



**Consejo Económico
y Social**

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/4
8 de julio de 2004

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS
Subcomisión de Promoción y Protección de
los Derechos Humanos
Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas
22º período de sesiones
19 a 23 de julio de 2004
Tema 5 del programa provisional

ESTABLECIMIENTO DE NORMAS

Documento de trabajo preliminar sobre el principio del consentimiento previo de los pueblos indígenas fundamentado y dado libremente en relación con los aspectos del desarrollo que afectan a sus tierras y recursos naturales, que sirva de marco para la redacción de un comentario jurídico sobre este concepto por parte del Grupo de Trabajo, presentado por la Sra. Antoanella-Iulia Motoc y la Fundación Tebtebba

Resumen

En su 21º período de sesiones, el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas decidió proseguir en su siguiente período de sesiones sus actividades de establecimiento de normas comenzando a elaborar un comentario jurídico sobre el principio del consentimiento previo de los pueblos indígenas fundamentado y dado libremente en relación con los aspectos del desarrollo que afectan a sus tierras y recursos naturales. En su resolución 2003/29, la Subcomisión pidió a la Sra. Antoanella-Iulia Motoc que preparara un documento de trabajo preliminar que sirviera de marco para la redacción por el Grupo de Trabajo de un comentario jurídico sobre ese concepto. El Grupo de Trabajo también ha adoptado la iniciativa de establecer asociaciones de investigación con organizaciones indígenas para la preparación de los documentos de trabajo sobre establecimiento de normas para su 22º período de sesiones. El presente documento constituye una iniciativa de colaboración entre la Sra. Motoc y la Fundación Tebtebba, una organización de pueblos indígenas de Filipinas.

INTRODUCCIÓN

1. El propósito del presente documento de trabajo es ofrecer algunas ideas preliminares sobre los temas siguientes: en primer lugar se señala la importancia del consentimiento previo de los pueblos indígenas fundamentado y dado libremente en los instrumentos jurídicos internacionales y nacionales, y en segundo lugar se intenta explicar el significado de los términos "previo", "fundamentado" y "dado libremente" en ese contexto. En las conclusiones se hacen recomendaciones que serán de ayuda para el Grupo de Trabajo en su redacción de un comentario jurídico sobre este concepto.

El consentimiento previo fundamentado y dado libremente en los instrumentos jurídicos internacionales y nacionales

2. En diversos documentos en el ámbito del derecho internacional en materia de derechos humanos se reconoce el principio del consentimiento previo fundamentado y dado libremente. El Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales, de 1989, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) hace referencia al principio del consentimiento fundamentado y dado libremente en el contexto del traslado de pueblos indígenas desde sus tierras que se aborda en su artículo 16. En los artículos 6, 7 y 15, el Convenio trata de asegurar que los Estados hagan todo lo posible para consultar plenamente con los pueblos indígenas las cuestiones relativas al desarrollo, las tierras y los recursos (véase el anexo).

3. El proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (resolución 1994/45, anexo, de la Subcomisión) es un importante documento en curso de preparación que reconoce explícitamente el principio de consentimiento previo fundamentado y dado libremente en sus artículos 10, 12, 20, 27 y 30¹.

¹ "El proyecto de declaración de las Naciones Unidas individualiza e incluye disposiciones que abordan muchas otras cuestiones fundamentales en esas relaciones, pero no conecta estas cuestiones de modo explícito con la libre determinación en el modo en que se hace aquí. La dinámica del proceso de las Naciones Unidas ha ido más bien en sentido contrario, considerando la libre determinación como una cuestión de estado final y separando el debate relativo a la libre determinación de la estructuración de relaciones. El proyecto de declaración proporciona buena parte del material con que puede reconstruirse el concepto de libre determinación en términos de las relaciones, pero no siempre desarrolla suficientemente los aspectos de las relaciones... Las instituciones y las prácticas jurídicas indígenas pueden ser conservadas y promovidas, con sujeción a las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas, pero la relación de esas instituciones y prácticas con las instituciones estatales, especialmente el sistema judicial, no se aborda de modo explícito. El proyecto de declaración exigiría a los Estados que incluyeran los derechos reconocidos en la declaración en la legislación nacional "en modo tal que los pueblos indígenas pudieran ejercer esos derechos en la práctica", pero el papel de las instituciones estatales, especialmente los tribunales y los órganos administrativos, no se aborda de modo sistemático. El proyecto de declaración hace alusión del principio al fin a las capacidades y facultades de los Estados. Por ejemplo, se exige a los Estados que "adopten medidas efectivas para asegurar que no se lleve a cabo el almacenamiento o la eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas", una formulación que deliberadamente no da cabida a la posibilidad de un consentimiento de los

