumentos jurídicos (originarios y subsiguientes) celebrados entre los pueblos indígenas y los no indígenas en muy diversas regiones del mundo, sino también los que habían desarrollado los pueblos originarios entre sí en determinadas áreas del planeta (en particular -aunque no exclusivamente- en Asia y Africa).

57. Particular relevancia para estas nuevas percepciones ha tenido la posibilidad de ampliar su visión acerca tanto de la lucha que se desarrolló en Asia, Africa y las Américas entre los poderes coloniales europeos a partir del siglo XVI para imponer sus respectivas hegemonías politicoeconómicas en el hoy llamado "Tercer Mundo", sino también en lo que hace a la activa participación que tuvieron esos propios poderes coloniales en el proceso que condujo a la presente constitución, como entidades soberanas, de un alto número de Estados multiétnicos/multinacionales de Africa y Asia.

58. Las repercusiones que dicha participación han tenido en muchos de los problemas que confrontan actualmente ciertas etnias en esos Estados no son, en manera alguna, desdeñables.

59. Por otra parte, la encomiable flexibilidad de las reglas de juego establecidas desde sus orígenes por el Grupo de Trabajo para la participación en sus deliberaciones, la trascendencia creciente que adquieren sus labores a los ojos de la opinión internacional y las facilidades de financiamiento que se han creado a través del Fondo de Contribuciones Voluntarias para las Poblaciones Indígenas, han permitido (y estimulado) a muy disímiles colectividades humanas de todos los rincones del mundo hacerse presentes en Ginebra e invocar su condición de "pueblos indígenas".

60. Finalmente, otras acciones de órganos del sistema de las Naciones Unidas (por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos) o de relatores especiales temáticos para un país determinado (como en el caso del designado para el Sudán o para definir el concepto de minorías) han contribuido -en opinión del Relator Especial- a confundir ciertas cuestiones claves en torno a esta dicotomía minorías/pueblos (naciones) indígenas.

61. Todo lo anterior ha motivado al Relator Especial a compartir con el Grupo de Trabajo y la Subcomisión, mediante este informe, algunas de sus reflexiones acerca de una situación que, a su criterio, de no meditarla en profundidad puede traer resultados contraproducentes para lo que tanto para el Grupo, como para la Subcomisión, la Comisión y el Consejo ha constituido -particularmente a partir de 1982 con la creación del Grupo de Trabajo- una preocupación capital: erradicar la discriminación contra los pueblos indígenas y rescatar o hacer plenamente efectivos sus derechos, incluyendo sus derechos humanos.

62. Esas reflexiones parten de un aspecto conceptual importante: los elementos de que se dispone para intentar definir, de una parte, a las minorías y, de la otra, a los pueblos (naciones) indígenas.

63. De entrada, cabe subrayar que la comunidad jurídica internacional -integrada, básicamente, por los Estados que son Miembros del sistema de las Naciones Unidas- no ha definido hasta el presente ni la categoría "pueblo" (que figura en la propia Carta de San Francisco como titular del derecho a la libre determinación), ni los de "minoría" y "pueblo indígena".

64. Sin embargo, afortunadamente, el criterio pragmático que preside las labores de esa propia comunidad no le ha impedido adoptar instrumentos

internacionales de notable envergadura en los que se emplean tales términos, como la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales de 1960 y la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas de 1992.

65. Por ello, en buena y cartesiana lógica, la indefinición formal de "pueblo indígena" no puede ser obstáculo para la futura aprobación del actual proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, recomendada ya por la Subcomisión a los órganos gubernamentales del sistema de las Naciones Unidas.

66. Sin embargo, tanto en cuanto a las minorías como a los pueblos o naciones indígenas, se cuenta con determinados elementos de referencia.

67. En el caso de las minorías, esos puntos de referencia los constituyen los ensayos definitorios emprendidos por el profesor italiano Francesco Capotorti, primero, y por el magistrado canadiense Jules Deschênes, ambos a instancias de la Subcomisión.

68. Según el primero, "una minoría es un grupo que es numéricamente inferior al resto de la población de un Estado, que se encuentra en una posición no dominante, cuyos miembros poseen características étnicas, religiosas o lingüísticas que difieren de las del resto de la población y que, siquiera de manera implícita, mantienen un sentido de solidaridad encaminada a preservar su cultura, tradiciones, religión o idioma" 26/.

69. Deschênes, por su parte, los describe así: "Un grupo de ciudadanos de un Estado, en minoría numérica y en posición no dominante en ese Estado, dotados de características étnicas, religiosas o lingüísticas diferentes de las de la mayoría de la población, solidarios los unos de los otros, animados, aunque sea implícitamente, de una voluntad colectiva de supervivencia y que tienden a la igualdad de hecho y de derecho con la mayoría" 27/.

70. Las similitudes y diferencias de ambos enfoques son evidentes. Por una parte, ambos juristas coinciden en el sentido minoritario cuantitativo de esos grupos humanos, en su posición no dominante en la trama social en la que viven, en sus rasgos étnicos, religiosos o lingüísticos comunes, en la solidaridad colectiva que los anima entre sí y en la voluntad colectiva de sobrevivir de acuerdo con sus tradiciones y estilo de vida.

71. Sin embargo, el énfasis básico de Capotorti parece residir en la inferioridad numérica, en tanto que en Deschênes se enfatizan tanto la condición de "ciudadanos de un Estado" de esos grupos -tal vez en función de la realidad más heterogénea del Canadá- como, curiosamente, la búsqueda de "la igualdad de hecho y de derecho" en cuanto a la mayoría existente en sus respectivas sociedades.

72. Vale agregar que la definición brindada por Capotorti podría aplicarse no sólo a las minorías, sino también a los pueblos indígenas, si se toman en cuenta los pronunciamientos públicos generales de datos en muy diversas

latitudes. En cambio, el criterio de Deschênes puede válidamente interpretarse como diferenciante entre una y otra categoría, en función de la manera particular en que aparece formulada la parte final de su definición.

73. Según esto es forzoso inferir que esa "igualdad de derecho" con la "mayoría" sólo sería posible sobre la base de la institucionalidad jurídica del sector mayoritario dominante de la sociedad multinacional de que se trate, y no partiendo de la cultura jurídica de esas "minorías".

74. Ni que decirse tiene que tal renuncia a una parte crucial de su cultura (entre otras cosas, su institucionalidad juridicopolítica propia) resulta, comprensiblemente, anatema para una amplia gama -muy probablemente mayoritaria- de pueblos indígenas y era bien conocida desde antes del trabajo de Deschênes.

75. La Declaración de 1992 28/ fue, de cierta manera, una lógica continuidad a lo establecido en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, cuyo texto establece:

"En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma."

76. Como se sabe, a partir de la entrada en vigor del Pacto en 1976, tal disposición continúa siendo -en conjunción con el Protocolo Facultativo de dicho Pacto-, el punto focal de la posible protección internacional de las minorías, en razón del carácter de obligaciones jurídicas formales que contraen los Estados que son Partes en dichos instrumentos.

77. Según dos estudiosos del tema en un reciente artículo, la conjunción Pacto Internacional-Protocolo-Declaración, constituye "un programa, cuando se le compara con el primer régimen multilateral de protección a las minorías establecido en el marco de la Sociedad de Naciones", aunque no dejan de señalar, críticamente, sus deficiencias 29/.

78. Aunque el Relator Especial puede comprender las razones que la motivaron, la principal deficiencia que puede encontrarse en una trilogía de instrumentos internacionales -desde el punto de vista de la posibilidad de lograr una protección internacional efectiva de los derechos de las minorías- consiste, a su criterio, en que según lo establecido en ellos, los derechos que se reconocen y la protección que se les otorga son, strictu sensu, sólo aplicables a las personas que integran tales grupos humanos en su condición de individuos, pero no al grupo humano como tal, considerado en su totalidad. Esto, a pesar de que en los artículos 1 y 4 (primera parte de su apartado 4) de la Declaración de 1992, puedan encontrarse ciertas referencias a las minorías como entidades consideradas en su conjunto.

79. En otras palabras, prevalece en ellos el criterio de los derechos individuales como centro de una posible preocupación internacional en materia

de derechos humanos, tan en boga en el quehacer de las Naciones Unidas a partir de las bases claramente establecidas por la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 30/.

80. Tal enfoque -cuyas limitaciones resulta innecesario destacar- mantuvo virtual exclusividad (conceptual y práctica) en este campo hasta hace relativamente pocos años, cuando muchos Estados del Tercer Mundo y del hoy extinto "campo socialista" tuvieron éxito en reclamar el reconocimiento de los llamados "derechos colectivos" en la acción práctica de las Naciones Unidas.

81. Vale recordar, en este contexto, el valor que les merece, justamente, a los pueblos indígenas el reconocimiento de sus derechos colectivos, es decir, de los que han tenido y tienen sus grupos sociales en su carácter de tales, como colectividades consideradas en su conjunto y totalidad, así como también en su especificidad, esto último en el sentido de sociedades perfectamente diferenciadas de otras, en los casos en que exista un contexto social de tipo multiétnico/multiracial.

82. Conviene recordar asimismo -como la hacen Schulte-Tenckhoff y Ansbach- 31/ que en el caso de las minorías, la indefinición no se constriñe solamente a la de ese término en su generalidad, sino además, a la de los calificativos utilizados para caracterizarles (por ejemplo, minorías nacionales, étnicas, religiosas, culturales y lingüísticas), consecuencia, según ellas, de "la importante diversidad geográfica e histórica" de esos grupos humanos.

83. Subrayan además que, a pesar de tal proliferación de calificativos, históricamente la acción de las Naciones Unidas siempre ha excluido de las minorías -de manera controvertida para algunos- a los trabajadores migratorios (geográfica) 32/, así como (al menos hasta ahora) a los pueblos [naciones] indígenas (o "poblaciones indígenas", en la terminología generalmente utilizada en la materia por las diversas instancias de las Naciones Unidas, con la excepción del Grupo de Trabajo).

84. Finalmente, concluyen -y lo hacen sobre la base de razones nada endebles- aceptando la "imposibilidad de lograr una definición de minorías", al menos por el momento. Razonan que comoquiera que la búsqueda de una tal definición constituye un asunto eminentemente político en el cual chocan los muy diversos intereses de los Estados que deben acometer esta tarea en las Naciones Unidas, ese proceso está impregnado de dificultades prácticamente insuperables, aceptando el hecho de que teniendo que enfrentar un (im)posible tratamiento uniforme de innumerables situaciones concretas, "la protección de las minorías, al estilo de las Naciones Unidas, tiende a favor de un enfoque pragmático que tiende a considerar tan sólo los aspectos de esta problemática a los cuales resulte posible aportar una solución" 33/.

85. En lo que hace a una definición de pueblo o nación indígena, la situación es algo diferente. Para ello se cuenta, de entrada, con una "definición de trabajo" que ha ofrecido en su antológica obra 34/ el Experto ecuatoriano José R. Martínez Cobo, encargado, como Relator Especial, de elaborar un estudio sobre "El problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas".

86. Resulta importante, en el contexto de este capítulo, recordar la forma en que Martínez Cobo formuló sus ideas en la materia. Lo hizo de la siguiente manera:

"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 las sociedades 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." (énfasis del autor)

87. La antedicha "definición de trabajo" forma parte (párr. 379) del capítulo XXII (Propuestas y recomendaciones), incluido en la tercera (y última) parte de su informe final (titulado "Conclusiones, propuestas y recomendaciones"), y figura en el acápite F de ese capítulo XXII (párrs. 362 a 382).

88. A los efectos de comprender cabalmente tanto la naturaleza de la formulación escogida por el Relator Especial mexicano en su monumental esfuerzo 35/, como el sentido último de la misma, resulta imprescindible analizar en su totalidad el contenido de ese acápite "F", del cual aquella forma parte.

89. Tal recordatorio se hace tanto más necesario, cuando se tiene en cuenta que -contrariamente a lo sucedido con las definiciones que sobre las minorías nos ofrecieron Capotorti y Deschênes-, tanto dos instancias no gubernamentales (el Grupo de Trabajo y la Subcomisión), como un órgano gubernamental (la Comisión) no sólo han hecho suyas in toto las "Conclusiones, propuestas y recomendaciones" contenidas en el volumen V de ese informe final, sino que, además, las han reconocido como la base del trabajo futuro respectivo sobre la problemática indígena, para foros tan disímiles del sistema de las Naciones Unidas como los mencionados.

90. Los criterios que el propio Martínez Cobo nos ofrece acerca de su "definición de trabajo" resultan particularmente claros. Tras recordar que lograrla fue "materia sumamente complicada, difícil y delicada" (pár. 363), la califica de "una formulación meramente provisional" (párr. 365) (énfasis del autor).

91. Agregó, seguidamente, que en los párrafos subsiguientes -entre los cuales figura, por supuesto, el que contiene su formulación conceptual sobre pueblo indígena- se reflejarían solamente "conceptos y criterios indicativos [en la versión inglesa se utiliza el término "tentative"] que puedan colocarse sobre la mesa de trabajo como intentos meramente preliminares y provisionales, sobre la base de los criterios que se estiman válidos para el efecto". Y remata sus ideas al respecto:

"Usándolos de punto de partida se les podrá entonces criticar y modificar al orientarse a la formulación de proyectos más acabados de definición de las poblaciones indígenas. ...[y] no llevan otra pretensión, entonces, que la de estimular el pensamiento y el análisis que conducirán a la formulación de definiciones como propuestas más formales. Estas, a su vez, habrán de llevar finalmente a una definición de las poblaciones indígenas que sea aceptable en todas partes desde el punto de vista internacional... [lo cual] podrá y deberá servir de guía... [para] adoptar las normas concretas que han de determinar los derechos... y las libertades... de las poblaciones indígenas, ya que entonces será imprescindible saber de qué grupos de población se habla." (párrs. 366 y 367) (énfasis del autor).

92. Los párrafos subsiguientes (368 a 377) los dedica Martínez Cobo a ofrecer "algunas ideas básicas" que han de proporcionar la fundamentación intelectual que debe, a su entender, presidir ese proceso definitorio en el marco de sociedades multinacionales/multiétnicas en las que actualmente viven esos pueblos. Sus ideas claves al respecto son:

- a) los pueblos indígenas deben ser reconocidos de acuerdo con su propia percepción y concepción de sí mismos, en relación con otros grupos que coexistan con ellos en la misma trama de una sociedad dada;
- b) no se debe pretender definirlos con arreglo a la percepción de otros a través de valores de sociedades foráneas o los de los sectores predominantes en ellas;
- c) el derecho a definir qué y quién es indígena, y el correlativo a determinar qué y quién no lo es, debe reconocerse a los pueblos indígenas mismos;
- d) la facultad de éstos de determinar quiénes son sus propios miembros no debe ser interferida por el Estado de que se trata mediante acciones legislativas, reglamentarias o por cualquier otra vía;
- e) toda definición artificial, antojadiza o manipulativa debe ser rechazada;
- f) la posición especial de esas "poblaciones" dentro de la sociedad de naciones-Estados que hoy existe procede de sus derechos históricos a sus tierras y de su derecho a ser diferentes y a ser considerados diferentes.

93. Tras describir el despojo que de sus tierras han sufrido y los constantes ataques a que se ven sometidos tanto su cultura en general como sus instituciones y sistemas sociales y jurídicos en las sociedades en las que hoy viven, Martínez Cobo hace una vehemente defensa del derecho de esos pueblos a "seguir existiendo, a defender sus tierras, a mantener y transmitir su cultura, su idioma, sus instituciones y sus sistemas sociales y jurídicos y su estilo de vida, que han sido ilegal y abusivamente atacados" (párr. 374). Subraya, asimismo, que "es evidente que los pueblos indígenas

se consideran diferentes de los otros grupos que forman la sociedad de los actuales Estados-naciones en los que ahora se encuentran incluidos" (párr. 376) (énfasis del autor).

94. A su criterio es "en el contexto de estas situaciones y de estos derechos donde debe plantearse la cuestión de la definición" (párr. 375), enfoque compartido por este Relator Especial. Este, por supuesto, no se propone acometer en este informe tarea de semejante envergadura. Ni se siente aún con el bagaje intelectual y práctico para hacerlo, ni su mandato lo autoriza para ello.

95. Si ha intentado hacer un amplio sumario de las reflexiones de Martínez Cobo en este informe, es justamente porque alguna de las ideas contenidas tanto en el párrafo 376 como en la propia "definición de trabajo" ofrecida por aquél, a su entender han contribuido -en particular, de tomarse fuera del contexto general de sus razonamientos en ese acápite F ya aludido- a confundir conceptualmente, de cierta manera, esa clara dicotomía minorías/poblaciones indígenas a que se refiere el presente capítulo. Incluso la propia idea justa del derecho a la autodefinición indígena acerca de qué es lo indígena y -muy especialmente- de quiénes lo son (veáse supra, párrafo 92 b)) ha contribuido a complicar aún más esta esencial cuestión.

96. El avance logrado en su trabajo de investigación ha convencido al Relator Especial de que las consecuencias prácticas de tales confusiones sí tienen que ver con su mandato. Por ello, se propone, seguidamente, exponer sus propias reflexiones en la materia, recogiendo así el llamado de Martínez Cobo al análisis crítico de sus "conceptos y criterios indicativos" e "intentos meramente preliminares y provisionales", como él mismo calificara a su "definición de trabajo" final de los pueblos indígenas.

97. Intentando buscar una definición "ecuménica" de los pueblos indígenas que pudiera resultar de aplicación, "en lo posible", a todos los casos que antes de (y durante) su descomunal esfuerzo habían llegado a su atención, Martínez Cobo -consciente o inconscientemente- tiende a mezclar situaciones que a este Relator Especial le parecen dignas de ser diferenciadas en razón de su (para él) evidente e intrínseca disímil esencia.

98. Así, en el aludido párrafo 376 -en el contexto del lógico sentimiento indígena de sentirse diferentes a los otros grupos con quienes se ven forzados a convivir en muchos Estados actuales- puede leerse lo siguiente:

"[Los pueblos indígenas] se consideran sucesores históricos de los pueblos y las naciones que existían en sus territorios antes de la llegada de los invasores de éstos, que acabaron por prevalecer sobre ellos y por imponerles formas de sujeción colonial o de otro tipo y cuyos sucesores históricos forman ahora los sectores predominantes de la sociedad." (énfasis del autor)

99. Partiendo de esa base -y con total consecuencia-, en su "definición de trabajo" Martínez Cobo identifica (según ya se vio antes en el párrafo 86 supra) como "poblaciones indígenas" a todas aquellas comunidades, pueblos y

naciones indígenas que, entre otros rasgos, tienen "una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales..." 36/.

100. No obstante, desde un punto de vista conceptual, parece imprescindible comenzar por diferenciar las dos situaciones -marcadamente diferentes- que aparecen situadas en el mismo plano y con iguales implicaciones en los textos arriba mencionados, a saber la invasión (que presumiblemente incluye la de otros pueblos también indígenas) y el fenómeno colonial europeo en la América Latina, África y Asia.

101. Es cierto que ambos fenómenos están asociados a la apropiación de la tierra 37/, pero -como acertadamente apunta Schulte-Tenckhoff 38/- no resulta aceptable amalgamar el fenómeno general de la expansión territorial y el hecho histórico único y específico de la colonización organizada de los pueblos de otros continentes, emprendida por las Potencias europeas a partir del siglo XVI.

