

**DE LA CONSULTA PREVIA A LA OBJECCIÓN CULTURAL DE LOS PUEBLOS
INDÍGENAS**

Trabajo Final de Maestría presentado por:
JULIANA ANDREA CÁRDENAS PÁEZ

Director del Trabajo Final de Maestría
Profesor Carlos Erín Quesada Tovar

Co-director
Profesor ANDRÉS ABEL RODRÍGUEZ VILLABONA

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
MAESTRIA DE DERECHO
PROFUNDIZACIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL
2017

Resumen

Recientemente, en Colombia la consulta previa se ha convertido en uno de los temas más polémicos del derecho constitucional. En efecto, uno de los aspectos más controversiales de la consulta previa se relaciona con el alcance de este derecho, pues no existe un claro derrotero a seguir, cuando lo que está en juego es la ejecución de una medida con la cual los pueblos indígenas no están de acuerdo. Por un lado, existen interpretaciones que identifican a la consulta previa como el derecho de las comunidades a participar y expresar sus opiniones e intereses propios respecto de las medidas de desarrollo que se pretenden realizar en sus territorios, donde el poder de decisión radica en el Estado, y por otro, las que contemplan el derecho al veto, en caso de que la actividad a desarrollar no sea conciliable con las visiones de desarrollo de la comunidad afectada. El siguiente trabajo busca aproximarse al debate descrito y expone una conceptualización preliminar sobre el derecho a la objeción cultural.

Palabras clave: Consulta previa, pueblos indígenas, derecho al veto, objeción cultural.

Abstract

Prior consultation to indigenous peoples has recently become one of the most polemical issue on constitutional law. Indeed, one of the most controversial matters of prior consultation is related to the scope of this right, since there is no clear course of action, particularly because indigenous peoples do not agree about such scope, and they are stakeholders about what prior consultation means. On the one hand, there are understandings that point out prior consultation as the right of communities to participate and express their own opinions and interests regarding development projects that are intended to be carried out in their territories, under decision by the Government. On the other hand, prior consultation is considered as a right to veto, in case of such projects are not compatible with indigenous peoples' comprehension about social and economic development. The following research seeks to approach the debate and presents a preliminary conceptualization about the right to cultural objection.

Key words: Prior consultation, indigenous peoples, right to veto, cultural objection.

“Derecho de objeción cultural

Es innegable el derecho de las poblaciones a determinar el uso o forma de utilización de sus recursos naturales. Derecho que lleva implícita la facultad de concretar su participación y forma de ejecución. De su libre ejercicio pueden derivarse en la mayoría de los casos, el acuerdo entre las comunidades y los entes interesados en su utilización.

¿Pero qué hacer cuando el acuerdo no es posible, por constituir el territorio o sitio de un lugar “sagrado” o de significación vital para una comunidad india? ¿Acaso es deseable para un occidental la destrucción o profanación de sus obras de arte o sus lugares sagrados con ocasión de presuntas explotaciones económicas? ¿Se puede pensar en la destrucción de sus catedrales, en la profanación de sus cementerios o lugares de peregrinación?”

Lorenzo Muelas, Propuesta Indígena de Reforma Constitucional para la Asamblea Nacional Constituyente (1991).

Introducción

1. Fuentes del derecho internacional sobre el derecho a la consulta previa. Especial enfoque en el alcance del derecho a la consulta previa.

- 1.1. Una aproximación al alcance del derecho a la consulta previa en el Convenio 169 de la OIT.
- 1.2. El derecho a la consulta previa en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
- 1.3. Estándares de aplicación del derecho a la consulta previa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.
- 1.4. El alcance de la consulta previa en el derecho comparado.

2. El derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas y su relación con el derecho a la consulta previa.

- 2.1. Breve aproximación al concepto de autodeterminación de los pueblos indígenas.
- 2.2. Derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico colombiano.
- 2.3. Relación entre el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas y la consulta previa.

3. De la consulta previa a la objeción cultural.

- 3.1. La visión de los pueblos indígenas sobre el derecho a la consulta previa y la objeción cultural.
- 3.2. El alcance del derecho a la consulta previa en el ordenamiento jurídico colombiano. Especial enfoque en la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el derecho al veto en la consulta previa.
- 3.3. Una aproximación a la definición del derecho a la objeción cultural.

Conclusiones

Bibliografía

INTRODUCCIÓN

El derecho a la consulta previa se ha convertido en los últimos años en un tema de interés en todo el mundo. Lo anterior, debido al aumento significativo de la exploración y explotación de recursos naturales no renovables (minerales y petróleo) en los territorios que habitan las comunidades étnicas, y a la realización de proyectos de infraestructura al servicio de dicho propósito (carreteras, puertos, entre otros). En la gran mayoría de casos, estas intervenciones son incompatibles con la formas de vida de las comunidades étnicas e implican una amenaza para su integridad cultural y supervivencia.

El Estado colombiano, en concordancia con los acuerdos que en materia de protección de pueblos indígenas ha suscrito la comunidad internacional, ha establecido la obligación de consultar a las comunidades étnicas, cuando se vaya a celebrar un proyecto de exploración y explotación de recursos naturales en los territorios que habitan. La consulta previa en estos escenarios, responde a la libertad que tienen los pueblos indígenas de determinar sus propias prioridades en lo relacionado con su desarrollo político, económico, social y cultural.

En esa medida, la consulta previa es el derecho fundamental de los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes a ser escuchadas y tenidas en cuenta antes de tomar cualquier decisión o medida que pueda afectarlas de forma directa. Con ésta prerrogativa no sólo se busca garantizar su participación ante dicha circunstancia, sino también la protección de otros derechos fundamentales como, por ejemplo, su derecho a la autodeterminación.

A partir de ello, la consulta previa se ha convertido en uno de los temas más polémicos del derecho nacional. En efecto, en nuestro país pasó de ser un asunto poco explorado para convertirse en objeto de conflictos en los que se juegan tanto intereses económicos como la reivindicación del territorio, la preservación de la integridad cultural y la supervivencia de pueblos indígenas. Incluso ha sido reconocida como “el mecanismo democrático más fortalecido en los últimos 20 años en Colombia y ha estado cerca de convertirse en el único

dispositivo ciudadano capaz de producir discursos jurídicos realmente plurales.” (Garcés, 2016, p.165).

No obstante, uno de los aspectos más controversiales de la consulta previa se relaciona con el alcance de este derecho, pues no existe un claro derrotero a seguir, cuando lo que está en juego es la ejecución de una medida con la cual los pueblos indígenas no están de acuerdo. Al respecto, existe una visión limitada en relación con el alcance del derecho a la consulta previa, a partir de la cual sólo es necesario abrir un espacio para dialogar con las comunidades sobre las medidas de desarrollo, sin que resulte vinculante lo que las mismas expresen sobre la viabilidad de llevarlas a cabo. Sin embargo, también existe una postura que indica que el concepto de los indígenas debe tener un alcance vinculante, y en esa medida, “deberían tener derecho al veto de los proyectos.” (Rodríguez, 2010, p.70).

Entonces, existen diferentes interpretaciones en relación con el alcance del derecho a la consulta previa. Por un lado, las que identifican a la consulta previa como el derecho de las comunidades a participar y expresar sus opiniones e intereses propios respecto de las medidas de desarrollo que se pretenden realizar en sus territorios, donde el poder de decisión radica en el Estado, y por otro, las que contemplan el derecho al veto, en caso de que la actividad a desarrollar no sea conciliable con las visiones de desarrollo de la comunidad afectada.

En ese contexto este trabajo de investigación pretende responder a la pregunta de: ¿cuál debe ser el alcance del derecho a la consulta previa?

La hipótesis del presente trabajo es que: *la consulta previa implica que las comunidades indígenas puedan ejercer el derecho a la objeción cultural, es decir, que puedan decir no a los proyectos consultados, cuando durante el proceso resulte probado que la ejecución de los mismos pondrá en peligro la existencia e integridad física y cultural de la comunidad, y que su decisión será vinculante para el Estado.*

Asimismo, el objetivo general es: determinar que el alcance del derecho a la consulta previa implica para las comunidades indígenas el ejercicio de la objeción cultural. Este objetivo se puede desarrollar en tres objetivos específicos:

- Reconstruir las fuentes del derecho internacional y nacional, en relación con el debate sobre el alcance del derecho a la consulta previa.
- Analizar la relación que existe entre el derecho a la consulta previa y el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas.
- Aproximar un concepto sobre el derecho a la objeción cultural por parte de las comunidades indígenas frente a ciertas intervenciones e impactos irreversibles sobre el territorio y sus usos y costumbres.

Para desarrollar los objetivos descritos, en el primer capítulo se describirán los contenidos normativos y jurisprudenciales en torno el alcance del derecho a la consulta previa en el ámbito internacional. Asimismo, se realizará un análisis de derecho comparado sobre dicha cuestión. De lo que se trata, es que, por un lado, el lector pueda visualizar los debates que existen en relación con el alcance del derecho a la consulta previa, cuando las comunidades no están de acuerdo con proyectos que se pretendan desarrollar en sus territorios.

El segundo capítulo desarrolla el concepto del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas como elemento esencial del derecho a la consulta previa.

En el tercer capítulo se realizará una referencia a la visión de los pueblos indígenas sobre el alcance del derecho a la consulta previa. Luego, se expondrán un conjunto de pronunciamientos de la Corte Constitucional Colombiana que han pretendido delimitar el alcance del derecho a la consulta previa. Posteriormente, se llevará a cabo una conceptualización del derecho a la objeción cultural a partir de la cual se maximice el poder de decisión de las comunidades en las consultas previas y se les permita, de ser el caso,

conservar el derecho a decir no a los proyectos consultados. Y para finalizar, se presentarán las conclusiones.

1. FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL SOBRE EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA. ESPECIAL ENFOQUE EN EL ALCANCE DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA.

Como primer capítulo del desarrollo de este trabajo de grado se presenta una síntesis en torno al alcance del derecho a la consulta previa en las fuentes del derecho internacional. Con tal fin, será revisado el Convenio 169 de la OIT, siguiendo con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Posteriormente, se presentará la jurisprudencia de dos casos fallados por la Corte Interamericana de Derechos humanos, en los cuales ha destacado la importancia de la consulta y el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas en el contexto de proyectos de desarrollo que se pretenden realizar en sus territorios.

1.1. UNA APROXIMACIÓN AL ALCANCE DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN EL CONVENIO 169 DE LA OIT.

A continuación, se indagará sobre el alcance del derecho a la consulta previa en el Convenio 169 de la OIT, el cual ha contemplado un “mayor número de situaciones en las que debe consultarse a los pueblos indígenas y, en ese sentido, ha sido uno de los instrumentos más protectores de este derecho de las comunidades.” (Rodríguez C, 2010, p.57).

La OIT fue fundada en 1919, después de una guerra destructiva, basada en una visión según la cual una paz duradera y universal sólo puede ser alcanzada cuando está fundamentada en el trato decente de los trabajadores. En esa medida, los objetivos principales de la OIT son promover los derechos laborales, fomentar oportunidades de trabajo decente, mejorar la protección social y fortalecer el diálogo al abordar los temas relacionados con el trabajo. (Organización Internacional del Trabajo, s.f.)

De acuerdo con lo anterior, se detecta que la OIT no tiene un mandato específico en relación con los pueblos indígenas, por lo que podría considerarse extraño el que hubiese adoptado

convenios sobre los pueblos indígenas que no se limitan a asuntos laborales. Aun así, existen razones históricas que explican el porqué de la adopción del Convenio 169 sobre los derechos de los pueblos indígenas por parte de la Organización Internacional del Trabajo.

Particularmente, la participación de la OIT en asuntos indígenas se remite al año 1921, cuando empezó a analizar las condiciones laborales de los trabajadores nativos o indígenas en las colonias. Dicho análisis mostró la existencia de trabajo forzoso en varios países y conllevó a la adopción del Convenio 29 de la OIT sobre el Trabajo Forzoso. Posteriormente, en los años cincuenta, cuando empezó un programa de desarrollo indígena andino con la colaboración de varias agencias de las Naciones Unidas, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos le solicitó a la OIT que redactara un convenio que comprendiera mucho más que los problemas de trabajo forzoso que estaban sufriendo los indígenas. Lo anterior llevó a la adopción del Convenio 107, momento para el cual los pueblos indígenas y tribales eran considerados como sociedades atrasadas y transitorias. En esa medida, para garantizar que sobrevivieran se creía necesario involucrarlas con la sociedad mediante la integración y la asimilación. Posteriormente, en una reunión de expertos en el año 1986, convocada por la OIT, en la que se incluyó a representantes de pueblos indígenas, se concluyó que era necesaria la revisión del Convenio 107, debido a su inspiración integracionista que los privaba de una existencia cultural diversa. (Leary, 1999)

En otras palabras, “la decisión de OIT de revisar el Convenio 107 estuvo inspirada en el objetivo de reemplazar la integración de los pueblos indígenas por su participación en los asuntos que los afectaban” (Rodríguez, 2012, p.41).

La revisión del Convenio 107, que incluyó la participación de representantes de los pueblos indígenas, aunque sin derecho a voto, culminó con la adopción del Convenio N° 169 en el año 1989, el que entró en vigor en el año 1991. Una vez adoptado el Convenio 169, dejó de estar abierto a ratificación el Convenio N° 107 (Gaete, 2012).

La diferencia entre ambos instrumentos radica en que (i) el Convenio 107 se basa en el supuesto de que los pueblos indígenas y tribales eran sociedades temporarias destinadas a desaparecer con la modernización, mientras que el Convenio 169 las concibe como sociedades permanentes; (ii) el Convenio 107 utiliza la expresión poblaciones indígenas y tribales, mientras que el 169 se refiere a pueblos indígenas y tribales, diferencia relevante en la medida en que el principio de autodeterminación, no se predica de poblaciones sino de los pueblos; y (iii) el Convenio 107 promovía la integración de las comunidades étnicas a la sociedad mayoritaria, mientras que el 169 fomenta respeto por la diferencia y la autonomía.

Es importante precisar que el Convenio 169 no fue del todo grato para algunos grupos indígenas que hicieron público su desacuerdo. La insatisfacción se relacionó con su limitada participación durante la redacción, y con el hecho de que el texto aprobado solamente se refería a las consultas, y no introducía el estándar del consentimiento de los pueblos indígenas (Rodríguez Piñero, 2005). No obstante, el Convenio 169 ha sido avalado por varios grupos indígenas en América Latina (Leary, 1999).

