

Sentencia C-317/12

Referencia: expediente D-8636 y D-8637
(acumulados)

Demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 05 de 2011, *“por el cual se constituye el Sistema General de Regalías, se modifican los artículos 360 y 361 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones sobre el régimen de regalías y compensaciones”*.

Actores: Rubén Darío Bravo Rondón y José Manuel Abuchaibe Escolar.

Magistrada Ponente:
MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D. C., tres (3) de mayo de dos mil doce (2012)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, los ciudadanos Rubén Darío Bravo Rondón y José Manuel Abuchaibe Escolar presentaron por separado demandas de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 05 de 2011, *“por el cual se constituye el Sistema General de Regalías, se modifican los artículos 360 y 361 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones sobre el Régimen de Regalías y Compensaciones”*. La Sala Plena de la Corte Constitucional decidió acumular los expedientes de la referencia en sesión del 21 de julio de 2011.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda de la referencia.

II. LA NORMA ACUSADA

A continuación se transcribe el texto de la disposición demandada, conforme fue publicada en el Diario Oficial No. 48.134 del 18 de julio de 2011:

**“ACTO LEGISLATIVO 05 DE 2011
(18 de julio de 2011)**

por el cual se constituye el Sistema General de Regalías, se modifican los artículos 360 y 361 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones sobre el Régimen de Regalías y Compensaciones.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1º. El artículo 360 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 360. La explotación de un recurso natural no renovable causará, a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte. La ley determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables.

Mediante otra ley, a iniciativa del Gobierno, la ley determinará la distribución, objetivos, fines, administración, ejecución, control, el uso eficiente y la destinación de los ingresos provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables precisando las condiciones de participación de sus beneficiarios. Este conjunto de ingresos, asignaciones, órganos, procedimientos y regulaciones constituye el Sistema General de Regalías.

Artículo 2º. El artículo 361 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 361. Los ingresos del Sistema General de Regalías se destinarán al financiamiento de proyectos para el desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales; al ahorro para su pasivo pensional; para inversiones físicas en educación, para inversiones en ciencia, tecnología e innovación; para la generación de ahorro público; para la fiscalización de la exploración y explotación de los yacimientos y conocimiento y cartografía geológica del subsuelo; y para aumentar la competitividad general de la economía buscando mejorar las condiciones sociales de la población.

Los departamentos, municipios y distritos en cuyo territorio se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables, así como los municipios y distritos con puertos marítimos y fluviales por donde se transporten dichos recursos o productos derivados de los mismos, tendrán derecho a participar en las regalías y compensaciones, así como a ejecutar directamente estos recursos.

Para efectos de cumplir con los objetivos y fines del Sistema General de Regalías, créanse los Fondos de Ciencia, Tecnología e Innovación; de Desarrollo Regional; de Compensación Regional; y de Ahorro y Estabilización.

Los ingresos del Sistema General de Regalías se distribuirán así: un porcentaje equivalente al 10% para el Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación; un 10% para ahorro pensional territorial, y hasta un 30% para el Fondo de Ahorro y Estabilización. Los recursos restantes se distribuirán en un porcentaje equivalente al 20% para las asignaciones directas de que trata el inciso 2° del presente artículo, y un 80% para los Fondos de Compensación Regional, y de Desarrollo Regional. Del total de los recursos destinados a estos dos últimos Fondos, se destinará un porcentaje equivalente al 60% para el Fondo de Compensación Regional y un 40% para el Fondo de Desarrollo Regional.

De los ingresos del Sistema General de Regalías, se destinará un porcentaje del 2% para fiscalización de la exploración y explotación de los yacimientos, y el conocimiento y cartografía geológica del subsuelo. Este porcentaje se descontará en forma proporcional del total de los ingresos del Sistema General de Regalías distribuidos en el inciso anterior. Las funciones aquí establecidas serán realizadas por el Ministerio de Minas y Energía o por la entidad a quien este delegue.

La suma de los recursos correspondientes a las asignaciones directas de que trata el inciso 2° del presente artículo, y de los recursos del Fondo de Desarrollo Regional y del Fondo de Compensación Regional, crecerán anualmente a una tasa equivalente a la mitad de la tasa de crecimiento total de los ingresos del Sistema General de Regalías. La ley que regulará el sistema definirá un mecanismo para mitigar la disminución de los mencionados recursos, que se presente como consecuencia de una reducción drástica en los ingresos del Sistema General de Regalías.

La diferencia entre el total de los ingresos del Sistema General de Regalías y los recursos destinados al ahorro pensional territorial, al Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación, al Fondo de Desarrollo Regional, al Fondo de Compensación Regional, así como a los que se refiere el inciso 2° del presente artículo se destinará al Fondo de Ahorro y Estabilización.

Los Fondos de Ciencia, Tecnología e Innovación y de Desarrollo Regional tendrán como finalidad la financiación de proyectos regionales acordados entre las entidades territoriales y el Gobierno Nacional.

Los recursos del Fondo de Compensación Regional se destinarán a la financiación de proyectos de impacto regional o local de desarrollo en

las entidades territoriales más pobres del país, de acuerdo con criterios de Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI), población y desempleo, y con prioridad en las zonas costeras, fronterizas y de periferia. La duración del Fondo de Compensación Regional será de treinta (30) años, contados a partir de la entrada en vigencia de la ley a la que se refiere el inciso 2° del artículo anterior. Transcurrido este período, estos recursos se destinarán al Fondo de Desarrollo Regional.

Los recursos del Fondo de Ahorro y Estabilización, así como sus rendimientos, serán administrados por el Banco de la República en los términos que establezca el Gobierno Nacional. En los períodos de desahorro, la distribución de estos recursos entre los demás componentes del Sistema se regirá por los criterios que defina la ley a la que se refiere el inciso 2° del artículo anterior.

En caso de que los recursos destinados anualmente al Fondo de Ahorro y Estabilización excedan del treinta por ciento (30%) de los ingresos anuales del Sistema General de Regalías, tal excedente se distribuirá entre los demás componentes del Sistema, conforme a los términos y condiciones que defina la ley a la que se refiere el inciso 2° del artículo anterior.

Parágrafo 1°. Los recursos del Sistema General de Regalías no harán parte del Presupuesto General de la Nación, ni del Sistema General de Participaciones. El Sistema General de Regalías tendrá su propio sistema presupuestal que se regirá por las normas contenidas en la ley a la que se refiere el inciso 2° del artículo anterior. En todo caso, el Congreso de la República expedirá bianualmente el presupuesto del Sistema General de Regalías.

Parágrafo 2°. La ejecución de los recursos correspondientes a las asignaciones directas de que trata el inciso 2° del presente artículo, así como de los recursos de los Fondos de Ciencia, Tecnología e Innovación; de Desarrollo Regional, y de Compensación Regional, se hará en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo y los planes de desarrollo de las entidades territoriales.

Los proyectos prioritarios que se financiarán con estos recursos, serán definidos por órganos colegiados de administración y decisión, de conformidad con lo establecido en la ley que regule el Sistema General de Regalías. Para el caso de los departamentos a los que se refiere el inciso 2° del presente artículo, los órganos colegiados de administración y decisión estarán integrados por dos (2) Ministros o sus delegados, el gobernador respectivo o su delegado, y un número representativo de alcaldes. La ley que regule el Sistema General de Regalías podrá crear comités de carácter consultivo para los órganos colegiados de administración y decisión, con participación de la sociedad civil. En

cuanto a los municipios y/o distritos a los que se refiere el inciso 2° del presente artículo, los órganos colegiados de administración y decisión estarán conformados por un delegado del Gobierno Nacional, el gobernador o su delegado y el alcalde.

Los programas y/o proyectos en ciencia tecnología e innovación de los departamentos, municipios y distritos que se financiarán con los recursos del Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación, se definirán por un órgano colegiado de administración y decisión, en el cual tendrán asiento el Gobierno Nacional, representado por tres (3) Ministros o sus delegados, un (1) representante del Organismo nacional de Planeación y un (1) representante del Organismo Nacional encargado del manejo de la política pública de ciencia y tecnología e innovación, quien además ejercerá la Secretaría Técnica, un (1) Gobernador por cada una de las instancias de planeación regional a que se refiere el inciso siguiente del presente artículo; cuatro (4) representantes de las universidades públicas y dos (2) representantes de universidades privadas. Así mismo, los recursos de este Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación, se distribuirán en la misma proporción en que se distribuyan a los departamentos, los recursos de los Fondos de compensación Regional y de Desarrollo Regional. En ningún caso los recursos de este fondo podrán financiar gasto corriente.

Los proyectos de impacto regional de los departamentos, municipios y distritos que se financiarán con los recursos de los Fondos de Desarrollo y Compensación Regional se definirán a través de ejercicios de planeación regional por órganos colegiados de administración y decisión donde tengan asiento cuatro (4) Ministros o sus delegados y un (1) representante del Organismo Nacional de Planeación, los gobernadores respectivos o sus delegados y un número representativo de alcaldes.

La ley que regule el Sistema General de Regalías, podrá crear comités de carácter consultivo para los órganos colegiados de administración y decisión con participación de la sociedad civil.

En todo caso, la representación de las entidades territoriales en los órganos colegiados será mayoritaria, en relación con la del Gobierno Nacional.

Parágrafo 3°. Créase el Sistema de Monitoreo, Seguimiento, Control y Evaluación de las Regalías, cuyo objeto será velar por el uso eficiente y eficaz de los recursos del Sistema General de Regalías, fortaleciendo la transparencia, la participación ciudadana y el Buen Gobierno.