102. La expansión (en el contexto de la definición de Martínez Cobo) está vinculada a una multitud de factores por lo general difíciles de predecir o controlar, tales como el agotamiento de recursos en determinadas áreas, las tensiones sociales o las presiones demográficas. Las raíces del fenómeno colonial europeo original -por ejemplo, el control del tráfico mercantil, la urgencia de procurarse recursos para guerras contra otras Potencias vecinas y (presidiendo todo ello) el ánimo de lucro y la necesidad de expandir mercados, como elementos consustanciales e imprescindibles para un nuevo modo de producción y de relaciones sociales con vocación universal- son muy diferentes.

103. Otro autor de importancia 39/ apunta un significativo rasgo diferenciador entre ambos fenómenos, en particular cuando se tiene presente la expansión territorial que históricamente tuvo lugar por parte de algunos pueblos indígenas hacia territorios de otros habitantes originarios (en particular, aunque no exclusivamente, en el llamado Tercer Mundo).

104. Según Williams, la característica esencial de la expansión reside en que existen "múltiples similitudes básicas" entre la sociedad en expansión y los habitantes de los pueblos en cuyo detrimento aquélla se produce. Cuando tal proceso culmina también con el control político sobre esos territorios, el mismo "usualmente concluye con la incorporación de los habitantes de esos territorios al cuerpo político" de la nación que se ha expandido. Cita como ejemplo de lo anterior no sólo los casos de la "Confederación Iroquesa" (Haudenosaunee) y la nación navajo en relación con sus vecinos, sino también los de la incorporación de los escoceses por los británicos y la de la población cajun de origen francés, residente en la Louisiana, por los Estados Unidos. La lista de posibles ejemplos históricos europeos no está agotada, por supuesto, con el ejemplo anterior.

105. Por el contrario, según el propio autor, el fenómeno colonial europeo "implica la conquista y control de pueblos culturalmente diferentes, cuya idiosincrasia es tan disímil, que no resulta fácil incorporarlos [a la nación dominante], sino que por ello, deben ser gobernados como sujetos a los que se

marginas del proceso político" (énfasis del autor). En su opinión, el mejor ejemplo de este tipo de situación se produce, precisamente, en las "trasplantadas colonias de asentamiento, como es el caso de los Estados Unidos" (ibíd.) 40/. Otros ejemplos al respecto pueden detectarse no sólo en América del Norte, sino también en la Central y del Sur, así como en Australia y Nueva Zelanda y asimismo en determinadas áreas de la Europa septentrional.

106. Incluso ese mismo fenómeno colonial europeo requiere de otras diferenciaciones, pues no en todos los casos se reprodujeron idénticas situaciones. Por ejemplo, en 1985, Rodolfo Stavenhagen 41/ abogaba por un enfoque diversificado de la idea de las sociedades coloniales y lo razonaba así:

"Se impone establecer una distinción entre los diversos tipos de sociedades coloniales y la manera en las que éstas han afectado a los pueblos indígenas. Por ejemplo, en las colonias de asentamiento establecidas por los europeos (tales como Estados Unidos y Australia), la situación de los indígenas fue diferente que la que existió en aquellas colonias en las que el control de los europeos sólo se produjo en lo que hace a la administración y la economía de exportación, en tanto que la estructura social autóctona se dejó prácticamente intacta (como sucedió en casi todas las colonias africanas y asiáticas de los imperios francés, británico, holandés y portugués). A su vez, estas colonias se diferenciaron de aquellas en las que los colonos originarios se mezclaron con la población local, en las cuales se desarrollaron nuevas estructuras sociales y culturales (como sucedió en la América hispana y en las Filipinas)."

107. Otro esclarecimiento necesario -toda vez que tiene que ver con la llamada "cuestión de las minorías étnicas" y la influencia predominante que hasta el presente han tenido muchos conceptos eurocentristas en la problemática indígena- se refiere a las diferencias que claramente se observan en la construcción de los diferentes "Estados-nación" en las diversas regiones del mundo.

108. El Estado europeo, en su devenir histórico, ha llegado a nuestros días proyectado -real o imaginariamente- 42/ como un "Estado monoétnico", un pueblo, un Estado. De ahí el corolario obligado, por ejemplo el problema de las minorías "clásicas" que, históricamente al menos, pueden entenderse como individuos que viven fuera del Estado en el cual su pueblo está organizado políticamente.

109. Por el contrario, la inmensa mayoría de los Estados de África y Asia son intrínseca e inevitablemente multiétnicos, esto, en buena medida -particularmente en el caso africano- como resultado del arbitrario trazado de las fronteras nacionales. Estas (conviene recordarlo) no fueron establecidas por los propios africanos, sino -en la casi totalidad de los casos- por los diversos imperios coloniales europeos, por ejemplo, partiendo de la base de lo acordado por ellos sobre el reparto del continente a partir del Congreso de Berlín de 1885.

110. Que el territorio en el que ancestralmente una etnia había habitado y en donde practicaba su modo tradicional de vida quedase dividido -primero bajo la administración colonial y, después, al culminar el llamado "proceso de descolonización"- no fue, por supuesto, objeto de preocupación mayor para aquellas Potencias europeas al momento de alcanzarse las aludidas concertaciones. Estas continuaron marcando territorialmente a los nuevos Estados descolonizados.

111. Es un hecho evidente que en un cierto número de Estados en Africa y Asia los conflictos entre diversas etnias constituyen una dolorosa realidad y es posible argüir incluso que en ellos está aún por resolverse definitivamente el problema de una adecuada participación política de todos los diversos pueblos o etnias que los constituyen que satisfaga plenamente a éstas 43/.

112. Pero a pesar de que muchos Estados-naciones en uno y otro continente admitan la existencia de "minorías nacionales o étnicas" dentro de sus fronteras, no está claro que todos esos grupos humanos constituyan minorías, al menos en el sentido clásico en el cual se ha utilizado el término. Más problemático aún -al menos para el Relator Especial- resulta que en tales casos el calificativo de "pueblos indígenas" pueda ser el idóneo para justificar su acción política interna, o su cada día más visible presencia internacional. Muy posiblemente, la situación de esas colectividades humanas constituya una problemática cuya determinación conceptual esté todavía por definir.

113. Conviene recordar que en tiempos coloniales -y aún en los poscoloniales, como es el caso en la América Latina-, el vocablo "indígena" fue el término empleado por el colonizador ultramarino para diferenciarse de los pueblos autóctonos y que esa terminología continuó diferenciando a esos pueblos del "criollo", que sustituyó a aquél como poder dominante en la sociedad poscolonial.

114. Pero la liquidación del dominio colonial tradicional en Africa y Asia cambió forzosa y radicalmente esta concepción de lo que podía ser entendido como "indígena", en razón de un nuevo contexto político, cuyo símbolo más visible fue la independencia estatal. En ese nuevo contexto, tomaron las riendas del poder político -aunque no siempre del económico- grupos sociales étnicos o nacionales cuya condición de "indígenas" era (y es) tan incuestionable, como el que podían tener también otras etnias o naciones que -habitando igualmente el territorio del nuevo Estado- no emergieron del proceso descolonizador como los sectores dominantes de esa nueva entidad política que reclamó y obtuvo su reconocimiento internacional como Miembro, por ejemplo, de las Naciones Unidas.

115. Por ello, desde un punto de vista conceptual, la cuestión de establecer -o restablecer- una clara distinción entre pueblos indígenas, de una parte, y minorías étnicas o nacionales (o pueblos tribales en el léxico del Convenio Nº 169 de la OIT) se convierte en una necesidad básica para el Relator Especial, tarea a la cual dedicará aún mayores esfuerzos en la fase final del estudio que se le ha encomendado.

116. De momento, está suficientemente claro para él que si bien en la casi totalidad de los casos -aunque ciertamente no en todos los de América Latina- los pueblos indígenas constituyen una minoría numérica en el Estado "nacional" en el cual hoy habitan (y comparten algunas de las cualidades que se atribuyen a las "minorías" en algunas de las definiciones que sobre éstos se han ofrecido), ellos no constituyen minorías en sentido de las Naciones Unidas.

117. Lo anterior, por muy diversas razones históricas que se verán más adelante y por la práctica diferenciadora que, en relación con estas últimas han seguido en general, tradicionalmente, tanto las Naciones Unidas (y la creación del Grupo de Trabajo en 1982 fue prueba de ello), como su predecesora la Sociedad de Naciones 44/.

118. También es evidente para el Relator Especial que una minoría nacional o étnica no constituye, por esa sola condición, un pueblo indígena, a pesar de que en tiempos recientes, tanto en el plano académico como a consecuencia incluso de algunas acciones en el marco de las propias Naciones Unidas, la confusión de aquéllas con la categoría "pueblos indígenas" se ha hecho visible.

119. Diversos factores han contribuido a esa confusa situación. Por una parte -como ya se vio-, ciertos elementos de la "definición de trabajo" de Martínez Cobo la han alimentado. Por otra, existe la tendencia a centrar o asociar la condición de "indígena" a la práctica por muy diversos pueblos de ciertos estilos de vida "tradicionales" de tipo cultural o socioeconómico "diferentes" de los que se siguen en la sociedad industrial moderna con su tecnología y sus modelos de consumismo sofisticado 45/.

120. El hecho de que diversas partes indígenas se hayan dirigido al Comité de Derechos Humanos -motivadas por lo que consideran como total imposibilidad de tener éxito en las reivindicaciones de sus derechos en las instancias burocráticas (o los tribunales) de los Estados dentro de cuyas fronteras hoy viven- sobre la base del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (relativo a los derechos individuales de las personas pertenecientes a minorías) y del Protocolo Facultativo de éste 46/, y que el Comité se haya pronunciado al respecto, no ha contribuido, ciertamente, a despejar esas confusiones, sino precisamente a incrementarlas.

121. Además, el criterio diferenciador entre minorías y pueblos indígenas que las Naciones Unidas reforzó con la creación del Grupo de Trabajo se ha visto en cierta medida erosionado como resultado de la "universalización", para utilizar la terminología de Schulte-Tenckhoff, del acceso al mismo, "activamente posibilitado por las propias Naciones Unidas, en particular, por su política de conceder subsidios de viaje y estancia en Ginebra a representantes de autocalificados "pueblos indígenas"", cuya condición de tales, en particular de algunos procedentes de África y Asia, en opinión del Relator Especial no siempre está totalmente establecida 47/.

122. Por lo demás, ciertos criterios contenidos en un documento de divulgación editado por las Naciones Unidas en relación con los pueblos

indígenas 48/ y que contiene ciertos criterios particularmente polémicos precisamente sobre esta materia, ha sido otro elemento que ha contribuido en buen grado a esparcir confusiones y a crear lógicos recelos (gubernamentales o no) en esta materia.

123. Finalmente, cabe señalar que ha aportado también a la creciente confusión en esta materia, la tendencia, visible en la obra de algún Relator Especial de las Naciones Unidas, a considerar como "pueblos indígenas" a ciertas etnias de países africanos que, a lo sumo, pudieran tal vez considerarse sólo como minorías nacionales o étnicas (como, por ejemplo, en el caso del Sudán) 49/.

124. Vale apuntar, sin embargo, que una reciente iniciativa de la Subcomisión (endosada ya por la Comisión de Derechos Humanos el pasado marzo) puede ser útil, justamente para esclarecer un tanto la confusión reinante. Se trata de la contenida en su resolución 1994/4 de 19 de agosto de 1994 y en su decisión 1994/115 de 26 de agosto de 1994, que prevén la creación de un grupo de trabajo que se encargará de "examinar, entre otras cosas, soluciones pacíficas y constructivas a las situaciones que afectan a las minorías". Esta nueva instancia habrá de coexistir con el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, y debe servir como elemento práctico diferenciador de ambas problemáticas 50/.

125. A pesar de esa confusión que percibe el Relator Especial acerca de esta dicotomía minorías/pueblos indígenas y que tanto le preocupa, existen elementos que le habrán de servir de orientación en esta materia para sus próximos trabajos, en particular en lo que hace a la priorización de sus esfuerzos.

126. Está fuera de dudas para él, que el énfasis del estudio debe centrarse, en su fase final, en casos y situaciones en que la categoría "pueblos indígenas" está ya indubitadamente establecida desde un punto de vista histórico y actual, y que el peso de sus conclusiones debe fundarse, básicamente, en las experiencias adquiridas sobre la base del estudio y del potencial de tres de los cinco tipos de situaciones establecidas por él como atinentes a su mandato 51/, a saber: i) la de los tratados celebrados entre Estados-naciones y los pueblos indígenas (en particular en las Américas y Nueva Zelandia); ii) la referida a los "acuerdos constructivos" en que han participado esos propios pueblos y, por supuesto, iii) la condición actual de pueblos que no están incluidos en ninguna de las restantes situaciones.

127. La justificación para tales conclusiones son de naturaleza jurídica y también histórica. De una parte, resulta innecesario destacar la importancia que para este estudio tuvo, desde un comienzo, la problemática de los llamados "tratados indígenas", a partir de las "Conclusiones, propuestas y recomendaciones" del estudio elaborado por Martínez Cobo 52/.

128. Por lo demás, como apunta un estudioso, es justamente en los casos señalados en el apartado i) del párrafo 126 supra donde "la problemática indígena y la de los tratados se encuentran y a veces se confunden, lo cual sucede sólo raramente en el mundo afroasiático. Dicho de otro modo:

la mayor parte de las situaciones [que según los criterios que expone en otra parte de su trabajo] que pudieran calificarse como indígenas en Africa y Asia, no son, justamente, las que se encuentran vinculadas mediante una relación de tratados con un Estado, en el sentido del estudio, y, por el contrario, son muchas las entidades juridicopolíticas [en esos dos continentes] partes en tratados de la época colonial, que hoy día se representan a sí mismos en su condición de Estados independientes." 53/ (énfasis del autor)

129. Lo anterior no hace sino confirmar ciertos criterios que, aun con ciertas incertidumbres internas, había expuesto el Relator Especial en su primer informe sobre la marcha de sus trabajos, y que manifestó así:

"Para los fines del estudio, no debe olvidarse que, contrariamente a la situación imperante en América del Norte, Australia y Nueva Zelanda, donde la población de colonos blancos gradualmente ha reemplazado a los pueblos indígenas (que a efectos prácticos se han visto reducidos a la condición de "minorías numéricas"), los actuales Estados africanos -con excepción de Sudáfrica- 54/ están gobernados por sus habitantes indígenas." 55/

Y agregaba:

"Cabe añadir que lo dicho anteriormente... respecto de Africa también puede aplicarse a Asia; todos los Estados de la región están regidos por gobiernos autóctonos como resultado del proceso de descolonización y la lucha por la liberación nacional. Naturalmente, esto no excluye la existencia de poblaciones indígenas minoritarias en los Estados multinacionales de la región." 56/

III. DE SOBERANOS A VASALLOS, PUPILOS, ASIMILADOS O MARGINADOS

130. Sobre la base de numerosos tratados celebrados entre ellos, y en lo que hace a la América del Norte con presencia colonial francesa e inglesa -que era la región sobre la cual había tenido acceso a mayor cantidad de información en aquella etapa de su investigación-, el Relator Especial, en su primer informe sobre la marcha de los trabajos, llegó a la conclusión de que existían pruebas fehacientes de que durante los primeros dos siglos y medio de contactos entre el colonialista europeo y los pueblos indígenas, la parte europea reconocía "tanto [el] carácter internacional (y no interno) de las relaciones entre ambas partes... la personalidad internacional inherente y... la capacidad jurídica [de esos pueblos]... resultantes de su condición de sujetos de derecho internacional, de conformidad con la doctrina de aquellos tiempos", así como su condición de "naciones soberanas, con todas las consecuencias jurídicas" que ello tenía en las relaciones internacionales de la época" 57/.

131. Agregaba, más adelante, que "existen elementos que nos llevan a conclusiones similares con respecto a los primeros contactos de los

portugueses, daneses, franceses, españoles y británicos en Africa, Asia y Oceanía" 58/.

132. Constató, asimismo, en aquella oportunidad, que "también es cierto que desde los primeros decenios del siglo XIX cabe observar, por lo menos en esas mismas regiones, una tendencia clara en los Estados-naciones encaminada a despojar a [esas propias naciones indígenas] de los mismos derechos y atributos soberanos, en particular sus derechos sobre la tierra" 59/.

133. Ante tal constatación -cuya importancia no es posible resaltar demasiado a los efectos de este estudio-, en aquel propio documento consideró necesario investigar a profundidad la forma en que se había producido cambio tan drástico y tan enorme involución, mediante el examen de los desarrollos históricos y actuales que a ella habían conducido, así como de las diversas argumentaciones jurídicas que han conducido a la presente situación internacional de las naciones indígenas 60/.

134. Tales son los antecedentes que sirven para explicar el propósito clave de este capítulo final del presente informe. Como se ha expresado en otras partes de éste, el avance en el trabajo de investigación tanto acerca de las llamadas "Compañías Reales" (véanse párrafos 14 a 22 supra), como en su profundización cognoscitiva en torno del papel jugado en Africa y Asia por las Potencias europeas en la transición hacia la independencia de múltiples países en esos continentes (supra, párrs. 24 y 110), así como su acceso a las ideas de juristas con las cuales estaba poco o nada familiarizado (párr. 26 supra) y, finalmente, el avance significativo en el acopio de fuentes primarias, han facilitado al Relator Especial emprender esta compleja tarea y corroborar una gran parte de las conclusiones a que había llegado, de manera primaria, en su documento de 1992.

135. El proceso encaminado a privar a las naciones indígenas, en su totalidad o de manera sustancial, de tres de los cuatro atributos esenciales que dieron pie a su condición originaria de entidades plenamente soberanas (por ejemplo de su territorio, de su capacidad reconocida para entablar relaciones internacionales, así como de sus formas propias de gobierno) ni se enrumbó de la misma manera en las diversas regiones del mundo ni, por supuesto, tuvo iguales características en cada una de ellas.

136. Tal proceso adoptó muy diversas maneras de manifestarse según fuesen, tanto las condiciones locales, como las necesidades del factor no indígena en la relación bilateral que quedó establecida y dependió también de las características específicas de la parte indígena en ese propio vínculo. La imposibilidad de analizar todas y cada una de esas variantes es demasiado evidente como para requerir ulterior explicación.

137. Por ello, el Relator Especial, aunque muy consciente de las dificultades y posibles omisiones que esto entraña, se ha visto forzado a hacer un intento de generalización regional sobre las características más predominantes de ese proceso involutivo en las diversas áreas del planeta, escogiendo, para ilustrarlo, en cada una, los ejemplos sobre los cuales su

investigación ha progresado en mayor grado, dentro de los que aparecen relacionados en su primer informe 61/.

138. Hasta donde le ha sido posible, ha intentado utilizar ejemplos procedentes de todos los cinco tipos de situaciones que considera son pertinentes para su mandato 62/. Sin embargo, dada su importancia intrínseca para el estudio (véase el párrafo 127 supra) ha dado prioridad a las situaciones relativas a los tratados celebrados entre esas naciones indígenas con sus contrapartes europeas.

139. Para comprender esas situaciones conviene, previamente, pasar revista a algunas concepciones que, sobre rasgos importantes de la historia del derecho internacional, han adelantado un cierto número de autores que han centrado su atención, justamente, en ese tipo de relaciones contractuales entre los pueblos indígenas y el colono europeo, concepciones que el Relator Especial considera pertinentes para esta parte de su trabajo.