Ahora bien, dentro del Convenio 169 tiene especial desarrollo el derecho de los pueblos indígenas a que las decisiones que los afectan les sean consultadas, aspecto no contemplado en el Convenio 107, y que marcan una gran diferencia entre los dos convenios, ya que el 107 supuso que los Estados podían tomar decisiones atinentes a la estructura de los pueblos indígenas y a su desarrollo. Por el contrario, el Convenio 169 “asume que estos pueblos pueden hablar por sí mismos, que tienen derecho a participar en el proceso de toma de decisiones que los afectan, y que su contribución, además, será beneficiosa para el país en que habitan.” (Tomei & Swepston, 1996, p.2).

En definitiva, se trata de un instrumento que reconoce la incursión de un sujeto colectivo en el escenario internacional, por lo que cuestiona la idea de que el fundamento de los derechos radica en el individuo. Además, reconoce que la autonomía de los pueblos indígenas no puede suponerse como un atentado a la integridad de los Estados y establece que las decisiones que

afectan a esos pueblos deben ser consultadas, y preferiblemente contar con su consentimiento (Sánchez Botero, 2010).

Entonces, dentro de los grandes avances del Convenio 169 se encuentra el reconocimiento del derecho a la consulta previa, a partir del cual las comunidades indígenas y tribales tienen derecho a participar en el proceso de toma de decisiones que los afecte. En virtud de ello, dicho instrumento establece la obligación de realizar una consulta con los pueblos indígenas en varios casos susceptibles de afectarlos directamente, tales como la adopción de medidas legislativas o administrativas, la formulación, aplicación y evaluación de planes y programas nacionales y regionales de desarrollo y la autorización de cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Además, el Convenio determina que la consulta debe hacerse de buena fe y que su finalidad debe ser intentar obtener el consentimiento de la comunidad o, por lo menos, llegar a un acuerdo acerca de las medidas propuestas.

Por otra parte, establece como regla general que los pueblos indígenas no deberán ser trasladados de su territorio. También señala que cuando esto sea necesario, los traslados sólo deberán efectuarse con su consentimiento. Y si su consentimiento no es posible, el traslado y la reubicación sólo deberán tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional.

Sobre el significado y alcance de los artículos referidos, la Guía de Aplicación del Convenio 169 señala que el artículo 7° no implica que los pueblos indígenas y tribales tengan el derecho a vetar las políticas de desarrollo de un país, pues, aunque representantes de los indígenas afirmaban que esto permitiría a los Gobiernos hacer lo que quisieran, durante las discusiones encaminadas a la adopción del Convenio no se entendió de esa manera el contenido de dicho artículo.

En esa medida, la Guía aclara que el artículo 7° exige a los gobiernos realizar verdaderas consultas en las que los pueblos indígenas y tribales tengan el derecho de expresar su punto

de vista y de influenciar el proceso de toma de decisiones. Lo anterior significa que los gobiernos tienen la obligación de crear las condiciones que permitan a estos pueblos contribuir activa y eficazmente en el proceso de desarrollo. En algunos casos, esto puede traducirse en acciones dirigidas a ayudar a los referidos pueblos a adquirir el conocimiento y las capacidades necesarias para comprender y decidir sobre las opciones de desarrollo existentes.

La Guía también indica que en relación con el artículo 7°, se exige que se efectúe una evaluación del impacto social, espiritual, cultural y ambiental de cualquier actividad desarrollada, para que los pueblos interesados tengan la oportunidad de participar en las decisiones respecto a la disyuntiva de si deben realizarlas o no.

Además, en la Observación General 2011 de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones sobre la obligación de consultar, se destacó que el concepto de consulta en virtud del Convenio debe comportar el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes, que implique comunicación y entendimiento, respeto mutuo y buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común o lograr el consentimiento sobre las medidas propuestas. Asimismo, en la referida Observación se destacó que las consultas de simple información no cumplen con los requisitos del Convenio, y que las mismas no implican un derecho de veto. (Organización Internacional del Trabajo, 2013)

Como puede observarse, del Convenio 169 de la OIT y sus interpretaciones se puede concluir que las comunidades no tienen derecho a vetar u objetar los proyectos y medidas consultadas. En consecuencia, el deber del Estado radica en permitir a las comunidades participar en el proceso de toma de decisiones sobre políticas que puedan afectar su desarrollo económico, social o cultural, pero no tienen el deber de adoptar las opiniones de las comunidades respecto a este tipo de políticas. Por otra parte, el Convenio no presenta una ilustración clara sobre las consecuencias de la ausencia de consentimiento, pues mientras su artículo 6° sostiene que las consultas deben llevarse a cabo con la finalidad de llegar a un acuerdo o de obtener el consentimiento, el artículo 7° únicamente precisa que los resultados de los estudios sobre la

incidencia que las actividades de desarrollo puedan tener sobre esos pueblos son criterios fundamentales para la ejecución de actividades de desarrollo. (Rodríguez, 2010)

1.2. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN LA DECLARACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Ahora bien, siguiendo con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el 13 de septiembre de 2007, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, la cual fue producto de un trabajo arduo de los representantes de los pueblos indígenas de diversas partes del mundo y de un largo proceso de negociaciones con los Estados.

Durante las negociaciones sobre la declaración, algunos Estados insistieron en que los derechos humanos son, por definición, derechos individuales y no colectivos. Como consecuencia de esto, la declaración no especifica que los múltiples derechos que afirma son derechos humanos. No obstante, es evidente que los derechos colectivos articulados en la declaración provienen de los principios de la dignidad humana, que son comúnmente asociados con los derechos humanos. De esta manera, la Declaración es considerada correctamente como un instrumento de derechos humanos, sin importar que los derechos colectivos que se afirman sean o no sean considerados como derechos humanos en sentido estricto (Anaya, 2009).

Numerosos son los debates sobre su aplicabilidad y validez jurídica, ya que una declaración no tiene el mismo status de una convención o tratado internacional. Formalmente, sus disposiciones no tienen por si mismas efectos vinculantes, como las de los primeros. Sin embargo, existen argumentos poderosos que permiten sostener que los Estados se encuentran jurídicamente obligados a respetar los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en la declaración (Aylwin, 2009).

Por ejemplo, el Foro Permanente para Cuestiones Indígenas ha reafirmado que la Declaración en su conjunto es parte del derecho internacional vinculante. Ello en razón de diversos motivos, incluyendo entre otros, que la Declaración es parte de las normas universales de derechos humanos, instrumento que se elaboró con un procedimiento que le confirió su condición especial de declaración, más cercano al estatus de tratado internacional (Aylwin, Meza, & Yáñez, 2013).

Del mismo modo, en la sentencia T-376 de 2012, la Corte Constitucional Colombiana ha precisado que la Declaración es un instrumento directamente aplicable por las siguientes razones: (i) es un documento que precisa los contenidos del Convenio 169 de la OIT, del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y de la Convención sobre todas las Formas de Discriminación Racial (CFDR); (ii) contiene la opinión autorizada de la comunidad internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas y fue el resultado de un proceso de diálogo; y (iii) cuenta con un alto grado de legitimidad ética y política, al haber sido aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Ahora bien, la Declaración de los Pueblos Indígenas, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en septiembre del 2007, es el pronunciamiento más reciente e importante en materia del derecho a la consulta previa, pues potencia el derecho al consentimiento y lo califica repetidamente como libre, previo e informado (Clavero B, 2014). Además, estatuye la obligatoriedad de su obtención para el traslado de grupos indígenas de sus tierras, así como para la adopción y aplicación de medidas legislativas y administrativas que los afecten, entre otras situaciones. Además, ordena a los Estados reparar todos aquellos bienes de orden intelectual, cultural o espiritual que los grupos indígenas hayan perdido sin su consentimiento libre, previo e informado.

Particularmente en materia de traslado de los indígenas de sus tierras, el artículo 10 dispone que los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos

indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción de regreso.

Por su parte, el artículo 11 señala que los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres.

A lo anterior, debe agregarse el artículo 17 de la Declaración, el cual precisa que los estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.

Sin embargo, el artículo 29, numeral 2°, señala un supuesto en el que el consentimiento previo, libre e informado es obligatorio, cuando se trata de vertimiento de sustancias peligrosas en el territorio ancestral. Sobre ese particular, indica: Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.

Por último, el artículo 32, numeral 2° se refiere a la necesidad de obtener el consentimiento, cuando se trata de políticas extractivas que están ligadas al derecho al desarrollo, así: Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

Con fundamento en lo anterior, es preciso afirmar que de acuerdo con la Declaración existen cuatro situaciones en las que se requiere la obtención del consentimiento previo, libre e

informado: (i) cuando se trata de traslados o reubicación de los pueblos étnicos de sus territorios; (ii) a fin de que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios ancestrales; (iii) privación de bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales; y (iv) cuando se refiere a proyectos de desarrollo que afecten sus tierras, concretamente que aludan a la utilización o explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.

1.3. ESTÁNDARES DE APLICACIÓN DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.

El sistema regional americano, pese a que no se ha adoptado un instrumento específico para los pueblos indígenas, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han contribuido a desarrollar los contenidos mínimos del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, basándose en las disposiciones de la Convención Americana y de la Declaración Americana, interpretadas frente a las normas del Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Lo anterior, mediante una destacada jurisprudencia de casos que han sido sometidos a su jurisdicción por comunidades indígenas que han visto quebrantados sus derechos por parte de los Estados, como *Saramaka vs. Surinam* (2007) y *Sarayaku vs. Ecuador* (2012), pronunciamientos frente a los cuales se ha destacado la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado en los procesos de consulta previa, específicamente ante proyectos económicos y de desarrollo en sus territorios.

En el caso del pueblo Saramaka ventilado ante la Corte en el 2007, se analizó la autorización en el Estado de Surinam, en la década de los sesenta, de la construcción de una reserva hidroeléctrica en los territorios de los Saramakas sin consultar a esta comunidad. Tal construcción tuvo como efecto la inundación del territorio tradicional del pueblo Saramaka, lo cual obligó a esta comunidad a desplazarse hacia unos pueblos de transmigración. Además, dicha construcción conllevó la destrucción de los sitios sagrados de los Saramakas, la disminución de sus recursos de subsistencia y el irrespeto hacia los restos enterrados de sus

familiares fallecidos. Para agudizar la problemática existente, cuando el asunto llegó a la Corte, Surinam había otorgado concesiones mineras y madereras, sin garantizar el deber de consulta sobre recursos que se encontraban dentro del territorio de los Saramakas.

El caso *Saramaka vs. Surinam*, es trascendente por tratarse de la primera decisión en la que la Corte plantea el derecho a la consulta previa, libre e informada en el contexto de la exploración y extracción de recursos naturales dentro del territorio que ocupan o les pertenece a los grupos étnicos. Se trata de una providencia en la que la Corte para resolver el asunto integra la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas con el Convenio 169 de la OIT, además de su propia jurisprudencia concerniente a derechos colectivos indígenas (Yrigoyen Fajardo, 2009).

A su vez, es una sentencia relevante debido a que resalta el vínculo esencial entre el territorio y la supervivencia de los pueblos indígenas. Para la Corte, debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, es necesaria la protección del derecho a la propiedad sobre los recursos naturales y necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007).

No obstante lo anterior, la Corte precisó que existen restricciones al derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales. Al respecto, para el caso concreto, explicó que aun cuando las actividades de exploración o extracción en el territorio Saramaka podían afectar, a mayor o menor grado, el uso y goce de algún recurso natural utilizado tradicionalmente para la subsistencia de los Saramakas, como por ejemplo el agua limpia natural y los bosques, dicha razón no impedía al Estado emitir cualquier tipo de concesión para la exploración o extracción de recursos naturales dentro del territorio Saramaka (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007).

En esa medida, la Corte explicó para este caso concreto que el Estado puede restringir el uso y goce del derecho a la propiedad, incluidos los derechos sobre los recursos naturales que se

encuentren en el territorio. No obstante, resaltó que con la finalidad de garantizar que las restricciones impuestas a los Saramakas respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio no implicaran una denegación de su subsistencia como pueblo tribal, el Estado debía cumplir con las siguientes garantías:

“Primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Lo anterior con la finalidad de preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual, a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal.” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007, Párrafo 129)

Ahora bien, respecto del derecho a la consulta previa, en dicha sentencia la Corte precisó que el Estado tenía el deber de consultar con la comunidad y de acuerdo con sus costumbres, los proyectos de desarrollo o inversión que se pretendían llevar a cabo en su territorio. Además, que las consultas debían realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y con la finalidad de llegar a un acuerdo. Asimismo, la Corte precisó que el Estado debía asegurarse que los integrantes del pueblo Saramaka tuviesen conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que aceptaran el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria.

Por último, la Corte consideró que, cuando se tratara de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tenía la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también el deber de obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones.

Con fundamento en todo lo anterior, se identificaron las siguientes reglas establecidas por la Corte Interamericana para determinar cuándo y de qué manera se pueden otorgar concesiones de explotación de recursos naturales en territorio de pueblos indígenas. En primer término, el Estado debe asegurar la participación de la comunidad de acuerdo con sus costumbres y tradiciones, en relación con el plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción, que se pretenda llevar a cabo. En segundo término, el Estado garantizará que los integrantes de la comunidad indígena se beneficien del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio. En tercer término, el Estado no debe emitir ninguna autorización o concesión de exploración o explotación hasta tanto no se efectúe un estudio de impacto social y ambiental. Finalmente, en el caso de megaproyectos que puedan afectar el modo de vida no basta la consulta, sino que se requiere la obtención del consentimiento, libre, previo e informado.

En el 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró que el Estado Ecuatoriano era responsable por la violación de los derechos a la consulta previa, a la propiedad comunal indígena y a la identidad cultural del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku, al permitir que una empresa petrolera privada realizara actividades de exploración petrolera en su territorio, desde finales de la década de los años 1990, sin haberle consultado previamente. El Estado también fue declarado responsable por haber puesto gravemente en riesgo los derechos a la vida e integridad personal de los integrantes del Pueblo Sarayaku. Lo anterior, debido a la introducción de explosivos de alto poder en varios puntos del territorio indígena desde la fase de exploración petrolera. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012)

En la sentencia del Pueblo Sarayaku contra Ecuador, la Corte Interamericana reiteró los estándares en materia de consulta previa que fueron precisados en la Sentencia del Pueblo Saramaka contra Surinam. No obstante, dicho pronunciamiento realizó aportes importantes en materia de consulta previa, los cuales serán reseñados a continuación:

En primer lugar, la Corte precisó que la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional. Lo anterior,

al constatar que diversos Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, a través de sus sistemas legales y por medio de sus más altos tribunales de justicia, han incorporado los estándares del derecho a la consulta previa de conformidad con las disposiciones del Convenio 169 de la OIT.

