

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/1992/32
25 de agosto de 1992

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISION DE DERECHOS HUMANOS
Subcomisión de Prevención de Discriminaciones
y Protección a las Minorías
44° período de sesiones
Tema 15 del programa

DISCRIMINACION CONTRA LAS POBLACIONES INDIGENAS

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

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

INDICE

<u>Capítulo</u>	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
INTRODUCCION	1 - 8	1
I. INVESTIGACIONES Y OTRAS ACTIVIDADES EMPRENDIDAS HASTA EL PRESENTE	9 - 21	3
II. ALGUNAS CONSIDERACIONES ANTROPOLOGICAS E HISTORICAS SOBRE CUESTIONES FUNDAMENTALES RELACIONADAS CON EL ESTUDIO	22 - 113	6
III. LOS PRIMEROS CONTACTOS: LOS PUEBLOS INDIGENAS, EL EUROCENTRISMO Y EL DERECHO DE GENTES	114 - 168	22
IV. DIVERSAS SITUACIONES JURIDICAS COMPRENDIDAS DENTRO DEL MARCO DEL ESTUDIO	169 - 391	33
A. Tratados entre Estados y naciones indígenas ..	175 - 324	34

INDICE (continuación)

<u>Capítulo</u>	<u>Párrafos</u>	<u>Página</u>
IV. B. Convenios entre los Estados y otras entidades (<u>cont.</u>) y los pueblos indígenas	325 - 336	59
C. Otros acuerdos constructivos	337 - 348	61
D. Situaciones que afectan a pueblos indígenas que no son partes en ninguno de los instrumentos antes mencionados, ni objeto de ellos	349 - 362	63
E. Tratados entre Estados que afectan a los pueblos indígenas en calidad de terceros	363 - 390	65
V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	391 - 400	71

INTRODUCCION

1. La secuencia y el contenido de las resoluciones aprobadas por la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, la Comisión de Derechos Humanos y el Consejo Económico y Social, que condujeron al nombramiento del Relator Especial con el mandato de emprender el presente estudio (resolución 1989/77 del Consejo Económico y Social, de 24 de mayo de 1989), fueron examinados ampliamente en el informe preliminar del Relator Especial presentado en 1991 al Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas en su noveno período de sesiones y a la Subcomisión en su 43° período de sesiones (documento E/CN.4/Sub.2/1991/33, párrs. 4 a 27).
2. En ese documento (párrs. 28 a 37 y 38 a 63), estos órganos también fueron informados abundantemente sobre la labor de investigación y otras actividades emprendidas por el Relator Especial desde su nombramiento hasta julio de 1991 en cumplimiento de su mandato.
3. El informe preliminar fue objeto de un amplio debate durante el noveno período de sesiones del Grupo de Trabajo 1/. El Grupo expresó su agradecimiento al Relator Especial por ese informe 2/. También expresó su gratitud a los gobiernos y a las organizaciones de pueblos indígenas que habían respondido al cuestionario preparado por el Relator Especial en 1990 3/. Al mismo tiempo, el Grupo de Trabajo decidió reproducir ese cuestionario en un anexo a su informe a la Subcomisión y recomendó que fuese distribuido nuevamente a los gobiernos, organizaciones intergubernamentales y organizaciones de pueblos indígenas pidiéndoles que presentaran la información solicitada por el Relator Especial a más tardar el 15 de marzo de 1992, a fin de que éste pudiera tenerla en cuenta en el informe sobre los progresos realizados que presentaría en 1992.
4. En vista de las dificultades que el Relator Especial había encontrado para obtener los servicios de consultores especializados, necesarios para su labor de investigación, el Grupo de Trabajo solicitó en resoluciones pertinentes anteriores que se le prestara la asistencia prevista a ese respecto. El Relator Especial expresa su reconocimiento al Centro de Derechos Humanos por la asistencia prestada.
5. En su 43° período de sesiones, la Subcomisión examinó el informe preliminar en una sesión prolongada, que se celebró el 27 de agosto de 1991 4/. Al final de sus deliberaciones, la Subcomisión adoptó la decisión 1991/111, de 29 de agosto de 1991, por la que, esencialmente, hizo suyas las recomendaciones formuladas sobre esta cuestión por el Grupo de Trabajo (véanse los párrafos 3 y 4 supra).
6. El presente informe ha sido preparado por el Relator Especial con el fin de presentarlo al Grupo de Trabajo en su décimo período de sesiones y a la Subcomisión en su 44° período de sesiones, conforme a la decisión 1991/111 de la Subcomisión, de 29 de agosto de 1991.

7. Al preparar del presente informe el Relator Especial ha tenido en cuenta las observaciones generales y las propuestas concretas formuladas en 1991 por sus colegas, las delegaciones de Estados observadores y las organizaciones de pueblos indígenas durante las deliberaciones sobre su informe preliminar, tanto en el Grupo de Trabajo como en la Subcomisión.

8. El propósito del presente informe sobre la marcha de los trabajos es:

- a) informar al Grupo de Trabajo y a la Subcomisión sobre la investigación y otras actividades que se han emprendido de acuerdo con el mandato del Relator Especial;
- b) establecer algunas premisas antropológicas e históricas que parecen importantes al Relator Especial con respecto a varias cuestiones fundamentales directamente relacionadas con la finalidad principal del estudio;
- c) elaborar con más detalle algunas cuestiones jurídicas que considera de importancia primordial para el estudio;
- d) examinar y resumir -sobre la base de ciertos criterios iniciales de clasificación metodológica que ha establecido- diversos casos que, en esta fase de la labor, han sido considerados útiles para ilustrar la vasta diversidad de situaciones jurídicas existentes en distintas partes del mundo que pueden ser pertinentes para su estudio. Cabe observar que los estudios de casos y otros ejemplos de prácticas y precedentes señalados en el presente informe son sólo indicativos y por ningún concepto constituyen una lista completa de las situaciones que aparecerán en los próximos informes y las conclusiones finales del Relator Especial.

Capítulo I

INVESTIGACIONES Y OTRAS ACTIVIDADES EMPRENDIDAS HASTA EL PRESENTE

9. Desde septiembre de 1991 hasta junio de 1992 se registraron progresos notables en el trabajo de investigación requerido por el estudio. Esto fue posible, en gran medida, gracias a la dedicada y especializadísima labor de la consultora Isabelle Schulte-Tenckhoff, que en su desempeño profesional fue más allá de lo establecido en su contrato con el Centro de Derechos Humanos. En este contexto, cabe destacar que la consultora dedicó esta tarea, para la que fue contratada oficialmente, no seis meses (dos períodos no consecutivos de cuatro y dos meses, respectivamente), sino prácticamente el doble de tiempo.

10. El Relator Especial desea expresar su reconocimiento a la Sra. Schulte-Tenckhoff por tan generosa actitud y por la calidad y la profesionalidad de los dos informes de investigación presentados en octubre de 1991 y mayo de 1992. Su contribución al estudio está presente en cada capítulo del informe.

11. Asimismo, durante el período señalado, se registraron nuevos progresos en la reunión de información relacionada con el estudio. A la ya abundante documentación a que el Relator Especial tiene acceso directamente se sumaron nuevas fuentes, tanto primarias (textos completos de instrumentos jurídicos, por ejemplo, acuerdos y leyes nacionales) como secundarias (trabajos jurídicos, históricos y antropológicos, así como otros documentos especializados). Durante los últimos diez meses el Relator Especial pudo dedicar más tiempo que en 1990-1991 al examen y el estudio del material disponible. Sin embargo, este proceso dista mucho de haber concluido.

12. Con respecto al importante aspecto de la labor sobre el terreno, el Relator Especial participó en la Conferencia Técnica de las Naciones Unidas sobre la Experiencia Práctica en el Logro de un Desarrollo Autónomo Sostenible y Ecológicamente Idóneo para las Poblaciones Indígenas, celebrada en Santiago de Chile del 18 al 22 de mayo de 1992, bajo los auspicios del Gobierno de Chile y del Centro de Derechos Humanos. Gracias a una grata invitación de las autoridades chilenas, el Relator Especial y otros participantes tuvieron la oportunidad de visitar el asentamiento de una comunidad del pueblo mapuche en los Andes (provincia de Temuco). La experiencia práctica derivada tanto de la reunión como de esta visita, así como el material reunido en Chile, resultaron sumamente valiosos para la labor del Relator Especial.

13. También en relación con ese aspecto de su trabajo, el Relator Especial lamentó que ineludibles compromisos docentes le impidieran asistir a dos importantes reuniones en que se examinaron aspectos concretos de la problemática indígena relacionados con su estudio. Se trata de la Reunión de Expertos encargada de examinar la experiencia de los países en la esfera de la aplicación de planes de autonomía interna en favor de las poblaciones indígenas (Nuuk, Groenlandia, 24 a 28 de septiembre de 1991) y la Conferencia Nacional sobre Tratados convocada bajo los auspicios de la Asamblea de las Naciones Primas con el fin de examinar la cuestión de los tratados en el

contexto actual del Canadá (Edmonton, Alberta, 6 a 9 de abril de 1992). Una situación similar en junio del año pasado obligó al Relator Especial a aplazar hasta septiembre de este año su segundo viaje de investigación al Archivo de Indias en Sevilla (España).

14. El Relator Especial desea señalar a la atención del Grupo de Trabajo y de la Subcomisión que, pese a que en septiembre de 1991 se reiteró la correspondiente solicitud, al 31 de mayo de 1992 en el Centro de Derechos Humanos sólo se habían recibido 15 respuestas al cuestionario presentado en 1990 a los gobiernos y organizaciones intergubernamentales, no gubernamentales y de pueblos indígenas (véase el párrafo 3 *supra*) 5/.

15. Siete de estas respuestas procedían de gobiernos (Brunei Darussalam, Canadá, Colombia, Finlandia (2), Guyana y Venezuela), una de una organización intergubernamental (UNESCO), una de una organización no gubernamental (OXFAM) y seis de organizaciones de pueblos indígenas (Alexander Tribal Government [Tratado N° 6, Canadá], Movimiento Cooperativista Guatemalteco (MCG), Saddle Lake First Nation [Tratado N° 6, Canadá], Consejo Indio de Sudamérica (CISA), Sovereign Nation of Hawaii and Pro-Hawaiian Sovereignty Working Group). No obstante, se debe señalar que, de hecho, dos de las respuestas recibidas de organizaciones de pueblos indígenas no se ajustan enteramente a los criterios para ser consideradas respuestas al cuestionario.

16. El Relator Especial no puede menos de sentirse decepcionado por los exiguos resultados logrados hasta el presente en la consulta directa con las partes en las relaciones jurídicas bilaterales en que se centra el estudio.

17. Por un lado, la falta de respuesta de diversos gobiernos es un tanto sorprendente, habida cuenta del número considerable de situaciones a las que parecerían ser aplicables los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre las autoridades y los pueblos indígenas que viven dentro de sus fronteras.

18. Por otro lado, el reducido número de respuestas indígenas es muy de lamentar. Ciertamente algunos pueblos y organizaciones indígenas han solicitado expresamente una prórroga del plazo indicado, debido a comprensibles dificultades para presentar a tiempo la información solicitada. El Relator Especial ha señalado a cuantos se encuentran en dicha situación que, desde luego, prefiere una respuesta tardía a ninguna respuesta.

19. Además, es de observar que en una de las respuestas recibidas una organización indígena declaró que las preguntas formuladas son "de un excesivo formulismo jurídico" e "imponen un proceso de interpretación... en el que la mayoría de las bandas no desean ser atrapadas". Dijo asimismo que "no se siente lo suficientemente tranquila como para dar respuestas..., principalmente por el temor a la reacción excesiva" que las autoridades del Estado-nación en que vive "pudieran tener contra [su pueblo]". Añadió que ese mismo Estado-nación "ha hecho un gran esfuerzo por reducir e interpretar nuestra [sic] obligación en virtud de los tratados". También se expresaba la opinión de que el presente estudio "puede hacernos sufrir más penalidades".

20. A pesar de los casos y situaciones como los mencionados, la falta de respuestas indígenas en gran número a las preguntas del cuestionario parece indicar que el Relator Especial no ha podido convencer aún a la mayoría de los pueblos y organizaciones indígenas de cuán importante es que el estudio alcance la mayor profundidad y equilibrio posibles. Además, no parece haberse percibido plenamente que estas respuestas pueden facilitar mucho la labor de investigación pendiente. Tampoco parecen resultar suficientemente claras las ventajas -tanto para la seriedad del estudio como en el posible interés de esos mismos pueblos y organizaciones- que supone recurrir a información procedente directamente de fuentes indígenas que reflejen el punto de vista de los indígenas sobre diversas cuestiones fundamentales (en vez de depender de material indirecto, de procedencia no indígena).

21. En opinión del Relator Especial, un elemento particularmente importante para llevar esta labor a una pronta conclusión consistiría en poner a su disposición esta información lo antes posible por medio de una respuesta detallada al cuestionario ya distribuido hace casi dos años. El Relator Especial pide respetuosamente -una vez más y con carácter de urgencia- a todas las partes interesadas que faciliten su tarea en la forma antes indicada 6/.

Capítulo II

ALGUNAS CONSIDERACIONES ANTROPOLOGICAS E HISTORICAS SOBRE CUESTIONES FUNDAMENTALES RELACIONADAS CON EL ESTUDIO

22. El proceso de negociación que conduce a la existencia de cualquier tratado, convenio o acuerdo constructivo entre un Estado y un pueblo indígena implica, por supuesto, considerables y variadísimos contactos entre dos partes cuyas civilizaciones, experiencia histórica, formas de organización social, costumbres y nociones sobre innumerables cosas son, en general, sumamente diferentes.

23. En consecuencia, para poder evaluar la utilidad de los instrumentos de este tipo (sea que ya estén en vigor o que puedan estarlo en el futuro), a fin de lograr relaciones sólidas, estables y justas entre ambas partes, es imperativo entender cabalmente la racionalidad de las acciones de esas dos mismas partes no sólo antes y durante el necesario proceso consensual que los hace posibles, sino también durante su aplicación efectiva.

24. Para el Relator Especial desde luego no ha sido difícil entender la lógica que rige, en general, las acciones de los Estados-naciones y la racionalidad de las normas institucionales y jurídicas de las denominadas "sociedades modernas", organizadas grosso modo de acuerdo con modelos occidentales.

25. Además, su origen nacional, sus antecedentes culturales, su experiencia en dos tipos de sociedades centralizadas muy diferentes -basadas, además, en principios éticos, políticos, sociales y económicos opuestos-, su formación de jurista dentro de un sistema jurídico encuadrado en la tradición del derecho europeo codificado, lo han ayudado considerablemente en esta parte de su tarea. Asimismo, los estrechos contactos mantenidos durante más de tres decenios con el sistema de las Naciones Unidas -el teatro, por excelencia, para las actividades internacionales de los Estados-naciones han contribuido a esta comprensión.

26. Para una persona que no es indígena, sin embargo, las dificultades que implica lograr una comprensión semejante de las acciones de las naciones indígenas en esta esfera resultan, sin duda, considerablemente mayores. La necesidad de vencer esas dificultades es obvia, dado que, en el texto fundamental que guía su trabajo 7/, claramente se encarga al Relator Especial que realice este estudio con el objetivo final de garantizar, a nivel práctico, la promoción y protección de los derechos y libertades básicos "de las poblaciones indígenas".

27. El primer problema con que se tropieza en el logro de dicha comprensión es de índole metodológica. Tiene que ver con la enorme diversidad de situaciones y problemas concretos que enfrentan los pueblos indígenas hoy día en diferentes partes del mundo. Consiste en lo que Héctor Díaz-Polanco caracteriza con razón como la falta de una concepción adecuada, integrada y general del problema étnico.

28. Es, pues, necesario, en su opinión, lograr una perspectiva en que lo "indígena" y lo "regional-nacional" aparezcan vinculados; y, además, en que se confiera al elemento étnico una dimensión apropiada que impida, por un lado, la "atomización" excesiva y no manejable de las unidades de análisis y, por otro, las visiones demasiado globales que casi siempre son construcciones artificiales 8/. En el capítulo IV siguiente, el Relator Especial ha intentado encontrar la manera de abordar este dilema en el contexto de su mandato específico.

29. No obstante, a juicio del Relator Especial el aspecto determinante del problema lo constituye el hecho de que las ciencias sociales básicas -por ejemplo, la antropología y la historia-, que deberían contribuir al logro de una visión más clara de la racionalidad de las acciones indígenas correspondientes dentro de sus modos pasados y presentes de organización social (particularmente de sus manifestaciones jurídico institucionales), aún no han podido liberarse de toda una gama de enfoques, concepciones y planteamientos metodológicos que el Relator considera tiende a oscurecer -y frecuentemente desvirtuar e incluso ocultar- el contenido real y el verdadero sentido de las relaciones sociales indígenas.

30. Todos estos elementos conducen, con demasiada frecuencia, a planteamientos unidimensionales y eurocéntricos de la llamada cuestión indígena que, por definición, son simplistas, uniformadores, poco científicos y, por lo tanto, estériles. Partiendo de modelos basados en las sociedades de consumo, la economía de mercado y la supuesta bondad intrínseca de la organización social "moderna" (occidental), tienden a establecer una superioridad mítica indisputable de la cultura (en particular de la cultura "política") del llamado paradigma del mundo libre, occidental, judeocristiano y a confirmar como sabiduría convencional la noción de que otras concepciones en la materia son atrasadas y obsoletas y, por ende, inferiores y de valor insignificante, si algún valor tienen 9/.

31. El contenido hegemónico, intolerante, racista y xenófobo de esa tendencia es demasiado evidente en el mundo de hoy. A las ya mencionadas corrientes unidimensionales en muchos ámbitos del campo académico que trata las cuestiones indígenas, se debe añadir ahora el carácter unipolar de la geopolítica mundial actual, que promueve un "nuevo orden mundial" basado precisamente en ese mismo paradigma.

32. Por esta razón, toda tentativa de explorar y entender las motivaciones, construcciones y aspiraciones de los pueblos indígenas con respecto a manifestaciones jurídicas tales como tratados, convenios y otros acuerdos consensuales, deben hacerse a la luz de lo que se ha calificado de "toma de conciencia epistemológica contemporánea", la que favorece una visión descentralizada de la cultura, la sociedad, el derecho y la historia.

33. A este respecto también se necesitan contribuciones científicas que partan de la base de que cada sociedad/cultura tiene su propia racionalidad y coherencia, en función de las cuales deben interpretarse sus modos de pensamiento y acción.

34. Huelga decir que esta toma de conciencia epistemológica contemporánea es un requisito previo necesario para alcanzar la dimensión pluralista que el Relator Especial considera inherente a su estudio, como ya indicó en su esbozo de 1988 y su informe preliminar de 1991 10/.

35. En su planteamiento inicial de las cuestiones fundamentales del estudio el Relator Especial ha procurado tener bien presentes ciertas corrientes renovadoras mucho más valiosas para su trabajo, que han servido de contrapeso a diversas deficiencias demasiado evidentes ya observadas en las esferas de la investigación antropológica e histórica. Se ha apoyado, por supuesto, en lo que se ha llamado antropología y etnohistoria críticas actuales. Parece pertinente resumir algunas características importantes de estas corrientes.

36. La antropología apareció como disciplina en la segunda mitad del siglo XIX con el fin de ocuparse de la unidad biológica de la humanidad y la diversidad -espacial y temporal- de los sistemas socioculturales. Desde el principio, su esfuerzo principal se ha dirigido a clasificar la multitud de sociedades y culturas con miras a facilitar su comparación.

37. Es evidente que en sentido amplio se puede entender que el término "antropología" se aplica no sólo a una disciplina académica -en la que la aportación occidental ha sido y es predominante-, sino también a la amplia variedad de discursos sobre la humanidad elaborados por tipos de civilizaciones muy diferentes, incluidas, desde luego, las civilizaciones indígenas. Efectivamente, la necesidad de entender y explicar los aspectos específicos de la vida sociocultural de la humanidad es universal y de ningún modo se explica por sí misma.

38. En principio, la antropología no excluye a ninguna sociedad o cultura. Sin embargo, por razones históricas, ha terminado por interesarse principalmente en las llamadas sociedades y culturas tradicionales -implícitamente no occidentales. Esta división de la labor científica ha sido objeto de críticas serias 11/.

39. Se debe tener presente que fue el fenómeno colonial el que puso a los pueblos europeos en estrecho contacto con otras culturas muy diferentes, convirtiéndose así en uno de los elementos más importantes que configura las condiciones históricas que condujeron al nacimiento de la antropología como instrumento encaminado a explicar la diversidad sociocultural.

40. Este legado del período colonial está aún muy presente en numerosos estudios en esta esfera y constituye el problema básico de la antropología académica, cuya sustancia está determinada y alimentada tanto por las condiciones históricas imperantes en el momento de su surgimiento como por la tradición e ideología intelectual occidental. A este respecto, cabe observar que la paradoja más notable de la antropología académica científica consiste, precisamente, en su pretensión de universalidad, cuando en realidad es parcial. Esto se debe al carácter inherentemente parcial de todas las concepciones antropológicas específicas formuladas por las sociedades vivas para conceptualizar su propia visión de la humanidad, de la sociabilidad humana y de la espiritualidad, así como del lugar de los seres humanos en la naturaleza.

41. El etnocentrismo -es decir, el juzgar o interpretar las otras culturas según los criterios de la cultura propia- es un fenómeno universal. Todas las concepciones de la humanidad son prácticamente etnocéntricas, aunque la tolerancia con respecto a lo "ajeno" efectivamente varía. Difícilmente se puede mantener que la antropología científica occidental sea intrínsecamente más tolerante de lo "ajeno" que los discursos de las culturas/sociedades tradicionales (sobre todo, las extraeuropeas).

42. En consecuencia, la validez de la pretensión de objetividad de la antropología académica y su supuesta capacidad de obtener una comprensión global y objetiva de funcionamiento de la sociedad y la cultura per se depende de si se tiene o no debidamente en cuenta, y se refleja críticamente, el etnocentrismo (y especialmente el eurocentrismo).

43. La antropología como disciplina es sin duda pertinente en este estudio. Su importancia se determina conjuntamente por lo que cabría denominar lados negativos y lados positivos de la antropología académica occidental. Algunos de sus aspectos negativos ya se han mencionado; otros se examinarán más adelante en el presente informe. Su aspecto positivo es que efectivamente puede servir de instrumento de conocimiento y reflexión crítica conducente a un análisis amplio y crítico de los elementos ideológicos de la concepción jurídica y cultural occidental y a una mejor comprensión de los sistemas jurídicos y políticos indígenas.

44. Los orígenes de la antropología académica estuvieron fuertemente caracterizados por esquemas evolucionistas monolineales que intentaron explicar los orígenes de las instituciones sociales y del progreso de las sociedades y culturas 12/. Esa fase inicial estuvo muy influida por el pensamiento francés e inglés de la Ilustración 13/ (en particular la idea de progreso) y se inspiró considerablemente en el conocimiento obtenido acerca de muchos pueblos diferentes desde la "era de los descubrimientos". También se basó abundantemente en el pensamiento darwiniano (en particular en el llamado darwinismo social), que sostiene que las formas de organización social evolucionan -al igual que los organismos biológicos- de estructuras simples a estructuras más complejas y además, pasan por un proceso de selección.

45. El pensamiento evolucionista utiliza diversos criterios de clasificación, los más difundidos de los cuales (sus raíces pueden encontrarse en el Espíritu de las leyes de Montesquieu, de 1748) conciben el desarrollo de la sociedad sobre la base de la evolución de las formas de subsistencia, partiendo de los pueblos primitivos (cazadores-recolectores) y culminando en la sociedad industrial moderna de consumo y ocio.

46. La teoría evolucionista trata de explicar no sólo las condiciones históricas diferentes en que viven los pueblos (etapas de la evolución), sino también la supuesta superioridad de la civilización europea occidental. Esto está unido a la idea de que lo que difiere de esta última es efectivamente lo que lo precede. Por esa razón, es legítimo insistir en que el evolucionismo clásico explica las diferencias socioculturales negándolas, puesto que se ocupa principalmente de explicar el atraso de las sociedades y culturas no occidentales.

47. Es más que evidente que los conceptos de evolución y progreso son utilizados para legitimar las tentativas de inducir a las llamadas sociedades atrasadas a colmar el desfase que las separa del modelo sociocultural europeo occidental. En este sentido, el evolucionismo clásico es indisociable del colonialismo, el neocolonialismo y una serie de políticas de asimilación 14/.

48. Ya antes del inicio del siglo XX las ideas de la antropología evolucionista clásica fueron severamente criticadas por varios círculos que, entre otras cosas, recalcaron la necesidad y las ventajas del trabajo de campo y la observación participante frente a los métodos de "gabinete" (especulativos) que caracterizaron la antropología inicial. Los trabajos clásicos de Franz Boas 15/ y, más tarde, Bronislaw Malinowski 16/ -fundadores de la antropología de trabajo de campo- aportaron a esta disciplina un nivel superior de metodología científica y contribuyeron mucho a profesionalizarla.

49. La antropología basada en el trabajo de campo surgió de dos escuelas clásicas: el relativismo cultural norteamericano y el funcionalismo británico. Ambas son pertinentes para este estudio, aunque también deberían ser consideradas críticamente.

50. El relativismo cultural ha exhortado a un estudio detallado y amplio de los rasgos individuales de cada cultura, incluida su historia específica. Así pues, implica un enfoque histórico particularista.

51. En la tradición clásica norteamericana, el fenómeno de la cultura -entendido a la vez como la suma total de todas las culturas vivientes y como un concepto operacional o abstracto- se considera como el tema de estudio principal de la antropología y también como un principio explicativo que puede justificar las variaciones de comportamiento en diferentes grupos humanos. Según el determinismo cultural, la cultura representa una variable primaria que estructura la vida humana. La continuidad de cada cultura viviente está asegurada doblemente: por medio de un proceso -enculturación- que lleva a sus miembros a ajustarse a las normas y valores dominantes y por medio de su coherencia estructural que permite la adaptación o el rechazo de lo que es incompatible con las normas y valores existentes. Desde este punto de vista, cada cultura aparece como el producto de un proceso histórico único.

52. Desde la perspectiva del antropólogo cultural, los fenómenos de conquista y dominación, especialmente el colonialismo, han tendido a ser abordados como problemas de conflicto cultural -opinión que ha sido objeto de muchas críticas porque no tiene en cuenta los conflictos de interés entre las clases o grupos.

53. Otro problema del relativismo cultural es su eurocentrismo no ilustrado, que sigue dominando a pesar de la afirmación del carácter específico de cada cultura o sociedad individual. Así, las diferencias culturales suelen ser filtradas a través de lo que se postula como aspiraciones y modos de comportamiento universales, aunque en realidad son sólo típicos de la sociedad y cultura occidentales. Un buen ejemplo lo constituye la figura del "hombre económico", basada en la imagen del empresario individualista orientado a la búsqueda del beneficio. Sobre la base de esta premisa, el principio de la

reciprocidad y la práctica de dar regalos se han considerado como ilustraciones primitivas de la economía de mercado dominante de la actualidad 17/.

54. En la antropología jurídica y política se encuentran problemas conceptuales y teóricos similares relacionados con el reduccionismo y el eurocentrismo (véase el párrafo 66 siguiente). Efectivamente, se debe recordar que ninguna subdisciplina o escuela de pensamiento puede pretender individualmente a poseer la verdad definitiva. También se debe recordar que la pretensión de poseer la verdad científica a menudo ha obedecido al objetivo de legitimar intereses creados. Ejemplos de ello son el papel desempeñado por la antropología en la administración colonial británica, la planificación de la hegemonía regional y el fomento de ciertas supuestas "estrategias de desarrollo" 18/.

55. Esto también se aplica, por supuesto, al segundo "ismo" que examinaremos aquí, el "funcionalismo". Si bien contribuye a una mejor comprensión -y a cierto respeto- de lo que durante mucho tiempo se consideró como exótico e irracional (por ejemplo, la brujería, los ritos asociados a jefes o reyes tradicionales, los sacrificios religiosos, los ritos de reciprocidad, etc.), el funcionalismo plantea el problema de una visión de equilibrio de la sociedad.