140. La historia de una concepción universalizadora del derecho internacional (o del derecho de gentes) ha sido un aspecto poco tratado por esta disciplina. Una notable excepción la constituye Charles Alexandrowicz 63/, quien es considerado como uno de los más elocuentes defensores de un enfoque no eurocéntrico de la historia del derecho de gentes, en particular, en lo que hace al mundo afroasiático.

141. Desde similar perspectiva, otros estudiosos de la historia del derecho internacional, como Jörg Fisch 64/ y Dieter Dörr 65/, muestran vínculos intelectuales con M. F. Lindley 66/, un autor de la generación precedente.

142. Este último, al analizar la cuestión de la soberanía de aquellos que en su época eran conocidos como "pueblos primitivos" (backward peoples), consideraba que podían identificarse tres escuelas de pensamiento en la materia, a saber: i) la de reconocerla (representada, entre otros, por Vitoria y Grocio); ii) la de reconocerla, pero condicionadamente (sustentada, por ejemplo, por Vattel y Martens) y iii) la de negarla (defendida por autores como Westlake y Oppenheim). Y expresaba en 1926 al respecto:

"Al comparar estas tres escuelas de pensamiento, se aprecia que durante alrededor de tres siglos y medio ha existido una persistente preeminencia de la opinión jurídica que favorece la tesis de que las tierras que están en posesión de los pueblos primitivos no pueden ser consideradas como carentes de dueño. Pero también, se ha defendido asimismo una doctrina -que incluye entre sus propugnadores a algunos autores bien conocidos- que niega que el derecho internacional reconozca derecho alguno a los pueblos primitivos al territorio que éstos habitan, y que en su expresión más radical, exige que esos pueblos tendrán que haber hecho suficientes progresos civilizadores como para llegar a ser reconocidos en calidad de miembros de la familia de naciones, antes de que se les permita ser titulares de ese derecho." 67/

143. Alexandrowicz, por su parte, formuló la misma crítica, pero de manera más radical. A su entender, hasta mediados del siglo XIX prevaleció un criterio no discriminatorio y universalista del derecho internacional, fundado en el derecho natural, que consideraba como libres e iguales a todas las entidades políticas organizadas, incluso a aquéllas de allende los mares. Esta corriente fue desplazada por una doctrina de carácter positivista, eurocéntrica y discriminatoria, que no sólo negaba a las Potencias no europeas su personalidad jurídica internacional sino que, además, consideraba como terra nullius a sus territorios. Por consiguiente, es del criterio que "resulta preciso reconsiderar la forma en que la literatura jurídica escrita durante los siglos XIX y XX ha descrito la manera en que se ha desarrollado la comunidad internacional" 68/.

144. Muchos de los conceptos e ideas que desarrolla este autor al respecto han sido sumamente influidos por su conocimiento acerca de la situación que se desarrolló en Asia en el período decursado entre los siglos XVI a XVIII, lo cual puede no ser comparable a la que existió en otras regiones durante esa propia época, o con la que prevaleció en Africa a fines del XIX. Por otra parte, en ningún momento entró a considerar la evolución de las situaciones en los Estados Unidos.

145. En lo que hace, en particular, a los tratados, la obra de Alexandrowicz brinda valiosísima información acerca de la actuación de la Compañía Holandesa para las Indias Orientales (Dutch East India Company o VOC), que logró sobreponerse a la presencia inicial portuguesa en la mayor parte de esa subregión, así como en relación con las actividades de la English East India Company .

146. En lo que hace a la importante cuestión de los tratados en pie de igualdad en contraposición a los "tratados desiguales", el propio autor es categórico cuando señala "El proceso de celebrar tratados era y es... uno de los atributos esenciales de la soberanía exterior y, por ello, debe presumirse que las comunidades políticamente organizadas que concluyen tratados en pie de igualdad con entidades soberanas tienen una evidente existencia jurídica independiente en el plano internacional" 69/.

147. No obstante, al referirme a la presunción (que muchos sustentan) de que los tratados desiguales afectan la soberanía de una de las partes contratantes, Alexandrowicz llega a la conclusión -sobre su lectura de los criterios de los autores clásicos de esta disciplina- que "un gran número de tratados celebrados durante el período anterior al siglo XIX, o bien eran tratados en pie de igualdad o, en caso de ser desiguales al imponerles cargas transitorias o permanentes a los gobernantes [autóctonos], ello no traía como consecuencia, forzosamente, la liquidación de su soberanía, ni su exclusión de la órbita de la sociedad natural de naciones" 70/ (énfasis del autor).

148. Un aspecto importante de esta cuestión lo constituyen las cláusulas discriminatorias que con frecuencia imponían las "Compañías Reales" a los gobernantes autóctonos en los tratados que celebraban con éstos, mediante las cuales se les prohibía establecer relaciones comerciales con sus competidores europeos. En este sentido, en un conocido caso de litigación internacional

fallado en 1960 por la Corte Internacional de Justicia 71/ (relativo a la disputa surgida entre la India y Portugal en torno a un tratado de 1779 entre Portugal y el Estado de Maharata) se confirmó por la Corte la soberanía indígena ante tal tipo de situación.

149. Otro importante aspecto de la problemática de los tratados indígenas tiene que ver con la ausencia de una "versión indígena" de esos instrumentos, o con el hecho de que, en caso de existir ésta, la misma no se encuentra depositada en las dependencias oficiales competentes en el Estado-nación de que se trate, en los archivos históricos correspondientes, ni aparece en las colecciones de tratados publicados por la academia no indígena. Otro aspecto importante de esta misma cuestión de definir lo que debe considerarse como el "texto auténtico" de este tipo de tratados, es el valor a dar a las versiones no indígenas que aparecen en esas propias dependencias, archivos o colecciones, y a las cuales casi siempre se hace referencia cuando se abordan estos problemas.

150. Partiendo de la base de que no existe una definición formal de lo que debe entenderse por "texto auténtico", un conocido especialista, Shabtai Rosenne, llega a la conclusión -tras un detallado análisis centrado en casos de tratados celebrados en distintos idiomas- de que para que pueda considerarse al texto de un tratado como "auténtico" en el sentido jurídico de este término, la primera condición a exigir es que tal texto haya sido adoptado por aquéllos [órganos o Partes] que lo han celebrado".

151. Dicho en otras palabras: es la aceptación del mismo como tal por todos los que celebran el instrumento de que se trate, lo que confiere, a cualquier versión de su contenido, el referido carácter de texto auténtico. Reafirma, asimismo, al respecto -aunque refiriéndose, ciertamente, a casos de tratados entre Estados-, la necesidad de buscar, entre todas las posibles versiones de esos textos múltiples, "la concordancia lingüística hasta donde sea posible y la concordancia jurídica en todos los casos" 72/ (énfasis del autor). La extrapolación de lo anterior a los casos de tratados entre Estados y naciones indígenas, no parece ser demasiado osada.

152. Si tales razonamientos también le son aplicables -como lo entiende el Relator Especial- a estos últimos, cabe preguntarse lo que ello implica, desde el punto de vista de la perspectiva histórica, cuando se reconoce la existencia de un sistema político y jurídico indígena bien definido -distinto en muchos aspectos al de la contraparte no indígena en tales instrumentos- y al propio tiempo se acepta la existencia de un derecho de gentes no europeo (vigente en las otras áreas del mundo donde los recién llegados realizaban negocios jurídicos con las naciones autóctonas), o la plena aplicación a dichas áreas de los principios esenciales del derecho de gentes europeo existente en una época determinada. Al respecto, y refiriéndose a las relaciones jurídicas iniciales entre partes soberanas que se establecieron en el sudeste de Asia, Alexandrowicz subraya la necesidad de "considerar la posición de [cada parte soberana] en el contexto de la organización política local y su tradición jurídica" 73/.

153. Ninguna de las cuestiones a que se ha hecho referencia más arriba tienen solo una esencia puramente juridicoconceptual, ni las interrogantes aludidas sólo revisten importancia para ilustrar tanto la complejidad de la problemática de los tratados indígenas o la necesidad de acercarnos a ella con enfoques alejados del eurocentrismo para poderla comprender. Unas y otras son particularmente relevantes, sobre todo, para poder entender la magnitud del proceso de desmantelamiento de soberanías que más tarde habría de producirse en relación con los pueblos indígenas.

154. En su importantísimo estudio sobre la expansión ultramarina de Europa y el derecho internacional, Fisch 74/ subraya que el punto de partida de la expansión europea en el siglo XV es la casi total ausencia previa de relaciones con los pueblos extraeuropeos, situación que podría denominarse como "igualdad negativa". Tan pronto como se había establecido el contacto originario, las relaciones pudieron haberse regulado según una amplia gama de posibles modalidades, que irían desde la unilateralidad hasta la reciprocidad. Entre uno y otro polo podrían encontrarse variantes tales como la igualdad y la desigualdad tanto en el carácter de esas relaciones, como en los instrumentos jurídicos en que éstas quedaron plasmadas.

155. Según el propio autor, a partir de ese primer momento, pueden darse dos posibilidades básicas, a saber: i) la nueva relación establecida tiene por base la reciprocidad/mutualidad, lo cual implica que los dos actores internacionales autónomos establecen intercambios diplomáticos con idénticos derechos y obligaciones para ambos y con relaciones basadas en derechos propios a la esfera exterior de la soberanía; o ii) uno de esos dos sujetos internacionales intenta lograr una posición de dominación, bien exigiendo derechos sin aceptar obligaciones, bien usurpando derechos que con anterioridad ejercía la otra entidad juridicopolítica que es su contraparte.

156. En el caso específico de la expansión europea, la situación más frecuente fue la segunda de esas posibles variantes y el resultado fue el colonialismo.

157. Nada ilustra mejor lo que está en juego, que la inherente contradicción que puede encontrarse en los razonamientos de la famosa sentencia dictada por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América -en la pluma de su Presidente, el Magistrado Marshall- en el conocido caso de Worcester c. Georgia en 1832. Por un lado, Marshall razonaba de la siguiente manera:

"La América, separada de Europa por un vasto océano, estaba habitada por un pueblo diferente, dividido en diversas naciones independientes las unas de las otras y también del resto del mundo, que tenían instituciones propias y que se gobernaban de acuerdo a sus propias leyes. Resulta difícil comprender la tesis de que los habitantes de cualquier [otro] lugar del mundo puedan tener pretensiones jurídicas de dominio sobre los habitantes de otra, o sobre las tierras que aquéllas ocupaban, o que el descubrimiento de cualquiera de ellas por otro deba otorgar al descubridor derechos en el país descubierto, que anulen los derechos preexistentes de sus antiguos poseedores." 75/

Por otro, argüía en favor de la tesis de que los Estados Unidos de América derivaban derechos sobre esas propias naciones, sobre la base del "descubrimiento" efectuado por la Gran Bretaña, en su condición de entidad sucesora política y territorial de los británicos.

158. Según Fisch, el problema principal consiste -desde el punto de vista del nuevo poder dominante- en encontrar la justificación para sus actos de dominación. Esto, por supuesto, desde el ángulo estrictamente jurídico, toda vez que desde el punto de vista práctico "la fuerza hace el derecho" ("might makes right").

159. Según él, hablando en términos jurídicos, las entidades que no se conocían antes, al establecer vínculos por vez primera, no pueden hacer otra cosa que adherirse al principio de la reciprocidad estricta, ya que ésta es la lógica consecuencia o corolario de la "igualdad negativa" a que antes se hizo referencia. Si posteriormente, en la práctica, se impone la supremacía de una parte sobre la otra, o si existe una pretensión de hegemonía, se requiere entonces -por diversas razones- buscar justificaciones legales, por ejemplo para sustentar reclamaciones vis-à-vis de otras partes contendientes, o para contrarrestar críticas internas (por ejemplo, el caso de los escolásticos tardíos).

160. En tal contexto, Fisch distingue entre las justificaciones de naturaleza circunstancial, y aquéllas de carácter general. En el caso de la expansión de Europa allende sus mares, estas últimas jugaron un papel crucial. Las mismas implicaban la posibilidad de invocarse con proyección universal, e incluían los bien conocidos términos de "derecho de conquista", la "intervención humanitaria" (o "civilizadora"), etc. Y muy importante, además, las mismas se refieren a derechos reclamados específicamente por las Potencias europeas, tales como el de propagar la fe sin obstáculo alguno.

161. Otro corolario de esas relaciones recíprocas iniciales es el reconocimiento mutuo. Fisch señala el hecho de que en el caso de la expansión europea, las relaciones jurídicas formalmente establecidas coexistieron con pretensiones a derechos que nunca lograron obtenerse en la realidad, o que sólo pudieron obtenerse en una etapa muy posterior. Esto, por supuesto, negaba el reconocimiento anterior, situación que adoptó formas muy diversas (como se verá más adelante en este propio informe).

162. El propio autor establece otra importante distinción, por ejemplo, la que diferencia tipos diversos de derecho internacional en las relaciones que se establecieron con los pueblos indígenas, a saber: i) el derecho internacional de ultramar, es decir, el derecho que surgía en razón de las relaciones jurídicas que se establecieron (principalmente mediante tratado) entre las Potencias europeas y las entidades políticas de allende los mares (pueblos indígenas); ii) el derecho internacional relativo a las tierras de ultramar, que sólo vinculaba a las Potencias europeas entre sí y en el cual los pueblos indígenas tendrían condición de "terceros", y iii) el derecho internacional de los pueblos de ultramar, éste, sin embargo, muy poco conocido, salvo por las obras como las de Alexandrowicz ya mencionadas y aquellas fuentes en las que las mismas están basadas. De estas tres

variantes, obviamente la más relevante para este estudio es la primera de las mencionadas más arriba.

163. Según Fisch un rasgo esencial del derecho internacional fue la validez universal del "derecho de gentes", a pesar de la palabrería que ocasionalmente era (y es) utilizada acerca de una supuesta "línea divisoria" que separaría al "imperio del derecho", de una inmensa porción del territorio del planeta que vivía en situación de "total ausencia de orden jurídico". En realidad, las múltiples y muy diversas relaciones que en el marco del derecho internacional se desarrollaron con los pueblos indígenas desde el comienzo mismo de la expansión europea, sometió a cuestionamiento tal ficción.

164. En relación con lo anterior, debe señalarse que en lo que hace al desarrollo que tuvieron en el derecho internacional las doctrinas acerca de la condición jurídica de las regiones extraeuropeas, Asia jugó un papel menos preeminente, cuando se la compara con otras regiones como las Américas (durante los siglos XVI al XVIII) y Africa (en el siglo XIX). La razón clave para ello es que en Asia las Potencias europeas encontraron múltiples dificultades para implantarse -especialmente en los inicios-, toda vez que estuvieron forzadas a enmarcarse dentro de un sistema preexistente de relaciones internacionales que era particularmente ajeno a sus tradiciones, sistema cuyo papel e importancia constituyeron factores determinantes en esa región del mundo (a pesar del impacto que en él tuvo la posterior presencia europea).

165. Siempre según Fisch, la situación en Africa fue parecida a la existente en Asia durante los siglos XVI al XVIII, en tanto que más adelante, la observada en esa misma región se asimiló más a la que se produjo en la América de habla inglesa en el siglo XIX.

166. De todo lo anterior, Fisch concluye que la situación global de las relaciones internacionales que establecieron los europeos con los pueblos indígenas de ultramar no puede ser reducida a un patrón único. Durante un largo período -que incluyó, por supuesto, la época del colonialismo tradicional posterior a los primeros contactos- coexistieron diversas variantes de derecho internacional, que fueron utilizadas por los europeos de acuerdo a las diversas coyunturas y sus diversos intereses. Sin embargo, un elemento queda bien establecido en su estudio: jamás existió un vacío jurídico en tales relaciones 76/.

167. En otras palabras: según éste, tanto en la teoría como en la práctica -y durante toda la era de la expansión europea- el derecho internacional se concebía como de carácter universal y sus normas se consideraban como aplicables en todo el planeta. Lo que era objeto de controversia era quiénes tenían la condición de sujeto de un tal sistema universal de normas 77/.

168. Sobre tal cuestión se ofrecían dos respuestas extremas: i) el derecho de gentes se limitaba a los "actores" europeos en dondequiera que éstos desarrollasen sus actividades, tesis fundada en pretensiones de hegemonía mundial europea y que excluía de su ámbito a toda entidad política no

cristiana o "no civilizada", y ii) cada una de las entidades políticas independientes del mundo sería declarada como sujeto potencial de ese derecho internacional universal, y sólo alcanzaría su plena condición como tal, al momento en que tuviese relaciones con los "verdaderos" sujetos ya existentes (y de ahí la importancia que alcanzó la llamada "teoría del reconocimiento" tanto en esta disciplina, como en su rama del derecho diplomático). Evidentemente, en la práctica, ninguna de esas dos variantes pudo consagrarse. En la realidad, se produjo una gran variedad de situaciones.

169. El estudio de Fisch confirma -y, siguiéndolo, también lo hace la obra de Dörr- lo ya expresado antes por el Relator Especial 78/ sobre la situación en la América del Norte de habla inglesa, en particular sobre los Estados Unidos de América: la práctica de los Estados como fuente del derecho internacional consuetudinario contradice la "sabiduría convencional" que niega a las naciones indígenas su capacidad legal como sujetos de derecho internacional. Muy por el contrario: desde los orígenes de esa relación, esas naciones fueron consideradas como capaces de mantener relaciones de guerra o de paz, y de concertar tratados con las Potencias europeas 79/.

170. Finalmente, cabe destacar en cuanto a este autor que, a su criterio, el meollo del problema reside en que el derecho internacional conforma en la actualidad un sistema que comprende a entidades que son jurídicamente iguales, pero que deben enfrentar, al propio tiempo, considerables desigualdades de facto, las cuales no habrán de desaparecer mediante el simple hecho de proclamar la igualdad. Por ello, concluye, el orden jurídico internacional está obligado a tener en cuenta esas desigualdades y garantizar un mínimo de estándares aplicables a las partes en situación de mayor debilidad (por ejemplo, la concesión a éstas de derechos especiales) 80/.

171. Tras lo antes expuesto, procede entrar al análisis de las diversas formas en que se ha manifestado ese proceso de involución en la condición jurídica internacional de los pueblos indígenas, así como de los medios que para ello se han utilizado. La variedad de formas externas de ese trayecto es muy amplia y se extiende desde la anexión pura y simple de su territorio, hasta fórmulas del llamado "autogobierno". Amplia es también la panoplia de los medios empleados, desde la simple fuerza armada hasta los propios tratados.

172. Para ese análisis se procederá teniendo en cuenta las disímiles situaciones en diversas partes del mundo y se tendrá en cuenta para ilustrarlas algunos de los casos seleccionados en el primer informe sobre la marcha de los trabajos, más algunos otros que se han entendido pertinentes en razón del avance efectuado en el trabajo de investigación.

173. Resulta imprescindible reiterar, una vez más, que esos ejemplos que se utilizaran en este segundo informe sobre la marcha de los trabajos, no serán los únicos que habrán de tenerse en cuenta por él para la formulación de sus conclusiones definitivas en su informe final sobre este estudio.

174. Tal como se expresó en la introducción, y por las razones allí explicadas, este segundo informe se limitará al examen de ese proceso en

cierto número de situaciones en las regiones de Asia/Oceanía y Africa. La evolución de la situación en otras regiones será objeto de análisis en un informe ulterior.