La ley a la que se refiere el inciso 2° del artículo anterior, definirá su funcionamiento y el procedimiento para la imposición de medidas

preventivas, correctivas y sancionatorias por el inadecuado uso de los recursos del Sistema General de Regalías. Dentro de estas medidas podrán aplicarse a los Departamentos, Municipios y/o Distritos y demás ejecutores la suspensión de giros, cancelación de proyectos y/o el reintegro de recursos.

La ley a la que se refiere el inciso 2° del artículo anterior definirá, igualmente, el porcentaje anual de los recursos del Sistema General de Regalías destinado a su funcionamiento y al del Sistema de Monitoreo, Seguimiento, Control y Evaluación de las Regalías. Este porcentaje se descontará en forma proporcional del total de los ingresos del Sistema General de Regalías distribuidos en el inciso cuarto del presente artículo.

Parágrafo 1°. *Transitorio.* Suprímase el Fondo Nacional de Regalías a partir de la fecha que determine la ley a la que se refiere el inciso 2° del artículo anterior. El Gobierno Nacional designará al liquidador y definirá el procedimiento y el plazo para la liquidación. Los recursos no comprometidos que posea el Fondo Nacional de Regalías a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, se destinarán prioritariamente a la reconstrucción de la infraestructura vial del país y a la recuperación ambiental de las zonas afectadas por la emergencia invernal de 2010-2011.

Parágrafo 2°. *Transitorio.* Respecto de los recursos que se destinarán a las asignaciones directas de que trata el inciso 2° del presente artículo y a los Fondos de Compensación Regional, y de Desarrollo Regional, su distribución durante los tres primeros años será así: durante el primer año corresponderá a un porcentaje equivalente al 50% para las asignaciones directas de que trata el inciso 2° del presente artículo y un 50% para los fondos enunciados en este parágrafo; de la misma forma, durante el segundo año se destinará un porcentaje equivalente al 35% y al 65% respectivamente; y durante el tercer año se destinará un porcentaje equivalente al 25% y el 75%, respectivamente.

En el evento en que durante el período comprendido entre los años 2012 y 2014, las asignaciones directas de que trata el inciso 2° del presente artículo, sean inferiores al 50% del promedio anual, en pesos constantes de 2010, de las asignaciones directas causadas menos descuentos de ley entre los años 2007 y 2010; y durante el período comprendido entre los años 2015 y 2020, sean inferiores al 40% del promedio anual, en pesos constantes de 2010, de las asignaciones directas causadas menos descuentos de ley entre los años 2007 y 2010; el departamento, municipio o distrito, podrá utilizar los recursos de la asignación del departamento respectivo en el Fondo de Desarrollo Regional, hasta alcanzar dicho porcentaje o hasta agotar los recursos del departamento en el mencionado Fondo, lo que ocurra primero.

Parágrafo 3°. *Transitorio.* En el primer año de operación del Sistema General de Regalías, se destinará un veinticinco por ciento (25%) de sus recursos al Fondo de Ahorro y Estabilización.

Durante el período 2012-2014, una quinta parte de los recursos anuales del Fondo de Ahorro y Estabilización se destinará a las asignaciones directas de que trata el inciso 2° del presente artículo.

Parágrafo 4°. *Transitorio.* El Gobierno Nacional contará con un término de tres (3) meses contados a partir de la fecha de promulgación del presente acto legislativo, para radicar ante el Congreso de la República el proyecto de ley a la que se refiere el inciso 2° del artículo anterior, que ajuste el régimen de regalías al nuevo marco constitucional.

Una vez radicado el proyecto de ley a que se refiere el inciso anterior, el Congreso de la República contará con un término que no podrá exceder de nueve (9) meses para su aprobación. Si vencido este término no se ha expedido la ley por parte del Congreso, se faculta por un (1) mes al Presidente de la República para expedir decretos con fuerza de ley para regular la materia.

Parágrafo 5°. *Transitorio.* El Sistema General de Regalías regirá a partir del 1° de enero de 2012. Si para esta fecha no ha entrado en vigencia la ley de que trata el inciso 2° del artículo anterior, el Gobierno Nacional garantizará la operación del Sistema mediante decretos transitorios con fuerza de ley, que expedirá a más tardar el 31 de diciembre de 2011.

Parágrafo 6°. *Transitorio.* Para asegurar la ejecución de los recursos en la vigencia 2012, el Gobierno Nacional expedirá el presupuesto del Sistema General de Regalías para la citada vigencia fiscal, mediante un decreto con fuerza de ley.

Artículo 3°. *Vigencia y derogatorias.* El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su promulgación.”

III. LAS DEMANDAS

Expediente D-8636 – Demanda presentada por el ciudadano Rubén Darío Bravo Rondón.

El ciudadano Rubén Darío Bravo Rondón formula cargos por vicios de procedimiento contra el Acto Legislativo 05 de 2011 así: (a) por falta de iniciativa constituyente en cabeza de los Ministros del Despacho que presentaron el proyecto ante el Congreso, y (b) por violación de algunos requisitos establecidos en la Ley 5ª de 1992.

a. Cargo por falta de iniciativa constituyente en cabeza de los Ministros del Despacho.

El actor explica que “los Señores Ministros del despacho tienen iniciativa legislativa a nombre del Gobierno, pero (...) los Señores Ministros carecen por sí solos de la iniciativa constituyente, pues por su naturaleza está restringida, por expreso mandato de la Constitución y la ley, para el Gobierno”. Dado que el proyecto de Acto Legislativo fue presentado por dos Ministros del Despacho, y no por el Gobierno, el demandante considera que se incurrió en una violación del artículo 375 Superior.

En primer lugar el demandante explica cuál es el referente constitucional de control en materia de la iniciativa constituyente ante el Congreso de la República. Cita la sentencia C-1200 de 2003, en la cual la Corte explicó que “el parámetro normativo de referencia para enjuiciar la regularidad del procedimiento de un acto legislativo reformativo de la Constitución, comprende no sólo las normas del Título XIII de la Carta, sino también las disposiciones constitucionales que regulan el procedimiento legislativo y que resulten aplicables, y las correspondientes del reglamento del Congreso, en cuanto que allí se contengan requisitos de forma cuyo desconocimiento tenga entidad suficiente como para constituir un ‘vicio de procedimiento de la formación del acto reformativo’ (...)”. Igualmente alude a la sentencia C-303 de 2010, en la que se expresó que “el poder de reforma de la Constitución está sometido a límites, tanto de carácter procedimental, que refieren a las reglas de deliberación democrática que anteceden a la reforma, como sustantivos, dirigidos a evitar el exceso en el poder de reforma, de modo que el texto resultante de la modificación no guarde entidad con el concepto de Constitución que la antecedió”. Sobre esta base, el actor expresa que los vicios formales que pueden afectar los actos legislativos “aluden a la violación de las normas procedimentales que regulan la formación del acto legislativo, incluyéndose allí los atinentes a la iniciativa, votaciones, quórum y demás etapas propias de esta clase de trámites”.

Citando lo dispuesto en el artículo 379 Superior –según el cual “Los actos legislativos (...) sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando violen los requisitos establecidos en este título”-, el actor se refiere al artículo 375 de la Carta, según el cual “[p]odrán presentar proyectos de acto legislativo el Gobierno, diez miembros del Congreso, el veinte por ciento de los concejales o de los diputados y los ciudadanos en un número equivalente al menos, al cinco por ciento del censo electoral vigente”, y explica que la expresión “Gobierno” debe ser interpretada en consonancia con el artículo 115 Superior, según el cual “El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos. El Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno”. También cita en esta línea lo dispuesto en el artículo 223 de la Ley 5ª de 1992: “Iniciativa Constituyente. Pueden presentar proyectos de acto legislativo: 1. El

Gobierno Nacional. (...)", expresión que también considera debe ser interpretada en consonancia con el artículo 115 de la Constitución.

El actor también se refiere a los artículos 200-1¹ y 208² de la Constitución, y concluye que "Constitución y ley son claras al diferenciar entre iniciativa constituyente e iniciativa legislativa, reservando la primera únicamente al Gobierno". Continúa precisando que "de no ser así, perdería todo sentido la distinción que realiza la normatividad sobre la materia, pues hubiese bastado con instituir la iniciativa constitucional y la legislativa en un solo artículo, como si de un mismo asunto se tratara". Para sustentar la diferencia existente entre la regulación constitucional del proceso legislativo y la del proceso constituyente, cita la sentencia C-643 de 2000, en la cual la Corte explicó – con respecto a la Ley 5ª de 1992- que "el legislador, en el proceso de adopción de un esquema legislativo ordenado para la presentación de los distintos temas que tienen que ver con el trámite legislativo, separó por materias las normas referidas al proceso ordinario de las exclusivas del proceso constituyente primario".

Aplicando la anterior postura al Acto Legislativo 05 de 2011, el demandante indica que éste no fue presentado por el Gobierno sino por dos Ministros del Despacho que "como tales, carecían y carecen de la iniciativa constituyente, toda vez que en virtud de lo previsto en el artículo 375 de la Constitución Política, en concordancia con el 223 de la Ley 5 de 1992, tal potestad o competencia está únicamente atribuida al Gobierno, definido conforme al artículo 115 de la Constitución Política. (...) conforme a la definición establecida en el artículo 115 de la Constitución Política, el Gobierno está constituido por el Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, y no es suficiente con la presencia o participación de uno solo de ellos para cumplir con este precepto de la Constitución Nacional. (...) En consecuencia no es el Presidente de la República por sí solo quien constituye el Gobierno para un negocio particular como es el caso que nos ocupa, como tampoco un Ministro o Director de Departamento puede abrogarse esa competencia de manera exclusiva, máxime cuando en el negocio particular se excluye nada menos que al Presidente de la República quien es el Jefe de Gobierno y suprema autoridad administrativa. // Distinto es el caso de la presentación de iniciativas legislativas, para las cuales tanto en la Constitución Política como en la ley se les otorgan facultades específicas a los ministros y directores de departamentos administrativos para presentar proyectos de ley en representación del Gobierno".

b. Cargos por violación de requisitos establecidos en la Ley 5ª de 1992.