En segundo lugar, y al observarse que en el asunto objeto de debate, la empresa destruyó sitios sagrados del Pueblo Sarayaku que ocasionaron que, en la cosmovisión del Pueblo, los espíritus dueños de ese lugar sagrado se fueran del territorio, la Corte consideró que el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática. Esto implica la obligación de los Estados de garantizar a los pueblos indígenas que sean debidamente consultados sobre asuntos que inciden o pueden incidir en su vida cultural y social, de acuerdo con sus valores, usos, costumbres y formas de organización.

En tercer lugar, la Corte señaló que las consultas deben ser llevadas a cabo 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. Además, la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como un verdadero instrumento de participación, que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas. La buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes o terceros y es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, o por medio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales.

En cuarto lugar, precisó que la obligación de consultar es responsabilidad del Estado, por lo que la planificación y realización del proceso de consulta no es un deber que pueda delegarse

en una empresa privada o en terceros, mucho menos en la misma empresa interesada en la explotación de los recursos en el territorio de la comunidad sujeto de la consulta.

En quinto lugar, advirtió que el Estado debe garantizar que no se otorgue ninguna concesión dentro del territorio de una comunidad indígena a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental para evaluar el posible daño o impacto que el proyecto podía tener, así como asegurar que los miembros del pueblo tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto, con conocimiento y de forma voluntaria.

En conclusión, la Corte constató que no se efectuó un proceso adecuado y efectivo que garantizara el derecho a la consulta del Pueblo Sarayaku antes de emprender o de autorizar el programa de prospección o explotación de recursos que existirían en su territorio. En definitiva, el Pueblo Sarayaku no fue consultado por el Estado antes de que se realizaran actividades propias de exploración petrolera, se sembraran explosivos o se afectaran sitios de especial valor cultural.

De lo expuesto hasta aquí, se extrae que, en el ámbito internacional de los derechos humanos, es posible observar la figura la consulta previa, por un lado, y la del consentimiento previo, libre e informado, por el otro. Acorde con la primera, las comunidades indígenas tienen derecho a participar y a que sus opiniones sean simplemente escuchadas como condición para la realización de un proyecto de desarrollo que les afecte. En virtud de la segunda figura, se establece como condición para que proceda la medida de desarrollo, que los pueblos indígenas manifiesten su consentimiento libre e informado.

Específicamente, el Convenio 169 de la OIT señala que las consultas previas deben llevarse a cabo para lograr un acuerdo y la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece la necesidad de obtención del consentimiento libre, previo e informado e incluso la

Corte Interamericana de Derecho Humanos señala en qué casos es obligatoria la obtención del consentimiento. No obstante, los acuerdos o la obtención del consentimiento no siempre son posibles, y sobre tal cuestión dichos instrumentos internacionales no ofrecen previsiones específicas.

En esa medida y dada la referida ambigüedad, los Estados han elegido una visión limitada en relación con el alcance del derecho a la consulta previa, a partir de la cual sólo es necesario abrir un espacio para dialogar con las comunidades sobre las medidas de desarrollo, sin que resulte vinculante lo que las mismas expresen sobre la viabilidad de realizarlas.

1.4. EL ALCANCE DE LA CONSULTA PREVIA EN EL DERECHO COMPARADO.

En el debate sobre el alcance del derecho a la consulta previa, algunos países se han pronunciado a favor de la restricción de un posible derecho al veto, mientras otros han defendido su existencia en algunos casos. En ese contexto, se considera conveniente ilustrar algunas tendencias del derecho comparado sobre la figura del derecho al veto en relación con la consulta previa.

El *Tribunal Constitucional Peruano* en la sentencia TC 00022-2009-PI del 9 de junio de 2010, se pronunció sobre una demanda de inconstitucionalidad presentada por el pueblo indígena Awajun de la Región San Martín contra el Decreto Legislativo N.º 1089, que regulaba el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales, el cual había sido promulgado sin efectuar la respectiva consulta previa.

En dicha providencia, el Tribunal señaló que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la consulta previa importa: i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta; y, iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. Asimismo, aclaró que no forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta. Al respecto, dicho Tribunal presentó los siguientes argumentos:

“De la lectura del artículo 6 y 15 del Convenio N.º 169 no se desprende que los pueblos indígenas gocen de una especie de derecho de veto. Es decir, la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas respecto de las medidas legislativas o administrativas que les podría afectar directamente, no les otorga la capacidad impedir que tales medidas se lleven a cabo. Si bien en el último párrafo del artículo 6 del Convenio se expresa que la consulta debe ser llevada a cabo “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”, ello no implica una condición, que de no ser alcanzada significaría la improcedencia de la medida. Lo que explica tal artículo es que tal finalidad debe orientar, debe ser el objetivo de la consulta. De ello se infiere que un proceso de consulta en el que se determine que no se pretende alcanzar tal finalidad, podrá ser cuestionado. Debe afirmarse que no fluye de los artículos del convenio que los pueblos indígenas gocen de un derecho de veto. Lo que pretende la norma es institucionalizar el dialogo intercultural.

En suma, es obligatorio y vinculante llevar a cabo el proceso de consulta, asimismo, el consenso al que arriben las partes será vinculante, sin embargo, ello no implicará que el pueblo indígena pueda evitar la aplicación de las normas sometidas a consulta por el hecho de no estar de acuerdo con el acto administrativo o legislativo. Y es que si bien es legítimamente exigible la tutela de los pueblos indígenas, también es cierto que esta realización debe concretizarse dentro de los márgenes del Bien Común, concepto nítidamente establecido en la Constitución como destino fundamental de la actividad del Estado, sólo sometido al principio de protección de la dignidad de la persona.”

La Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, en el amparo en revisión 631/2012 se pronunció sobre la necesidad de llevar a cabo el proceso de consulta previa con la comunidad indígena Yaqui, debido a la afectación que les podía causar la construcción del proyecto denominado “Acueducto Independencia”, que se desarrollaría en los municipios de Hermosillo, Mazatlán, Villa Pesqueira, Ures y Soyopa, en el Estado de Sonora.

En dicho pronunciamiento, la referida Corte sostuvo que lo deseable en estos casos es alcanzar el consentimiento. No obstante, ante la negativa de los pueblos consultados deberán ponderarse los intereses sociales en juego, esto es, tanto de los afectados como de los beneficiados por la obra, quedando en aptitud las autoridades correspondientes a decretar, en la medida de sus facultades, las acciones necesarias para resarcir o aminorar las eventuales afectaciones que deriven de la operatividad del proyecto. En palabras de la Suprema Corte de México:

“En cuanto a este último punto, esta Primera Sala estima conveniente resaltar la diferencia entre consulta y consentimiento, pues sin perjuicio del hecho de que todo proceso de consulta debe perseguir el objetivo del consentimiento, en algunos casos, puede que su ausencia no impida a las autoridades decretar las acciones correspondientes, lo cual dependerá del nivel de impacto que tendrá el funcionamiento u operatividad del Acueducto Independencia sobre la comunidad o grupo indígena, debiéndose ponderar los intereses sociales en juego, esto es, tanto de los afectados como de los beneficiados por la obra, quedando en aptitud las autoridades correspondientes a decretar, en la medida de sus facultades, las acciones necesarias para resarcir o aminorar las eventuales afectaciones que deriven de la operatividad del proyecto sobre la cuenca a manera de garantizar la subsistencia de la Tribu a la que se concede el amparo a fin de que sea escuchada para efectos de la operación (no construcción) del Acueducto.”

El *Tribunal Constitucional del Ecuador* en la sentencia 2003/2010R del 25 de octubre de 2010, al estudiar un caso de omisión de consulta previa al Pueblo Guaraní respecto de la ubicación de un campamento petrolero en su territorio, precisó que la consulta previa debe ser desarrollada con la finalidad de lograr un acuerdo con los pueblos o su consentimiento libre, previo e informado. Asimismo, explicó que el consentimiento se constituye en una finalidad de la consulta, pero no un derecho en sí mismo, salvo en las dos situaciones previstas tanto en el Convenio 169 como en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los

derechos de los pueblos indígenas: i). Traslados de las tierras que ocupan y su reubicación; y, ii). Almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas.

A los dos supuestos anotados, el Tribunal añadió un tercero, que fue establecido jurisprudencialmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso del Pueblo Saramaka v. Surinam, en el que reconoció el derecho al consentimiento cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrán un mayor impacto.

Por consiguiente, el Tribunal concluyó que, para implementar los proyectos de los tres supuestos referidos, se debe obtener el consentimiento de los pueblos indígenas, lo que significa que en dichos casos los pueblos tienen la potestad de vetar el proyecto; en los demás casos cuando la consulta se desarrolla de buena fe, con métodos e información apropiada, los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la elaboración del proyecto, debiendo el Estado actuar bajo márgenes de razonabilidad, sujeto a normas, principios y valores contenidos en la Constitución Política del Estado, entre ellos el principio de legalidad y la prohibición de arbitrariedad; respetando los derechos de las comunidades originarias, evitando impactos nocivos a su hábitat y *modus vivendi* (Tribunal Constitucional del Ecuador, 2010).

La *Corte Suprema de Justicia de Canadá*, al resolver el caso *Haida Nation* en el 2004 precisó que mediante el proceso de consulta con los Pueblos Aborígenes se espera que un proyecto determinado no proceda por la voluntad unilateral de una de las partes pero que sea realizada por consentimiento mutuo. Es importante notar que el deber de consulta no le concede a los Pueblos Aborígenes un derecho a veto sobre un proyecto, sino que constituye en una oportunidad para negociar sus términos con el Gobierno Federal, de forma abierta y sin restricciones, con el fin de alcanzar un acuerdo satisfactorio entre las partes. (Dejusticia, 2015).

En *Australia*, la legislación sobre consulta previa reconoce el derecho al veto para casos excepcionales. El caso de Australia es importante dado que, con la adopción del *Aboriginal Land Rights -1976-* se reconoce a los pueblos aborígenes del *Northern Territory* derechos comunales para el control de su tierra. Esta normativa permite, excepcionalmente, la aplicación y el derecho de veto sobre un proyecto específico. Sin embargo, este es únicamente aplicable a los Pueblos Aborígenes del Northern Territory y en circunstancias especiales. En el caso de Nueva Zelanda, el aspecto más relevante de su marco normativo es que el *Crown Mineral Acts de 1991* reconoce al pueblo Maori un veto absoluto sobre las actividades extractivas en su territorio, excepto aquellas que tengan un impacto mínimo (Dejusticia, 2015).

La revisión de derecho comparado permite observar que, por un lado, en algunos países es obligatorio llevar cabo el proceso de consulta previa, pero éste no implica impedir la realización de proyectos de desarrollo en sus territorios por el hecho de que los pueblos indígenas no estén de acuerdo con los mismos ante la inminente amenaza de sus derechos fundamentales, mientras que en otros las comunidades indígenas si pueden vetar la ejecución de las medidas consultadas, cuando las mismas impliquen impactos nocivos a sus territorios y formas de vida.

2. EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA.

El presente capítulo tiene el propósito de aportar al debate sobre el alcance del derecho a la consulta previa, desde el concepto del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas. Para ello, se realizará una aproximación al concepto de autodeterminación de los pueblos indígenas, y luego se explicará su relación con el derecho a la consulta previa.

2.1. BREVE APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

El derecho de los pueblos a la autodeterminación o libre determinación de los pueblos es un pilar del derecho internacional y ha constituido el fundamento jurídico y político del proceso de descolonización que permitió el surgimiento de más de sesenta nuevos Estados en la segunda mitad del siglo XX (Özden y Golay, 2010).

La Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales de 1960 es la primera contribución de la ONU a la definición del derecho a la autodeterminación. En dicha Declaración, los Estados reconocen que “todos los pueblos tienen derecho a la autodeterminación” y proclaman que: “la sujeción de los pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una denegación de los derechos humanos fundamentales, es contraria a la Carta de las Naciones Unidas y compromete la causa de la paz y de la cooperación mundiales.” Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptados en 1966, estipulan el derecho de los pueblos a la autodeterminación. Según el artículo primero de los dos Pactos: “Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.”

En razón a lo anterior, la libre determinación o autodeterminación ha sido entendida como el derecho a elegir la independencia como Estado. No obstante, la existencia del derecho a la libre determinación para los pueblos indígenas no implica una prerrogativa que los habilite para constituir Estados independientes. En esa medida, el derecho a la libre determinación debe interpretarse de manera acertada desde el marco de los derechos humanos del derecho internacional contemporáneo, más que del marco tradicional de los derechos de los Estados. A partir de ello, la libre determinación debe entenderse como un derecho humano que consiste en que los seres humanos, individualmente o como grupo, tienen el derecho a ejercer el control sobre sus propios destinos y de vivir en los órdenes institucionales de gobierno que se diseñen de acuerdo con ese derecho (Anaya, 2008).

En el mismo sentido, Oliva y Blázquez (2007) argumentan que la autodeterminación de los pueblos indígenas debe pensarse en el contexto de nuevas realidades y necesidades internacionales, donde la autodeterminación ya no se relaciona solamente con la creación de un Estado independiente, sino con la obligación de los Estados de implementar estructuras autónomas en su interior para asegurar derechos económicos, culturales y políticos a comunidades étnicas.

De esa forma, si bien en un principio sólo los Estados eran partidarios del derecho a la autodeterminación, en la actualidad dicha prerrogativa también debe predicarse de los pueblos indígenas. Lo anterior, de acuerdo con lo establecido en el Derecho internacional de los derechos humanos, a través del Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas.

El Convenio 169 de la OIT consagra en su artículo 7.1, que los pueblos indígenas deben tener el derecho a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte 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 deben participar en

la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

Por su parte, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas proclama el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas en su artículo tercero, el cual indica que ellos pueden libremente determinar su estatus político y perseguir su desarrollo económico, social y cultural. Asimismo, la declaración en su artículo 32 precisa que los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.

