



**Economic and Social
Council**

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/4
8 July 2004

Original: ENGLISH

COMMISSION ON HUMAN RIGHTS
Sub-Commission on the Promotion and
Protection of Human Rights
Working Group on Indigenous Populations
Twenty-second session
19-23 July 2004
Item 5 of the provisional agenda

STANDARD-SETTING

Preliminary working paper on the principle of free, prior and informed consent of indigenous peoples in relation to development affecting their lands and natural resources that would serve as a framework for the drafting of a legal commentary by the Working Group on this concept submitted by Antoanella-Iulia Motoc and the Tebtebba Foundation

Summary

At its twenty-first session, the Working Group on Indigenous Populations decided to continue at its next session its standard-setting activities by starting to elaborate a legal commentary on the principle of free, prior and informed consent of indigenous peoples in relation to development affecting their lands and natural resources. In its resolution 2003/29, the Sub-Commission asked Antoanella-Iulia Motoc to prepare a preliminary working paper that would serve as a framework for the drafting of a legal commentary by the Working Group on this concept. The Working Group has also taken the initiative to build research partnerships with indigenous organizations for the preparation of the working papers on standard-setting for its twenty-second session. This paper is a collaborative effort between Mrs. Motoc and the Tebtebba Foundation, an organization of indigenous peoples from the Philippines.

Introduction

1. The purpose of the present working paper is to provide some preliminary ideas on the following topics: first, the importance of free, prior and informed consent in international and domestic legal instruments will be outlined; second, there will be an attempt to explain what the terms “free”, “prior” and “informed” mean in this context. In the conclusions, recommendations are presented to assist the Working Group in drafting a legal commentary on this concept.

Free, prior and informed consent in international and domestic legal instruments

2. The principle of free, prior informed consent is acknowledged in several documents in the field of international human rights law. The International Labour Organization Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169) refers to the principle of free and informed consent in the context of relocation of indigenous peoples from their land in its article 6. In articles 6, 7 and 15, the Convention aims at ensuring that every effort is made by States to fully consult with indigenous peoples in the context of development, land and resources (see annex).

3. The draft United Nations declaration on the rights of indigenous peoples (Sub-Commission resolution 1994/45, annex) is an important emerging instrument that explicitly recognizes the principle of free, prior and informed consent in its articles 10, 12, 20, 27 and 30.¹

4. At present, the draft American declaration on the rights of indigenous people of the Organization of American States (OAS) provides that indigenous peoples have the right to determine and develop priorities and strategies for the development or use of their lands, territories and other resources, including the right to require that States obtain their free and informed consent prior to the approval of any project affecting their lands, territories and other resources, particularly in connection with the development, utilization or exploitation of mineral, water or other resources.

5. Several United Nations committees have made reference to the principle of free, prior and informed consent in their concluding observations and general recommendations. In its general recommendation XXIII, on the rights of indigenous peoples, the Committee on the Elimination of Racial Discrimination calls upon States to “ensure that members of indigenous peoples have rights in respect of effective participation in public life and that no decisions directly relating to their rights and interests are taken without their informed consent” (para. 4 (d)).

6. In its concluding observations on the report of Colombia in 2001, the Committee on Economic, Social and Cultural Rights noted “with regret that the traditional lands of indigenous peoples have been reduced or occupied, without their consent, by timber, mining and oil companies, at the expense of the exercise of their culture and the equilibrium of the ecosystem” (E/C.12/1/Add.74, para. 12). It subsequently recommended that the State party ensure the participation of indigenous peoples in decisions affecting their lives and particularly urged it “to consult and seek the consent of the indigenous peoples concerned prior to the implementation of timber, soil or subsoil mining projects and on any public policy affecting them, in accordance with ILO Convention No. 169” (ibid., para. 33).

7. The Inter-American Commission on Human Rights frames inter-American human rights law to include the taking of “special measures to ensure recognition of the particular and collective interest that indigenous people have in the occupation and use of their traditional lands and resources and their right not to be deprived of this interest except with fully informed consent, under conditions of equality, and with fair compensation”.² A similar conclusion was reached by the African Commission on Human and Peoples’ Rights in the 2002 Ogoni case. The Commission held that Nigeria had violated the right of the Ogoni people to freely dispose of its natural wealth and resources by issuing oil concessions on Ogoni lands.

8. The Commentary on the Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights also recognizes the principle of free, prior and informed consent in the context of indigenous peoples by stating: “Transnational corporations and other business enterprises shall respect the rights of local communities affected by their activities and the rights of indigenous peoples and communities consistent with international human rights standards such as the Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169). They shall particularly respect the rights of indigenous peoples and similar communities to own, occupy, develop, control, protect and use their lands, other natural resources, and cultural and intellectual property. They shall also respect the principle of free, prior and informed consent of the indigenous peoples and communities to be affected by their development projects” (E/CN.4/Sub.2/2003/38/Rev.2, para. 10 (c)).

9. The principle of free, prior and informed consent is central to indigenous peoples’ exercise of their right of self-determination with respect to developments affecting their lands, territories and natural resources. The substantive and procedural norms underlying free, prior and informed consent empower indigenous peoples to meaningfully exercise choices about their economic, social and cultural development, particularly in relation to development proposals by States and other external bodies in their ancestral lands and territories.

10. In this context, important measures were taken by United Nations specialized agencies in terms of the operationalization of the human rights of indigenous peoples in the general framework of international law. The Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity has established a working group specifically to address the implementation and related provisions of the Convention. This working group is open to all Parties, and indigenous and local community representatives play a full and active role in its work. Traditional knowledge is considered a “cross-cutting” issue that affects many aspects of biological diversity, so it will continue to be addressed by the Conference of the Parties and by other working groups as well.

11. The Inter-American Developmental Bank Strategies and Procedures on Socio-Cultural Development provides that IDB will not support projects affecting tribal lands and territories. The United Nations Development Programme also states that it promotes and supports the rights of indigenous people in its policies.

12. Representatives of non-governmental organizations have also contributed to the question of free consent. Participants in the United Nations Workshop on Indigenous Peoples, Private Sector Natural Resource, Energy and Mining Companies and Human Rights, held in Geneva from 5 to 7 December 2001, discussed the principle of free, prior and informed consent, recognizing the need to have a universally agreed upon definition of the principle. The participants reached a basic common understanding of the meaning of the principle, as the right

of indigenous peoples, as land and resource owners, to say “no” to proposed development projects at any point during negotiations with Governments and/or extractive industries (see E/CN.4/Sub.2/AC.4/2002/3, para. 52).

13. Substantively, the principle of free, prior and informed consent recognizes indigenous peoples’ inherent and prior rights to their lands and resources and respects their legitimate authority to require that third parties enter into an equal and respectful relationship with them based on the principle of informed consent. Procedurally, free, prior and informed consent requires processes that allow and support meaningful choices by indigenous peoples about their development path.

14. In relation to development projects affecting indigenous peoples’ lands and natural resources, the respect for the principle of free, prior and informed consent is important so that:

(a) Indigenous peoples are not coerced, pressured or intimidated in their choices of development;

(b) That their consent is sought and freely given prior to the start of development activities;

(c) That indigenous peoples have full information about the scope and impacts of the proposed development activities on their lands, resources and well-being;

(d) That their choice to give or withhold consent over developments affecting them is respected and upheld.

15. The World Commission on Dams commissioned a thematic review of dams, indigenous peoples and ethnic minorities which examines the experience of indigenous peoples and ethnic minorities within the context of large-scale dam constructions. Upon documenting the negative impact of large dam projects on indigenous and minority communities, the thematic report identifies a set of principles to guide future energy and water resource development projects with a view to minimizing conflict and protecting the rights of indigenous peoples and ethnic minorities. Among the guiding principles that the thematic report elaborates are that indigenous peoples and ethnic minorities should be involved from the beginning in planning and decision-making processes and that the principle of free, prior and informed consent should guide the building of dams that may affect indigenous peoples and ethnic minorities.³

16. Several domestic legal instruments underline the importance of free, prior and informed consent. In five states of Australia, consent has been obtained through statutory indigenous-controlled Land Councils in the mining area for more than 30 years.

17. The Philippine Indigenous Peoples Rights Act recognizes the right of free, prior and informed consent of indigenous peoples for all activities affecting their lands and territories including:

(a) Exploration, development and use of natural resources;

(b) Research-bioprospecting;

- (c) Displacement and relocation (the former is transfer of community due to natural calamities, while the latter is due to man-made activities);
- (d) Archaeological explorations;
- (e) Policies affecting indigenous peoples such as Executive Order 263 (Community-based Forest Management);
- (f) Entry of military.

18. Human rights, coupled with emerging best practices in human development, provide a comprehensive framework for participatory development approaches which empower the poorest and most marginalized sections of society to have a meaningful voice in development. Moreover, the realization of human rights requires recognition of conflicts between competing rights and the designing of mechanisms for negotiation and conflict resolution.

19. More specifically, human rights principles require the development of norms and decision-making processes that:

- (a) Are democratic and accountable and enjoy public confidence;
- (b) Are predicated on the willingness of interested parties to negotiate in good faith, and in an open and transparent manner;
- (c) Are committed to addressing imbalances in the political process in order to safeguard the rights and entitlements of vulnerable groups;
- (d) Promote women's participation and gender equity;
- (e) Are guided by the prior, informed consent of those whose rights are affected by the implementation of specific projects;
- (f) Result in negotiated agreements among the interested parties;
- (g) Have clear, implementable institutional arrangements for monitoring compliance and redress of grievances.

The terms “free”, “prior” and “informed” in relation to development affecting indigenous peoples' lands and natural resources

20. The principle of free, prior and informed consent contains the elemental terms “free”, “prior”, “informed” and “consent” which need to be interpreted in order to operationalize the concept:⁴

Free: It is a general principle of law that consent is not valid if obtained through coercion or manipulation. While no legislative measure is foolproof, mechanisms need to be established to verify that consent has been freely obtained.

Prior: To be meaningful, informed consent must be sought sufficiently in advance of any authorization by the State or third parties or commencement of activities by a company that affect indigenous peoples and their lands, territories and resources.