4. En la actualidad, el proyecto de declaración americana sobre los derechos de las poblaciones indígenas de la Organización de los Estados Americanos (OEA) dispone que los pueblos indígenas tienen el derecho a determinar y elaborar prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras, territorios y otros recursos, incluso el derecho a pedir que los Estados obtengan su consentimiento libre e informado antes de aprobar proyecto alguno que afecte a sus tierras, territorios y otros recursos, en especial en lo relacionado con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, acuíferos u otros.

5. Varios comités de las Naciones Unidas han hecho referencia al principio del consentimiento previo fundamentado y dado libremente en sus observaciones finales y recomendaciones generales. En su Recomendación general N° XXIII relativa a los derechos de los pueblos indígenas, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial exhorta a los Estados a que "garanticen que los miembros de los pueblos indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado" (párr. 4 d)).

6. En sus observaciones finales sobre el informe presentado por Colombia en 2001, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales observa "con pesar que los territorios tradicionales de los pueblos indígenas han sido reducidos u ocupados, sin su consentimiento, por empresas madereras, mineras y petrolíferas, en detrimento de la práctica de la cultura indígena y del equilibrio del ecosistema" (E/C.12/1/Add.74, párr. 12). Posteriormente, el Comité recomendó que el Estado Parte hiciera efectiva la participación de los pueblos indígenas en la adopción de las decisiones que les afectaban y le instó en particular "a celebrar consultas con los pueblos indígenas interesados y a recabar su consentimiento antes de la realización de proyectos de explotación de la madera o de los recursos mineros y antes de la realización de cualquier política que les afecte, de conformidad con el Convenio N° 169 de la OIT" (ibíd, párr. 33).

7. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos considera que los instrumentos jurídicos interamericanos en materia de derechos humanos comprenden la adopción de "medidas especiales para garantizar el reconocimiento del interés particular y colectivo que los pueblos indígenas tienen en la ocupación y el uso de sus tierras y recursos tradicionales y su derecho a no ser privados de este interés excepto con un previo consentimiento plenamente informado, en condiciones de equidad y previa justa compensación"². A una conclusión análoga llegó la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en la causa ogoni en 2002. La Comisión sostuvo que Nigeria había violado el derecho del pueblo ogoni a disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales otorgando concesiones petrolíferas respecto de yacimientos situados en tierras de los ogoni.

pueblos indígenas a recibir esos materiales." B. Kingsbury, "Reconciling Five Competing Conceptual Structures of Indigenous Peoples' Claims in International and Comparative Law", *New York University Journal of International Law and Policies*, vol. 34 (2001), 22. 225 y 226.

² *Mary y Carrie Dann c. los Estados Unidos*, caso N° 11.140, informe N° 75/02, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2002, párr. 131.

8. En el Comentario relativo a las Normas sobre las responsabilidades de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos también se reconoce el principio del consentimiento previo fundamentado y dado libremente en el contexto de las poblaciones indígenas al manifestarse que: "Las empresas transnacionales y otras empresas comerciales respetarán los derechos de las comunidades locales afectadas por sus actividades y los derechos de los pueblos y las comunidades indígenas consagrados en las normas internacionales de derechos humanos, como el Convenio sobre los pueblos indígenas y tribales, 1989 (Nº 169). Respetarán en particular los derechos de los pueblos indígenas y de comunidades análogas a poseer, ocupar, desarrollar, controlar, proteger y utilizar sus tierras, otros recursos naturales y sus bienes culturales e intelectuales. También respetarán el principio del consentimiento libre, previo y fundamentado de los pueblos y las comunidades indígenas a ser afectados por sus proyectos de desarrollo" (E/CN.4/Sub.2/2003/38/Rev.2, párr. 10 c)).