56. En términos generales, el funcionalismo considera la sociedad humana como un todo integrado, cuyos elementos, incluidos sus modos de interacción, deben ser investigados. En la antropología social, el funcionalismo se ha ocupado principalmente de las funciones que determinadas instituciones (incluidas las instituciones jurídicas), relaciones y comportamientos cumplen en los sistemas socioculturales.

57. Partiendo de esta premisa, el funcionalismo ha ayudado a establecer el carácter sistemático de las entidades sociales, así como algunas de las categorías básicas en que conceptualiza sus componentes (sobre todo las instituciones) y la posición del individuo en el grupo (su condición, papel, etc).

58. No obstante, insistiendo en el funcionamiento armónico de la sociedad en general, los funcionalistas han tendido a descuidar algunos aspectos cruciales de la vida social, particularmente el cambio con el tiempo. De hecho, el funcionalismo clásico británico ha sido muy criticado por su actitud ahistórica.

59. La antropología crítica, si bien es consciente de la contribución y la importancia del evolucionismo, el relativismo y el funcionalismo en el desarrollo de la disciplina (y, en este caso, a los efectos del estudio) también procura tener presentes sus bases ideológicas y su condicionamiento histórico. Efectivamente, es imposible concebir un marco para el estudio de los sistemas jurídicos y políticos indígenas sin hacer referencia a ninguna de estas tres teorías.

60. Con respecto al evolucionismo, se debe recordar que, aunque el carácter especulativo de su variante clásica ha sido muy criticado, la teoría evolucionista de por sí nunca ha caído en desuso. La pertinencia e importancia de tales intentos de sintetizar la historia de las culturas y sociedades humanas están por determinarse.

61. Un problema fundamental es que el punto de referencia o comparación requerido por cualquier modelo evolucionista siempre es la sociedad industrial moderna, con respecto a la cual se mide cualquiera otro tipo de sociedad -a menudo desfavorablemente. Lo que es familiar al investigador (que generalmente pertenece a la cultura dominante) sigue considerándose como lo que es "normal" y deseable. Esto es particularmente evidente en las decisiones políticas y judiciales (nacionales o internacionales) relativas a los pueblos indígenas (véase el capítulo III).

62. Por su parte, el funcionalismo y el relativismo son de importancia decisiva para la evaluación de los modelos de interpretación existentes en las esferas de la antropología jurídica y política.

63. En el funcionalismo se basa uno de los dos principales enfoques de la antropología jurídica, a saber: el de procedimiento frente al normativo. Por esta razón, y debido a que ha fomentado una concepción ampliada del derecho a nivel intercultural, merece un estudio más detenido. Además, el funcionalismo ha contribuido a una mejor comprensión de las formaciones políticas no centralizadas, en particular las denominadas sociedades segmentarias, que antes se consideraban como sociedades que no habían alcanzado ningún nivel de institucionalización política.

64. El funcionalismo parte de la base de que el derecho no se compone sólo de principios y normas abstractos, sino que abarca fenómenos concretos que pueden entenderse por la observación directa. También insiste en la interdependencia entre el derecho y todas las otras esferas de la organización sociocultural.

65. Por otro lado, el relativismo reviste una importancia decisiva en este contexto porque de su premisa básica -el respeto por otras culturas- rara vez se deduce su consecuencia lógica -el respeto por otras culturas en todas sus posibles manifestaciones. De hecho, aunque a la antropología cultural se le puede atribuir el mérito de haber establecido un concepto de la cultura operativo y global, los encargados de formular políticas casi siempre vuelven fatalmente a la noción más restrictiva de cultura como educación estética. De ahí el predominio -y la patente insuficiencia- de las políticas del antropólogo cultural que postulan la tolerancia ante la diversidad cultural en relación con ciertas cuestiones que afectan a los pueblos indígenas (por ejemplo, en la enseñanza de los idiomas indígenas), pero no ante otros elementos fundamentales de la vida de los indígenas (como los modos de tenencia de tierras, la gestión independiente de sus propios recursos y el pleno reconocimiento de la organización política indígena).

66. La antropología política se ocupa de las formas políticas de organización de las sociedades "primitivas" que (se da a entender) no han llegado a la condición de Estado o que han sido transformadas o destruidas por el impacto

de la sociedad occidental moderna. Desde un punto de vista menos parcial sin embargo, parece legítimo no sólo estudiar las formaciones políticas no estatales por ellas mismas -aunque sólo sea para medir la creatividad política de la humanidad-, sino también poner en duda la idea de que la condición de Estado es el destino final de las sociedades humanas.

67. La cuestión del surgimiento y la evolución del Estado constituye el núcleo de la antropología política. Hay dos enfoques básicos, fundados respectivamente en una evaluación positiva o negativa del Estado. El primero ciertamente es el más difundido.

68. Generalmente la antropología jurídica 19/ se entiende como una síntesis de las teorías inspiradas tanto por la tradición continental, en que el derecho equivale a normas escritas explícitas generalmente reunidas en forma de códigos, como por la tradición anglosajona menos rígida de un derecho consuetudinario basado en precedentes. Cada una de estas tradiciones ha dado origen a lo que puede considerarse como una filosofía específica del derecho. La tradición normativa considera el conflicto como algo patológico y sostiene que una sociedad, para perpetuarse, necesita un sistema de reglas y sanciones centralizado. A la inversa, la tradición del derecho consuetudinario da prioridad al arreglo de las disputas mediante la cooperación y la defensa de los intereses particulares.

69. Es la tradición normativa con su insistencia en normas de derecho escritas la que ha estado menos abierta a las cuestiones interculturales -aunque existen algunas importantes obras antropológicas que parten de la definición del derecho como un sistema de control social basado en sanciones 20/. No obstante, éste es un enfoque restrictivo, puesto que el reducir el derecho a una recopilación de normas abstractas y la necesidad de sanciones, aunque es típicamente occidental, no es necesariamente lo normal en todos los países del mundo 21/. Tal vez sea útil decir a este respecto que una evaluación de las tradiciones europeas del derecho no escrito a la luz del derecho "primitivo" probablemente desembocaría en más de una idea interesante, particularmente en lo relativo a instituciones como la familia y el matrimonio 22/.

70. El funcionalismo anglosajón ha contribuido a un enfoque más matizado, iniciado por Malinowski, quien puso en duda la idea de que el derecho podía reducirse a sanciones dimanantes de una autoridad central; en su opinión, el derecho debe definirse por su función dentro del sistema social. Un concepto importante en este sentido es el de la reciprocidad: la sociedad es posible porque se basa en relaciones de obligaciones mutuas que vinculan a sus miembros, antes que en la obligación y el empleo de la fuerza 23/.

71. Esta opinión ha dado lugar al enfoque de procedimiento y el método de casos, basados en el análisis de las situaciones de conflicto cuando el sistema jurídico está en funcionamiento y se pone de manifiesto. Sin embargo, este enfoque tiende a ser reduccionista puesto que difícilmente se puede equiparar el derecho con el arreglo de disputas. Además, a menudo se han dejado de lado problemas históricos, como el enfrentamiento de sistemas jurídicos como consecuencia del colonialismo.

72. De este modo, la tendencia más reciente en este ámbito ha intentado sintetizar ambas teorías. Dentro de este marco sintético la cuestión del pluralismo jurídico es un elemento básico: en la mayoría de los contextos de investigación existen otras formas de derecho además de la forma escrita oficial (generalmente la del Estado), y los conceptos jurídicos no oficiales suelen soslayarse.

73. Baste observar con respecto a la diversidad de teorías sobre el pluralismo jurídico que el problema principal no parece residir en el pluralismo como tal (que es un fenómeno universal), sino en el hecho de que el Estado lo niega, porque tiende a monopolizar el derecho y, particularmente, porque se abroga la potestad de ser el único protector de los grupos y del individuo. Los resultados de esta función asumida por el Estado varían ampliamente.

74. El caso de las antiguas colonias europeas es bastante pertinente en cuestiones de pluralismo jurídico. Por un lado, es sabido que el derecho europeo fue parcialmente transformado al ser transportado a otros lugares. Por otro lado, aunque el derecho de la metrópoli resistió a la influencia de las normas y del derecho consuetudinario autóctonos, no pudo imponerse totalmente en las colonias sino que requirió una adaptación. Las tentativas de diversos países de reinterpretar el derecho consuetudinario sobre la base del derecho del Estado europeo importado (e impuesto) ofrecen así la sustancia del pluralismo jurídico.

75. Dados los objetivos asignados a este Estudio, un reto considerable es llegar a entender los sistemas jurídicos de entidades distintas del Estado moderno. Como es imposible sostener un concepto de "derecho" válido universalmente, el enfoque en que se destaca el fenómeno del derecho ha demostrado ser el más fructífero. Para Rouland, lo fundamental no es ni siquiera el derecho en sí, sino los llamados procesos de juridización, puesto que la etnografía ha demostrado que "el ámbito jurídico es esencialmente diverso y que su dimensión y naturaleza dependen de las logiques fondatrices propias de cada sociedad" 24/.

76. El reconocimiento de la diversidad de esas logiques fondatrices debe considerarse en el contexto de dos universales: que todas las sociedades tienen un sistema de derecho (cualesquiera que sean sus elementos) y que todas las sociedades son racionales (como quiera que se defina esta racionalidad). De ahí la necesidad de relativizar el mito de la "anarquía primitiva" ("sans roi, ni loi ni foi"), ya sea vista como "edad de oro" -como lo hizo la cultura de la Ilustración francesa- o como estado de "warre" en la visión de Hobbes.

77. En tanto que la antropología política ha fomentado la reflexión sobre la evolución y el destino del Estado, la antropología jurídica ha puesto en duda que se pueda reducir del estado del derecho al derecho del Estado. De ahí la importancia de ambas disciplinas para cuestiones que son particularmente pertinentes en este estudio y en la labor del Relator Especial dirigidas a lograr una mejor comprensión de los sistemas políticos y jurídicos indígenas,

en particular, las formas tradicionales de contraer obligaciones, ejercer la autoridad social e interpretar sus propias normas y costumbres, y las disposiciones de los tratados y otros instrumentos jurídicos.

78. Hay diversas tipologías que tienen el mérito de mostrar inmediatamente las características principales de los sistemas jurídicos o políticos indígenas. Sin embargo, su inconveniente es que, al ser la mayoría de las veces implícitamente evolucionistas, requieren un vasto comentario crítico 25/. Por otra parte, en esta esfera existe un consenso acerca de ciertas características fundamentales de las sociedades tradicionales que no constituyen Estados. Este consenso brinda orientación al menos en el examen general del tema.

79. Ante todo, dado que los instrumentos comprendidos en el mandato del Relator Especial han puesto en contacto a sociedades muy diferentes, se debe plantear y tener seriamente en cuenta la cuestión de la aculturación jurídica y política.

80. Partiendo de esta premisa y dado que los conocimientos sobre el sistema dominante basado en el Estado ocupan un lugar prevaleciente, merecen un examen atento las concepciones indígenas concretas del tiempo y el espacio, del individuo y del grupo, y de su relación con la tierra y, últimos en orden pero no en importancia, el significado y el papel de la autoridad y el derecho.

81. Con respecto a la aculturación jurídica y política, de lo que se trata en esta etapa no es de ver en qué medida y bajo qué condiciones -si ha sucedido- el derecho dominante ha acogido las formas tradicionales de organización 26/, sino cuáles son las diferencias entre las ideas indígenas sobre estas cuestiones y las de la sociedad occidental moderna basada en el Estado.

82. Son dignos de mención y de un breve análisis varios grupos fundamentales de diferencias. En primer lugar, las diferencias se refieren a la noción de individualidad. Definiendo al individuo con respecto al grupo a que pertenece, la antropología tradicional parte del principio de que los grupos sociales -en particular los básicos, como los de parentesco o de edad- preexisten al individuo y también son más permanentes. A la inversa, la modernidad ve al individuo como unidad fundamental y punto de referencia de toda agrupación social.

83. Por la misma razón, la sociedad moderna puede percibir al individuo como hacedor del derecho, afirmando así el poder de la humanidad sobre el derecho (como resultado, particularmente, de un centenario proceso de secularización). En cambio, las sociedades tradicionales tienden a considerarse heterónomas, según la formulación de Augé 27/: conciben un orden ideal instituido por un ser no humano (una deidad o un ser espiritual) y afirman que su fundamento está fuera de la sociedad misma, de ahí la imposibilidad de una división entre el mundo visible y el mundo invisible, así como el predominio de la costumbre en su sentido preceptivo -la repromulgación, de generación en generación, de lo que se considera ser verdad porque ha superado la prueba del tiempo.

84. Por consiguiente, el concepto del tiempo es otro elemento importante que distingue las teorías modernas sobre la humanidad de las tradicionales, especialmente el papel atribuido a los mitos que consiste en hacer que el mundo sea inteligible (o en "prefigurarlo") por medio de clasificaciones basadas en metáforas y analogías. Aquí el respeto a la tradición expresa la idea de tiempo indiviso. Efectivamente, la noción de progreso heredada de la filosofía ilustrada occidental se basa en la aserción de que el pasado es diferente del presente y el futuro y el futuro es intrínsecamente mejor que el pasado y el presente. Sin embargo, y por razones más que obvias, estas nociones distan de ser evidentes y aún tienen que ser aceptadas por muchos pueblos indígenas.

85. Otras diferencias pertinentes para el estudio se refieren a los modos de organización social. En muchos casos -además de los posibles intereses creados- el carácter difuso de la organización indígena jurídica y política y la multifuncionalidad de las acciones, papeles e instituciones concretos han conducido a los observadores y formuladores de políticas no indígenas a subestimar o interpretar mal la finalidad y racionalidad de la sociedad indígena, especialmente en los casos que no admiten analogías fáciles. Asimismo, al haber pocos equivalentes para términos como "derecho" y "jurídico" en los 10.000 (o más) sistemas jurídicos de existencia probada, se ha permitido que persistan durante demasiado tiempo las nociones de "inherente carácter ajurídico" y "vacío institucional" de la sociedad indígena.

86. Aunque efectivamente es difícil en muchos casos llegar a una clasificación bien definida y establecer distinciones, es posible indicar algunos principios generales que ayuden a diferenciar las formas tradicionales de organización social de las modernas.

87. En términos estructurales, la relación de parentesco es fundamental: su terminología es el lenguaje en que los pueblos indígenas expresan una gran parte de sus relaciones sociales. Las relaciones de parentesco se consideran principalmente desde el punto de vista de la descendencia, la alianza (el matrimonio) y el sexo. La combinación de estos tres factores, que determina la posición genealógica de cada individuo, puede variar. En el contexto de este estudio el aspecto pertinente es que el parentesco constituye un sistema de normas, representaciones y modos de comportamiento para construir sistemas de solidaridad. En cuanto a los grupos de parentescos, se debe recalcar que cumplen una o más funciones -económicas, políticas o religiosas- que trascienden las relacionadas con el parentesco mismo 28/.

88. Se debe observar que desde el punto de vista del individuo, la sociedad tradicional no occidental fomenta la pertenencia a más de un grupo en virtud del sistema de descendencia practicado en un contexto dado. La descendencia equivale a la transmisión de la pertenencia a un grupo y determina las reglas según las cuales una sociedad asigna posiciones de parentesco a sus miembros -proceso que hay que distinguir de la transmisión de posiciones sociales (es decir, la función de jefe) y de bienes.

89. En relación con los grupos corporativos, se hace una diferencia general entre grupos definidos exclusivamente por la descendencia y grupos fundados en la descendencia y la territorialidad. Los conceptos tradicionales de territorialidad y uso de la tierra son así otro aspecto digno de ser examinado.

90. A menudo se ha dicho que los pueblos indígenas ignoran las nociones de apropiación o enajenación de la tierra. En efecto, al examinar las formas indígenas de ocupación y uso de la tierra se debe explicar el predominio del principio de tutela de la tierra sobre el de propiedad de la tierra (en el sentido jurídico admitido) -sin por ello sucumbir a vagas referencias a un "comunismo primitivo".

91. Si bien las culturas y sociedades tradicionales tienden a sacralizar y socializar la tierra (mientras que la modernidad la considera como un mero producto básico), cabe recalcar que la ausencia de un sistema de parcelas privadas no equivale a alguna forma de colectivismo primitivo. Este último término es demasiado impreciso (y está demasiado influenciado por el primer pensamiento evolucionista) como para expresar las complejas modalidades del uso de la tierra por los indígenas.

92. El predominio de la dimensión social en los modos de uso de la tierra explica más bien la existencia de sistemas flexibles en términos de adaptación ecológica, pero que han sido vulnerables a la conquista y apropiación extranjeras. Por ejemplo, al faltar las relaciones contemporáneas de propiedad, era relativamente fácil para el colonizador (o más recientemente el intruso) afirmar que la tierra no pertenecía a nadie. Las modalidades de uso estacional de la tierra se han prestado a ese tipo de pretensiones.

93. Sin embargo, en la mayoría de los sistemas tradicionales, aunque el hecho de no utilizar la tierra puede justificar que se retire ese derecho (derivativo) al individuo, esto no implica que el grupo que la controla renuncie a sus derechos (originales). Lo cual significa que existen derechos individuales pero que su ejercicio depende de la posición del individuo dentro del grupo. Del mismo modo, incluso los forasteros pueden tener acceso a la tierra en ciertas condiciones, aunque esto generalmente es reversible.

94. Contrariamente a las nociones occidentales de propiedad de la tierra, las sociedades tradicionales tienden a modelar sus formas de uso de la tierra de acuerdo con sus relaciones sociales. Así, no conciben (como en la legislación occidental moderna) un vínculo objetivo entre el dueño y la propiedad 29/. Contradice aún más esta concepción la relación espiritual que para casi todos los pueblos indígenas existe entre los seres humanos, el mundo natural y el mundo sobrenatural.

95. Por último, debido al carácter bilateral de los instrumentos jurídicos objeto del estudio, habría que tener en cuenta a este respecto el principio de la reciprocidad (entendido como la entrega de un contravalor). Para Richard Thurnwald 30/, uno de los fundadores de la antropología jurídica, la reciprocidad es un principio esencial del derecho 31/.

96. Hablando en general, la reciprocidad es un intercambio y expresa al mismo tiempo unidad y división: crea una relación entre personas o grupos, a la vez que identifica a estos últimos como miembros separados de esa relación 32/. Los principales ámbitos de la investigación en los que se ha utilizado el concepto son la organización económica y el matrimonio. En el primer caso se ha confrontado la reciprocidad con la redistribución (que implica centralización) y con el intercambio de mercados (que implica establecimiento de precios) 33/, o se la ha concebido por grados 34/.

97. Los sistemas jurídicos y políticos indígenas deben entenderse a la luz de estas características principales y de otras que el Relator Especial examinará con más detenimiento y tomará en consideración en las conclusiones de su informe final. La aculturación jurídica y política plantea un problema precisamente debido a las incompatibilidades fundamentales entre las formas de organización social tradicionales y modernas. Otro ejemplo más pertinente a este respecto es la manera en que se organiza el liderazgo en las sociedades tradicionales.

98. En general, se puede distinguir entre sociedades basadas en el rango, dirigidas por ancianos u "hombres grandes", en los que grupos de descendencia corporativos desempeñan un papel fundamental, y las sociedades basadas en la estratificación, caracterizadas por fuertes diferencias en la atribución de poder y riqueza entre los grupos constitutivos y a menudo dirigidas por reyes hereditarios. Ambas se confrontan a su vez con las denominadas sociedades igualitarias, en que la autoridad está relacionada con el mérito y es ejercida por algún primus inter pares, o en que el liderazgo se limita a determinadas funciones (por ejemplo, jefe de guerra o sacerdote).

99. Entre estos tipos de sociedades definidos a grandes rasgos, las sociedades estratificadas tradicionales presentan más claramente que las otras dos instituciones y divisiones políticas, al menos para el observador no indígena. Por otra parte, difieren del Estado moderno por la manera en que definen y legitiman el poder político; este último suele estar fuertemente impregnado de ritualidad y justificado en términos religiosos.

100. A los efectos del presente estudio revisten especial interés las sociedades igualitarias y las basadas en el rango: las primeras no sólo porque ponen a prueba diversas ideas preconcebidas, sino también porque hoy día experimentan dificultades particulares. Bajo el dominio colonial, las sociedades de tipo primus inter pares sufrieron muchas presiones hasta el punto de que su existencia e independencia política se vio negada por falta de estructuras de gobierno reconocibles en los términos dominantes. Tampoco se concluyeron con ellas tratados -u otros instrumentos relacionados con el estudio-, al menos según consta en las investigaciones realizadas hasta el presente.

101. Con respecto a su situación presente cabe recordar que a esta categoría pertenecen los pueblos recolectores. Su condición jurídica es hoy bastante incierta (es lo menos que puede decirse) en algunos Estados de varias partes del mundo.

102. Las sociedades jerarquizadas, por su parte, son especialmente pertinentes para este estudio no sólo porque abundan entre las poblaciones indígenas que celebraron tratados con las Potencias europeas sino también porque plantean cuestiones interesantes acerca de la organización jurídica y política en general. Estas sociedades reflejan también el tipo de relaciones que mantenían desde tiempos inmemoriales con otras culturas/sociedades similares o dispares, lo que a su vez aclara prácticas y nociones indígenas sobre la celebración de tratados.

103. Por ejemplo, con respecto al aspecto interno mencionado anteriormente, en la mayor parte de las sociedades jerarquizadas el poder y la riqueza mantienen una relación dialéctica que permite tanto un considerable control social sobre los que ejercen la autoridad como una flexibilidad estructural general. En efecto, el principio de reciprocidad es de importancia crucial aquí: los puestos de autoridad se definen mediante relaciones de intercambio y, por tanto, son intrínsecamente móviles. El ejercicio del poder comporta también la generosidad material que es un remedio eficaz contra la posible acumulación de la propiedad que puede llevar a la explotación 35/.

104. Todos estos aspectos de las formas tradicionales de organización permiten definir la manera en que los pueblos indígenas mantenían habitualmente relaciones entre sí. No cabe duda de que este es el elemento más importante para comprender mejor los puntos de vista de los indígenas sobre las obligaciones derivadas de tratados. Desgraciadamente no se dispone de mucha bibliografía antropológica sobre el tema; los especialistas en la materia tendieron a conceder mayor importancia al funcionamiento interno de las sociedades y culturas que estudiaron.

105. La cuestión se complica aún más por el hecho de que la historia indígena está por escribir. Por ello hay que utilizar enfoques indirectos, por ejemplo, detectando las similitudes y las diferencias entre el principio de reciprocidad y las relaciones contractuales; otra posibilidad sería abordar la resolución de conflictos o, llegado el caso, el recurso a las armas (concebida como una reciprocidad negativa).

106. Al respecto, los siguientes aspectos merecen un análisis pormenorizado: a) los aspectos del protocolo indígena relativos a los encuentros y tratos con extraños, que rara vez han sido abordados en detalle (relativos a las formalidades necesarias para entablar relaciones con otras entidades); b) formas indígenas de alojar a los extraños o los recién llegados, de las que hay algunos ejemplos interesantes más allá de la consabida historia de los indígenas americanos que salvaron de la muerte por inanición a los primeros peregrinos desembarcados en sus tierras (relativo al objeto de los documentos jurídicos resultantes de estos contactos); y c) la concepción del tiempo en las culturas tradicionales, especialmente el principio de fidelidad al pasado (en términos de cumplimiento, por parte de los indígenas, de todas las obligaciones debidamente establecidas).

107. Sin duda es esta concepción del tiempo -según la cual acuerdos firmados en algún momento del pasado (o que se celebrarán en el futuro) se han transmitido o se transmitirán, sobre todo verbalmente, de una generación a otra- lo que nos permite reconstruir o prever los objetivos y la interpretación de esos acuerdos. En suma, hay que revisar el principio del derecho intertemporal y eventualmente reconstruirlo -y de esta forma ampliarlo y relativizarlo- en una forma no eurocéntrica.

108. En otros contextos se ha demostrado que los tratados y otros acuerdos internacionales se prestan a manipulaciones. La historia colonial de la América indígena es un buen ejemplo ^{36/}, puesto que, casi siempre, la firma de tratados se utilizó como medio para la colonización y el asentamiento subsiguiente de europeos. Se han hecho observaciones similares con respecto a los primeros contactos de los europeos con las autoridades locales autóctonas en Africa.

109. Por regla general, el carácter virtualmente manipulador y la importancia estratégica de los tratados y de otros instrumentos están especialmente vinculados, aunque no exclusivamente, con la relación desigual que surge entre los pueblos indígenas y las Potencias europeas. Por lo menos en teoría, la realización de un tratado exige cierto tipo de reconocimiento de la igualdad de las partes. Prueba de ello es que las Potencias europeas (o sus sucesores) comenzaron a prescindir de los tratados cuando se sintieron superiores, especialmente en lo militar, a menos que los consideraran expeditivos o necesarios para establecer alguna forma de acuerdo con los pueblos no europeos, en particular para establecer "derechos" y prioridades con respecto a las Potencias europeas competidoras. En el capítulo III volveremos a abordar este aspecto.

110. En relación con los primeros instrumentos tendríamos que saber más acerca de las reacciones de los pueblos indígenas. Es de especial interés el saber cómo se consideraban, desde la perspectiva de las relaciones indígenas con los extraños o los recién llegados, las propuestas y el proselitismo político europeos. La importancia actual de estas percepciones indígenas no debería subestimarse ni con respecto a los instrumentos existentes ni a los que pudieran surgir en el futuro.

111. Buscar respuestas a preguntas como ésta y otras similares implica (re)escribir la historia desde el punto de vista de los pueblos indígenas, algo sobre lo que todavía queda mucho por hacer. En antropología, los problemas de método e interpretación así planteados fueron abordados -no siempre en la forma más pertinente ni tampoco la más objetiva- en el marco de la etnohistoria.

112. En términos generales la etnohistoria combina la problemática antropológica con el método histórico. Para algunos la etnohistoria es un complemento de la antropología: nos permite comprobar la inexactitud de los datos históricos aportados por individuos que ignoraban las culturas indígenas mediante la comparación con documentos publicados por etnólogos profesionales e identificar con precisión una cultura dada o reconstruir las migraciones

debidas a circunstancias diversas, entre ellas la presencia europea. De este modo se ha utilizado la etnohistoria para agregar una dimensión histórica a la antropología clásica que con frecuencia ha sido criticada por su carácter ahistórico.

113. Otra dimensión de la etnohistoria es el intento de aportar un testimonio sobre la forma en que los pueblos indígenas conciben su propia historia, incluida la tradición oral y el mito, así como la función fundamental de los ancianos y los líderes tradicionales en la transmisión y la interpretación de este conocimiento histórico. Muy cerca de esta posición, por lo menos en teoría, están las historias escritas para corregir las imprecisiones de una historiografía injusta o racista 37/ y las historias de vida 38/. Este tipo de etnohistoria le debe mucho al relativismo crítico, en especial a la idea de que hay muchas formas de escribir la historia 39/.

Capítulo III

LOS PRIMEROS CONTACTOS: LOS PUEBLOS INDIGENAS, EL EUROCENTRISMO Y EL DERECHO DE GENTES 40/

114. En el capítulo precedente, el Relator Especial examinó una serie de enfoques conceptuales en los ámbitos de la investigación histórica y antropológica que hacen que sea difícil para los observadores no indígenas comprender clara y completamente las culturas/sociedades indígenas; en particular sus instituciones políticas y jurídicas.

115. El presente capítulo tiene dos objetivos. En primer lugar, se tratará de evaluar la importancia fuera del mundo académico de los enfoques básicamente eurocentristas y deformantes que acusaron a las sociedades indígenas de "inferioridad", "atraso" y "carencia de institucionalización".

116. Esto es absolutamente necesario, ya que en distintos períodos históricos estas ideas se convirtieron en estereotipos de la opinión generalizada del momento que influyeron en pensadores políticos, legisladores, autoridades públicas, árbitros y jueces. De este modo contribuyeron con demasiada frecuencia a la racionalización y justificación de cierto número de conceptos jurídicos, instituciones jurídicas, disposiciones legislativas y decisiones nacionales e internacionales. Las investigaciones realizadas hasta ahora indican que todos estos elementos han influido en el proceso histórico que ha llevado, en la actualidad, a discriminar a los pueblos indígenas y a privarlos de sus derechos.

