

La política encima de los derechos.
La consulta previa y la sentencia de la Corte Constitucional sobre la Ley de Minería

Por:
David Cordero Heredia y Ana Cecilia Navas,

1.- La Sentencia de la Corte Constitucional

El 17 de marzo de 2009, la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), presentó ante la Corte Constitucional para el Período de Transición una demanda de inconstitucionalidad en contra de la Ley de Minería publicada en el registro oficial No. 517 del 29 de enero de 2009.

La demanda de la CONAIE contenía objeciones de forma y fondo a la ley, sin embargo fue la falta de consulta prelegislativa a pueblos y nacionalidades indígenas la que levantó más revuelo en los ámbitos jurídico y político del país. De fallar a favor, la Corte Constitucional crearía un precedente importantísimo para el pleno reconocimiento de los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas ya que toda ley posterior que amenazare con afectar sus derechos les debería ser consultada.

El 18 de marzo de 2010, violando los plazos de su propia reglamentación, la Corte Constitucional para el Período de Transición decidió desechar la demanda de la CONAIE. En el presente artículo analizaremos dos de los puntos más controversiales de la Sentencia 001-10-SIN-CC: (i) la Corte Constitucional dictó mediante su sentencia una reglamentación para los procesos de consulta prelegislativa y consulta previa a pueblos y nacionalidades indígenas; y, (ii) a pesar de reconocer la existencia del derecho a la consulta prelegislativa, la Corte Constitucional no declaró la inconstitucionalidad de la ley.

Sobre el primer punto, la Corte Constitucional excedió sus funciones al dictar una reglamentación en un asunto que debe ser regulado por ley, si bien se tiene precedentes de Cortes y Tribunales constitucionales que han dictado lineamientos en sus sentencias (principios, estándares, etc.) su motivación proviene de fuentes del derecho interno o internacional. En estos casos la tarea de la Corte es sistematizar fuentes del sistema jurídico. Si bien la reglamentación que plantea la Corte se acerca a la normativa internacional ya vigente sobre la consulta prelegislativa, la falta de remisión a dichas fuentes le resta legitimidad a su resolución.

En el acápite 2 se recogen algunos de esos estándares internacionales que debieron ser citados por la Corte Constitucional en virtud del artículo 57 de la Constitución. En el acápite 3 presentaremos la reglamentación establecida por la Corte en su Sentencia.

Sobre el segundo punto, la Corte afirmó que no declaraba la inconstitucionalidad de la ley por la falta de reglamentación para aplicar la consulta y por encontrarse el país en un período de transición institucional. El primero es un argumento jurídico débil tomando en cuenta el desarrollo del derecho internacional en materia de derechos de los pueblos indígenas; y, el segundo, es un argumento político. En el acápite 4 analizaremos como el hacer o no una consulta prelegislativa o tutelar o no dicho derecho judicialmente cae en el terreno de las conveniencias políticas de los actores.

2.- Lo que debió recoger la Corte Constitucional

2.1.- La Consulta Previa de debe ser Libre

La consulta debe suceder en un contexto que permita la información acerca de la misma, expresión y organización tanto acerca de los procesos como de los resultados sin responder a ningún tipo de cohecho, presión o violencia social o de otro tipo.

Antes, durante y después del proceso el Estado deberá garantizar los derechos humanos y la ejecución de las leyes y políticas tendientes a garantizar el respeto a la política, cultura y organización de los pueblos y nacionalidades indígenas y otros grupos.

Debe tender a fomentar el autogobierno.

Fuentes:

- Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante C169 OIT), artículos 6 y 7, 15
- Recomendación General del Comité para la eliminación de la Discriminación Racial (en adelante CEDR) sobre poblaciones Indígenas Nota 11
- Banco Mundial (en adelante BM), Directiva Operacional OD 4.20. Documento Preeliminar 4.10, 4.20
- Declaración de la Organización de Naciones Unidas Sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (en adelante DDPI) arts. 12, 16 y 20.
- Resolución sobre las medidas internacionales para una protección efectiva de los pueblos Indígenas. Parlamento Europeo 9 de Febrero 1994
- Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (en adelante ALNUDH) Doc ONU HR. CERD. 99.29 18 de Marzo 1999

2.2.- La Consulta Previa de debe ser “Previa”

Para que la consulta tenga efectos y sea una verdadera consulta en lugar de ser una mera notificación debe ser previa a la publicación de legislaciones, políticas públicas, etc. relacionadas con hacer efectivo lo consultado.