175. En lo que hace a Asia/Oceanía, los casos de los pueblos indígenas en Aotearoa/Nueva Zelanda, Australia, Hawai, Japón, la actual Polinesia bajo administración francesa y todo lo relacionado con el Acuerdo de Panglong (relativo a territorios comprendidos en la actual Myanmar) han merecido la atención del Relator Especial en este informe.

176. En cuanto a Aotearoa/Nueva Zelanda, el Relator Especial, en su primer informe 81/, formuló algunas referencias históricas básicas acerca de algunos aspectos sobresalientes en las relaciones que se desarrollaron entre el pueblo maorí y los colonizadores europeos llegados a las islas a partir de 1760. En este segundo informe, la atención se dedicará a analizar la condición jurídica actual y la situación de ese pueblo indígena a la luz del Tratado de Waitangi (1840) y de diversas medidas legislativas promulgadas sobre ellos por el poder de ascendencia europea (Pakeha, es decir no maorí) en ese Estado.

177. Por razones obvias, el sucinto Tratado de 1840, celebrado por el capitán William Hobson -en su condición de Cónsul, Teniente Gobernador y Gobernador designado- a nombre de la Corona Británica con representantes de, al parecer, 500 tribus maorí, constituye el elemento central de ese análisis. Por lo demás, el Relator Especial ha recibido muy escasa documentación sobre ese instrumento proveniente de fuentes indígenas (ni respuesta a su cuestionario por parte del Gobierno neozelandés) y ha debido fundar sus criterios acerca de la situación actual en fuentes secundarias 82/.

178. Entre éstas, destaca un relativamente reciente análisis hecho por el profesor Ian Brownlie sobre el Tratado 83/, que tanto por su extensión como por la articulación de sus criterios, le ha parecido al Relator Especial y su consultante, de relevancia básica en la materia. Su importancia reside, además, en que tiende a dar luz acerca de la distancia que separa las posiciones maoríes y no maoríes sobre ese documento clave.

179. Vale destacar, de entrada, algunos aspectos importantes de la versión no indígena del Tratado. La Reina de Inglaterra, en su Preámbulo, expresa "su deseo de preservarle [a los Jefes y subtribus de Nueva Zelanda] sus Jefaturas y tierras" respectivas, así como su intención de establecer "un Gobierno [que asegura] que ni los maoríes ni los europeos sufran daño como resultado de vivir en un estado de ausencia de legalidad institucional (living in a state of lawlessness). De acuerdo con la propia versión, según el artículo primero del Tratado "los Jefes de la Confederación y todos los Jefes que no se han unido a esa Confederación (sic) confieren de manera absoluta y para siempre a la Reina de Inglaterra, todo el gobierno de sus tierras" (énfasis del autor).

180. Su artículo segundo expresa lo siguiente:

"La Reina de Inglaterra consiente (agrees) en proteger a los Jefes, las subtribus y a todo el pueblo de Nueva Zelanda en el ejercicio irrestricto de sus Jefaturas sobre sus tierras, aldeas y todas sus riquezas. Pero por otra parte, los Jefes de la Confederación y todos los Jefes (sic) venderán tierras a la Reina a un precio acordado entre la persona que sea su propietaria y quien la compra (esta última deberá ser) la persona que designe la Reina como su agente comprador."
(énfasis del autor)

181. Por su tercer artículo la Reina se comprometió a "proteger a toda la gente común (all the ordinary people) de Nueva Zelanda y a otorgarles los mismos derechos y deberes de ciudadanía que disfrutaban las personas inglesas"
(énfasis del autor).

182. Puede considerarse que el análisis de Brownlie refleja, en mucho, los criterios no indígenas sobre la población maorí. Por ejemplo, en él se sigue un enfoque -caracterizado más bien por la vaguedad- según el cual bastaría enfocar los problemas que confrontan hoy los maoríes con un criterio basado en los derechos humanos y la justicia social, para darle remedio a aquéllos. Manifiesta que la aplicación de los estándares internacionales sobre derechos humanos "deben ser suficientes para resolver casi todas las preocupaciones legítimas de los pueblos indígenas."

183. En esta propia tesitura afirma -sin mayor sustentación- que los actuales compromisos contraídos por Nueva Zelanda en relación con los instrumentos internacionales en esa esfera dan "mayor relevancia" a las disposiciones del aludido Tratado. Esto contradice, por ejemplo, el claro interés de los representantes maoríes en la adopción de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, lo cual demuestra que se consideran esos estándares internacionales insuficientes como posible fuente de solución para sus problemas.

184. La importancia de tal enfoque no se limita a ignorar la diferencia entre "derechos humanos" y "derechos indígenas" (categoría esta última de mucho mayor alcance conceptual y práctico). La clave de él es que niega la relevancia del concepto de "pueblos indígenas" para enfrentar la cuestión maorí. La importancia que ese pueblo da a tal categorización le parece al jurista inglés que "huele a fijación con las palabras (nominalism) y a arrogancia (snobbery)", toda vez que según él, las reivindicaciones como "pueblos indígenas" son "no reclamaciones para buscar la igualdad, sino el privilegio".

185. Como lógica secuencia de lo anterior, dicho autor adopta una posición muy cercana a la avanzada por la ex Primer Ministro canadiense, la Sra. Kia Campbell, quien solía referirse a los pueblos indígenas en ese país como "los primeros pobladores". En efecto, se aproxima a la problemática del Tratado con un enfoque basado en que ésta, en realidad, sólo consiste en tratar de lograr la equidad entre las llegadas sucesivas al mismo territorio de diversos grupos humanos. Considera el Tratado, como uno de los varios medios posibles para regular "relaciones intercomunales".

186. Las ideas de Brownlie sobre el sentido y naturaleza jurídica del Tratado son de particular interés, teniendo presente la importancia que tienen los cientos de juristas conocidos como él en la formación de opinión en los foros internacionales y en la ulterior producción "científica" acerca de un tópico como éste.

187. A pesar de que no existen dudas acerca de la validez del Tratado 84/, Brownlie se siente obligado a lo que él considera -a todos los efectos prácticos- como la intrínseca paradoja de ese instrumento. Según él, "la ejecución [del mismo] significó la extinción de la identidad internacional específica de la Confederación de Jefes, y el procedimiento para la puesta en práctica de las promesas recíprocas [en él contenidas] quedó transferido del marco internacional al plano del derecho público interno". Y añade:

"El Tratado de Waitangi no se encuadra en el patrón normal, es decir, como generador de obligaciones jurídicas contractuales de tipo internacional... no es obligatorio para la Corona en el sentido de ser un tratado internacional válido; para Nueva Zelanda no constituye un Tratado en vigor. Trajo por consecuencia la extinción de uno de los sujetos internacionales partes en ese negocio jurídico. Por ello, el Tratado no tiene la misma condición jurídica, en lo que hace al derecho internacional público, que el que tienen las recientes convenciones internacionales en materia de derechos humanos. Sin embargo, las relaciones internas del Tratado son muy similares a las contenidas en un convenio (agreement) válido en vigor. Su instrumentación depende del reconocimiento, mediante la correspondiente legislación, de los derechos protegidos en sus disposiciones." 85/ (énfasis del autor)

188. Se ha apuntado que los principios del derecho público que se aplican al sistema del common law se basan en la presunción de que los tratados no obligan a la Corona, a los efectos internos, a menos que se hayan reconocido mediante la legislación complementaria. En virtud del principio de "la supremacía del Parlamento", el Tratado sólo es ejecutable en el marco del sistema jurídico neozelandés mediante la adopción de medidas legislativas.

189. Lo anterior plantea al Relator Especial dos importante interrogantes, a saber: ¿cómo se define la soberanía parlamentaria de Nueva Zelanda en lo que respecta al Tratado? y, ¿sobre qué base se considera, en general, en Nueva Zelanda, que el Tratado de Waitangi es obligatorio para la Corona -aunque no como un tratado internacional- por intermedio de Nueva Zelanda, pero no para la Corona directamente por el Reino Unido?

190. Es probable que la respuesta se encuentre en un estudio a profundidad de las disposiciones de diversas disposiciones legislativas 86/ que hasta ahora no ha sido posible realizar. Pero, en todo caso, es evidente que la participación maorí en ese proceso legislativo parece haber sido inexistente.

191. Hay que señalar que la mayoría de la población no indígena de Nueva Zelanda interpreta el Tratado como prueba de la aceptación por parte de los maoríes de la anexión producida y el posterior sentimiento de los colonos

blancos, y que este último se produjo con toda legitimidad, sobre la base de sus disposiciones. En el propio sentido, otro autor 87/ argumenta que el Tratado de Waitangi puede compararse con los tratados celebrados por los ingleses -y también por los Estados Unidos de América- con los pueblos indígenas en otras partes, y cuyo propósito fundamental era asegurar la soberanía externa, dejando en manos de los aborígenes la soberanía interna. Sin embargo, apunta que en el caso del pueblo maorí los ingleses se aseguraron, de un solo golpe ambas vertientes de la soberanía (en particular, mediante la cláusula que concedió a los maoríes la ciudadanía inglesa).

192. Otro aspecto importante en torno al Tratado tiene que ver con cuál es la versión de dicho instrumento que puede considerarse como "auténtica". Es cierto que el Parlamento neozelandés ha aceptado una versión como tal 88/, pero en ese proceso no parecen haberse tomado en cuenta las versiones que de ese texto han ofrecido los propios maoríes, tal como éstas han sido recogidas en ciertas fuentes secundarias y, sobre todo, las que han sido explicitadas por sus representantes ante el Grupo de Trabajo. Además, en particular, el Relator Especial no ha encontrado prueba alguna de que los maoríes hayan aceptado como tal la considerada "auténtica" por el Parlamento Pakeha.

193. El papel jugado por éste en el proceso de desposesión de la tierra originaria del pueblo maorí por el Parlamento no indígena -como en múltiples otros Estados multiétnicos/multirraciales- ha sido clave. No sólo en la creación de la legislación sustantiva que comenzó a regular la tenencia de la tierra de acuerdo a patrones basados en los criterios eurocentristas de la relación con ésta, sino también en el establecimiento de mecanismos judiciales a los cuales se otorgan facultades para decidir los litigios jurídicos que ese proceso de desposesión irremisiblemente genera.

194. A partir de la fecha del Tratado, prevalecieron en Aotearoa/Nueva Zelanda la ocupación (pre-emption) o la compra por la Corona como medio de "adquisición legal" de la tierra. En 1862 y 1865 se aprobaron sendas leyes al respecto: las denominadas Leyes sobre los derechos a la tierra nativa. Parte importante en ese proceso ha sido la Ley sobre asuntos maoríes de 1953.

195. La Ley de 1865 instituyó el llamado Tribunal sobre las Tierras Maories (Maori Land Court), cuyas funciones fueron descritas como las de definir los derechos de propiedad de los maoríes en relación con las tierras ocupadas por ellos de acuerdo con su costumbre y decidir al respecto, convertir el título que, según sus normas y costumbres, tenían aquéllos a sus tierras, en título a tenor de las normas del derecho inglés y decidir acerca de la posición de la Corona en todo lo relativo a su derecho a la ocupación de tierras.

196. Según la información de que dispone hasta ahora el Relator Especial, actualmente existen en ese país dos grandes formas de tenencia de sus tierras aplicables a la población autóctona, a saber: i) tierras propiedad de la Corona según el derecho consuetudinario, pero ocupadas por los maoríes de acuerdo a los usos y costumbres de cualquiera de sus tribus (parte XIV de la Ley de asuntos maoríes de 1953 -tal como rige enmendado- y cuyo principal propósito es declarar el valor superior que tiene el título de la Corona a

ellas). En general, poco o nada queda ya bajo este título. Este se ha reconocido sobre diversas bases: el "descubrimiento", el ancestro (pupuna), la conquista/confiscación (raupatu) y la donación (tuku); y ii) tierras libres propiedad de los maoríes mediante título escrito o consuetudinario (freehold land owned by Maori in fee simple, whether legal or equitable), todas las cuales están bajo la jurisdicción exclusiva del aludido Tribunal.

197. Esa instancia ha jugado un papel clave en convertir las tierras que los maoríes poseían comunitariamente de acuerdo con la primera de esas dos formas de propiedad, en tierras incluidas en la segunda de esas propias dos formas (como propietarios individuales), variante que permite la adquisición de tales propiedades por los no indígenas. En su estudio acerca de la tenencia de tierra por los maoríes, Kawharu 89/ describe cómo este proceso ha destruido el sistema de propiedad colectiva en manos de las tribus.

198. Al parecer, otro de los principales problemas que ha generado este sistema es la excesiva fragmentación de las tierras maoríes y se estima que actualmente éstos sólo detentan aproximadamente el 2% del territorio nacional.

199. La creación en 1978 del Tribunal de Waitangi ha generado expectativas de corrección al sistema centrado básicamente en el antes aludido Tribunal. Para llegar a juicios más definitivos al respecto habrá que esperar por algunos de sus pronunciamientos acerca de casos de importancia mayor, por ejemplo en las reclamaciones maoríes que cuestionan las confiscaciones de vastas extensiones de tierras en la Isla del Norte -basadas en la New Zealand Settlement Act de 1863- y que tuvieron lugar después de algunas "rebeliones" maoríes. Hasta hoy hay más de 400 reclamaciones maoríes pendientes de decisión ante éste. Hasta fines de 1994, el Tribunal ha tomado decisiones sólo acerca de 5 de ellas 90/.

200. Vale mencionar asimismo los efectos que en la preservación de la institucionalidad tradicional maorí han tenido no sólo la disposición del Tratado acerca de la ciudadanía el Native Land Rights Act (1865) y la Citizenship Act de 1977 también son relevantes en la materia), sino también otras medidas legislativas que han regulado, entre otros aspectos de tanta importancia como el matrimonio, la adopción y las sucesiones hereditarias. Por ejemplo, los matrimonios celebrados de acuerdo con las tradiciones maoríes después de abril de 1952 han sido declarados nulos.

201. Merece destacar, finalmente, un desarrollo positivo reciente. El 21 de diciembre de 1994 la nación maorí Waikato y el Gobierno de Nueva Zelandia llegaron a un acuerdo acerca de una reclamación de tierras que databa de 130 años atrás. El acuerdo -alcanzado por intermedio del Tribunal de Waitangi- reconoce el control de la parte indígena sobre unas 14.000 ha de tierra y compensaciones por valor de 109 millones de dólares de los EE.UU. 91/.

202. En lo que se refiere a Australia, la información ofrecida por el Gobierno australiano en su respuesta al cuestionario enviado por el Relator Especial y la documentación suministrada por la Aboriginal and Torres Strait

Islander Commission de ese país, le han sido de particular utilidad en su trabajo.

203. Según algunas estimaciones, entre 500.000 y un millón de personas vivían en esa isla continente de más de 7,5 millones de km² en 1788, cuando los británicos reclamaron la soberanía sobre Nueva Gales del Sur (por entonces la totalidad de la Australia oriental) y el derecho a la propiedad de todas las tierras en ese territorio (aproximadamente 1,5 millones de millas cuadradas). En un instante, varios centenares de miles de seres humanos -que vivían agrupados en centenares de comunidades humanas a las que los recién llegados llamaron tribus- quedaron desposeídos.

204. Hasta fecha bastante reciente, la "sabiduría convencional" no indígena consideraba que ello había sido posible como resultado del "descubrimiento" de Australia por el capitán Cook. Pero ni esta afirmación, ni la pretensión de que su territorio era terra nullius eran, en realidad, defendibles, en razón básicamente, de la ocupación ancestral de sus tierras por la población indígena y sus muy avanzados sistemas de tenencia y aprovechamiento de ese vital recurso. Con el fin de dar algún sostén a una pretensión que muchos consideraban extravagante, las autoridades de la colonia declararon enfáticamente que Australia estaba prácticamente deshabitada al llegar los primeros no indígenas (literalmente terra nullius).

205. Tal ficción, cuyos orígenes pueden rastrearse hasta las observaciones hechas por un puñado de miembros de la expedición de Cook (quienes, por lo demás, jamás pusieron un pie en tierra), se mantuvo durante más de dos siglos en la historia política y jurídica oficial de Australia.

206. En su importante obra, Reynolds 92/ nos explica sucintamente el origen y desarrollo de tan descomunal mito de la siguiente manera:

"La tesis de un continente deshabitado era demasiado conveniente como para ser desechada a la ligera. En consecuencia, el trecho que separaba la ley de la realidad se expandió progresivamente. Según avanzaba el siglo XIX, la ley se distanciaba más y más del mundo real. En 1819, los funcionarios coloniales de la Corona determinaron que se había tomado posesión de Nueva Gales del Sur "[como territorio] desértico y desahabitado". En 1834 la South Australian Constitution Act se refería a las tierras de la colonia como "... y no ocupadas". En una sentencia de 1849, el Presidente de la Corte de Nueva Gales del Sur hacía referencia a las "circunstancias [existentes] en territorios recientemente descubiertos e inhabitados". Cuarenta años después, el Privy Council imprimió su gran autoridad en el mito. En el caso de Cooper c. Stuart determinó que en 1788 Australia constituía un "territorio prácticamente no ocupado sin habitantes asentados en él". Tal punto de vista hubiera sido difícil de sustentar en 1789, pero mucho menos lo podía ser en 1605. Pero los vericuetos de la ley son tales que el caso Cooper c. Stuart constituyó jurisprudencia obligatoria para los tribunales australianos y fue aplicada como tal por el Magistrado Blackburn en el llamado caso Bove sobre derechos a la tierra en 1971. En el caso Coe c. the Commonwealth, el Magistrado Murphy llegó a la

conclusión que aquél no constituía jurisprudencia obligatoria para la Corte Suprema, pero no fue hasta junio de 1992, con la sentencia dictada en el caso Mobo, que la doctrina de la terra nullius fue definitivamente desechada." 93/

207. En las décadas de 1830 y 1840, cuando se hizo cada vez más evidente que la totalidad de Australia estaba dividida en territorios tribales bien definidos y que los pueblos indígenas en ella -tanto los Aborígenes del continente, como los pueblos de las islas adyacentes, es decir los tasmanos y los isleños del Estrecho de Torres- resistían fuertemente a los intrusos europeos en sus tierras, la cuestión de cómo habían tomado posesión de aquel continente los británicos comenzó a preocupar a muchos de los colonos.

208. Se ofrecieron para ello diversas explicaciones. Una fue el "derecho de conquista", pero aunque esta tesis pudiera haber explicado la adquisición de soberanía por los británicos sobre el continente, no servía para justificar la desposesión total de los habitantes originarios, toda vez que según la doctrina jurídica de la época (por ejemplo, Vattel), la conquista implicaba la toma de posesión sobre la propiedad del Estado conquistado, pero no la individual de sus habitantes.

209. Los maestros del "derecho" buscaron otra justificación, en este caso la prescripción. Sin embargo, en el caso de Australia, no se daba el segundo de los requisitos necesarios para ella, que requiere no sólo el ejercicio del derecho alegado durante cierto tiempo, sino asimismo la aquiescencia de los demás a ese derecho, y los habitantes indígenas nunca cesaron de oponer resistencia a las aspiraciones de los colonos a sus tierras.