9. El principio del consentimiento previo fundamentado y dado libremente es central en lo que atañe al ejercicio por los pueblos indígenas de su derecho a la libre determinación respecto a las intervenciones que afecten a sus tierras, territorios y recursos naturales. Las normas sustantivas y de procedimiento que constituyen la base del consentimiento previo fundamentado y dado libremente facultan a los pueblos indígenas a adoptar de modo activo decisiones sobre su desarrollo económico, social y cultural, en particular en relación con las iniciativas de desarrollo propuestas por los Estados u otras entidades externas en sus tierras y territorios ancestrales.

10. En ese contexto, los organismos especializados de las Naciones Unidas han adoptado importantes medidas en lo relativo a hacer efectivos los derechos humanos de los pueblos indígenas en el marco general del derecho internacional. La Conferencia de las Partes en el Convenio sobre la Diversidad Biológica ha establecido un Grupo de Trabajo encargado de modo específico del examen de las disposiciones del Convenio relativas a la aplicación y otras disposiciones conexas. Ese Grupo de Trabajo está abierto a todas las Partes, y los representantes de las comunidades indígenas y locales desempeñan un papel pleno y activo en sus trabajos. Se considera que los conocimientos tradicionales son una cuestión multisectorial que afecta a numerosos aspectos de la diversidad biológica, por lo que seguirán siendo examinados por la Conferencia de las Partes, así como por otros grupos de trabajo.

11. En las Estrategias y Procedimientos sobre Desarrollo Sociocultural del Banco Interamericano de Desarrollo se dispone que el Banco no apoyará proyectos que afecten a las tierras y territorios tribales. El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo también declara que promueve y apoya en sus políticas los derechos de los pueblos indígenas.

12. Los representantes de las organizaciones no gubernamentales también han hecho contribuciones al debate sobre el consentimiento dado libremente. Los participantes en el Seminario de las Naciones Unidas sobre los pueblos indígenas, las empresas privadas dedicadas a la explotación de los recursos naturales, energéticos y mineros, y los derechos humanos, celebrado en Ginebra del 5 al 7 de diciembre de 2001, debatieron el principio del consentimiento previo fundamentado y dado libremente y reconocieron la necesidad de establecer una definición universalmente aceptada de ese principio. Los participantes llegaron a un entendimiento básico común del significado de ese principio, que según ellos suponía el derecho de los pueblos indígenas en su calidad de propietarios de las tierras y los recursos a decir "no" a posibles proyectos de desarrollo en cualquier punto de sus negociaciones con los Gobiernos y/o las empresas extractoras (véase E/CN.4/Sub.2/AC.4/2002/3, párr. 52).

13. Desde un punto de vista sustantivo, el principio del consentimiento previo fundamentado y dado libremente reconoce los derechos inherentes y primigenios de los pueblos indígenas a sus tierras y recursos y respeta su autoridad legítima a exigir que los terceros entren en relaciones respetuosas y en pie de igualdad con ellos sobre la base del principio del consentimiento fundamentado. Desde el punto de vista del procedimiento, el consentimiento previo fundamentado y dado libremente requiere procesos que permitan y promuevan la adopción por los pueblos indígenas de decisiones válidas respecto de su camino hacia el desarrollo.

14. En el contexto de los proyectos de desarrollo que afectan a las tierras y los recursos naturales de los pueblos indígenas, el respeto del principio del consentimiento previo fundamentado y dado libremente es importante para que:

- a) Los pueblos indígenas no se sientan coartados, presionados ni intimidados en sus decisiones sobre el desarrollo;
- b) Su consentimiento sea solicitado, y dado libremente, con anterioridad al inicio de las actividades de desarrollo;
- c) Los pueblos indígenas tengan una información completa del alcance y las repercusiones sobre sus terrenos, recursos y bienestar de las actividades de desarrollo propuestas;
- d) Su decisión de dar o denegar el consentimiento respecto a las actividades de desarrollo que los afecten sea aceptada y respetada.