117. En segundo lugar, el Relator Especial ha considerado necesario investigar el carácter de las relaciones jurídicas formales resultantes de los primeros contactos entre las sociedades indígenas y no indígenas.

118. Esto se llevará a cabo con el objeto no sólo de estimar el valor jurídico actual (cualquiera que sea) de los instrumentos jurídicos "históricos" que rigen estos contactos, sino fundamentalmente con el fin de poder evaluar -a la luz de las experiencias obtenidas mediante su aplicación (o la falta de ella)-, en una etapa posterior de su labor, la utilidad potencial de las relaciones jurídicas formales para fomentar mejores relaciones entre interlocutores tan dispares.

119. Sin embargo, para ser justos con la antropología inicial -que surgió mucho más tarde-, estos estereotipos se remontan a los primeros contactos entre los pueblos indígenas y los colonos. Este comportamiento está ampliamente documentado en la bibliografía teológica, histórica y jurídica. No es difícil percibir que en cada período histórico y en todas las regiones todos persiguieron la misma finalidad: justificar la preeminencia de la cultura dominante sobre la indígena y disimular -aunque no con demasiada sutileza- los intereses de los conquistadores.

120. Por ejemplo, cuando a mediados del siglo XVI se dieron a conocer las mantanzas generalizadas de los pueblos indígenas cometidas por los conquistadores, Carlos V convocó un consejo de juristas para debatir los derechos y deberes de España en el Nuevo Mundo. En un debate celebrado en 1550 Ginés de Sepúlveda, uno de los participantes, que defendía la conquista de las naciones indígenas, no vaciló en calificar a los aztecas "estúpidos, ineptos, salvajes, crueles, paganos e inmorales" lo que los convertía en "esclavos naturales". 41/

121. A comienzos del siglo XVII Samuel Purchas, el inglés que fomentó la colonización de lo que hoy es el Estado de Virginia en los Estados Unidos de América, consideraba a los pueblos indígenas de la región como "más brutos que las bestias que cazan, más salvajes e inhumanos que ese país inhóspito que recorren más que habitan; sometidos también a la tiranía de Satán con devoción demente... [y] maligna pereza; ocupados en actos de crueldad sangrienta" 42/.

122. En su mensaje al Congreso pronunciado en 1828, John Quincy Adams, Presidente de los Estados Unidos, se quejó con amargura de que después de haber enseñado a las naciones indígenas "el arte de la civilización y la doctrina de la cristiandad... [las encontramos] en medio de [nuestras] comunidades reclamando su independencia y exigiendo la soberanía sobre territorios correspondientes a los miembros de nuestra propia Unión" 43/.

123. Estas reacciones frente a las otras culturas y la idea de que su "atraso" exige la "buena labor de la civilización" se pondrán de manifiesto en años posteriores, cuando las Potencias europeas decidan imponer cierto orden en su pugna respectiva por apropiarse de Africa.

124. El Comité de Redacción de la Conferencia de Berlín sobre Africa de 1885 se creyó obligado a declarar "la necesidad de garantizar la preservación de los aborígenes, el deber de ayudarlos a alcanzar una condición política y social superior, la obligación de instruirlos e iniciarlos a las ventajas de la civilización". El Acta Final de la Segunda Conferencia sobre Africa (Bruselas, 1889-1890) declaró que las Potencias europeas tenían el "deber" de "llevar la civilización [a las tribus autóctonas] y eliminar definitivamente las costumbres bárbaras, como el canibalismo y los sacrificios humanos..." 44/.

125. Una y otra vez se ha hecho hincapié en el contraste entre el "salvajismo" indígena y la ilustración de los conquistadores no indígenas, "elegidos de Dios". Las teorías políticas -con frecuencia aplicadas también a otros pueblos "inferiores" no indígenas- se elaboraron apoyándose en esta idea.

126. El profesor Glen Morris señala acertadamente que la filosofía política del "Destino manifiesto" es un buen ejemplo de ello. Otro caso típico que refleja las ideas de sus partidarios es el de Thomas Hart Benton, Senador de los Estados Unidos de América, quién proclamó en 1846 que los blancos "eran los únicos que habían recibido la orden divina de dominar y poblar la tierra" y que los pueblos indígenas no tenían derecho a la tierra en América porque habían sido creados para ser usados por las "razas blancas... de acuerdo con las intenciones del Creador" 45/. Hace más de un siglo que John Winthrop, el

primer Gobernador colonial de Massachusetts, utilizó la Biblia para justificar su pretensión jurídica de que si los nuevos colonos dejaban tierra "suficiente" a los pueblos indígenas para su uso, podían quedarse "legalmente" con el resto 46/.

127. Estos estereotipos tuvieron muchas consecuencias prácticas para los pueblos indígenas en todas partes. En múltiples ocasiones se tradujeron en normas jurídicas que, en la práctica, los redujeron a la esclavitud (por ejemplo, las encomiendas y los repartimientos impuestos por los españoles), los echaron por la fuerza de sus tierras ancestrales (como la Removal Act (Ley de expulsión) de 1830 en los Estados Unidos) o tuvieron por objeto destruir los sistemas económicos y políticos tradicionales de los indígenas y les denegaron en forma unilateral los derechos a la tierra oficialmente reconocidos y otros derechos (como en los Estados Unidos con la General Allotment Act (Ley general de asignación de tierras) de 1887, conocida también como la Dawes Severalty Act (Ley de Dawes para la entrega de lotes de tierra a las familias indias).

128. Basándose en estos criterios eurocéntricos y discriminatorios, se elaboraron y adaptaron (tanto en derecho interno como en internacional) conceptos e instituciones jurídicos tales como "descubrimiento", "ocupación efectiva", "terra nullius", "protectorado", "naciones internas dependientes", "función tutelar de los Estados civilizados sobre los aborígenes", "tutela", "custodia", "pupilaje", "fideicomiso", etc., con el único propósito aparente de dar al menos cierta "autoridad" jurídica a los intereses económicos/políticos de la cultura/sociedad dominante.

129. La jurisprudencia nacional, particularmente en la zona de lengua inglesa de América del Norte, ofrece numerosísimos ejemplos de ello. En una sentencia pronunciada en 1831 que sentó precedente, el Presidente del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, John Marshall, acuñó la expresión "naciones internas dependientes" para describir la condición jurídica de las naciones indígenas que vivían en el territorio de los Estados Unidos. Llegó incluso a decir que aunque estaban "en posesión" de ciertas tierras, eran "pupilos" y su relación con los Estados Unidos se asemejaba a la del pupilo con su tutor 47/.

130. En un fallo más reciente (1990), esta vez del Tribunal Supremo de Columbia Británica, Canadá, se demuestra claramente que los criterios etnocentristas muy enraizados en Occidente todavía forman parte, en gran medida, del razonamiento utilizado en el sistema judicial actual con respecto a las forma de vida indígena. En los considerandos de la sentencia, el Presidente del Tribunal honorable Sr. Alan McEachern, declaró: "Los antepasados de los demandantes [Gitksan y Wet'sutwet'en] no tenían lengua escrita, ni caballos, ni vehículos con ruedas, la esclavitud y el hambre eran habituales, las guerras con los pueblos vecinos eran frecuentes y no cabe duda, para citar a Hobbs [sic], que la vida aborígen en el territorio era, en el mejor de los casos, "insufrible, brutal y breve" 48/.

131. Desde el comienzo, para los españoles y los portugueses instalados en América, estos conceptos de "sociedades inferiores" llevaron a una dominación colonial total, a la imposición de instituciones jurídicas europeas a los pueblos indígenas (con las necesarias adaptaciones a un medio diferente y la debida consideración de los intereses particulares de quienes gobernaban el lugar). En muchos casos esto llevó también a una exterminación rápida de numerosas naciones indígenas (como las que habitaban lo que hoy son Cuba, Haití y la República Dominicana). Sólo en muy raras ocasiones, específicamente en las regiones australes remotas de Sudamérica, los nuevos señores consideraron que era necesario negociar acuerdos con los pueblos autóctonos.

132. Una diferente situación se produjo con los británicos y los franceses instalados en América del Norte. Cierta número de factores obligaron o urgieron a los recién llegados a, establecer relaciones jurídicas con las naciones indígenas muy poco después de los primeros contactos. Por otra parte, los colonizadores europeos llegaron a zonas de la costa oriental de América del Norte que no estaban poco pobladas y, por lo tanto, sus habitantes mostraban un notable grado de cohesión, organización y destreza militar. Para poder sobrevivir los frágiles enclaves europeos tenían la imperiosa necesidad de entablar relaciones pacíficas, en la medida de lo posible, con los habitantes originarios de estas regiones.

133. Por otra parte, la competencia entre británicos y franceses por la obtención de nuevos territorios para sus respectivos imperios llevó a estas dos Potencias europeas a tratar activamente de ganar el apoyo indígena para oponerse a sus respectivos competidores 49/. Los indígenas americanos protegían a las colonias europeas frente a otros colonizadores no indígenas así como frente a las naciones indígenas hostiles. El carácter mismo de los intereses europeos en esa primera fase, principalmente comercial (sobre todo el comercio de las pieles), hizo que estas relaciones jurídicas se convirtieran en una necesidad práctica. En más de un momento de la historia las naciones indígenas fueron las que mantuvieron el equilibrio del poder en la lucha que se desarrollaba entre los diversos proyectos coloniales europeos en esa parte del mundo.

134. Además, esa misma competencia colonial y la necesidad de legitimizar sus respectivas reivindicaciones territoriales en el "Nuevo Mundo" frente a las otras Potencias, de conformidad con las normas jurídicas europeas del momento, concedían una particular importancia a las relaciones jurídicas oficiales con los habitantes originarios de América. En una etapa posterior las Potencias coloniales europeas iban a hacer lo mismo con idénticos objetivos en otras regiones como Oceanía y Asia, ya fuera directamente o por intermedio de compañías creadas mediante concesión real.

135. Como bien ha señalado el profesor Howard Berman, había cuatro conceptos jurídicos medievales, anteriores a los contactos de los europeos con los indígenas americanos, que podían fundamentar -en el ambiente jurídico europeo de aquellos primeros contactos- los derechos reivindicados en las regiones recientemente "descubiertas": la conquista, el acuerdo o la cesión, la

"donación" papal y la ocupación original ("descubrimiento"). De ellos los dos últimos constituían "las reivindicaciones basadas en los argumentos más frágiles y tenues... [puesto que] equivalían a poco más que una declaración manifiesta de parte del Estado europeo que la pronunciaba de que sus rivales tenían que desistir... [en tanto que] la conquista y las relaciones entabladas mediante acuerdo... manifestaban la práctica actual de los Estados" 50/.

136. Ninguno de estos conceptos jurídicos medievales -prosigue Berman- podía conducir a una aceptación automática por parte de las otras Potencias rivales pero debía considerarse "más como un argumento para el reconocimiento de los derechos de exclusividad, en función de la aceptación de estas reivindicaciones por parte de los Estados rivales". La misma fuente nos recuerda que en el siglo XVI "los Estados sólo aceptaban excluirse de las posibilidades del comercio o la colonización, de aceptarlo si existían acuerdos reales y control territorial o relaciones firmes... con sociedades indígenas" 51/.

137. Llegados a este punto, es importante determinar el verdadero carácter así como las características institucionales de estas relaciones jurídicas que en América del Norte se convirtieron rápidamente en parte integrante de la realidad política. La tradición jurídica contemporánea europea de celebración de tratados, muy difundida y generalmente aceptada, aportó los medios más adecuados para formalizar dichas relaciones, en particular, las que se conocieron con el nombre de "cesiones oficiales de territorios indígenas" y que los europeos utilizaron para apoyar sus pretensiones coloniales.

138. Las investigaciones del Relator Especial lo han convencido de que, al entablar relaciones jurídicas oficiales con los indígenas norteamericanos, las partes europeas tenían absolutamente en claro -a pesar de sus nociones del carácter "inferior" de la cultura y sociedad de aquéllos- un hecho muy importante, a saber; que sin lugar a dudas estaban negociando y entablando relaciones contractuales con naciones soberanas, con todas las consecuencias jurídicas que este término tenía en aquel momento para las relaciones internacionales 52/.

139. Importa destacar que cualquiera que sea la noción que se defiende hoy día acerca de la "autodeterminación", la "nación" y la "soberanía" indígenas, sigue siendo cierto que en las primeras relaciones jurídicas entre sociedades indígenas y no indígenas, las partes europeas eran mucho más conscientes de que la parte indígena actuaba, de hecho, como nación soberana. No era difícil para el grupo no indígena percibir que las naciones indígenas tenían los atributos jurídicos formales exigidos para que se las reconociera como tales. Por último, pero no menos importante, cabe mencionar el hecho de que, para legitimizar su propia colonización y sus intereses comerciales, era imperativo reconocer a las naciones indígenas como entidades soberanas.

140. En primer lugar, debe reiterarse que en la parte de América del Norte actualmente de habla inglesa -en contraste con el resto del continente de colonización española y portuguesa así como la mayor parte de África y Asia- estas relaciones se concretaron en tratados oficiales durante

aproximadamente 250 años. Este empleo tan generalizado de esta modalidad particular de entablar relaciones jurídicas es prueba fehaciente del amplio reconocimiento europeo tanto del carácter internacional (y no interno) de las relaciones entre ambas partes, como de la personalidad internacional inherente y de la capacidad jurídica de la parte indígena para negociar y concertar tratados, resultantes de su condición, de sujetos de derecho internacional, de conformidad con la doctrina jurídica de aquellos tiempos 53/.

141. Diversos elementos llevan a esta conclusión. En primer lugar, en el momento de esos primeros encuentros, la mayoría de las naciones indígenas de la región tenía un territorio, una población permanente y específica, capacidad para entablar relaciones internacionales y formas de gobierno fácilmente identificables. Son los cuatro criterios clave que se han exigido a lo largo de toda la historia del derecho internacional (o el "derecho de gentes", como se llamaba en un principio) para que una entidad política fuera reconocida con personalidad y capacidad para ser sujeto de derecho internacional 54/.

142. Gran número de instrumentos jurídicos concertados en América del Norte entre mediados del siglo XVII y fines del decenio de 1870 (así como en documentos mucho más recientes) atestiguan la existencia de territorios claramente definidos sobre los que las naciones indígenas ejercían derechos exclusivos 55/. Por otra parte, en ningún momento se ha dudado de la existencia de las poblaciones indígenas en esos territorios. Los vínculos establecidos formalmente (de alianza como de otro tipo) por las poblaciones indígenas entre sí 56/ y con las Potencias europeas eran una prueba no sólo de su capacidad real de negociar y entablar relaciones con otras entidades políticas internacionales sino también, en muchos casos, de su gran habilidad diplomática.

143. En opinión del Relator Especial, en lo que respecta a la institucionalización política, no caben dudas de que las naciones indígenas habían concebido, en el momento de sus primeros contactos con las sociedades no indígenas en todas partes del mundo, formas eficaces y perfectamente funcionales de organización política y gobierno. Esto ha sido objeto de una amplia investigación y ha quedado demostrado en el caso de América del Norte 57/, pero de ningún modo puede considerarse un fenómeno exclusivamente norteamericano 58/.

144. Es cierto que en muchísimos casos estas formas de organización política no corresponden a las formas actuales de institucionalización, caracterizadas por un poder centralizado, administraciones burocráticas, un dispositivo coactivo permanente y derecho codificado, típicos del Estado-nación del siglo XX. No obstante, hay muchísimos indicios de que estas modalidades de organización de la sociedad no sólo eran capaces de mantener realmente su respectiva cohesión social sino también que habían logrado formas de expresión sumamente complejas 59/.

145. Se indicó que "la forma de gobierno indígena en las Américas era muchísimo más compleja que lo que se ponía de manifiesto del otro lado del Atlántico, por lo menos hasta bien avanzado el siglo XIX" 60/. Al respecto, y basándose en una amplia bibliografía especializada, el Profesor Berman insiste en que "se suele olvidar en este contexto que las sociedades europeas que primero tuvieron contacto con las naciones indígenas se encontraban en las primeras fases de formas incipientes de Estado en el sentido contemporáneo" 61/.

146. A este respecto es importante recordar que el derecho internacional (pasado o presente) no ha restringido el concepto de "sujeto de derecho internacional" sólo a los Estados 62/. El carácter relativo del Estado también ha sido mencionado por numerosos especialistas 63/. En particular el derecho de gentes de finales de los siglos XVII y XVIII no exigía una forma específica de organización política de la sociedad como condición sine qua non para considerar una entidad política como un actor soberano en las relaciones internacionales. Martens, en su Compendio de derecho de gentes de 1788, daba una lista no sólo de los imperios, reinos, repúblicas y principados, sino también de las ciudades grandes y pequeñas, las órdenes religiosas, los ducados, las provincias, un obispado y cierto número de "entidades semisoberanas" regidas por electores del Imperio Germánico 64/.

147. Es indiscutible que las naciones indígenas se consideraban a sí mismas como entidades soberanas, con derechos soberanos sobre los territorios ancestrales que ocupaban siglos antes de la llegada de los nuevos colonos y sin otras limitaciones para el mantenimiento de relaciones políticas con otras entidades para defender sus propios intereses que aquellas inherentes a su propia capacidad de hacerlo.

148. En todas las regiones en donde se entablaron las primeras relaciones mediante tratados, y América del Norte es un ejemplo muy claro de ello, la celebración de tratados se realizó basándose en la capacidad igualmente reconocida tanto de las partes europeas como indígenas de contraer obligaciones y adquirir derechos de conformidad con instrumentos jurídicamente vinculantes y mutuamente convencidos. En palabras de un especialista: "De palabra o de hecho, las guerras y los tratados demostraban el reconocimiento europeo de la personalidad política y la soberanía territorial de las naciones indias" 65/.

149. En la práctica internacional de los Estados, los pueblos indígenas eran considerados naciones soberanas en esa región y en ese momento, como se demuestra fehacientemente en documentos históricos. Esto se aplica muy bien al caso de los Estados Unidos en sus relaciones establecidas mediante tratados con los habitantes originarios de América, tanto inmediatamente antes 66/ como inmediatamente después de su institucionalización oficial como Estado independiente 67/.

150. En aquellos años difíciles e inciertos, la incipiente nación -como ha señalado Vine Deloria- necesitaba muchísimo dejar sentada su capacidad de comportarse con responsabilidad y conforme a las costumbres y convenciones del

derecho diplomático 68/. Varios especialistas han observado que, como muchas naciones indígenas ya habían sido reconocidas oficialmente mediante tratados por cierto número de naciones europeas, al entablar relaciones jurídicas internacionales con los Estados Unidos, las naciones indígenas se encontraban más en la posición de reconocer la legitimidad de los Estados Unidos que a la inversa 69/.

151. En la Constitución de los Estados Unidos de 1787 (art. I, 8, cl. 2) y la Intercourse Act (Ley de relaciones con los indígenas de 1790) 70/ en la que se refleja la clara intención de los padres de la patria de reconocer la soberanía de las naciones indígenas. Uno de los mensajes presidenciales de George Washington pronunciado ante el Senado demuestra claramente que en 1789 el poder ejecutivo estaba especialmente deseoso de dar el mismo rango institucional y un valor idénticos a los tratados firmados con las naciones indígenas que a aquéllos establecidos con las naciones europeas 71/. Puede agregarse que el primero de los tratados firmados por las nuevas autoridades republicanas se describió más tarde como "el modelo de los tratados entre la realeza europea" 72/.

152. Merece observarse también que en dos dictámenes separados presentados en 1821 y 1828, el Ministro de Justicia de los Estados Unidos reconoció expresamente que a) "la propiedad y la posesión" de sus tierras por las naciones indígenas eran "soberanos y exclusivos" en tanto existieran dichas naciones; b) su independencia, en materia de firma de tratados, era "tan absoluta como la de cualquier otra nación"; y c) "como cualquier otra nación independiente, se gobiernan exclusivamente mediante sus propias leyes, ... tienen el poder absoluto de declarar la guerra y firmar la paz... [y] sus territorios son inviolables por cualquier otra soberanía. En su calidad de naciones, siguen siendo libres e independientes... [y] tienen derecho a gobernarse a sí mismas..." 73/.

153. A pesar de estas nociones tan claras, ya se ha hecho mención (véase el párrafo 129 supra) del fallo del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso Cherokee Nation v. Georgia (1831), en el que se declaraba que las naciones indígenas eran sólo "naciones internas dependientes" y "pupilas". En esa decisión clave -adoptada poco después de la Ley de expulsión de 1830- el presidente del tribunal, hablando en nombre de éste, desestimó la demanda sin entrar en el fondo del asunto, basándose en que la nación cherokee no era una "nación extranjera" en el sentido expresado en la Constitución de los Estados Unidos 74/.

154. Sin embargo, al año siguiente, el mismo Tribunal Supremo dictó otra sentencia muy importante en el asunto, frecuentemente citado, Worcester v. Georgia, sentencia también pronunciada por el Magistrado Marshall, Presidente del Tribunal. En forma algo sorprendente, después de los criterios expresados en el asunto Cherokee v. Georgia, podría sostenerse que esta vez el Tribunal reconoció la condición jurídica internacional de las naciones indígenas que vivían dentro de las fronteras de los Estados Unidos. En las propias palabras del tribunal:

"La Constitución, que al declarar que los tratados ya celebrados y los que se celebrarán forman parte del derecho fundamental del Estado, adoptó y sancionó los tratados anteriores, admite... [a las naciones indígenas] entre las Potencias capaces de celebrar tratados. Las palabras tratados y nación son palabras de nuestro propio idioma, tomadas de nuestros documentos diplomáticos y jurídicos por nosotros mismos, cada una con un significado definido y claro. Las hemos aplicado a los indios como las hemos aplicado a otras naciones de la Tierra. Esas palabras se aplican a todos con el mismo sentido." 75/

155. En lo que respecta al actual Canadá, el contenido de las actas que dan cuenta (del punto de vista no indígena) de las negociaciones mantenidas por el representante de la Reina, que condujeron a la celebración de los "tratados numerados", las formalidades seguidas por las partes y las disposiciones de dichos instrumentos también nos dan motivos para pensar que ambas reconocían el carácter internacional de los documentos firmados 76/.

156. Sin embargo, cabría decir que en su respuesta al cuestionario enviado por el Relator Especial, el Gobierno del Canadá -basándose en dos fallos recientes de los tribunales canadienses 77/- sostiene que "se ha descubierto que los tratados de la era colonial firmados por Gran Bretaña y los pueblos indios en lo que es ahora el Canadá,... son acuerdos sui generis, que no fueron ni concertados ni rescindidos de conformidad con las reglas del derecho internacional". Afirma además, que la relación dimanante de dichos tratados, según el Tribunal Supremo del Canadá... "pertenecía a un tipo intermedio entre las relaciones mantenidas entre Estados soberanos y las relaciones entre estos Estados mantienen y sus propios ciudadanos" 78/.

157. El Gobierno canadiense agrega que, basándose en la Constitución de 1867, el Canadá tiene jurisdicción legislativa sobre los "indios y las tierras reservadas a los indios" y que las provincias tienen jurisdicción legislativa "sobre cierto número de ámbitos, tales como la propiedad y los derechos civiles en la provincia, las obras y empresas locales, las tierras provinciales... y capacidad para adoptar disposiciones en esas zonas que afectan a los aborígenes y a otras personas, y pueden concertar acuerdos con los aborígenes sobre actividades comprendidas dentro de estos ámbitos 79/.

158. Como se ve, la cuestión de si las naciones indígenas fueron consideradas por sus interlocutores europeos, en sus primeros encuentros, como entidades políticas con capacidad de celebrar tratados y plena personalidad internacional está ampliamente documentada. Partiendo de esto, el Relator Especial puede llegar a la conclusión de que en las zonas de asentamiento de ingleses y franceses, en América del Norte y en aquellos tiempos, los pueblos y naciones indígenas eran reconocidos sin duda como tales por sus homólogos europeos, de conformidad con las nociones básicas del derecho de gentes aplicable entonces según criterios no indígenas.

159. Existen elementos que nos llevan a conclusiones similares con respecto a los primeros contactos de los portugueses, daneses, franceses, españoles y británicos en África, Asia y Oceanía 80/. No obstante, la investigación en

curso en esas regiones (al igual que la relacionada con Europa septentrional y la parte más septentrional de Asia) no permite al Relator Especial disponer de una base sólida, todavía, como para anticipar siquiera los resultados preliminares sobre el tema. La investigación sobre estas zonas, por supuesto, se proseguirá con carácter prioritario en la próxima fase de su labor.

160. Aunque no es difícil concluir que las naciones indígenas mantenían relaciones (al menos durante cierto tiempo y en algunas partes del mundo) con las Potencias europeas como entidades con personalidad internacional y derechos soberanos, también es cierto que desde los primeros decenios del siglo XIX cabe observar, por lo menos en estas mismas regiones, una tendencia clara en los Estados naciones encaminada a despojar a aquellas naciones de los mismos derechos y atributos soberanos, en particular sus derechos sobre la tierra.

161. En lo que respecta a los angloamericanos asentados en América del Norte, como ejemplo de esta tendencia puede citarse -entre los primeros casos- la expulsión de las llamadas "cinco tribus civilizadas" (los cherokees, los creek, los chickasaws, los choctaws y los seminolas) de sus tierras ancestrales que son hoy parte de los territorios de los Estados de Georgia y Carolina del Norte en los Estados Unidos, como resultado de la ya mencionada Ley de expulsión de los indios de 1830. Esta Ley autorizaba al Presidente de ese país a desalojar a cualquier nación indígena cuyo territorios se encontrara al Este del río Misisipí, desplazándola hacia los territorios sin colonos que se hallasen al Oeste de dicho río 81/. En lo que respecta a la jurisprudencia (tanto norteamericana como internacional), la opinión del Magistrado Marshall, Presidente del Tribunal Supremo, en el caso cherokee reflejaba esta tendencia evidente.

162. Ya se han mencionado varias leyes que gradualmente menoscabaron los derechos indígenas reconocidos anteriormente en la región. Durante el resto del siglo XIX y a lo largo del siglo XX, la acción del Estado y las medidas jurídicas han sido totalmente coherentes con la intención obvia de someter todos los problemas indígenas exclusivamente a la jurisdicción nacional de los Estados-naciones.

163. No podemos evitar observar que una meta evidente de esta política fue y sigue siendo impedir que se dé cualquier connotación internacional a lo que pueda restar de la soberanía original que los Estados deseen reconocer a las naciones indígenas. Esto es particularmente evidente en los tratados firmados con los habitantes originarios de América del Norte.

164. La jurisprudencia y el arbitraje internacionales reflejan también tendencias y políticas similares. Por ejemplo, en el arbitraje sobre los indios cayuca (1926), el tribunal consideró que los cayuca no constituían una nación, sosteniendo que "[una] tribu no es una entidad jurídica de derecho internacional". Con respecto a las naciones indígenas de América se llegó a la conclusión además de que "los indios americanos nunca habían sido considerados de esta manera... Desde el descubrimiento de América, las tribus indígenas habían sido tratadas como si estuvieran bajo la protección exclusiva

de la Potencia que, por conquista o cesión poseía la tierra que ocupaban... de modo que existe como una tribu india una entidad jurídica en virtud de la legislación nacional del soberano en cuyo territorio la tribu ocupa la tierra, y sólo en la medida en que la ley lo reconozca así" 82/.

165. En el asunto de la Isla de las Palmas, otro caso de arbitraje internacional, el árbitro dio a entender que el "descubrimiento" de un territorio, acompañado por los actos concretos de ocupación y de posesión, podía invocarse legítimamente como prueba de propiedad. Declaró que los tratados celebrados por las autoridades indígenas de la isla y la Compañía de las Indias Orientales no eran, "en el sentido del derecho internacional, tratados o convenios capaces de crear derechos y obligaciones como los que pueden dimanar, en derecho internacional, de los tratados" 83/.