210. Otra justificación lo fue la alegada mayor competencia de los europeos en la explotación de la tierra.

211. Pero existía, además, otra cuestión jurídica perturbadora, fuesen cuales fuesen las "justificaciones jurídicas" que se buscaran para fundar la legitimidad de la soberanía y la toma real de posesión de Australia por los colonizadores europeos. Partiendo de la base factual de que ambas eran reales, ello significaba que el derecho vigente en Inglaterra (el common law) era aplicable en la isla-continente.

212. Si ello era así, ¿cómo justificar que ese propio derecho no protegiese a la sacrosanta propiedad privada, en este caso indígena? ¿Por qué no se les otorgaba a éstos una justa compensación por las tierras que se le habían arrebatado? La adquisición por la Corona de las tierras aborígenes sobre la premisa de su dominio eminente sobre ellas requería, según aquel derecho, tanto lograr la aquiescencia de éstos como compensarlos por las pérdidas sufridas. Ni una ni otra cosa se hizo en Australia, ni tales hechos habían merecido siquiera una discusión seria en aquellos orígenes (aunque hubo algunas excepciones, basadas en intentos de compra de tierras aborígenes, que sólo sirven para confirmar la tendencia general a ignorar estas cuestiones en la práctica).

213. La competencia por la propiedad de la tierra y la resistencia indígena contra la expansión de la colonización dieron forma, en buena medida, a las relaciones entre blancos y "negros" en la sociedad colonial australiana durante la primera mitad del siglo XIX. Ello, a su vez, dio origen al primer movimiento que allí surgió en defensa de los derechos de los indígenas a sus tierras en las décadas de 1830 y 1840.

214. Ese movimiento -que, por supuesto, era más fuerte en la metrópolis que en la colonia- había surgido del seno del movimiento antiesclavista, el cual había logrado una gran victoria con la abolición de la esclavitud en Inglaterra en 1833, y cristalizó con la constitución, alrededor de 1840, con la fundación de la Sociedad para la Protección de los Aborígenes Extranjeros. Sin embargo, como señala el propio Reynolds, los dirigentes del movimiento antiesclavista que se interesaban en la situación de los pueblos indígenas, se enfrentaban a una fuerte paradoja:

"Los reformadores no estaban en contra del colonialismo. Muy por el contrario. Creían que los europeos tenían el deber de llevar el cristianismo y la civilización a los rincones más remotos de la Tierra. Pero el problema fundamental residía en la tierra, la negativa a reconocerle a los indígenas sus derechos a la propiedad constituía el pecado original que marcaría todo el devenir. Cuando se les despojara de su propiedad sin su consentimiento y sin compensación, los nativos, con toda certeza, se resistirían; es más, estarían en la obligación de hacerlo. Con igual certeza, los colonos sofocarían la resistencia mediante la fuerza. Esa experiencia los degradaría, desarrollarían un complejo de culpa, se volverían agresivos y con ello en peligro de condenarse. Por su parte, los aborígenes se tornarían abúlicos y llenos de resentimiento." 94/

215. Los reformistas tuvieron, durante un corto tiempo, alguna influencia en el Ministerio del Exterior británico, que intentó a mediados de la década de 1830 algunas medidas para mejorar la suerte de los aborígenes, aunque sin mayor éxito en la colonia. Otros intentos se intentaron materializar mediante una llamada South Australia Constitution Act, pero en la versión de ésta que resultó finalmente adoptada, se mantuvo la ficción del "continente deshabitado" y desaparecieron de ella las propuestas acerca de posibles compensaciones para los indígenas por sus tierras perdidas.

216. Durante el período 1838-1840 se promulgaron tres "leyes imperiales" que concedieron algún sostén a los derechos indígenas sobre la tierra y que contemplaban el establecimiento de reservas indígenas, el reconocimiento del derecho de aquéllos a utilizar u ocupar tierra de la Corona, y la provisión de compensaciones para financiar su educación y bienestar.

217. Las reservas indígenas se establecieron en los distritos ya colonizados a partir de la segunda mitad del siglo XIX, pero a diferencia de los criterios que presidieron la constitución de las mismas en los Estados Unidos de América (reconocimiento tácito al derecho de los indígenas a la tierra que se les "reservaba" para su uso), en Australia su existencia no fue interpretada como signo de reconocimiento alguno de derechos para ellos, ni

tuvo un sentido de obligación incurrida por la parte europea para con la parte indígena. Sólo se consideró como un "gesto de buena voluntad" de la colonia para los dueños originales del continente.

218. En los distritos aún no colonizados se aplicó la Australian Waste Land Act (1848). En ella se reconocían derechos usufructuarios a los aborígenes, que podían continuar cazando, pescando, recolectando y residiendo en todas aquéllas tierras que todavía no habían sido cultivadas y cercadas. Además, se preveía en ella la continuidad de los derechos consuetudinarios indígenas sobre las tierras arrendadas a los pastoralistas.

219. A lo anterior hay que agregar las disposiciones de la Imperial Crown Land Sale Act (1842) que otorgó facultades discrecionales a la Corona para dar uso a los recursos obtenidos mediante la venta de tierras. En la práctica se tomaron decisiones para utilizar parte de esos ingresos en escuelas para los aborígenes.

220. La responsabilidad de las autoridades imperiales en relación con los asuntos aborígenes concluyó en 1846, excepto en lo que correspondía al territorio de la Australia occidental. El autogobierno se inició en Australia en 1856, mediante el establecimiento de los diversos Estados en la isla-continente.

221. Con tal sustancial cambio en las condiciones políticas en la colonia, las medidas establecidas en las "leyes imperiales" referidas más arriba no prosperaron. El movimiento reformista se desintegró. El sistema del common law (en contraposición al establecido mediante acciones legislativas específicas (statute law)) continuó siendo el arma para santificar la expropiación de las tierras indígenas sin que mediaran negociación o compensación alguna.

222. Reynolds se plantea una importantísima interrogante jurídica 95/. Si se parte de la base de que los colonos europeos ignoraron los derechos indígenas a la tierra, ¿significa esto que esos derechos se extinguieron? Los tribunales de los Estados Unidos de América, actuando sobre la base de principios jurídicos similares, han expresado reiteradamente que el llamado "título aborígen" a sus tierras (es decir, un derecho basado en el principio de la ocupación y propiedad del territorio de que se trata) no depende de que el mismo hubiese sido reconocido expresamente mediante una disposición legislativa del poder no indígena, apuntando que ese título sólo puede extinguirse por medio de una acción concreta del Gobierno federal (situación equivalente a la de los derechos consuetudinarios reconocidos por el common law, que sólo pueden ser extinguidos mediante una ley del Parlamento.

223. Y, en consecuencia, se pregunta: esos derechos a ocupar o utilizar sus tierras que les reconoció el Gobierno imperial británico (por ejemplo mediante la Australian Waste Land Act de 1848), ¿fueron extinguidos en algún momento? Y si se alega que así sucedió -es ahora el Relator Especial quien se interroga-, ¿mediante qué proceso tuvo lugar una extinción? Si, por el contrario, ello no ha sucedido, ese "título indígena" -concluye Reynolds, y su lógica jurídica parece impecable-, continúa vigente en todo lo que hace a

las tierras de la Corona que, en realidad, todavía se extienden a más de la mitad de Australia.

224. Durante la primera mitad del siglo XX la Australia no indígena borró, al parecer, la cuestión de los derechos indígenas a la tierra de la historia del país; la cuestión desapareció de la agenda política entre 1880 y 1950. Pero el problema de la extinción del "título indígena" volvió a surgir de nuevo, a pesar de los repetidos intentos por evadir su tratamiento, mediante el mito de que Australia no estaba poblada al ser "descubierta". Pero siempre surgiría la pregunta de que si ello fue así, ¿de qué forma se extinguieron los derechos de los que está cierto y comprobado que la habitaban en 1788?

225. La propiedad originaria indígena de la tierra ha constituido, desde entonces, la gran cuestión no resuelta en Australia y ello ha traído por consecuencia las repetidas demandas indígenas para que el poder no indígena celebre con los pueblos autóctonos un Makarrata (tratado) que diese reconocimiento formal a ese título originario. Hasta donde conoce el Relator Especial, el Gobierno australiano no ha rechazado esa posibilidad y en 1988 sus autoridades afirmaron su compromiso de negociar con los pueblos aborígenes, bajo el lema de promover un "proceso de reconciliación", al tiempo que reconocía los actos injustos que sus antepasados habían cometido contra aquéllos 96/.

226. Al parecer, la cuestión reside en que en Australia, por regla general, se ha considerado que la soberanía y la propiedad son inseparables. Los que luchan contra el reconocimiento de los derechos originarios de los indígenas a la tierra aducen que de reconocerse los mismos, ello significaría crear una nación dentro de la propia nación.

227. Como se mencionó antes (cita de Reynolds en el párrafo 206 supra), el estudio de los casos judiciales sobre esta materia, muestra que los casos Gove y Mabo constituyen los extremos de los parámetros por los que ha decursado el asunto en la jurisprudencia australiana.

228. En el primero de ellos, el juez Blackburn afirmó que los descendientes -que aseguraban tener el dominio de las tierras en litigio desde tiempos inmemoriales- no eran dueños de tales terrenos, concluyendo que todos los derechos y títulos a la tierra eran, forzosamente, directa consecuencia de algún tipo de concesión proveniente de la Corona y que si los aborígenes no podían exhibir una concesión de esa naturaleza, carecían entonces de un título válido de propiedad, y menos aún de algún "título nativo" a esas tierras.

229. Por ello, resultan comprensibles las afirmaciones de que el caso Mabo c. Queensland (1992) 97/ operó un cambio dramático en el debate en curso acerca de la condición jurídica y la situación de la población autóctona de Australia. Sin embargo, las reacciones que ha generado esa sentencia tanto en el público en general como en el Gobierno central y los de los diferentes Estados, demuestran hasta qué punto está aún lejos de haberse

zanjado definitivamente en ese país la cuestión de los derechos sobre las tierras.

230. La Suprema Corte (High Court) declaró que el concepto de terra nullius constituía una base totalmente inapropiada para el sistema jurídico australiano. Consideró que la fácil aceptación que había tenido tal doctrina se debía a la confusión que había existido entre soberanía y propiedad. Reconoció, en fin, que la desposesión de los indígenas se había producido poco a poco durante un largo período de tiempo. Pero dejó sin definir cuándo y cómo había tenido lugar ese despojo.

231. Por lo demás, la sentencia estableció que los australianos aborígenes tienen derecho a sus tierras tradicionales, pero esto, sólo en aquellos casos en que esas tierras no hayan sido allanadas por los gobiernos (federal y de cada Estado) y sólo si los indígenas han mantenido vínculos continuados con ellas de acuerdo con sus normas tradicionales (lo cual no ha sucedido en muchos casos).

232. La Sra. Lois O'Donoghue declaró en 1993 ante el Grupo de Trabajo que "a pesar de su importancia legal y política, la sentencia es esencialmente conservadora y restrictiva". Por su parte, el Sr. Paul Coe, en representación de NAILSS (una organización no gubernamental indígena), fue más allá: "la sentencia sólo sirve para reemplazar la ficción legal de que la Gran Bretaña colonizó legítimamente territorios que no pertenecían a persona alguna, por la menos ofensiva ficción jurídica de que la Gran Bretaña colonizó legítimamente territorios que habían sido ya legítimamente objeto de asentamiento y que estaban habitados desde antes por los pueblos indígenas..." 98/.

233. Apenas transcurrido un año de esa importante y polémica sentencia, ambas Cámaras del Parlamento federal australiano aprobaron la Ley sobre el título indígena (Native Title Act) de 21 de diciembre de 1993. La Ley codifica estatutariamente el histórico rechazo judicial a la doctrina de la terra nullius. Según opiniones de muchos en Australia, el meollo de la nueva Ley es, sin embargo, el hecho de que, según sus disposiciones, para poder establecer reclamaciones sobre derecho a las tierras u obtener compensación por la pérdida de éstas, los aborígenes e Isleños del Estrecho de Torres deben demostrar una relación duradera con el territorio (sea cual fuere el sentido de esta expresión). Además, esas reclamaciones sólo son admisibles en cuanto se refieran a tierras de la Corona. Esto, a su vez, ha creado temores entre las grandes compañías mineras del país, que se sienten ahora compelidas a negociar con los indígenas temas tales como el término de vigencia de sus concesiones y el ámbito de sus derechos a tenor de éstas.

234. Es aún demasiado temprano como para evaluar con cierta seguridad los efectos prácticos de Mabo. Habrá que hacerlo a la luz no sólo del documento de discusión elaborado por el Gobierno australiano para conmemorar el primer aniversario de la sentencia, sino también del texto de la Council for Aboriginal Reconciliation Act (1991) y la Racial Discrimination Act (1975). A criterio de Nettheim 99/ esta última resulta de particular importancia para ese análisis.

235. Esa evaluación se complica ante la proliferación y diversidad de las regulaciones que, en los diferentes Estados y territorios en que está dividida políticamente Australia, rigen el sistema de los derechos a la tierra y su régimen de tenencia.

236. Finalmente, a los efectos de evaluar la situación de la población autóctona australiana a comienzos de la década de 1990, no puede dejar de mencionarse la preocupación que a escala nacional condujo a la creación de la Comisión Real para investigar las muertes de personas aborígenes bajo custodia.

237. En su informe final (1991) la Comisión concluyó que "fallos en el sistema o la falta de cuidado debido" habían contribuido a esas numerosas muertes. Según la Comisión, se detectó racismo y prejuicios raciales contra los indígenas en las instituciones en que aquéllas se habían producido.

238. El caso de Hawai resulta bastante diferenciado, si se le compara con los de otros pueblos del área. No hay que olvidar que en el actual territorio de esas islas se había constituido -desde bastante antes de comenzar tal proceso desintegrador de su soberanía- un Estado-nación moderno, organizado en forma de monarquía, que había obtenido el reconocimiento diplomático formal y celebrado tratados con muy diversas Potencias europeas y no europeas durante el siglo XIX, incluidas la Confederación Suiza, los Estados Unidos, Francia y Rusia.

239. El aludido proceso comenzó en la tercera década de ese siglo, con la llegada a las islas, ca. 1820, de los primeros grupos de misioneros procedentes de los Estados Unidos (congregacionalistas, provenientes de la Nueva Inglaterra), y culminó en 1959 con la incorporación de Hawai a los Estados Unidos como el 50º Estado de la Unión en 1959 (durante la administración del Presidente Dwight Eisenhower), tras la anexión de su territorio por ese país en 1893, a fines de la administración del Presidente Benjamin Harrison.

240. Según el testimonio de la última soberana de ese Estado, la Reina Liliuokalani 100/, los gobernantes de ese Estado por aquellos tiempos, aceptaron como consejeros a los recién llegados, no sólo en materia religiosa, sino también en campos tan disímiles como la administración pública, la agricultura, la salud pública y también en asuntos comerciales.

241. La llegada al Reino, en años subsiguientes, de otros grupos de emigrantes extra-regionales (principalmente también de los Estados Unidos) complicaron la situación política en el país en razón de su creciente poder económico en las islas. Ese poder económico tuvo su contraparte política y, ya a comienzos de la década de 1890, habían alcanzado posiciones como Ministros de Gabinete en Hawai. Esos propios extranjeros habían hecho posible importantes reformas a sucesivas constituciones del país que habían reducido considerablemente los poderes de los diversos monarcas que precedieron a Liliuokalani.

242. Según ésta, esos elementos ("hijos de misioneros y aliados a familias vinculadas a la misión diplomática de los Estados Unidos en Hawai") promovían constantemente la anexión a aquel país. En su recuento, señala que la situación se deterioró en 1892 y cuando ella -en su condición de soberana reinante como heredera aparente desde 1877- preparaba la promulgación de una nueva Constitución más a tono con las tradiciones de Hawai y fortaleciendo sus poderes como Jefe de Estado, esos "estadounidenses" o "cuasi hawaianos" promovieron un golpe de Estado contra el Gobierno que presidía y la invitaron a que abdicara, estableciendo de facto un "gobierno provisional" que sustituiría el legalmente establecido.

243. Siempre según la última soberana, el jefe de la misión estadounidense, el Dr. Stevens, no fue ajeno a ese golpe y, en su relato de los acontecimientos, subraya lo históricamente sabido, la participación de las tropas de los Estados Unidos -desembarcadas del buque de guerra Boston- en apoyo de dicho golpe, en la consolidación del llamado "Gobierno provisional", en la promoción de un tratado formal, "legalizando" la anexión y, por supuesto, en la liquidación de la soberanía autóctona.

244. El 17 de enero de 1893, la soberana protestó contra dicho "tratado", describiéndolo como "una invasión de los derechos de los jefes gobernantes en violación de los derechos internacionales, tanto de mi pueblo como de las naciones amigas con quienes hemos concertado tratados", agregando que su pueblo "no había sido consultado [acerca del tratado anexionista... que] ignora no sólo los derechos cívicos de mi pueblo, sino también la propiedad hereditaria de sus jefes..." 101/.

245. En su obra, la Reina -que en forma alguna puede considerarse como una personalidad radical- se preguntaba: "¿Es que la República América de Estados [es decir, los Estados Unidos] van hacia la degeneración y están en camino de convertirse en un expoliador de tierras ajenas?, y agregaba: "Hay pocas dudas acerca de que los Estados Unidos pueden convertirse en un rival exitoso de las naciones europeas en la carrera por las conquistas... y de que pueden crear un vasto poderío militar y naval si tal es su ambición. Pero, ¿es encomiable una tal ambición? ¿Es patriótico o político un tal desvío de sus principios establecidos?" 102/.

246. En julio de 1991, la Ka Pakaukau, una coalición de organizaciones kanaka maoli (hawaianos indígenas) remitió al Relator Especial su respuesta a los dos cuestionarios redactados por éste para consideración tanto de los Estados como de las organizaciones/pueblos indígenas. La Ka Pakaukau respondió el correspondiente a los gobiernos, al considerarse relacionada con "la Nación Soberana de Hawai". No ha habido -como ya se apuntó- respuesta del Gobierno de los Estados Unidos a ese cuestionario.

247. Es evidente que a partir de la anexión de Hawai, la posibilidad real de celebrar tratados respecto del territorio hawaiano la tienen los Estados Unidos. La respuesta ofrecida por la Ka Pakaukau al cuestionario indígena deja claramente establecido que el pueblo indígena de Hawai no se siente obligado por ningún tratado que le haya sido impuesto por los Estados Unidos

y subraya que no existe tratado alguno, ni algún otro acuerdo mutuamente concertado entre los Estados Unidos y el pueblo indígena de Hawai.

248. Vale señalar, por último, que del 12 al 21 de agosto de 1993 sesionó en Hawai (Ka Pae' eina, o archipiélago hawaiano en lengua indígena), un "Tribunal Internacional de los Pueblos" no gubernamental, con la intención de juzgar a los "Estados Unidos de América por injusticias cometidas contra la nación y el pueblo Kanaka Maoli". Entre los cargos formulados en tal sentido, figuraban los de interferencia inadmisibles en los asuntos internos de un pueblo y nación soberanos, la ayuda y complicidad en un golpe de Estado foráneo, la anexión de un pueblo soberano y de su territorio sin su consentimiento, la apropiación ilegal de sus tierras, aguas y otros recursos naturales, actos de genocidio y destrucción del medio ambiente.

249. Entre las recomendaciones del Tribunal se encuentran la de que "los Estados Unidos y el mundo reconozcan la inherente soberanía y derecho de autodeterminación" de ese pueblo y "a la descolonización bajo la... resolución 1514 de las Naciones Unidas", así como de su derecho a recuperar "sin demora" las tierras que les pertenecen, incluyendo la "restitución de los derechos a las aguas" 103/.