El tiempo en que se realice la consulta puede variar de acuerdo al caso específico y a la normativa vigente pero debe ser un espacio razonable para que, no sólo de lugar al debate, información y asesoramiento en torno a la consulta sino para que tenga lugar una preconsulta acerca de los mecanismos de la consulta en sí, una negociación y diálogo al respecto y para que se difundan estudios y escenarios sobre los posibles efectos.

Fuentes:

- C169 OIT, artículo 6, 7, 15 y 24
- DDPI Artículos 8, 10 y 19
- Estudio sobre los Tratados, convenios y otros acuerdos

-
- constructivos entre los estados y las poblaciones indígenas: Informe Final presentado por Miguel Alfonso Martínez Relator Especial , DOC ONU, ECN, 4 Sub 2
- Informe de la Comisión OIT encargado de examinar la Reclamación en la que se alega el incumplimiento por Bolivia del Convenio de Poblaciones Indígenas y tribales 1989
 - Tercer Informe de la Comisión OIT encargado de examinar la Reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia 2001 del Convenio de Poblaciones Indígenas y tribales
 - Informe de la Comisión OIT encargado de examinar la Reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador 2001 del Convenio de Poblaciones Indígenas y tribales.
 - CEDR, Recomendación General sobre poblaciones Indígenas parr 7.
 - Resolución para la protección especial a las poblaciones Indígenas, Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), 28 de Diciembre de 1972
-

2.3.- La Consulta Previa es Obligatoria

De considerarse de afectación directa es obligatorio que se realice la consulta previa a la imposición de una legislación o de hacer efectiva cualquier medida con efectos de este tipo aunque no se haga mención directa de la influencia que tendría en la comunidad o grupo a ser consultado.

De no realizarse esta consulta se vulneran los derechos fundamentales de la comunidad y los derechos y políticas específicas tendientes a conservar el autogobierno, la estructura, la política y las costumbres de los pueblos ancestrales.

Fuentes:

- C169 OIT, artículo 6, 7, 15 y 24
 - Informe de la Comisión OIT encargado de examinar la Reclamación en la que se alega el incumplimiento por Bolivia del Convenio de Poblaciones Indígenas y tribales 1989
 - Tercer Informe de la Comisión OIT encargado de examinar la Reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia 2001 del Convenio de Poblaciones Indígenas y tribales
 - Informe de la Comisión OIT encargado de examinar la Reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador 2001 del Convenio de Poblaciones Indígenas y tribales
 - Guía Para la Aplicación del Convenio 169 OIT, 1996.
 - Resolución sobre las medidas internacionales para una protección efectiva de los pueblos Indígenas. Parlamento Europeo 9 de Febrero 1994
 - DDPI, art 18
 - CEDR, Recomendación General sobre poblaciones
-

Indígenas parr.7

- Resolución para la protección especial a las poblaciones Indígenas, CIDH, 28 de Diciembre de 1972.
 - Carta de las Naciones Unidas Art 73
-

2.4.- La Consulta Previa debe realizarse sobre asuntos que impliquen afectación directa

La consulta previa sólo debe realizarse cuando por su naturaleza, circunscripción territorial, forma de aplicación o grupo poblacional al que va dirigido afecte directa y específicamente al grupo, comunidad o pueblo que debe ser consultado o de alguna manera amenace alguno de sus derechos particularmente sus derechos fundamentales.

De no tener afectación directa los pueblos indígenas no deben ser consultados directamente pero sí deben ser parte del debate nacional, y su participación en el debate, negociaciones y aplicación, esta participación efectiva e igualitaria debe ser garantizada por el Estado.

La afectación directa no implica que la medida administrativa o legislativa deba estar dirigida expresamente o únicamente a pueblos indígenas.