15. La Comisión Mundial de Represas encargó un informe sobre el tema de las represas, los pueblos indígenas y las minorías étnicas en que se examina la experiencia de los pueblos indígenas y las minorías étnicas en el contexto de la construcción de represas de gran escala. En el informe temático se documenta la repercusión negativa sobre las comunidades indígenas y las minorías de proyectos de construcción de grandes represas y se establecen una serie de principios orientadores de los proyectos futuros de explotación de las fuentes de energía y los recursos hídricos con miras a minimizar los conflictos y proteger los derechos de los pueblos indígenas y las minorías étnicas. Algunos principios orientadores propuestos en el informe temático son que los pueblos indígenas y las minorías étnicas deben participar desde el inicio en el proceso de planificación y adopción de decisiones y que el principio del consentimiento previo fundamentado y dado libremente debe orientar la construcción de represas que puedan afectar a los pueblos indígenas y a las minorías étnicas³.

³ Marcus Colchester, Forest Peoples Programme, *Dams, Indigenous Peoples and Ethnic Minorities*, (Ciudad del Cabo (Sudáfrica), Secretaría de la Comisión Mundial de Represas), noviembre de 2002. La Comisión Mundial de Represas encargó posteriormente al Instituto de Estudios para el Desarrollo de la Universidad de Sussex la realización de un estudio en que se elaborara un marco que asegurara a los pueblos indígenas una situación de igualdad con otros miembros de la comunidad en la planificación, negociación y adopción de decisiones con miras a realizar proyectos hidrológicos y energéticos. En ese estudio, titulado *Consent and participation in planning and decision-making processes in water and energy*, se examinan, entre otras cosas, cómo la aceptación explícita y el consentimiento previo fundamentado y dado libremente de los

16. En algunos instrumentos jurídicos nacionales se subraya la importancia que tiene el consentimiento previo fundamentado y dado libremente. En cinco estados de Australia, desde hace más de 30 años, en las zonas mineras es obligatorio obtener el consentimiento de los Consejos de Tierras controlados por los indígenas y establecidos mediante instrumento legislativo.

17. La Ley de derechos de los pueblos indígenas de Filipinas reconoce el derecho de los pueblos indígenas a obtener el consentimiento previo fundamentado y dado libremente respecto a todas las actividades que afecten a sus tierras y territorios, como:

- a) La exploración, explotación y utilización de los recursos naturales;
- b) La investigación-bioprospección;
- c) El traslado y la reubicación (el primer concepto consiste en transferir a una comunidad debido a desastres naturales, mientras que el segundo es el resultado de actividades realizadas por el hombre);
- d) Las exploraciones arqueológicas;
- e) Las políticas que afectan a los pueblos indígenas, como la Orden ejecutiva N° 263 (Explotación forestal comunitaria);
- f) La entrada de fuerzas militares.

18. Los derechos humanos, unidos a las mejores prácticas emergentes en el desarrollo humano, proporcionan un marco amplio a los criterios de desarrollo participativo que facultan a los sectores más pobres y más marginados de la sociedad a hablar con autoridad en el ámbito del desarrollo. Además, el disfrute de los derechos humanos requiere el reconocimiento de los conflictos entre derechos en concurrencia, así como la creación de mecanismos para la negociación y la solución de conflictos.

19. Más concretamente, los principios de derechos humanos requieren la elaboración de normas y de procesos de adopción de decisiones que:

- a) Sean democráticos, permitan la rendición de cuentas y hayan obtenido el beneplácito de la opinión pública;

pueblos indígenas pueden ser garantizados en todas las fases de la planificación de un proyecto. El estudio señala que la necesidad de obtener el consentimiento previo fundamentado y dado libremente de las comunidades afectadas por los proyectos de desarrollo se basa en las normas de los instrumentos legislativos sobre derechos humanos que garantizan a todos los pueblos el derecho a participar en los procesos de adopción de decisiones y a dar su consentimiento en ellos, así como el derecho a determinar libremente su propio desarrollo. El principio del consentimiento previo fundamentado y dado libremente no debe considerarse como una concesión de los gobiernos que otorgue un trato especial a comunidades vulnerables; más bien, se aplica a todos los casos en que haya terceros que propongan proyectos de desarrollo específicos que tengan repercusiones sobre las comunidades indígenas.