Anaya (2008) refiere que el propósito de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas es:

Compensar la histórica negación del derecho a la libre determinación y derechos relacionados, para que los pueblos indígenas puedan superar la sistemática marginación y alcanzar una posición de igualdad frente a los sectores hasta entonces dominantes. Si examinamos el pasado, puede advertirse como el derecho humano universal de libre determinación se ha negado de forma masiva y sistemática a grupos indígenas. Los pueblos indígenas, esencialmente y por su propia definición, se encuentran sujetos a órdenes políticos que ellos no han establecido y a los que no consintieron. Se les ha privado de grandes extensiones de tierras y del acceso a recursos necesarios para sus vidas, y han sufrido históricamente presiones que han conseguido suprimir sus instituciones políticas y culturales. Como resultado, los pueblos indígenas se han visto económica y socialmente mutilados, se ha dañado o amenazado su cohesión como comunidades y se ha socavado la integridad de sus culturas. (p. 202)

Aunque la declaración no enfatiza en el contenido del derecho a la autodeterminación, propone otros derechos que se derivan de dicha prerrogativa, entre los cuales se encuentran: perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural (art. 3); su propia autonomía económica (art. 4); las estructuras y la composición de sus instituciones de conformidad con

sus propios procedimientos (art.33); la priorización de estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo (art. 23); la elaboración de los programas que implementen derechos sociales fundamentales que les conciernen, respetando sus instituciones (art. 23); el desarrollo o utilización de sus tierras, territorios y otros bienes naturales (art. 32); su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones (art. 33); las responsabilidades de los individuos en sus comunidades (art. 35); su participación en la vida del Estado (art.4); establecer y controlar su propio sistema educativo (art.14); establecer sus propios medios de información (art. 16); participar en las decisiones políticas que los afectan y desarrollar su propias instituciones (art. 18); controlar sus tierras, territorios y recursos que poseen (art. 26); y la obligación del Estado de reconocer las leyes indígenas, tradiciones, costumbres, y sistemas de tenencia de la tierra (art.27).

A la luz de lo anterior, se observa que el derecho internacional establece que todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación o autodeterminación. En virtud de este derecho, los pueblos incluidos los pueblos indígenas tienen la libertad de determinar su propia condición política y de perseguir su desarrollo económico, social y cultural. Además, el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas no sólo implica reconocer la libertad que tienen de definir su propio orden jurídico y político, sino que también es el fundamento del ejercicio de los demás derechos que le corresponden a las comunidades indígenas, tales como participar políticamente en la toma de decisiones sobre asuntos que les interesen o afecten (Stavenhagen, 2007).

Ahora bien, existe un debate relacionado con el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, de acuerdo con el cual, la doctrina de la soberanía del Estado y el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas colisionan, en la medida en que la soberanía pretende mantener un tipo de ordenamiento por medio de la autoridad del Estado y la autodeterminación implica la desconcentración del poder. En consecuencia, la soberanía puede limitar el derecho a la autodeterminación, pues se contraponen la autoridad del Estado sobre las comunidades indígenas.

Lo anterior constituye una lectura errónea en relación con el derecho a la autodeterminación, pues éste debe interpretarse como una prerrogativa que no está dirigida a quebrantar la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes. De esta forma, la libre determinación indígena debe entenderse como el derecho colectivo de estos pueblos a participar, en condiciones de libertad e igualdad, en la institucionalidad de los Estados de los que forman parte y a contar con un marco jurídico propio que les permita tener un control permanente sobre sus propios asuntos (Anaya, 2005).

En esa medida, debe existir una relación de necesaria cooperación y complementariedad entre Estado y los pueblos indígenas. Estos últimos reconocen la soberanía del Estado que los contiene, siempre y cuando este último no pretenda asimilarlos; y el Estado respeta el derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación de sus asuntos y debe realizar las gestiones necesarias que permitan el efectivo goce y ejercicio de este derecho. Asimismo, el Estado y los pueblos indígenas reconocen un instrumento político -por ejemplo la Constitución Nacional- en la que se estatuye el poder soberano del Estado en relación con otros Estados y reconoce el principio de diversidad étnica y cultural en términos de cooperación y complementariedad (Hazel, 2014).

2.2. DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

El derecho a la autodeterminación de los pueblos, en términos generales, se encuentra consagrado en el artículo 9 de la Constitución Política, el cual señala que “las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia. De igual manera, la política exterior de Colombia se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe.”

De acuerdo con el contenido del referido precepto constitucional, este se entiende exclusivamente referido al concepto de pueblo como nación, dado que solamente se refiere

a los principios que rigen las relaciones exteriores del Estado colombiano. No obstante, en la Constitución Política existen otras disposiciones que denotan elementos constitutivos del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas, entre los cuales se encuentra el artículo 171 que establece la circunscripción nacional especial indígena; el artículo 329 que prevé las condiciones para la creación de las entidades territoriales indígenas, así como la identificación de los resguardos como propiedad colectiva y no enajenable, y, finalmente, el artículo 330 que establece que “los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados según los usos y costumbres”.

Asimismo, el Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991, de conformidad con lo prescrito por el artículo 93 superior forma parte del bloque de constitucionalidad. Además, Colombia como Estado Miembro de la Organización de las Naciones Unidas, aprobó la Resolución que dio origen a la Declaración de los Pueblos Indígenas, la cual de acuerdo con la sentencia T-247 de 2016 proferida por la Corte Constitucional, es un instrumento de derecho directamente aplicable en el orden interno.

A su vez, en el ordenamiento interno existe un conjunto de normas que regulan temas relacionados con el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, entre las cuales se destacan las siguientes:

El Decreto 1088 de 1993, que estipula la facultad de formar asociaciones por parte de los Cabildos; el Decreto 804 de 1995, que contiene normas relacionadas con la etnoeducación; el Decreto 2164 de 1995, que reglamenta la titulación de tierras indígenas; el Decreto 1396 de 1996, que crea la Comisión de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas; el Decreto 1397 de 1996, mediante el cual se crean la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas; el Decreto 1320 de 1998, sobre la consulta previa; el Decreto 982 de 1999, por medio del cual se crea la Comisión para el desarrollo integral de la política indígena; la Ley 1381 de 2010, sobre la protección de las lenguas y los dialectos de los pueblos étnicos, el Decreto 1953 de 2014, por el cual se crea un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los Territorios

Indígenas respecto de la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas hasta que el Congreso expida la ley de que trata el artículo 329 de la Constitución Política; y el Decreto 2333 de 2014, por medio del cual se establecen los mecanismos para la efectiva protección y seguridad jurídica de las tierras y territorios ocupados o poseídos ancestralmente y/o tradicionalmente por los pueblos indígenas.

Lo anterior permite afirmar que en Colombia existe un conjunto de normas que regulan temas concernientes a los pueblos indígenas, pero no existe una disposición específica que defina su derecho a la autodeterminación. No obstante, la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia ha precisado el alcance de este derecho. En efecto, ese Tribunal ha planteado que la libre determinación comprende el derecho de las comunidades étnicas a determinar sus propias instituciones y autoridades de gobierno; a darse o conservar sus normas, costumbres, visión del mundo y opción de desarrollo o proyecto de vida; y de adoptar las decisiones internas o locales que estime más adecuadas para la conservación o protección de esos fines. Asimismo, ha precisado que el derecho a la libre determinación comprende tres ámbitos de protección ligados a distintos factores de interacción. En palabras de la sentencia C-882 de 2011 de la Corte Constitucional:

“En el primer ámbito se encuentra el derecho general de las comunidades a participar en la toma de cualquier decisión que pueda concernirles. Así, la participación se convierte en un vehículo que les permite expresar los valores e intereses culturales que las diferencian de la cultura mayoritaria predominante, a fin de que sean tenidos en cuenta a la hora de adoptar decisiones que les incumban, en desarrollo del objetivo constitucional de proteger su integridad cultural”

Esta primera prerrogativa –participación– se manifiesta a su vez de al menos dos formas: (i) en el derecho a la consulta previa de todas las decisiones que les conciernan directamente y (ii) en un derecho general de participación respecto de otras decisiones que les afecten indirectamente.

El segundo ámbito de protección de la libre determinación comprende el derecho de las comunidades étnicas a participar en la toma de decisiones políticas. Este ámbito de protección se fundamenta, entre otras disposiciones, en el literal b) el artículo 6 del Convenio 169, según el cual los estados parte tienen la obligación de ‘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’. A nivel nacional, el derecho a la participación en las decisiones políticas se concreta, como se indicó en la sentencia C-030 de 2008, en ámbitos como los siguientes:

‘(...) (1) en la posibilidad que sus integrantes tienen de concurrir, en igualdad de condiciones con todos los colombianos, en la elección de sus representantes en las corporaciones de elección popular; (2) en el hecho de que, en desarrollo del carácter público del proceso legislativo, pueden conocer las iniciativas en trámite, promover discusiones, remitir conceptos, solicitar audiencias y, (3) en las previsiones constitucionales sobre la circunscripción especial indígena, porque si bien quienes allí resulten elegidos no representan formalmente a las distintas comunidades indígenas, si son voceros, de manera amplia, de su particular cosmovisión y pueden constituir efectivos canales de comunicación entre las células legislativas y las autoridades representativas de las comunidades indígenas y tribales.’

Adicionalmente, este ámbito de protección comprende la posibilidad de participar a través de los representantes elegidos según las tradiciones y prácticas de cada comunidad, y ejercer derechos políticos de conformidad con las reglas del derecho propio y las tradiciones culturales, como ha reconocido la jurisprudencia constitucional.

Finalmente, el tercer ámbito de protección se refiere al derecho al autogobierno de las comunidades étnicas. Esta prerrogativa se fundamenta, por ejemplo, en el literal c) del artículo 6 del Convenio 169, de acuerdo con el cual los estados deben ‘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.’ A nivel nacional, este ámbito de protección se concreta, por ejemplo, en el artículo 246 superior, que permite a las autoridades indígenas ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial; en el artículo 286, según el cual los territorios indígenas son entidades territoriales; y en el artículo 330, que indica que los territorios indígenas deben ser gobernados por consejos conformados según los usos y costumbres de la respectiva comunidad.”

2.3. RELACIÓN ENTRE EL DERECHO A LA AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y LA CONSULTA PREVIA

Para James Anaya (2005), la autodeterminación es un principio fundador que aglutina la constelación de derechos de los pueblos indígenas. Particularmente, desde una perspectiva internacional implica un conjunto de normas de derechos humanos que se predicán genéricamente de los pueblos, incluidos los pueblos indígenas, y que se basan en la idea de que todos los sectores de la humanidad tienen el mismo derecho a controlar su propio destino. En consecuencia, para el autor, la autodeterminación cuenta con dos aspectos sustantivos: el constitutivo y el continuado. El primero constituye el diseño institucional de gobierno propio, a través del cual la autodeterminación refleja la voluntad del pueblo; y el segundo, implica la permanencia de ese diseño institucional, el cual permite al pueblo desarrollarse libremente sin interferencias del poder central.

Asimismo, Oliva y Blázquez (2007) consideran que el derecho a la autodeterminación es el sustento jurídico de todos los derechos colectivos de los pueblos indígenas, dado que, sin la posibilidad de escoger su propio devenir y el de su comunidad, difícilmente pueden ejercer los otros derechos que se tienen en conjunto.

Para Yrigoyen (2011) el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación rompe con la tradición de los Estados de considerar como propios y bajo su dominio y disposición los territorios donde habitan los pueblos originarios. En esa medida, del derecho a la autodeterminación es que surge la obligación del Estado de crear los espacios de consulta previa, para que tales pueblos puedan participar en la toma de decisiones de las políticas de desarrollo que les puedan afectar.

A nivel regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho claridad respecto de la relación entre la autodeterminación y la consulta previa. En el caso del pueblo Saramaka vs. Surinam ya referido, la Corte precisó que el derecho de los miembros de las comunidades indígenas y tribales a determinar libremente su propio desarrollo social, cultural y económico, implica para el Estado la obligación de adoptar medidas especiales para reconocer, respetar, proteger y garantizar el derecho a la propiedad comunal de los miembros de las comunidades indígenas y tribales sobre sus territorios.

Por su parte, en la Corte Constitucional Colombiana, los debates del derecho a la consulta previa, en su mayoría, han girado en torno a temas procedimentales, pero no sobre su relación con el derecho a la autodeterminación (Rodríguez, 2012). No obstante, dicha Corporación en la sentencia T-973 de 2009 destacó que la protección constitucional del derecho a la libre determinación de las comunidades étnicas se hace efectiva de manera especial mediante el deber estatal de adelantar procesos de consulta antes de la adopción y la ejecución de decisiones que directamente puedan afectarles.

De lo expuesto, se evidencia que, el derecho fundamental a la consulta previa encuentra su fundamento en la prerrogativa que tienen los pueblos de autodeterminarse en cuanto a sus prioridades frente a los proyectos de desarrollo que el Estado pretenda implementar en sus territorios, en la medida en que éstos afecten sus vidas, creencias, instituciones y los territorios que ocupan. De esta forma, la consulta previa constituye un mecanismo que pretende definir los conflictos que pueden presentarse entre las prioridades de desarrollo del

Estado y el derecho de los pueblos indígenas a desarrollarse libremente y escoger su propio devenir.

Entonces, a partir del derecho que tienen los pueblos indígenas a determinar libremente su modelo de desarrollo es que surge la obligación del Estado de llevar a cabo la consulta previa, y a través de dicho espacio es que se garantiza el derecho a la participación de los pueblos indígenas en los procesos de decisión externos que puedan afectarlos. Teniendo en cuenta lo anterior, es posible concluir que si los pueblos indígenas tienen derecho a tener el control de su propio destino, resulta apenas lógico afirmar que ante la realización de proyectos de desarrollo (hidrocarburos, mineros, eléctricos, petroleros, entre otros), que amenacen su supervivencia física y cultural, su concepto frente a la realización de la medida debe tener un alcance vinculante, lo cual les debe dar facultad de oponerse a la realización de proyectos de desarrollo en sus territorios.

3. DE LA CONSULTA PREVIA A LA OBJECCIÓN CULTURAL.

El presente capítulo tiene el propósito de presentar, en primer lugar, la visión de los pueblos indígenas sobre el alcance del derecho a la consulta previa. En segundo lugar, pretende exponer un conjunto de pronunciamientos de la Corte Constitucional Colombiana que han intentado delimitar el alcance del derecho a la consulta previa. Y en tercer lugar, se realizará una aproximación al concepto de objeción cultural, como instrumento de protección de los pueblos indígenas frente a proyectos de desarrollo consultados que pongan en peligro su supervivencia física y cultural.