¹ "Artículo 200. Corresponde al Gobierno, en relación con el Congreso: 1. Concurrir a la formación de las leyes, presentando proyectos por intermedio de los ministros (...)"

² "Artículo 208. (...) Los ministros, en relación con el Congreso, son voceros del Gobierno, presentan a las Cámaras proyectos de ley (...)"

El actor acusa al Acto Legislativo demandado de desconocer la Ley 5ª de 1992 por dos “vicios de rango legal”: (i) “Indebido trámite de las observaciones al proyecto de acto legislativo”, en contravención del artículo 232 de la Ley 5/92; y (ii) falta de presentación del informe al que alude el artículo 182 de la Ley 5/92.

(i) En cuanto al primer vicio, explica el actor que “tanto en la primera como en a segunda vuelta, se llevaron a cabo audiencias públicas, en las ciudades de Yopal y Valledupar, y en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes el día 23 de mayo de 2011, pero en las respectivas ponencias, no se alude en forma alguna a las intervenciones de la ciudadanía, desvirtuándose dicho procedimiento”. Con ello se violó el artículo 232 de la Ley 5/92, que dispone:

“CONTENIDO DE LA PONENCIA. El ponente del respectivo proyecto deberá consignar la totalidad de las propuestas o modificaciones planteadas que considere importantes y las razones para su aceptación o rechazo, siempre que las observaciones se hayan efectuado a más tardar tres (3) días antes de la presentación del informe con entrega personal de las exposiciones”.

Específicamente señala que se incurrió en este vicio en tres oportunidades:

- El 13 de septiembre de 2010 se celebró una audiencia pública ante la Comisión Primera del Senado de la República; sin embargo, en la respectiva ponencia, publicada en la Gaceta No. 651 de 2010, se consignó un contenido que no refiere lo ocurrido durante dicha Audiencia, los argumentos ni las propuestas presentadas³.

- El 28 de octubre de 2010 se realizó una audiencia pública ante la Comisión Primera de la Cámara de Representantes en Yopal, y el 29 de octubre de 2010 otra audiencia pública en Valledupar; sin embargo, los ponentes en su respectivo informe, publicado en la Gaceta No. 879 de 2010, ni siquiera mencionaron tales audiencias públicas.

- El 23 de mayo de 2011, durante la segunda vuelta, se realizó una audiencia pública ante la Comisión Primera de la Cámara de Representantes; en el

³ El texto del extracto de dicha ponencia sobre las intervenciones de la ciudadanía, citado en la demanda, es el siguiente: “En esta oportunidad, concurrieron gobernadores, alcaldes, los ministros de Hacienda y Crédito Público y de Minas y Energía, el Viceministro del Interior y el Director de Colciencias. // Intervinieron los señores Gobernadores de Santander, Arauca, Amazonas, Casanare; los alcaldes de Barrancabermeja, y Castilla la Nueva, diputados de la Asamblea Departamental del Casanare, delegados del departamento del Huila, ciudadanos y por supuesto, algunos miembros de la Comisión. // Se expresaron diferentes puntos de vista los cuales han sido analizados, tanto por los ponentes, como por el Gobierno Nacional en las diferentes reuniones que se han llevado a cabo para el efecto. Algunos de ellos se reflejan en la presente ponencia, así como servirán para enriquecer el debate que ahora se inicia y que deberá culminar con una reforma a los artículos 360 y 361 de la Constitución Política. // De igual manera, la mesa directiva de la Comisión Primera, ha dispuesto la realización de, al menos, dos foros regionales sobre este asunto, con el fin de conocer, de primera mano, la opinión de las regiones sobre el nuevo esquema constitucional de las regalías y compensaciones”.

informe de ponencia correspondiente, publicado en la Gaceta No. 299 de 2011, los ponentes refirieron lo siguiente:

“Finalmente, el día 23 de mayo de 2011, se realizó una audiencia pública en la Comisión Primera Constitucional de la Cámara de Representantes, con el propósito de debatir la iniciativa y recoger las principales observaciones sobre la misma”.

El demandante precisa las razones por las cuales controvierte ante la Corte el trámite del acto legislativo, en los términos siguientes:

“Entonces, queda claro que la citada disposición fue vulnerada en tres (03) ocasiones. Y es del caso llamar la atención de la Honorable Corte Constitucional, para que se exhorte al Congreso Nacional a cumplir en debida y oportuna forma con los requisitos establecidos en la Ley 5 de 1992, y que las audiencias públicas no se conviertan en un simple saludo a la bandera, ni en una frustración para la ciudadanía, teniendo en cuenta que las mismas, fuera de buscar la participación de ellas, busca en el fondo enriquecer no sólo el debate, sino las diferentes iniciativas. Además, se viola el principio de publicidad, toda vez que los demás integrantes de dichas células congresionales no tienen la posibilidad de acceder a la información que se plantea en las audiencias públicas, toda vez que los ponentes omiten darle relevancia a las mismas. (...) en ningún momento los demás Congresistas tienen la oportunidad de enterarse de las mismas, y ello, en parte conlleva a que no se realicen los respectivos debates con suficiente información, toda vez que no se conocen opiniones diferentes ni versiones distintas”.

El actor cita a este respecto un extracto de la sentencia C-543 de 1998, en la cual la Corte se pronunció sobre la publicación de las observaciones ciudadanas a los proyectos de leyes y actos legislativos bajo la Ley 5 de 1992.⁴

(ii) En cuanto al segundo vicio, el demandante explica que tanto en la primera como en la segunda vuelta del proceso de formación del Acto Legislativo bajo

⁴ Concretamente, el actor cita el siguiente extracto de la sentencia C-543 de 1998: “La publicación de las observaciones ciudadanas permite no sólo a los Congresistas sino a la sociedad en general, conocer los criterios, argumentos o sugerencias que aquéllos tengan sobre los proyectos que cursan en las Comisiones Legislativas. Estos reparos o argumentaciones en algunos casos pueden ser de gran utilidad para enriquecer el proceso de formación de las leyes y Actos Legislativos, pues en caso de estar bien fundamentados y considerada su importancia y trascendencia obligarán a que se introduzca a tales ordenamientos las modificaciones, adiciones o supresiones, convenientes o necesarias, con el fin de lograr la expedición de normas más apropiadas y acordes con los objetivos buscados por el propio legislador y la sociedad. La facultad conferida en los artículos 231 y 232 del Reglamento, al Presidente de la Comisión y al ponente del proyecto, debe ser ejercida en forma razonable, pues la arbitrariedad de tales congresistas en la selección de las intervenciones que ‘merezan destacarse’ o se ‘consideren importantes’ podría atentar contra el principio de publicidad y el derecho de toda persona a participar en el proceso legislativo. Corresponde entonces, a tales funcionarios evaluar las intervenciones de manera que no se menoscabe el derecho citado, permitiendo que los ciudadanos intervengan en las decisiones de interés colectivo”.

examen se desconoció lo dispuesto en el artículo 182 de la Ley 5ª de 1992, relativo al informe final aprobada una enmienda, que establece:

“Finalizado el debate sobre un proyecto de ley en el pleno de alguna de las Cámaras, el ponente, a la vista del texto aprobado y de las enmiendas presentadas, redactará un informe final en los cinco (5) días siguientes.

En ese informe, que será remitido a la otra Cámara, presentará el ordenamiento de las modificaciones, adiciones y supresiones, así como la elaboración del texto definitivo con las explicaciones pertinentes.”

A este respecto, y en relación con la primera vuelta del trámite del Acto Legislativo bajo examen, el actor indica que “el Secretario General de la Honorable Cámara de Representantes informa que en sesión Plenaria de la Honorable Cámara de Representantes del día 23 y 24 de noviembre de 2010, fue aprobado en segundo debate el texto definitiva de la iniciativa en examen, según consta en actas de sesión 33 y 34, de las respectivas fechas, sin que los ponentes hayan rendido el informe de que trata el artículo 182 ibídem. (...) en su lugar, el Secretario se limitó a informar de dicha situación”.

En cuanto a la segunda vuelta, afirma que la situación se repitió, “toda vez que como consta en la Gaceta del Congreso 424 de 2011, se realiza conciliación de la iniciativa en comento, pero no aparece el informe de que trata el plurimencionado artículo 182”.

Expediente D-8637 – Demanda presentada por el ciudadano José Manuel Abuchaibe Escolar

El ciudadano José Manuel Abuchaibe Escolar demandó el Acto Legislativo 05 de 2011 por considerar que se incurrió tanto en vicios de procedimiento en su formación –v.g. la omisión de consulta previa con los grupos étnicos del país-, como en una sustitución parcial de la Constitución Política que excedió los límites de la competencia reformadora del Congreso de la República –por haber alterado el esquema de autonomía territorial-.

a. Cargo por omisión de consulta previa con los grupos étnicos.

El actor afirma que la falta de consulta previa del Acto Legislativo 05 de 2011 con los grupos étnicos del país afectados por su contenido, en tanto vicio de trámite con repercusiones de índole sustantiva, desconoció lo dispuesto en el Artículo 330 de la Constitución, y en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, que forma parte del bloque de constitucionalidad – violando por lo mismo también los artículos 93 y 7 de la Carta Política.