250. En lo que hace al actual territorio del Japón -aunque las observaciones que siguen valen también para ciertos territorios actualmente bajo jurisdicción de la Federación de Rusia- la situación del pueblo ainu ha merecido la atención del Relator Especial, que ya en su primer informe decidió incluirlo en la lista de situaciones que consideraba como relevantes para su mandato 104/.

251. Este pueblo constituye la población originaria de la isla de Hokkaido (una de las que componen el archipiélago japonés y la más septentrional de éstas), así como también de las costas meridionales de otras islas próximas (como Sakhalin -Karfuto- 105/ y las Kuriles -Chichima-) que, o bien estaban en posesión del Japón antes de la segunda guerra mundial, o eran reclamadas por ese país como propias antes de ésta, pero que quedaron bajo la jurisdicción de la hoy desaparecida URSS como resultado de la derrota japonesa en ese conflicto bélico.

252. Desafortunadamente, ni el Gobierno del Japón ni el de la Federación de Rusia han contestado el cuestionario del Relator Especial y, por otra parte, éste tampoco ha recibido información detallada de la parte de ainu sobre las situaciones que confronta. Por ello, ha debido basarse en la no muy amplia literatura secundaria a la cual ha tenido acceso sobre este caso.

253. Según ésta, fue sólo durante la segunda mitad del siglo XIX que se inició un claro proceso de colonización tipo asentamiento por parte del Japón en lo que hace a Hokkaido. Hasta entonces, la isla constituyó el territorio ancestral de los ainu, un pueblo de origen paleosiberiano, cuyo estilo de vida tradicional estaba (y aún está) basado en la caza y la pesca.

254. En comparación con la población total actual del Japón (ca. 120 millones), el pueblo ainu sólo representa una muy reducida

proporción. Según la información obtenida, el número estimado de sus integrantes ronda actualmente sólo los 100.000 individuos.

255. Tanto por las diferencias en sus características nacionales propias -relativas a sus orígenes como pueblo, así como a su cultura y medios tradicionales de vida- con los recién llegados a sus tierras, como por el proceso de sus relaciones ulteriores con éstos (proceso colonizador con rasgos bastante similares al europeo de la época) y el tipo de relaciones que se establecieron entre los ainu y los recién llegados a partir de los contactos originarios, este pueblo es uno de los que en Asia/Oceanía tiene acusadas características de indígena tanto en el sentido actual que preside el presente estudio como según los criterios que se contienen en "la definición de trabajo" de Martínez Cobo (véase el capítulo II supra).

256. Según la información disponible, el principal problema confrontado por este pueblo ha sido -y continúa siendo- la política asimilacionista que han aplicado hacia él desde un inicio las sucesivas autoridades japonesas.

257. Los intentos en tal sentido fueron particularmente fuertes durante el período Meiji en la historia del Japón (1868-1918), época de la cual data la llamada Ley para la protección de los antiguos aborígenes de Hokkaido de 1899. La política oficial hacia ellos estuvo encaminada desde entonces a prohibir el uso público de su lengua y prohibir otras importantes manifestaciones de su cultura.

258. Algunos de los aspectos de esa política de integrarlos a la vida nacional han continuado sin interrupción hasta el presente, sobre la base de la así llamada "unidad étnica" del país 106/.

259. Sin embargo, debe señalarse que desde hace relativamente poco tiempo, la política japonesa hacia este pueblo parece haber acusado un cierto giro que -aunque con cierta vaguedad- puede considerarse como encaminado a reconocer la especificidad del pueblo ainu, aunque no como pueblo indígena sino como una minoría étnica.

260. Tal calificación no es aceptada por los ainus, que actualmente buscan su reconocimiento internacional como pueblo indígena. Sus esfuerzos en el interior del Japón se centran, al presente, en lograr la derogación de la Ley de 1899 y sustituirla por otra que reconozca su identidad nacional.

261. El Relator Especial coincide con los que opinan, con Takemasa, que la terminología utilizada por las autoridades japonesas en su informe de 1991 al Comité de Derechos Humanos 107/ en relación con el pueblo ainu resulta interesante y merita ulterior análisis. En ese informe, al referirse a éste se utilizó el término shozu-minzoku (literalmente "un pueblo poco numeroso") en vez del reservado a las "minorías" (shozusha) 108/.

262. Tal terminología ha conducido a Takemasa a formularse diversas e importantes interrogantes, en particular, si al utilizar el término shozu-minzoku se está reconociendo la condición de "pueblo" a los ainus en el

sentido del derecho internacional (la respuesta es, a criterio del Relator Especial, un "no" sin calificación alguna).

263. Otras dos interrogantes propuestas por dicho autor (para las cuales, por el contrario no cuenta con respuesta precisa) son las relativas a definir a partir de qué momento y sobre qué base, el Gobierno japonés comenzó a considerar como una "minoría étnica" a los ainus, que desde tiempos ancestrales habían vivido gobernados por sus instituciones propias, así como a precisar a partir de cuándo y de qué manera ese Gobierno entiende que Hokkaido y el "territorio septentrional" pasaron a ser "territorio original" japonés 109/.

264. Lo anterior tiene su fundamento en que, según la posición oficial, los integrantes del pueblo ainu son "nacionales japoneses originarios", y la isla se califica según se ha señalado en el párrafo precedente. De acuerdo con el propio autor 110/, a fin de no contradecir esos asertos, las autoridades japonesas formulan con gran cuidado sus criterios hacia éste cuando expresan, por ejemplo, que "según entiende el Gobierno, se acepta como teoría, a partir de la literatura y de otros documentos, que el pueblo ainu ha vivido desde la antigüedad en la así llamada isla de Hokkaido".

265. En lo que se refiere a los territorios de Polinesia actualmente bajo soberanía francesa, a comienzos de 1995 el Relator Especial recibió de una organización indígena un amplio dossier documental acerca de la situación histórica y actual -ésta según los criterios de dicha organización- en esos territorios.

266. Entre la amplia documentación recibida aparecen tanto una sinopsis histórica acerca de los orígenes (en particular, desde mediados del siglo XIX) de la presencia militar, económica y política de Francia en esa región del mundo, como una variada gama de transcripciones de documentos históricos en relación con la gradual adquisición por parte de esa Potencia de sus posesiones coloniales en dicha área a partir de 1838. Todo ello en el marco de competencia colonial que en ella se desarrolló entre los diversos poderes imperiales de la época.

267. Ese proceso histórico (que sienta las bases definitivas sobre las cuales Francia ejerce hoy su control sobre tales territorios) concluyó en 1901 y transitó por una mera demostración de fuerza armada, continúa con ultimátum, prosigue con la proclamación del protectorado, hasta llegar a la anexión.

268. Es sabido que tales hechos generaron en su momento una definida oposición -infructuosa, por supuesto, en razón del desigual poderío militar entre las partes- de la población autóctona, parte de la cual ha mantenido incluso hasta nuestros días su rechazo no sólo a tales hechos históricos, sino a la situación política actual, reclamando incluso su derecho a la descolonización y el pleno ejercicio de su autodeterminación y a la independencia, a tenor de la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

269. La documentación acompañada incluye, entre otros, los siguientes documentos:

- a) ultimátum fechado en la rada de Papeete el 30 de agosto de 1836 expedido a bordo de la fragata Vénus por el capitán Dupetit-Thouars, de la marina francesa y dirigido a la Reina Pomare IV, soberana de Tahití, exigiendo reparaciones como consecuencia de hechos relacionados con dos misioneros católicos expulsados, al parecer, de la isla;
- b) la Convención de Paz y Amistad del 4 de septiembre del propio año, celebrada entre el propio oficial y la antedicha soberana;
- c) las instrucciones enviadas el 15 de octubre de 1841 al propio oficial (ya por entonces contralmirante) por el Ministro francés de Marina y colonias acerca de la toma de posesión de las islas Marquesas;
- d) diversas actas sobre la toma de posesión por parte de Francia de varias islas en la región;
- e) proclama del 9 de septiembre de 1842, anunciando el establecimiento de un Gobierno provisional (del cual formaba parte el cónsul francés en la isla) en Tahití;
- f) instrucciones enviadas por el Ministro de la Marina y Colonias de Francia al capitán Bruat, nombrado Gobernador de las islas Marquesas (de 28 de abril de 1843);
- g) instrucciones enviadas por el Ministro al aludido oficial investido ahora también como Comisionado del Rey de Francia ante la Reina de las Islas de la Sociedad (fechadas el 16 de julio de 1844);
- h) convención del 5 de agosto de 1847 entre Francia y la Reina Pomare, regulando el ejercicio del Protectorado;
- i) declaración del Rey Pomare V (25 de julio de 1880) consagrando la unión (anexión) a Francia de las Islas de la Sociedad y sus dependencias;
- j) estatuto del territorio de la Polinesia francesa (Ley francesa Nº 77-772 del 12 de julio de 1977); y
- k) estatuto del Territorio de la Polinesia francesa (Ley francesa Nº 84-320 del 6 de setiembre de 1984).

270. Por razones de tiempo, no le ha sido posible al Relator Especial realizar un estudio minucioso de tan copiosa documentación, la cual será estudiada próximamente. No obstante, está claro para él el carácter de pueblos indígenas que tienen los habitantes de esos territorios (y que incluyen a la isla de Mururoa).

271. Vale agregar, finalmente, que el Relator Especial no ha recibido contestación del Gobierno de Francia al cuestionario que le fue enviado a sus autoridades en 1991 y 1992 en relación con el presente estudio.

272. En su primer informe (párr. 336) el Relator Especial seleccionó al Acuerdo de Panglong del 18 de febrero de 1947 como un posible caso de "convenios entre los Estados y otras entidades con los pueblos indígenas".

273. En Asia, el caso de la antigua Birmania (hoy Myanmar) se distingue fácilmente de las otras situaciones en la región a las cuales se ha hecho referencia en este propio informe. Ese Estado ofrece un ejemplo sumamente ilustrativo de los dilemas que han debido enfrentar muchos nuevos Estados afroasiáticos al alcanzar su independencia política después de la conclusión de la segunda guerra mundial, cuyos resultados aceleraron el proceso paulatino de descomposición del sistema de colonialismo europeo tradicional, que había ya comenzado en el período de entreguerra.

274. Esos dilemas, obviamente, se refieren a cómo lograr la mejor forma posible de llegar a una necesaria unidad política interna que se considera imprescindible no sólo para resolver importantes problemas domésticos -tanto políticos como relativos al subdesarrollo económico- heredados del dominio colonial, sino, además, para poder tener una presencia efectiva en la arena internacional. Tan improba tarea ha debido intentarse en la inmensa mayoría de esos países del llamado Tercer Mundo, en un marco multiétnico, tal como lo tuvo que hacer la Birmania de aquellos tiempos.

275. El referido Acuerdo fue firmado en la ciudad del mismo nombre por representantes de las nacionalidades shan, chin y kachin y por aung san a nombre del Gobierno birmano. Según sus disposiciones, dichos pueblos disfrutarían de un estatuto de semiautonomía en el seno de la Unión Birmana 111/.

276. Conviene recordar que desde tiempos ancestrales los territorios que en 1947 formaron parte de la Unión habían estado habitados por pueblos indígenas muy diversos 112/, y que los mismos habían sido testigos de múltiples procesos de tentativas de unificación política mucho antes de la formalización del Acuerdo de Panglong.

277. Los primeros contactos con los europeos datan del siglo XVI, pero los mismos fueron sólo esporádicos hasta la segunda mitad del siglo XVII, y ya en el XVIII, tanto la East India Company inglesa como el Gobierno británico comenzaron a interesarse en esos territorios tanto desde del punto de vista estratégico como comercial.

278. Vale subrayar que la competencia colonial entre Francia e Inglaterra con relación a la India tuvo repercusiones en lo que es hoy Myanmar, donde los franceses apoyaron al pueblo mons, en tanto los ingleses se aliaron con los pueblos que habitaban las planicies del norte, y que incluían a los birmanos propiamente dichos, cuyo monarca, Alaungpaya, reinó hasta que se produjo la anexión colonial británica en 1885-1886. Ese proceso que condujo

a la anexión estuvo precedido por un largo período de guerras anglobirmanas (1824-1826, 1858 y 1883).

279. Durante el período 1889-1937, Birmania constituyó una provincia del Imperio de la India bajo control británico. El Gobierno de Su Majestad la mantuvo bajo administración conjunta con la India hasta la independencia (1948).

280. La administración colonial inglesa en Birmania estuvo basada en una masiva inmigración procedente de la India, más bien que en alianzas con las elites locales. A diferencia de lo que había sucedido en otras partes de su inmenso imperio colonial, los británicos tendieron a aplicar en Birmania el gobierno directo de la colonia. La administración indirecta sólo prevaleció en las zonas periféricas, en particular en los territorios pertenecientes a los shan. Los ingleses enviaron expediciones militares contra las llamadas "tribus de las colinas" (hill tribes), pero tanto los shin como los kachin resistieron durante décadas.

281. En lo caso de los karenni se llegó a una solución especial, según Roland Bless, la Gran Bretaña y Birmania celebraron "un tratado" en 1875 que establecía que el Estado de Karenni occidental permanecería como entidad separada e independiente y que sobre tal Estado no se reclamaría o ejercería soberanía o autoridad gubernativa alguna 113/. En consecuencia, los karenni, según ese autor, mantuvieron un estatuto jurídico de "cuasi independencia" "al margen de la estructura administrativa colonial". Los karenni lograron salvaguardar su estatuto privilegiado después que los ingleses separaron a Birmania de la India, toda vez que se les situó directamente bajo el poder de la Corona, representada por el Gobernador inglés.

282. En 1937, bajo presiones de los nacionalistas birmanos (muchos de los cuales eran budistas), los británicos se vieron compelidos a separar a Birmania de la India y a concederle a ésta un cierto grado de autonomía. Esto fue considerado como insuficiente por aquéllos, que recibieron al invasor japonés en 1942 como a liberadores del dominio colonial inglés. Tal impresión poco duró y prontamente comenzó el movimiento de resistencia antijaponés, liderado por la Liga Antifascista para la Liberación Popular (conocida por sus siglas en inglés como AFPPL) que apoyó la ofensiva de los aliados y se lanzó a una huelga general en 1945.

283. En 1947 se firmaron con el Reino Unido los acuerdos para la independencia, que fue formalmente proclamada el 12 de enero de 1948 (es decir, menos de un año después de celebrado el Acuerdo de Panglong). Durante esos meses entre ambos acontecimientos, Aung Sang, el artífice de la independencia birmana, fue asesinado junto con seis de sus más allegados aliados políticos.

284. Es imprescindible subrayar que desde el comienzo mismo de su existencia como Estado independiente, Birmania enfrentó la amenaza del quebrantamiento de su unidad territorial y el peligro de su desintegración como entidad política, toda vez que el estatuto jurídico de sus llamadas "áreas

fronterizas" (frontier areas) no había podido determinarse inequívocamente. No hay que olvidar, en este sentido, que en aquellos momentos, esas áreas -tal como se definieron en la Constitución de 1935- representaban casi la mitad de la superficie total de ese Estado, y su población (cerca de 2,5 millones de personas) constituía el 16% de la total del país 114/.

285. En general, el significado del Acuerdo se ha analizado desde diversos puntos de vista. Unos, como R. H. Taylor 115/ subrayan el hecho de que los ingleses impusieron como condición para la independencia, que las minorías que constituían las "tribus de las colinas" accediesen a unirse con los birmanos en el nuevo Estado y que, por ello, el elemento étnico se convirtió en parte integral del proceso que condujo al establecimiento de Birmania como entidad política independiente.

286. Otros -Leach 116/ entre ellos- se esfuerzan por arrojar luz -con un enfoque histórico y etnohistórico- acerca de cuál fue el verdadero papel que jugó entonces el factor étnico en la región y llamando la atención, con tal enfoque, acerca de las diferentes situaciones que enfrentaban las diversas "tribus de las colinas"; en tanto que los shan, los kachin y los shin pudieron encontrar una base de acuerdo con los birmanos en Panglong, los karen, los karenni y los arakanese optaron por defender su no integración al nuevo Estado, cada uno de ambos grupos, por razones propias.

287. Debe mencionarse que obviamente una de las insuficiencias ingénitas del Acuerdo es que sólo logró la aquiescencia de tres de esas "tribus", en tanto que las restantes ni lo aceptaron ni participaron en la negociación, entre ellos, los karen, la más numerosa de todas ellas.

288. El espíritu de buena voluntad y de llegar a una posible base para la unidad nacional que generó el Acuerdo (incluso con tales insuficiencias) no resistió la prueba del tiempo, ni la desaparición de Aung San. El plebiscito previsto en su texto para 1958 no llegó a celebrarse. Poco más tarde los militares se hicieron cargo del poder en el país y en 1974 los Estados que habían sido previstos como territorios para esas nacionalidades minoritarias fueron formalmente eliminados. La situación actual es bien conocida: la intranquilidad en esas zonas ha dado lugar a cruentos enfrentamientos en territorios de los karen, karenni (kayah) y shan.

289. Que continúen por resolver los problemas que enfrentó por entonces Birmania -y que continúa hoy enfrentando Myanmar- para resolver los problemas relacionados con su carácter multiétnico no debe constituir sorpresa para nadie, si se tienen en cuenta dos factores que resultan claves a criterio del Relator Especial.

290. El primero tiene que ver con las diferentes posiciones que con relación a la creación del nuevo Estado tuvieron en 1947 las diversas nacionalidades que habitaban y habitan su territorio. Esas divergencias fueron muy serias y salieron ampliamente a la luz durante el proceso de redacción de la Constitución del nuevo Estado 117/, finalmente adoptada en septiembre de 1947.

291. El segundo se relaciona con el propio Acuerdo de Panglong, en particular en cuanto a la naturaleza de la participación en la negociación que a él condujo.

292. Hay claras pruebas históricas de que esas negociaciones se produjeron con una estructura tripartita subyacente, a saber, los birmanos propiamente dichos, de una parte, los representantes de las ya mencionadas "tribus de las colinas" por otra, y los representantes del Gobierno de Su Majestad, como tercer elemento en ellas. Ya se dijo que algunos entienden que éstos impusieron condiciones para la independencia (y de haber sido así, ello tampoco debe sorprender, a la luz de otras experiencias).

293. Por ello, el Acuerdo de Panglong debe entenderse a la luz del papel que jugó el colonizador británico respecto de esas "tribus", así como de la lucha por la independencia y la unidad nacional al concluir la guerra. Silverstein nos recuerda que ante el Parlamento inglés, el Primer Ministro Attlee expresó que en este caso de Birmania "la unificación última siempre ha sido nuestra política". En realidad, se trataba de un cambio de posición, si se tiene en cuenta el apoyo y el tratamiento preferencial que habían concedido las autoridades inglesas a esas nacionalidades durante su largo dominio colonial en Birmania.

294. En lo que se refiere a Africa, el Relator Especial dedicó su atención en esta ocasión a dos situaciones que ya había seleccionado en su primer informe (párrs. 336 y 368), a saber: el Tratado (o Acuerdo) entre la Gran Bretaña y los jefes de Sierra Leona del 22 de agosto de 1788 y la situación de la nacionalidad san en el Africa meridional.