Fuentes:

- C169 OIT, artículos 6 y 7
 - DDPI Artículos 4, 14, 15 y 16
 - Guía Para la Aplicación del Convenio 169 OIT, 1996
 - Tercer Informe de la Comisión OIT encargado de examinar la Reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia 2001 del Convenio de Poblaciones Indígenas y tribales
 - Informe de la Comisión OIT encargado de examinar la Reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador 2001 del Convenio de Poblaciones Indígenas y tribales
 - Estudio sobre los Tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre los estados y las poblaciones indígenas: Informe Final presentado por Miguel Alfonso Martínez Relator Especial , DOC ONU, ECN, 4 Sub 2
 - Resolución sobre las medidas internacionales para una protección efectiva de los pueblos Indígenas del Parlamento Europeo 9 de Febrero 1994
-

2.5.- La Consulta Previa debe realizarse con la finalidad de alcanzar el consentimiento de los pueblos consultados

La consulta previa no debe ser una simple formalidad, es decir debe llevarse a cabo de buena fe y con la finalidad de respetar e incluir los resultados en la decisión acerca de lo consultado o de servir de cimientos en un proceso de negociación acerca de la forma, el fondo y los efectos de lo que se desea implementar.

La finalidad de la consulta debe ser el alcanzar el consentimiento del pueblo consultado. En casos en que la actividad estatal ponga en serio riesgo los derechos de los pueblos

indígenas, el consentimiento de la comunidad para llevar adelante el proyecto será obligatorio.

Fuentes:

- C169 OIT, artículo 6 y 7
- DDPI, artículos 5, 10, 18, 19, 25, 26, 29 y 32
- Tercer Informe de la Comisión OIT encargado de examinar la Reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia 2001 del Convenio de Poblaciones Indígenas y tribales.
- Estudio sobre los Tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre los estados y las poblaciones indígenas: Informe Final presentado por Miguel Alfonso Martínez Relator Especial , DOC ONU, ECN, 4 Sub 2
- Estudio sobre los Tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre los estados y las poblaciones indígenas: Informe Final presentado por Miguel Alfonso Martínez Relator Especial , DOC ONU, ECN, 4 Sub 2
- CEDR, Recomendación General sobre poblaciones Indígenas parr 7
- Carta de las Naciones Unidas Art 73
- Sentencia CIDH, Saramaka vs Surinam 28/11/2007

2.6.- La Consulta Previa debe llevarse adelante mediante mecanismos apropiados

Los mecanismos de la consulta deben ser coordinados y sistemáticos, parte de un proceso gradual y que sean los lógicos en cada caso. El proceso de consulta debe ser oportuno, tanto en el tiempo como en la forma es decir debe darse en un contexto pacífico y de tal forma que los resultados conduzcan a medidas efectivas.

El proceso debe comprender una preconsulta e información previa, la consulta misma y la aplicación o la viabilidad de lo enunciado durante la consulta. Si bien deben estar dentro de un marco estándar que, generalmente responde a la legislación nacional deben flexibilizarse en cada caso en atención a la especificidad de cada comunidad participante y de la naturaleza de la decisión a tomar, dentro del marco de las normas nacionales e internacionales para la protección de los derechos humanos y la integridad de los pueblos indígenas.

Estos mecanismos deben tender a garantizar el diálogo de buena fe y que pueda ser ratificado de forma democrática. Los mecanismos de la consulta previa deben permitir que la comunidad sea un ente participativo, es decir si bien debe ser clara en cuanto a los aspectos a consultar debe tener espacio para que los pueblos o comunidades afectadas propongan opciones de forma y fondo en lo consultado.

Fuentes:

- C169 OIT, artículos 7 y 2
- Informe de la Comisión OIT sobre el Convenio 107
- Tercer Informe de la Comisión OIT encargado de examinar la Reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia 2001 del Convenio de Poblaciones Indígenas y tribales

-
- DDPI, Artículos 18, 19, 20, 28 y 38
 - CEDR, Recomendación General sobre poblaciones Indígenas parr 7
 - ALNUDH, Doc ONU HR. CERD. 99.29 18 de Marzo 1999
-

2.7.- La Consulta Previa debe realizarse mediante los representantes legítimos de la comunidad

Tanto por parte del Estado como por parte de las comunidades, pueblos o nacionalidades consultadas las personas que llamen a la consulta, las que difundan información, pasen por el proceso de negociación y quienes sean consultados deben ser representantes electos de forma legítima, directa y global por el sector al que representan, tendiendo a la democracia pero respetando las estructuras particulares de acuerdo a la visión cultural y política de los pueblos que deben ser consultados.