Informed: A procedure based on the principle of free, prior and informed consent must involve consultation and participation by indigenous peoples, which includes the full and legally accurate disclosure of information concerning the proposed development in a form which is both accessible and understandable to the affected indigenous people(s)/communities regarding, inter alia:

- The nature, size and scope of the proposed development or activity;
- The duration of the development (including the construction phase) or the activity;
- The locality of areas that will be affected;
- A preliminary assessment of the likely impact of the development;
- The reasons/purpose for the development;
- Personnel likely to be involved in both construction and operational phases (including local people, research institutes, sponsors, commercial interests and partners - as possible third parties and beneficiaries) of the development process;
- Specific procedures the development or activity would entail;
- Potential risks involved (e.g. entry into sacred areas, environmental pollution, partial destruction of a significant site, disturbance of a breeding ground);
- The full implications that can realistically be foreseen (e.g. commercial, economic, environmental, cultural);
- Conditions for third-party involvement;
- Provision of misleading or false information should result in a penalty or denial of consent for the proposed development to proceed.

Consent: This involves consultation about and meaningful participation in all aspects of assessment, planning, implementation, monitoring and closure of a project. As such, consultation and meaningful participation are fundamental components of a consent process. There may also be negotiation involved to reach agreement on the proposal as a whole, certain components thereof, or conditions that may be attached to the operationalization of the principle of free, prior and informed consent. At all times, indigenous peoples have the right to participate through their own freely chosen representatives and to identify the persons, communities or other entities that may require special measures in relation to consultation and participation. They also have the right to secure and use the services of any advisers, including legal counsel of their choice.

21. Indigenous peoples need to specify which entity will express consent on behalf of the affected people(s)/communities. This may vary depending on the activity in question. For example, the traditional authorities of a particular community may, under the relevant customary law, be the entity to give or withhold consent. In other cases, it may be the indigenous people(s) as a whole or a combination of entities.

22. The consent process should also be time bound so as to ensure that the affected people(s)/communities have enough time to understand information received, to request additional information or clarification, to seek advice, and to determine or negotiate conditions, as well as to ensure that the process does not serve as an undue impediment for the proponent seeking consent. The appropriate amount of time needed may vary depending on the number of affected persons, communities or peoples, the complexity of the proposed activity, the amount of information provided or requested, etc. Whatever the amount of time needed, a pre-determined and clearly understood deadline is critical.

23. Prior informed consent must be based on specific activities for which consent has been granted. While prior informed consent may initially be granted for one set of activities, any intended change of activities will require a new appeal for prior informed consent.

24. Finally, the successful operationlization of the principle of free, prior and informed consent is dependent on clear recognition and protection of indigenous peoples' rights, particularly to lands, territories and resources traditionally owned or otherwise occupied and used. Without full recognition of indigenous peoples' territorial rights, the principle will not provide the protection it is designed to provide.

25. Given indigenous peoples' historic interdependence and multifaceted relationship with their lands and resources, the scope of potential benefits, costs and impacts of the development activity will best be understood by ensuring their full and effective participation in impact assessment processes. Participation and collaboration in impact assessment processes provide the conditions for jointly determining the full economic, environmental, social, cultural and spiritual impacts, in order to be able to propose measures that can avoid, minimize and mitigate these impacts.

Elements for the elaboration of a legal commentary

26. The objective of a legal commentary should be to provide an interpretation of the principle of free, prior and informed consent within the context of international and human rights law, as well as establishing guidelines on how the principle should be respected in practice. The guidelines to be included in the legal commentary should be practical and concise, so that they can be used in negotiations between indigenous peoples and the private sector and/or Governments.

27. There is no single prescriptive implementation of the principle of free, prior and informed consent, as this necessarily requires respect for history, cultures and institutions of the peoples concerned. Nevertheless, it is possible to elaborate some core elements central to the exercise of this principle which were outlined in this paper. Indigenous peoples' right to withhold consent or to say "no" to inappropriate development must be one of these elements.

28. An effective way to establish the principle of free, prior and informed consent is to recognize it legally in national legislation, with the corresponding implementing rules and regulations. Furthermore, negotiated agreements reached following the principle of free, prior and informed consent processes should also be legally enforceable through the courts.
29. The meaningful application of free, prior and informed consent places substantive and procedural requirements on the part of Governments and developers which they must carry out with due diligence in the development process.
30. It is, therefore, recommended to the Working Group that the legal commentary it will elaborate should provide a comprehensive overview of the recognition of the principle of free, prior and informed consent in international and human rights law, jurisprudence and national legislation and practice, so as to serve as a useful reference on this theme. The Sub-Commission might want to ask Governments for examples of how this principle has been implemented at the national level. It should also address frequently asked questions and also the common misinterpretations about this principle in order to move the discussion forward. Furthermore, it should encourage Governments to respect and uphold this principle as part of their commitments and obligations to promote human rights.
31. The interpretation of the principle of free, prior and informed consent should be embedded in international human rights instruments and in the Draft United Nations declaration on the rights of indigenous peoples, which provides a comprehensive set of indigenous peoples rights.
32. The Working Group should harmonize efforts to interpret and promote the implementation of the principle of free, prior and consent and seek guidance from other United Nations mechanisms on indigenous peoples such as the Permanent Forum and the Special Rapporteur.

Notes

¹ “The UN Draft Declaration identifies and includes provisions addressing many further crucial issues in such relationships, but does not connect these expressly to self-determination in the way advocated here. The dynamic of the UN process has been rather the opposite, treating self-determination as an end-state issue and separating the debate on self-determination from the structuring of relationships. The Draft Declaration provides much of the material from which the concept of self-determination may be reconstructed in relational terms, but does not always develop the relational aspects sufficiently ... Indigenous institutions and juridical practices may be maintained and promoted, subject to internationally recognized human rights standards, but the relation of these institutions and practices to state institutions, particularly the judicial system, is not addressed explicitly. The Draft would require states to include the rights recognized in the Declaration in national legislation ‘in such a manner that indigenous peoples can avail themselves of such rights in practice’, but the role of state institutions, especially courts and administrative agencies, is not addressed systematically. The Draft alludes to the capacities and powers of states throughout. States are required, for instance, to ‘take effective measures to ensure that no storage or disposal of hazardous materials shall take place in the lands and

territories of indigenous peoples', a formulation that deliberately did not provide for indigenous consent to receipt of such materials." 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. 225-226.

² *Mary and Carrie Dann v. United States*, case 11.140, Report No. 75/02, Inter-Am. C.H.R., 2002, para. 131.

³ Marcus Colchester, Forest Peoples Programme, *Dams, Indigenous Peoples and Ethnic Minorities*, (Cape Town, South Africa: Secretariat of the World Commission on Dams), November 2002. The World Commission on Dams subsequently commissioned the Institute of Development Studies at the University of Sussex to undertake a study that would elaborate a framework by which indigenous peoples are ensured equal status with other members of the community in the planning, negotiations and decision-making leading to the implementation of water and energy projects. The study entitled *Consent and participation in planning and decision-making processes in water and energy* outlines, inter alia, how public acceptability and the free, prior and informed consent of indigenous peoples can be ensured throughout all phases of project planning. The study notes that the necessity of obtaining free, prior and informed consent from communities affected by development projects is based on the norms of human rights law which guarantee all peoples the right to continuing participation and consent in the decision-making processes as well as the right to freely determine their own development. The principle of free prior and informed consent should not be considered as a concession by Governments that grants special treatment to vulnerable communities; rather, it applies to all cases in which outsiders propose specific development projects that impact indigenous communities.

⁴ The following are examples that Fergus Mackay of the Forest Peoples Programme provides of what may be required under each component in his "Notes on Content and Operationalization of Indigenous Peoples' Right to Free, Prior and Informed Consent" provided to the secretariat of the Working Group by the Tebtebba Foundation.

Annex

**ARTICLES OF THE ILO CONVENTION NO. 169 THAT REFER TO
THE PRINCIPLE OF FREE, PRIOR AND INFORMED CONSENT
IN RELATION TO INDIGENOUS PEOPLES**

Article 6

“1. In applying the provisions of this Convention, Governments shall:

“(a) Consult the peoples concerned, through appropriate procedures and in particular through their representative institutions, whenever consideration is being given to legislative or administrative measures which may affect them directly;

“(b) Establish means by which these peoples can freely participate, to at least the same extent as other sectors of the population, at all levels of decision-making in elective institutions and administrative and other bodies responsible for policies and programmes which concern them;

“(c) Establish means for the full development of these peoples’ own institutions and initiatives, and in appropriate cases provide the resources necessary for this purpose.

2. The consultations carried out in application of this Convention shall be undertaken, in good faith and in a form appropriate to the circumstances, with the objective of achieving agreement or consent to the proposed measures.”

Article 7

“1. The peoples concerned shall have the right to decide their own priorities for the process of development as it affects their lives, beliefs, institutions and spiritual well-being and the lands they occupy or otherwise use, and to exercise control, to the extent possible, over their own economic, social and cultural development. In addition, they shall participate in the formulation, implementation and evaluation of plans and programmes for national and regional development which may affect them directly.

“...

“3. Governments shall ensure that, whenever appropriate, studies are carried out, in cooperation with the peoples concerned, to assess the social, spiritual, cultural and environmental impact on them of planned development activities. The results of these studies shall be considered as fundamental criteria for the implementation of these activities.

“4. Governments shall take measures, in cooperation with the peoples concerned, to protect and preserve the environment of the territories they inhabit.”

Article 15

“...

“2. In cases in which the State retains the ownership of mineral or subsurface resources or rights to other resources pertaining to lands, governments shall establish or maintain procedures through which they shall consult these peoples, with a view to ascertaining whether and to what degree their interests would be prejudiced, before undertaking or permitting any programmes for the exploration or exploitation of such resources pertaining to their lands. The peoples concerned shall wherever possible participate in the benefits of such activities, and shall receive fair compensation for any damages which they may sustain as a result of such activities.”

Article 16

“1. Subject to the following paragraphs of this Article, the peoples concerned shall not be removed from the lands which they occupy.

“2. Where the relocation of these peoples is considered necessary as an exceptional measure, such relocation shall take place only with their free and informed consent. Where their consent cannot be obtained, such relocation shall take place only following appropriate procedures established by national laws and regulations, including public inquiries where appropriate, which provide the opportunity for effective representation of the peoples concerned.

“...”

ARTICLES OF THE DRAFT UNITED NATIONS DRAFT DECLARATION ON THE RIGHTS OF INDIGENOUS PEOPLES RECOGNIZING THE PRINCIPLE OF FREE, PRIOR AND INFORMED CONSENT

Article 10

“Indigenous peoples shall not be forcibly removed from their lands or territories. No relocation shall take place without the free and informed consent of the indigenous peoples concerned and after agreement on just and fair compensation and, where possible, with the option of return.”