295. Para el análisis de la naturaleza y alcance del Tratado (Acuerdo) de 1788, resulta procedente hacer, preliminarmente, algunas consideraciones generales acerca de la historia de los tratados celebrados por los gobernantes locales africanos con sus contrapartes europeas tanto en cuanto a las relaciones que así quedaron establecidas jurídicamente entre ambas partes antes del llamado "reparto de Africa" entre las Potencias coloniales europeas a fines del siglo XIX, como después de consumado éste.

296. Como es sabido, los primeros europeos activos en Africa fueron los portugueses, que comenzaron sus actividades comerciales en las costas del continente a mediados del siglo XVI. A éstos siguieron la Gran Bretaña, Francia, Holanda y más tarde Bélgica.

297. Según Alexandrowicz 118/, la principal diferencia entre los portugueses y los restantes europeos en esos albores de contactos, era que aquéllos "llegaron al Africa y más tarde a Asia, como servidores de su monarca y no como empleados de las "Compañías Reales" de comercio que se ocupaban básicamente de ese tipo de actividad mercantil, tales como la East India Company y las Africa Companies [que quedaron también establecidas]" 119/.

298. Esa diferencia tuvo, por supuesto, repercusiones en lo que hace al proceso de celebrar tratados en el contexto africano en aquellos primeros

tiempos, toda vez que las "Compañías Reales" que allí llegaron no siempre tenían "poderes soberanos" -como siempre lo tenían los portugueses- para ejercer actos de soberanía exterior en nombre del Estado en el cual estaban formalmente constituidas tales entidades mercantiles. El precitado autor así lo explica:

"Era el otorgamiento de derechos soberanos delegados, lo que investía de capacidad legal internacional a una [de esas] compañías y les permitió accionar en el marco de las relaciones internacionales [es decir] concertar tratados, aceptar derechos y contraer obligaciones, adquirir territorios para sus soberanos, mantener una presencia militar y administrar territorios. El ejercicio de los derechos de soberanía exterior estaba sometido a un estricto control por parte del gobierno nacional del país que les había concedido su patente. El grado de control que sobre ellas se ejercía variaba de un país a otro. Las compañías inglesas estaban sometidas a menos restricciones en ese control gubernamental que las compañías francesas o alemanas." 120/ (énfasis del autor)

299. De ahí que la cuestión de la capacidad legal de los signatarios de dichos instrumentos tenga una importancia crucial en la determinación de la naturaleza y validez de los mismos. El propio Alexandrowicz -tras subrayar la relevancia que tenía para aquellas entidades asegurarse que los gobernantes autóctonos eran titulares de los derechos que reflejaba la transacción y estaban en capacidad de transmitirlos- establece una importante distinción:

"Los derechos que podían transferirse... podían ser de naturaleza pública o privada, pero era esencial que el gobernante [local] tuviese poderes soberanos, es decir, de derecho público externo o interno. En otras palabras: era esencial que el soberano europeo al que se transfiriesen tales derechos [cualesquiera que fuese la naturaleza de éstos], recibiese derechos que pudieran ser ejercidos en el marco del derecho internacional y válidos vis-à-vis otras Potencias." 121/ (énfasis y nota del autor)

300. Si bien esas referencias se han hecho en relación con los tratados o acuerdos iniciales, esas reglas continuaron siendo válidas después del "reparto africano" consagrado en los Acuerdos de la Conferencia de Berlín de 1885.

301. Es apropiado señalar, sin embargo, que en esa Conferencia se establecieron reglas complementarias para un juego que cada vez se complicaba más. Los frecuentes enfrentamientos armados que se producían en el continente africano entre las fuerzas coloniales de los diversos imperios de la época amenazaban con perturbar o incluso destruir el delicado balance que en el centro (Europa) sostenía las relaciones de los actores claves del "concierto europeo" por entonces vigente.

302. La lucha por el dominio de esta parte de la periferia tuvo diversos momentos: la anexión de Lagos por la Gran Bretaña, la creación, en 1878, de

la United African Company, la proclamación por los franceses, en 1882, de su protectorado sobre Porto-Novo y, finalmente, el protectorado establecido por Alemania sobre la costa del Togo.

303. Las nuevas reglas de juego emanadas de la primera Conferencia berlinesa eran claras: la ocupación efectiva del territorio sobre el cual se reclamaban derechos (en particular en las costas y respecto a los atinentes al ejercicio de soberanía) seguida de la correspondiente notificación por vía diplomática a los demás posibles competidores, tratados con los jefes locales en lo que hacía a los territorios del hinterland de la costa efectivamente ocupada, libertad de navegación por los ríos Congo y Níger y posterior posibilidad de establecer y desarrollar puntos de asentamiento en el interior.

304. En su rivalidad colonial, todas las Potencias presentes en Africa intentaron celebrar acuerdos de transferencia de derechos (de los más variados tipos) con los gobernantes locales. Muchos de esos instrumentos se celebraban bajo la cobertura de protectorados ya existentes y era frecuente que la cesión de tales derechos tuviese como contrapartida la entrega de regalos para aquéllos y el séquito que los acompañaba en la ceremonia en que quedaba formalizado el "negocio jurídico" particular de que se tratase.

305. Debe tenerse presente que en muy variados casos, los jefes locales celebraban esos tratados con cada una de las Potencias europeas competidoras y con los mismos derechos como objeto de esos acuerdos sucesivos. De ahí, la importancia que cobraron, en su día, cuestiones tales como la primicia en la obtención del acuerdo y la capacidad legal de la parte africana en la transacción.

306. En toda esta cuestión relativa a la posible existencia de "tratados, convenios y otros acuerdos constructivos" entre Estados y pueblos indígenas en el contexto africano, hay que tener presente una premisa esencial.

307. Esta no es otra que el hecho de que muchas comunidades pudieran considerarse como pueblos indígenas en el contexto de este estudio, sobre la base de su estilo de vida y el hábitat en que residen (pero excluyendo otros factores tales como su "indigenidad" de hoy día comparada con la idéntica "indigenidad" de otras comunidades que coexisten en el mismo territorio de los actuales Estados de la región), en realidad no mantuvieron esos tipos de relaciones jurídicas -en particular, de relaciones mediante tratados o convenios- ni con las Potencias coloniales (antes o después del "reparto"), ni con los Estados que han sucedido a aquéllas y surgido en el Africa contemporánea después del proceso de descolonización.

308. Existe, ciertamente, una larga y a veces compleja historia de concertaciones de tratados en el marco africano, pero esa historia raras veces tiene algo que ver con la historia de las poblaciones autóctonas de esta región del mundo.

309. No es ajeno a tal divorcio, el hecho de que, por lo general en la práctica -aunque no ya desde el punto de vista jurídico formal- esas

comunidades, nacionalidades, etnias, pueblos o naciones, fuesen consideradas por los poderes coloniales extrarregionales más como objetos que como sujetos del derecho internacional. En Africa, lo sucedido en esta cuestión resulta algo muy diferente a lo que aconteció históricamente en la América del Norte de habla inglesa.

310. En cuanto, específicamente, al Tratado de 1788 que se analiza, vale decir, en primer término, que múltiples instrumentos de naturaleza similar -tanto desde el punto de vista de forma como de contenido- pueden encontrarse en esa propia historia legal arriba mencionada. Su representatividad en cuanto a ciertos aspectos de la cuestión de los "tratados indígenas en el contexto africano" resulta evidente.

311. Por otra parte, vale subrayar que es un instrumento del siglo XVIII, celebrado en un momento en el cual había pocas "Compañías Reales" activas en Africa. En lo que concierne a las inglesas, la primera de éstas fue la Company of Merchants, que operó allí desde mediados del XVIII hasta la década de 1820. La inmensa mayoría de este tipo de entidades comenzó a operar en ese continente en la segunda mitad del XIX. Antes de esa época, la competencia en Africa no había alcanzado todavía puntos candentes, al punto que pueden encontrarse en esa primera parte del siglo numerosos tratados con cláusulas no discriminatorias.

312. Si aceptamos como auténtica la versión europea de este "Tratado" entre los ingleses y los jefes de Sierra Leona, ese texto establece una cesión de territorio a cambio de presentes para la parte africana. Los signatarios fueron el Rey Nambaner, Jefe de Sierra Leona -en nombre propio y en el de otros reyes, príncipes, jefes y potentados- y el capitán John Taylor, del navío Miro, a nombre y en el sólo beneficio de la comunidad libre de colonos, sus herederos y sucesores.

313. Lo anterior describe, en sustancia, la esencia del documento. Este guarda precisa semejanza con el llamado "Tratado de Batman" en el contexto australiano y no es otra cosa que una venta de terreno a personas a título privado.

314. No constituye, ciertamente, para el Relator Especial, instrumento alguno de derecho internacional atinente a su estudio. A su criterio, no se trata de un tratado ni de un convenio según el derecho internacional (de la época o contemporáneo), en razón de la personalidad jurídica de aquéllos a nombre de quienes lo negocia el signatario por la parte no indígena, y que per se carecen de esos poderes del derecho público a que hacía referencia Alexandrowicz (véase supra, párrafo 298).

315. Por lo demás, que el mismo aparezca incluido en la bien conocida obra Consolidated Treaty Series publicada por Parry, sólo nos dice el criterio de Parry sobre la naturaleza del mismo y esto, por supuesto, sólo tiene el valor que quiera dársele a tal criterio. De otra parte, si el capitán Taylor tenía poderes atinentes a la soberanía exterior inglesa delegados por Su Majestad, no los invocó expresamente en su accionar y, por tanto, tal capacidad carecería de relevancia en este negocio jurídico de pura índole privada.

316. Finalmente, que puede tratarse de un "arreglo constructivo" a los efectos de este estudio, le parece sumamente dudoso al Relator Especial, teniendo presentes las condiciones de la época en el contexto africano.

317. En lo concerniente a la nacionalidad san, también conocida como basarwa en el contexto del Africa meridional donde habitan -o como bushmen (bosquimanos) en la literatura antropológica sajona-, su situación actual y, en particular, su posible condición como pueblo indígena en el sentido del presente estudio, conviene tener presente algunas ideas que el Relator Especial ha avanzado en el capítulo II de este propio informe acerca de la dicotomía minoría/pueblo indígena, así como las referencias que ha hecho en este propio capítulo (párrafos 273 y 274 supra) acerca de las dificultades que en la búsqueda de la unidad nacional han debido enfrentar la inmensa mayoría de los países afroasiáticos, a raíz de su constitución como Estados independientes, debido a su innegable condición de países multiétnicos.

318. El Relator Especial está convencido de la dificultad -que raya en la imposibilidad- de aplicar, en el contexto africano, ciertos criterios que, a partir de hace algún tiempo se han manejado -incluso en las Naciones Unidas- acerca de la "autoctonía", "aboriginalidad" y la "indigenidad" (o "condición de pueblo indígena") de ciertos grupos humanos procedentes en ese continente.

319. Sus reservas al respecto no son infundadas. Están basadas en lo que a su juicio son elementos de suma importancia, es decir, la compleja historia de las migraciones que acompaña la evolución económica, social y política de los Estados africanos actuales, en la imposibilidad práctica de calificar como "no indígenas" a otros grupos humanos que también corresiden con aquéllos en esos propios Estados y, por último -aunque no por ello menos importante-, debido al impacto que en la situación actual de innumerables comunidades y étnicas africanas ha dejado el colonialismo europeo en el continente, incluso décadas después de haber sido formalmente eliminado.

320. La arbitrariedad de múltiples de las fronteras actuales -cuyas raíces coloniales pueden encontrarse en las decisiones de la ya mencionada Conferencia de Berlín- y el trato privilegiado que dieron las autoridades coloniales a algunas etnias y nacionalidades (tanto en relación con el acceso diferenciado de unas respecto de otras a la educación, a la función pública e incluso a los cuerpos militares) en el contexto de la preindependencia, son algunos de los factores que aún generan problemas en múltiples sociedades africanas actuales.

321. No es ajeno, sin embargo, a los razonados alegatos de algunas fuentes serias 122/ que abogan por el reconocimiento internacional de los san como pueblo indígena, básicamente para garantizar sus posibilidades de existencia física y la preservación de su cultura (en particular, de su lengua) y modo de vida tradicionales, según ellas en peligro hoy de extinción.

322. Con el telón de fondo de lo dicho más arriba, cabe destacar sin embargo que las características de los san resultan peculiares. Los san viven actualmente principalmente en Botswana y Namibia, aunque aún quedan vestigios

de ellos en el sur de Angola. Son tradicionalmente cazadores y recolectores y en el transcurso de la historia fueron amenazados sucesivamente, primero por las migraciones de los pueblos de habla bantu y, después, por la colonización blanca. No queda ya prácticamente población san alguna en Sudáfrica.

323. Durante el siglo XIX lo que quedaba de ellos se dispersó hacia el norte y en la actualidad sus núcleos se concentran en lo que constituye el centro tradicional del vasto territorio que otrora ocupaban, el desierto de Kalahari, que se extiende desde Namibia hasta Botswana, en particular, en la reserva de caza de Kalahari, que se encuentra totalmente enclavada en territorio de este último país.

324. En la literatura antropológica, el caso de los san y otras nacionalidades cazadoras y recolectoras ha generado considerable debate en las últimas décadas. Todos esos grupos humanos se distinguen de otras etnias o nacionalidades en el Estado que hoy habitan, básicamente por sus hábitos de vida, que contrastan con los seguidos por estas últimas (que, por regla general, controlan la economía, dominan el aparato administrativo estatal y determinan el modelo económico a seguir en todo el país).

325. Ese nuevo enfoque antropológico tiende a aproximarse a la problemática de esos grupos humanos con un modelo de análisis que deja atrás los criterios aislacionista y evolucionista con que antes se estudiaban aquéllos, para propiciar, en cambio, un acercamiento a sus problemas dentro de un marco histórico e interactivo, interesado, en consecuencia, en descifrar y comprender cómo se relacionan los san y otros "bosquimanos" con el resto de la sociedad actual en que coexisten 123/.

326. Estudios realizados con ese tipo de enfoque han encontrado una gran variedad y complejidad en los hábitos de vida actuales de los san, sujetos, obviamente, a múltiples factores aculturadores en su existencia diaria. Así, en Botswana, se ha comprobado que muy pocos san siguen subsistiendo sólo sobre la base de una economía cazadora y recolectora, que muchos de ellos se han sedentarizado y que interactúan regularmente con otros sectores étnicos de la sociedad 124/.

327. Stephen, además de expresar sus preocupaciones por la, según él, casi cierta desaparición a relativo corto plazo de la lengua y patrones de vida de los san, no deja de reconocer la importancia que tienen para la solución de tales problemas "los valores políticos" del país en donde viven 125/. Incluso el propio Moeletsi reconocía en 1993 que era ya por entonces alentador "ver al Gobierno de Botswana (y otros) comenzar a discutir los problemas de los san con los mismos san" 126/.

328. Todo indica que el principal problema práctico que confrontan los san actualmente -básicamente en Botswana- es que su economía tradicional (basada en la caza) resulta poco compatible con la actividad central (la ganadería) de la economía de la principal nacionalidad del país, los tswana, la cual resulta de capital importancia, pues la carne de bovino es, justamente, el principal producto de exportación de esa nación. Las presiones

gubernamentales para incrementar esa producción han generado presiones sobre los san, en lo que hace a sus lugares tradicionales, en donde existen buenos pastizales y fuentes de agua.

329. Como es conocido, uno de los defectos más evidentes del Relator Especial es no tener propensión alguna a evadir el debate. Sin embargo, le parece que en el caso de las diversas nacionalidades, etnias, pueblos o minorías africanas, el debate conceptual acerca de si son "minorías" o "pueblos indígenas" cede en importancia a la solución práctica de sus problemas cotidianos. Y el caso de los san parece darle la razón.

330. Es innegable que a partir de 1993 existe una nueva situación política en prácticamente todos los países del cono sur en donde existe población san. El influjo benéfico de la llegada al poder político del sector autóctono de población en Sudáfrica sobre la situación en la región no debe resultar desdeñable. Y hay que esperar que las posibles reclamaciones de los san tengan ahora más posibilidades que nunca antes de ser tenidas en cuenta por los Gobiernos de esos cuatro países.

331. Aunque le desagrada concluir esta parte de su informe con una nota negativa, el Relator Especial se ve en el deber de lamentar públicamente el no haber recibido todavía respuesta a su cuestionario por parte de los Gobiernos de Angola, Botswana, Namibia y Sudáfrica. Sin duda, esas respuestas le hubiesen brindado muchas más posibilidades de ahondar en la esencia actual de la problemática san en esa parte de Africa y, lo que pudiera resultar más importante, de explorar posibles soluciones concretas al respecto a incluir en las recomendaciones de su informe final.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

332. Siguiendo la misma metodología que utilizó en su primer informe, en este segundo, el Relator Especial ha adelantado, en el texto de los tres capítulos precedentes, una serie de conclusiones no sólo de fondo sobre los asuntos tratados en ellos, sino también acerca de cómo prescribe el curso futuro de su trabajo, a fin de concluir, a la mayor brevedad posible, el presente estudio.

333. De igual manera que en 1992, en vez de reproducir el final del presente informe esas conclusiones, ha considerado más provechoso remitir al lector directamente a aquellos párrafos de éste que considera retienen información especialmente pertinente para conocer los criterios esenciales de este documento.

334. En tal sentido, señalar a la atención los párrafos finales del párrafo 10 de la introducción y los párrafos 19, 21, 22, 24, 29, 32, 38 y 39 del capítulo I.

335. En el capítulo II, desearía subrayar los contenidos de los párrafos 57, 58, 61, 63, 65, 71 a 73, 78, 88, 96 y 97, 100 a 102, 107, 114, 118, 122, 126 y 128.

336. En lo que se refiere al capítulo III desearía subrayar las informaciones e ideas incluidas en los párrafos 135 y 136, 149, 152, 164, 167, 174, 183 y 184, 189 y 190, 197, 204, 208 y 209, 212, 225, 234 y 235, 238, 255 y 256, 270, 273 y 274, 294, 299 a 301, 306 y 307, 309, 314, 316, 318 y 319 y 330.

337. A pesar del avanzado estado del trabajo investigativo, falta aún un buen trecho por recorrer en este sentido. El Relator Especial espera recibir en breve la documentación que han generado dos de sus más recientes trabajos de investigación sobre el terreno, y es de esperar que sus gestiones directas con fuentes oficiales el pasado febrero en Ginebra den frutos, en particular, en cuanto al suministro por los gobiernos respectivos de las disposiciones constitucionales y legislativas que rigen las cuestiones indígenas en sus respectivos países.

338. Lo anterior hace más necesario aún seguir contando, sobre una base de continuidad y no de manera aleatoria o esporádica, con la asistencia/consultoría especializada por parte del Centro de Derechos Humanos, bien mediante su propio personal, bien mediante la contratación de un consultante.

339. El Relator Especial considera imprescindible establecer contactos directos, durante su próxima estancia en Ginebra, con los representantes de un cierto número de Estados y de organizaciones indígenas, cuyas respuestas al cuestionario que les fue remitido en 1991-1992 no se han hecho llegar a él, y que se entienden de particular importancia para la fase final de su trabajo.