3.1. POSICIONES PARTICULARES DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS FRENTE AL ALCANCE DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

En América latina, *“existen más de 800 pueblos indígenas, con una población cercana a los 45 millones de personas, que se caracterizan por su amplia diversidad demográfica, social, territorial y política, e incluye desde pueblos en aislamiento voluntario hasta su presencia en grandes asentamientos urbanos.”* (CEPAL. Comisión Económica para América Latina, 2014)

Una población bastante amplia, que merece especial atención, y para construir una conceptualización sobre su derecho a la objeción cultural, es pertinente realizar una categorización de las posiciones particulares de las comunidades indígenas frente a la consulta previa y su alcance. Para esto, se hace una distinción en tres grandes grupos: aquellas comunidades que no han sido contactadas o se encuentran en aislamiento voluntario, las comunidades que bajo ninguna circunstancia aceptan la consulta previa y las que sí.

Esta diferenciación es importante en la medida en que cada tipo de comunidad entiende la participación de distinta forma, por lo mismo, el aparato estatal debería tener en cuenta estas

posturas, respetando el derecho a la autodeterminación y la decisión de participar o no en la consulta previa.

Los pueblos en aislamiento voluntario son comunidades que no mantienen un contacto continuo con la población no indígena, y que tienen como característica diferenciadora el haber tomado la decisión, luego de un encuentro con “el hombre blanco”, de aislarse totalmente de la población occidental. También hace referencia a los pueblos indígenas que, a pesar de tener un pasado de cooperación y cercanía con personas fuera de la comunidad, decidieron alejarse y resguardarse.

Al respecto, la Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Comisión Interamericana ha señalado lo siguiente:

“Una consecuencia del respeto a la libre autodeterminación y a su elección de mantenerse aislados es que los pueblos indígenas en aislamiento voluntario no intervienen en los canales convencionales de participación. Esta imposibilidad hace que la protección de sus derechos por parte de los Estados, organismos internacionales y otros actores en la defensa de los derechos humanos cobre importancia adicional. Asimismo, no es posible realizar una consulta previa, libre e informada de acuerdo a los estándares establecidos por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación con proyectos de desarrollo e inversión y de concesiones extractivas de los recursos naturales que afecten los derechos de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario. Como se detalla más adelante, los pueblos en aislamiento voluntario suelen rehuir al contacto y rechazar la presencia de personas ajenas a su pueblo en sus tierras y territorios ancestrales”. (Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013).

Por otra parte, se encuentran los pueblos indígenas que aceptan y utilizan la consulta previa, los cuales legitiman la utilización de este mecanismo de participación, como una medida de protección de sus intereses. En relación con el alcance del derecho a la consulta previa, desde

la Propuesta Indígena de Reforma Constitucional para la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 ya se mencionada la garantía de la objeción cultural. En palabras de Lorenzo Muelas:

“Derecho de objeción cultural

Es innegable el derecho de las poblaciones a determinar el uso o forma de utilización de sus recursos naturales. Derecho que lleva implícita la facultad de concretar su participación y forma de ejecución. De su libre ejercicio pueden derivarse en la mayoría de los casos, el acuerdo entre las comunidades y los entes interesados en su utilización.

¿Pero qué hacer cuando el acuerdo no es posible, por constituir el territorio o sitio de un lugar “sagrado” o de significación vital para una comunidad india? ¿Acaso es deseable para un occidental la destrucción o profanación de sus obras de arte o sus lugares sagrados con ocasión de presuntas explotaciones económicas? ¿Se puede pensar en la destrucción de sus catedrales, en la profanación de sus cementerios o lugares de peregrinación?”

Asimismo, la Organización Indígena de Colombia (ONIC) ha manifestado sobre el alcance del derecho a la consulta previa lo siguiente:

“¿Qué pasa si no nos ponemos de acuerdo? ¿Tenemos derecho a oponernos a la realización del proyecto o la adopción de la medida?

Si no logramos un acuerdo en el ejercicio del derecho a la consulta, el proyecto de desarrollo o las medidas que se pretendan adoptar (legislativas o administrativas), no deberían realizarse o ejecutarse. Ello por cuanto los Pueblos Indígenas somos autónomos y tenemos el derecho a definir nuestros destinos y decisiones con base en nuestras convicciones, nuestra cosmovisión, el derecho propio de derecho mayor, sin que se nos pueda forzar o imponer ninguna alternativa específica.

La posibilidad de oponernos a la realización de proyectos de desarrollo en nuestros territorios o la adopción de medidas (administrativas o legislativas) que nos afecten, es conocida doctrinalmente como el derecho al veto. Esta posibilidad se contempla en aquellos casos en los cuales la realización de proyectos de desarrollo a gran escala, representan para los Pueblos Indígenas afectaciones profundas y sensibles, tales como la pérdida de territorios y tierra, desalojo, migración y reasentamiento, agotamiento de recursos para la subsistencia física y cultural, destrucción y contaminación del ambiente, desorganización social y comunitaria, negativos impactos sanitarios o nutricionales, abusos y violencia.

Si bien es cierto se trata de un tema polémico, como Pueblos Indígenas, nosotros defendemos el derecho al veto, para lo cual nos apoyamos en la sentencia del caso del Pueblo Saramaka, en donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró lo siguiente: ‘El Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio’.

Así mismo, pensamos que a partir de la consideración de la diversidad étnica y cultural de la nación (contenida en el artículo 7° de la Constitución Política) como un asunto de interés general, de un correcto entendimiento del derecho a definir nuestro propio desarrollo (Artículo 7° Convenio 169 de la OIT) y del principio de efectividad de los derechos fundamentales (Artículo 2° Constitución Política), se puede concluir que en el marco del ejercicio del derecho a la consulta previa, los pueblos afectados podemos otorgar o abstenernos de otorgar nuestro consentimiento, en ambos casos de manera previa, libre e informada. Habrá pueblos que consideren que el proyecto o la medida consultada los va a beneficiar y no está en contravía de su Ley de Origen y su Cosmovisión, pero habrá pueblos que consideren lo contrario. Ambas posibilidades deben ser respetadas tanto por el Estado como por los particulares.

La consulta previa sin derecho a decir no a lo que se consulta, vacía de contenido a la consulta, la vuelve un requisito intrascendente, la convierte en un procedimiento irrelevante, legitimador de la destrucción y la muerte de los Pueblos Indígenas.

Finalmente, debe decirse que el derecho al veto adquiere una especial significación en un contexto como el colombiano, en donde más de 34 pueblos nos encontramos en riesgo de extinción física y cultural, tal como lo ha reconocido la propia Corte Constitucional mediante el Auto 004 de 2009. Así entonces la consulta previa con derecho al veto (entiéndase, consulta integral y apropiada) se convierte en un mecanismo de defensa de nuestra pervivencia, en una herramienta contra la muerte que se cierne sobre nosotros.” (ONIC, s.f.).

Por su parte, en la mesa de conversaciones entre el gobierno y las FARC, la población afrocolombiana y los pueblos étnicos lograron incluir en el “Acuerdo para la solución del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera”, un capítulo étnico, que precisa salvaguardas y garantías para la interpretación e implementación del Acuerdo Final, las cuales implican que las normas de implementación de los acuerdos deben respetar los derechos de los pueblos étnicos. Así mismo, que se garantiza su participación en los temas pactados, en especial, cultivos de uso ilícito, reforma agraria integral, participación política, víctimas, protección y justicia.

Específicamente, en lo relacionado con las salvaguardas y garantías para la interpretación e implementación del Acuerdo Final se señala lo siguiente: a) se respetará el carácter principal y no subsidiario de la consulta previa, libre e informada y el derecho a la objeción cultural como garantía de no repetición, siempre que procedan, respetando los estándares nacionales e internacionales, b) se incorporará un enfoque transversal, étnico, de género y generación, c) en ningún caso la implementación de los acuerdos irá en detrimento de los derechos de los pueblos étnicos.

Por otra parte, aun cuando el presente trabajo de grado, se limita a precisar el alcance del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, es preciso destacar que en la Propuesta de Protocolo de Consulta Previa, Libre, Informada y Vinculante para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras de áreas rurales y urbanas aprobada en el 2013, se precisa el concepto del derecho a la objeción cultural, el cual implica que, “Cualquier decisión que desconozca los derechos de los pueblos podrá ser objeto del principio de objeción cultural en virtud del derecho propio o de manera similar a la objeción de conciencia. Este principio de respeto cultural ha sido reconocido por la Corte Constitucional y su alcance implica que los pueblos pueden oponerse o negarse a la toma de la decisión propuesta y que su decisión es obligatoria para el Estado y el resto de la sociedad.” (Congreso Nacional Autónomo del Pueblo Negro, Afrocolombiano, Raizal y Palenquero llevado a cabo en la ciudad de Quibdó).

Es importante destacar que, la Corte Constitucional mediante Sentencia T-576 de 2014, ordenó al Ministerio del Interior divulgar la referida Propuesta de Protocolo, la cual de acuerdo con dicho Tribunal, debía constituir el punto de referencia para el trámite del proceso de consulta en el curso del cual se definirán las pautas para la integración del espacio nacional de consulta de las decisiones legislativas y administrativas de carácter general que sean susceptibles de afectar a las comunidades negras, afrocolombianas, palenqueras y raizales.

De lo expuesto, se concluye que para las propias comunidades étnicas, el alcance del derecho a la consulta previa implica un poder de veto, el cual ha sido denominado objeción cultural, incluso desde propuesta indígena a la Asamblea Nacional Constituyente, y que consiste en la posibilidad de oponerse de manera argumentada, a la realización de proyectos no convenientes para la comunidad, debido a que ponen en riesgo su supervivencia física y cultural.

3.2. EL ALCANCE DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO –ESPECIAL ENFOQUE EN EL DESARROLLO DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO AL VETO.

A continuación, se realizará un análisis de la legislación y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana relacionada con el alcance del derecho a la consulta previa. En lo atinente a la legislación, se abordarán aspectos esenciales de la reglamentación que denotan algunas limitaciones que afectan la eficacia del derecho a la consulta previa. En lo correspondiente a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, debe tenerse en cuenta que en materia del derecho a la consulta previa los pronunciamientos son numerosos, de manera que sólo se hará referencia a las posiciones del alto tribunal sobre el alcance del derecho a la consulta previa y que están relacionados con la ejecución de proyectos en sus territorios. Para tal efecto, a partir de sentencias de referencia recientes se ilustrará la dogmática relevante de la jurisprudencia constitucional en materia de lo que ella misma ha denominado el derecho al veto en la consulta previa.

El alcance del derecho a la consulta previa en la legislación colombiana

El carácter fundamental del derecho a la consulta previa se sustenta en el artículo 1° de la Constitución Política, el cual señala que Colombia es un estado social de derecho democrático y participativo; el artículo 2°, que destaca como fines esenciales del Estado el facilitar la participación de todos los colombianos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política y administrativa de la Nación; el artículo 7°, en el que se reconoce y protege la diversidad étnica; el artículo 70, que considera la cultura fundamento de la nacionalidad; el artículo 79, que establece el derecho a la participación de la comunidad en megaproyectos cuando estos implican una afectación del ambiente y de los recursos naturales, y, de manera específica, el parágrafo del artículo 330 Superior, el cual señala que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. Además, menciona

que en las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

En Colombia, a la fecha de presentación de este trabajo, no existe una ley especial sobre el derecho a la consulta previa. De esa manera, su regulación se ha dado a través de distintas normas. Por ejemplo, el numeral 2° del artículo 15 de la Ley 21 de 1991 que incorporó el Convenio 169 de la OIT, estipula que 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. Asimismo, indica que 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.

Adicionalmente, la Ley 99 de 1993, mediante la cual se organiza el Sistema Nacional Ambiental y se crea el Ministerio del Medio Ambiente, precisa en su artículo 76 que la explotación de los recursos naturales debe hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con el artículo 330 de la Constitución Nacional y que las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades.

Todas las anteriores disposiciones fueron desarrolladas por el Decreto 1320 de 1998, el cual reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio ancestral y extiende la obligación de realizarla más allá de las zonas de resguardo o de propiedad colectiva, es decir, en las zonas no tituladas y que son habitadas de forma regular por las comunidades.

Los pueblos indígenas siempre se han opuesto al mencionado Decreto 1320 de 1998 por varias razones, entre ellas, porque (i) reduce la consulta previa a un procedimiento tipo

audiencia ambiental que se concreta en una sola reunión; (ii) no prevé expresamente que la participación se haga para lograr el consentimiento sobre las medidas propuestas y (iii) siendo un acto administrativo, no fue consultado previamente con las comunidades indígenas (Rodríguez, Albán Domínguez, & Moncayo, 2015).

El referido Decreto fue demandado por las organizaciones representantes del Pueblo Awa ante el Consejo de Estado. No obstante, la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, mediante sentencia del 20 de mayo de 1999, declaró su legalidad, en tanto estimó que no era posible concluir que en su conjunto la normativa fuera en contravía de la garantía constitucional de la integridad étnica, social y cultural de las comunidades étnicas.

En caso contrario, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, en informe del año 2001, mediante el cual se estudiaba una reclamación contra Colombia por el incumplimiento del Convenio 169 presentada por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), concluyó que el Decreto 1320 de 1998 no estaba conforme al Convenio 169 en la medida en que desatendía la obligación de consultar con los pueblos indígenas del país antes de la adopción y promulgación de dicho decreto; ii) contemplaba una sola reunión de consulta y no se refería a la participación o la consulta con los pueblos interesados durante la preparación del estudio ambiental y la formulación del plan de manejo ambiental (Organización Internacional del Trabajo, 2001). En consecuencia, las recomendaciones de la Comisión de Expertos terminaron por solicitar al Gobierno Nacional la modificación del Decreto 1320 de 1998.

Igual consideración ha tenido la Corte Constitucional al respecto, pues ha ordenado reiteradamente la inaplicación del decreto en mención al considerarlo abiertamente inconstitucional. Específicamente, por no atender los postulados previstos en el Convenio 169 de la OIT y los mandatos constitucionales de diversidad étnica y cultural.

Ahora bien, con posterioridad al Decreto 1320, se expidió la Directiva Presidencial 01 de 2010, dirigida al Vicepresidente de la República, a los ministros del Despacho, a los directores de los Departamentos Administrativos, a los superintendentes, a los directores y gerentes de los organismos del sector central y descentralizado del orden nacional, cuyo

finalidad fue dar cumplimiento a los mandatos constitucionales y los compromisos internacionales ratificados por el Estado en relación con el derecho a la consulta previa de comunidades étnicas.