Article 12

“Indigenous peoples have the right to practise and revitalize their cultural traditions and customs. This includes the right to maintain, protect and develop the past, present and future manifestations of their cultures, such as archaeological and historical sites, artifacts, designs, ceremonies, technologies and visual and performing arts and literature, as well as the right to the restitution of cultural, intellectual, religious and spiritual property taken without their free and informed consent or in violation of their laws, traditions and customs.”

Article 20

“Indigenous peoples have the right to participate fully, if they so choose, through procedures determined by them, in devising legislative or administrative measures that may affect them. States shall obtain the free and informed consent of the peoples concerned before adopting and implementing such measures.

“ ... ”

Article 27

“Indigenous peoples have the right to the restitution of the lands, territories and resources which they have traditionally owned or otherwise occupied or used, and which have been confiscated, occupied, used or damaged without their free and informed consent. Where this is not possible, they have the right to just and fair compensation. Unless otherwise freely agreed upon by the peoples concerned, compensation shall take the form of lands, territories and resources equal in quality, size and legal status.”

Article 30

“Indigenous peoples have the right to determine and develop priorities and strategies for the development or use of their lands, territories and other resources, including the right to require that States obtain their free and informed consent prior to the approval of any project affecting their lands, territories and other resources, particularly in connection with the development, utilization or exploitation of mineral, water or other resources. Pursuant to agreement with the indigenous peoples concerned, just and fair compensation shall be provided for any such activities and measures taken to mitigate adverse environmental, economic, social, cultural or spiritual impact.”



**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."



**Conseil économique
et social**

Distr.
GÉNÉRALE

E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/4
8 juillet 2004

FRANÇAIS
Original: ANGLAIS

COMMISSION DES DROITS DE L'HOMME
Sous-Commission de la promotion et de
la protection des droits de l'homme
Groupe de travail sur les populations autochtones
Vingt-deuxième session
19-23 juillet 2004
Point 5 de l'ordre du jour provisoire

ACTIVITÉS NORMATIVES

Document de travail préliminaire sur le principe de consentement préalable donné librement et en connaissance de cause des peuples autochtones concernant des aménagements affectant leurs terres et ressources naturelles, qui serait appelé à servir de cadre à la rédaction par le Groupe de travail d'un commentaire juridique relatif à ce concept, présenté par Antoanella-Iulia Motoc et la Fondation Tebtebba

Résumé

À sa vingt et unième session, le Groupe de travail sur les populations autochtones a décidé de poursuivre ses activités normatives à sa session suivante, en s'attendant à l'élaboration d'un commentaire juridique sur le principe de consentement préalable donné librement et en connaissance de cause des peuples autochtones concernant des aménagements affectant leurs terres et ressources naturelles. Dans sa résolution 2003/29, la Sous-Commission a invité Antoanella-Iulia Motoc à établir un document de travail préliminaire, qui serait appelé à servir de cadre à la rédaction par le Groupe de travail d'un commentaire juridique relatif à ce concept. Le Groupe de travail a également pris l'initiative d'instaurer des partenariats de recherche avec les organisations autochtones en vue d'établir des documents de travail sur ses activités normatives à sa vingt-deuxième session. Le présent document est le fruit d'une collaboration entre M^{me} Motoc et la Fondation Tebtebba, organisation autochtone philippine.

Introduction

1. L'objet du présent document est, premièrement, de formuler quelques idées préliminaires sur la place qu'occupe le consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause dans les instruments juridiques tant internationaux que nationaux, et, deuxièmement, d'expliquer ce que les termes «librement», «préalable» et «en connaissance de cause» signifient dans ce contexte. Les recommandations formulées au chapitre des conclusions devraient aider le Groupe de travail à rédiger un commentaire juridique sur ce concept.

Place du consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause dans les instruments juridiques internationaux et nationaux

2. Le principe du consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause est reconnu dans plusieurs documents relatifs au droit international des droits de l'homme. La Convention relative aux peuples indigènes et tribaux de l'OIT (Convention n° 169, de 1989) évoque ce principe en son article 6, dans le contexte de la relocalisation de peuples indigènes. Les articles 6, 7 et 15 de la Convention imposent aux États de veiller à consulter pleinement les peuples indigènes pour tout ce qui concerne le développement, les terres et les ressources (voir annexe).

3. Le projet de déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (voir résolution 1994/45 de la Sous-Commission, annexe) est un important instrument en devenir qui reconnaît expressément le principe du consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, en ses articles 10, 12, 20, 27 et 30¹.

4. Dans son état actuel, l'article 30 de ce projet de déclaration dispose que les peuples autochtones ont le droit de définir des priorités et d'élaborer des stratégies pour la mise en valeur et l'utilisation de leurs terres, territoires et autres ressources. Ils ont notamment le droit d'exiger que les États obtiennent leur consentement, exprimé librement et en toute connaissance de cause, avant l'approbation de tout projet ayant une incidence sur leurs terres, territoires et autres ressources, notamment en ce qui concerne la mise en valeur, l'utilisation ou l'exploitation des ressources minérales, des ressources en eau ou de toutes autres ressources.

5. Plusieurs comités des Nations Unies ont évoqué le principe du consentement préalable, libre et informé dans leurs observations finales et leurs recommandations générales. Dans sa recommandation générale XXIII sur les droits des peuples autochtones, le Comité sur l'élimination de la discrimination raciale demande aux États parties «de veiller à ce que les membres des populations autochtones jouissent de droits égaux en ce qui concerne la participation effective à la vie publique et qu'aucune décision directement liée à leurs droits et à leurs intérêts ne soit prise sans leur consentement informé» (par. 4 d)).

6. Dans ses observations finales sur le rapport que la Colombie a présenté en 2001, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels note «avec regret que les terres traditionnelles des communautés autochtones ont été réduites ou occupées sans leur consentement par des sociétés forestières, minières et pétrolières, au détriment de la pratique de la culture de ces communautés et de l'équilibre de l'écosystème» (E/C.12/1/Add.74, par. 12). Il a ensuite recommandé à l'État partie de faire en sorte que les communautés autochtones participent à la prise des décisions qui les touchent, et lui a instamment demandé en particulier de consulter les communautés

autochtones et d'obtenir leur consentement avant la réalisation de projets d'exploitation des forêts, du sol ou du sous-sol et pour toute politique publique les concernant, conformément à la Convention n° 169 de l'OIT (ibid., par. 33).

7. La Commission interaméricaine des droits de l'homme affirme pour sa part que le droit interaméricain des droits de l'homme requiert «des mesures spéciales pour assurer la reconnaissance des intérêts particuliers et collectifs des peuples autochtones en ce qui concerne l'occupation et l'utilisation de leurs terres et ressources traditionnelles et leur droit de ne pas être privés de ces intérêts, sauf s'ils y ont consenti en toute connaissance de cause et dans des conditions d'égalité, et qu'ils ont reçu une juste compensation²». La Commission africaine des droits de l'homme et des peuples est parvenue à une conclusion analogue en 2002 dans le cadre de l'affaire *Ogoni*. La Commission a considéré que le Nigéria avait violé le droit du peuple ogoni de disposer librement de ses ressources et richesses naturelles en octroyant des concessions pétrolières en territoire ogoni.

8. Le commentaire relatif aux normes sur la responsabilité des sociétés transnationales et autres entreprises en matière de droits de l'homme reconnaît lui aussi le principe du consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause par les peuples autochtones, puisqu'il indique: «Les sociétés transnationales et autres entreprises respectent les droits des communautés locales touchées par leurs activités et les droits des peuples et communautés autochtones, conformément aux normes internationales relatives aux droits de l'homme, telles que la Convention relative aux peuples indigènes et tribaux (n° 169), 1989, de l'OIT. Elles respectent en particulier le droit des peuples autochtones et des communautés analogues d'être propriétaires de leurs terres, de leurs autres ressources naturelles et de leurs biens intellectuels et culturels et de les occuper, de les mettre en valeur, d'en avoir le contrôle, de les protéger et de les exploiter. Elles respectent également le principe du libre consentement préalable et éclairé des peuples et communautés autochtones devant être touchés par leurs projets de développement.» (E/CN.4/Sub.2/2003/38/Rev.2, par. 10 c)).

9. Le principe du consentement préalable donné librement et en connaissance de cause est essentiel pour que les peuples autochtones puissent exercer leur droit à l'autodétermination en ce qui concerne tout aménagement affectant leurs terres, territoires et ressources naturelles. Les règles de fond et de procédure régissant le consentement libre, préalable et informé donnent aux peuples autochtones les moyens de faire des choix en matière de développement économique, social et culturel en toute connaissance de cause, particulièrement lorsqu'il s'agit de projets de l'État ou d'autres entités extérieures concernant la mise en valeur de leurs terres et territoires ancestraux.

10. Dans ce contexte, des mesures importantes ont été prises par les institutions spécialisées des Nations Unies en vue de donner effet aux droits fondamentaux des populations autochtones dans le cadre général du droit international. La Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique a créé un groupe de travail spécialement chargé de la mise en œuvre de l'article 8 j) et des dispositions connexes. Les représentants des communautés autochtones et locales participent activement aux travaux de ce groupe de travail ouvert à toutes les parties. Les connaissances traditionnelles sont considérées comme une question intersectorielle touchant à de nombreux aspects de la diversité biologique et, à ce titre, la Conférence des Parties et les divers groupes de travail continueront à s'y intéresser.

11. Les stratégies et procédures applicables en matière de développement socioculturel de la Banque interaméricaine de développement disposent que la Banque ne finance pas de projets affectant des terres et territoires tribaux. Le PNUD a pour politique déclarée de promouvoir et défendre les droits des populations autochtones dans le cadre de ses activités.

12. Les représentants d'organisations non gouvernementales ont également apporté une contribution à la question du consentement libre. Les participants à l'atelier des Nations Unies sur les peuples autochtones, les sociétés privées travaillant dans les secteurs des ressources naturelles, de l'énergie et de l'extraction minière, et les droits de l'homme, tenu à Genève du 5 au 7 décembre 2001, ont discuté du principe du consentement préalable donné librement et en connaissance de cause et ont souligné qu'il fallait parvenir à une définition universellement acceptée de ce principe. Les participants sont convenus de définir sommairement le principe comme le droit des peuples autochtones, en tant que propriétaires des terres et des ressources, de dire «non», à tout projet d'aménagement, à n'importe quel stade des négociations avec les gouvernements ou les industries extractives (voir E/CN.4/Sub.2/AC.4/2002/3, par. 52).