Para sustentar la afectación directa que este Acto Legislativo generaría sobre los pueblos indígenas del país, el demandante explica:

“En la Segunda vuelta el Senado de la República aprobó tanto en Comisión como en plenaria un texto que modificó el aprobado en la primera vuelta, ya que le introdujeron los porcentajes de participación a las entidades territoriales productoras y portuarias, lo que se habían abstenido de hacer en el texto aprobado en primera vuelta que lo remitía al desarrollo legal. Ahora, tal y como está el texto queda evidenciado el detrimento que sufrirán las comunidades indígenas asentadas en el área de influencia de la explotación minera, que tiene el derecho que se le introdujo en la Ley 756 de 2002, como es el caso de los Wayúu en el Departamento de la Guajira.

Con las asignaciones directas de regalías aprobadas en segunda vuelta, la Guajira, por ejemplo como ente territorial afectado, tendría unos ingresos irrisorios para solucionar los graves problemas que históricamente viene afrontando para poder desarrollarse. Esos recursos provenientes de regalías y compensaciones son el soporte de importantes inversiones para mitigar la pobreza con subsidios de salud, programas de gratuidad, transporte y alimentación para escolares, aportes al pago de maestros, electrificación, agua potable y saneamiento básico, entre muchos otros.”

Adicionalmente el actor cita el artículo 11 de la Ley 756 de 2002, que dispone:

“Artículo 11. Cuando en un resguardo indígena o en un punto ubicado a no más de cinco (5) kilómetros de la zona del resguardo indígena, se exploten recursos naturales no renovables, el cinco por ciento (5%) del valor de las regalías correspondientes al departamento por esa explotación, y el veinte por ciento (20%) de los correspondientes al municipio, se asignarán a inversión en las zonas donde estén asentados las comunidades indígenas y se utilizarán en los términos establecidos en el artículo 15 de la Ley 141 de 1994.

Parágrafo. Cuando el resguardo indígena sea una entidad territorial, podrá recibir y ejecutar los recursos directamente, en caso diferente, los recursos serán recibidos y ejecutados por los municipios en concertación con las autoridades indígenas por el respectivo municipio, atendiendo lo establecido en el presente artículo”.

Por lo tanto, explica el demandante que “al afectarse las regalías del Departamento de la Guajira y de los municipios, las comunidades Wayúu se verían afectadas directamente, según observamos en lo dispuesto en la Ley 756 de 2002, además, que las inversiones del Departamento y de los municipios disminuirían considerablemente, afectando igualmente a estas comunidades indígenas que hacen parte de la población ubicada en el Departamento de la Guajira en un gran porcentaje. Es elemental concluir que la afectación directa existe y es real.”

En tal medida, el actor subraya que el Estado colombiano está bajo la obligación internacional y constitucional de desarrollar procesos de consulta previa cuando se vayan a tomar medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar a las comunidades indígenas o afrodescendientes del país, en virtud de lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT; y que tal obligación fue incumplida en el caso concreto del Acto Legislativo que reformó el Sistema Nacional de Regalías. Señala que de conformidad con las normas internacionales y constitucionales en mención, “para que se hubiese cumplido con el requisito de la consulta habría sido necesario, poner en conocimiento de las comunidades, por intermedio de instancias suficientemente representativas, el Acto Legislativo; ilustrarlas sobre su alcance y sobre la manera como podría afectarlas y darles oportunidades efectivas para que se pronunciaran sobre el mismo. Ese proceso no se cumplió, razón por la cual se concluye que, dado que el Acto Legislativo versa sobre una materia que se relaciona profundamente con la cosmovisión de esas comunidades y su relación con la tierra, y que, por acción o por omisión, es susceptible de afectarlas de manera directa y específica, no hay alternativa distinta que acceder a la tutela que estamos presentando.” De allí que en su criterio, “sin considerar si las nuevas reglas afectan positiva o negativamente a dichas minorías, se detecta que la norma superior aprobada sobre regalías sí afecta en forma directa a las comunidades étnicas, por lo cual ha debido ser sometida a consulta previa, en las condiciones explicadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional”.

También sostiene el ciudadano demandante que “al estudiar los antecedentes de la adopción de la norma constitucional sub examine y su proceso de discusión y aprobación en el Congreso de la República, se corrobora que no se encuentra evidencia relativa a la realización de consulta alguna a las comunidades étnicas concernidas. Ni en la exposición de motivos, ni en las ponencias para ninguno de los ocho debates surtidos durante el trámite parlamentario, se observan referencias a este asunto.”

Para sustentar adicionalmente su cargo de inconstitucionalidad, el actor se refiere en detalle a lo decidido por la Corte Constitucional en las sentencias C-030 de 2008 y C-702 de 2010, en las cuales se precisó el contenido del derecho a la consulta previa bajo el orden constitucional vigente. También realiza algunas consideraciones sobre la prevalencia en el orden interno de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, de conformidad con el artículo 93 Superior, y sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales bajo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

b. Cargo por sustitución parcial de la Constitución Política al afectarse la autonomía de las entidades territoriales.

El actor considera que al expedir el Acto Legislativo que se revisa, el Congreso de la República excedió su competencia de reforma de la Constitución, puesto que incurrió en una sustitución parcial a la Carta Política

por haber desvirtuado los ejes constitucionales de la descentralización y la autonomía territorial.

Como primera medida el actor cita la doctrina constitucional sobre el juicio de sustitución de la Constitución, y específicamente refiere a las sentencias C-141 de 2010, C-1040 de 2005, C-970 de 2004 y C-971 de 2004, aludiendo a distintas reglas jurisprudenciales allí trazadas; y luego afirma en términos generales que “la reforma propuesta en la distribución de las regalías implica un quebrantamiento de la Constitución y esa rotura sustituye dos de los ejes definitorios de la Constitución de 1991 (descentralización y autonomía de las entidades territoriales) que tienen que ver con la estructura institucional acogida por el Constituyente y con los derechos, principios y valores que, según la concepción plasmada en la Carta, son el soporte de esa estructura”.

El actor también alude a la metodología que la jurisprudencia constitucional ha establecido para adelantar el juicio de sustitución de la Constitución, recordando que éste se compone de distintos pasos: el establecimiento de una premisa mayor, una premisa menor, y una conclusión. En la demanda se intercalan en distintos puntos de la argumentación los elementos constitutivos de cada uno de estos pasos del juicio de sustitución constitucional.

Así, en cuanto a la premisa mayor del juicio de sustitución, el actor explica que “el carácter fundante y omnipresente de la democracia resulta reafirmado a su vez en el Título I de la Constitución, algunas de cuyas disposiciones perfilan el modelo adoptado en el texto constitucional”; y refiere a lo dispuesto en los artículos 1, 2 y 3 de la Carta Política. Específicamente cita el artículo 1º, según el cual “Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales”. Para el demandante, esta norma consagra “el fundamento de las competencias que de manera expresa el constituyente le otorgó a las entidades territoriales, reconociéndole, en desarrollo del principio de la descentralización, la autonomía, esto es, capacidad para decidir sobre sus propios y particulares asuntos, sin desconocer con ello el carácter unitario de la República”. El actor afirma que este principio de descentralización y autonomía territorial también se refleja en los artículos 209 y 287 Superiores, y argumenta:

“Interpretando los textos constitucionales, se observa que la Constitución armoniza el Estado unitario con la descentralización, la desconcentración y la delegación. Lo anterior está indicando un centro de impulsión política y gubernamental, lo cual se confirma en los artículos 115 y 189 de la Constitución, al instituir al Presidente de la República como jefe de Estado, jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa. // En el régimen constitucional colombiano se ha armonizado el Estado unitario con la descentralización territorial. No hay incompatibilidad en que el Presidente de la República ostente la triple calidad de jefe de Estado, jefe de gobierno y suprema autoridad administrativa, y que las entidades territoriales ejerzan sus propias competencias conforme a la ley.

(...) Así, se da cumplimiento a lo dispuesto sobre autonomía de las entidades territoriales en la Carta Política, la cual la atribuye reconociéndoles a éstas diversos grados de libertad en la toma de decisiones sobre asuntos que comprometen sus intereses propios, libertad que en todo caso, y mucho más tratándose de protección del medio ambiente y explotación de recursos naturales, bienes que hacen parte del patrimonio de la nación, está supeditada al propósito de fortalecer y preservar los intereses y bienes de la República unitaria”.

Para sustentar su tesis sobre la compatibilización entre la República unitaria y la descentralización y autonomía territorial, el actor alude a las sentencias C-534 de 1996, C-517 de 1992, C-497-A de 1994 y C-925/06.

En cuanto a la premisa menor del juicio de sustitución, el actor explica que el Acto Legislativo revisado no contiene una modificación integral de la Constitución de 1991, sino una reforma específica de los artículos 360 y 361, es decir, “se trataría, entonces, de una modificación parcial de la Constitución que, sin embargo, puede involucrar distintos elementos esenciales de la Carta de 1991”. Y añade:

“Para identificar cuáles de dichos elementos están en juego es preciso acudir al tenor literal de la propuesta de reforma constitucional: Por el cual se constituye el Sistema General de Regalías, es decir, se trata de la posibilidad de establecer que el manejo de una parte importante de los recursos de regalías estarán en manos del Gobierno Nacional, lo que va en contravía del espíritu descentralizador y de la autonomía de las entidades territoriales que caracterizó la Constitución de 1991.

El constituyente del 91 dotó entonces a las entidades territoriales de autonomía en el marco de un país descentralizado en cuanto al ejercicio de las competencias del Estado y la asignación y aplicación del gasto público y consciente del desequilibrio fiscal vertical obligó a la Nación a ceder una porción de sus rentas – Arts. 356 y 357 de la C.P.