166. Los crudos estereotipos evolucionistas, los enfoques eurocéntricos y la tendencia a menoscabar o abolir la posición jurídica internacional de las naciones indígenas y a considerar cualquier derecho indígena que pudiera existir como derecho individual (en vez de colectivo) estuvo muy en boga a comienzos del siglo XX. Todo esto influyó obviamente en el sistema de mandatos creado en Versalles por el Pacto de la Sociedad de las Naciones y también, en cierta medida, en la labor actual de las Naciones Unidas en materia de derechos indígenas. Asimismo, hasta ahora tampoco han tenido éxito los intentos de las naciones indígenas por tener acceso a la Sociedad de las Naciones ni a la Corte Internacional de Justicia para hacer valer la personalidad internacional actual que reivindican 84/.

167. Si en la actual práctica de los Estados, así como en la legislación nacional y la jurisprudencia nacional e internacional existe una diferencia tan notable entre la posición jurídica internacional pasada y presente de las naciones indígenas, el Relator Especial considera necesario investigar (en la próxima fase de su labor) la forma en que se produjo este cambio tan drástico. Se propone examinar con mayor detalle la evolución histórica y actual que ha conducido a esa involución así como la argumentación jurídica en que se basa la presente situación internacional de las naciones indígenas.

168. Este examen y este análisis se realizarán teniendo en cuenta no sólo los acontecimientos nacionales (promulgación de leyes, decisiones de los tribunales nacionales y actos del Poder Ejecutivo) sino también aquellos que se han producido realmente a nivel internacional, regional y bilateral. Habrá de basarse en monografías de todas las regiones que se consideran representativas de las diversas situaciones jurídicas en que se encuentran actualmente los pueblos indígenas (como se detallará en el capítulo IV).

Capítulo IV

DIVERSAS SITUACIONES JURIDICAS COMPRENDIDAS

DENTRO DEL MARCO DEL ESTUDIO

169. De conformidad con el mandato del Relator Especial y, especialmente teniendo en cuenta la necesidad de utilizar un enfoque innovador y progresista de las relaciones entre el Estado y los indígenas, se realizaron amplias investigaciones sobre los cinco tipos diferentes de situaciones jurídicas propuestas como temas de este estudio. Se trata de las siguientes:

- a) Tratados celebrados entre Estados y pueblos indígenas;
- b) Acuerdos concertados entre Estados u otras entidades y pueblos indígenas;
- c) Otros acuerdos constructivos concertados con la participación de los pueblos indígenas interesados (con respecto a este categoría particular de situaciones cabe recordar que en su informe preliminar el Relator Especial declaró expresamente que este término había de entenderse como "cualquier texto jurídico y otros documentos que representaran una participación consensual de todas las partes en una relación jurídica o cuasijurídica" 85/);
- d) Tratados concluidos entre Estados que constituyen disposiciones que afectan a los pueblos indígenas como terceros;
- e) Situaciones que afectan a pueblos indígenas que no son partes ni en ninguno de los mencionados instrumentos ni objeto de ellos.

170. Debido al alcance universal del estudio, se inició la investigación sobre todas estas situaciones en todas las regiones del mundo. Hasta ahora los resultados siguen siendo desiguales, principalmente por la excesiva diversidad de las políticas aplicadas en la práctica por las Potencias coloniales europeas y sus sucesores en sus relaciones con los pueblos indígenas. Además, se han encontrado y siguen encontrándose algunas dificultades, para tener acceso al material pertinente (en particular las fuentes primarias) de todas las regiones. Esto sucede especialmente en Asia y Africa.

171. Como continuación de esta investigación inicial, el Relator Especial seleccionó a título de ensayo una serie de casos monográficos que incluyen los cinco tipos de situaciones mencionados anteriormente. Su objetivo es centrar la atención en las principales cuestiones del estudio y dar ejemplos de la gran variedad de situaciones que afectan hoy -en forma positiva o negativa- las relaciones entre los indígenas y el Estado. En cada caso seleccionado, se prestó especial atención a las dimensiones históricas, antropológicas y jurídicas de estas situaciones, a los procesos que condujeron a la existencia de instrumentos jurídicos que las regulan (y a su aplicación) y a su importancia actual a nivel nacional e internacional.

172. Como cabía esperar (por las razones antes mencionadas), la lista de casos monográficos incluidos en el presente informe es sólo indicativa, puesto que no podía ser totalmente equilibrada en cuanto a la cantidad de datos disponibles, los resultados analíticos o la representatividad regional. Obviamente los casos analizados en este informe provisional no serán los únicos que contribuirán a las conclusiones finales del presente estudio. La selección seguirá aumentando a medida que avance la investigación. Hay que señalar también que la información examinada hasta ahora indica claramente que la mayoría de las cuestiones y situaciones que se abordan en el estudio revisten un carácter verdaderamente universal, no sólo desde un punto de vista histórico y por su interés actual sino también (con toda probabilidad) con respecto a la aplicabilidad potencial de los tratados que rigen las relaciones entre indígenas y no indígenas.

173. En cuanto a las fuentes disponibles y a las utilizadas por el Relator Especial hay que destacar que en lo posible utilizó las fuentes primarias tales como los textos mismos de los instrumentos estudiados. En el caso de algunos Estados actuales, las recopilaciones existentes de tratados 86/, incluidos aquellos recopilados por las organizaciones indígenas 87/, le permitieron un fácil acceso a muchos de los tratados históricos. Además consultó otros documentos secundarios, cuando fue necesario, aunque su alcance y calidad varía según las situaciones y las regiones.

174. Asimismo, cuando fue posible y pertinente, intentó tener en cuenta también la legislación y la jurisprudencia nacionales para aclarar mejor la cuestión de la significación contemporánea de los instrumentos legales ya existentes o la naturaleza de una situación determinada.

A. Tratados entre Estados y naciones indígenas

175. Debido a su importancia jurídica intrínseca, las relaciones establecidas mediante tratado merecen del Relator Especial especial atención.

176. En lo que respecta al análisis histórico, la investigación para este informe no empezó por "el principio", ya sea que tomen los primeros contactos del siglo XVI o los primeros documentos de compra de tierras y acuerdos de paz del siglo XVII; sino que comenzó básicamente por el siglo XVIII cuando las Potencias europeas intervinieron cada vez más de cerca en el mundo extraeuropeo, creando así lo que Dorothy Jones ha denominado un sistema global de tratados en el que, contrariamente al sistema europeo de tratados de la época era Gran Bretaña y no ya Francia la que desempeñaba un papel prominente 88/.

177. Esta tendencia se manifiesta en más de una docena de tratados concertados por Gran Bretaña con las naciones indígenas de América del Norte entre 1763 (el Tratado de París) y 1774 (el comienzo de la Guerra de la Independencia de las 13 ex colonias). De hecho, es la tradición jurídica anglosajona la que quizás ofrezca los ejemplos más interesantes (y obviamente mejor documentados) de los instrumentos internacionales comprendidos dentro

del mandato del Relator Especial. Ello se debe a que Gran Bretaña era en aquel momento la única Potencia colonial que aplicaba una política constante en materia de tratados con los pueblos extraeuropeos.

178. Las Potencias que sucedieron a Gran Bretaña en los territorios en cuestión prosiguieron con esta tradición. En consecuencia la mayoría de los ejemplos sobre situaciones relativos a tratados examinados en este primer informe provisional proceden de zonas -particularmente América del Norte- donde la presencia colonial británica era más evidente y donde la tradición jurídica británica de la época ofrece una multitud de detalles sobre procesos conducentes a la elaboración de esos instrumentos y una visión muy definida de su importancia para todas las partes interesadas.

179. Es obvio que -como ocurre también en otras regiones- la situación sumamente compleja de los primeros pueblos de América del Norte exige un enfoque integral que debe tener en cuenta el contexto histórico y político general de la zona así como las circunstancias específicas que facilitaron la celebración de tratados en cada caso concreto.

180. Por una parte, especialmente en los primeros años de las relaciones entre europeos e indios en lo que son hoy los Estados Unidos de América, las naciones indígenas -aunque no sólo ellas- solían considerar los tratados como eslabones de una cadena de acuerdos similares, como bien lo demuestra la llamada Cadena de Pactos que vincula a los haudenasaunee y a sus aliados no indígenas. Por otra parte, no puede responderse a las preguntas de cómo surgió un tratado y cómo se concluyó, en particular desde el punto de vista indígena, sin una referencia -a veces amplia- a las circunstancias históricas y culturales. No hay ningún tratado que se explique por sí mismo.

181. Por ello, intentando situarlos en su contexto, el Relator Especial ha tratado de examinar varios tratados específicos en función de lo que a su juicio son situaciones representativas. Tal vez sea inútil decir que el significado, alcance y objetivo de los tratados se modificó a medida que transcurría la historia de la colonización europea, por ejemplo en América del Norte. Aun así (y precisamente a causa de los objetivos del presente estudio), quedan por explicar plenamente estos cambios, en particular lo relativo a la cuestión de la jurisdicción de los indígenas frente a la de los colonizadores, y lo que ha dado en llamarse la doctrina de la cuestión política en la tradición jurisprudencial estadounidense 89/.

182. Los casos elegidos como ejemplos de las relaciones establecidas mediante tratado en América del Norte se han seleccionado teniendo muy en cuenta elementos clave como el tiempo, el lugar y la situación sociopolítica general de las zonas respectivas. Los casos relativos a las naciones indígenas que viven en el territorio de lo que son hoy los Estados Unidos abarcan un período de más de 200 años, es decir, desde la época de los primeros contactos de los haudenasaunee con los comerciantes holandeses en la primera mitad del siglo XVII hasta la época en que los Estados Unidos abandonaron la práctica de celebrar tratados con las primeras naciones del continente en 1871.

183. Hay que recordar que la colonización europea de la región se efectuó principalmente de Este a Oeste; California fue colonizada antes que la Zona de las Praderas, primero como consecuencia de las políticas españolas y mexicanas y después debido a la fiebre del oro de 1848 y la apertura de la ruta de los colonos hacia el Oeste (Oregon Trail).

184. Es imposible aislar los tratados iniciales de un factor político muy importante: las múltiples consecuencias del conflicto francobritánico que afectaron la situación de los pueblos situados al Este, como lo demuestra la evolución de la Cadena de Pactos y la suerte de las llamadas "cinco tribus civilizadas". Más adelante analizaremos detenidamente ambos aspectos.

185. Muchos tratados celebrados durante el siglo XVIII eran tratados de paz y amistad, que además incluían cesiones limitadas de tierras para el asentamiento de colonos así como la reglamentación del comercio. Sin embargo, el Tratado de Greenville (1795) ^{90/} fue diferente porque anunció cómo iban a ser los tratados que los Estados Unidos firmarían con las naciones indígenas en la primera mitad del siglo XIX.

186. Después de la independencia norteamericana, especialmente desde la guerra de 1812 con Gran Bretaña, hubo una tendencia a considerar los tratados, desde el punto de vista euroamericano, como una forma de abolir los derechos aborígenes sobre grandes extensiones de tierra. Con los llamados tratados de asignación de tierras y de desalojo de indios del decenio de 1830, firmados con las primeras naciones ubicadas al Este del Misisipí (y más tarde con las de Kansas), se persiguieron objetivos similares.

187. A los efectos del examen de sistemas jurídicos contrapuestos este período fue sin duda crucial: comenzando con la Constitución de los Estados Unidos de 1787, se establecieron mecanismos que contribuyeron a la erosión de la jurisdicción indígena sobre sus tierras mediante una variedad de decisiones unilaterales y medidas legislativas tanto a nivel estatal como federal. Sin embargo, en los tratados que los pueblos indígenas celebraron con los Estados Unidos generalmente no se renunciaba al poder jurisdiccional.

188. La situación de los pueblos indígenas en lo que es hoy Canadá se abordó por separado basándose en cuatro situaciones distintas. Primero, en lo que respecta a los indígenas de las zonas costeras, se hace referencia a los micmacs para dar una idea de la variedad de tratados de paz y amistad.

189. Segundo, el ejemplo de Columbia Británica se escogió principalmente para recordar los 14 tratados, llamados de Douglas, de mediados del siglo XIX, pero también para abordar brevemente la cuestión de los derechos sobre la tierra, la pesca y la caza en la Costa del Pacífico, en ausencia de tratados.

190. Después de la formación del Dominio de Canadá en 1867, se celebró en rápida sucesión una serie de tratados numerados, paralelamente a la determinación de los límites provinciales en la zona de las Praderas (Alberta, Saskatchewan y Manitoba); el caso que consideramos aquí corresponde al Tratado N° 6.

191. En años recientes se ha observado en el Canadá una nueva modalidad de relaciones concernientes a los llamados "tratados modernos". En su respuesta al cuestionario del Relator Especial, el Gobierno canadiense se refiere a esta práctica reciente en la que participan no sólo el Gobierno Federal y las naciones indígenas, sino también las provincias del Canadá. Se observó además que estos "tratados modernos" se conocen asimismo con el nombre de "soluciones globales de jurisdicciones".

192. A este respecto la respuesta canadiense indica que "estos acuerdos con los pueblos aborígenes se han celebrado con el fin de resolver las reivindicaciones pendientes sobre tierras y recursos formuladas por las comunidades aborígenes... que siguen utilizando y ocupando las tierras tradicionales y cuyo título aborígen de propiedad no ha sido regulado en tratados, reemplazado por ley o reglamentado de algún otro modo. En la Constitución de 1982, en su forma enmendada, los derechos dimanantes de estos acuerdos reciben protección constitucional". Agrega que tres "acuerdos globales sobre reivindicaciones territoriales" se han firmado hasta la fecha: el Convention de la Baie James et du Nord Québécois (Convenio de la Bahía de James y del Norte de Quebec), 1975; el Northeastern Quebec Agreement (Acuerdo del Nordeste de Quebec), 1978, y el Inuvialuit Final Agreement (Acuerdo final de Inuvialuit), 1984.

193. Con respecto a esta práctica moderna del Canadá, es importante observar que, según la información de que dispone el Relator Especial, las naciones indígenas afectadas -por lo menos las naciones cree e inuit (de Quebec) y de la nación inuit de Puerto Burwell- consideran que han negociado y concertado estos tipos específicos de relaciones en calidad de naciones soberanas y que los instrumentos que las consagran son ciertamente tratados en el sentido que se da a este término en derecho internacional.

194. Por lo tanto, el Relator Especial ha elegido el Convenio de la Bahía de James y del Norte de Quebec de 1975 como caso que merece un análisis más detenido.

195. Debe añadirse que un buen ejemplo de la complejidad de la situación de los tratados en el Canadá, tanto en lo histórico como en lo político, sería el de la zona de lo que constituye hoy la provincia de Ontario. Esta región fue escenario de gran actividad en materia de celebración de diversos tratados, que se prolongó durante un siglo y medio 91/, los que reflejan al mismo tiempo las contradicciones entre el comercio de las pieles y el asentamiento de europeos.

196. Así pues, el escudo canadiense en el norte estaba dominado por la Compañía de la Bahía de Hudson fundada en 1670 por concesión real. La región del sur, por otra parte, era la meta de los colonos europeos de diversos orígenes y, por lo tanto objeto de negociaciones con las naciones indígenas para la abrogación de los derechos de los aborígenes sobre la tierra. En opinión de los pueblos indígenas afectados, la zona es otro ejemplo de la dominación de los haudenosaunee (iroqueses) así como de sus relaciones con otras naciones (como los hurones).

197. En líneas generales la situación en el actual Canadá es bastante diferente de la de los Estados Unidos debido sobre todo a que la presión de los colonos fue mínima durante mucho tiempo en la mayor parte del país. Tampoco hubo una política de asignación de tierras similar a la aplicada en los Estados Unidos por medio de la Ley de Dawes de 1887 -y, posteriormente, su revocación mediante la Indian Reorganization Act (Ley de reorganización de los indios) de 1934-. Sin embargo, en cuanto al examen de sistemas jurídicos y políticos contrapuestos -especialmente las contradicciones relativas a la interpretación y aplicación de los tratados-, se encuentran muchas similitudes. Partiendo de la investigación realizada hasta ahora, parece que también en el Canadá la legislación nacional no ha evitado la erosión de los derechos de los tratados.

198. En Oceanía la situación de los tratados del pueblo maorí ha sido objeto de amplias investigaciones. Los maoríes viajaron de la Polinesia oriental 92/ a las islas que forman hoy Nueva Zelandia y se asentaron en particular -aunque no exclusivamente- en Aotearoa, la Isla del Norte, más que en la Isla del Sur, debido a su clima más agradable y a condiciones que permitían una vida mejor.

199. El instrumento jurídico esencial para el presente estudio, las relaciones anglomaoríes y la consiguiente posición jurídica del pueblo maorí ante el Gobierno no indígena de Nueva Zelandia, es evidentemente el Tratado de Waitangi que firmaron unos 500 jefes maoríes y los representantes de la Reina Victoria.

200. Como se dijo en el informe preliminar, las situaciones establecidas por los tratados que se remontan a la presencia colonial española en México y América Central y del Sur han sido objeto de un examen relativamente exhaustivo, aunque aún no se ha terminado la investigación, en espera de los resultados del segundo viaje del Relator Especial al Archivo de Indias de Sevilla, previsto a finales de este año. Ni los españoles ni los portugueses aplicaron una política de tratados con los pueblos indígenas de América que pudiera considerarse como tal. Los documentos indican que ambas Potencias coloniales se basaron principalmente en la autoridad que les concedían las bulas papales que en el período inicial sirvieron para resolver los frecuentes litigios sobre el Nuevo Mundo. No consideraron conveniente ni necesario recurrir a la celebración de tratados con las naciones indígenas para facilitar sus proyectos coloniales o para "legitimar" sus hazañas ante otras Potencias europeas.

201. Por supuesto que existen referencias en fuentes secundarias a algunos casos de tratados entre españoles y naciones indígenas que se remontan a la primera y la segunda mitad del siglo XVII. Un ejemplo es el de los instrumentos hispanomapuches que llevaron a la Paz de Quillán -ratificada, según algunas fuentes, por el monarca español en 1641- y a los Parlamentos de Negrete 93/. En todos estos casos se necesita más información.

202. Otros documentos facilitados recientemente al Relator Especial dan prueba de las negociaciones y los consiguientes documentos contractuales entre los pueblos indígenas y algunos de los gobiernos republicanos que, a

principios del siglo XIX, sucedieron a España en la mayor parte de América del Sur. Estos documentos se refieren a algunas zonas en los territorios actuales de Argentina y Chile. Actualmente, se está examinando y analizando esta documentación primaria.

203. Cabe recordar que a finales del siglo XVIII los españoles urdieron intrigas con las "cinco tribus civilizadas", todavía poderosas en aquel momento, con el objeto de unir las para formar estados que se opusieran a los Estados Unidos. Al hacerlo se celebraron ciertamente tratados; por ejemplo, con los chickasaws y los choctaws en 1784. Esta actividad limitada, que se desarrolló en una zona muy específica de América del Norte, parece ser ni más ni menos que el reflejo de una forma de diplomacia escogida por los angloamericanos para tratar con las naciones indígenas de la zona 94.

204. Con respecto a África, hay que recordar que los comerciantes portugueses desempeñaban una gran actividad en la costa occidental africana a mediados del siglo XVI, comerciando en oro, madera, caucho, etc. Hacia finales del siglo XVI, también estaban presentes los comerciantes holandeses, franceses, ingleses, daneses, austríacos y otros. El comercio de esclavos comenzó a ser importante a finales del siglo XVII. No hay que olvidar que hasta mediados del siglo XIX todavía quedaba por explorar la mayor parte del interior de África.

205. En África, como en algunas regiones de Asia, fueron los comerciantes los que firmaron tratados, como el de los británicos relativo a la costa occidental de África (especialmente en lo que es hoy Sierra Leona), con el objeto de garantizar condiciones de comercio pacíficas y controlar los bienes de comercio y las relaciones comerciales.

206. Otro tipo de tratado concluido con los dirigentes locales se refería a la política británica de suprimir la trata de esclavos (declarada ilegal en 1807), principalmente a mediados del decenio de 1840; los reyes o los jefes acordaban solemnemente abandonar la trata de esclavos a cambio de lo cual recibían fastuosos regalos. No obstante, estos compromisos contractuales resultaban generalmente ineficaces.

207. Lo que está en juego con respecto a los tratados concluidos en África colonial se pone de manifiesto más tarde, especialmente durante el período comprendido entre 1885 y 1900, a través de la pugna entre británicos, franceses y alemanes, entre otros, por la preeminencia en el continente. Para ese entonces los británicos se habían anexo Lagos (1861) y Goldie había fundado en 1878 la United Africa Company (Compañía Unida del África), al tiempo que los franceses habían creado un protectorado en Porto Novo y los alemanes se habían asentado en la costa togolesa (1884). En la Conferencia de Berlín de 1885 se habían definido las reglas que comprendían la celebración de tratados con los jefes autóctonos del interior. Sin lugar a dudas África es el ejemplo más claro de tratados elaborados con el fin de lograr "cesiones de tierras" y otros "derechos exclusivos" para obtener derechos frente a las Potencias europeas competidoras.

208. Para los fines del estudio, no debe olvidarse que, contrariamente a la situación importante 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- están gobernados por sus habitantes indígenas.

209. Además, debe señalarse que el Relator Especial aún no ha llegado a una conclusión definitiva sobre si debe considerarse que las primeras relaciones contractuales establecidas por determinados reinos africanos o los jefes locales con diversas Potencias coloniales europeas -ya sea mediante compañías reales o compañías concesionarias- han dado origen a relaciones establecidas por tratado. Obviamente se necesita reunir y analizar más datos sobre posibles situaciones de este tipo en Africa 95/.

210. La situación de las naciones zulú y khoi/san vienen al caso. Por ejemplo, los zulú mantenían relaciones comerciales con empresas austríacas que desarrollaban actividades en la bahía de Delagoa en el siglo XVIII 96/. Cabe destacar que el modo de organización y transformación del reino zulú ofrece valiosa información sobre los sistemas políticos en las sociedades tradicionales, incluida la forma en que éstas se relacionan entre sí, y posteriormente con el gobierno colonizador 97/.

211. En cuanto a las naciones khoi y san, la historia de su relación con los europeos recién llegados a Table Mountain aparece ya en fuentes holandesas de mediados del siglo XVII. Es interesante, ya que ha habido un debate permanente sobre la relación histórica y étnica entre los dos pueblos, en particular la coexistencia de modos de subsistencia basados en el pastoreo y el forraje 98/.

212. Las investigaciones realizadas hasta la fecha sobre las poblaciones indígenas de Europa septentrional no han revelado relaciones derivadas de tratados entre las naciones indígenas y los Estados de la zona. Lo mismo sucede con las naciones indígenas del lejano Oriente septentrional y la ex Unión Soviética.

213. Apenas existen investigaciones detalladas sobre instrumentos jurídicos que vinculen a las poblaciones indígenas de Asia con las antiguas Potencias coloniales, a diferencia de las profusas investigaciones sobre América del Norte y Nueva Zelanda. Sin embargo, existen algunos instrumentos de ese tipo que reflejan los contactos tempranos con mercaderes y colonos europeos en territorios que están hoy bajo la soberanía de la India, Malasia, Filipinas y Sri Lanka. Cabe añadir que lo dicho anteriormente (véase el párrafo 208) 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.

214. Ya se han mencionado las dificultades con que tropezó el Relator Especial en la búsqueda de material primario relativo a situaciones derivadas de tratados en Asia. Sin embargo, puede afirmar sin temor a equivocarse que, por ejemplo, durante la denominada pacificación de los pueblos que vivían en zonas distantes de la alta Birmania (aproximadamente en 1885), las autoridades británicas con frecuencia mantuvieron negociaciones con los habitantes de dichas regiones. A raíz de ello se elaboraron sanads, es decir, tratados o convenios por los que se investía con un título al jefe local, enumerándose sus derechos y obligaciones para con el "Gobierno birmano local", es decir el Gobernador General Británico 99/.

215. Otras fuentes secundarias demuestran que ha habido instrumentos que podrían muy bien considerarse tratados en el sentido en que se aplica el término en este estudio. Tal es el caso del tratado firmado, según se informa, el 21 de junio de 1875 entre Gran Bretaña y Birmania con respecto al reconocimiento de la condición de Estado separado de Karenni Occidental. Se ha observado que, de hecho, los karenni tenían una situación casi independiente "como Estado feudatario separado... ajeno a la estructura administrativa colonial" 100/.

216. Debe destacarse que hasta ahora la investigación sobre posibles relaciones creadas en virtud de tratados o acuerdos en Asia demuestra que las compañías concesionarias europeas desempeñaban a menudo un papel fundamental. Ya a comienzos del siglo XVII Asia era otro escenario para las ambiciones de poder, ganancia y hegemonía europeas. Al igual que en América del Norte, la rivalidad entre las Potencias europeas desempeñó un papel fundamental en la forja de alianzas con los gobernantes locales, tanto en la costa donde los mercaderes europeos trataban de instalar fábricas, como tierra adentro.

217. Respecto de las compañías concesionarias que operaban en Asia meridional y sudoriental, debe recordarse que en primer lugar el sistema de comercio asiático autóctono se vio alterado en 1511 por la conquista portuguesa de Malaca, que había sido el centro de ese sistema. No obstante, los portugueses no lograron hacerse con el monopolio del comercio. Cuando comenzaron a llegar a Asia los comerciantes portugueses, seguidos de los holandeses y luego los ingleses, se encontraron con poderosos Estados locales cuya capital era a menudo un puerto marino y cuyas actividades se orientaban en gran medida hacia el comercio. El Sultanato Islámico de Malaca, fundado a comienzos del siglo XV por mercaderes indios y javaneses, sirve de ejemplo (otros eran aceh, banten, makassar y palembang).

218. La decisión del Relator Especial de no escoger expresamente ninguno de los instrumentos contractuales en que se registran los primeros contactos entre las compañías concesionarias europeas y las poblaciones autóctonas asiáticas de que ya ha tomado conocimiento para su examen y análisis en este primer informe sobre la marcha de los trabajos se funda en dos razones básicas.

219. En primer lugar, las referencias a la mayoría de ellos aparecen en fuentes secundarias, que o bien no ofrecen el texto completo o no establecen expresamente en todos los casos en qué carácter la empresa mantenía relaciones

con la parte no europea. Es este el caso de varios instrumentos acordados durante el siglo XVII por la Compañía Holandesa de la India Oriental (Vereenigde Oostindische Compagnie o VOC), entre otros, con el Sultán de Kedah (Península Malay) en 1642, los gobernantes de Aceh (1650), el gobernante de Mataram (1677) y el soberano de Cheribon (1681). Se da la misma situación con respecto a instrumentos concertados entre dicha Compañía y los emperadores de Mughal o los gobernantes de Bengala a comienzos del siglo XVIII. No puede realizarse una evaluación jurídica seria de estos documentos al existir tales lagunas.

220. En otros casos, sí existe la versión europea de los instrumentos, pero no ha sido posible investigar debidamente el contexto histórico general en que se concertaron. Sin esos elementos es bastante difícil comprender plenamente qué razones motivaron los acuerdos y cuáles fueron las consecuencias de su aplicación (o no aplicación). Los denominados Artículos de Amistad y Comercio y el Tratado de Comercio celebrados por la Compañía de la India Oriental y, respectivamente, los pueblos sulu (Manila, 1761) y youdh (fort William, 1788) se incluyen en esta categoría.

221. El Relator Especial espera que, para cuando elabore el segundo informe sobre la marcha de los trabajos, habrá concluido la investigación sobre esta cuestión sumamente compleja de los instrumentos en que son parte las compañías concesionarias.

222. Examinados globalmente los resultados de las investigaciones en curso sobre las situaciones derivadas de los tratados en las diversas regiones del mundo, el Relator Especial intentará ahora resumir algunos elementos que considera importantes para entender las circunstancias históricas que rodearon la conclusión de diversos tratados y la importancia de esos instrumentos para la vida de las poblaciones indígenas que fueron partes en ellos. Las diversas situaciones relacionadas con aquellos tratados se presentarán en orden cronológico, independientemente de la región de que se trate.

Haudenosaunee

223. Los haudenosaunee (también denominados en la mayoría de las fuentes no indígenas Confederación Iroquesa, que comprendía las naciones Cayuga, Onondaga, Mohawk, Seneca, Oneida y Tuscarora), cuya fundación (alrededor de 1570) fue anterior a todo contacto con los europeos (a comienzos del siglo XVII), fue la mayor y mejor organizada unidad política de la zona. Sin embargo, no era la única que existía en América del Norte cuando llegaron los europeos.