13. Sur le plan du fond, le principe du consentement préalable donné librement et en connaissance de cause reconnaît que les peuples autochtones ont des droits naturels et antérieurs prioritaires sur leurs terres et ressources et qu'ils ont légitimement autorité pour demander à des tiers d'instaurer avec eux une relation égalitaire et respectueuse, fondée sur le principe du consentement éclairé. Sur le plan de la procédure, le consentement préalable, libre et informé suppose l'existence de processus qui permettent aux peuples autochtones de faire des choix de développement en connaissance de cause et de les aider à faire ces choix.

14. Dans le cadre de projets d'aménagement affectant les terres et les ressources naturelles des peuples autochtones, il importe de respecter le principe du consentement préalable libre et informé de manière à ce que:

a) Les peuples autochtones ne fassent l'objet d'aucune contrainte, pression ou intimidation dans les choix qu'ils opèrent en matière de développement;

b) Leur consentement soit sollicité et librement accordé avant le début des activités projetées;

c) Les peuples autochtones soient pleinement informés de la portée et des effets des activités projetées sur leurs terres, leurs ressources et leurs moyens d'existence;

d) Leur choix de donner ou de refuser leur consentement pour tout projet d'aménagement les concernant soit dûment respecté.

15. La Commission mondiale des barrages a commandé une étude thématique, qui fait le point des expériences vécues par les peuples autochtones et les minorités ethniques dans le contexte de la construction de grands barrages. Après avoir recensé les effets négatifs des grands barrages sur les communautés autochtones et les minorités, l'étude énonce une série de principes devant guider l'exécution des projets futurs de mise en valeur dans les secteurs de l'énergie et des ressources en eau, en vue de réduire dans toute la mesure possible les conflits et de protéger les droits des peuples autochtones et des minorités ethniques. Au nombre des principes directeurs énoncés, on citera le fait que les peuples autochtones et les minorités ethniques devraient

être associés depuis le début à la planification et à la prise de décisions et que le principe du consentement préalable, libre et informé devrait guider la construction de barrages susceptibles d'avoir une incidence sur la vie des peuples autochtones et des minorités ethniques³.

16. Plusieurs instruments juridiques nationaux insistent sur l'importance du consentement préalable donné librement et en connaissance de cause. Dans cinq États de l'Australie, il y a plus de 30 ans que le consentement des populations concernées est obtenu dans les zones minières par l'intermédiaire de conseils fonciers contrôlés par les peuples autochtones.

17. La loi philippine sur les droits des peuples autochtones reconnaît à ces peuples le droit de donner leur consentement préalable, librement et en connaissance de cause, pour toutes les activités affectant leurs terres et leurs territoires, notamment pour:

- a) L'exploitation, la mise en valeur et l'utilisation de ressources naturelles;
- b) La recherche et la bioprospection;
- c) Les déplacements et les réinstallations (les premiers désignant les transferts opérés à la suite de catastrophes naturelles, les seconds désignant les transferts dus aux activités humaines);
- d) Les fouilles archéologiques;
- e) Les politiques affectant les peuples autochtones telles que le décret-loi n° 263 (gestion communautaire des forêts);
- f) Les mouvements de troupes.

18. Les droits de l'homme, conjugués aux meilleures pratiques qui font leur apparition dans le domaine du développement humain, offrent un cadre général dans lequel peuvent s'inscrire des conceptions participatives du développement donnant aux couches les plus pauvres et les plus marginalisées de la société les moyens de faire entendre leur voix dans le processus de développement. De plus, la réalisation des droits de l'homme exige que l'on reconnaisse que l'existence de droits concurrents est source de conflits et que l'on institue des mécanismes de négociation et de règlement des conflits.

19. En d'autres termes, les principes relatifs aux droits de l'homme supposent que l'on élabore des normes et institue des processus de prise de décisions qui soient:

- a) Démocratiques, vérifiables et jouissant de la confiance du public;
- b) Fondés sur la volonté des parties intéressées de négocier de bonne foi, de manière ouverte et transparente;
- c) Soucieux de corriger les déséquilibres existant dans le processus politique en vue de préserver les droits et les intérêts des groupes vulnérables;
- d) Propres à promouvoir la participation des femmes et l'égalité des sexes;

- e) Subordonnés au consentement préalable et en connaissance de cause de ceux dont les droits sont affectés par l'exécution des projets;
- f) Le résultat d'accords négociés entre toutes les parties intéressées;
- g) Assortis de modalités institutionnelles claires et applicables permettant de vérifier le respect des engagements pris et de réparer les torts causés.

Les termes «préalable», «donné librement» et «en connaissance de cause» s'agissant des activités de développement affectant les terres et les ressources naturelles des peuples autochtones

20. Les termes «préalable», «donné librement», «en connaissance de cause» et «consentement» doivent être interprétés pour rendre la notion opérationnelle⁴:

Préalable: Pour avoir un sens, le consentement donné en connaissance de cause doit être sollicité suffisamment à l'avance de toute autorisation, donnée par l'État ou des tiers, en ce qui concerne le commencement par une société d'activités affectant des peuples autochtones et leurs terres, territoires et ressources.

Donné librement: Selon un principe général du droit, le consentement n'est pas valide s'il a été obtenu par la contrainte ou la manipulation. Aucune mesure législative n'est infaillible, mais des mécanismes doivent être mis en place pour vérifier que le consentement a été librement donné.

En connaissance de cause: Une procédure reposant sur le principe du consentement donné librement, au préalable et en connaissance de cause doit comprendre des consultations et une participation des peuples autochtones, y compris la divulgation d'informations complètes et juridiquement exactes sur les activités de développement proposées sous une forme à la fois accessible et compréhensible pour les peuples/populations/communautés autochtones affectés en ce qui concerne, notamment:

- La nature, la taille et l'ampleur du projet de développement ou de l'activité proposée;
- La durée du projet de développement (y compris la phase de construction) ou de l'activité;
- L'emplacement des zones qui seront affectées;
- Une évaluation préliminaire de l'impact des activités;
- Les raisons/le but du projet de développement;
- Le personnel devant participer aux phases de la construction et des opérations (y compris les habitants, instituts de recherche, sponsors, intérêts commerciaux et partenaires locaux – en qualité de tiers et de bénéficiaires éventuels) du projet de développement;
- Les procédures spécifiques qu'impliquera le projet de développement ou l'activité;

- Les risques encourus (par exemple empiètement sur des terres sacrées, pollution de l'environnement, destruction partielle d'un site important, atteinte à une zone de reproduction);
- La totalité des conséquences que l'on peut raisonnablement prévoir (par exemple les conséquences commerciales, économiques, environnementales et culturelles);
- Les conditions de la participation de tiers;
- La fourniture d'informations fausses ou trompeuses qui devrait entraîner une peine ou le refus du consentement à l'opération proposée.

Consentement: Ceci implique des consultations et une participation dignes de ce nom à tous les aspects de l'évaluation, de la planification, de l'exécution, de la supervision et de la clôture d'un projet. De ce fait, consultations et participation réelles sont des éléments fondamentaux d'un processus de consentement. Il peut aussi y avoir des négociations en vue de parvenir à un accord sur la proposition dans son ensemble ou certains éléments de celle-ci, ou la mise en œuvre du principe du consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, peut être assortie de conditions. À tout moment, les peuples autochtones ont le droit de participer, par l'intermédiaire des représentants qu'ils ont librement choisis, et d'identifier les personnes, communautés ou autres entités qui peuvent nécessiter des mesures particulières en ce qui concerne la consultation et la participation. Ils ont aussi le droit de s'assurer et d'utiliser les services de conseillers, notamment d'un avocat de leur choix.

21. Les peuples autochtones doivent indiquer quelle entité exprimera le consentement au nom des peuples/populations/communautés affectés. Ceci peut être fonction de l'activité en question. Par exemple, les autorités traditionnelles d'une communauté donnée peuvent, en application du droit coutumier, être l'entité habilitée à donner ou refuser le consentement. Dans d'autres cas, ce peut être le peuple/la population autochtone dans son ensemble ou plusieurs entités.
22. Le processus de consentement doit aussi être assorti d'un délai afin que les peuples/populations/communautés affectés aient assez de temps pour comprendre les informations reçues, demander des informations supplémentaires ou des éclaircissements, solliciter un avis et fixer ou négocier les conditions, et afin que le processus ne constitue pas une entrave abusive pour celui qui sollicite le consentement. Le délai nécessaire peut varier en fonction du nombre des personnes, communautés ou peuples affectés, la complexité de l'activité proposée, la quantité d'informations fournie ou demandée, etc. Quel que soit le laps de temps nécessaire, le délai doit être fixé à l'avance et clairement compris.
23. Le consentement préalable est donné en connaissance de cause pour des activités bien définies. Il peut initialement être accordé pour une série d'activités, et tout changement d'activité exigera un nouveau consentement préalable donné en connaissance de cause.
24. Enfin, le respect du principe du consentement préalable donné librement en connaissance de cause exige une reconnaissance claire et la protection des droits des peuples autochtones, en particulier sur les terres, territoires et ressources qui leur appartiennent traditionnellement

ou qu'ils occupent et utilisent de longue date. Faute d'une pleine reconnaissance des droits territoriaux des peuples autochtones, le principe ne garantit pas la protection qu'il vise à garantir.

25. Compte tenu de l'interdépendance historique et de la relation polymorphe des peuples autochtones avec leurs terres et leurs ressources, la meilleure manière de comprendre l'ampleur des avantages, coûts et impacts potentiels de l'activité de développement est de faire participer ces peuples pleinement et efficacement aux études d'impact. La participation aux études d'impact et la collaboration à ces études permettent de déterminer conjointement tout l'impact économique, environnemental, social, culturel et spirituel du projet de développement, afin de proposer des mesures propres à l'éliminer, le réduire au minimum ou l'atténuer.

Éléments de l'élaboration d'un commentaire juridique

26. Un commentaire juridique doit viser à interpréter le principe du consentement préalable donné librement et en connaissance de cause dans le cadre du droit international et des normes relatives aux droits de l'homme, et énoncer des directives sur les modalités du respect de ce principe dans la pratique. Les directives devant figurer dans le commentaire juridique doivent être pratiques et concises, afin de pouvoir être utilisées lors des négociations entre les peuples autochtones et le secteur privé ou les gouvernements.

27. Il n'y a pas de recette unique pour appliquer le principe du consentement préalable donné librement et en connaissance de cause, puisque l'histoire, la culture et les institutions des peuples concernés doivent nécessairement être respectées. Il est néanmoins possible d'explicitier certains des éléments fondamentaux de l'exercice de ce principe qui ont été définis dans le présent document. Le droit des peuples autochtones de refuser leur consentement ou de dire «non» à des activités de développement inappropriées doit être un de ces éléments.