Se debe realizar un proceso de preconsulta en donde se determine quienes y de qué manera se elegirán a los representantes y las condiciones en que estos participaran en el proceso de consulta o en las negociaciones anteriores o posteriores. Estos representantes deben ser delegados de cierto poder para la negociación y la toma de decisiones.

Fuentes:

- Sentencia CIDH, Saramaka vs Surinam 28/11/2007
 - C169 OIT, artículo 6 y 7
-

2.7.- La Consulta Previa debe ser efectiva

Los resultados de la consulta deben poder influir de forma efectiva en la toma de decisiones subsecuente no sólo en el caso específico sino que debe tender a dar indicios que permitan crear políticas públicas, legislativas y tener efectos jurídicos futuros.

Así mismo las negociaciones y debates antes, durante y en relación a los resultados de la consulta deben permitir al pueblo o comunidad consultada tener un carácter propositivo, es decir presentar inquietudes, opciones y recibir información respecto a la consulta. Para ello se deben dar los mecanismos adecuados en el proceso de consulta tanto en el tiempo como en el contexto en que debe realizarse.

Deben existir garantías por parte del Estado de la efectividad de la consulta y debe darse el principio de buena fe en que ambas partes tienen la intención de llegar a un consenso. La normativa de la consulta previa deberá especificar el carácter jurídico que se le dará al resultado de la consulta.

Fuentes:

- C169 OIT, artículo 6, 7, 15 y 24
 - Resolución sobre las medidas internacionales para una protección efectiva de los pueblos Indígenas. Parlamento Europeo 9 de Febrero 1994
 - Estudio sobre los Tratados, convenios y otros acuerdos constructivos entre los estados y las poblaciones indígenas:
-

-
- Informe Final presentado por Miguel Alfonso Martínez Relator Especial , DOC ONU, ECN, 4 Sub 2
- DDPI, artículo 19
 - Informe de la Comisión OIT encargado de examinar la Reclamación en la que se alega el incumplimiento por Bolivia del Convenio de Poblaciones Indígenas y tribales 1989
 - Tercer Informe de la Comisión OIT encargado de examinar la Reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia 2001 del Convenio de Poblaciones Indígenas y tribales
 - Informe de la Comisión OIT encargado de examinar la Reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador 2001 del Convenio de Poblaciones Indígenas y tribales
 - CEDR, Recomendación General sobre poblaciones Indígenas parr 7
 - Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CorteIDH), Caso de la Comunidad Mayagna Sumo Awas Tingni vs Nicaragua Sentencia de Fondo y Reparación, 31 de Agosto de 2001
-

2.8.- La Consulta Previa debe realizarse con información adecuada y asesoría

La consulta debe de realizarse en un plazo razonable que permita recabar información autorizada y asesoría profesional tanto por los pueblos consultados, cuanto por parte del Estado.

La información recabada, especialmente en cuanto a informes técnicos de los efectos de la medida debe ser de libre conocimiento por las partes y deben tener espacios para la discusión y difusión de la misma. En el espacio para la preconsulta debe tenerse en cuenta los mecanismos de recabar y reunir información dentro de estas negociaciones y el Estado está en la obligación de garantizar la transparencia y objetividad en este proceso.

Fuentes:

- C169 OIT, artículo 6
 - CEDR, Recomendación General sobre poblaciones Indígenas parr 7
 - Sentencia CIDH, Samaka vs Surinam 28/11/2007
 - Convenio 169 de la OIT Artículo 6 y 7
-

2.9.- La Consulta Previa debe respetar la integridad y el autogobierno de los pueblos

Los pueblos y Nacionalidades Indígenas no sólo cuentan con la protección a sus derechos del Estado y de los Mecanismos Internacionales de Protección de Derechos Humanos, además cuentan con medidas especiales de protección tendientes a proteger su integridad cultural, política y territorial.