224. El elemento fundamental de la cosmovisión de los haudenosaunee (el pueblo de la Casalarga) es la Gran Ley de Paz, contenida en la epopeya de Deganawidah, que también comprende la tradición sobre la fundación de la Confederación propiamente dicha (donde se menciona a los 50 fundadores, entonces jefes de poblados), así como los principios que rigen la política y la diplomacia de su expansión.

225. La organización utilizada para mantener la paz y comerciar con los europeos fue la Cadena de Pactos, "una alianza multipartidista de dos grupos de miembros: las tribus, bajo la dirección general de los iroqueses, y las colonias inglesas, bajo la supervisión general de Nueva York. Al igual que en las Naciones Unidas modernas, ningún miembro renunciaba a su soberanía. Todas las decisiones se tomaban mediante consultas y tratado, y en todos los casos cada miembro las aplicaba a título individual" 101/.

226. Las funciones de la Cadena de Pactos varió en el curso de la historia; es necesario considerarla desde el punto de vista de las partes indígenas, así como a la luz del conflicto británico-francés. Su compleja historia -en particular las ramificaciones de la Cadena y sus consecuencias políticas, especialmente hasta la Guerra de la Independencia estadounidense-, las características etnográficas más importantes de la sociedad iroquesa en los siglos XVII y XVIII, así como las principales metáforas, mecanismos de alianza y protocolos de los tratados, se han examinado ampliamente en un estudio colectivo de 1985 editado por Francis Jennings 102/, por lo que sería superfluo analizarlos en este informe. Esa obra también contiene una contribución sumamente valiosa 103/ sobre los diversos documentos utilizados en la elaboración de los tratados de los haudenosaunee (es decir, no sólo los antecedentes escritos, sino también los cinturones de wampum y la tradición oral, en especial porque ambos son simultáneos), varios glosarios que permiten comprender mejor los protocolos de los consejos y los tratados de los iroqueses, así como un calendario descriptivo de los tratados.

227. Por otra parte, en su reciente obra ampliamente documentada 104/, el profesor Berman ha examinado a fondo los principales rasgos de la brillante diplomacia de los haudenosaunee en los siglos XVII y XVIII y los resultados de sus tratados con los holandeses, franceses y británicos recién llegados.

228. En general, los tratados celebrados con esos países europeos durante aquel período constituyen, en opinión del Relator Especial, los ejemplos más esclarecedores del carácter (soberano a soberano) y el objeto (comercio, alianza, intentos de la parte europea de sustentar reclamaciones territoriales frente a otras Potencias europeas) de los tratados que surgieron de los primeros contactos entre las naciones indígenas y las europeas, por lo menos en lo que es hoy la América del Norte de habla inglesa.

La nación micmac

229. Los micmac viven en lo que es hoy día Nueva Escocia, Nueva Brunswick Oriental, la Isla del Príncipe Eduardo, Gaspé y Terranova meridional. Son un pueblo que habla algonquiano, y su forma de vida era análoga a la de otros pueblos de las regiones boscosas del Este. Sin embargo, su tradicional economía de pesca y caza ya se había modificado profundamente cuando comenzaron a tratar con los británicos, a comienzos del siglo XVIII 105/.

230. Los europeos que llegaron al norte del paralelo 49 (el futuro límite internacional entre los Estados Unidos y Gran Bretaña -posteriormente el Canadá- en virtud del Tratado de Wáshington de 1846) se interesaban

principalmente en el comercio de las pieles con las poblaciones indígenas de cazadores y tramperos 106/. Se intentó organizar asentamientos europeos en gran escala sólo en algunos lugares, por ejemplo la zona sudoriental y todo a lo largo de la costa, y ello mucho después de los primeros contactos, que datan de alrededor del 1500. Existía una gran competencia entre ingleses y franceses para asegurarse privilegios en el comercio de las pieles y la creación de bases comerciales. Este hecho también configuró las relaciones con las naciones indígenas; por ejemplo, los hurones se aliaron con los franceses y durante algún tiempo ejercieron un monopolio comercial. En la Cadena de Pactos, las alianzas variaban según las circunstancias.

231. Los primeros colonos y misioneros que llegaron a los micmac eran franceses, con posterioridad a la llegada de Jacques Cartier al territorio en 1534. No podemos analizar aquí las repercusiones en la vida de los micmac de los cambios territoriales entre ingleses y franceses en el siglo XVII (véase el Tratado de Breda de 1667), y luego otra vez en el siglo XVIII (véase el Tratado de Utrecht de 1713 o el Tratado de París de 1763, según las zonas). Bastará con recordar que las relaciones entre los micmac y los europeos dependían del comercio de las pieles y también de la pesca comercial. Además, jesuitas franceses 107/ tenían una gran actividad entre los micmac, que a raíz de este hecho abrazaron la religión católica hace muchas generaciones.

232. Como reacción al conflicto franco-inglés en la zona, a comienzos del siglo XVIII se formó la Confederación Wabanaki, que comprendía entre otros pueblos a los micmac, passamaquoddy, malecite, penobscot y abenaki, es decir, en general pueblos que tradicionalmente han tejido alianzas con Francia. Las relaciones entre las naciones que formaban parte de la Confederación se confirmaban mediante reuniones periódicas.

233. La Confederación Wabanaki también debe verse con relación con los hadenosaunee y la Cadena de Pactos: por intercesión de los ottawa, la Confederación se alió con sus antiguos enemigos, los mohawk.

234. Las relaciones de la Confederación con los británicos no eran fáciles debido a las pretensiones de éstos sobre las tierras indígenas, por ejemplo las de los abenaki. En 1725 se firmaron diversos tratados de paz con naciones que eran partes en la Confederación, como los micmac, los penobscot, los abenaki y otros. Los micmac consideran que el Tratado de 1725 es su primer acuerdo oficial con los británicos, que fue necesario renovar varias veces, como sucedió con un grupo de micmac y malecite en 1749.

235. Los asentamientos británicos entre los micmac comenzaron en torno a 1750, promoviendo el tipo de usurpación que se había registrado en otras zonas. Fue necesario renovar el Tratado de 1725.

236. El Tratado de 22 de noviembre de 1752 se celebró en Halifax entre representantes de los micmac y el Gobernador de Nueva Escocia. Era un tratado de paz que también garantizaba la libertad de caza y pesca a los signatarios indígenas, así como el comercio libre. Otros pueblos de la Confederación Wabanaki firmaron el Tratado en 1753 y 1754 108/.

237. Como resultado de una decisión del Tribunal Supremo del Canadá de 22 de noviembre de 1985, el Sr. J. M. Simon, indígena micmac inscrito en el registro, perteneciente a la banda de Shubenacadie, fue declarado inocente de los delitos de que había sido acusado en virtud de la Ley de Tierras y Bosques de la provincia de Nueva Escocia. El Sr. Simon había aducido que ejercía derechos de caza derivados de tratados (refiriéndose en particular al Tratado de 1752).

238. El Tribunal Supremo declaró que el Tratado de 1752 era un acuerdo obligatorio y aplicable que no se había denunciado (como había afirmado anteriormente el Fiscal General de la provincia de Nueva Escocia) y que debía prevalecer sobre la Ley de Tierras y Bosques de Nueva Escocia 109/.

Delaware y otras naciones al este del Misisipí

239. El Relator Especial considera que dos importantes tratados celebrados por los Estados Unidos en sus primeros años de vida como entidad soberana son ejemplos de la evolución que experimentaron a lo largo del tiempo las relaciones regidas por tratados entre indígenas y no indígenas. Estos dos instrumentos son el Tratado de Fort Pitt (1788) y el Tratado de Greenville (1795).

240. El Tratado de Fort Pitt de 1788 fue el primero que celebraron los Estados Unidos con una nación indígena (los delaware) 110/. Este Tratado debe analizarse en el contexto de las hostilidades aún existentes entre las 13 ex colonias y Gran Bretaña; estaban en juego los movimientos militares estadounidenses contra Detroit. Los delaware acordaron permitir el paso de las tropas estadounidenses por su país, venderles caballos, alimentos y otros suministros y que fueran reclutados sus propios guerreros. Finalmente, los Estados Unidos no marcharon sobre Detroit y la paz con los delaware fue efímera.

241. Un punto importante en el Tratado de Fort Pitt es que reconocía la condición de Estado de una confederación de pueblos indígenas encabezada por la nación delaware, que enviaría un representante al Congreso. Este compromiso nunca se respetó.

242. Los Estados Unidos y una docena de naciones indígenas, entre ellas los wyandot o (huron), delaware, shawnee, chippewa, kickapoo, potawatomi, ottawa y miami, celebraron el Tratado de Greenville en 1795. Para comprender claramente el significado de este instrumento, deben señalarse algunas de las condiciones históricas que lo precedieron.

243. En 1763, en virtud del Tratado de París, pasaron a manos británicas todas las posesiones francesas al este del Misisipí. Algunas naciones indígenas de la zona se sintieron humilladas al verse transferidas de esta manera. Ese mismo año lanzaron una guerra contra los británicos que pasó a los anales de la historia como guerra de Pontiac.

244. Los asentamientos europeos en gran escala comenzaron en la zona denominada Antiguo Noroeste (que posteriormente se convertiría en el país de Ohio). En virtud de la Ordenanza del Noroeste de 1787 111/, el Congreso de los Estados Unidos dispuso la extinción de los títulos y demarcaciones de tierras indios con miras a colonizar la zona, aunque en esos tiempos no se desconocía la jurisdicción indígena. Inmediatamente después de celebrarse la paz con Inglaterra comenzaron las negociaciones con las naciones indias que llevaron a celebrar diversos tratados, pero los indígenas posteriormente no reconocieron las cesiones de tierras que se disponían en ellos por considerarlos fraudulentos.

245. En 1787, se formó la Compañía de Ohio que compró al Congreso una extensión de tierra y estableció así la primera colonia "legal". Las naciones indias indígenas afectadas atacaron constantemente a los nuevos colonos. En 1790 y 1791 el Presidente Washington despachó contra ellos expediciones militares que en ambos casos fueron derrotadas. Inició entonces negociaciones (en un primer momento por conducto de los haudenosaunee) que no dieron fruto alguno.

246. Las naciones indias deseaban que se reconociera que el río Ohio era el límite entre sus respectivos territorios y los asentamientos euroestadounidenses; contaban para ello con el apoyo del Gobernador General del Canadá, Lord Dorchester, quien envió una columna británica al país de Ohio. Entre tanto, en este país se estaban entrenando tropas estadounidenses y las naciones de Ohio (en especial los shawnee bajo el mando de Tecumseh) comenzaron a establecer alianzas con las naciones meridionales, preparándose así para la previsible confrontación militar.

247. Los Estados Unidos y las fuerzas indígenas conjuntas se enfrentaron en Fallen Timber el 20 de agosto de 1794, donde las últimas fueron derrotadas. El contingente británico que se había desplazado al país de Ohio no brilló por la ayuda prestada.

248. Ante estos hechos, se firmó el Tratado de Greenville el 3 de agosto de 1795 112/, en virtud del cual los signatarios indígenas tenían que renunciar a casi todas sus tierras ancestrales en lo que son hoy los Estados de Ohio e Indiana. Se considera que este Tratado confirmó la preeminencia estadounidense en la región en detrimento del antiguo papel que desempeñaron los británicos 113/.

249. Ohio alcanzó dignidad de Estado en 1802; la zona occidental comenzó a organizarse como Territorio de Indiana y el Gobernador Harrison (posteriormente Presidente de los Estados Unidos) se dispuso a despejar las tierras para los colonos. Se enfrentó con una fuerte resistencia de Tecumseh, quien no había reconocido los términos del Tratado de Greenville. Según una fuente consultada, "los indios habían afirmado siempre que una tribu no debía verse obligada por las cesiones de tierras hechas por individuos sobornados, pero Tecumseh elaboró la tesis de que toda la tierra pertenecía a todos los indios y que ninguna tribu podía vender una parte de este patrimonio común" 114/.

250. Tecumseh hizo todo lo posible por establecer una unión panindígena que pudiera enfrentarse militarmente con los Estados Unidos con ayuda de los británicos pero antes de que culminaran los preparativos, Harrison atacó. Los indios respondieron atacando los asentamientos. Posteriormente, en 1812, los Estados Unidos entraron en guerra con Gran Bretaña. Tecumseh se unió a los británicos y comenzó a planificar un ataque concertado contra los Estados Unidos, para lo cual reunió a varios miles de guerreros de diferentes naciones. Finalmente, los británicos debieron retirarse y Tecumseh pereció en la batalla. Con su muerte, acaecida en 1813, se hicieron añicos las últimas esperanzas de una resistencia indígena unificada al este del Misisipí: Indiana se convirtió en Estado en 1816 e Illinois hizo lo propio en 1818.

Las "Cinco Tribus Civilizadas"

251. Las denominadas "Cinco Tribus Civilizadas" son los creek, los choctaw, los chickasaw, los cherokee y los seminole. Estos últimos son una ramificación de los creek que se desplazaron a Florida en la primera mitad del siglo XVIII. Las otras cuatro naciones ocuparon tradicionalmente una zona que ahora constituye, en forma total o parcial, los territorios de los Estados de Alabama, Misisipí, Luisiana y Georgia, en los Estados Unidos.

252. Los contactos de los cherokee con los mercaderes de Virginia datan del decenio de 1670. Es posible que ya antes los creek hubieran comenzado a comerciar con los carolinos (antes de 1700, éstos comerciaban con la nación de Alabama, que era parte de la Confederación Creek). Los mercaderes ingleses habían llegado a los chickasaw antes de 1700 y a los choctaw alrededor de 1710.

253. En general, las naciones indígenas del Golfo de México y la zona meridional de los Apalaches se encontraron en medio de una rivalidad triangular entre los españoles de Florida, los franceses de la baja Luisiana y los ingleses de la costa. En general, preferían comerciar con los últimos, que ofrecían mejores productos y precios que los mercaderes españoles y franceses. De todos modos, las tres Potencias trataron de aliarse con una u otra de las naciones del sur.

254. Por ejemplo, con ayuda de los choctaw los franceses aniquilaron a la mayor parte del pueblo natchez en 1729; los creek acogieron a los pocos sobrevivientes. Los chickasaw, por su parte, eran firmes partidarios de los británicos y, por ese motivo, los franceses intentaron aniquilarlos más de una vez. Cabe destacar que entre los choctaw había dos facciones, una pro inglesa y otra pro francesa. Como se mencionó más atrás (véase el párrafo 203), los españoles celebraron tratados con los chickasaw y los choctaw en 1784 para atraerlos a su lado durante las guerras de ese período.

255. Por su parte, los creek tenían tratos con las tres Potencias europeas y lograron mantener su independencia. Comerciaban con los ingleses, pero se mantenían políticamente neutrales, por lo menos hasta la "Guerra de los Palos Rojos" lanzada por Tecumseh. Muerto éste, el conflicto se trasladó al sur y culminó en la batalla de Horseshoe Bend, donde las fuerzas creek sufrieron una derrota total a manos de las tropas estadounidenses. Estas les impusieron el

Tratado de Fort Jackson de 1814, que no era sino un tratado de capitulación por el que los creek se comprometían a abandonar grandes extensiones de tierra en lo que hoy en día son Alabama y Georgia 115/.

256. En general, a comienzos del siglo XIX las tribus meridionales celebraron numerosos tratados con los Estados Unidos, cediendo considerables extensiones de tierra, siempre con la esperanza de que las nuevas fronteras fueran permanentes. Pero las presiones de los colonos eran muy fuertes, y culminaron en las políticas de asignación de tierras y traslado del decenio de 1830.

257. No es difícil observar que para 1814 (y en una amplia zona de lo que son hoy los Estados Unidos), una nueva tendencia caracterizaba las relaciones de los indígenas con sus homólogos no indígenas sustentadas en tratados: la renuncia -por medio de instrumentos jurídicos negociados y celebrados bajo coacción, en muchos casos después de derrotas militares- a las tierras que habían ocupado desde tiempos inmemoriales.

258. Al comparar los tratados celebrados por los Haudenosaunee y los delaware con los mercaderes y colonos europeos desde el siglo XVII (y durante prácticamente todo el siglo XVIII) con el contenido de los tratados de Greenville y de Fort Jackson no cabe sino observar que aunque el carácter (nación a nación) de la relación se mantenía -al menos formalmente- el objeto había sufrido una modificación importante. Como resultado de la incesante expansión hacia el oeste de los nuevos colonos y especuladores, la cesión de los derechos sobre la tierra reemplazó al comercio y las alianzas en los instrumentos, especialmente los celebrados a partir del decenio de 1830.

259. Más de la mitad de los casi 400 tratados celebrados por los Estados Unidos con primeras naciones norteamericanas datan de entre 1815 y 1860, durante la expansión hacia el oeste de los asentamientos no indígenas. Durante este período, el decenio de 1830 representó un momento crítico, caracterizado por las políticas de asignación de tierras y traslado del Presidente Andrew Jackson que afectaron, entre otras naciones, a las "Cinco Tribus Civilizadas" 116/, así como por el establecimiento de un "territorio indio" al oeste del Misisipí.

260. Respecto de la condición jurídica de los pueblos indígenas, se trata de un período que despierta opiniones contradictorias, como lo demuestran las dos sentencias ya mencionadas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos relativas a los cherokee y su relación con el Estado de Georgia (veáanse los párrafos 129, 153 y 154 supra).

261. Para 1830, la frontera meridional de los Estados Unidos había avanzado más allá del Misisipí, pero alrededor de 60.000 indios cherokee, chikasaw, creek y choctaw vivían aún al este de ese río. La política de desalojo del Presidente Jackson tenía un objetivo innegable: obligar a las naciones indígenas a reasentarse más allá de las zonas colonizadas por los blancos.

262. Para justificar el traslado se recurrió a una definición restringida del concepto de civilización, que se entendía como la vida sedentaria dedicada a cultivar y mejorar el suelo, aunque irónicamente los pueblos amenazados por el traslado vivían principalmente de la agricultura. En realidad la cuestión radicaba en la propiedad de la tierra y la organización política, ya que los indios seguían viviendo en los territorios tradicionales que habían podido conservar. Se adaptaron sólo selectivamente, lo que significaba, entre otras cosas, que mantuvieron sus gobiernos tribales y la tenencia colectiva de la tierra.

263. El propósito básico de la política fue desbaratar el gobierno tribal y las comunidades indígenas, obligándolas a elegir entre alternativas fatales y bastante contradictorias: o bien aceptar parcelas individuales (es decir, asimilarse completamente y perder bastantes territorios) o trasladarse hacia el oeste (es decir, segregarse). Esta "opción" se negoció mediante tratados.

264. Existen por lo menos tres tratados celebrados por dos de las "Tribus Civilizadas" (los cherokee y los choctaw) entre 1817 y 1820 que reflejan ya en esta época conceptos que se consagrarían más tarde en las Leyes de desalojo de 1830 y de asignación general de tierras de 1887. Eran los tratados de 8 de julio de 1817 y 27 de febrero de 1819 firmados por los Estados Unidos con la nación cherokee y el Tratado de 20 de octubre de 1820, con la nación choctaw.

265. En los tratados con los cherokee (aceptados por ellos debido a "su anhelo de dedicarse a la agricultura y a la vida civilizada en los países que ocupaban" 117/) se aplicó la denominada política Crawford de 1816, que proponía el principio de entregar a los individuos toda la tierra que cultivaran en momentos de firmarse el tratado. El tratado con los choctaw de 1820 contenía disposiciones análogas.

266. Sin embargo, acontecimientos posteriores parecen señalar que la verdadera intención del Gobierno de los Estados Unidos de América en ese momento era forzar a estas naciones a asentarse más hacia el oeste. Un paso en esta dirección fue hacer extensiva la aplicación de las leyes del Estado a las naciones indígenas afectadas (en Georgia, Alabama, Misisipí y Tennessee). Esta política contradecía directamente las relaciones establecidas en virtud de tratados con los Estados Unidos y anuló la jurisdicción indígena en la mayoría de las esferas.

267. Durante el decenio de 1820, se celebraron negociaciones con las diferentes "Tribus civilizadas" con miras a su desalojo. En el año 1830 se promulgó la Ley de desalojo. Los choctaw fueron los primeros en "aceptar" un tratado de cesión de sus tierras (tratado de 30 de septiembre de 1830) en que también se disponían asignaciones de parcelas. Los creek trataron de resistirse al desalojo, pero presionados por la intrusión de los colonos, finalmente aceptaron firmar el Tratado de 21 de marzo de 1832, que era "un tratado de asignación de parcelas".

268. Los chickasaw aceptaron el desalojo, pero hasta entonces necesitaban tierras en el este. Fueron más afortunados que los creek y los choctaw, ya que los términos del tratado que firmaron en 1832 eran relativamente más generosos. Los problemas más importantes respecto de todos estos tratados eran los que se planteaban con los invasores blancos de las tierras indígenas y la venta de propiedades indígenas situadas en las porciones de tierra cedidas. En el caso de los choctaw y los creek, hubo mucha especulación, mala gestión y fraude y, como resultado de ello, muchos indios se vieron despojados de sus tierras y con escaso o ningún dinero. Llegó un momento en que la emigración resultó inevitable: 1838 fue el año del "Camino de las lágrimas" 118/.

269. Los cherokee escaparon a la política de asignación de tierras, pero no a la de desalojo: Georgia quería sus tierras, independientemente de las disposiciones de los tratados en vigor. Una vez sancionada la Ley de desalojo, Georgia promulgó diversas leyes por las que se usurparon derechos indígenas consagrados por tratados. Permanentemente hostigados por las autoridades de Georgia, los cherokee decidieron recurrir a la Corte Suprema para determinar si el Presidente de los Estados Unidos estaba en lo cierto al decir que el Gobierno Federal no tenía poder alguno en contra de las leyes del Estado en virtud de las cuales, de hecho, eran despojados de sus tierras.

270. Esta iniciativa dio lugar a la ya mencionada sentencia del Tribunal Supremo en el caso "La nación cherokee c. Georgia" (1831) en la cual se declaró incompetente, considerando que la nación cherokee no era un Estado extranjero y consagrando, de un plumazo, "conceptos jurídicos" tales como "naciones internas dependientes", "estado de pupilaje" y "relación [que se asemeja a] la de un pupilo y su tutor". Todos estos conceptos se aplicarían no sólo a las "Cinco Tribus Civilizadas" sino a todas las demás naciones indígenas de los Estados Unidos.

271. Por otra parte, resultaba evidente que al celebrar tratados con las naciones indígenas, los Estados Unidos reconocían expresa o tácitamente a estas naciones como poderes soberanos e independientes. Esta opinión se reflejó explícitamente en la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso "Worcester c. Georgia" (1832) (véase el párrafo 154 supra). Así pues, en el plazo de un año, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos expresó dos opiniones contradictorias. Ambas coexistieron durante algún tiempo. La opinión del caso Worcester impidió la enajenación completa de las tierras indígenas; el concepto de tutoría surgido del caso Cherokee c. Georgia, por otra parte, promovió las políticas intervencionistas dirigidas a asimilar a estos pueblos 119/.

La nación maorí

272. Hace alrededor de 1.000 años, los maoríes llegaron a Aotearoa, Nueva Zelandia, provenientes de la Polinesia oriental 120/. Los primeros europeos (especialmente James Cook) llegaron a las islas en el decenio de 1760. Con posterioridad, mercaderes europeos se dirigieron a esa región en busca de madera. Más tarde, pescadores de focas y ballenas europeos comenzaron a visitar las aguas costeras de la isla.

273. Es evidente que la presencia europea perturbó de diversas maneras la cultura tradicional maorí. Mucho se ha escrito sobre las repercusiones de las armas europeas en las relaciones y guerras intertribales maoríes, así como de las actividades misioneras 121/.

274. Los antecedentes, negociación, adopción y otros aspectos del Tratado de Waitangi de 1840 desde los puntos de vista maorí y británico han sido objeto de un profundo examen por parte de Claudia Orange y otros estudiosos 122/ y sería superfluo repetirlo a esta altura del estudio. A juicio del Relator Especial, el Tratado es especialmente esclarecedor para comprender las dificultades con que tropezaron los gobiernos y las poblaciones indígenas para aplicar plenamente los derechos dimanantes de tratados.

275. Por consiguiente, es útil recordar en este informe sobre la marcha de los trabajos algunos aspectos fundamentales relacionados con ese Tratado. En primer lugar, su firma se vio precedida de unos 70 años de contactos entre los maoríes y los europeos, durante los cuales surgieron expectativas en ambas partes. Sin embargo, hoy en día sigue sin cerrarse la brecha entre las expectativas maoríes y las europeas respecto de este instrumento.

276. También cabe destacar que el Tratado fue precedido, en 1835, de una declaración de independencia. Este hecho debe verse en el marco de la precaria presencia británica en las islas, garantizada principalmente por misioneros y mercaderes.

277. Además, el Tratado no representaba el único medio de proteger los intereses británicos. En aquellos momentos se examinaron diversas posibilidades, entre ellas la instalación de fábricas comerciales bajo jurisdicción británica, el protectorado, etc. Sin embargo, la fórmula de una soberanía completa cedida voluntariamente, era política y diplomáticamente conveniente porque daba a los británicos -como señala Orange- un "derecho incuestionable a ejercer la autoridad" a los ojos de otras Potencias europeas. Orange también examina pormenorizadamente algunos problemas de traducción y malos entendidos derivados de ellos, especialmente respecto de la cesión de la soberanía.

278. En cuanto a esta cuestión crucial de la cesión de la soberanía, debe señalarse que las medidas oficiales para consolidar la soberanía británica después de la firma del Tratado parecen confirmar que los británicos eran perfectamente conscientes de que sólo habían obtenido derechos parciales. Desde el punto de vista conceptual, parece haber confusión entre la "cesión de tierras" (y la soberanía sobre ellas) y el derecho a gobernar; en este caso, el derecho a establecer un gobierno centralizado bajo jurisdicción británica. Las famosas frases de uno de los participantes indígenas ("Se ha dado a la Reina la sombra de la tierra, mientras que nos queda el suelo" o "sólo la sombra de la tierra pertenece a la Reina, mientras que nosotros nos hemos quedado con la esencia", sin duda señalan esa situación.

279. El asunto del Gobierno plantea dos cuestiones: la significación real de las "guerras intertribales" que a menudo se invocaban para afirmar la necesidad de proteger los intereses británicos (especialmente aduciendo un compromiso más sólido de la Corona) y, en términos más generales, ideas preconcebidas sobre el gobierno como tal, ya que aparentemente desde un punto de vista práctico en aquellos tiempos se suponía que los maoríes no tenían gobierno alguno.

280. El Relator Especial también ha tenido acceso a algunas leyes de importancia histórica y actual respecto del Tratado de Waitangi. Algunas de ellas son en particular, la Ley sobre el Tratado de Waitangi de 1975 (posteriormente enmendada) por la que se estableció el Tribunal Waitangi que examina las reclamaciones y formula recomendaciones, la Ley de las tierras nativas de 1909 y la Ley de asuntos maoríes de 1953.

Poblaciones indígenas actuales de Columbia Británica, en el Canadá

281. La Compañía de la Bahía de Hudson (HBC) llegó a la parte septentrional de la costa noroccidental del Pacífico (es decir, la futura provincia de Columbia Británica) en 1821, a raíz de su fusión con la Compañía Noroccidental independiente, que tenía su sede en Montreal y había desarrollado actividades en la zona. Ese mismo año, la HBC recibió licencia exclusiva para comerciar en la zona situada al oeste de las Montañas Rocosas.

282. Por el Tratado de Wáshington de 1846, el territorio al norte del paralelo 49 quedó reservado para el comercio de pieles, mientras que hacia el sur los estadounidenses comenzaron a colonizar el territorio de Oregón. Poco después, en 1849, se proclamó la colonia de la isla de Vancouver; por concesión imperial, se encomendó a la HBC que tomara a su cargo el asentamiento y la colonización de la isla.

283. James Douglas fue el segundo Gobernador de la isla, después de R. Blanchard, y al mismo tiempo agente principal (hasta 1858) de las actividades de comercio de pieles de la HBC en la isla de Vancouver y en Nueva Caledonia (es decir, la tierra firme frente a la cual se encuentra la isla). Estaba estacionado en Fort Victoria, donde la Compañía tenía su sede.