28. Reconnaître le principe du consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause dans la législation nationale, avec les règles et règlements d'application nécessaires, est une manière efficace d'établir ce principe en droit. De plus, les accords négociés et conclus en application de ce principe devraient pouvoir être invoqués devant les tribunaux.

29. Une application digne de ce nom du principe de consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause met, à la charge des gouvernements et des opérateurs, des obligations de fond et procédurales qu'ils doivent exécuter avec la diligence voulue dans le cadre de l'activité de développement.

30. Il est donc recommandé au Groupe de travail de donner, dans le commentaire juridique qu'il élaborera, un aperçu exhaustif de la mesure dans laquelle le principe du consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause est reconnu en droit international et en droit des droits de l'homme, dans la jurisprudence ainsi que dans les législations nationales et la pratique des États, afin de constituer une référence utile sur ce sujet. La Sous-Commission pourra souhaiter demander aux États d'indiquer comment il a été donné effet à ce principe au niveau national. Le commentaire doit aussi répondre aux questions fréquemment posées et traiter des interprétations erronées de ce principe les plus courantes pour faire avancer la discussion. Il doit en outre encourager les gouvernements à respecter et affirmer ce principe dans le cadre de leurs engagements et obligations de promouvoir les droits de l'homme.

31. L'interprétation du principe du consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause devrait être consacrée dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme ainsi que dans le projet de déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, qui énonce une série complète de droits des peuples autochtones.

32. Le Groupe de travail devrait harmoniser les efforts déployés pour interpréter et promouvoir l'application du principe du consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause et solliciter l'avis d'autres instances des Nations Unies s'occupant des peuples autochtones comme l'Instance permanente et le Rapporteur spécial.

Notes

¹ «Le projet de déclaration des Nations Unies recense et incorpore des dispositions traitant de bon nombre d'autres questions cruciales dans de telles relations, mais ne les rattache pas expressément à l'autodétermination comme nous le préconisons. La dynamique du processus des Nations Unies relève en fait de la démarche opposée en ce qu'elle traite l'autodétermination comme une fin et sépare le débat sur l'autodétermination de la structuration des relations. Le projet de déclaration fournit une grosse partie des éléments à partir desquels la notion d'autodétermination peut être reconstruite en termes relationnels, mais elle ne développe pas toujours suffisamment cet aspect relationnel... Les institutions et pratiques juridiques autochtones peuvent être maintenues et encouragées, sans préjudice des normes internationalement reconnues en matière de droits de l'homme, mais la relation entre ces institutions et pratiques et les institutions étatiques, en particulier le système judiciaire, n'est pas envisagée expressément. Le projet de déclaration obligerait les États à énoncer les droits reconnus dans la déclaration dans leur législation nationale "de manière que les peuples autochtones puissent se prévaloir de ces droits dans la pratique", mais le rôle des institutions étatiques, en particulier des tribunaux et des instances administratives, n'est pas traité systématiquement. Le projet fait constamment allusion aux capacités et aux pouvoirs des États. Ceux-ci sont tenus, par exemple, de "[faire] en sorte qu'aucune matière dangereuse ne soit stockée ou déchargée sur les terres ou territoires des peuples autochtones", une formule qui s'abstient délibérément de prévoir le consentement des peuples autochtones à la réception de telles matières.». 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 et 226.

² *Mary and Carrie Dann v. United States*, affaire 11.140, rapport n° 75/02, Cour interaméricaine des droits de l'homme, 2002, par. 131.

³ Marcus Colchester, Forest Peoples Programme, *Dams, Indigenous Peoples and Ethnic Minorities* (Le Cap (Afrique du Sud): secrétariat de la Commission mondiale des barrages), novembre 2002. La Commission mondiale des barrages a par la suite demandé à l'Institut des études de développement de l'Université du Sussex de mener une étude qui proposerait un cadre garantissant aux peuples autochtones l'égalité avec les autres membres de la communauté dans la planification, les négociations et les prises de décisions aboutissant à l'exécution de projets concernant l'eau et l'énergie. Cette étude, intitulée «*Consent and participation in planning and decision-making processes in water and energy*», montre entre autres comment l'on peut garantir l'acceptation de la population et le consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause des peuples autochtones durant toutes les phases de la planification des projets. L'étude

note que la nécessité d'obtenir un tel consentement des communautés affectées par les projets de développement repose sur les normes juridiques des droits de l'homme qui garantissent à tous les peuples le droit de participation permanente et le droit de consentir dans le cadre des processus de prise de décisions, ainsi que le droit de déterminer librement leur propre développement. Le principe du consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause ne doit pas être considéré comme une concession des États consistant à accorder un traitement particulier aux communautés vulnérables; c'est un principe qui s'applique dans tous les cas où des gens venus de l'extérieur proposent des projets de développement qui ont un impact sur les communautés autochtones.

⁴ On trouvera ci-après des exemples de ce que Fergus Mackay, du programme Forest Peoples, considère comme nécessaire au titre de chaque composante dans ses «Notes on Content and Operationalization of Indigenous Peoples' Right to Free, Prior and Informed Consent», fournies au secrétariat du Groupe de travail par la Fondation Tebtebba.

Annexe

**ARTICLES DE LA CONVENTION N° 169 DE L'OIT VISANT LE PRINCIPE
DU CONSENTEMENT PRÉALABLE, DONNÉ LIBREMENT
ET EN CONNAISSANCE DE CAUSE RELATIVEMENT
AUX PEUPLES AUTOCHTONES**

Article 6

- «1. En appliquant les dispositions de la présente convention, les gouvernements doivent:
- a) Consulter les peuples intéressés, par des procédures appropriées, et en particulier à travers leurs institutions représentatives, chaque fois que l'on envisage des mesures législatives ou administratives susceptibles de les toucher directement;
 - b) Mettre en place les moyens par lesquels lesdits peuples peuvent, à égalité au moins avec les autres secteurs de la population, participer librement et à tous les niveaux à la prise de décisions dans les institutions électives et les organismes administratifs et autres qui sont responsables des politiques et des programmes qui les concernent;
 - c) Mettre en place les moyens permettant de développer pleinement les institutions et initiatives propres à ces peuples et, s'il y a lieu, leur fournir les ressources nécessaires à cette fin.
2. Les consultations effectuées en application de la présente convention doivent être menées de bonne foi et sous une forme appropriée aux circonstances, en vue de parvenir à un accord ou d'obtenir un consentement au sujet des mesures envisagées.»

Article 7

«1. Les peuples intéressés doivent avoir le droit de décider de leurs propres priorités en ce qui concerne le processus du développement, dans la mesure où celui-ci a une incidence sur leur vie, leurs croyances, leurs institutions et leur bien-être spirituel et les terres qu'ils occupent ou utilisent d'une autre manière, et d'exercer autant que possible un contrôle sur leur développement économique, social et culturel propre. En outre, lesdits peuples doivent participer à l'élaboration, à la mise en œuvre et à l'évaluation des plans et programmes de développement national et régional susceptibles de les toucher directement.

...

3. Les gouvernements doivent faire en sorte que, s'il y a lieu, des études soient effectuées en coopération avec les peuples intéressés, afin d'évaluer l'incidence sociale, spirituelle, culturelle et sur l'environnement que les activités de développement prévues pourraient avoir sur eux. Les résultats de ces études doivent être considérés comme un critère fondamental pour la mise en œuvre de ces activités.
4. Les gouvernements doivent prendre des mesures, en coopération avec les peuples intéressés, pour protéger et préserver l'environnement dans les territoires qu'ils habitent.»

Article 15

«...»

2. Dans les cas où l'État conserve la propriété des minéraux ou des ressources du sous-sol ou des droits à d'autres ressources dont sont dotées les terres, les gouvernements doivent établir ou maintenir des procédures pour consulter les peuples intéressés dans le but de déterminer si et dans quelle mesure les intérêts de ces peuples sont menacés avant d'entreprendre ou d'autoriser tout programme de prospection ou d'exploitation des ressources dont sont dotées leurs terres. Les peuples intéressés doivent, chaque fois que c'est possible, participer aux avantages découlant de ces activités et doivent recevoir une indemnisation équitable pour tout dommage qu'ils pourraient subir en raison de telles activités.»

Article 16

«1. Sous réserve des paragraphes suivants du présent article, les peuples intéressés ne doivent pas être déplacés des terres qu'ils occupent.

2. Lorsque le déplacement et la réinstallation desdits peuples sont jugés nécessaires à titre exceptionnel, ils ne doivent avoir lieu qu'avec leur consentement, donné librement et en toute connaissance de cause. Lorsque ce consentement ne peut être obtenu, ils ne doivent avoir lieu qu'à l'issue de procédures appropriées établies par la législation nationale et comprenant, s'il y a lieu, des enquêtes publiques où les peuples intéressés aient la possibilité d'être représentés de façon efficace.

...»

ARTICLES DU PROJET DE DÉCLARATION DES NATIONS UNIES SUR LES DROITS DES PEUPLES AUTOCHTONES RECONNAISSANT LE PRINCIPE DU CONSENTEMENT PRÉALABLE DONNÉ LIBREMENT ET EN CONNAISSANCE DE CAUSE

Article 10

«Les peuples autochtones ne peuvent être contraints de quitter leurs terres et territoires. Il ne peut y avoir de réinstallation qu'avec **le consentement, exprimé librement et en toute connaissance de cause**, des peuples autochtones concernés et après accord sur une indemnisation juste et équitable et, si possible, avec possibilité de retour.»

Article 12

«Les peuples autochtones ont le droit d'observer et de revivifier leurs traditions culturelles et leurs coutumes. Ils ont notamment le droit de conserver, protéger et développer les manifestations passées, présentes et futures de leurs cultures, telles que les sites archéologiques et historiques, l'artisanat, les dessins et modèles, les rites, les techniques, les arts visuels et les arts du spectacle et la littérature. Ils ont aussi droit à la restitution des biens culturels, intellectuels, religieux et spirituels qui leur ont été pris sans qu'ils y aient **consenti librement et en toute connaissance de cause**, ou en violation de leurs lois, traditions et coutumes.»

Article 20

«Les peuples autochtones ont le droit de participer pleinement, s'ils le souhaitent, suivant des procédures qu'ils auront déterminées, à l'élaboration de mesures législatives ou administratives susceptibles de les concerner. Avant d'adopter et d'appliquer de telles mesures, les États doivent obtenir **le consentement, exprimé librement et en toute connaissance de cause**, des peuples intéressés.»