Con tal propósito, la directiva establece las situaciones que requieren consulta, precisa las etapas de la consulta, su carácter no vinculante y la responsabilidad del proponente de la medida de financiar el proceso de consulta. Diversas organizaciones que promueven los derechos de los pueblos indígenas han estimado que la directiva es ilegítima, ya que al igual que el Decreto 1320, no fue consultada y es restrictiva. Sin embargo, el carácter jurídico de la directiva impide que se pueda demandar ante alguna Corte y en la actualidad es el documento que guía a los funcionarios del Gobierno para llevar a cabo las consultas previas (Orduz Salinas, 2014).

Posteriormente, se expidió la Directiva Presidencial 10 de 2013, dirigida a los ministros y directores de departamentos administrativos, por medio de la cual se previó una "Guía para la realización de la consulta previa", la cual debe utilizarse como protocolo de coordinación de las entidades estatales para la materialización de los principios de eficiencia administrativa, economía y transparencia en los procesos de consulta previa de medidas administrativas. Para reglamentar los instructivos de la directiva de la referencia, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2613 de 2013 por medio del cual se adopta el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la consulta previa. Este decreto, como el 1320 de 1998 no fue consultado y por lo tanto no cuenta con la aceptación de las comunidades étnicas.

Una problemática que se origina del referido Decreto y de las directivas anteriores es la carencia de claridad sobre el papel y momento de intervención de la autoridad ambiental en los procesos de consulta previa, lo cual conduce a que la visibilización de los impactos ambientales, sociales, culturales y económicos la lleven a cabo las comunidades únicamente con la intervención de los propietarios de los proyectos, lo que ocasiona dificultades para una identificación idónea y transparente de los daños que los mismos puedan ocasionar (Rodríguez, Albán Domínguez, & Moncayo, 2015).

Otra dificultad que se deriva de las normas referidas está relacionada con la práctica de identificación y certificación de la existencia de pueblos indígenas en un determinado territorio para la posterior realización de la consulta previa. Pese a que el mecanismo que se utiliza permite identificar un traslape entre un proyecto con el territorio de una comunidad indígena, se presentan grandes dificultades en los casos de comunidades fuera de resguardos indígenas y/o sin reconocimiento formal; o de afectaciones a sitios sagrados u otras zonas de uso tradicional no reconocidas. De hecho, la mayoría de los casos que la Corte Constitucional ha seleccionado en relación con el derecho a la consulta previa, es en razón a que se emitieron certificaciones de no presencia de comunidades (DPLF, 2015).

Aunado a lo anterior, existe un problema en torno a la visión sobre el área de afectación que tienen las empresas y autoridades ambientales, pues la misma no siempre concuerda con la visión de las comunidades indígenas, cuyo concepto siempre es más amplio porque el mismo obedece a su cosmovisión y a su noción ancestral del territorio colectivo (Rodríguez, 2014).

Por otra parte, conviene destacar que a la fecha de presentación de este trabajo, existe un proyecto de Ley Estatutaria elaborado por el Ministerio del Interior que busca regular el Derecho Fundamental a la Consulta Previa. Sin embargo, han surgido debates sobre la conveniencia de adoptar una ley general en relación con el derecho a la consulta previa. Lo anterior, por cuanto se ha considerado que la jurisprudencia de la Corte Constitucional es suficiente para lograr la implementación de ese derecho. Además, porque no existe una garantía de que dicha norma especial recopile los avances que se han dado en materia de consulta previa (DPLF, 2015).

En dicho proyecto se establece, por ejemplo, la necesidad de obtención del consentimiento libre, previo e informado, el cual será exigible en relación a aquellos planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de las comunidades étnicas. No obstante, el relación con el derecho al veto, el proyecto señala que las comunidades no tienen facultad para ejercerlo, ya que son las autoridades las que define la viabilidad o no del proyecto que se pretende realizar.

A partir de lo expuesto, es posible advertir que el marco legal del derecho a la consulta previa en Colombia se compone por diferentes normas -Leyes, Decretos, Resoluciones y Directivas presidenciales-, las cuales cuentan con fuertes críticas relacionadas con las limitaciones que presentan en torno al contenido del derecho a la consulta previa, la adopción de tales instrumentos sin la participación de las comunidades indígenas, así como a la realización de procesos de consulta que no representan un mecanismo efectivo de garantía de derechos, sino un simple trámite formal.

El alcance del derecho a la consulta previa en la jurisprudencia de la Corte Constitucional – Especial énfasis en el derecho al veto

Pese a que en nuestro país existe regulación sobre el derecho a la consulta previa, como se vio en el apartado anterior, las directivas y los decretos que lo desarrollan generan incertidumbre, no sólo por los temas procedimentales, sino por la limitación del alcance del derecho a la consulta previa (Rodríguez, Domínguez, & Moncayo, 2015). Justamente por ello, la Corte Constitucional, a través de la activación de la jurisdicción por los propios representantes de los pueblos indígenas, ha venido construyendo por medio de sus providencias, reglas constitucionales en torno a la consulta previa (Clavero B, s.f.). Dichos pronunciamientos han tenido un efecto importante en su interpretación, pues han superado la posición reduccionista que la identifica, y se ha acercado más a un mecanismo para la defensa del derecho a la autodeterminación de los pueblos y a la definición de sus propias opciones de desarrollo (Garcés A, 2016).

Incluso, el activismo de la Corte Constitucional ha sido reconocido y seguido por tribunales del área andina por haber construido un consistente estatuto de protección de las comunidades étnicas (Borrero, 2014).

Desde la promulgación de la Carta Política de 1991 hasta la fecha, la Corte Constitucional ha proferido un sinnúmero de decisiones que resuelven conflictos entre el Estado y los pueblos indígenas en torno al derecho a la consulta previa. Sin embargo, a la fecha de presentación de este trabajo, la Corte Constitucional no ha resuelto un caso directamente

relacionado con la posible aplicación del derecho al veto o a la objeción cultural para resolver una controversia. Lo anterior, por cuanto, la mayoría de los casos que ha analizado se relacionan, por un lado, con la pretermisión de la consulta previa y por otra parte, con temas de reparación y compensación, ante la omisión del deber de consultar y el daño que ya se ha producido. No obstante, existen algunos pronunciamientos mediante los cuales la Corte ha precisado el alcance del derecho a la consulta previa y en los que se ha referido al poder de veto por parte de las comunidades indígenas.

En la **Sentencia T-769 de 2009** la Corte se pronunció sobre la acción de tutela interpuesta por los miembros de la Comunidad Bachidubi, Resguardo Río Murindó, ante la autorización que se le dio a la Compañía Muriel Mining Corporation para la exploración y explotación de una mina de cobre, oro y molibdeno en los departamentos de Antioquia y Chocó, denominado proyecto Mandé Norte.

En dicho pronunciamiento, la Corte reiteró la jurisprudencia relativa al deber de protección que tiene el Estado en relación con la identidad e integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas por medio de la consulta previa, ante la exploración y explotación de los recursos naturales dentro de sus territorios. Además, precisó en relación con el alcance del derecho a la consulta previa lo siguiente:

“Esta Corporación aclara que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por

lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea.”

Al analizar el caso concreto, la Corte encontró que en dicho asunto, la consulta previa no había sido efectuada, ya que las comunidades implicadas no se habían pronunciado de fondo ante la inminencia de la ejecución del proyecto. En consecuencia, el alto tribunal ordenó suspender las actividades de exploración y explotación, hasta que no fuera agotada la consulta y se materializara el consentimiento libre, informado y previo de las comunidades.

En la **Sentencia T-547 de 2010**, la Corte resolvió una acción de tutela interpuesta por cuatro pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta en contra del Ministerio del Interior, el Ministerio de Ambiente y la Empresa Puerto Brisa S.A, en razón a la licencia ambiental que le fue otorgada a esta última, para la construcción del Puerto Multipropósito Brisa, ubicado en el Departamento de la Guajira, en gran parte del territorio ancestral de las comunidades demandantes.

Para dilucidar el asunto, la Corte afirmó que el proyecto podía afectar de manera directa a las comunidades indígenas porque incidía sobre su entorno territorial y sobre lugares en los cuales realizaban sus prácticas culturales. Por ende, ordenó llevar a cabo el proceso de consulta previa, pero dado que la construcción del puerto ya se había ejecutado, la consulta debía realizarse no en relación con la licencia ambiental, sino sobre los impactos y la forma de evitarlos o mitigarlos.

Respecto al proceso de consulta que se llevaría a cabo, la Corte advirtió que durante aquél debían armonizarse a través de un encuentro intercultural, visiones encontradas que tenían incidencia sobre el mismo territorio. En esa medida, precisó que los derechos de unos no podían llevar a la negación de los derechos de otros. Además, resaltó que “no hay, ni poder de veto, ni cabe la pretensión de impulsar proyectos que se desentiendan de la afectación que pueden producir en las comunidades con consideración especial de su particular cosmovisión.” De todas formas, la Corte dejó claro que podían existir proyectos

incompatibles con la supervivencia de los pueblos indígenas y tribales, en los cuales no eran procedentes las medidas de armonización.

Al año siguiente, en la **Sentencia T-129 de 2011**, la Corte estudió una acción de tutela presentada por la comunidad indígena Emberá del municipio de Acandí en el Chocó, debido a que en su territorio existían actividades que ponían en riesgo su autonomía territorial, entre las cuales se destacaban i) la construcción de una carretera que atravesaría los resguardos, ii) el proyecto de interconexión eléctrica entre Colombia y Panamá, y iii) los trámites de concesión minera para explotación de oro en Acandí.

Para resolver el asunto, la Corte se pronunció sobre la importancia de lograr el consentimiento libre, previo e informado ante las medidas de intervención en territorios étnicos y el derecho de las comunidades de compartir los beneficios. A su vez, resaltó la necesidad de que la discusión en torno a la obtención del consentimiento no fuese planteada en “términos de quién veta a quién”, sino que debía desarrollarse un espacio de disertación entre iguales en medio de las diferencias. En palabras de la sentencia:

“La Corte resalta la necesidad de que la discusión no sea planteada en términos de quién veta a quién, sino que ante todo se trata de un espacio de disertación entre iguales en medio de las diferencias, oportunidad para que los organismos estatales y concesionarios del Estado puedan explicar de forma concreta y transparente cuáles son los propósitos de la obra y la comunidad pueda exponer cuáles son sus necesidades y puntos de vista frente a la misma.”

Asimismo, la sentencia aclaró que:

“No se puede obligar a una comunidad étnica a renunciar a su forma de vida y cultura por la mera llegada de una obra de infraestructura o proyecto de explotación y viceversa. En virtud de ello, en casos excepcionales o límite los organismos del Estado y de forma residual el juez constitucional, sí los elementos probatorios y de juicio

indican la necesidad de que el consentimiento de las comunidades pueda determinar la alternativa menos lesiva, así deberá ser.

Lo anterior como manifestación de la protección especial que la Constitución otorga a las minorías étnicas en aquellos proyectos cuya magnitud tiene la potencialidad de desfigurar o desaparecer sus modos de vida, motivo por el que la Corte encuentra necesario que la consulta previa y el consentimiento informado de las comunidades étnicas en general pueda determinar la alternativa menos lesiva en aquellos eventos que: **(i)** impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; **(ii)** estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o **(iii)** representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma, entre otros.

Ahora, en el evento en que se explore la alternativa menos lesiva con la participación de las comunidades étnicas en la construcción de la misma, y de dicho proceso resulte probado que todas son perjudiciales y que la intervención conllevaría al aniquilamiento o desaparecimiento del grupo, prevalecerá la protección de los derechos de las comunidades étnicas bajo el principio de interpretación *pro homine*.

En lo relativo a este punto, el principio de interpretación *pro homine* impone la aplicación de las normas jurídicas que sean más favorables al ser humano y sus derechos; en otras palabras, la imposición de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución. Este principio está contemplado en los artículos 1° y 2° Superiores, puesto que en ellos se consagra el respeto por la dignidad humana como fundamento del Estado Social y Democrático de Derecho. Así mismo, es un fin esencial del Estado la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, por parte de todas las autoridades de la República en la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades.”

Por último, la Corte explicó que el consentimiento no sólo se debía buscar en los casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, sino en todas las consultas previas sobre medidas administrativas, de infraestructura, de proyecto u obra que tuviesen la potencialidad de afectar territorios de las comunidades étnicas.

Recientemente, en la **Sentencia C-389 de 2016**, la Corte estudió la constitucionalidad de varios artículos de la Ley 685 de 2001 “*Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones*”. En particular, los demandantes consideraban que las normas que permiten la entrega de títulos en territorios de comunidades étnicamente diferenciadas desconocen (i) las facultades que les otorga la Constitución Política en su artículo 330, como autoridades ambientales, al impedirles excluir la minería de sus territorios, incluso en el marco de una consulta autónoma; y (ii) los atributos de las tierras de resguardo, que son inembargables, imprescriptibles e inalienables, de acuerdo con el artículo 63 de la Carta.

En relación con el alcance del derecho a la consulta previa, la Corte señaló lo siguiente:

“la subregla sobre el consentimiento puede generar algunas inquietudes. Al parecer, ello obedece a que podría resultar incompatible con el principio según el cual la consulta es un diálogo entre iguales y no un derecho de veto consagrado en cabeza de las comunidades indígenas o tribales, de manera que podría surgir una contradicción normativa cuando, en un evento determinado en que es aplicable la regla del consentimiento, una medida no logra alcanzar la aceptación de la comunidad o pueblo interesado pues, en términos prácticos, la medida no puede realizarse, así que la comunidad concernida habría efectuado un veto de la misma. La Corte Constitucional, sin embargo, ha expresado que mientras la consulta previa a las comunidades indígenas es el estándar general, el consentimiento previo, libre e informado es un estándar excepcional que procede en los eventos descritos por la jurisprudencia constitucional y el derecho internacional, asociados al traslado o reubicación de una comunidad, por amenaza de extinción física o cultural o uso de materiales peligrosos en sus tierras y territorios.”

Asimismo, la Corte señaló que la expresión “*veto*” no responde adecuadamente al sentido que inspira la consulta previa, concebida como un diálogo de buena fe, entre iguales, y destinado a alcanzar acuerdos que tomen en consideración los impactos ambientales, sociales y económicos de una medida. En consecuencia, destacó que la implementación de una medida que afecta directa e intensamente los derechos fundamentales de los pueblos indígenas es inadmisibles sin su consentimiento, no por la discusión en torno a la existencia o no de un derecho al veto, sino porque la misma sería irrazonable y desproporcionada.