340. La coordinación y la comunicación con el Centro de Derechos Humanos ha mejorado ostensiblemente en los últimos tiempos. La nueva tecnología a disposición de esa dependencia ha tenido que ver con tal mejora, pero lo importante ha sido el ángulo humano de esa mejoría. No obstante, el problema de la incertidumbre constante que ha tenido el Relator Especial acerca de si puede o no contar con los servicios contratados (y no voluntarios) de un consultante ha continuado influyendo negativamente en su trabajo.

341. Es útil recordar que por diversas razones no ha sido posible incluir en el presente segundo informe, los resultados del trabajo investigativo acerca de la evolución histórica de diversas situaciones específicas en varias regiones. El bulto del trabajo al respecto está hecho y el Relator Especial espera tener la oportunidad de someterlo a la consideración tanto del Grupo de Trabajo como de la Subcomisión, como documento previo a la presentación de su informe final sobre el estudio.

342. Sobre la base de todo lo anterior, el Relator Especial formula las siguientes recomendaciones:

- a) resulta imprescindible garantizar la asistencia/consultoría permanente solicitada por el Relator Especial, en alguna de las variantes mencionadas en el párrafo 338 supra, y

- b) por las razones expuestas antes, al Relator Especial interesa se le autorice a presentar, como ha sucedido en otros casos de estudios especiales complejos como el presente, un tercer informe sobre la marcha de los trabajos en 1996 y su informe final en 1997.

-
- 1/ Ver documento E/CN.4/Sub.2/1994/30, párr. 93.
- 2/ Ibíd, párrs. 94 a 96.
- 3/ Ibíd, párrs. 156 y 157.
- 4/ Para antecedentes al respecto, ver documento E/CN.4/Sub.2/1992/32, párrs. 216 a 221.
- 5/ Charles M. Alexandrowicz, An Introduction to the History of the "Law of Nations" in the East Indies, 16th, 17th and 18th century (Oxford, Clarendon, 1967), pág. 169.
- 6/ Ibíd, pág. 106.
- 7/ Por ejemplo, el tratado logrado por la Dutch East India Company con el Sultán de Kedah (península malaya) en 1648. Cf. Om Prakash, "The Dutch East India Company in the Trade of the Indian Ocean" en: India and the Indian Ocean 1500-1800 (Ashin das Gupta & M. N. Pearson, eds.) (Calcuta, Oxford University Press, 1987), pág. 194.
- 8/ Por ejemplo, los tratados que concedían a Holanda determinados derechos comerciales exclusivos y que le fueron impuestos a los soberanos de Palembang (1678) y Cheribon (1681). Cf. ibíd.
- 9/ M. C. Ricklefs, A History of Modern Indonesia (Londres, Basingstoke/McMillan, 1981), pág. 22.
- 10/ Charles H. Alexandrowicz, op. cit. y "The Afro-Asian World and the Law of Nations (historical aspects)" en Recueil des cours de l'Académie de droit international, 123:117 a 214.
- 11/ Jörg Fisch, Die europäische Expansion und das Völkerrecht (Stuttgart, Steiner, 1984).
- 12/ Dieter Dörr, et al., "Die "Wilden" und das Völkerrecht" en Verfassung und Recht in Übersee (Hamburg) 24:372 a 393.
- 13/ M. F. Lindley, The Acquisition and Government of Backward Territory in International Law (Londres, Longman's/Green, 1926).
- 14/ Ver documento E/CN.4/Sub.2/1992/32, párrs. 18 a 21, en particular este último.

15/ Ver documento E/CN.4/Sub.2/1994/30, párr. 96 y parte final de la decisión 1994/116 de la Subcomisión.

16/ Documento E/CN.4/Sub.2/1991/33, párr. 98.

17/ *Ibid.*, párr. 99.

18/ Documento E/CN.4/Sub.2/1988/24/Add.1; párr. 112.

19/ Resolución 1988/56 de 9 de marzo de 1988, párr. 3.

20/ Decisión 1988/134 de 27 de mayo de 1988.

21/ Documento E/CN.4/Sub.2/1991/33, párrs. 92 y 93.

22/ Documento E/CN.4/Sub.2/1992/32, párr. 170.

23/ *Ibid.*, cap. IV. Ese total de 41 situaciones se descompone de la siguiente manera: 10 relacionadas con tratados, 6 sobre posibles convenios, 3 relativas a posibles "otros acuerdos constructivos", 12 en cuanto a pueblos indígenas que, en aquel momento, se consideraron como ajenos a cualesquiera de las 3 anteriores categorías y 10 en lo que hace a situaciones en las que pueden considerarse a los pueblos indígenas como "terceros" en tratados (bilaterales o multilaterales) celebrados entre sí por naciones no indígenas. Las razones que dieron pie a aquella selección inicial fueron explicadas por el Relator Especial en el párrafo 171 del primer informe sobre la marcha de los trabajos.

24/ *Ibid.*, párr. 169.

25/ *Ibid.*, párr. 172. A pesar de los avances logrados en el acopio de la documentación primaria ya apuntado en el capítulo I de este propio informe (supra, párr. 289), el desbalance sigue existiendo en este aspecto en lo que hace a distintas regiones, tal como se señala en los párrafos 29 a 32 de este documento.

26/ Francesco Capotorti, "Minorities" en Encyclopedia of Public International Law (R. Bernhardt et al., eds.), (Amsterdam, Elseviers, 1985), Instalment 8:385 a 395.

27/ Jules Deschênes, Propuesta relativa a una definición del término "minoría" (E/CN.4/Sub.2/1985/31), párr. 181.

28/ Resolución 47/135 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptada el 18 de diciembre de 1992.

29/ Isabelle Schulte-Tenckhoff y Tatjana Ansbach, "Les minorités en droit international", en Le droit et les minorités (A. Fenet, Dir.), (Bruselas, Bruylant, 1995), págs. 15 y 16.

30/ En la cual, la única referencia a derechos reconocidos a una entidad colectiva (a la protección de "la sociedad y del Estado") es a la familia, en su artículo 16, apartado 3. Todos los demás derechos en ella mencionados les son reconocidos a las personas como seres individuales.

31/ Schulte-Tenckhoff y Ansbach, op. cit., pág. 16.

32/ Los autores recuerdan (op. cit., nota 2) que, en relación con los trabajadores migratorios, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha adoptado dos instrumentos internacionales, a saber: la Declaración sobre los derechos humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven (resolución 40/144 del 13 de diciembre de 1985) y la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (resolución 45/158 del 18 de diciembre de 1990).

33/ Ibíd., págs. 17 y 19. Citan, en apoyo de esta conclusión (nota 6) el Estudio sobre los logros alcanzados y los obstáculos surgidos durante el primer Decenio de la Lucha contra el Racismo y la Discriminación Racial, elaborado por el Relator Especial Sr. Asbjorn Eide (E/CN.4/Sub.2/1989/8/Add.1), pág. 6.

34/ Documento E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4 (volumen V del informe final). Distribuido posteriormente como publicación de las Naciones Unidas N° de venta: S.86.XIV.3.

35/ No se destacará nunca suficientemente la contribución capital que a ese monumental estudio hiciese Don Augusto Willemsen-Díaz, por entonces funcionario del Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en Ginebra a cargo de las cuestiones indígenas.

36/ Según Schulte-Tenckhoff y Ansbach, op. cit., pág. 20 y nota 8, la misma "ambigüedad" se percibe tanto en documentos internacionales (como el Convenio N° 169 de la OIT) como en ciertas fuentes secundarias. Así el precitado Convenio distingue entre "pueblos tribales" y "pueblos indígenas" en países independientes.

37/ En el párrafo 373 de las "Conclusiones, propuestas y recomendaciones" de su informe final (ver supra, nota 34), Martínez Cobo había señalado que al buscar la circunstancia que ha producido el surgimiento de la noción de poblaciones indígenas, debía darse particular relevancia a "sus derechos históricos a sus tierras", entre otros factores.

38/ Isabelle Schulte-Tenckhoff, "L'Etude des Nations Unies sur les traités entre peuples autochtones et Etats" en Recherches amérindiennes au Québec, XXIV(4) (1994): 17 a 27, pág. 26.

39/ Walter L. Williams, "United States Indian policy and the debate over Philippine annexation: implications for the origin of American imperialism" en Journal of American History, 66(4) (1980): 810 a 838.

40/ Ibíd., págs. 811 y 812.

41/ Rodolfo Stavenhagen, "The indigenous problematique" en IFDA Dossier (Nyon) 50 (1985): 3 a 14, pág. 10.

42/ Resulta atinente señalar, en este contexto, entre otros, los casos de las autonomías regionales españolas actuales y las antiguas repúblicas federadas en la ex Yugoslavia.

43/ Fenómeno que, por supuesto no es, ni remotamente, exclusivamente propio del continente africano.

44/ Téngase presente el trato diferenciado que merecieron a la Sociedad de Naciones las gestiones del dirigente haudensaunee Deskaheh en 1923 y las reivindicaciones de las minorías europeas de la primera posguerra mundial.

45/ Schulte-Tenckhoff, op. cit., nota 38, supra, pág. 25.

46/ Por ejemplo, los casos Sandra Lovelace c. Canada; Mikmaq Tribal Society c. Canadá; The Lubicon Lake Band c. Canada y Kitok c. Suecia.

47/ A las sesiones del Grupo de Trabajo han asistido en años recientes, libremente en sus deliberaciones, entidades tan dudosas en este sentido como los llamados Rehoboth Basters (residentes en la actual Namibia) y, en 1994, se acreditó ante él una delegación de afrikaaners que representaban a un partido que acaba de negarse a participar en las primeras elecciones democráticas en Sudáfrica (cuya presencia generó la lógica y generalizada repulsa de los participantes) (mencionado por Shulte-Tenckhoff, op. cit. (supra, nota 38), pág. 24.

48/ Los Derechos de los Pueblos Indígenas (Folleto informativo Nº 9) (Centro de Derechos Humanos, Ginebra, 1990).

49/ Ver documentos A/48/601, párr. 62 y E/CN.4/Sub.2/1994/48, párr. 126.

50/ En este contexto, debe tenerse muy presente que, a criterio del Relator Especial, la existencia futura del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas pasó por un momento precario inmediatamente después de concluida la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos (Viena, junio de 1993).

51/ Ver documento E/CN.4/Sub.2/1992/32, párr. 169.

52/ Supra, nota 34, párr. 388.

53/ Schulte-Tenckhoff, op. cit., nota 38, supra, pág. 26.

54/ Por supuesto, lo anterior fue escrito antes del acceso al poder de Nelson Mandela como primer Presidente realmente representativo en Sudáfrica.

55/ Documento E/CN.4/Sub.2/1992/32, párr. 208.

56/ Ibíd., párr. 213.

- 57/ Ibíd., párrs. 138 y 140 y notas 52 y 53 del mismo.
- 58/ Ibíd., párr. 159 y nota 80 del mismo.
- 59/ Ibíd., párr. 160.
- 60/ Ibíd., párr. 167.
- 61/ Ibíd., cap. IV, párrs. 223, 229, 239, 251, 278, 281, 290, 292, 310, 319, 336, 342, 362, 363, 365, 367, 371, 374, 378, 379, 381, 386 y 388.
- 62/ Ibíd., párr. 169.
- 63/ Alexandrowicz, op. cit., notas 5 y 10 supra.
- 64/ Fisch, op. cit., nota 11 supra.
- 65/ Dörr, op. cit., nota 12 supra.
- 66/ Lindley, op. cit., nota 13 supra.
- 67/ Ibíd., pág. 20.
- 68/ Alexandrowicz, op. cit., nota 5 supra, pág. 235.
- 69/ Ibíd., pág. 149.
- 70/ Ibíd., pág. 154.
- 71/ Caso "Derecho de caso sobre el territorio de la India".
- 72/ Shabtai Rosenne, "The meaning of "authentic text" in modern treaty law" en Völkerrecht als Rechtsordnung, Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte. Festschrift für Hermann Mosler (R. Bernhardt et al., ed.) (Berlín, Springer-Verlag, págs. 759 a 784), págs. 782 y 784.
- 73/ Alexandrowicz, op. cit., nota 5 supra, pág. 225.
- 74/ Fisch, op. cit., nota 11 supra.
- 75/ 31 U.S. 6 Pet. (1832), págs. 542 y 543.
- 76/ Fisch, op. cit., nota 11 supra, pág. 44.
- 77/ Ibíd., págs. 498 y 499.
- 78/ Véase la referencia contenida en la nota 57 supra.
- 79/ Fisch, op. cit., nota 11 supra, pág. 503.
- 80/ Ibíd., pág. 505.
- 81/ Documento E/CN.4/Sub.2/1992/32, párrs. 272 a 280.

82/ La literatura reciente acerca de la situación en Aotearoa/Nueva Zelandia incluyó las obras de Claudia Orange, The Treaty of Waitangi (Wellington, Allen & Unwin, 1987); I. H. Kawharu, Maori Land Tenure: Study of a Changing Institution (Oxford, Clarendon, 1987); I. H. Kawharu (ed.), Waitangi: Maori and Pakeha Perspectives on the Treaty of Waitangi (Auckland, Oxford University Press, 1989); R. J. Mulgan, Maori, Pakeha and Democracy (Auckland, 1989); y A. Sharp, Justice and the Maori (Auckland, 1991). Importante, asimismo, es el número especial sobre el Tratado de Waitangi publicado por la New Zealand Universities Law Review 14 (1), (1990).

83/ Ian Brownlie, Treaties and Indigenous Peoples (Oxford, Clarendon, 1992).

84/ Aunque en la sentencia dictada en el caso Wi Parata c. Bishop of Wellington en 1877 (3 New Zealand Jurist SC 72 at 78), el Magistrado Prendergast expresó el criterio que el Tratado de Waitangi era "simplemente nulo" (a "simple nullity").

85/ Las citas a los dichos de Brownlie mencionadas más arriba pueden encontrarse en la obra del autor (véase nota 83 supra), págs. 6, 9, 24 26, 49, 51, 62, 63, 73, 78 y 94.

86/ Entre ellas, la New Zealand Constitution Act (U.K. de 1852), el Statute of Westminster (1931), adoptado por Nueva Zelandia en 1947, la New Zealand Constitution Amendment Act (1947), la Treaty of Waitangi Act (1975), la Treaty of Waitangi Amendment Act (1988), el Bill of Rights (1985 y 1990), la Constitution Act (1986) (Nueva Zelandia) y la Treaty of Waitangi (State Enterprises) Act (1986).

87/ Hooker, Legal Pluralism. An Introduction to Colonial and Neo-Colonial Law (Oxford, Clarendon, 1975), págs. 332 y 333.

88/ Es el establecido en la sección 4 del First Schedule a la Treaty of Waitangi Act de 1975, sustituida por la Treaty of Waitangi Amendment Act de 1985.

89/ I. H. Kawharu, op. cit., véase nota 82 supra.

90/ Fourth World Bulletin, otoño-invierno de 1995, vol. 4, Nº 1/2, pág. 31.

91/ Ibid.

92/ Henry Reynolds, The Law of the Land, (Victoria, Penguin Books, 1992) (segunda edición).

93/ Ibid., págs. 32 y 33 y 207.

94/ Ibid., pág. 95.

95/ Ibid., pág. 152.

96/ Resultado de esos nuevos enfoques parecen haber sido tanto la aprobación de la Council for Aboriginal Reconciliation Act de 1991, como la reconstitución de la Aboriginal and Torres Strait Islander Commission en marzo de 1990. La ATSIC esta controlada por los indígenas y ha reemplazado tanto al Departamento de Asuntos Aborígenes, como a la Comisión para el Desarrollo Aborigen establecida en la década de 1970 (ver la Aboriginal and Torres Strait Islander Commission Act (1989)). Se considera a la ATSIC como la más importante entidad asesora del Gobierno en cuestiones indígenas.

97/ 175 Commonwealth Law Report 1, 1992.

98/ The Australian Contribution (1992), pág. 71. Compilado por ATSIC para el décimo período de sesiones del Grupo de Trabajo en 1992.

99/ Garth Nettheim, "The consent of the Natives. Mabo and Indigenous political rights", en Sydney Law Review 15(2) (1993): 223 a 238.

100/ Liliuokalani, Hawaii's Story by Hawaii's Queen (Ch. E. Little, Nutley/Tokyo, 1964 [1898]).

101/ Ibid., págs. 354 y 355.

102/ Ibid., pág. 372.

103/ Ulla Hasager, "Tribunal Internacional de los Pueblos, Hawai'i, 1993" en Asuntos Indígenas (Copenhagen, IWGIA), N° 1, enero/febrero/marzo de 1994, págs. 4 a 10.

104/ Documento E/CN.4/Sub.2/1992/32, párr. 362.

105/ Cf. Emiko Ohnuki-Tierni, The Ainu of the Northern Coast of Southern Sakhalin (Prospect Heights, IL, Waveland Press, 1994).

106/ Teshima Takemasa, "From the assimilation policy to the guarantee of the rights of the Ainu as an indigenous people: a critique based on the reality of discrimination against the Ainu" en Human Rights in Japan from the Perspective of the International Covenant on Civil and Political Rights (s.l., Busaku Kaiho Kenyusho, 1993, págs. 29 a 36).

107/ Véase tercer informe periódico del Gobierno del Japón al Comité de Derechos Humanos (1991) (CCPR/C/70/Add.1 y Corr.1).

108/ Takemasa, op. cit., pág. 31.

109/ Ibid., pág. 32.

110/ Ibid., pág. 33.

111/ Josef Silverstein, Burmese Politics. The Dilemma of National Unity (New Brunswick, NJ, Rutgers University Press, 1980).

112/ Pueden distinguirse tres importantes grupos de población: los tibetobirmanos (que comprende a los birmanos propiamente dicho, los arakaneses, los chin y los kachin); los mon khmer y los thai chinos (integrado por los chan y los karen). A los grupos referidos, hay que agregar ciertos grupos de inmigrantes, especialmente los provenientes de la India, que fueron estimulados por el colonizador inglés a establecerse en esta área.

113/ Roland Bless, "Divide et impera". Britische Mindeneitenpolitik in Burma, 1917-1946 (Stuttgart, F. Steiner, 1990), pág. 45.

114/ Silverstein, op. cit., págs. 109 y 110.

115/ Robert H. Taylor, The State in Burma (Londres, C. Hurst, 1987), pág. 266.

116/ Edmund Leach, Political Systems in Highland Burma. A Study of Kachin Social Structure (Londres, London School of Economics, 1964).

117/ Silverstein, op. cit., págs. 129 a 131.

118/ Charles H. Alexandrowicz, The European-African Confrontation. A Study in Treaty-Making (Leyden, Njihoff, 1973).

119/ Ibíd., págs. 14 y 15.

120/ Ibíd., pág. 41.

121/ Ibíd., pág. 30.

122/ Véase, por ejemplo, Batlhalefhi Moeletsi, "Los san de Botswana: situación legal, acceso a la tierra, desarrollo y recursos naturales" en Boletín (Copenhague, IWGIA), N° 4/93, págs. 45 a 49, y David Stephen, The San of the Kalahari (Londres, Minority Rights Group), Report N° 56, 1982.

123/ Alan Bernard, Hunters and Herders. A Comparative Ethnography of the Khoisan Peoples (Cambridge, University Press, 1992).

124/ Pnina Motzafi-Haller, "When Bushmen are known as Basarwa: gender, ethnicity and differentiation in rural Bostwana" en American Ethnologist 21(3) (1994): 539 a 562.

125/ Stephen, op. cit., pág. 4.

126/ Moeletsi, op. cit., pág. 46.