Article 27

«Les peuples autochtones ont droit à la restitution des terres, des territoires et des ressources qu'ils possédaient ou qu'ils occupaient ou exploitaient traditionnellement et qui ont été confisqués, occupés, utilisés ou dégradés **sans leur consentement donné librement et en connaissance de cause**. Lorsque cela n'est pas possible, ils ont droit à une indemnisation juste et équitable. Sauf si les peuples concernés en ont librement décidé autrement, l'indemnisation se fera sous forme de terres, de territoires et de ressources équivalents du point de vue de leur qualité, de leur étendue et de leur régime juridique.»

Article 30

«Les peuples autochtones ont le droit de définir des priorités et d'élaborer des stratégies pour la mise en valeur et l'utilisation de leurs terres, territoires et autres ressources. Ils ont notamment le droit d'exiger que les États obtiennent **leur consentement, exprimé librement et en toute connaissance de cause**, avant l'approbation de tout projet ayant une incidence sur leurs terres, territoires et autres ressources, notamment en ce qui concerne la mise en valeur, l'utilisation ou l'exploitation des ressources minérales, des ressources en eau ou de toutes autres ressources. En accord avec les peuples autochtones concernés, des indemnités justes et équitables leur seront accordées pour atténuer les effets néfastes de telles activités et mesures sur les plans écologique, économique, social, culturel ou spirituel.»



**ЭКОНОМИЧЕСКИЙ
И СОЦИАЛЬНЫЙ СОВЕТ**

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/AC.4/2004/4
8 July 2004

RUSSIAN
Original: ENGLISH

КОМИССИЯ ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

Подкомиссия по поощрению и защите прав человека
Рабочая группа по коренным народам
Двадцать вторая сессия
19-23 июля 2004 года
Пункт 5 предварительной повестки дня

УСТАНОВЛЕНИЕ СТАНДАРТОВ

Предварительный рабочий документ по вопросу о принципе свободного, предварительного и осознанного согласия коренных народов в связи с развитием, затрагивающим их земли и природные ресурсы, который послужил бы основой для подготовки юридического комментария Рабочей группы относительно этой концепции, представленный Антоанеллой Юлией Моток и Фондом "Тебтебба"

Резюме

На своей двадцать первой сессии Рабочая группа по коренным народам постановила продолжить на своей следующей сессии деятельность по установлению стандартов, приступив к разработке юридического комментария относительно принципа свободного, предварительного и осознанного согласия коренных народов в связи с развитием, затрагивающим их земли и природные ресурсы. В своей резолюции 2003/29 Подкомиссия просила Антоанеллу Юлию Моток подготовить предварительный рабочий документ, который послужил бы основой для подготовки юридического комментария Рабочей

группы относительно этой концепции. Кроме того, Рабочая группа предприняла инициативу наладить с организациями коренных народов партнерские связи в области научных исследований в целях подготовки для ее двадцать второй сессии рабочих документов по установлению стандартов. Настоящий документ является результатом сотрудничества между г-жой Моток и Фондом "Тебтебба", организацией коренных народов Филиппин.

Введение

1. Цель настоящего рабочего документа состоит в изложении некоторых предварительных соображений по следующим вопросам: во-первых, в нем освещается важное значение, которое придается свободному, предварительному и осознанному согласию в международно-правовых актах и внутреннем законодательстве; во-вторых, делается попытка разъяснить значение в этом контексте терминов "свободное", "предварительное" и "осознанное". В заключение представляются рекомендации, призванные помочь Рабочей группе в подготовке юридического комментария относительно этой концепции.

Свободное, предварительное и осознанное согласие в международно-правовых актах и внутреннем законодательстве

2. Принцип свободного, предварительного и осознанного согласия закреплен в ряде договоров в области международного права прав человека. В статье 16 Конвенции Международной организации труда о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни (Конвенция № 169 от 1989 года), принцип свободного и осознанного согласия упоминается в связи с переселением коренных народов с их земель. Статьи 6, 7 и 15 Конвенции направлены на обеспечение того, чтобы государства прилагали все усилия к проведению с коренными народами полномасштабных консультаций по вопросам развития, землепользования и ресурсов (см. приложение).

3. Одним из разрабатываемых документов, имеющих важное значение в этой связи, является проект декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов (резолюция 1994/45 Подкомиссии, приложение), в статьях 10, 12, 20, 27 и 30 которого недвусмысленно признается принцип свободного, предварительного и осознанного согласия.

4. В настоящее время проект Американской декларации о правах коренных народов Организации американских государств (ОАГ) предусматривает, что коренные народы имеют право определять приоритеты и разрабатывать стратегии освоения или

использования своих земель, территорий и других ресурсов, включая право требовать от государств получения их свободного и осознанного согласия до утверждения любых проектов, затрагивающих их земли, территории и другие ресурсы, особенно в связи с освоением, использованием или разработкой полезных ископаемых, водных или других ресурсов.

5. Ссылки на принцип свободного, предварительного и осознанного согласия содержатся в заключительных замечаниях и общих рекомендациях ряда комитетов Организации Объединенных Наций. В своей Общей рекомендации XXIII о правах коренных народов Комитет по ликвидации расовой дискриминации призывает государства "обеспечить, чтобы коренные жители имели равные права в том, что касается активного участия в жизни общества, и чтобы никакие решения, непосредственно касающиеся их прав и интересов, не принимались без их осознанного согласия" (пункт 4 d)).

6. В своих заключительных замечаниях по докладу Колумбии, принятых в 2001 году, Комитет по экономическим, социальным и культурным правам "с сожалением отмечает, что традиционные земли коренных народов без их согласия урезаются и захватываются лесозаготовительными, горнопромышленными и нефтедобывающими компаниями в ущерб их культуре и равновесию экосистемы" (E/C.12./1/Add.74, пункт 12). Далее Комитет рекомендует государству-участнику обеспечить участие коренных народов в принятии затрагивающих их жизнь решений и особенно настоятельно призывает его "проводить консультации с коренными народами и получать их согласие до начала осуществления проектов лесозаготовки, освоения территорий или земных недр и проведения любой затрагивающей их государственной политики, как это предусматривается Конвенцией МОТ № 169" (там же, пункт 33).

7. Межамериканская комиссия по правам человека разрабатывает в межамериканском праве прав человека нормы, предусматривающие принятие "специальных мер для обеспечения признания особой и коллективной заинтересованности коренных народов распоряжаться и пользоваться своими традиционными землями и ресурсами и их права не лишаться этой заинтересованности, кроме как с их вполне осознанного согласия в условиях равенства и при справедливой компенсации"². Аналогичное заключение было сделано в 2002 году Африканской комиссией по правам человека и народов в решении по Делу народа огони. Комиссия постановила, что Нигерия нарушила право народа огони свободно распоряжаться своим природным достоянием и ресурсами, предоставив концессии на добычу нефти на землях огони.

8. Принцип свободного, предварительного и осознанного согласия со стороны коренных народов признается также в Комментариях к Нормам, касающимся обязанностей

транснациональных корпораций и других предприятий в области прав человека, который гласит следующее: "Транснациональные корпорации и другие предприятия уважают права местных общин, на которых сказывается их деятельность, а также права коренных народов и общин, соответствующие нормам международного права прав человека, предусмотренным Конвенцией № 169 (Конвенция о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни) 1989 года. Они относятся с особым уважением к правам коренных народов и аналогичных общин на владение, занятие, освоение, контроль, охрану и использование их земель, других природных ресурсов, а также культурной и интеллектуальной собственности. Они соблюдают также принципы свободного, предварительного и осознанного согласия коренных народов и общин на осуществление затрагивающих их проектов развития" (E/CN.4/Sub.2/2003/38/Rev.2, пункт 10 с)).

9. Принцип свободного, предварительного и осознанного согласия имеет ключевое значение для осуществления коренными народами их права на самоопределение в отношении изменений, затрагивающих их земли, территории и природные ресурсы. Нормы, касающиеся существа и процедуры свободного, предварительного и осознанного согласия, позволяют коренным народам осмысленно выбирать варианты своего экономического, социального и культурного развития, особенно в связи с предложениями государств и других внешних субъектов относительно проектов развития на их исконных землях и территориях.

10. В этой связи специализированные учреждения системы Организации Объединенных Наций приняли важные меры в отношении практического осуществления прав человека коренных народов в общих рамках международного права. Конференция сторон Конвенции о биологическом разнообразии учредила Рабочую группу, конкретно занимающуюся вопросом осуществления и соответствующими положениями Конвенции. Рабочая группа открыта для участия всех сторон, и представители коренных и местных общин всестороннее и активно участвуют в ее работе. Вопрос о традиционных знаниях считается "многопрофильным вопросом", который затрагивает многие аспекты биологического разнообразия, и поэтому он и впредь будет рассматриваться Конференцией сторон и другими рабочими группами.

11. Стратегии и процедуры социально-культурного развития Межамериканского банка развития предусматривают, что МБР не будет поддерживать проектов, затрагивающих земли и территории народов, ведущих племенной образ жизни. ПРООН также отмечает, что она поощряет и поддерживает права коренных народов в своей политике.

12. Представители неправительственных организаций также внесли свой вклад в рассмотрение вопроса о свободном согласии. Участники Рабочего совещания Организации Объединенных Наций по вопросам коренных народов, природных ресурсов, находящихся во владении частного сектора, энергетических и горнодобывающих компаний, а также прав человека, состоявшегося в Женеве 5-7 декабря 2001 года, обсудили принцип свободного, предварительного и осознанного согласия, признав, что необходимо универсально согласовать определение этого принципа. Участники в основном пришли к общему пониманию значения этого принципа как права коренных народов в качестве владельцев земли и ресурсов на любом этапе переговоров с правительствами и/или представителями добывающей промышленности отклонять предлагаемые проекты развития (см. E/CN.4/Sub.2/AC.4/2002/3, пункт 52).

13. По существу, соблюдение принципа свободного, предварительного и осознанного согласия означает признание неотъемлемых и исконных прав коренных народов на их земли и ресурсы и уважение их законного права требовать от третьих сторон равноправных и уважительных отношений с ними на основе принципа осознанного согласия. С точки зрения процедуры свободное, предварительное и осознанное согласие обуславливает необходимость процессов, позволяющих коренным народам реально выбирать путь своего развития и предусматривающих их поддержку в этом.

14. В связи с проектами развития, затрагивающими земли и природные ресурсы коренных народов, соблюдение принципа свободного, предварительного и осознанного согласия имеет важное значение для того, чтобы:

a) коренные народы не подвергались принуждению, давлению или запугиванию в процессе выбора ими пути своего развития;

b) их согласие запрашивалось и свободно предоставлялось до начала осуществления деятельности в области развития;

c) коренные народы имели полную информацию о масштабах и последствиях предлагаемой деятельности в области развития для их земель, ресурсов и благосостояния;

d) их выбор в отношении согласия или несогласия с затрагивающими их проектами развития пользовался уважением и поддержкой.