Las medidas tomadas en la reforma constitucional sobre regalías son lesivas a los principios constitucionales que moldean nuestra Constitución, en especial del artículo primero de nuestra Carta Política.”

También señala el demandante que el Acto Legislativo demandado está instaurando un sistema centralista en el régimen de regalías:

“Es centralista el nuevo esquema del Acto Legislativo 05 de 2011, por dos razones. Primero porque, la reforma prevé que en adelante se necesitará el deseo del Ejecutivo para modificar el Sistema de Regalías. Segundo, porque no es claro que el Fondo de Ahorro y Estabilización tenga como titular de su patrimonio a las regiones, así se diga que el

ahorro se genera en épocas de bonanza para gastarlos en las propias regiones cuando disminuyan los recursos.

El Acto Legislativo 05 de 2011, de reforma a las regalías, es para enderezar el hueco fiscal del Gobierno Central.

De allí que para el Gobierno Central es indispensable el ordenamiento de los recursos que dejen la explotación de hidrocarburos y minas, sobre todo porque con ello se implementaría la Regla Fiscal, y que le permitiría al país corregir el alto déficit de recursos.

Esta situación forma parte de los grandes retos que tiene el Gobierno en materia macroeconómica, sobre todo ahora que el país vive un período prolongado de revaluación.

(...) Como es de esperarse, las regiones productoras y portuarias van a sufrir pérdida en términos de recursos para atender el cubrimiento de necesidades básicas de su región con la señalada modificación de las regalías.

El Acto Legislativo propuesto y promulgado este 18 de julio de 2011 por el Gobierno, busca ampliar el número de beneficiarios a todas las regiones del país y cambiar los principios y lineamientos del sistema.

Los detalles de la nueva distribución serán definidos posteriormente mediante ley.

Con la enmienda constitucional propuesta se crean varios fondos que se nutren de los recursos de las regalías.”

En criterio del actor, el artículo 1º de la Constitución concilia el Estado unitario con la autonomía, pero ello quedaría en letra muerta de ser aprobado el Acto Legislativo sobre el sistema de regalías, “por cuanto todos los actos administrativos encontrarán la limitante en las diversas leyes que determinen la suprema orientación y control de los entes centrales”. Por las anteriores razones, el actor afirma que “no es posible armonizar la reforma constitucional con el resto de normas constitucionales que no fueron modificadas por ella y que reflejan aspectos claves de lo insustituible”.

En el mismo sentido, el demandante precisa que el Acto Legislativo demandado “además de ser una situación por completo novedosa, plantea serios interrogantes acerca de si se mantienen o se sustituyen por otros opuestos, elementos basilares de la Carta vigente, en cuanto constitutivos de su identidad. El gobierno en el fondo quiere tomar los recursos de los departamentos y municipios productores para otros fines económicos nacionales; es decir, quiere centralizar las regalías y esa visión de Estado desdibuja la Constitución del 91 y de seguro no la comparte el ciudadano que habita los municipios y departamentos en donde se explotan estos recursos naturales. // No queda duda para quien analiza el Acto Legislativo en cuestión, que el Gobierno busca principalmente acabar con la distribución del esquema actual, que establece una relación directamente proporcional entre la cantidad de recursos explotados y el volumen de las regalías, lo que viene permitiendo que las entidades territoriales con mayores recursos explotados reciben mayor volumen de regalías, considerando el Gobierno, como fundamento principal

de su proyecto, que el 80% de estos recursos se concentran en el 17% de la población colombiana, por lo que pretende redistribuir en toda la población, estos recursos.”

De manera marginal, el actor afirma que “existen inquietudes y preguntas sobre el grado de coordinación entre este proyecto de Acto Legislativo y el de la ley de ordenamiento territorial”, específicamente en cuanto al uso de la figura de las regiones en ambos cuerpos normativos.

Adicionalmente, y en relación tanto con el cargo por sustitución de la Constitución como con el cargo por omisión del requisito de consulta previa, el actor inserta las siguientes consideraciones sobre lo que prevé será el impacto institucional del Acto Legislativo demandado:

“Es claro que cualquier alteración constitucional que ocurra en el sistema de distribución de regalías, se afectarán los recursos que por regalías reciben el Departamento de la Guajira y los municipios productores, lo que incidirá en últimas en los resguardos indígenas ubicados en esas entidades territoriales, lo que tiene notables repercusiones en toda la estructura estatal y en el conjunto de valores y principios que la sustentan. La reforma constitucional promulgada en regalías tiene hondas repercusiones en el diseño institucional adoptado por el Constituyente y en derechos, valores y principios constitucionales (...).

La reforma propuesta y promulgada en la distribución de las regalías se desconocería la descentralización y autonomía de las entidades territoriales y, preservaría por un lapso prolongado las tendencias centralizadora del actual Gobierno (sic), así como los equipos encargados de desarrollar esas políticas y propiciaría la continuidad de la mayoría dominante en el centro del país, con notable retraso de la descentralización y autonomía de los entes territoriales propugnada por el constituyente del 91.

(...) El desequilibrio y concentración de poderes en el centro, son elementos totalmente opuestos o contrarios a los originalmente plasmados en la Constitución. Ello quiere decir que la Constitución de 1991 no sería reconocible en la que llegara a surgir la reforma propuesta en la distribución de las regalías, ya que se están reemplazando la forma política plasmada en la Carta actual, pues, según fue analizado, de esa forma política hacen parte el sistema de gobierno, el régimen político, la forma de gobierno y también la forma de Estado. (sic)”

Por último, inserta un segmento en su demanda sobre la forma como el Acto Legislativo demandado haría fiscalmente inviable al Departamento de la Guajira, por disminuir los montos de recursos por regalías que actualmente recibe:

“El Acto Legislativo 05 de 2011, según deducen los guajiros, significa la reducción sustancial de dineros suficientes para atacar los más

importantes problemas sociales que en la actualidad están centrados en la dotación de agua potable y saneamiento básico, garantizar los derechos a la salud, educación, atacar el hambre, el desempleo, el analfabetismo y sobre todo, garantizarle la vida a los niños menores de un año.

La capacidad fiscal de nuestros municipios y del Departamento de La Guajira, en cuanto tiene que ver con la presencia del Cerrejón, debe analizarse con mucho cuidado, entendida esta como la posibilidad que tienen nuestros entes territoriales de recabar rentas del sector privado, y trasladarlas al sector público.

Existe una inseguridad, para no llamarlo evasión, del Cerrejón en el pago de los impuestos territoriales, recursos que deberían ser de la magnitud o superior a los recibidos por Regalías, situación que conducen a una desigual capacidad fiscal de nuestros entes territoriales y a la imposibilidad de no asignación del gasto público necesario para satisfacer necesidades básicas y a la casi imposibilidad en ciertas situaciones de lograr un nivel básico de servicios necesarios, lo que sólo puede ser conjurado a través de un sistema de control estatal que consulte criterios de equidad.

El contrato del Cerrejón contempla un pago de regalías del 15% y unos términos respecto a la liquidación de las mismas, las deducciones por el valor del transporte al puerto, el manejo ambiental y las ratas de extracción, lleno de gabelas. Esto dio origen a numerosas denuncias y pedidos por revisión de organismos de control, parlamentarios, autoridades locales, columnistas y la población organizada.

En la concesión tampoco se contempla un mecanismo efectivo de cuantificación del volumen extraído y en consecuencia las regalías se pagan sobre los reportes de producción que hace la multinacional, pues el Estado no hace ninguna fiscalización.

Sobre la existencia de corrupción, uno de los argumentos fuertes del centralismo, creemos que la corrupción no es un problema exclusivo de las regiones y que de hecho es un fenómeno que se presenta también en el nivel central y posiblemente en la explotación del Carbón, en donde podemos encontrar mucho sobre corrupción, para sorpresa de todos. En este sentido, lo que debe hacerse es establecer estrategias eficaces contra la corrupción, como por ejemplo, fortalecer el control institucional.

Al igual, debe existir una estrategia que defienda a los entes territoriales en el cobro de sus impuestos ante una Multinacional, que sin lugar a dudas utiliza todo su poder económico para acomodar estos pagos, lo que vendría a ser parte de la gran frustración que invade a nuestra región, que no recibe lo suficiente para lograr salir de la pobreza en que se debate.”

IV. PRUEBAS DECRETADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Mediante auto del 5 de agosto de 2011, la Magistrada ponente ofició a los Secretarios de las cámaras legislativas para que remitieran distintos documentos atinentes al proceso de formación del Acto Legislativo 05 de

2011. Posteriormente, mediante auto del 16 de septiembre de 2011, requirió el envío de algunos documentos adicionales. Los documentos y constancias solicitados fueron remitidos por los referidos funcionarios, y forman parte del expediente que soporta el presente proceso de constitucionalidad. Recibidos los anteriores documentos, mediante auto del 7 de octubre de 2011 se dispuso continuar con el trámite normal del proceso.

V. INTERVENCIONES DE AUTORIDADES

1. Intervención de la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República.

La Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República, Cristina Pardo Schlesinger, intervino oportunamente en el curso del presente proceso para solicitar que la Corte declare exequible el acto legislativo bajo revisión.