- b) Se basen en la voluntad de las partes interesadas para negociar en buena fe y de modo abierto y transparente;
- c) Estén encaminados a resolver desequilibrios en el proceso político a fin de salvaguardar los derechos y títulos de los grupos vulnerables;
- d) Promuevan la participación de la mujer y la igualdad entre los géneros;
- e) Estén guiados por el consentimiento previo fundamentado de quienes ven sus derechos afectados por la ejecución de proyectos concretos;
- f) Den como resultado acuerdos negociados entre las partes interesadas;
- g) Incluyan disposiciones institucionales claras y aplicables de supervisión del cumplimiento y de reparación por daños y perjuicios.

Los conceptos de "dado libremente", "previo" y "fundamentado" en relación con el desarrollo que afecta a las tierras y los recursos naturales de los pueblos indígenas

20. El principio del consentimiento previo fundamentado y dado libremente abarca los conceptos básicos de "dado libremente", "previo", "fundamentado" y "consentimiento", que deben ser interpretados a fin de poder hacerlo efectivo⁴:

Dado libremente. Constituye uno de los principios generales del derecho que el consentimiento no es válido si se obtiene mediante coerción o manipulación. Aunque no hay medida legislativa alguna que garantice que el consentimiento sea dado libremente, sí que es necesario establecer mecanismos para verificar que esto se haya producido.

Previo. Para tener validez, el consentimiento fundamentado debe obtenerse suficientemente antes de que el Estado o terceros autoricen el inicio de las actividades de una empresa que afecten a los pueblos indígenas y a sus tierras, territorios y recursos.

Fundamentado. Un procedimiento basado en el principio del consentimiento previo fundamentado y dado libremente debe incluir la consulta a los pueblos indígenas y la participación de éstos, lo que incluye la divulgación plena y exacta, desde el punto de vista jurídico, de información sobre la actividad propuesta, en una forma que sea a la vez accesible y comprensible para los pueblos o comunidades indígenas afectados, es decir, entre otras cosas:

- El carácter, tamaño y alcance de la iniciativa o actividad propuesta;
- La duración de la iniciativa (inclusive la fase de construcción) o la actividad;

⁴ Las definiciones que se dan a continuación son ejemplos de lo que Fergus Mackay, del Forest Peoples Programme, considera que puede exigirse de cada componente en sus "Notes on Content and Operationalization of Indigenous Peoples' Right to Free, Prior and Informed Consent", documento puesto a disposición de la secretaría del Grupo de Trabajo por la Fundación Tebtebba.

- La ubicación de las zonas que se verán afectadas;
- Una evaluación preliminar de las posibles repercusiones de la iniciativa;
- Las razones o propósitos de la iniciativa;
- El personal que posiblemente participará en las fases de construcción y de funcionamiento de la iniciativa (inclusive el personal local, las instituciones de investigación, los patrocinadores, los intereses comerciales y los socios, como posibles terceros y beneficiarios);
- Los procedimientos concretos que entrañaría la iniciativa o actividad;
- Los riesgos potenciales que entraña la iniciativa (por ejemplo, entrada en zonas sagradas, contaminación medioambiental, destrucción parcial de un lugar valioso, perturbación de una zona de cría de animales);
- Todas las repercusiones que pueden preverse de modo realista (por ejemplo, comerciales, económicas, ambientales, culturales);
- Las condiciones puestas a la participación de terceros;
- La facilitación de información engañosa o falsa debería ser castigada o se debería denegar el consentimiento para continuar la realización de la actividad.