284. Entre 1850 y 1854, James Douglas compró tierras a 14 naciones indígenas: 11 en los alrededores de Fort Victoria, 2 en Fort Rupert, 1 en Nanaimo. La concesión imperial que había obtenido la HBC en 1849 tenía validez por diez años; en 1859 no se concedió la prórroga, lo que explica -al menos en parte- por qué se suspendió la celebración de tratados. Posteriormente los tribunales declararon que las compras de la HBC equivalían a tratados con los indios. En su respuesta al cuestionario, el Gobierno canadiense también considera "los 14 tratados de la isla de Vancouver o de "Douglas" en Columbia Británica" pertenecen a esta categoría de instrumentos 123/.

285. En sus negociaciones con las poblaciones indígenas en esa región, Douglas se ajustó a la opinión británica dominante sobre el carácter de la tenencia de las tierras por parte de los aborígenes (que también aplicó la Compañía de Nueva Zelandia en la misma época aproximadamente). La HBC lo autorizó a confirmar los títulos indios sólo respecto de las tierras que habían cultivado o que habían construido viviendas, lo cual tenía poco sentido en una región donde los habitantes aborígenes se dedicaban a la pesca y a la caza itinerantes. Sin embargo, Douglas sólo reservó las tierras cuyos títulos indios podían reconocerse en el sentido europeo.

286. A cambio, los indios recibieron mantas de las HBC (que posteriormente se convertirían en un elemento importante de las ceremonias de intercambio), pequeñas parcelas reservadas para su propio uso y la libertad de cazar y pescar en las tierras desocupadas como lo habían hecho en el pasado. La compensación que recibieron fue mínima (Douglas prefería realizar pagos anuales, pero la mayoría de los indígenas optaron por recibir una suma global).

287. Douglas sólo negoció las zonas en que pensaban radicarse los europeos y se negó a comprar tierras indias en otras regiones. Hizo todo lo posible por proteger las tierras reservadas a los indios una vez firmados los tratados 124/.

288. Su política debe considerarse en el marco del violento giro que tomó el conflicto entre los colonos blancos y los indígenas en los Estados Unidos, que los europeos recién llegados al norte del paralelo 49 veían con desconfianza. Debido a la situación específica creada por el Tratado de 1846, los colonos ejercieron relativamente pocas presiones sobre la Isla de Vancouver hasta la fiebre del oro de 1858 en la zona de Fraser.

289. Desde los tratados del decenio de 1850, no se han celebrado acuerdos en Columbia Británica con las primeras naciones para la extinción de los títulos aborígenes, con excepción del Tratado N° 8 en la zona nororiental de la provincia. Esto no significa que los habitantes indígenas de la provincia no reclamaran el reconocimiento de dichos títulos. Un estudio reciente ofrece una nueva perspectiva histórica y política de la espinosa cuestión de las tierras indias de Columbia Británica 125/.

El pueblo shoshone

290. Los shoshone son un pueblo de la Gran Cuenca de los Estados Unidos que solía vivir de la caza y de la recolección de alimentos silvestres 126/. Se consideraba que estaban divididos en tres naciones, la oriental, la noroccidental y la occidental.

291. Alrededor de 1820 comenzaron a entrar en su zona tramperos blancos. Para el decenio de 1840, los colonos habían creado una línea de caravanas que atravesaba la Cuenca para llegar a California. No tardaron en agotarse los recursos alimentarios y la caza de la zona, y gradualmente los shoshone se vieron obligados a modificar sus costumbres tradicionales de recolección de alimentos así como su vida social.

292. La Gran Cuenca quedó oficialmente bajo la autoridad de los Estados Unidos en 1848. Ese mismo año los mormones empezaron a llegar al Oeste y se descubrió oro en la sierra californiana.

293. Reduciendo el territorio de Utah el Congreso de los Estados Unidos estableció el territorio de Nevada en 1861, que se convirtió en Estado en 1864. La inmigración blanca se intensificó. Los habitantes indígenas, gradualmente despojados de gran parte de sus valiosas tierras, reaccionaron hostilmente. En 1862, el Presidente Lincoln designó una comisión especial para negociar el tratado de paz con los shoshone. En realidad, se firmaron tres tratados con las diferentes divisiones del pueblo. La comisión había recibido instrucciones de negociar la paz y la seguridad en los caminos, y no la extinción de los títulos aborígenes.

294. El Tratado de Ruby Valley, firmado el 1º de octubre de 1863 con los shoshone occidentales y ratificado en 1869, menciona un "país shoshone" (reclamado por los signatarios) cuyos límites se definen en el artículo 5. En el texto no existe disposición alguna respecto de la cesión de tierras ni de la creación de una reserva. Sin embargo, los shoshone occidentales acordaron autorizar al Presidente de los Estados Unidos a crear una reserva para ellos en una etapa posterior, cuando desearan cambiar su modo de vida.

295. En el decenio de 1870 comenzaron a delinearse las reservas. Aunque los términos del Tratado no dejan lugar a confusiones, los shoshone occidentales luchan en la actualidad en lo que aparentemente será el caso más largo sobre derecho de tierras de la historia de los Estados Unidos.

296. Los acontecimientos que llevaron a la situación actual se pueden resumir de la siguiente manera: en 1951, algunos miembros de la "tribu shoshone occidental" entablaron un proceso ante la Comisión de Reclamaciones Indias por la presunta pérdida de sus tierras ancestrales. Sus abogados no tomaron en cuenta el Tratado de Ruby Valley. La reclamación fue reconocida en 1974 (y se fijó la indemnización en más de 20 millones de dólares de los EE.UU.). Sin embargo, entre tanto la parte indígena había modificado su postura. Los shoshone occidentales ahora deseaban que se reconocieran sus títulos ancestrales sobre la base del Tratado, pero se denegó el reconocimiento y la indemnización se depositó en un fondo fiduciario. Los shoshone occidentales bloquearon la distribución de la indemnización (que ahora asciende a más de 60 millones de dólares).

297. Aparentemente, la relación entre la indemnización concedida por la Comisión de Reclamaciones Indias y la extinción del título aborígen es poco clara, ya que la Ley de la Comisión de Reclamaciones no prevé la extinción de los títulos aborígenes.

La nación sioux

298. La cultura de las llanuras es probablemente la más conocida de todas las culturas indígenas de América del Norte. El estilo de vida de los pueblos de esta zona, por ejemplo los siou, cheyene, arapaho, comanche y kiowa, ya se

había modificado completamente en torno a 1800, merced a la introducción del caballo. Algunas naciones que habían vivido principalmente de los cultivos, como era el caso de los crow, se pasaron a la caza del búfalo.

299. Porque dependían del búfalo, los pueblos de las praderas eran económica y culturalmente vulnerables una vez comenzada la colonización europea y, en particular, la construcción de los ferrocarriles y la matanza indiscriminada de aquellos animales. Casi desaparecidos los búfalos hacia 1880, probablemente de resultados de un proyecto bien planificado para pacificar las naciones de la zona, no tenían nada con qué contar.

300. Los sioux y otros pueblos septentrionales de las llanuras habían mantenido contactos con los blancos desde el siglo XVII, en particular comerciantes de pieles y misioneros. Sin embargo, las repercusiones del conflicto franco-inglés prácticamente no los alcanzaron.

301. Comenzaron a celebrar tratados con los representantes estadounidenses -muchos de ellos tratados de paz y amistad- a comienzos del siglo XIX. Debe recordarse a este respecto que el efecto de los asentamientos europeos se hizo sentir en las llanuras bastante tarde, pero con la violencia habitual, en especial después de la fiebre del oro de Pike's Peak de 1858, la creación en 1861 del Territorio de Colorado y finalmente la guerra civil, debido a los movimientos de los Chaquetas Azules.

302. Para entonces, los cheyenne, arapaho, sioux, crow y otras tribus habían celebrado un Tratado -el Tratado de Fort Laramie de 1851- por el que accedían a autorizar a los Estados Unidos a construir caminos y puestos militares en todos sus territorios tradicionales, pero sin por ello renunciar a ningún derecho o reivindicación sobre las tierras ni a los derechos de pesca y caza y a la libertad de movimiento. Se conocen los detalles de los procedimientos desde el punto de vista del Comisionado de los Tratados 127/.

303. La segunda parte del decenio de 1860 se caracterizó por las invasiones indias en las llanuras, gran parte de las cuales fueron reacciones ante la masacre de Sandcreek de noviembre de 1864. En 1867, el Gobierno de los Estados Unidos creó una comisión de paz para negociar con los pueblos hostiles de las llanuras que, por su parte, no se mostraban dispuestos a renunciar a sus tierras en favor de los colonos blancos ni a abandonar su forma tradicional de vida.

304. La comisión viajó a lo largo del alto Missouri para firmar la mayor cantidad de tratados posibles. Negociaron derechos de paso para las caravanas y, en última instancia, la construcción de ferrocarriles con miras a la inmigración blanca en gran escala.

305. De esta manera se celebraron nueve tratados con los sioux (brulés, hunkpapas, oglalas y minneconjous). Wáshington se congratuló porque los veía como pruebas de la pacificación definitiva de las tribus guerreras de las llanuras. Sin embargo, ni un solo jefe guerrero había firmado, por lo que los tratados carecían totalmente de valor, hecho del que eran conscientes algunos

miembros de la comisión. Por eso se ejercieron presiones para celebrar una gran reunión de los pueblos afectados por los tratados en Fort Laramie, a la que asistirían los jefes guerreros. En la influyente historia del lejano Oeste escrita por Dee Brown aparece una descripción detallada de los acontecimientos que llevaron a la reunión de Fort Laramie de 1868 128/.

306. El Tratado de Fort Laramie de 1868 es un tratado de paz, pero también dispone la creación de una gran reserva y contiene otras cuestiones sumamente polémicas, entre ellas algunas en materia de jurisdicción que se debaten incluso hoy en día.

307. El padre Peter John Powell 129/ señala que, según la interpretación indígena (sioux de Lakota), todas las tierras al oeste del río Missouri -incluido el gran territorio sioux- eran objeto de una reserva perpetua para uso y posesión de las naciones sioux. Por ende, la aplicación de la ley en esas tierras se realizaría, como siempre, en la forma tradicional, y estaría a cargo de los jefes de Consejo y los miembros de las sociedades akicita. Serían ellos quienes procederían contra todo aquel que violara alguna de las estipulaciones del Tratado.

308. En el decenio de 1880, gracias a diversos "acuerdos" -que, según la parte indígena, le fueron impuestos- los Estados Unidos organizaron la división del vasto territorio sioux en varias reservas pequeñas 130/. El Gobierno Federal se hizo cargo del resto de las tierras. Las reservas más pequeñas, a su vez, se fragmentaron aún más en virtud de la Ley Dawes de 1887. Así grandes extensiones de tierra quedaron abiertas a los inmigrantes blancos, en contra de las disposiciones del Tratado de 1868.

309. Cabe destacar que en 1980, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos dijo, con relación a la confiscación ilegal de la sierra de Black Hills de Dakota del Sur en lo que se consideraba territorio sioux, que "... muy probablemente nunca se encontrará en la historia de nuestra nación un caso más patente de trato deshonesto" y consideró que "el Presidente [de los Estados Unidos] Ulysses S. Grant fue culpable de mala fe al violar las obligaciones del Gobierno en virtud de tratados con los sioux respecto de... los compromisos del Tratado de Fort Laramie de 1868 con los sioux". La Corte también llegó a la conclusión de que el Gobierno de los Estados Unidos era culpable de "... una coacción continua... al hacer pasar hambre a los sioux para que accedieran a vender la sierra de Black Hills" 131/.

Las naciones del Tratado N° 6 del Canadá

310. En 1867, la provincia del Canadá -que se remontaba a la unión del Alto y el Bajo Canadá en 1840, posteriormente dividida en Ontario y Quebec- Nueva Escocia y Nuevo Brunswick formaron el Dominio del Canadá. Para entonces, se habían firmado diversos tratados entre las naciones indígenas y los soberanos europeos.

311. Entre 1871 y 1921 la Corona británica, por conducto de sus oficiales canadienses, concertó once tratados, denominados los "tratados numerados", con las poblaciones indígenas del Canadá septentrional y de las llanuras, con el propósito de hacer accesibles a la colonización y a la construcción de ferrocarriles vastas extensiones de las tierras ancestrales de los indígenas.

312. Para 1875 se habían concluido los Tratados 1 a 5 y los colonos no indígenas se hicieron con títulos, considerados legales sobre gran parte de la región occidental de la actual Alberta. El resto de lo que constituyen actualmente los llanos del Canadá comprendía las tierras ancestrales ocupadas por las grandes naciones de las llanuras.

313. Para julio de 1875 habían ocurrido varios incidentes entre estas naciones, por una parte y los trabajadores encargados de tender un cable telegráfico en la zona y sus agrimensores, por la otra. Las primeras naciones advirtieron claramente a las autoridades no indígenas que no tolerarían más actividades de los blancos en sus territorios mientras el Gobierno no reconociese sus derechos tradicionales y se reuniese con ellas para considerar el futuro.

314. David Mills, a la sazón Ministro del Interior, presionaba cada vez más al Gobierno para que mantuviese la paz y salvase al país. Con frecuencia recibía informes alarmantes de Alexander Morris, teniente gobernador de los territorios del noroeste y de los oficiales de más alto grado de la Policía Montada de la región. Reflejaban la creciente tensión de la región, al aumentar la colonización blanca y el número de intrusos que hollaban tierras indígenas.

315. Varios hechos de la primavera de 1876 precipitaron los acontecimientos. El brote de hostilidades entre los lacotas y el ejército de los Estados Unidos, la "última resistencia" de Custer y la retirada de Toro Sentado a regiones que hoy pertenecen al Canadá incitaron al Gobierno a iniciar preparativos para la celebración de tratados con las grandes naciones de las llanuras.

316. Morris, que había participado activamente en las negociaciones que condujeron a tres tratados numerados anteriores, fue nombrado Comisionado Principal de la parte no indígena. James McKay, miembro mestizo del Consejo del Noroeste, también fue nombrado miembro de la delegación.

317. El Tratado N° 6 fue negociado y firmado entre la Reina de la Gran Bretaña y los cree de las llanuras y de los bosques del 23 al 28 de agosto y el 9 de septiembre de 1876 en Fort Carlton y Fort Pitt, respectivamente. Abarca la región del río Saskatchewan del Norte en territorios de lo que ahora son las regiones centrales de las provincias de Alberta y Saskatchewan, y una pequeña parte de Manitoba. Como en los demás tratados numerados, se prevén reservas, gratificaciones y anualidades, medallas y banderas, ropa para los jefes y los concejales, municiones y guita, así como servicios de educación. A diferencia de otros tratados numerados, en el Tratado N° 6 se prevé también un "botiquín" y la prestación de asistencia durante los períodos de peste y hambre.

318. Se ha presentado al Relator Especial una transcripción literal de la primera reunión internacional sobre el Tratado N° 6, celebrada en la reserva de Onion Lake (Saskatchewan) en julio de 1989, que contiene la versión indígena de la negociación y firma del Tratado N° 6. La mayoría de los oradores en esa reunión, a la que también asistió el Relator Especial, eran jefes y ancianos de la tribus Cree y Chipewyan, quienes contaron lo que habían aprendido de sus mayores acerca de la negociación y la firma del tratado, así como acerca de las obligaciones que ataban a sus pueblos con la Corona Británica.

Los cree (de Quebec), los inuit de Quebec y los inuit de Port Burwell

319. Las susodichas primeras naciones indígenas del Canadá establecieron relaciones contractuales con el Gobierno Federal del Canadá y otras partes mediante el Acuerdo de la Bahía de James y de Quebec septentrional (Convention de la Baie James et du Nord Québécois). El Acuerdo (Convención) se firmó el 11 de noviembre de 1975 y es uno de los tres "tratados modernos" reconocidos por el Gobierno del Canadá.

320. Estos tratados modernos deben contemplarse a la luz de la política del Gobierno Federal sobre las reclamaciones indígenas, expuesta por primera vez en 1973. Según la información de que dispone el Relator Especial, parece que se han establecido dos categorías principales de reclamaciones: reclamaciones generales relativas a los derechos aborígenes, y reclamaciones específicas en cuya virtud el Gobierno se compromete a cumplir lo que considera que son sus obligaciones legales.

321. El Acuerdo fue la culminación de un largo y duro período que se inició con la primera fase de construcción de varias obras de un gran complejo hidroeléctrico que debía construirse en tierras indígenas. La construcción se inició sin el consentimiento de los pueblos indígenas afectados que, en consecuencia, acudieron a los tribunales para detener el proyecto. Los tribunales permitieron que continuaran las obras mientras se estudiaba el caso. Sin embargo, el conflicto jurídico iniciado contribuyó decididamente a que hubiese un proceso de negociación entre todas las partes interesadas.

322. Según estimaciones de Cumm 132/, en el Acuerdo se prevé que los indios inuit y cree de la región pueden conservar, en calidad de propietarios, el 1,3% de las tierras que vienen usando tradicionalmente. También se prevé la transferencia de 225 millones de dólares canadienses a los aproximadamente 10.000 a 11.000 indígenas de esas naciones en un plazo de varios años. Una fuente ha señalado que en realidad esta fórmula de tierra por dinero "no difiere de los tratados históricos de cesión de tierras del Canadá meridional" 133/.

323. El mismo autor 134/ ha afirmado que el Acuerdo "... es sencillamente una compra obligada, una oferta que no podía rechazarse en el sentido de que no se haría ninguna otra oferta". El hecho de que se permitió que continuaran las obras y de que todos los partidos políticos de la provincia respaldaran enérgicamente el proyecto reducía muchísimo el poder de negociación de las naciones indígenas interesadas.

324. Esto, desde luego, plantea el problema de la naturaleza y la validez del consentimiento dado por las partes indígenas al Acuerdo. Este elemento, conjuntamente con el uso indistinto de los términos "Acuerdo" y "Convención" para denominar a este instrumento y la larga lista de acciones judiciales iniciadas por la parte indígena para procurar su aplicación ha dado lugar a que el Relator Especial incluya el Acuerdo de la Bahía de James entre aquellos que merecen especial atención en la siguiente fase del presente estudio.

B. Convenios entre los Estados y otras entidades y
los pueblos indígenas

325. En cuanto a esta segunda categoría de situaciones definida dentro del alcance conceptual del estudio, el Relator Especial se encuentra ante una gran variedad de situaciones que deberán examinarse necesariamente caso por caso para determinar su pertinencia en relación con sus futuras investigaciones.

326. La necesidad de un enfoque casuista de esta índole procede del hecho que la decisión de las partes en un instrumento legal de designarlo como "acuerdo" no significa necesariamente que el carácter jurídico de dicho instrumento difiera en modo alguno de los denominados oficialmente "tratados".

327. En relación con este problema específico, debe tenerse en cuenta que en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados se define "tratado", para los fines de ese instrumento, como "un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional... cualquiera que sea su denominación particular". Debe señalarse, desde luego, que todas las disposiciones de la Convención de 1969 son no retroactivas: se aplican únicamente a los instrumentos firmados por las partes en la Convención después de su entrada en vigor, salvo las disposiciones que reflejen un derecho consuetudinario internacionalmente reconocido que sean aplicables a los Estados en virtud de sus obligaciones con arreglo al derecho internacional general.

328. Además, en la práctica de los Estados y en la legislación interna de los Estados se atribuyen con frecuencia significados específicos a ambos términos (es decir, "acuerdos" y "tratados"), en lo que toca a su interacción con otras entidades nacionales o internacionales, o con respecto a su derecho interno específico que rige, por ejemplo, la forma en que debe manifestarse el consentimiento del Estado con respecto a uno u otro instrumento. Como es de suponer, en todas las legislaciones nacionales no se enfoca este problema de idéntica manera.

329. Por ejemplo, en el caso de la práctica seguida por los Estados Unidos entre 1871 (cuando el Gobierno Federal puso fin oficialmente a la política de celebración de tratados) y 1902, el profesor Morris señala que durante ese período "a los nuevos pactos celebrados entre [los Estados Unidos y los gobiernos indígenas] se les dio la forma oficial de "acuerdos" 135/.

330. Sobre la base de varias fuentes, Morris postula que "en la práctica, en especial en relación con la política estadounidense en cuya virtud se seguía teniendo en cuenta la soberanía de las naciones nativas, la diferencia entre "tratados" y "acuerdos" reviste escasa importancia. El cambio consistía en una modificación procesal interna que afectaba la forma en que los gobiernos no nativos y las naciones nativas obrarían recíprocamente entre sí, pero sin alterar el carácter de la soberanía indígena, ni la interpretación de esa soberanía por parte de los Estados Unidos" 136/.

331. Además, como se ha señalado en el párrafo 157 supra de vez en cuando los tribunales nacionales también interpretan a su manera el carácter de los instrumentos específicos pertinentes a las distintas situaciones relativas a los indígenas que se les presentan para su examen y decisión, independientemente de la denominación oficial dada originalmente a esos instrumentos legales.

332. En consecuencia, el Relator Especial ha seleccionado ciertos factores que tendrá en cuenta al determinar cuáles de los instrumentos históricos o contemporáneos que se examinen serán considerados como "acuerdo" o como "tratado" en la siguiente fase de su trabajo. Estos factores son los siguientes: a) quiénes son (o quiénes fueron) las partes en el instrumento; b) las circunstancias de su firma; y c) el tema del documento.

333. Por una parte, es evidente que determinadas características pueden realzar el valor intrínseco de un "acuerdo" sin modificar su carácter jurídico. Tal es el caso, entre otros, de los "acuerdos" en que son partes los propios Estados, o de los acuerdos firmados por entidades no estatales con mandato expreso de los Estados para negociar en su nombre con otras entidades soberanas o no soberanas y, más aún, el caso de los instrumentos que tienen por tema cuestiones relativas a la noción y el contenido de soberanía (como por ejemplo territorio, tierras y otras cuestiones jurisdiccionales).

334. Por otra parte, otros rasgos de un "acuerdo" pueden reducir o aun anular su pertinencia jurídica para los fines del presente estudio. Este podría ser el caso de ciertos "acuerdos" concertados por empresas comerciales o concesionarias sin la aprobación coetánea o futura de los Estados. Análogamente, es posible que los "acuerdos" firmados durante un período colonial dejen de ser aplicables en países que posteriormente lograron la independencia, con el consiguiente acceso al poder estatal de la población indígena y su ulterior control de las cuestiones reguladas en esos instrumentos.

335. De estas observaciones preliminares se infiere que el valor y la utilidad de los acuerdos puede variar considerablemente según los casos. En algunos casos los "acuerdos" que se examinen pueden constituir de hecho "tratados históricos" o "modernos". En otros casos es posible que el "acuerdo" no sea más que un contrato, o un documento ya carente de toda la importancia que tuvo en un momento determinado.

336. Hasta ahora el Relator Especial ha seleccionado provisionalmente dentro de la categoría de "acuerdos" en el sentido del presente estudio, pero con necesidad de nuevas investigaciones y análisis, los instrumentos siguientes:

1. Tratado entre la Gran Bretaña y los Jefes de Sierra Leona (22 de agosto de 1788) 137/;
2. Acuerdo entre la East India Co. (Gran Bretaña) y los mahrattas (6 de junio de 1791) 138/;
3. Tratado de alianza comercial entre la East India Co. (Gran Bretaña) y Selangor (22 de agosto de 1818) 139/;
4. Acuerdo de Panglong (12 de febrero de 1947) 140/;
5. Acuerdo entre el Ministro federal de Asuntos Indios del Canadá y la Federación de Naciones Indias de Saskatchewan (junio de 1989) 141/; y
6. Acuerdo entre el Gobierno del Canadá y los Inuit de los Territorios del Noroeste (Convenio de Nunavut) (1992) 142/.

C. Otros acuerdos constructivos

337. En su informe preliminar (E/CN.4/Sub.2/1991/33, párr. 96) y en la introducción al presente capítulo, el Relator Especial ha expuesto su definición de la expresión "otros arreglos constructivos" incluida en la resolución 1988/56 de la Comisión de Derechos Humanos, texto clave que rige su mandato.

338. En su opinión, el elemento más importante para reconocer este tipo de situación es comprobar la existencia del consentimiento libre y consciente de todas las partes interesadas en cuanto al contenido del acuerdo. Sin ese elemento ningún acuerdo puede calificarse de "constructivo".

339. Dada la historia de las relaciones entre los pueblos indígenas y el Estado y los agudos problemas -incluido el de la supervivencia física en ciertos casos- a que hacen frente los pueblos indígenas en el mundo de hoy, es difícil admitir que un acuerdo concertado sin el libre asentimiento de la parte indígena pueda considerarse como fundamento seguro para establecer una base sólida, duradera y equitativa para las relaciones actuales y, en especial, futuras, entre los pueblos indígenas y el Estado dentro de cuyas fronteras viven actualmente.

340. En la fase actual, el Relator Especial ya ha señalado algunas de las posibles modalidades que podrían adoptar esos acuerdos. Por ejemplo, podrían plasmarse oficialmente en disposiciones administrativas o ejecutivas de las autoridades estatales en los planos nacional (federal), provincial (estatal) o municipal con miras a resolver problemas concretos que afectan el modo de vida de la parte indígena, o sus relaciones con el resto de la comunidad o de la sociedad en general. También pueden asumir la forma de disposiciones

legislativas específicas que regulen aspectos más generales de la vida de los indígenas, tales como el establecimiento de instituciones con contenido de gobierno propio o autónomo, a condición de que haya habido una participación significativa de la parte indígena en el proceso legislativo y una aceptación explícita tanto del proceso conducente al arreglo como de sus resultados. La solución de problemas específicos resueltos, de manera general, mediante tratados o acuerdos previamente concertados también podría ser objeto de este tipo de arreglo.

341. Partiendo de esa base, hay un caso concreto que, en opinión del Relator Especial, da una idea del carácter, la posible forma oficial y los objetivos potenciales del tipo de acuerdo a que su mandato se refiere.

Gobierno Autónomo de Groenlandia (1979)

2

342. Con un total de más de 2 millones de km², Groenlandia es la isla más grande del mundo. Sin embargo, la mayor parte de su territorio está permanentemente cubierta de una capa de hielo; las zonas no cubiertas de hielo abarcan solamente 341.700 km². Se estima que su población asciende de 50.000 a 55.000 habitantes, de los cuales un 95% son indígenas. Durante más de 200 años Groenlandia fue una colonia danesa. Entre 1953 y 1979 Dinamarca trató de anexionarse Groenlandia.

343. En 1980 se instituyó el Gobierno Autónomo. El Gobierno Autónomo, que consta de un poder legislativo y un poder ejecutivo, ejerce su autoridad sobre una gama importante de cuestiones internas de la isla en materia de educación, la cultura, el idioma, la religión, los asuntos sociales, el bienestar, el trabajo, la salud, la vivienda, el transporte, la economía (tanto tradicional como moderna) y el medio ambiente, entre otras.

344. La legislación nacional danesa por la que se estableció el Gobierno Autónomo de Groenlandia fue negociada por representantes de ambas partes en una comisión especial instituida en 1975. En enero de 1979 la población de Groenlandia aprobó la Ley de Gobierno Autónomo, anteriormente aprobada por el Parlamento de Dinamarca. Entró en vigor el 1º de mayo de 1979. Parece que el modelo que representa el Gobierno Autónomo de Groenlandia constituye el acuerdo de gobierno autónomo indígena más amplio del mundo actual.

345. Una reforma importante -pese a que su consecución tardó diez años- fue la abolición por el Landsting (Parlamento de Groenlandia) de los denominados "criterios del lugar de nacimiento", en cuya virtud las personas nacidas en Groenlandia recibían salarios menores que los de los "expatriados" (es decir, las personas nacidas en Dinamarca) 143/.

346. La situación de Groenlandia plantea varios problemas específicos que deben considerarse a la luz del acuerdo de Gobierno autónomo. Groenlandia ha sido una importante base militar de los Estados Unidos. Económicamente hablando, ha habido llamamientos en pro de una enmienda de la actual legislación que rige los derechos de explotación de los recursos naturales del subsuelo de la isla. Según parece los derechos de caza, de pesca y de la caza de focas aún son motivo de controversia.