1.1. En relación con el cargo relativo a la falta de consulta previa del Acto Legislativo, la interviniente recapitula la jurisprudencia constitucional sobre la materia, enfatizando que la obligación de adelantar consulta previa de medidas legislativas tales como la que se demanda se activa “en todos aquellos casos en que el acto afecte ‘directamente’ los intereses de la comunidad indígena”, por lo cual “la necesidad de determinar cuándo una decisión específica afecta de manera directa los intereses de la comunidad se convierte en el tema decisivo: no basta con afirmar que un asunto concreto afecta directamente los intereses de la comunidad si previamente no se ha definido lo que se entiende por ‘afectación directa’”. Además, explica que una interpretación expansiva de la obligatoriedad del requisito de consulta previa sería inconstitucional:

“este análisis resulta indispensable porque, por gracia de una interpretación extensiva del término, cualquier decisión de orden nacional, aplicable a todos los colombianos, sin distinción de su condición racial, pero que afectara directamente a las comunidades indígenas, tendría que ser incluida en el grupo de las que deben ser objeto de consulta, circunstancia que desvirtuaría la especificidad misma del procedimiento y establecería una instancia superior pre legislativa, permanente y general, de alcance no regulado en la Carta Política”.

Por lo anterior, recuerda que la jurisprudencia constitucional “ha precisado que el término ‘directo’, utilizado en el marco de la consulta previa, debe entenderse referido a aquellas decisiones legislativas o administrativas que afectan directa y específicamente los intereses de las comunidades indígenas o tribales, no de aquellas medidas generales y abstractas destinadas a regular el alcance de los derechos de los habitantes del territorio nacional”; y cita a este respecto distintos apartes de las sentencias C-030/08, C-915/10 y C-175/09, para concluir:

“Lo que se deduce de la jurisprudencia constitucional es, entonces, que a pesar de que ciertas medidas generales afecten directamente los intereses de las comunidades indígenas, sólo deben consultarse previamente aquellas que lo hagan en virtud de su condición étnica o territorial específica, y no en cuanto hagan parte del conglomerado colombiano. Y se considera que existe una afectación directa, para efectos de la consulta, ‘cuando la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios’.

De la jurisprudencia pertinente se tiene también que la consulta previa es un privilegio que emerge de la condición étnica cuando la misma es relevante para establecer distancia de la condición uniforme de los habitantes del territorio nacional, privilegio que desaparece, sin embargo, cuando la condición étnica no es distintiva ni relevante respecto de la afectación de ciertos intereses por parte de medidas estatales específicas. De allí que cuando la medida legislativa afecte a los grupos étnicos en condiciones de uniformidad con el resto de habitantes del territorio nacional, éstos deban acudir a los canales de participación que el sistema legal ofrece en similares condiciones de uniformidad.”

En aplicación de las anteriores pautas, la interviniente considera que el Acto Legislativo 05 de 2010 no debía ser materia de consulta previa por no implicar una afectación directa de los grupos étnicos del país; sustenta su postura así:

“En efecto, el Acto Legislativo 05 de 2010 regula el manejo y distribución de las regalías que se obtienen por explotación de los recursos naturales, sistema que concierne a todos los habitantes del país en condiciones uniformes. La distribución y manejo de las regalías prevista por el Acto Legislativo está pensada para favorecer los intereses de los colombianos sin distingo racial o énfasis territorial y afecta los intereses de todas las entidades territoriales por igual.

Así las cosas, pese a que la norma puede haber modificado ciertas reglas de distribución de las regalías, dicha modificación no tiene la virtud de afectar a las comunidades indígenas en cuanto tales o en función de la ocupación de territorios específicos. Prueba de ello es que los efectos de la reforma constitucional se aplicarán por igual a comunidades indígenas en cuyos territorios se exploten recursos naturales que a aquellas asentadas en territorios en que no se da ninguna explotación.

La alteración del sistema derogado produce efectos en todos los niveles de la estratificación territorial, circunstancia que indica que las consecuencias jurídicas del Acto Legislativo son análogas para toda la población y en todo el territorio nacional.

En tanto que los efectos de la medida no son específicos, exclusivos ni excluyentes, las comunidades indígenas no estaban en posición de exigir la garantía de la consulta previa a que hace referencia el artículo 330 constitucional.

Y aún si se admitiera que los efectos de la reforma constitucional son directos respecto de las comunidades indígenas, habría que reconocer inmediatamente que también lo son para el resto de los colombianos, pues la cobertura de la reforma constitucional es general y uniforme.

Lo anterior, además, porque, como lo indica el artículo 332, en concordancia con el 360, los recursos del subsuelo, cuya explotación genera un derecho a regalía, son de propiedad del Estado, el cual podrá repartirlos entre las entidades territoriales. El hecho de que la propiedad de los recursos sea del Estado y que, en virtud del artículo 360, las entidades territoriales tengan sólo un derecho de participación, implica que la potestad de incidencia de las comunidades indígenas sobre la destinación de las regalías no sea distinta que la de las demás entidades territoriales, y que no esté investida de privilegio alguno por encima de éstas o que no se ejerza en condiciones diferentes a las demás.”

1.2. En relación con el cargo por sustitución de la Constitución, afirma en primer lugar que, teniendo en cuenta la carga argumentativa especial que deben cumplir quienes demanden un Acto Legislativo por este concepto, la Corte debe inhibirse por ineptitud sustantiva de la demanda:

“En el caso de la demanda de la referencia, hay que reconocer que el actor se esfuerza en demostrar que el régimen de descentralización administrativa y autonomía territorial ha sido sustituido por otro, en virtud de la modificación del régimen de regalías, pero también hay que admitir que dicha argumentación es insuficiente y poco convincente. // La argumentación es insuficiente porque no logra demostrar que bajo la nueva metodología de reparto de recursos provenientes de las regalías, las entidades descentralizadas han perdido la capacidad de administrar sus propios recursos, o que la Nación ha asumido competencias jurídicas que limitan la capacidad de autogestión de las entidades descentralizadas territorialmente. La demanda afirma, como bien puede reconocerse, que el cambio del régimen jurídico es importante y realmente afecta los intereses fiscales de las entidades territoriales, pero de allí no se sigue que el régimen constitucional haya sufrido un impacto regulativo que lo haga irreconocible al reflejo de lo que existía antes de la reforma. No es posible afirmar que con la transformación del régimen de regalías el sistema de descentralización perdió su fisonomía o que las entidades territoriales hayan dejado de ser autónomas en el manejo de sus recursos. Los cargos son insuficientes porque no es posible establecer una conexión lógica necesaria entre la reducción de recursos y la sustitución del sistema de descentralización administrativa en el país.

Las razones presentadas por el demandante resultan, además, abstractas y poco concisas, lo que debilita el grado de concreción del cargo de inconstitucionalidad. (...) y ello, entre otras cosas, porque el argumento de la demanda yerra radicalmente al asignar a las regalías la condición de ser recursos propios de las entidades territoriales. El artículo 360 de la

Constitución sostiene que las entidades territoriales tienen derecho a participar en la distribución de las regalías, pero reconociendo siempre la titularidad de las mismas por parte del Estado. En estas condiciones, un argumento que se fundamente en un supuesto derecho de propiedad de las regalías por parte de las entidades territoriales constituye una premisa falsa sobre la que es imposible edificar un razonamiento convincente en materia de sustitución de la Constitución”.

Sin perjuicio de lo anterior, la interviniente afirma que en criterio de la Secretaría Jurídica de la Presidencia, el Acto Legislativo 05 de 2011 no contiene ninguna disposición que conlleve una sustitución de la Constitución Política de 1991. A la luz de la definición jurisprudencial de la noción de sustitución de la Carta, y teniendo en cuenta la metodología fijada por la Corte para efectuar el juicio de sustitución, argumenta:

“De acuerdo con esta metodología, y para contestar el cargo de la demanda, habría que empezar por reconocer que, en principio, la descentralización administrativa y la autonomía de las entidades territoriales son elementos definitorios de la forma de Estado en Colombia. De hecho, así está consignado en el artículo 1º de la Carta Política, norma que puede reconocerse como contentiva de principios estructurales de la Constitución.

No obstante, la demanda de esta referencia se dirige a cuestionar la constitucionalidad de una norma que modifica el sistema de reparto de las regalías. En este sentido, al referirse al modelo descentralizado con autonomía de las entidades territoriales, es indispensable vincular dicha estructura con el régimen constitucional de regalías, pues el alcance de dicho régimen determina el alcance de la descentralización administrativa y la autonomía territorial en esta materia específica.

En consecuencia, además de admitir que el Estado colombiano está organizado como república unitaria con descentralización administrativa y autonomía de sus entidades territoriales, y que por virtud de dicha autonomía éstas pueden administrar libremente sus recursos propios, también debe aceptarse que, en materia de recursos naturales, el titular del derecho de propiedad es el Estado (art. 332 C.P.), al tiempo que las entidades territoriales tienen un derecho de participación en los réditos de su explotación. Así lo determinan el artículo 360 de la Carta cuando asegura que los municipios y departamentos tendrán ‘derecho a participar en las regalías y compensaciones’ producto de la explotación de los citados recursos.

De acuerdo con lo dicho, dado que las entidades territoriales tienen un derecho de participación, pero no son titulares de los recursos naturales objeto de explotación, el régimen de descentralización y autonomía territorial en lo que concierne a las regalías no se ve afectado por la forma en que se distribuye la participación en las mismas. En otros términos, antes de que se entreguen a las entidades territoriales, a título de participación, los recursos provenientes de las regalías no son de

propiedad de las entidades territoriales, lo que significa que, respecto de ellos, dichas entidades no ejercen la plenitud de las prerrogativas que les confiere su condición de entidades autónomas.

Lo anterior quiere decir que la modificación de la forma en que las entidades territoriales acceden a la participación de las regalías no afecta la estructura descentralizada y de autonomía territorial del Estado colombiano. Se trata de la modificación de un sistema de reparto que por disposición de la propia Constitución está sujeto a la libre configuración del legislador, sobre la base de que los recursos son de la Nación, pero se reparten en la forma indicada entre las entidades territoriales.