Por tanto los mecanismos, las medidas implementadas dentro de la consulta y la representatividad con que se lleve a cabo la consulta debe tender a fortalecer la integridad de los pueblos, su autonomía y su autogobierno.

Así mismo se debe respetar las formas de representatividad y de derecho consuetudinario con que estos pueblos lleven a cabo su participación en la consulta y los procesos anteriores y posteriores.

Fuentes:

- CorteIDH, Comunidad Mayagna Sumo Awas Tingni vs Nicaragua, Sentencia de Fondo y Reparación del 31 de Agosto de 2001
- DDPI, artículos 19, 32 y 38.
- CEDR, Recomendación General sobre poblaciones Indígenas parr 7
- Carta de las Naciones Unidas Art 73
- ALNUDH, Doc ONU HR. CERD. 99.29 18 de Marzo 1999

2.10.- La Consulta Previa debe ser compatible con los derechos humanos y los derechos específicos de los pueblos

Los procesos y la finalidad de la consulta no deben vulnerar los derechos humanos ni poner estos en peligro. Así mismo deben respetar los derechos y normativas específicas para la protección y promoción de los grupos, pueblos y nacionalidades.

No tendrá valor la consulta llevada adelante con todos los parámetros anteriores y cuyo resultado es la renuncia de derechos fundamentales, aún cuando exista consentimiento por parte del pueblo.

Fuentes:

- CEDR, Recomendación General sobre poblaciones Indígenas parr 7
- DDPI, artículos 18, 19, 23 y 38.
- Comunidad Mayagna Sumo Awas Tingni vs Nicaragua Fondo y Reparación Sentencia CIDH del 31 de Agosto de 2001
- Resolución para la protección especial a las poblaciones Indígenas, CIDH, 28 de Diciembre de 1972.
- Carta de las Naciones Unidas Art 73.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de Noviembre 196, 18 de Julio 1978, Art 8
- CorteIDH, caso de la comunidad Saramaka vs Surinam, Sentencia de fondo del 28 de noviembre de 2007

2.11.- La normativa que regula la Consulta Previa debe ser compatible con la normativa asociada

No sólo la legislación específica al respecto de la consulta previa debe ser compatible con estos principios, sino que se debe promulgar una normativa asociada respetando los mismos.

Así mismo en cuanto a la finalidad y obligatoriedad de la consulta previa, no solamente se refiere a las leyes que específicamente mencionan a estos pueblos sino también a la normativa asociada que omite medidas particulares de protección de los derechos de los pueblos consultados.

Fuentes:

- DDPI, artículo 19
- C169 OIT, artículos 6 y 38
- ALNUDH, Doc ONU HR. CERD. 99.29 18 de Marzo 1999.

3.- Lo que legisló la Corte Constitucional

Mediante la Sentencia 001-10-SIN-CC la Corte Constitucional para el Período de Transición dictó algunas reglas que deberán regir la consulta prelegislativa a pueblos y nacionalidades indígenas (art. 57(17) de la Constitución) y los principios de la consulta libre, informada y previa a pueblos y nacionalidades indígenas (art. 57(7) de la Constitución). A continuación realizaremos un resumen de dichas disposiciones.