Para resolver el asunto, la Corte estimó que en lo que tiene que ver con la facultad de los pueblos para actuar como autoridades ambientales dentro de su ámbito territorial, ninguna de las normas demandadas se oponía al ejercicio de esas funciones, directamente establecidas en el artículo 330 de la Carta Política. La Corte agregó que caso distinto sería que en el ejercicio de esas funciones pudieran surgir conflictos entre las decisiones de las comunidades y las que otras autoridades ambientales debían ejercer, de forma concurrente, supuesto hipotético que debía resolverse en cada caso, bajo los estándares de la Constitución Política y la jurisprudencia de dicho Tribunal.

Entonces, la Corte Constitucional consideró que el cargo por violación del derecho a la autonomía de las comunidades indígenas no debía prosperar. Lo anterior debido a que, si bien las normas demandadas regulan la explotación de recursos no renovables en los territorios de las comunidades tradicionales, ello no significaba que se vulnerara ese derecho, a condición que (i) el derecho de prelación previsto en dichas normas no incorpora una justificación para omitir la consulta previa; y (ii) se exige el consentimiento libre, previo e informado de la comunidad, cuando la afectación es intensa por el desplazamiento de una comunidad, por amenaza de extinción física o cultural, o por el uso de materiales peligrosos en sus tierras y territorios. En consecuencia, la constitucionalidad de las normas impugnadas se condicionó en ese sentido.

En la **Sentencia T-197 de 2016**, la Corte Constitucional estudió una acción de tutela presentada por los representantes del Consejo Comunitario de Ma-Majari del Níspero y de Flamenco, quienes afirmaban que mediante certificación número 618 del 2 de abril de 2014, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior había informado a la empresa Promigas S.A. E.S.P. que en la zona donde se construiría el proyecto de “Gasoducto Loop San Mateo – Mamonal” se registraba únicamente la presencia de indígenas en la parcialidad La Peñata. Los accionantes señalaron que, debido a las decisiones administrativas expedidas por el Ministerio del Interior y la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales, sólo se había consultado a la comunidad indígena de La Peñata, desconociendo así, que por más de 200 años los accionantes habitaban parte del territorio por el cual pasaría el referido gasoducto.

Sobre el alcance del derecho a la consulta previa, la Corte estableció las siguientes reglas en la referida providencia:

“- *Prima facie* no está previsto por el Convenio 169 de la OIT que la consulta tenga valor vinculante para el gobierno, ni que se erija en un veto, sino que sea un instrumento que facilite la conciliación entre propósitos que la Constitución consideró que podían marchar en forma paralela.

- Sin embargo, en aquellos eventos en que se presente una afectación especialmente intensa al territorio colectivo, el deber de asegurar la participación de la comunidad indígena no se agota en la consulta, sino que es precisa la obtención del consentimiento libre, informado y expreso como condición de procedencia de la medida.

- Cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras

tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea.

- Si bien las comunidades tradicionales no tienen un derecho de veto sobre las medidas o proyectos o adoptar, la inexistencia del poder de veto tiene como contrapartida que las autoridades no puedan imponer decisiones desproporcionadas e irrazonables para las comunidades étnicas, ya que ello tornaría al proceso de consulta carente de efectividad.

- Si la consulta es un proceso de diálogo, excluye el veto de las comunidades. Pero de igual manera excluye la imposición por parte del gobierno o de las autoridades estatales (aspecto implícito en el concepto de diálogo).

- Cuando se está ante la imposibilidad de concertar entre las partes la medida o proyecto correspondiente, ello no significa que las autoridades queden liberadas de ejecutar aquellas actividades tendientes a reducir el impacto que tiene la medida en las prácticas tradicionales y en la supervivencia de las comunidades étnicas. La ausencia de arbitrariedad y desproporción de la decisión estatal involucra, necesariamente, la ejecución de medidas dirigidas a la mitigación del daño y a la compensación de los intereses afectados.

- La necesidad de que las consultas terminen con un acuerdo o con el consentimiento de las comunidades afectadas debe establecerse a partir de la gravedad de las posibles consecuencias que la medida objeto de consulta pueda traerles. Una medida que amenace la subsistencia de una comunidad indígena o tribal no podría implementarse, en consecuencia, sin haber obtenido su consentimiento.

- Conforme a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas el proceso consultivo debe culminar con la obtención del consentimiento en dos circunstancias. El artículo 29 les impone a los Estados el deber de adoptar medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado, y el artículo 32 los obliga a celebrar consultas para obtener el consentimiento libre e informado de las comunidades antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.”

Posteriormente, en la **Sentencia T-704 de 2016**, la Corte Constitucional estudió el caso de la Comunidad Media Luna Dos, la cual mediante su autoridad tradicional interpuso acción de tutela en procura de la protección de los derechos fundamentales a la consulta previa, ambiente sano, salud y debido proceso, los cuales estimó vulnerados por la Nación, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Ministerio del Interior, la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) y la empresa El Cerrejón. Lo anterior, debido a la expedición de la licencia ambiental N° 0428 del 7 de mayo de 2014 para la modificación del Plan de Manejo Ambiental Integral establecido mediante Resolución 2097 del 16 de diciembre de 2005, que autorizó la ejecución y puesta en marcha del proyecto “Expansión de Puerto Bolívar”.

En dicha providencia, se indicó, respecto del alcance del derecho a la consulta previa:

“El derecho a la consulta no es un derecho al veto pero tampoco a la imposición de medidas que puedan afectar directamente.

Es importante señalar que el derecho fundamental a la consulta previa es un medio y un fin en sí mismo. Su garantía no se cumple única y exclusivamente con la realización de un trámite. Los acuerdos, e incluso desacuerdos, que se produzcan en las reuniones deben generar algún tipo de efecto. Por eso la consulta no debe ser considerada como un derecho procesal que se satisface cumpliendo con ciertas formas. En otras palabras, no

basta con hacer “buenas reuniones”, si lo que las comunidades señalan no tiene incidencia alguna sobre la decisión final.

Sobre este aspecto, esta Corporación ha señalado en reiterada y abundante jurisprudencia que la consulta no constituye un derecho al veto. Eso significa que esa garantía no puede convertirse en una barrera arbitraria (carente de razones), para impedir la implementación de medidas administrativas o legislativas. No obstante, esta misma Corporación también ha señalado que a pesar de que la consulta no es un derecho al veto, tampoco, las medidas a implementar, son un derecho a la imposición en cabeza del Gobierno o Congreso o cualquiera que sea el sector. Como se mencionó en párrafos anteriores, por una parte, el objeto y fin del Convenio 169 de la OIT es garantizar los derechos de las comunidades, siendo la consulta un mecanismo de participación. Por otra, el propósito de la consulta no es otro que el de llegar a consensos en los que la opinión de las comunidades tenga incidencia en las medidas que se adelantaran y que les afecten directamente.”

Para resolver el caso concreto, la Corte concluyó que la contaminación que la empresa del Cerrejón estaba causando en la Guajira era identificable, razón por la cual debía revisarse el Plan de Manejo Ambiental aprobado por la autoridad ambiental competente, y en consecuencia, la vigencia de la licencia ambiental para la explotación de Carbón por parte del Cerrejón. En esa medida, tuteló el derecho a la consulta previa de la comunidad Media Luna Dos, y ordenó realizar la consulta de la licencia ambiental que modificaba el Plan de Manejo Ambiental Integral.

Del anterior recuento jurisprudencial sobre el alcance del derecho a la consulta previa, queda claro que para la Corte Constitucional el poder de veto es incompatible con la regla, según la cual, la consulta previa es un dialogo entre iguales, a partir del cual se deben siempre armonizar visiones encontradas. En todo caso, la Corte también precisa que, si las comunidades y el Gobierno no llegan a ningún consenso, es decir, que no se da el consentimiento respecto a la viabilidad de la medida, proyecto o programa, el Estado de todas maneras no pierde la potestad

para tomar una decisión, la cual debe construirse a partir de los criterios de proporcionalidad y razonabilidad y de aplicación del principio pro homine.

De esa forma, se observa entonces que aun cuando los pueblos indígenas y tribales no expresen su consentimiento frente a las medidas que se vayan a desarrollar en sus territorios, dicha decisión no es vinculante para el Estado, porque el Gobierno es el que termina decidiendo sobre la viabilidad de llevarlas a cabo.

Al respecto, Borrero (2014) señala que la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

“Dio un paso decidido hacia el carácter vinculante, sin otras consideraciones que la afectación. Pero, a un año de esta sentencia T-769/2009, ya la Corte morigeró su posición y establece más bien un principio de búsqueda de consentimiento, y si éste objetivamente no se produce (no solo porque las comunidades no quieran, sino porque objetivamente todos los efectos le son negativos), se establecería por parte de la autoridad un principio de actuación pro homine (en la versión anterior, si los efectos eran estructuralmente dañinos y la comunidad no quería, la autoridad simplemente no podía actuar). Con lo que a mi modo de ver, se regresa rápidamente al terreno del multiculturalismo, en donde la mayoría hegemónica es la que controla los efectos de la diversidad hacia las minorías étnicas.” (p. 353).

3.3. UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO DE OBJECCIÓN CULTURAL. DEFINICIÓN Y CONTENIDO.

Uno de los aspectos más controversiales de la consulta previa se relaciona con el alcance de este derecho, pues no existe un claro derrotero a seguir, cuando lo que está en juego es la ejecución de una medida con la cual los pueblos indígenas no están de acuerdo. Al respecto, existe una visión limitada en relación con el alcance del derecho a la consulta previa, a partir de la cual sólo es necesario abrir un espacio para dialogar con las comunidades sobre las medidas de desarrollo que se pretenden realizar en sus territorios, sin que resulte vinculante

lo que las mismas expresen sobre la viabilidad de llevarlas a cabo. Sin embargo, también existe una postura que indica que el concepto de los indígenas debe tener un alcance vinculante, y en esa medida, “deberían tener derecho al veto de los proyectos.” (C. Rodríguez, 2010, p.70).

Para G.A. Rodríguez (2015) la opinión de los pueblos indígenas debe tener un alcance vinculante, lo cual los debe facultar para vetar proyectos de desarrollo en sus territorios. De nada sirve, que a los pueblos indígenas se les reconozcan derechos, incluso de rango constitucional, si a ellos no se les brinda la autonomía para decidir sobre lo que les conviene.

Asimismo, Borrero (2014), señala que la participación de las comunidades étnicas en la consulta previa “no puede reducirse simplemente a una intervención administrativa que asegure el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental. Ella busca intereses mayores, cuales son la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las mismas comunidades.” (p.308)

Entonces, el derecho a la objeción cultural le daría a los Pueblos Indígenas la capacidad de elegir verdaderamente su propio desarrollo, luego de la realización de estudios sociales, ambientales y económicos que muestren la afectación de ciertas intervenciones sobre sus territorios y sus usos y costumbres. En relación con lo anterior, algunos autores creen que se trata del significado, no de la objeción cultural, sino del veto de las comunidades en virtud de su consentimiento. Sin embargo, este término es políticamente agresivo y no transmite la idea que justifica la objeción, porque doctrinalmente se ha entendido como un capricho de la comunidad indígena o un freno al desarrollo. El derecho a la objeción cultural tiene un impacto más positivo que la denominación del derecho al veto, pues éste podría catalogarse como una prohibición sin sustento, mientras que la objeción cultural pretende fortalecer la capacidad de los pueblos indígenas para autodeterminarse.

La objeción cultural puede definirse como un derecho que tienen las comunidades indígenas, derivado de la materialización del derecho a definir su destino con base en sus convicciones

y cosmovisión, que se ejerce frente a ciertas intervenciones e impactos irreversibles sobre sus territorios. La objeción cultural se puede catalogar como el estándar más alto, pues fija como condición que los pueblos y las comunidades, den previamente a la realización de una actividad que los afecte, su consentimiento libre para que proceda la medida o proyecto. (Rodríguez Garavito, Morris, Orduz Salinas, & Buriticá, 2010)

Por supuesto, no se trata de justificar todas las objeciones culturales en todos los escenarios. Desde este trabajo, se destaca la importancia de la diferenciación de las comunidades y la graduación del riesgo a la comunidad. Es por eso que, con un fin pedagógico para futuras discusiones sobre este tema, se presentan las siguientes aclaraciones:

a. En el caso de las comunidades indígenas no contactadas y aisladas voluntariamente, se debe evitar la realización de la consulta, propendiendo así por la autodeterminación de la comunidad. Las decisiones que los afecten siempre deben ser a favor de la comunidad. Como ha mostrado la experiencia, incluso la más leve relación con grupos humanos externos, podría representar un riesgo grave.

b. Las comunidades que aceptan y practican la consulta previa, pueden ejercer su derecho a la objeción cultural, siempre que exista una certeza de riesgo. Cuando se trate de un riesgo aún no probado, corresponderá a la autoridad competente la calificación como grave o leve, partiendo de elementos otorgados por la misma comunidad. Cuando el riesgo sea leve, este será consultado a la comunidad y comunicado adecuadamente, pero no se configurará el derecho a objeción cultural.

La certeza de riesgo o el riesgo alto, se presenta cuando se pone en peligro la supervivencia de la misma comunidad. Por supuesto, el término puede variar de acuerdo a las posiciones particulares de cada comunidad frente a la consulta previa. Con fines simplemente enunciativos, se pueden incluir dentro de esta categoría, por ejemplo: i) cuando la medida amenace la existencia de la comunidad, ii) cuando se almacenen o se eliminen materiales peligrosos en territorio étnico o el traslado del mismo la comunidad de su territorio, y iii)

cuando se trate de planes de desarrollo a gran escala, pues éstos pueden ocasionar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otros.

Un riesgo aún no probado se presenta cuando existe incertidumbre de las consecuencias que puedan generar ciertas acciones sobre la comunidad indígena. Por ejemplo, caben en esta categoría las actividades que puedan desarrollar las Fuerzas Armadas, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) u organismos de seguridad del Estado, en la medida en que puede abarcar desde el simple tránsito, hasta un riesgo de fuego cruzado.