Dicho de otro modo, la norma que regula el método de participación de las entidades territoriales en la asignación de las regalías no modifica el régimen de autonomía territorial porque los recursos provenientes de las regalías no son recursos propios hasta que no han sido objeto de reparto.”

2. Intervención del Departamento Nacional de Planeación.

Obrando por intermedio de apoderado especial, el Departamento Nacional de Planeación intervino en el curso del presente proceso para defender la constitucionalidad del Acto Legislativo 05 de 2011.

2.1. Frente al cargo por omisión de la consulta previa del Acto Legislativo, luego de efectuar un recuento de las distintas garantías constitucionales que amparan a los pueblos indígenas, afirma que “sólo es obligatorio el procedimiento de la Consulta Previa, cuando se trata de normas legales o administrativas que afecten de manera directa a las referidas comunidades”; cita a este respecto la sentencia C-702 de 2010, en la que se reiteró esta regla en relación con un Acto Legislativo.

El interviniente explica que el proyecto inicial de Acto Legislativo sobre el sistema de regalías que presentó el Gobierno Nacional ante el Congreso de la República no impactaba directamente a los grupos étnicos del país, sino por igual a todos los colombianos, ya que no se referían en forma directa a las comunidades o los resguardos indígenas.

También precisa que “el propio demandante acepta que solo hasta el año 2002 y mediante la ley 756 se establece en su artículo 11, un derecho de los resguardos indígenas, ubicados a no más de cinco (5) kilómetros, (sic) a percibir el cinco por ciento (5%) de las regalías directas correspondientes a un departamento o el veinte por ciento (20%) de las regalías directas correspondientes a un municipio para inversión en las zonas donde estén asentadas esas comunidades indígenas, ordenando además, que esas regalías deben ser utilizadas en la forma que establezca el artículo 15 de la ley 141 de 1994”. En criterio del interviniente, “para nadie sería discutible que los señalados mandatos legales, debieron haber sido consultados en su oportunidad, puesto que afectaban de manera directa a una minoría étnica”;

pero no obstante, “de lo anterior, no puede concluirse como se pretende en la demanda acumulada, que el proyecto de acto legislativo ha debido ser consultado”.

Asímismo, indica que el proyecto de acto legislativo remitía a una ley de desarrollo “para hacer vinculantes sus mandatos, de tal manera y medida, que sin ésta, el Acto Legislativo carece de efectividad”. En tal sentido, el interviniente afirma:

“la obligación de la consulta previa debe predicarse de la ley que desarrolle la reforma constitucional, mas no del proyecto de Acto Legislativo. Y en efecto así sucedió, el Gobierno inició los trámites de consulta previa del proyecto de ley que regula el Sistema General de Regalías a las Comunidades indígenas, a las Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras y a la población Rroom o gitana, procesos que culminaron con las correspondientes firmas de las actas de protocolización el pasado viernes 14 de octubre, razón por la cual, ese mismo día, el proyecto de ley fue presentado a la consideración del Congreso de la República dentro del término de tres meses previsto en el parágrafo 4 transitorio del artículo 2 del Acto Legislativo No. 5 de 2011. Desafortunadamente las comunidades indígenas no aceptaron ser consultadas razón por la cual no firmaron ningún acta en este sentido”.

A continuación el interviniente sostiene que tampoco era obligatorio adelantar consulta previa durante la fase siguiente a la de presentación del proyecto de Acto Legislativo por el Gobierno, es decir, en relación con las distintas modificaciones introducidas por las cámaras legislativas a la propuesta gubernamental inicial. Precisa que en su criterio, la obligación de consulta previa de medidas legislativas únicamente es predicable del proyecto inicial, y no del texto que vaya siendo discutido y modificado, ni del resultado final del proceso.

2.2. En cuanto al cargo por presunta sustitución de la Constitución, el interviniente también afirma que no asiste razón al demandante y solicita que el Acto Legislativo sea declarado exequible por este concepto. Luego de hacer un recuento de la jurisprudencia constitucional sobre el juicio de sustitución, el interviniente alega que la reorganización del sistema de regalías establecida en el Acto Legislativo 05 de 2011 no está alterando los ejes constitucionales de la descentralización o la autonomía territorial:

“La reforma adecúa los recursos a las necesidades y, desde esta perspectiva está dentro de los parámetros admisibles de autonomía territorial y de descentralización que son los principios que el Constituyente de 1991 consideró de importancia. La redistribución que se establece, respecto de los que no recibían recursos, está destinada a fortalecerlos desde una nueva perspectiva, como es el desarrollo y la compensación regional.

Es de indicar que esa clase de reorganizaciones son producto del régimen unitario y que las regalías como ha dicho la Corte Constitucional no son de propiedad de las entidades territoriales. Desde esta perspectiva, mal puede sustituirse una Constitución cuando el órgano de control de la misma ha puntualizado sus alcances y el carácter de estos recursos. Obviamente, en estos casos debe utilizarse un ejemplo límite que permita entender el criterio de la Corte. Este no sería otro que regresar a la Constitución de 1886, sin sus reformas, en donde los actos de la entidad territorial se supeditaban al nivel central, podían ser revocados, no se elegían los funcionarios territoriales y, por ende, no gozaban de competencias autónomas.

Una redistribución de las regalías como ésta, como lo fue la del Sistema General de Participaciones –SGP, no significan esa clase de cambios pues mantienen la esencia de la descentralización expresada en el artículo 286, competencias propias, recursos propios y funciones.”

Indica que las normas del Acto Legislativo 05 de 2011 “se limitan a reformar parcialmente algunos artículos de la Constitución Política, que en ningún caso, ni se ha pretendido, ni mucho menos logrado, sustituir mandatos sustanciales de la misma”. Luego de describir las disposiciones de este Acto Legislativo que aluden a las entidades territoriales, afirma, en relación con el principio de autonomía territorial: “¿Cómo puede afirmarse que las normas anteriormente comentadas, pertenecientes al Acto Legislativo No. 5 de 2011, sustituyen el principio de autonomía territorial cuando, según lo acabamos de ver, ellas mismas ordenan la primacía de las autoridades regionales (departamentales y municipales) versus las autoridades nacionales (Gobierno Nacional) en los órganos encargados por el propio mandato constitucional de aprobar y decidir cada uno de los proyectos de inversión que van a ser financiados con recursos del Sistema General de Regalías?”.

En la misma línea, aludiendo al principio constitucional de descentralización, el interviniente precisa que éste “impide cualquier intento de centralización para el manejo de los intereses territoriales”, y argumenta que el Acto Legislativo no lo desconoce puesto que no está atribuyendo potestades decisorias en materia de regalías a las autoridades nacionales.

3. Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público intervino, por intermedio de apoderado, en el curso del presente proceso para solicitar a la Corte que declare exequible el Acto Legislativo 05 de 2011.

3.1. En relación con el cargo por falta de iniciativa constituyente en cabeza de los Ministros, el interviniente presenta tres argumentos alternativos a la Corte: (a) no se violó la Constitución porque los Ministros son voceros del Gobierno ante el Congreso; (b) se debe dar aplicación al principio de instrumentalidad de las formas; y (c) se trataría en cualquier caso de un vicio saneable.

(a) En cuanto a la falta de violación de la Constitución por existir una facultad de representación del Gobierno en cabeza de los Ministros del Despacho, explica:

“Si bien la Constitución determina que el Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular constituyen el Gobierno, también expresa que cuando los Ministros actúan en relación con el Congreso, se entiende que son voceros del Gobierno Nacional.

La competencia que conforme a la Constitución y a la ley tienen los Ministros del Despacho no se limita a la tarea de presentar físicamente los proyectos o hacer la radicación personal de los mismos, requisito que no es exigible conforme al ordenamiento, sino a la capacidad jurídica de presentarlos en representación del Gobierno.

Al tener capacidad jurídica de representación ante el Congreso, pueden presentar proyectos de ley y de acto legislativo.”

En relación con la iniciativa legislativa, el interviniente señala que ésta es del Gobierno Nacional, refiriéndose a lo dispuesto en los artículos 154, 200 y 208 de la Constitución. También afirma que la Corte Constitucional, en la sentencia C-992 de 2001, declaró constitucional la presentación de proyectos de ley por parte de los ministros en tanto representantes del Gobierno que conforman; y explica que “el Gobierno Nacional puede presentar proyectos de ley a través de los Ministros, sin necesidad de que sean suscritos por el Presidente de la República”.

En relación con la iniciativa constituyente, el actor indica que según el artículo 375 de la Constitución, el Gobierno tiene la facultad de presentar proyectos de acto legislativo; y menciona que “en tal sentido, han sido presentados, debatidos, aprobados y declarados exequibles, respectivamente, diversos proyectos de Acto Legislativo presentados por el Gobierno, representado por sus Ministros como voceros del mismo”. A este respecto cita los siguientes proyectos de Acto Legislativos:

“-Proyecto de Acto Legislativo No. 11 de 2006, presentado con la firma del entonces Ministro de Hacienda y Crédito Público, doctor Alberto Carrasquilla Barrera, como consta en Gaceta del Congreso No. 366 de 2006. Proyecto aprobado y sancionado como Acto Legislativo 4 de 2007 ‘Por el cual se reforman los artículos 356 y 357 de la Constitución Política’, declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-427 de 30 de abril de 2008, Magistrado Ponente Doctor Manuel José Cepeda Espinosa, providencia reiterada en Sentencia C-1058 de 29 de octubre de 2008, Magistrado Ponente Doctor Manuel José Cepeda Espinosa.