3.1.- La consulta prelegislativa

- Los procesos de información y consulta deberán ser realizada por la Asamblea Nacional.
- Se realizara dentro del proceso de expedición de normas “que impliquen derechos colectivos, o que eventualmente puedan ser afectados”.
- La consulta deberá ser exclusiva a los pueblos y nacionalidades indígenas, aún cuando se prevea la consulta a otros sectores de la población
- El derecho a la consulta prelegislativa (art. 57(17) de la Constitución) es diferente al derecho a la consulta libre, informada y previa a pueblos y nacionalidades indígenas (art. 57(7) de la Constitución) y esta a su vez es diferente al derecho a la consulta ambiental (art. 398 de la Constitución).
- Los pronunciamientos de los pueblos y nacionalidades indígenas deben ser sobre las afectaciones objetivas que sufrirían sus derechos colectivos por la actividad legislativa.
- Se debe consultar a:
 - Las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, afroecuatorianos y montubios.
 - Cuando puedan verse afectados sus derechos colectivos, de manera “práctica y real”, por la aplicación de la ley.
- Se respetarán los procesos internos de deliberación de acuerdo a sus costumbres. Los resultados podrán ser expresados en el idioma del colectivo consultado.
- La Asamblea Nacional determinará las entidades a ser consultadas mediante el CODENPE.
- La Asamblea Nacional deberá dictar una ley que regule el ejercicio de este derecho.
- La consulta deberá realizarse en cuatro fases:
 - Fase de preparación de la consulta prelegislativa.- se inicia mediante acto administrativo en el que conste la agenda, los temas, el procedimiento, el calendario y la forma en que se tomarán las decisiones. Junto al Consejo

Nacional Electoral (CNE), la Asamblea deberá definir cuales son los documentos necesarios para la consulta.

- Fase de convocatoria a la consulta prelegislativa.- se realizará mediante convocatoria pública a los sujetos previamente identificados, se abrirá una oficina de información en Quito y en las provincias que fuere pertinente. Dentro de 5 días a partir de la convocatoria, el CNE receptorá las inscripciones de las organizaciones que participarán en la consulta.
- Fase de información y realización de la consulta prelegislativa.- se entregará a los inscritos la norma consultada, la forma en que deberá realizarse la consulta, en 20 días laborales se deberá realizar la consulta interna, los criterios será recogidos por los propios consultados en papeletas oficiales que se entregarán con ese propósito.
- Fase de análisis de resultados y cierre de la consulta prelegislativa.- se instalará una mesa de dialogo entre miembros de la Asamblea y los delegados de los pueblos y nacionalidades indígenas, la cual funcionara por 20 días laborales, en la mesa se procurará llegar a acuerdos, de no llegar a acuerdos se manifestarán de forma motivada.

3.2.- La consulta libre, informada y previa

- La Corte no reconoce la existencia de normativa *infra* constitucional vigente que regule la materia.
- “El carácter flexible del procedimiento de consulta de acuerdo con el derecho interno de cada Estado y las tradiciones, usos y costumbres de los pueblos consultados.
- El carácter previo de la Consulta, es decir que todo el proceso debe llevarse a cabo y concluirse, previamente al inicio de cada una de las etapas de la actividad minera.
- El carácter público e informado de la consulta, es decir que los estamentos participantes deben tener acceso oportuno y completo a la información necesaria para comprender los efectos de la actividad minera en sus territorios.
- El reconocimiento de que la consulta no se agota con la mera información o difusión pública de la medida, [...] la consulta debe ser un proceso sistemático de negociación que implique un genuino diálogo con los representantes legítimos de las partes.
- La obligación de actuar de BUENA FE por parte de todos los involucrados. La consulta debe constituirse en un verdadero “mecanismo de participación”, cuyo objeto sea la búsqueda del consenso entre los participantes.
- El deber de difusión pública del proceso y la utilización de un tiempo razonable para cada una de las fases del proceso, condición que ayuda a la transparencia y a la generación de confianza entre las partes.
- La definición previa y concertada del procedimiento, se requiere que como primer paso de la consulta se defina, previamente, al comienzo de la discusión sobre temas sustantivos, un procedimiento de negociación y toma de decisiones mutuamente convenidas, y el respeto a las reglas de juego establecidas.
- La definición previa y concertada de los sujetos de la Consulta, que son los pueblos y comunidades afectadas de manera real e indubitable por la decisión.
- El respeto a la estructura social y a los sistemas de Autoridad y Representación de los pueblos consultados. El procedimiento de consulta debe respetar siempre

los procesos internos así como los usos y costumbres para la toma de decisiones de los diferentes pueblos consultados.