347. El Relator Especial ha seguido con interés las exposiciones de los delegados de Groenlandia en el Grupo de Trabajo. Se propone examinar muy a fondo las disposiciones específicas de la Ley sobre el Gobierno autónomo y las experiencias acumuladas durante la vigencia de la autonomía, con miras a evaluar si este tipo de procedimiento puede propiciar mejores relaciones entre las partes indígenas y no indígenas.

Otros casos que aún se están examinando

348. En las respuestas de los Gobiernos del Canadá y de Finlandia al cuestionario, se mencionan algunas modalidades generales (y algunos casos específicos) de los que podrían considerarse, a su juicio, como acuerdos constructivos. El Relator Especial no ha terminado su examen de la información proporcionada.

D. Situaciones que afectan a pueblos indígenas que
no son partes en ninguno de los instrumentos
antes mencionados, ni objeto de ellos

349. En las secciones anteriores del presente capítulo, el Relator Especial ha descrito, con ejemplos, situaciones que constituyen la esencia del presente estudio, a saber, las relacionadas con los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos.

350. El número de estudios de casos posibles en relación con todas las situaciones mencionadas es, de hecho, impresionante. Sin embargo, aún hay un número muy considerable de pueblos indígenas no abarcados por ninguna de estas categorías de instrumentos jurídicos.

351. En este contexto, debe recordarse que de conformidad con su mandato, el Relator Especial debe explorar "la utilidad potencial" de los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre las poblaciones indígenas y los gobiernos, con objeto de garantizar la promoción y protección de los derechos y las libertades de las poblaciones indígenas 144/.

352. Siendo este el caso, en las primeras etapas de su investigación el Relator Especial decidió que, para cumplir su mandato, le era indispensable examinar la situación de las naciones indígenas, tema no abarcado hasta ahora por ninguno de los instrumentos directamente relacionados con el estudio. En su opinión, sin ese examen sería imposible evaluar si los futuros tratados, convenios o acuerdos constructivos podrán contribuir a mejorar su situación actual.

353. En su informe preliminar de 1991 el Relator Especial sometió esta importante decisión teórica y práctica para que la examinaran el Grupo de Trabajo y la Subcomisión 145/. En ninguno de estos órganos se ha expresado ninguna objeción. En consecuencia, y con los adelantos ya logrados en su investigación general para el estudio, el Relator Especial está ahora en condiciones de ampliar sus ideas sobre este aspecto de la investigación.

354. Sin duda, este aspecto particular de la situación general de los pueblos indígenas en la actualidad da lugar a algunas consideraciones jurídicas interesantes. Por una parte, puede sostenerse razonablemente que los derechos y libertades reconocidos en la legislación interna del Estado-nación en que viven actualmente puede aplicarse a pueblos indígenas no abarcados por los diversos tipos de instrumentos jurídicos específicamente incluidos en el mandato del Relator Especial. Además, es evidente que las disposiciones de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y las obligaciones aceptadas por los Estados en los instrumentos internacionales de derechos humanos son aplicables a todas las personas que viven dentro de sus territorios actuales. Más aún, todos los pueblos indígenas se beneficiarán de los derechos que han de consagrarse en la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, que viene redactando actualmente el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, una vez que la apruebe la Asamblea General de las Naciones Unidas.

355. Por otra parte, también puede afirmarse lógicamente que los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos pueden ser un instrumento importantísimo para establecer y aplicar oficialmente (de manera consensual y bilateral) los mismísimos derechos y libertades mencionados en el párrafo anterior. El Relator Especial se inclina mucho a aceptar esta proposición.

356. Su razonamiento para adoptar este enfoque es sencillo. El proceso de negociación y de consentimiento inherente a los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos puede señalarse tal vez como el modo más conveniente no sólo de lograr un aporte indígena en el reconocimiento/restitución actual de los derechos y libertades de los pueblos indígenas, sino también para establecer los mecanismos prácticos tan necesarios para construir y aplicar plenamente los derechos escritos en los textos nacionales e internacionales y facilitar, en todos los niveles, la solución de conflictos en relación con los problemas de los pueblos indígenas.

357. Actualmente, en la mayoría de los casos, los textos nacionales e internacionales que afectan la vida cotidiana de los pueblos indígenas son aprobados, promulgados y aplicados, desde luego, por mecanismos e instituciones del Estado, pero sin una contribución indígena directa (o con una contribución apenas marginal). El Relator Especial ve claramente las ventajas de otro enfoque en todos estos procesos.

358. Otras cuestiones interesantes relacionadas con el tipo de situación que se examina en esta sección tienen que ver, por ejemplo, con los factores que hicieron posible que algunos pueblos indígenas (y no otros del mismo Estado) se beneficiaran de los tratados, convenios y otros acuerdos constructivos, teniendo o no en cuenta las ventajas y desventajas actuales de una u otra situación, y con la pertinencia de la existencia de esos instrumentos para el reconocimiento de los derechos de las poblaciones indígenas en el derecho internacional.

359. Por último, el Relator Especial opina que la presente sección abarca en realidad situaciones sumamente diferentes. Puede incluir, entre otros, casos de pueblos indígenas: a) con quienes el Estado jamás ha establecido

relaciones contractuales; b) que fueron partes en instrumentos que en la práctica han sido rescindidos unilateralmente por el Estado; c) que participaron en la negociación y aprobación de instrumentos que nunca fueron ratificados por los órganos competentes del Estado; y d) que viven en sociedades en que se ha dado un profundo proceso de transculturación y cuya legislación no contiene disposiciones específicas que garanticen la protección especial de su componente indígena, diferentes de las reconocidas para todos los ciudadanos del Estado.

360. El hecho de que los casos que han de analizarse en la presente sección resultarán de su no inclusión en ninguna de las otras categorías de situaciones anteriormente definidas a) a d) en el presente capítulo) se explica porque actualmente la investigación al respecto se encuentra apenas en su fase preliminar.

361. Sin embargo, el Relator Especial ha considerado su deber comunicar al Grupo de Trabajo y a la Subcomisión que ya ha elegido varios casos que, a su juicio, conviene examinar a fondo en las siguientes fases de su labor. Como se ha afirmado anteriormente, la investigación al respecto se encuentra en su fase inicial. En algunos casos, no se dispone aún ni de los elementos básicos claves. La única excepción que cabe señalar es la situación de Hawai, gracias a la respuesta completísima a los cuestionarios proporcionada por las organizaciones de los pueblos indígenas hawaianos.

362. En consecuencia, la lista de estudios de casos elegidos en esta etapa para su estudio ulterior no es definitiva y no contiene ejemplos de todas las situaciones posibles anteriormente mencionadas. Los estudios de casos seleccionados hasta ahora incluyen a: los australianos aborígenes; los gitksan y los wet'suwet'en (Canadá); los yanomami (Brasil); los ka lahui hawaii (Estados Unidos de América); los habitantes de las comarcas montañosas de Chittagong (Bangladesh); el pueblo mapuche (Argentina-Chile); los pueblos indígenas (Guatemala); los cree del Lubikon (Canadá); los (bosquimanos) san (Africa meridional); el pueblo ainu (Japón); el pueblo de las rancherías de California (Estados Unidos de América) y la nación cuna (Panamá).

E. Tratados entre Estados que afectan a los pueblos indígenas en calidad de terceros

Tratado de Tordesillas (1494)

363. El Tratado de Tordesillas expresó la división que el Papa Alejandro VI estableció en la bula Inter Caetera (1493) sobre los intereses expansionistas de España frente a las pretensiones de Portugal. Se suponía que la línea de demarcación, definida con bastante vaguedad, pasaba a unos 45° de longitud Oeste. Así pues, España fundó sus pretensiones sobre el "Nuevo Mundo" en el Tratado, lo mismo que Portugal con respecto al Brasil.

364. Sin embargo, estas pretensiones no fueron aceptadas universalmente, ni aun en la propia España, como lo demuestran las posiciones adoptadas por Las Casas y Francisco de Vitoria por lo menos en teoría con respecto a este

último, ya que la necesidad de propagar el cristianismo en beneficio de los pueblos conquistados (como se defendía esa política a la sazón) justificaba aparentemente todo tipo de acción. A ese respecto, la transición producida en la política española, de empresas comerciales a una colonización propiamente dicha, reviste especial importancia, pues supuso la introducción de la organización municipal castellana, así como de instituciones jurídicas y políticas como la encomienda, el corregimiento y las congregaciones, que repercutieron visiblemente en la vida de los pueblos indígenas.

El Tratado de Utrecht (1713)

365. Dicho sucintamente, el Tratado de Utrecht "puso fin a un siglo de guerras que, aunque relacionadas principalmente con el equilibrio de poder en Europa dieron a los gobiernos ingleses la oportunidad de arrebatar colonias a otros países europeos e incrementar su propio imperio mediante la anexión y la colonización" 146/.

366. Entre las zonas afectadas se incluía la "Tierra de Rupert" -es decir, las actividades de la Hudson Bay Company-, donde se produjo la captura de las tiendas de intercambio durante las guerras franco-inglesas, y Nueva Escocia, donde se obligó a los acadianos a jurar fidelidad a Jorge II, y se obstaculizaron las relaciones entre los micmac y Francia.

El Tratado de límites entre Suecia/Finlandia y Noruega/Dinamarca (1751)

367. En octubre de 1751 Suecia y Finlandia se pusieron de acuerdo con Dinamarca y Noruega sobre la frontera internacional que dividía los territorios habitados por los lapones (el pueblo sami). En consecuencia, se añadió un codicilo sobre los lapones como primer protocolo al tratado de límites. En el codicilo no se concedía a los sami ningún nuevo derecho, sino que se intentaba consolidar los derechos existentes a ambos lados de la frontera.

368. De conformidad con la respuesta dada por el Parlamento de los sami el 30 de mayo de 1991, el artículo 2 del codicilo contenía el principio de que en adelante ningún lapón podía ser propietario de tierras gravables en más de un Estado. La ciudadanía se determinaba ya sea por la ubicación de sus tierras gravables o por elección propia, de conformidad con sus tierras gravables invernales o estivales. En ciertas condiciones se les autorizaba a cambiar de ciudadanía y renunciar a sus tierras gravables (arts. 3 a 9).

369. El Parlamento de los sami también afirma que los lapones estaban de acuerdo (sic) con la antigua tradición que les permitía pasar con sus renos a otro Estado en otoño y primavera para usar sus tierras y sus costas en pie de igualdad con los ciudadanos del país a fin de alimentar a sus animales y alimentarse a sí mismos. En caso de guerra, debía tratarse a los lapones como ciudadanos del Estado en que se encontraran residiendo (art. 10). En ciertas condiciones los lapones también podían usar los terrenos de pastoreo de renos, cazar focas, pescar y dedicarse a la caza de otros animales en el territorio de cualesquiera de los signatarios, en pie de igualdad con los ciudadanos de ese Estado (arts. 12 a 14).

370. Cabe señalar a este respecto que, según la información de que dispone el Relator Especial, aún no se ha resuelto el problema de los derechos relativos a las tierras y a las aguas de los sami en los tres países interesados, a saber: Suecia, Noruega y Finlandia. En Finlandia se afirma que sobre el pastoreo de renos de los sami pesa el peligro que suponen unos proyectos de explotación forestal en gran escala 147/.

El Tratado de París (1763)

371. El Tratado de París, de 10 de febrero de 1763, por el que se puso fin a la guerra de los Siete Años, afectó a diversos pueblos indígenas de América del Norte por la cesión al Reino Unido de la colonia francesa del Canadá y de las posesiones españolas en lo que hoy son los territorios de los Estados Unidos de América que bordean el golfo de México y la Florida oriental. En especial, afectó a la diplomacia de los iroqueses, hasta entonces orientada notablemente hacia el mantenimiento de relaciones provechosas tanto con Francia como con el Reino Unido.

372. Desde el punto de vista de los pueblos indígenas, el Tratado de París fue un tratado de partición, firmado por los poderes coloniales europeos sin consultar con los primeros pueblos de la zona. En general, las pretensiones y negociaciones fronterizas entre las naciones indígenas y los colonos europeos fueron un rasgo característico de los decenios de 1760 y 1770.

373. Una consecuencia importante del Tratado de París fue, desde luego, la Proclamación Real de 7 de octubre de 1763. Su origen y su significación concreta -pues supuso un cambio en la política "india" al definirse el concepto de "territorio indio"- han dado lugar a diversas interpretaciones 148/. Entre las naciones directamente afectadas por la línea de demarcación prevista en la Proclamación cabe citar a la de los cherokee, cuya situación territorial entre los decenios de 1720 y 1770 sería en consecuencia caso típico.

El Tratado de Jay (1794)

374. Este Tratado de Paz, Amistad, Comercio y Navegación, celebrado en 1794, zanjó las diferencias pendientes entre los Estados Unidos y el Reino Unido en relación con las posesiones británicas en el Canadá (con referencia a la guerra civil de 1791). El aspecto principal del Tratado fue el comercial, pero también tuvo que ver con los derechos de los pueblos indígenas residentes en ambos países.

375. Además, según Dorothy Jones, en las disposiciones del Tratado de Jay se descartaba al Reino Unido "como un defensor o aliado efectivo [de los indios del sur]"; y "la derrota de los indios del norte en Fallen Timbers el mismo año interrumpió temporalmente los intentos de una acción concertada por parte de los indios del norte y del sur". Dice además que "durante 15 años o más España y la Gran Bretaña quedaron recelosas de Francia, circunstancia que favoreció a los Estados Unidos, tanto como perjudicó a las naciones indoamericanas" 149/.

376. A este respecto, en su respuesta al cuestionario, de 1991, el Gobierno del Canadá afirma que "los pueblos indios no fueron signatarios de este tratado pero se les menciona en un artículo. En especial, en el artículo III se prevé el libre paso de la frontera internacional existente (con excepción de la Tierra de Rupert, que abarca la mayor parte de lo que hoy es el Quebec septentrional, Ontario y las provincias de las llanuras) por los ciudadanos de los Estados Unidos, los súbditos británicos y los indios residentes a ambos lados de la frontera. Los indios no pagarían derechos sobre sus propios bienes o efectos.

377. En su respuesta, el Gobierno del Canadá afirma además que "los reiterados intentos de los indios de lograr que el Gobierno del Canadá reconociera cualquiera vigencia y efecto actuales a las disposiciones del Tratado de Jay relativas al cruce de las fronteras culminaron en el caso de Francis c. La Reina (1956), S.R.C. 618. En Francis, el Tribunal Supremo del Canadá declaró que ni el Tratado de Jay ni ninguna disposición de la Ley sobre los indios tenía el efecto de exonerar a los indios residentes en el Canadá del pago de derechos de aduana sobre los bienes que trajesen al Canadá desde los Estados Unidos, considerando que el Tratado de Jay no obligaba al Canadá puesto que no había sido hecho efectivo o sancionado por legislación alguna".

El Tratado Adams-Onís (1819)

378. En virtud del Tratado Adams-Onís de 1819, España cedió la Florida a los Estados Unidos 150/. La nación indígena más afectada por el Tratado y los acontecimientos que lo rodearon fue la de los seminoles. Es preciso seguir realizando investigaciones en relación con este Tratado.

El Tratado de Guadalupe-Hidalgo (1848)

379. Por el Tratado de Guadalupe-Hidalgo, de 2 de febrero de 1848, los Estados Unidos adquirieron de México California y el territorio del suroeste. Según Armando B. Rendón 151/, el Tratado dio origen a una "persona" única en América, a saber, el chicano o estadounidense de ascendencia mexicana.

380. También cabe destacar al respecto la situación que creó para los pueblos indígenas de California, cuyos títulos sobre las tierras que ocupaban nunca habían sido confirmados legalmente 152/, aunque el Tratado, por lo menos en principio, se aplicaba también a esos pueblos.

La compra de Alaska (1867)

381. Alaska fue "descubierta" oficialmente por Vitus Bering en 1741. La comenzaron a explorar los traficantes de pieles rusos o, más bien, siberianos, que trabajaban para la Compañía Ruso-Americana fundada en 1799, con el respaldo del Zar Pablo. Sin embargo, la influencia colonial rusa nunca fue muy importante. A principios del decenio de 1860, el Gobierno ruso se hizo cargo de la Compañía. La gestión rusa de sus empresas comerciales no prosperó y las autoridades se sintieron más bien aliviadas al ceder sus derechos comerciales en Alaska a los Estados Unidos de América por la suma de 7,2 millones de dólares de los EE.UU.

382. La transferencia de autoridad tuvo lugar en octubre de 1867 en Sitka (antiguo fuerte ruso en territorio tlingit). En cuanto "territorio indio" Alaska fue íntegramente colocada bajo la autoridad del Departamento de Guerra, aunque el Tratado de Cesión no preveía la propiedad o la jurisdicción sobre este vasto territorio. Pronto los inuit y los indios se vieron sometidos a fuertes presiones por parte de los buscadores de oro y de los colonos.

383. En virtud de ese Tratado los signatarios se comprometían a obtener el consentimiento de los pueblos indígenas de Alaska con respecto a cualesquiera futuras relaciones con ellos o cualquier apropiación de sus tierras.

384. En 1884 el Congreso de los Estados Unidos reconoció el principio de los derechos territoriales de los pueblos indígenas de Alaska. Este principio fue reconfirmado en la Alaska Statehood Act (Ley sobre la condición de Estado de Alaska) de 1958, cuando Alaska (que a la sazón contaba con cerca de 40.000 habitantes indígenas) pasó a ser el cuadragésimo noveno Estado de los Estados Unidos. Según parece, no se consultó con los pueblos indígenas en relación con ninguna de estas medidas legislativas. La condición de Estado no ha demostrado ser un mecanismo adecuado para el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas.

385. Además, no se llegaron a definir claramente los derechos territoriales de los pueblos indígenas, en especial debido al escaso interés de los colonos por las zonas más remotas de Alaska. Sin embargo, esto cambió al producirse la fiebre del petróleo en los decenios de 1960 y 1970.

El Convenio sobre las aves migratorias (1916)

386. Este tratado fue firmado por los Estados Unidos y la Gran Bretaña en nombre del Canadá. En 1917 el Parlamento del Canadá promulgó la Migratory Birds Convention Act (Ley del Convenio sobre las aves migratorias) para que el Gobierno Federal pudiese regular la ordenación de las aves migratorias. Esta Ley establecía períodos de caza y períodos de veda de este tipo de aves y se permitía (art. 2) a los inuit y a otras naciones cazar ciertos tipos de aves en cualquier momento sin necesidad de permiso, para alimentarse y vestirse. El efecto del período de veda actual es que los cazadores indígenas (en especial en los territorios más septentrionales del Canadá) tienen muy poco acceso legal a las aves de caza migratorias.

387. En su respuesta al cuestionario, el Gobierno del Canadá afirma que los pueblos indígenas han expresado su preocupación por los efectos del Convenio y de la Ley mencionada, en especial en lo que toca a sus derechos de caza previstos en una variedad de tratados y en todas las reclamaciones de tierras resueltas hasta la fecha. En opinión del Gobierno del Canadá, la relación entre el Convenio y los derechos contractuales a cazar aves migratorias es "confusa", y señala que la cuestión está en litigio.

388. En la respuesta canadiense al cuestionario se afirma además que en el caso de los convenios relativos a la conciliación de reclamaciones territoriales, el Canadá se ha comprometido a adoptar todas las medidas que

sean razonables para enmendar el Convenio, para prever un período regulado de caza de esas aves migratorias durante la primavera para los beneficiarios de esos arreglos. Según la respuesta canadiense, los esfuerzos a este respecto han sido infructuosos hasta ahora, pero las autoridades federales canadienses "[siguen] comprometidas a negociar una enmienda de esa índole con los Estados Unidos".

Convenio de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes
(Convenio N° 169 de 1989)

389. En 1957 la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo aprobó el Convenio relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes [N° 107] y la Recomendación correspondiente [N° 104]. En el Convenio se reconoce el derecho de propiedad, colectivo o individual, de las poblaciones indígenas sobre las tierras, y su derecho a una indemnización por las tierras incautadas por los gobiernos, pero algunas fuentes indígenas y no indígenas han señalado que su contenido refleja la opinión generalizada de los decenios de 1940 y 1950 sobre el fomento de la asimilación o integración y la no discriminación 153/.

390. Estas críticas condujeron a una decisión del Consejo de Administración de la OIT por la que se convino en revisar el Convenio de 1957. Este proceso de revisión culminó en 1989 con un nuevo Convenio. Los resultados no han sido apreciados igualmente por todas las naciones indígenas. Las reacciones del Gobierno a este texto también han sido variadas.

Capítulo V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

391. En los cuatro capítulos precedentes del presente informe el Relator Especial ha expuesto varias conclusiones teóricas y prácticas tanto respecto de la labor ya realizada para el estudio como respecto de los enfoques futuros que dará a las siguientes fases de su investigación. En lugar de reproducir aquí dichas conclusiones, el Relator Especial estima más conveniente remitir al lector a los distintos párrafos del presente informe que, a su juicio, contienen información especialmente pertinente al respecto.

392. A este respecto, desea señalar a la atención los párrafos 16 a 18, 20 y 21 del capítulo I. Lo mismo se aplica a los párrafos 26 a 32, 39 a 42, 46, 47, 53, 61, 66, 67, 69, 74 a 76, 80, 85, 90 a 92 y 94 del capítulo II.

393. En el capítulo III el Relator Especial desearía subrayar el contenido de los párrafos 116, 117, 123, 125 a 128, 134, 135, 138, 139, 141, 143, 148, 160 y 163.

394. En el capítulo IV deben consultarse en este contexto los párrafos 170 a 172, 177 a 179, 181, 182, 188, 198, 199, 200, 207, 208, 212, 213 y 218 (todos éstos figuran en la sección A). En la sección B, a su juicio, merecen especial atención los párrafos 325, 326, 328 y 332. En la sección C, los párrafos 338, 339 y 347. En la sección D el Relator Especial estima importante destacar el contenido de los párrafos 353, 354 a 357, 359 y 362. Por último, con respecto a la sección E, los párrafos 371 a 373, 389 y 390.

395. Pese a que, como se menciona en el capítulo I, las investigaciones se encuentran muy avanzadas, aún hay que investigar un volumen considerable de material. Esto es especialmente cierto en relación con Asia y Africa.

396. El Relator Especial es consciente de que aún no tiene acceso a varias importantes fuentes básicas, pero la mayoría de éstas serán pronto accesibles.

397. Habida cuenta de todos los análisis pendientes sobre el material ya reunido y teniendo en cuenta los diversos datos básicos que aún queda por reunir, examinar, organizar y analizar en un futuro inmediato, el Relator Especial estima esencial seguir contando con la asistencia especializada del Centro de Derechos Humanos o de un consultor externo.

398. En relación con las limitadas respuestas a su cuestionario, el Relator Especial tiene previsto comunicarse con todos los participantes en el décimo período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas para instarles a que presenten la información solicitada.

399. Cabe mencionar que las comunicaciones y contactos con el Centro de Derechos Humanos han mejorado considerablemente en el período transcurrido desde que se presentó el informe preliminar. Se ha logrado así un acceso rápido a todos los documentos relacionados con la labor del Relator Especial.

400. Teniendo en cuenta todo lo anterior, el Relator Especial formula las recomendaciones siguientes:

- a) Debe garantizarse la asistencia permanente solicitada por el Relator Especial para su labor futura en cualquiera de las dos formas a que se hace referencia en el párrafo 397 supra;
- b) Debido al volumen de trabajo aún pendiente (como se explica supra) el Relator Especial preferiría que se le autorizara a presentar su segundo (y último) informe sobre la marcha de los trabajos al Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas en su 12º período de sesiones y a la Subcomisión en su 46º período de sesiones, en 1994. Así podría presentar su informe definitivo sobre el estudio en 1995.

1/ En los párrafos 97 a 103 del informe del Grupo de Trabajo a la Subcomisión acerca de su noveno período de sesiones, documento E/CN.4/Sub.2/1991/40/Rev.1, figura un resumen de los diversos puntos de vista expresados en el debate.

2/ Ibid., anexo I (Recomendaciones), recomendación 20.

3/ Los cuestionarios se incluyeron como anexo VI del informe del Grupo de Trabajo acerca de su octavo período de sesiones (documento E/CN.4/Sub.2/1990/42) y se presentaron a los gobiernos, organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales y a organizaciones indígenas en enero de 1991, de conformidad con la resolución 1990/28 de la Subcomisión, de 31 de agosto de 1990.

4/ El debate sostenido figura en los documentos E/CN.4/Sub.2/1991/SR.31 y Add.1.

5/ Cabe señalar como motivo de satisfacción que, el Relator Especial recibió el 22 de julio de 1992 la respuesta del Gobierno de Australia al cuestionario. Sin embargo, no ha sido posible tenerla en cuenta para el presente informe.

6/ Acerca de este punto particular, el Relator Especial desea recalcar una vez más la anomalía que percibe en el hecho de que entre las respuestas que quedan por recibir están las de algunas organizaciones indígenas que durante el examen del informe preliminar de 1991 criticaron severamente lo que calificaron falta de progreso sustancial en el presente estudio (véanse los documentos E/CN.4/Sub.2/1991/40/Rev.1 (párrs. 101 y 103) y E/CN.4/Sub.2/SR.31/Add.1 (párr. 32)).

7/ Resolución 1988/56 de la Comisión de Derechos Humanos, de 9 de marzo de 1988; particularmente el párrafo 1 de la parte dispositiva.

8/ Héctor Díaz-Polanco, La cuestión étnico-nacional, pág. 85 (México, D.F., 1985).

9/ Acerca de la tendencia a la consolidación de la "sabiduría convencional" en el marco de la cultura en general y sus repercusiones para las naciones indígenas (en particular en los Estados Unidos), véase Bob Sipe, "Culture and Personhood", en Ward Churchill (Ed.), Marxism and Native Americans (Boston, 1983).

10/ Véanse los documentos E/CN.4/Sub.2/1988/24/Add.1 (párr. 11) y E/CN.4/Sub.2/1991/33 (párrs. 84 y 85).

11/ Se refiere a una "división del trabajo" que establece la antropología como "ciencia del hombre y la cultura primitivos" y la sociología como "ciencia de la sociedad industrial moderna" y que también contraponen la antropología a la historia. De esta manera, la investigación antropológica se limita a las llamadas culturas y sociedades "tradicionales", supuestamente dejadas de lado por la corriente de la "historia"; efectivamente algunos todavía creen que la "historia" es una prerrogativa de la modernidad. Una excelente evaluación de estos conceptos erróneos figura en Claude Lefort, "Societe sans histoire et historicité", en Les formes de l'histoire, págs. 30 a 48 (París, 1978).

12/ Para un análisis profundo del evolucionismo en la esfera de la antropología, véase la obra básica de Héctor Díaz-Polanco El evolucionismo (México, D.F., 1983).

13/ Para una evaluación sumamente necesaria, crítica y más equilibrada de la frecuentemente citada contribución de John Locke a la causa de los derechos humanos y las libertades fundamentales, véase Robert A. Williams, Jr., "Documents of Barbarism: The Contemporary Legacy of European Racism and Colonialism in the Narrative Traditions of Federal Indian Law", en Arizona Law Review 31/2 (1989): págs. 250 a 253. En una forma muy convincente, apoyándose en una gran documentación, Williams expone el papel que desempeñan las ideas de Locke sobre el carácter sagrado de la propiedad privada (capítulo relativo a la propiedad, Second Treatise of Government), en la justificación de la legislación aprobada en los Estados Unidos durante el siglo XIX que condujo al desposeimiento de los indios americanos de sus tierras ancestrales. Citando a otro estudioso, el profesor Williams también menciona otra contribución notable de Locke: se trata de cuando fue funcionario en una plantación de Carolina del Sur donde había esclavos y ayudó a redactar la "Fundamental Constitución" de los lores propietarios de Carolina de 1669, que confirieron a todo hombre libre colonial inglés "poder y autoridad absolutos sobre sus esclavos negros".

14/ Sin embargo, no es posible pasar por alto la importante contribución de los primeros grandes pensadores en este campo, entre ellos Lewis H. Morgan (Ancient Society [1877]) y Friedrich Engels (El origen de la familia de propiedad privada y del Estado [1884]), en particular, con respecto al establecimiento de los marcos conceptuales fundamentales de esta disciplina. Véase una buena evaluación de estas contribuciones, en George W. Stocking Jr., Victorian Anthropology (Nueva York, 1987).