Consentimiento. Entraña la consulta sobre todos los aspectos de la evaluación, planificación, ejecución, supervisión y conclusión de un proyecto y una participación válida en esos aspectos. De hecho, la consulta y la participación válida son componentes fundamentales del proceso de consentimiento. También puede haber negociaciones para llegar a un acuerdo sobre la propuesta en su conjunto, sobre determinados componentes de ella o sobre las condiciones que pueden estar vinculadas a la aplicación efectiva del principio del consentimiento previo fundamentado y dado libremente. En todo momento, los pueblos indígenas tienen derecho a participar mediante sus propios representantes libremente elegidos y a indicar las personas, comunidades u otras entidades que puedan requerir la adopción de medidas especiales con respecto a las consultas y la participación. También tendrán derecho a obtener y utilizar los servicios de asesores, inclusive el asesoramiento letrado que elijan.

21. Los pueblos indígenas deben especificar qué entidad expresará el consentimiento en nombre de los pueblos o comunidades afectados. Esto variará dependiendo de la actividad de que se trate. Por ejemplo, la autoridad tradicional de una comunidad particular puede ser, con arreglo al derecho consuetudinario pertinente, la entidad que dé o deniegue el consentimiento. En otros casos, pueden ser el pueblo o los pueblos indígenas en su conjunto o una combinación de entidades.

22. El proceso de consentimiento también estará delimitado por un plazo a fin de asegurar que los pueblos o comunidades afectados dispongan de tiempo suficiente para examinar la información recibida, solicitar información adicional o aclaraciones, recabar asesoramiento y establecer o negociar las condiciones, así como para asegurar que ese proceso no sea utilizado

como un impedimento ilegítimo frente a la parte que solicita el consentimiento. El plazo apropiado requerido podrá variar dependiendo del número de personas, comunidades o pueblos afectados, la complejidad de la actividad propuesta, la cantidad de información proporcionada o solicitada, etc. Sea cual sea el tiempo necesario es fundamental establecer previamente un plazo claro y explícito.

23. El consentimiento previo fundamentado se debe basar en las actividades específicas respecto de las cuales se otorga dicho consentimiento. Como el consentimiento previo fundamentado puede concederse inicialmente para una serie de actividades, cualquier cambio de actividades requerirá una nueva solicitud de consentimiento previo fundamentado.

24. Finalmente, el ejercicio efectivo del principio del consentimiento previo fundamentado y dado libremente depende del reconocimiento y protección explícitos de los derechos de los pueblos indígenas, en particular a las tierras, territorios y recursos tradicionalmente de su propiedad u ocupados y utilizados por ellos. Sin un pleno reconocimiento de los derechos territoriales de los pueblos indígenas ese principio no proporcionará la protección que está destinado a ofrecer.

25. Teniendo presentes la interdependencia histórica y la relación multidimensional de los pueblos indígenas con sus tierras y recursos, el alcance de los beneficios, costos y repercusiones potenciales de la actividad de desarrollo se comprenderá mejor asegurando su participación plena y efectiva en los procesos de evaluación de repercusiones. La participación y colaboración en los procesos de evaluación de repercusiones crean las condiciones para determinar conjuntamente todas las repercusiones económicas, ambientales, sociales, culturales y espirituales, lo que permitirá proponer medidas que puedan evitar, minimizar y mitigar esas repercusiones.

Elementos para la elaboración de un comentario jurídico

26. El objetivo del comentario jurídico debe ser proporcionar una interpretación del principio del consentimiento previo fundamentado y dado libremente en el contexto del derecho internacional y la legislación en materia de derechos humanos, así como establecer directrices sobre cómo se debe respetar en la práctica ese principio. Las directrices que se incluirán en el comentario jurídico deben ser prácticas y concisas a fin de que puedan ser utilizadas en las negociaciones entre los pueblos indígenas y el sector privado y/o los gobiernos.

27. No existe una única aplicación obligatoria de principio del consentimiento previo fundamentado y dado libremente, ya que su aplicación requiere respetar la historia, la cultura y las instituciones de los pueblos de que se trate. Sin embargo, es posible establecer algunos elementos centrales para el ejercicio de ese principio, que ya se han esbozado en el presente documento. El derecho de los pueblos indígenas a denegar el consentimiento o a decir "no" a un desarrollo inadecuado debe ser uno de esos elementos.