- El carácter sistemático y formalizado de la consulta, es decir, que las consultas deben desarrollarse a través de procedimientos más o menos formalizados, previamente conocidos, y replicables en casos análogos
- En cuanto al alcance de la consulta, siendo que su resultado no es vinculante para el Estado y sus instituciones, la opinión de los pueblos consultados sí tiene una connotación jurídica especial, (cercana a aquella que tiene el *soft law* en el derecho internacional de los derechos humanos), sin que eso implique la imposición de la voluntad de los pueblos indígenas sobre el Estado.
- Respecto a los efectos del incumplimiento de esta obligación estatal, entre los que destaca la responsabilidad internacional del estado incumplido, y en el ámbito interno la eventual nulidad de los procedimientos y medidas adoptadas.”¹

Paradójicamente estos principios se contradicen con el procedimiento que se establece para la consulta prelegislativa: (i) no existe un procedo de consulta para llevar adelante la consulta prelegislativa; y, (ii) el sistema es rígido y por tanto no tomaría en cuenta dificultades como distancias entre comunidades, idiomas diferentes, procedimientos internos diferentes.

Finalmente, sobre los efectos de la consulta, en el caso Saramaka, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estableció que en caso de proyectos de gran escala que amenacen la supervivencia de un pueblo indígena se deberá obtener el consentimiento de la comunidad, en el mismo sentido la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas establece en sus artículos 10, 11, 28, 29 y 30(l) que se debe obtener el consentimiento de los pueblos consultados:

“Artículo 10

Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento 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 del regreso.

Artículo 11

[...] 2. 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.

Artículo 28

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa, imparcial y equitativa, por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado.

2. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada.

Artículo 29

[...] 2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado. [...]

Artículo 30

¹ Corte Constitucional para el Período de Transición, Sentencia No. 001-10-SIN-CC, del 18 de marzo de 2010, pp. 53 – 55.

1. No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado. [...]"

La Declaración está integrada a nuestra Constitución en base a los artículos 10 y 57 de la Constitución, realidad que es ignorada por la sentencia de la Corte Constitucional.

4.- A veces sí, a veces no. La consulta prelegislativa después de la Sentencia de la Corte Constitucional.

Para la Corte Constitucional la Asamblea aplicó directamente la Constitución por la falta de legislación secundaria. Sin embargo la Asamblea no contempló todas las directrices que están integradas a nuestra Constitución por ser parte de instrumentos internacionales de derechos humanos. La justificación final de la Corte es que la Asamblea debía cumplir plazos constitucionales por lo que se vivieron circunstancias excepcionales que justifican la falta de cumplimiento de estos estándares, finalmente la Corte decidió que no declararía inconstitucional la Ley de Minería.

Las preguntas que se presentan a raíz de estos hechos son, si el cambio de paradigma constitucional implica que las disposiciones de la Constitución son normas jurídicas exigibles y que el dejáramos la figura del Tribunal Constitucional como órgano político-jurídico para establecer una Corte Constitucional como corte de derecho, ¿Por qué la Corte Constitucional falló en este caso de manera política? Y más importante aún ¿Hasta cuando le durará a la Corte Constitucional el argumento de las circunstancias excepcionales?, ¿Cómo fallará la Corte Constitucional si se repite la falta de consulta prelegislativa?

Dos casos se dieron a partir de la Sentencia 001-10-SIN-CC de la Corte Constitucional, el primero fue el de la Ley de Aguas y el segundo fue la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos. En el primer caso, al ver el bloque de gobierno que no tenía los votos suficientes para aprobar la Ley de Aguas y, por tanto, que era inminente su archivo, pidió que se detenga el proceso legislativo ya que “por disposición de la Corte Constitucional debía realizarse una consulta prelegislativa a pueblos y nacionalidades indígenas”, con lo que el gobierno ganó algo de tiempo. Aún no se conoce si efectivamente se va a dar o no la consulta prelegislativa y bajo que parámetros.

El segundo caso es el de la Ley Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, el cual al contar con la vía constitucional para ser aprobada (proyecto de emergencia y una vergonzosa falta de quórum generada intencionalmente), no importó que esta también debía ser consultada a los pueblos y nacionalidades indígenas.

Cuando estas leyes sean publicadas violando nuevamente el derecho de los pueblos y nacionalidades indígenas a la consulta prelegislativa, ¿Cuál será la posición de la Corte Constitucional?