15/ Franz Boas, The Social Organization and Secret Societies of the Kwakiutl Indians (1897).

16/ Bronislaw Malinowski, Argonauts of the Western Pacific (1922).

17/ Dos estudios generales sobre los problemas conceptuales de la antropología económica son: Maurice Godelier, Rationalité et irrationalité en économie (París, 1969) y George Dalton (Ed.), Tribal and Peasant Economies. Readings in Economic Anthropology (Garden City, 1967). Véase una evaluación crítica de las teorías antropológicas sobre la práctica del regalo, particularmente el potlatch, en I. Schulte-Tenckhoff, Potlatch: conquête et invention (Lausana, 1986).

18/ Por ejemplo, Adam Kuper, Anthropologists an Anthropology: the British School 1922-72 (Harmondsworth, 1973); I. L. Horowitz, The Rise and Fall of Project Camelot, Studies on the Relationships between Social Science and Practical Politics (Cambridge, Mass., 1967); P. Bungener et al., La pluralité des mondes: théories et pratiques du développement (Ginebra, 1976) y G. Rist/F. Sabelli (Ed.) Il était une fois le développement (Lausana, 1986).

19/ Para una visión histórica de conjunto, véase R. Motta, Teoria del diritto primitivo (Milán, 1986); véase asimismo Sally Falk Moore, "Law and Anthropology" en Biennial Review of Anthropology (1969) págs. 252 a 300.

20/ Por ejemplo, K. N. Llewellyn y E. A. Hoebel, The Cheyenne Way (Nueva York, 1941).

21/ Norbert Rouland, Anthropologie juridique (París, 1988), págs. 12 y 71. Véase asimismo A. Negri, Il giurista dell'area romanistica di fronte all'etnologia giuridica (Milán, 1983).

22/ Véase Jack Goody, The development of the Family and Marriage in Europe (Cambridge, 1983).

23/ Para una visión general de la antropología jurídica funcionalista, véase Leopold Pospisil, Anthropology of Law (Nueva York, 1971); Max Gluckman, Politics, Law and Ritual in Tribal Society (Oxford, 1971), Ian Hamnett, Social Anthropology and Law (Londres/Nueva York, 1977).

24/ Norbert Rouland, Anthropologie juridique, op. cit., pág. 142.

25/ Es una excepción el cuadro de Rouland (op. cit., pág. 200) en que combina las interrelaciones entre la estructura social, los niveles de estratificación del derecho y el tipo de organización jurídica. Se considera que no es evolucionista en la medida en que no establece correlación alguna con las "etapas de desarrollo" de la sociedad.

26/ Esta cuestión, desde luego, ha sido debatida ampliamente, en particular con referencia a Norteamérica. Véase Robert A. Williams Jr., The American Indian in Western Legal Thought: the Discourses of Conquest (Nueva York, 1990). Desde el punto de vista histórico, la obra de A.H. Snow The Administration of Dependencies (Nueva York/Londres, 1902) es reveladora, como lo es The Question of Aborigines in the Law and Practice of Nations (Washington, D.C., 1919). Véase asimismo el documento de Erica-Irene Daes "On the Relations between Indigenous Peoples and States", en Without Prejudice, II, (2), (1989): págs. 41 a 52. En cuanto a los hechos recientes a nivel internacional, especialmente la revisión del Convenio 107 de la OIT, Sharon Venne presenta un análisis pertinente desde el punto de vista indígena en "The New Language of Assimilation", in Without Prejudice, II, (2), (1989), págs. 53 a 67.

27/ Marc Augé, Génie du paganisme (París, 1982)

28/ La función principal del parentesco sería la exogamia, es decir, la práctica de contraer matrimonio fuera del grupo de parentesco.

29/ A propósito, las sociedades de campesinos del ancien régime en Europa no diferían notablemente a este respecto de las culturas tradicionales extraeuropeas.

30/ Richard Thurnwald, Werden, Wandel und Gestaltung des Rechts (Berlín/Leipzig, 1934).

31/ Consúltense interesantes detalles sobre el valor profundamente arraigado del principio de la reciprocidad en el derecho y la práctica internacionales (particularmente con respecto a los primeros contactos británicos [siglo XVI] con sociedades no europeas) en Georg Schwarzenberger, The Frontiers of International Law (Londres, 1962), pág. 129.

32/ Véase una explicación harto poética e inteligible del carácter de las nociones de los indígenas norteamericanos acerca de sus relaciones con otras culturas y sociedades (en este caso, con los recién llegados holandeses que ocuparon parte de la isla de Manhattan en los primeros años del siglo XVII) en la descripción del contenido del Guswenta (o collar de dos vueltas) hecha por Oren R. Lyons, el delegado haudenosaunee ante el octavo período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, en su declaración de 2 de agosto de 1990.

33/ Véase Karl Polanyi, Primitive, Archaic and Modern Economies (Nueva York, 1968).

34/ Así, Marshall Sahlins, en Stone Age Economics (Chicago, 1972) incluso establece el concepto de "reciprocidad negativa", que equivale a la guerra entre grupos socialmente distantes. Esto se hace contrastar con la reciprocidad generalizada entre parientes próximos.

35/ Un ejemplo pertinente es el potlatch; cf. I. Schulte-Tenckhoff, Potlach..., op. cit. Otro ejemplo son las grandes redes de intercambio entre los pueblos de las tierras montañosas de Papua-Nueva Guinea.

36/ Véase Dorothy Jones, License for Empire: Colonialism by Treaty in Early America (Chicago, 1983).

37/ Un ejemplo bien conocido es Bury my Heart at Wounded Knee de Dee Brown (Nueva York, 1970).

38/ Por ejemplo Jean Goodwill y Norma Sulwin (eds.), John Tootosis (Winnipeg, 1984). Véase también H. Russell Bernard y Jesús Salinas Pedraza, Native Ethnography: A Mexican Indian Describes his Culture (Newbury Park, 1989).

39/ Véase Marshall Sahlins, Islands of History (Lanham, 1988).

40/ Cierta número de ensayos de autores tanto indígenas como no indígenas han sido de particular ayuda para la redacción de este capítulo, entre ellos: Russel L. Barsh, "Indigenous North America and Contemporary International Law" en Oregon Law Review, vol. 62, N° 1, 1983, págs. 73 a 125; Howard R. Berman, "Perspectives on American Indian Sovereignty and International Law, 1600 a 1776", en Exiled in the Land of the Free: Democracy, Indian Nations, and the U.S. Constitution, eds. Oren R. Lyons y John Mohawk (Santa Fe, 1992); Glenn T. Morris, "In Support of the Right of Self-Determination for Indigenous Peoples under International Law" en German Yearbook of International Law, vol. 29 (Berlín, 1986), págs. 277 a 316; y Robert A. Williams, Jr., "Documents of Barbarism: The Contemporary Legacy of European Racism and Colonialism in the Narrative Traditions of Federal Indian Law" en Arizona Law Review, vol. 31, N° 2, 1989. La obra pionera de Dorothy V. Jones, License for Empire: Colonialism by Treaty in Early America, University of Chicago Press (Chicago y Londres, 1982) ha servido de gran ayuda al Relator Especial para comprender los aspectos generales y las características de las relaciones establecidos mediante tratados que surgen de los primeros contactos entre los europeos recién llegados y las naciones indígenas de América del Norte.

41/ Morris, op. cit. (nota 40), págs. 285 y 286.

42/ Williams, op. cit. (nota 40), pág. 249.

43/ Ibid., pág. 245.

44/ Barsh, op. cit. (nota 40), pág. 75.

45/ U.S. Congress, Senate, Congressional Globe, Appendix, d74, 27th Cong., 3d sess. (1846); citado por Morris, op. cit. (nota 40), pág. 299.

46/ Williams, op. cit., (nota 40), pág. 248, que cita a F. Prucha, American Indian Policy in the Formative Years... (1962).

47/ Cherokee Nation v. Georgia, 30 U.S. (5 Pet.) 1 (1831), at 17, citado por Morris, op. cit. (nota 40), pág. 295.

48/ Delgamuuk et al. v. the Queen, Smithers Registry, N° 0843, at 13.

49/ Esto ha sido documentado por diversos autores, en particular Berman, op. cit. (nota 40), pág. 131.

50/ Berman, op. cit. (nota 40), pág. 133.

51/ Ibid.

52/ Para obtener mayor información al respecto véase Morris, op. cit. (nota 40), pág. 289; Berman, op. cit. (nota 40), págs. 129 y 130; y Rebecca L. Robbins, "Self-Determination and Subordination: the Past, Present, and Future of American Indian Governance" en The State of Native America: Genocide, Colonization, and Resistance, editado por M. Annette Jaimes (Boston, 1992), pág. 89.

53/ Véase como ejemplo Felix Cohen, Handbook of Federal Indian Law (Albuquerque, 1971), at 47; citado por Morris, op. cit. (nota 40), pág. 285.

54/ Para obtener mayor información al respecto véase Berman, op. cit. (nota 40), pág. 131 y Robbins, op. cit. (nota 52), págs. 89 y 90.

55/ Por ejemplo, los tratados firmados entre los Estados Unidos y los cherokee (25 a 27 de octubre de 1805), los sioux (17 de septiembre de 1851) y los creek (9 de agosto de 1814).

56/ Un ejemplo evidente de estas alianzas entre indígenas es la creación de la confederación política de la Gran Paz Iroquesa. Véase Sharon O'Brien American Indian Tribal Governments, (Norman y Londres, 1989), págs. 17 a 21. Habría que señalar además que un jurista maorí indicó en la novena reunión del Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas (julio de 1991) que el Tratado de Waitangi de 1840 era quizás el primero que varias tribus maoríes habían firmado con una Potencia europea pero que con seguridad no era el primer tratado firmado por las tribus maoríes.

57/ Cf. O'Brien, op. cit. (nota 56); Robbins, op. cit. (nota 52), págs. 87 a 89; y Berman, op. cit. (nota 40), pág. 135.

58/ Los imperios achanti, azteca, maya, inca y mongol y la estructura institucional del pueblo maorí son ejemplos de estos sistemas de gobierno sumamente desarrollados en Africa, las Américas, Asia y Oceanía.

59/ Que en la mayoría de los casos incluía un gran sentido de la diplomacia y una gran habilidad en su práctica.

60/ Robbins, op. cit. (nota 52), pág. 87.

61/ Berman, op. cit. (nota 40), pág. 130.

62/ Véase infra (nota 64).

63/ Por ejemplo, D. P. O'Connell, International Law, vol. 1, pág. 303; Lissitzyn, "Territorial Entities Other Than Independent States" en Recueil Des Cours: Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 125 (Leyden: A. W. Sijthoff, 1970), págs. 8 a 11; mencionado por Berman, op. cit. (nota 40), pág. 349, nota 12.

64/ Véase Berman, op. cit. (nota 40), pág. 349, nota 13.

65/ Cf. Berman, op. cit. (nota 40), pág. 129.

66/ El profesor Morris señaló que, "en un intento por ganarse el apoyo de los nativos para las revoluciones, los norteamericanos comenzaron a negociar oficialmente tratados con los gobiernos indígenas". Observó también que "el congreso continental creó departamentos separados para sus relaciones diplomáticas con las naciones indígenas. Se designaron comisionados para desempeñar funciones que correspondían esencialmente a las de embajadores...", op. cit. (nota 40), pág. 290 y nota 55.

67/ Los textos de las Leyes sobre comercio y relaciones con los indígenas de 1790 (1 Stat. 137) y 1793 (1 Stat. 329) son también un reflejo de esta política.

68/ Vine Deloria, Jr., "Sovereignty" en Roxanne Dunbar Ortiz y Larry Emerson (eds.), Economic Developments in American Indian Reservations (Albuquerque, 1979), citado por Robbins, op. cit. (nota 52), pág. 113, nota 14.

69/ Ibid., pág. 113, nota 15.

70/ 1 Stat. 137.

71/ El mensaje escrito por John Stagg Jr., y firmado por George Washington, figura entre aquellos pronunciados por el Presidente respecto a las relaciones con los indios (President's Messages on Indian Relations, Executive Proceedings, SR, DNA).

72/ En el caso histórico Worcester v. Georgia (1832) (véase el párr. 154 del presente informe).

73/ Fallos de 26 de abril de 1821 (345) y 1828 (613-618 y 623-633), citados en Morris, op. cit. (nota 40), pág. 291, nota 61.

74/ Véase supra, nota 47.

75/ 31 U.S. (6 Pet.), 559.

76/ Sharon Venne en "Treaty and Constitution of Canada", (mimeografiado, 1988), págs. 2 a 5, defiende enérgicamente este punto de vista basándose en la Proclamación Real de Jorge III de 1763 y la opinión de Lord Mansfield en Campbell v. Hall (1774), (Cowp. 204, 98 ER 1045 (K.B.)). Véase también Jame O'Reilly, "Canadian Law: Treaty Violations and Treaty Rights", mimeografiado, 1989, págs. 2 y 21.

77/ Simon v. The Queen, (1986) 24 DLR (4th) 390 (S.C.C.), pág. 404 y R. V. Sioui, (1990) 3 C.N.L.R. 127 (S.C.C.).

78/ Ibid.

79/ Sect. 91 (24).

80/ Véase por ejemplo el Tratado entre Gran Bretaña y los Reyes y Jefes de las Tierras de Bago, firmado en la Isla de Crawford, el 6 de julio de 1818 (British and Foreign State Papers, vol. LXIII, pág. 1096); Tratado entre Gran Bretaña y los achanti, firmado en Coomassie el 7 de septiembre de 1817 (ibid., vol. XLVIII, pág. 881); Tratado de paz y amistad entre la Compañía de las Indias Orientales Holandesas (Países Bajos) y el Sultanato de Johor, firmado en Riau el 10 de noviembre de 1784 (Martens, Recueil des Principaux Traités (2a. ed.), vol. V, pág. 82); el Tratado de paz franco-iroqués (1665) (Dumont, Corps Universel Diplomatique du Droit des Gens [Amsterdam, 1726-1731], citado por Berman, op. cit. [nota 40], pág. 143). Para obtener información sobre la manera de proceder de portugueses y españoles, daneses y suecos en sus primeros contactos con las naciones no europeas (básicamente a través de compañías comerciales y compañías concesionarias) véase Companies and Trade, Leonard Blusse y Femme Gaastra (eds.) (Leiden 1981), caps. 7 y 8.

81/ Ley del 28 de mayo de 1830, 4 Stat. 411.

82/ Indios cayuga (Canada v. U.S.) 6 R. Int'l Arb. Awards 173, 309 (1926), citado por Barsh, op. cit. (nota 40), pág. 79.

83/ Isla de las Palmas (U.S. v. Netherlands), 2 R. Int'l Arb. Awards 831 (1928).

84/ Véase Barsh, op. cit. (nota 40), pág. 98.

85/ Documento E/CN.4/Sub.2/1991/33, párrs. 96 y 97.

86/ Por ejemplo, Charles J. Kappler (ed.), Indian Affairs, Laws and Treaties (Washington, 1904); Clive Parry (ed.), Consolidated Treaty Series (Nueva York 1969-1986), George Brown y Ron Maguire, Indian Treaties in Historical Perspective (Ottawa, 1979).

87/ Por ejemplo, las recopilaciones, elaboradas por región, de los tratados y acuerdos entre las naciones indias y los Estados Unidos, publicadas por el Institute for the Development of Indian Law (Instituto para el Fomento del Derecho Indígena) (Washington, D.C.) y Bennett McCardle, Canadian Indian Treaties (Ottawa, 1980).

- 88/ Dorothy Jones, License for Empire, op. cit. (nota 40), págs. 10 a 18.
- 89/ Véase Robert T. Coulter, "A History of Indian Jurisdiction", en [National Lawyers Guild], Rethinking Indian Law (New Haven, 1982).
- 90/ Este texto del tratado se reproduce en las páginas 11 a 16 del volumen Eastern Oklahoma de las compilaciones de tratados elaboradas por el Instituto para el Fomento del Derecho Indígena, con sede en Wáshington, D.C.
- 91/ Aproximadamente dos docenas de tratados anteriores a 1840, los dos con "Tratados de Robinson" de 1850, los Tratados N° 3 (1873) y N° 9 (), así como dos tratados más de 1923.
- 92/ Véanse, entre otros, Felix Keesing, Social Anthropology in Polynesia (Londres, 1953); Marshall Sahlins, Social Stratification in Polynesia (Seattle, 1962) e Irvin Goldman, Ancient Polynesian Society (Chicago, 1970).
- 93/ Véase José Bengoa, Historia del pueblo mapuche (Santiago de Chile, 1987), págs. 32 a 36.
- 94/ Al respecto pueden servir de base para la comparación de los distintos enfoques en las relaciones entre indígenas y colonos los estudios como el de Edward H. Spicer, Cycles of Conquest. The Impact of Spain, Mexico and the United States on the Indians of the Southwest 1533-1960 (Tucson, 1962).
- 95/ Por ejemplo, las surgidas de las relaciones entre las autoridades achanti y representantes de Gran Bretaña a comienzos del siglo XIX.
- 96/ Cf., Sven H. Carlson, Trade and Dependency (Uppsala, 1984).
- 97/ La referencia clásica sobre este punto es Max Gluckman, "The Kingdom of the Zulu of South Africa" [1940], en M. Fortes y E. E. Evans-Pritchard editores, African Political Systems (Londres, 1987).
- 98/ El análisis etnohistórico más completo sobre este tema es el de Miklos Szalay, Ethnologie und Geschichte (Berlín, 1983), parte II.
- 99/ Véase Joseph Chailley, L'Inde britannique (París, 1910).
- 100/ Citado según Roland Bless, "Divide et impera?" Britische Minderheitenpolitik in Burma 1917-1948, (Stuggart, 1990), pág. 27.
- 101/ Francis Jennings, "Iroquois Alliances in American History", en F. Jennings et al. editores, The History and Culture of Iroquois Diplomacy, (Syracuse, 1985), págs. 37 a 65.
- 102/ Ibid.
- 103/ Mary Druke, "Iroquois Treaties: Common forms, varying interpretations" en The History and Culture of Iroquois Diplomacy, op. cit. (nota 101), págs. 85 a 98.

104/ Howard Berman, op. cit. (nota 40).

105/ Véase Wilson D. y Ruth S. Wallis, The Micmac Indians of Eastern Canada (Minneapolis, 1955); Leslie Upton, Micmacs and Colonialists. Indian-White Relations in the Maritime Provinces 1713-1867 (Vancouver, 1979).

106/ Las referencias pertinentes son: Harold Innis, The Fur Trade in Canada (Toronto, 1970); Lewis O. Saum, The Fur Trader and the Indian (Seattle, 1965). Respecto de los comienzos del comercio de las pieles por parte de los franceses, véase Marcel Trudel, La Compagnie des Cent-Associés, (Montreal, 1979-1983). Sobre el resto del Canadá, véase E. E. Rich, The Fur Trade and the Northwest to 1857 (Toronto, 1967).

107/ Los jesuitas (por ejemplo, el padre Biard) fueron también los primeros que escribieron sobre los micmac, a quienes llamaban souriquois. La edición estándar en inglés del anuario Relations y demás material que los jesuitas de Nueva Francia transmitieron a sus superiores en París es Reuben G. Thwaites (ed.), The Jesuit Relations and Allied Documents 1610-1791 [1896-1901] (Nueva York, 1959).

108/ Cf., The Mi'kmaq Treaty Handbook (Sydney and Truro N. S., 1987), págs. 6 y 7, 20 y 21.

109/ Simon v. The Queen; vid., nota 77 supra.

110/ El texto de este tratado aparece en las páginas 1 a 3 del volumen titulado Eastern Oklahoma, publicado por el Instituto para el Fomento del Derecho Indio que tiene su sede en Wáshington, D.C.

111/ J. Cont. Cong. 32 (1787), 340 y 341.

112/ Cf., nota 90, supra.

113/ Véase Reginald Horsman, Expansion and American Indian Policy 1783-1812 (East Lansing, 1967).

114/ Angie Debo, A History of the Indians of the United States (Norman 1970), págs. 105 y 106.

115/ Tratado de 9 de agosto de 1814. Su texto aparece en las páginas 206 a 209 del volumen Five Civilized Tribes, publicado por el Instituto para el Fomento del Derecho Indio.

116/ Los antecedentes y detalles de la política de desalojo han sido objeto de un profundo análisis por Williams, op. cit. (nota 40).

117/ A comienzos del siglo XIX, los cherokee habían comenzado a formular un código jurídico (en inglés). Posteriormente, Sequoyah había creado un alfabeto cherokee, utilizado para publicar obras religiosas (varias misiones protestantes trabajaban con los cherokee) y un diario. Los cherokee también

habían modificado su sistema de gobierno introduciendo, entre otras cosas, un consejo bicameral. Véase Anna G. y Jack F. Kilpatrick, The Shadow of Sequoyah (Norman, 1965); C. C. Royce, The Cherokee Nation of Indians [1887] (Chicago, 1975).

118/ Véase Grant Foreman, The Last Trek of Indians (Norman, 1946) y, del mismo autor, Indian Removal (Norman, 1953); Angie Debo, And Still the Water Runs: The Betrayal of the Five Civilized Tribes [1940] (Princeton, 1991); Mary Young, Redskins, Ruffleshirts and Rednecks (Norman, 1961). Alexis de Tocqueville se encontraban en Memphis cuando los choctaw cruzaron el Misisipí. La descripción del hecho aparece en su clásico Democracy in America y la citó F. Prucha en su obra I The Great Father: The United States Government and the American Indian, (1984) (citado por Williams, op. cit. (nota 40), en la página 240).

119/ Se ha sostenido que la política de los Estados Unidos respecto de los indios también refleja estas vacilaciones, en particular el paso de la Ley de asignación de tierras (1887) a la Ley de Reorganización (1934) para volver a la política de terminación del decenio de 1950. Como dijo M. B. Hooker (Legal Pluralism, Oxford, 1975): "La política del Congreso sobre el "problema indio" ha vacilado entre la separación y protección por un lado y la asimilación por otro".

120/ Véase la nota 92 supra donde aparecen referencias.

121/ Para obtener una visión general véase, por ejemplo, Eric Schwimmer (ed.), The Maori People in the Nineteenth Century (Auckland, 1968); Hans Mol, The Fixed and the Fickle, Religion and Identity in New Zealand (Waterloo, N.Z., 1982).

122/ Claudia Orange, The Treaty of Waitangi (Wellington, 1987), I. H. Kawharu (ed.), Maori and Pakeha Perspectives on the Treaty of Waitangi (Auckland, 1989).

123/ Los textos de los 14 "Tratados Douglas" aparecen en [British Land and Works Department], Papers Connected with the Indian Land Question (Victoria, 1875), págs. 5 a 11.

124/ Wilson Duff, "The Fort Victoria Treaties", en B. C. Studies 3 (1969), pág. 3.

125/ Paul Tennant, Aboriginal Peoples and Politics. The Indian Land Question in British Columbia 1849-1989 (Vancouver, 1990).

126/ Para obtener datos etnográficos e históricos sobre los shoshone, véase Jack Forbes, Native Americans of California and Nevada (Happy Camp, CA, 1982). Véase también Newe: A Western Shoshone History, publicado por el Inter-Tribal Council of Nevada (Salt Lake City, 1976).

127/ Véanse las páginas 35 a 37 del volumen titulado Sioux, que forma parte de la recopilación publicada por el Instituto para el Fomento del Derecho Indio.

128/ Dee Brown, Bury my Heart at Wounded Knee (Nueva York, 1970), cap. 6. El texto del Tratado aparece en las páginas 38 y 39 del volumen titulado Sioux, op. cit. (nota 127).

129/ Padre Peter John Powell, "The Sacred Treaty", en Roxanne Dunbar Ortiz (ed.), The Great Sioux Nation (San Francisco, 1977), pág. 105. Esta obra contiene abundantes y valiosos datos sobre el punto de vista indígena (y sobre la historia oral indígena) respecto del Tratado de Fort Laramie de 1868, sus disposiciones y su fuerza vinculante.

130/ Por ejemplo, An Act to Divide a Portion of the Reservation of the Sioux Nation..., reproducido en el volumen sobre los Sioux, op. cit. (nota 127).

131/ Jefe Phil Stevens, Jefe Especial de la Gran Nación Sioux, Testimony to the United Nations Commission on Human Rights (Rapid City, 1991), págs. 34, 36 y 37.

132/ Peter A. Cumming, Canada: Native Land Rights and Northern Development, (Derechos sobre las tierras nativas y desarrollo del norte), [documento del Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas] (Copenhague, 1977), pág. 31.

133/ Ibid., Ib.

134/ Ibid., Ib.

135/ Morris op. cit. (nota 40), pág. 291.

136/ Ibid., págs. 291 y 292 y nota 63.

137/ British and Foreign State Papers (Documentos oficiales británicos y extranjeros) vol. LXIII, pág. 1091.

138/ Aitchison, A Collection of Treaties etc. relating to India etc. (Colección de tratados etc. relativos a la India, etc.), vol. VIII, pág. 93.

139/ Maxwell & Gibson, Treaties & Engagements affecting the Malay States & Borneo (Tratados y compromisos que afectan a los Estados de Malaya y Borneo), pág. 30.

140/ Véase Robert H. Taylor, The State in Burma, (El Estado en Birmania) (Londres, 1987), págs. 226 y 227.

141/ Véase la respuesta del Canadá (24 de mayo de 1991) al cuestionario presentado por el Relator Especial, pág. 14.

142/ Canada Reports (Informes del Canadá), vol. IV, N° 2 (1992), pág. 21.

143/ Puede consultarse una evaluación de la autonomía de Groenlandia preparada por Theodor Veiter, que lleva por título "Die Autonomie Gronlands vom 21 November 1978 und ihre seitherige Entwicklung" (La autonomía de Groenlandia y su desarrollo desde el 21 de noviembre de 1978), contenida en F. Riedl/Th. Veiter (eds.) Federalismus, Regionalismus und Volksgruppenrecht (Federalismo, regionalismo y derecho de los grupos étnicos), (Viena, 1989), págs. 450 a 470.

144/ Resolución 1988/56 de la Comisión de Derechos Humanos, de 9 de marzo de 1988, párr. 1 de la parte dispositiva.

145/ Documento E/CN.4/Sub.2/1991/33, párr. 117.

146/ Trevor O. Lloyd, The British Empire 1558-1983, (El Imperio británico de 1558 a 1983), (Oxford, 1984), pág. 30.

147/ IWGIA Yearbook 1990 (Anuario del Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas de 1990) (Copenhague, 1991), págs. 141 a 143.

148/ Consúltese la información general contenida en Francis Prucha, American Indian Policy in the Formative Years (Política relativa a los indios americanos en los años de formación), (Cambridge Massachusetts, 1962).

149/ Dorothy Jones, op. cit., (nota 40), pág. 161.

150/ Véase Philippe Brooks, Diplomacy and the Borderlands. The Adams-Onís Treaty of 1819 (Diplomacia en las zonas fronterizas. El Tratado Adams-Onís de 1819) [1939], (Nueva York, 1975).

151/ Armando B. Rendón, The Treaty of Guadalupe Hidalgo and its Modern Implications for the Protection of the Human Rights of Mexican Americans (El Tratado de Guadalupe Hidalgo y sus consecuencias actuales para la protección de los derechos humanos de los estadounidenses de ascendencia mexicana), [obra inédita] (1982).

152/ Se hicieron concesiones de tierras a las órdenes misioneras que tenían a su cargo a más de 30.000 indígenas; las misiones fueron secularizadas y sus tierras expropiadas tras la independencia de México.

153/ Véase Russel Barsh, op. cit. (nota 40), pág. 81; Hurst Hannum, "The Limits of Sovereignty and Majority Rule: Minorities, Indigenous Peoples, and the Right to Autonomy" (Los límites de la soberanía y el gobierno por la mayoría: minorías, pueblos indígenas y el derecho a la autonomía), en E. L. Lutz, H. Hannum y K. J. Burke (eds.), New Directions in Human Rights (Nuevas orientaciones en materia de derechos humanos), (Filadelfia, sin fecha), pág. 16.