28. Un modo efectivo de establecer el principio del consentimiento previo, fundamentado y dado libremente es reconocerlo a nivel jurídico en las legislaciones nacionales, con sus correspondientes normas y reglamentos de aplicación. Además, los acuerdos negociados que se han concertado sobre la base del principio del consentimiento previo, fundamentado y dado libremente también deben ser de obligado cumplimiento mediante el recurso a los tribunales.

29. La aplicación válida del consentimiento previo fundamentado y dado libremente entraña exigencias sustantivas y de procedimiento que los gobiernos y las empresas deben cumplir con la debida diligencia en el proceso de desarrollo.

30. Por consiguiente, se recomienda al Grupo de Trabajo que el comentario jurídico que elabore ofrezca un panorama amplio del reconocimiento del principio del consentimiento previo fundamentado y dado libremente en el derecho internacional y la legislación en materia de derechos humanos, la jurisprudencia y la legislación y la práctica nacionales, a fin de que sirva de referencia útil sobre esta cuestión. Quizás la Subcomisión desee solicitar a los gobiernos que proporcionen ejemplos de cómo han aplicado este principio en el plano nacional. El comentario jurídico también debe responder a las preguntas que se hacen con mayor frecuencia sobre ese principio, así como acabar con las interpretaciones erróneas que proliferan respecto a él, a fin de que el debate pueda seguir adelante. Asimismo, debe alentar a los gobiernos a que respeten y mantengan ese principio como parte de sus compromisos y obligaciones de promoción de los derechos humanos.

31. La interpretación del principio del consentimiento previo fundamentado y dado libremente debe ser integrada en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en el proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, en que se hace una enunciación amplia de los derechos de los pueblos indígenas.

32. El Grupo de Trabajo debe armonizar las iniciativas encaminadas a interpretar el principio del consentimiento previo fundamentado y dado libremente y a promover su aplicación, y debe recabar orientación de otros mecanismos de las Naciones Unidas sobre los pueblos indígenas, como el Foro Permanente y el Relator Especial.

Anexo

**ARTÍCULOS DEL CONVENIO DE LA OIT N° 169 SOBRE
PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN QUE SE HACE
REFERENCIA AL PRINCIPIO DEL CONSENTIMIENTO PREVIO
FUNDAMENTADO Y DADO LIBREMENTE EN RELACIÓN CON
LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

"Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
 - a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
 - b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
 - c) Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.
2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Artículo 7

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.
2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.
3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.

...

Artículo 15

1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

Artículo 16

1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.

2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberá tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.

..."

Artículos del proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas en que se reconoce el principio del consentimiento previo fundamentado y dado libremente

"Artículo 10

Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el **consentimiento expresado libremente y con pleno conocimiento** de los pueblos indígenas interesados y previo acuerdo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, con la posibilidad de regreso.

...

Artículo 12

Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, utensilios, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales y dramáticas y literaturas, así como el derecho a la restitución de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que han sido privados sin que hubieran **consentido libremente y con pleno conocimiento** o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres.

Artículo 20

Los pueblos indígenas tienen derecho a participar plenamente, si lo desean, mediante procedimientos determinados por ellos, en la elaboración de las medidas legislativas y administrativas que les afecten.

Los Estados obtendrán el **consentimiento, expresado libremente y con pleno conocimiento**, de los pueblos interesados antes de adoptar y aplicar esas medidas.

...

Artículo 27

Los pueblos indígenas tienen derecho a la restitución de las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que les hayan sido confiscados, ocupados, utilizados o dañados **sin su consentimiento expresado con libertad y pleno conocimiento**. Cuando esto no sea posible, tendrán derecho a una indemnización justa y equitativa. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual cantidad, extensión y condición jurídica.

...

Artículo 30

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras, territorios y otros recursos, en particular el derecho a exigir a los Estados que obtengan su **consentimiento, expresado con libertad y pleno conocimiento**, antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras, territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. Tras acuerdo con los pueblos indígenas interesados, se otorgará una indemnización justa y equitativa por esas actividades y se adoptarán medidas para mitigar sus consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual."