El daño leve se da cuando no se afectan valores propios de la comunidad, ni se pone en riesgo la supervivencia de la comunidad. Podría ser, el realizar un proceso de investigación científica, sociológica o arqueológica dentro del territorio indígena. Muchas veces, no es necesario realizar consulta previa, cuando se presentan este tipo de situaciones. La inexistencia de daño o riesgo, se puede determinar de las demás conductas que no afectan directamente a la comunidad, ni en su identidad, ni en su integridad.

La siguiente tabla nos muestra los casos en los que operaría la objeción cultural.

Tabla 1. Casos en que opera la objeción cultural

Pueblos/Situación	Certeza de riesgo	de Riesgo aún no probado	Riesgo o daño leve	Inexistencia de daño
No contactados o aislados voluntariamente	No	No	No	No
Que aceptan la consulta previa	Sí	Debe determinarse el daño	No	No

En conclusión, la posibilidad de oponerse a la realización de proyectos en los territorios indígenas, se denomina derecho a la objeción cultural. El ejercicio del derecho a la objeción cultural se contempla en aquellos casos en los cuales la realización de proyectos de desarrollo implica para los pueblos indígenas afectaciones como la desaparición de la comunidad, el almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en sus territorios, la pérdida de territorios, desalojo, desplazamiento, agotamiento de recursos para la subsistencia física y cultural, destrucción y contaminación del ambiente, desorganización social y comunitaria, negativos impactos sanitarios o nutricionales, abusos y violencia.

CONCLUSIONES

Tanto el Convenio 169 de la OIT, como la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, establecen de manera clara y precisa la obligación que tienen los Estados de consultar con las comunidades indígenas antes de adoptar políticas, tomar medidas o implementar programas que puedan afectarles. Siguiendo e integrando los instrumentos internacionales referidos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de su jurisprudencia ha señalado que las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Además, la CIDH ha precisado que la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como un verdadero instrumento de participación, que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas.

Asimismo, la Corte Interamericana destaca que, en los casos de planes de desarrollo o inversión a gran escala que puedan tener un impacto significativo en el derecho al uso y goce de los territorios ancestrales, el Estado está obligado no sólo a consultar, sino a obtener el consentimiento de la comunidad antes de adoptar las medidas.

Ahora bien, pese a que el Convenio 169 de la OIT señala que las consultas previas deben llevarse a cabo para lograr un acuerdo y la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece la necesidad de obtención del consentimiento libre, previo e informado e incluso la Corte Interamericana de Derecho Humanos señala en qué casos es obligatoria la obtención del consentimiento, lo cierto es que los acuerdos o la obtención del consentimiento

no siempre son posibles, y sobre tal cuestión dichos instrumentos internacionales no ofrecen ninguna previsión específica.

La revisión de derecho comparado permite observar que, por un lado, en algunos países es obligatorio llevar cabo el proceso de consulta previa, pero éste no implica impedir la realización de proyectos de desarrollo en sus territorios por el hecho de que los pueblos indígenas no estén de acuerdo con los mismos ante la inminente amenaza de sus derechos fundamentales, mientras que en otros las comunidades indígenas si pueden vetar la ejecución de las medidas consultadas, cuando las mismas impliquen impactos nocivos a sus territorios y formas de vida.

La Corte Constitucional Colombiana resalta que la consulta previa es un diálogo entre iguales, a partir del cual se deben siempre armonizar visiones encontradas. Por lo tanto, el poder de veto es incompatible. En todo caso, siguiendo a la Corte Constitucional, si las comunidades y el Gobierno no llegan a ningún consenso, es decir, que no se da el consentimiento para continuar con la medida, proyecto o programa, el Estado de todas maneras no pierde la potestad para tomar una decisión definitiva, la cual debe construirse a partir de los criterios de proporcionalidad y razonabilidad y de aplicación del principio pro homine. Sin embargo, este procedimiento no es preciso, pues no existe claridad sobre la forma cómo se adopta y quiénes intervienen en la decisión.

En esa medida, aun cuando los pueblos indígenas y tribales no expresen su consentimiento frente a las medidas que se vayan a desarrollar en sus territorios, dicha decisión no es vinculante para el Estado, porque el Gobierno es el que termina decidiendo sobre la viabilidad de llevarlas a cabo.

De esa manera, la consulta previa es un mecanismo que se queda corto para la protección de los derechos de las comunidades, pues el Estado puede proseguir con sus proyectos pese a las negativas de las comunidades indígenas, aun poniendo en riesgo su supervivencia física y cultural. Además, es difícil sostener que en la consulta previa predominan los diálogos entre

dos partes que se reconocen. Por el contrario, la regla general se traduce en un encuentro asimétrico entre el Estado y las grandes empresas, frente a un grupo de indígenas reducido en número y poder.

Por eso, es necesario reconocer e implementar el derecho a la objeción cultural. Por supuesto, no se trata de parcializarse y justificar todas las objeciones culturales en todos los escenarios. Desde este trabajo, se destaca la importancia de la diferenciación de las comunidades y la graduación del riesgo a la comunidad.

Si los pueblos indígenas tienen derecho a tener el control de su propio destino, resulta apenas lógico afirmar que ante la realización de proyectos de desarrollo (hidrocarburos, mineros, eléctricos, petroleros, entre otros), que amenacen su supervivencia física y cultural, su concepto frente a la realización de la medida debe tener un alcance vinculante, lo cual les debe dar facultad de oponerse a la realización de proyectos de desarrollo en sus territorios.

Entonces, el derecho a la objeción cultural le daría a los Pueblos Indígenas la capacidad de elegir verdaderamente su propio desarrollo, luego de la realización de estudios sociales, ambientales y económicos que muestren la afectación de ciertas intervenciones sobre sus territorios y sus usos y costumbres. En relación con lo anterior, algunos autores creen que se trata del significado, no de la objeción cultural, sino del veto de las comunidades en virtud de su consentimiento. Sin embargo, este término es políticamente agresivo y no transmite la idea que justifica la objeción, porque doctrinalmente se ha entendido como un capricho de la comunidad indígena o un freno al desarrollo. El derecho a la objeción cultural tiene un impacto más positivo que la denominación del derecho al veto, pues éste podría catalogarse como una prohibición sin sustento, mientras que la objeción cultural pretende fortalecer la capacidad de los pueblos indígenas para autodeterminarse.

De ahí se valida la hipótesis del presente trabajo, según la cual, *la consulta previa implica que las comunidades indígenas puedan ejercer **el derecho a la objeción cultural**, es decir, que puedan decir no a los proyectos consultados, cuando durante el proceso resulte probado*

que la ejecución de los mismos pondrá en peligro la existencia e integridad física y cultural de la comunidad, y que su decisión será vinculante para el Estado.

Bibliografía

Anaya, J. (2009). Por qué no debería existir una declaración sobre derechos de los pueblos indígenas. En N. Álvarez Molinero, O. Martínez, & D. Nieves, Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. Hacia un mundo intercultural y sostenible. (pág. 38). Madrid: Catarata.

Aylwin, J. (2009). La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos indígenas y sus implicaciones para América Latina. En N. Álvarez Molinero, & D. Oliva Martínez, Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. Hacia un mundo intercultural y sostenible (pág. 288). Madrid: Catarata.

Aylwin, J., Meza, G., & Yáñez, N. (2013). Los pueblos indígenas y el derecho. Santiago de Chile: LOM Ediciones/Obsevatorio ciudadano.

Borrero García, C. (2014). Derechos multiculturales (étnicos) en Colombia. Una dogmática ambivalente. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia (Sede Bogotá). Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. Departamento de Derecho-Área Curricular.

CEPAL. Comisión Económica para América Latina. (2014). Los pueblos indígenas en América latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos. Santiago de Chile: Naciones Unidas.

Clavero, B. (2014). Derecho global. Por una historia verosímil de los derechos humanos. Madrid: Trotta.

Clavero, B. (s.f.). Consulta indígena: Colombia (y España) entre derecho constitucional y derechos humanos. Obtenido de Bartolomeclavero.net:

<http://www.bartolomeclavero.net/wp-content/uploads/2014/08/Clavero-ConsultaInd%C3%ADgena-REDC-final.pdf>

Corte Constitucional, Sentencia C-030 (2008).

Corte Constitucional, Sentencia C-882 (2009).

Corte Constitucional, Sentencia T-973 (2009).

Corte Constitucional, Sentencia T-769 (2009).

Corte Constitucional, Sentencia T-547 (2010).

Corte Constitucional, Sentencia T-129 (2011).

Corte Constitucional, Sentencia T-576 (2014).

Corte Constitucional, Sentencia T-389 (2016).

Corte Constitucional, Sentencia T-197 (2016).

Corte Constitucional, Sentencia T-247 (2016).

Corte Constitucional, Sentencia T-704 (2016).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Sarayaku vs. Ecuador (27 de junio de 2012).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblo de Saramaka vs. Surinam (28 de noviembre de 2007).

Dejusticia. (2015). Estándares Comparados e Internacionales sobre el Derecho a la Consulta Previa, Libre e Informada. Amicus Curiae para la Suprema Corte de la Nación de México: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_768.pdf

Gaete Uribe, L. (2012). El Convenio 169. Un análisis de sus categorías problemáticas a la luz de su historia normativa. *Revista Ius et Praxis*, Año 18, N° 2, 77-124. Obtenido de *Revista Ius et Praxis*.

Garcés, A. (2016). *El derecho a la consulta previa*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

Hazel west, Katharine (2014). El derecho de auto-determinación de los pueblos indígenas en el ordenamiento político colombiano. (Tesis de Maestría). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C.

Leary, V. (1999). La utilización del Convenio 169 de la OIT para proteger los derechos de los pueblos indígenas. Recuperado el 22 de octubre de 2016, de Instituto Interamericano de Derechos Humanos: <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/2102/utilizacion-convenio-n169-1999.pdf>

Muelas Hurtado, Lorenzo (1991). Propuesta Indígena de Reforma Constitucional para la Asamblea Nacional Constituyente: <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ANC/brblaa855336.pdf>

Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas. (2013). Voces y Palabras Mayores de los pueblos étnicos de Colombia sobre el derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado. Bogotá: Naciones Unidas. Derechos humanos, Oficina del Alto Comisionado.

Orduz Salinas, N. (julio de 2014). La Consulta previa en Colombia. Obtenido de Instituto de Investigación en Ciencias Sociales ICSO: <http://www.icsoc.cl/wp-content/uploads/2014/07/La-Consulta-previa-en-Colombia-Natalia-Orduz.pdf>

Organización Indígena de Colombia, ONIC (s.f.). El derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos indígenas en Colombia: <http://www.observatorioetnicocecoin.org.co/files/Consulta%20Previa%20ONIC.pdf>

Organización de las Naciones Unidas. (s.f.). Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas.

Organización Internacional del Trabajo. (2001). Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169). Obtenido de Página Oficial OIT: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50012:0::NO::P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507143,es

Organización Internacional del Trabajo. (2013). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales. Obtenido de Página Oficial OIT: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf

Organización Internacional del Trabajo. (s.f.). Acerca de la OIT. Obtenido de Página oficial OIT: <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/lang--es/index.htm>

Özden, M. y Christophe Golay (2010), El derecho de los pueblos a la autodeterminación y a la soberanía permanente sobre sus recursos naturales desde la perspectiva de los derechos humanos, Geneva, Centre Europe Tiers Monde.

Protocolo de Consulta Previa, Libre, Informada y Vinculante para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras de áreas rurales y urbanas en el marco del Congreso Nacional de estos grupos étnicos. Aprobada en el marco del Primer Congreso Nacional Autónomo del Pueblo Negro, Afrocolombiano, Raizal y Palenquero llevado a cabo en la ciudad de Quibdó (Chocó) entre el 23 y 27 de agosto de 2013: http://dacn.mininterior.gov.co/sites/default/files/protocolo_consulta_previa_comunidades_negras.pdf

Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (30 de diciembre de 2013). Pueblos indígenas en aislamiento voluntario y contacto inicial en las Américas: Recomendaciones para el pleno respeto a sus derechos humanos. Obtenido de Organización de Estados Americanos: <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/informe-pueblos-indigenas-aislamiento-voluntario.pdf>

Rodríguez Garavito César. Etnicidad.gov. Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en campos sociales minados. Pág. 41. Ed. Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad. (2012).

Rodríguez Garavito, C., Morris, M., Orduz Salinas, N., & Buriticá, P. (2010). La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional. Bogotá: Universidad de los Andes.

Rodríguez Piñero, L. (2005). *Indigenous Peoples, Postcolonialism, and International Law: The ILO Regime*. Nueva York: Oxford University Press.

Rodríguez, C. (2010). *La Consulta previa a los pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional*. Bogotá: Universidad de los Andes. Programa de Justicia Global y Derechos Humanos.

Rodríguez, C. (2010). *La Consulta previa a los pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional*. Bogotá: Universidad de los Andes-Programa de Justicia Global y Derechos Humanos.

Rodríguez, G., Albán Domínguez, D., & Moncayo, H. (2015). *Las rutas de la consulta, una discusión sobre la reglamentación de la consulta previa, libre e informada*. Bogotá: Instituto Latinoamericano para una sociedad y un derecho alternativos, ILSA.

Sánchez Botero, E. (2010). *Justicia y pueblos indígenas de Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. UNIJUS.

Stavenhagen, R. (13 de septiembre de 2007). "La adopción de la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, un momento histórico para los derechos humanos". Obtenido de Comunicados de prensa OACNUDH-UNHCHR: <http://www.hchr.org.co/publico/comunicados/2007/comunicados2007.php3?cod=33&cat=68>

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Amparo en revisión 31/2012: https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf_sentenciarelevante/12006310.002-1712_0.pdf

Tribunal Constitucional Peruano, Sentencia TC-00022-2009-PI (2010): <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00024-2009-AI.html>

Tribunal Constitucional Peruano, Sentencia 2003/2010R (2010): <http://www.derechos.org/nizkor/bolivia/doc/apgig17.html>

Tomei, M., & Swepston, L. (julio de 1996). Pueblos indígenas y tribales: guía para la aplicación del convenio num. 169 de la OIT. Obtenido de Organización Internacional del Trabajo: http://staging.ilo.org/public/libdoc/ilo/1996/96B09_253_span.pdf

Yrigoyen Fajardo, R. (2009). Integración y complementariedad de los derechos de participación, consulta previa y consentimiento a propósito de la integración de la Declaración y el Convenio 169 en una Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En N. Álvarez Molinero, D. Oliva Martínez, & Nieves Zúñiga, Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas. Hacia un mundo intercultural y sostenible (pág. 350). Madrid: Catarata.