15. Всемирная комиссия по плотинам поручила провести тематический обзор проблемы плотин, коренных народов и этнических меньшинств, в ходе которого изучается опыт коренных народов и этнических меньшинств в контексте крупномасштабного

строительства плотин. Авторы тематического доклада, документально отразив негативное воздействие проектов строительства крупных плотин на общины коренных народов и меньшинств, выявляют свод принципов, которыми следует руководствоваться при осуществлении будущих проектов развития энергетических и водных ресурсов, с тем чтобы свести к минимуму возможность возникновения конфликта и защитить права коренных народов и этнических меньшинств. Среди руководящих принципов, разработанных в тематическом докладе, фигурируют принцип привлечения с самого начала коренных народов и этнических меньшинств к процессам планирования и принятия решений, а также принцип свободного, предварительного и осознанного согласия, которыми следует руководствоваться при сооружении плотин, возможно затрагивающих коренные народы и этнические меньшинства.

16. Важное значение свободного, предварительного и осознанного согласия подчеркивается в ряде сводов внутренних правовых норм. В пяти штатах Австралии уже свыше 30 лет действует предписание, согласно которому для разработок месторождений полезных ископаемых необходимо получать согласие учрежденного в соответствии с законом и контролируемого коренными народами Земельного совета.

17. В действующем на Филиппинах Законе о правах коренных народов признается право на свободное, предварительное и осознанное согласие коренных народов на любую деятельность, затрагивающую их земли и территории, включая:

- a) разведку, разработку и использование природных ресурсов;
- b) биологические исследования/разведку биологических ресурсов;
- c) перемещение и переселение (в первом случае в результате природных бедствий, а во втором - деятельности человека);
- d) археологические изыскания;
- e) политику, затрагивающую коренные народы, такую, как издание, Постановления № 263 о лесопользовании на уровне общины;
- f) ввод воинских формирований.

18. Права человека наряду с возникающей наилучшей практикой в области развития людских ресурсов обеспечивают всеобъемлющие рамки для разработки таких подходов к участию в развитии, которые позволяют беднейшим и наиболее маргинализированным

слоям общества эффективно участвовать в принятии решений по вопросам развития. Кроме того, для реализации прав человека необходимо признавать наличие коллизий между противоречащими друг другу правами и разрабатывать механизмы для проведения переговоров и урегулирования конфликтов.

19. Более конкретно правозащитные принципы обуславливают необходимость разработки таких норм и процессов принятия решений, которые:

- a) являются демократическими, предусматривают подотчетность и пользуются доверием общественности;
- b) основаны на желании заинтересованных сторон добросовестно, открыто и гласно проводить переговоры;
- c) призваны устранять дисбалансы в политическом процессе, с тем чтобы гарантировать права и правомочия уязвимых групп;
- d) способствуют участию женщин и гендерному равенству;
- e) предусматривают предварительное и осознанное согласие тех, чьи права затрагиваются осуществлением конкретных проектов;
- f) разрабатываются на основе соглашений, достигнутых в процессе переговоров между заинтересованными сторонами;
- g) предусматривают четкие и эффективные институциональные механизмы контроля за соблюдением и обжалования.

Термины "свободное", "предварительное" и "осознанное" в связи с развитием, затрагивающим землю и природные ресурсы коренных народов

20. Для применения на практике концепции принципа свободного, предварительного и осознанного согласия необходимо дать толкование составляющих его элементов, а именно терминов "свободное", "предварительное", "осознанное" и "согласие"⁴.

Свободное: В праве существует общий принцип, в соответствии с которым согласие, полученное путем принуждения или манипуляций, не имеет законной силы. Хотя ни одна законодательная мера не может гарантировать отсутствия

злоупотреблений, необходимо создавать механизмы, позволяющие удостовериться в свободном предоставлении согласия.

Предварительное: Для того чтобы осознанное согласие имело смысл, его необходимо запрашивать достаточно заблаговременно до предоставления государством или третьими сторонами любого разрешения на начало компанией деятельности, затрагивающей коренные народы и их земли, территории и ресурсы.

Осознанное: Процедура, основанная на принципе свободного, предварительного и осознанного согласия, должна включить консультирование и участие коренных народов, и в частности предоставление им исчерпывающей и юридически точной информации относительно предлагаемого проекта развития, которая одновременно доступна и понятна для затрагиваемых коренных народов/общин и касается среди прочего:

- характера, масштабов и сферы охвата предлагаемого проекта или деятельности в области развития;
- срока осуществления проекта (включая этап строительства) или деятельности в области развития;
- местоположения затрагиваемых районов;
- предварительной оценки вероятного воздействия проекта в области развития;
- причин/цели данного проекта в области развития;
- персонала, который, вероятно, будет привлекаться на этапах как строительства, так и функционирования объектов, предусмотренных процессом развития (включая местное население, научно-исследовательские институты, спонсоров, предпринимателей и партнеров, а также по возможности третьи стороны и бенефициаров);
- конкретных процедур, которые предусматривали бы проект или деятельность в области развития;
- потенциальных рисков данного проекта или деятельности (например, вторжение в святыне места, загрязнение окружающей среды, причинение ущерба важному объекту, помехи в зоне животноводства);

- всех последствий, которые можно реально предвидеть (например, коммерческого, экономического, экологического и культурного характера);
- условий участия третьей стороны;
- того, что предоставление вводящей в заблуждение или ложной информации должно влечь за собой наказание или отказ в согласии на осуществление предлагаемого проекта развития.

Согласие: Согласие предусматривает консультирование по всем аспектам оценки, планирования, осуществления, мониторинга и завершения проекта, а также деятельное участие в этих процессах. Как таковые консультирование и деятельное участие являются основополагающими компонентами процесса согласования. Кроме того, могут проводиться переговоры для согласования предложения в целом, ряда его элементов или условий, которые могут быть связаны с практической реализацией принципа свободного, предварительного и осознанного согласия. Коренные народы имеют право в любое время участвовать в этих процессах в лице своих свободно избранных представителей и определять лиц, общины или другие субъекты, для которых могут потребоваться специальные меры в связи с консультированием и участием. Они также имеют право заручаться поддержкой и пользоваться услугами любых советников, включая адвокатов по их выбору.

21. Коренным народам необходимо конкретно определять, кто уполномочен выражать согласие от имени затрагиваемых народов/общин. Обладатели таких полномочий могут варьироваться в зависимости от того или иного вида деятельности. Например, в рамках соответствующего обычного права полномочия предоставлять или не предоставлять согласие могут быть вверены традиционным руководителям той или иной общины. В других случаях они могут принадлежать коренному(ым) народу(ам) в целом или осуществляться взаимодействующими субъектами.

22. Кроме того, процесс предоставления согласия должен протекать в установленные сроки, с тем чтобы обеспечить для затрагиваемых народов/общин достаточно времени для понимания полученной информации, запроса дополнительной информации или разъяснений, консультаций и определения или выявления в ходе переговоров соответствующих условий, а также для обеспечения того, чтобы этот процесс излишне не затруднял задачу предлагающей стороны, которая обращается за согласием. Соответствующая продолжительность необходимого для этого времени может зависеть от численности затрагиваемых лиц, общин или народов, сложности предлагаемой

деятельности, объема предоставленной или запрошенной информации и т.п. Какое бы время для этого ни потребовалось, чрезвычайно важно заранее и совершенно четко наметить окончательный срок.

23. Предварительное осознанное согласие должно касаться конкретной деятельности, на которую оно дается. Хотя предварительное осознанное согласие может вначале предоставляться в отношении целого комплекса мероприятий, любое намерение изменить вид деятельности потребует новой просьбы в отношении предварительного осознанного согласия.

24. Наконец, успех практического применения принципа свободного, предварительного и осознанного согласия зависит от четкого признания и защиты прав коренных народов, особенно на земли, территории и ресурсы, которыми они традиционно владеют или, в ином случае, которые они занимают и используют. Без признания территориальных прав коренных народов в их полном объеме этот принцип не будет обеспечивать защиты, которую он призван обеспечивать.

25. С учетом исторической взаимозависимости и многогранных связей коренных народов с их землями и ресурсами понимание потенциальных выгод, издержек и последствий деятельности в области развития будет лучше всего достигаться путем обеспечения их эффективного участия в полном объеме в процессах оценки воздействия. Участие и сотрудничество в процессах оценки воздействия обеспечит условия для совместного определения всех экономических, экологических, социальных, культурных и духовных последствий, с тем чтобы предложить меры, позволяющие избежать, минимизировать и смягчить эти последствия.

Элементы для разработки юридического комментария

26. Целью юридического комментария должно быть толкование принципа свободного, предварительного и осознанного согласия в контексте международного права и правозащитных норм, а также подготовка руководящих положений, касающихся методов соблюдения этого принципа на практике. Руководящие положения, подлежащие включению в юридический комментарий, должны быть практичными и емкими, чтобы их можно было использовать в переговорах между коренными народами и частным сектором и/или правительствами.

27. Какой-либо одной предписанной процедуры осуществления принципа свободного, предварительного и осознанного согласия не существует, поскольку его соблюдение обуславливает необходимость уважения истории, культуры и институтов тех или иных

народов. Тем не менее нужно разработать некоторые основные элементы, имеющие ключевое значение для осуществления этого принципа, такие, как кратко описанные в настоящем документе. Одним из этих элементов должно быть право коренных народов не давать согласия или отвечать отказом на предложения относительно нецелесообразных проектов развития.

28. Одним из эффективных способов закрепления принципа свободного, предварительного и осознанного согласия является его юридическое признание в национальном законодательстве и принятие соответствующих имплементационных норм и предписаний. Помимо этого, следует также предусмотреть в праве возможность требовать через суды выполнения соглашений, достигнутых на основе переговоров после процессов осуществления принципа свободного, предварительного и осознанного согласия.

29. Эффективное применение принципа свободного, предварительного и осознанного согласия возлагает на правительства и субъекты развития обязательство соблюдать материальные и процессуальные требования, которые они обязаны неукоснительно выполнять в процессе развития.

30. Поэтому Рабочей группе рекомендуется включить в юридический комментарий, который она разработает, всеобъемлющий обзор примеров признания принципа свободного, предварительного и осознанного согласия в международном праве и общепризнанных правозащитных нормах, судебных решениях и национальном законодательстве и практике, с тем чтобы он стал полезным справочным материалом по этой теме. Подкомиссия могла бы пожелать запросить у правительств информацию о примерах осуществления этого принципа на национальном уровне. Ей также следует в целях активизации дискуссии рассмотреть часто задаваемые вопросы, равно как и распространенные случаи неверного толкования этого принципа. Помимо этого, ей следует предложить правительствам соблюдать и поддерживать этот принцип в рамках своих программ и обязательств в области поощрения прав человека.

31. Следует закрепить толкование принципа свободного, предварительного и осознанного согласия в международных договорах по правам человека и в проекте декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов, в котором содержится всеобъемлющий свод прав коренных народов.

32. Рабочей группе следует согласовать усилия, направленные на толкование и поощрение осуществления принципа свободного, предварительного и осознанного согласия, и запросить указания от других механизмов Организации Объединенных Наций,

занимающихся проблемами коренных народов, таких, как Постоянный форум и Специальный докладчик.

Примечания

¹ "Проект декларации Организации Объединенных Наций выявляет и включает положения, в которых рассматриваются многие еще более важные проблемы таких взаимоотношений, однако в нем отсутствует их четкая увязка с самоопределением так, как об этом здесь говорится. Напротив, динамика процесса Организации Объединенных Наций ведет в противоположном направлении, а именно к рассмотрению самоопределения в качестве только внутригосударственной проблемы и к отделению дискуссии о самоопределении от выстраивания взаимоотношений. Проект декларации дает обилие материала, на основе которого можно реконструировать концепцию самоопределения на уровне взаимоотношений, но их аспекты не всегда получают достаточно подробное освещение... Можно поддерживать и поощрять институты и юридическую практику коренных народов при условии соблюдения международно признанных правозащитных стандартов, однако четкое рассмотрение соотношения этих институтов и практики с государственными институтами, в частности судебной системой, отсутствует. Проект предусматривал бы для государств требования включать права, признаваемые в декларации, в национальное законодательство "таким образом, чтобы коренные народы могли воспользоваться этими правами на практике", но не содержат систематических ссылок на роль государственных институтов, особенно судов и административных органов. Авторы проекта на протяжении всего текста избегают упоминания о компетенции и полномочиях государств. Например, к государствам предъявляется требование "принимать действенные меры по недопущению хранения или удаления опасных материалов на землях и территориях коренных народов", в формулировке которого преднамеренно не предусмотрено согласие коренных народов на прием таких материалов. В. Kingsbury, "Reconciling Five Competing Conceptual Structures of Indigenous People's Claims in International and Comparative Law, *New York University Journal of International Law and Policies*, vol. 34 (2001), 22. 225-226.

² *Mary and Carrie Dann v. United States*, Case 11.140, Report No. 75/02, Inter-Am. C.H.R., 2002, para. 131.

³ Marcus Colchester, *Forest Peoples Programme, Dams, Indigenous Peoples and Ethnic Minorities*, (Cape Town, South Africa: Secretariat of the World Commission on Dams), November 2002. Впоследствии Всемирная комиссия по плотинам поручила Институту по исследованиям в области развития при Сассекском университете провести исследование для разработки рамок обеспечения коренным народам равноправного по отношению к

другим членам общества статуса в процессах планирования, ведения переговоров и принятия решений, направленных на осуществление проектов освоения водных и энергетических ресурсов. В исследовании, озаглавленном *"Согласие и участие в процессах планирования и принятия решений по водным и энергетическим ресурсам"*, среди прочего, описывается, каким образом можно обеспечить на всех этапах планирования проекта его приемлемость для общественности и свободное, предварительное и осознанное согласие коренных народов. В исследовании отмечается, что необходимость получения свободного, предварительного и осознанного согласия общин, затрагиваемых проектами развития, обусловлена нормами права прав человека, которые гарантируют всем народам право на непрерывное участие в процессах принятия решений и на их согласие в этой связи, а также право свободно определять путь своего развития. Соблюдение принципа свободного, предварительного и осознанного согласия не должно рассматриваться в качестве уступки со стороны правительств, обеспечивающих специальный режим для уязвимых общин; напротив, он применяется во всех случаях, в которых внешние субъекты предлагают конкретные проекты развития, воздействующие на коренные общины.

⁴ Ниже приводятся примеры возможных требований по каждому компоненту, заимствованные из подготовленных сотрудником Программы лесных народов Фергусом Маккеем "Замечаний о содержании и практическом осуществлении права коренных народов на свободное, предварительное и осознанное согласие", которые были представлены секретариату Рабочей группы Фондом "Тебтебба".

Приложение

СТАТЬИ КОНВЕНЦИИ № 169 МОТ, В КОТОРЫХ СОДЕРЖАТСЯ ССЫЛКИ НА ПРИНЦИП СВОБОДНОГО ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО И ОСОЗНАННОГО СОГЛАСИЯ СО СТОРОНЫ КОРЕННЫХ НАРОДОВ

Статья 6

1. При применении положений настоящей Конвенции правительства:
 - a) проводят с соответствующими народами консультации с использованием соответствующих процедур, и в частности через их представительные институты, всякий раз, когда рассматриваются вопросы о принятии законодательных или административных мер, которые могут непосредственно затрагивать их;
 - b) устанавливают процедуры, посредством которых указанные народы могут свободно и по крайней мере в неменьшей степени, чем другие группы населения, участвовать в принятии на всех уровнях решений в выборных учреждениях и в административных и иных органах, ответственных за политику и программу, которые касаются их;
 - c) создают условия для полного развития собственных учреждений и инициатив указанных народов и при необходимости предоставляют ресурсы, требующиеся для этих целей.
2. Консультации, имеющие место в осуществление настоящей Конвенции, проводятся добросовестно и в форме, соответствующей обстоятельствам, с целью достижения договоренности или согласия в отношении предлагаемых мер.

Статья 7

1. Соответствующие народы имеют право решать вопрос выбора собственных приоритетов для процесса развития в той мере, в какой он затрагивает их жизнь, их верования, институты, духовное благополучие и земли, которые они занимают или используют каким-либо иным образом, и право осуществлять контроль, по мере возможности, за собственным экономическим, социальным и культурным развитием. Кроме того, они участвуют в подготовке, осуществлении и оценке планов и программ национального и регионального развития, которые могут непосредственно их касаться.

...

3. При необходимости правительства, в сотрудничестве с соответствующими народами, обеспечивают проведение исследований для оценки влияния на них планируемой деятельности с целью развития в ее социальном, духовном и культурном аспекте, а также в аспекте окружающей среды. Результаты этих исследований рассматриваются как основные критерии осуществления такой деятельности.

4. В сотрудничестве с соответствующими народами правительства осуществляют меры по защите и сохранению окружающей среды территорий, которые они заселяют.

...

Статья 15

...

2. В случаях, когда государство сохраняет за собой собственность на минеральные ресурсы или ресурсы земных недр, или права на другие ресурсы, относящиеся к землям, правительства устанавливают процедуры или обеспечивают сохранение процедур, посредством которых они проводят консультации с указанными народами с целью выяснения, наносится ли и в какой степени ущерб интересам этих народов - до начала осуществления или до выдачи разрешения на осуществление любых программ по разведке или эксплуатации таких ресурсов, относящихся к их землям. По мере возможности соответствующие народы участвуют в результатах такой деятельности и получают справедливую компенсацию за любой ущерб, который может быть причинен им вследствие такой деятельности.

Статья 16

1. За исключением изложенного в нижеследующих пунктах настоящей статьи, соответствующие народы не выселяются с занимаемых земель.

2. Если переселение указанных народов считается необходимым в виде исключительной меры, такое переселение имеет место только при наличии их свободного и сознательного согласия. При невозможности получить их согласие такое переселение имеет место только в соответствии с установленными национальными законами и правилами должными процедурами, включая, при необходимости, официальные расследования, предоставляющими соответствующим народам возможность эффективного представительства.

..."

**СТАТЬИ ПРОЕКТА ДЕКЛАРАЦИИ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ
НАЦИЙ О ПРАВАХ КОРЕННЫХ НАРОДОВ, В КОТОРЫХ ПРИЗНАЕТСЯ
ПРИНЦИП СВОБОДНОГО, ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО И
ОСОЗНАННОГО СОГЛАСИЯ**

"Статья 10

Коренные народы не могут быть насильственно изгнаны со своих земель или территорий. Любое перемещение осуществляется только на основе свободного и осознанного согласия соответствующих коренных народов и только после заключения соглашения, предусматривающего предоставление справедливой компенсации и, по возможности, право на возвращение.

...

Статья 12

Коренные народы имеют право на соблюдение и возрождение своих культурных традиций и обычаев. Это включает в себя право на сохранение, защиту и развитие прежних, нынешних и будущих проявлений их культуры, таких, как археологические и исторические памятники, остатки древней материальной культуры, рисунки, обряды, технологии, изобразительное и исполнительское искусство и литература, а также право на возвращение культурной, интеллектуальной, религиозной и культовой собственности, отчужденной без их свободного и осознанного согласия или в нарушение их законов, традиций и обычаев.

...

Статья 20

Коренные народы имеют право, если они того пожелают, на полное участие с помощью процедур, устанавливаемых ими, в разработке законодательных или административных мер, которые могут их затрагивать.

Прежде чем принимать и осуществлять подобные меры, государства заручаются полным и осознанным согласием соответствующих народов.

...

Статья 27

Коренные народы имеют право на возвращение им земель, территорий и ресурсов, которыми они традиционно владели или которые они иным образом занимали или использовали и которые были конфискованы, заняты, использованы или которым был

нанесен ущерб без их свободного и осознанного согласия. В тех случаях, когда это не представляется возможным, они имеют право на получение справедливой компенсации. Если с соответствующими народами не имеется добровольно достигнутой договоренности об ином, такая компенсация предоставляется в форме земель, территорий и ресурсов, равноценных утраченным по своему качеству, размеру и юридическому статусу.

Статья 30

Коренные народы имеют право определять приоритеты и разрабатывать стратегии освоения или использования своих земель, территорий и других ресурсов, включая право требовать от государств получения их свободного и осознанного согласия до утверждения любых проектов, затрагивающих их земли, территории и другие ресурсы, особенно в связи с освоением, использованием или разработкой полезных ископаемых, водных или других ресурсов. На основании соглашения с соответствующими коренными народами предоставляется справедливая компенсация в связи с любой такой деятельностью и принимаются меры по смягчению ее неблагоприятных последствий для окружающей среды, экономики, общества, культуры или духовного развития".