- Proyecto de Acto Legislativo No. 34 de 2004, presentado con las firmas de los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y

Protección Social, doctores Alberto Carrasquilla Barrera y Diego Palacio Betancur, Gaceta de Congreso No. 385 de 2004. Proyecto aprobado y sancionado como Acto Legislativo 01 de 2005 ‘Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política’, declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia C-178 de 14 de marzo de 2007, Magistrado Ponente doctor Manuel José Cepeda Espinosa, providencia reiterada en sentencia C-293 de 25 de abril de 2007, Magistrado Ponente doctor Rodrigo Escobar Gil.”

En la misma línea el interviniente resalta que en distintos apartes de la sentencia C-178/07 la Corte determinó que el Acto Legislativo 01 de 2005 – sometido al Congreso por los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Protección Social- había sido presentado por el Gobierno. Y concluye que “en consecuencia, la presentación de un proyecto de Acto Legislativo por parte de un Ministro no vicia su trámite, por cuanto éste, de conformidad con lo señalado en la Constitución Política de Colombia y el precedente establecido por la Honorable Corte Constitucional, es vocero del Gobierno y lo representa ante el Congreso, salvo que el Presidente de la República expresara claramente lo contrario. Por lo anterior, es constitucional la iniciativa gubernamental a través de los respectivos ministros, para presentar proyectos de ley y de actos reformativos de la Constitución, teniendo en cuenta, la exequibilidad del trámite de los Actos Legislativos 01 de 2005 y 4 de 2007, declarada por la Corte Constitucional, cuyos proyectos fueron presentados ante el Congreso por los Ministros del ramo correspondiente, sin que hubieren sido suscritos por el Presidente de la República.”

(b) También argumenta que frente a este cargo en particular la Corte debe dar aplicación al principio de la instrumentalidad de las formas. Recuerda que en la sentencia C-1043 de 2005 la Corte Constitucional determinó, en aplicación de este principio, que en relación con los actos legislativos debe darse cumplimiento a las mismas disposiciones constitucionales que regulan el procedimiento legislativo, y que es aplicable a los actos legislativos la diferenciación entre violaciones del reglamento del Congreso y vicios de inconstitucionalidad. En esta línea, afirma que “en el momento de hacer el estudio de constitucionalidad de un Acto Legislativo es innecesaria la diferencia entre iniciativa legislativa y constituyente, ya que de conformidad con la jurisprudencia citada las disposiciones constitucionales que regulan el procedimiento legislativo son aplicables al momento de juzgar su constitucionalidad. // Así también resalta la Corte, que los defectos de forma o procedimentales no condicionan indefectiblemente la inconstitucionalidad del acto, en tanto no tengan la ‘entidad suficiente’ para constituir un vicio de procedimiento.”

Por tal razón, solicita a la Corte que se declare exequible el acto acusado, “por cuanto la presentación de un Proyecto de Acto de Reforma por parte del Gobierno Nacional, se puede hacer a través de un Ministro, como vocero ante el Congreso, como consecuencia de aplicar las normas del trámite legislativo

al trámite constituyente; y aún en caso de no aceptarse la tesis, dicha irregularidad no tendría la entidad suficiente para consolidar un vicio en el procedimiento.”

(c) En forma subsidiaria, solicita a la Corte que, en caso de determinar que se incurrió en un vicio de inconstitucionalidad, se considere que dicho vicio es saneable, y que lo fue por la sanción presidencial; o que en caso dado, se devuelva el proyecto al Presidente de la República para su firma: “la falta de firma del Presidente de la República en la presentación del Proyecto de Acto Legislativo, se encontraría ‘convalidado’ con la firma o sanción del Acto Legislativo 5 de 2011, como consta en el Diario Oficial No. 48.134 de 18 de julio del mismo año, e incluso, si fuere necesario, se podría subsanar devolviendo el proyecto al Presidente para su suscripción”.

3.2. En relación con el cargo por violación del Reglamento del Congreso, en la medida en que los informes de ponencia no recogieron las intervenciones de la ciudadanía durante las audiencias públicas realizadas en el trámite del proyecto de Acto Legislativo, el interviniente afirma que (a) no se trata de un requisito constitucional, y (b) no se desconoció el principio de publicidad durante el procedimiento legislativo.

(a) El interviniente considera que los congresistas ponentes, en sus respectivos informes, no están obligados a incluir las observaciones formuladas por los ciudadanos en el curso del trámite legislativo. Indica que pese a la importancia constitucional del informe de ponencia, cuya finalidad es materializar el principio de publicidad, no es legalmente obligatorio consignar dentro del mismo las intervenciones de los ciudadanos; y recuerda que en virtud del artículo 232 de la Ley 5^a de 1992⁵, “la ley admite cierto grado de discrecionalidad en lo relacionado con el contenido de las ponencias pues admite que sea el criterio de juicio de cada congresista el que determine el contenido esencial de la misma, dentro de los límites de la Constitución y la ley”, precisando que “el artículo 231 de la Ley 5 de 1992 no obliga a los ponentes, en ningún momento, a incluir en sus informes de ponencia las observaciones presentadas por los ciudadanos en audiencias públicas”. Para sustentar su postura cita un aparte de la sentencia C-1040 de 2005, en el cual la Corte expresamente afirmó que los ponentes no están bajo dicha obligación⁶.

⁵ “Artículo 232. Contenido de la ponencia. El ponente del respectivo proyecto deberá consignar la totalidad de las propuestas o modificaciones planteadas que considere importantes y las razones para su aceptación o rechazo, siempre que las observaciones se hayan efectuado a más tardar tres (3) días antes de la presentación del informe con entrega personal de las exposiciones”.

⁶ El extracto de la sentencia C-1040 de 2005 que cita el interviniente es el siguiente: “Sobre las observaciones u opiniones que formulen los ciudadanos en torno a un determinado proyecto, la jurisprudencia constitucional ha admitido que su publicación e incorporación en la ponencia, y particularmente su aceptación, no constituye un imperativo para el Congreso. Dicho en otras palabras, que en torno al cumplimiento de las previsiones contenidas en los artículos 232 y 233 del Reglamento del Congreso, las Cámaras legislativas gozan de un alto grado de discrecionalidad pues no están obligadas a acoger las propuestas ciudadanas, debiendo sólo publicar e incorporar en la ponencia aquellas que el Presidente y Ponente consideren de importancia. Suponer lo contrario, que tales observaciones tienen carácter vinculante, comporta, a juicio de la Corte, una imposición que coartaría la libre autonomía del Congreso”.

(b) El representante del Ministerio también señala que el principio de publicidad fue respetado, puesto que las intervenciones de los ciudadanos durante las audiencias públicas sí fueron incluidas en las Gacetas del Congreso, publicación que suple dicha finalidad de publicidad, orientada a “permitir que los ciudadanos y demás Congresistas conozcan las observaciones presentadas dentro del trámite legislativo”. Recordando la delimitación jurisprudencial del principio de la instrumentalidad de las formas, el interviniente precisa que las actas de las audiencias públicas fueron publicadas en las siguientes Gacetas: (i) en la Gaceta 100 de 2011, el acta de la audiencia pública del 29 de octubre de 2010; (ii) en la Gaceta 223 de 2011, el acta de la audiencia pública del 13 de septiembre de 2010; (iii) en la Gaceta 572 de 2011, el acta de la audiencia pública del 23 de mayo de 2011; y (iv) en la Gaceta 589 de 2011, el acta de la audiencia pública del 27 de septiembre de 2010. “Por lo tanto –asevera el interviniente-, debe desvirtuarse la afirmación del demandante, según la cual la no inclusión de las audiencias públicas en las ponencias significa una violación al trámite establecido en el artículo 232 de la Ley 5 de 1992. Como se puede ver, el Congreso de la República actuó dentro de lo establecido por la ley”.

3.3. En relación con el cargo por violación del artículo 182 del Reglamento del Congreso, por haberse omitido rendir el informe allí exigido durante la primera y la segunda vuelta del trámite constituyente, el representante del Ministerio afirma que no es cierto lo que se dice en la demanda:

“El demandante manifiesta que una vez aprobado el texto definitivo en segundo debate en sesión plenaria del día 23 y 24 de noviembre de 2010 en la Cámara de Representantes, no se dio cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 182 de la Ley 5 de 1992 (...).

Esta afirmación del demandante no es cierta, por cuanto, una vez revisada la Gaceta 1.011 del 1 de diciembre de 2010, en la página número cuatro, se puede ver que el texto aprobado siguió el trámite dispuesto por el artículo 182 de la Ley 5 de 1992.

En este sentido, se observa que una vez aprobado el texto definitivo, los ponentes firman el documento, con el fin de que este sea remitido a la otra Cámara para que se dé continuación con el trámite. (...)

Además de lo expuesto anteriormente, es pertinente anotar que el texto se aprobó sin modificaciones, supresiones o adiciones, por lo tanto, en el informe sólo debía constar el texto definitivo que fue aprobado, tal y como se encuentra dispuesto en el inciso segundo del artículo 182 de la Ley 5 de 1992.

Por otro lado, el demandante manifiesta que a pesar de que se hace la conciliación de la iniciativa durante la segunda vuelta, no aparece el informe de que trata el artículo 182.

En este caso puntual, se debe hacer referencia al error en el que incurre el demandante, al pretender que se presente el informe de que trata el artículo 182 de la Ley 5 de 1992 cuando el texto de conciliación pasa de una cámara a otra para su aprobación o negación.

En este sentido, surge la necesidad de aclarar que el principio de publicidad en el caso de los informes de conciliación, se materializa cuando se publica por lo menos con un día de anticipación el texto que contiene el informe de conciliación, el cual se someterá a debate y aprobación de las respectivas plenarias. Por lo tanto, una vez aprobado en una plenaria el texto, este no tendrá que ser enviado a la otra cámara, pues a este no se le hacen modificaciones, supresiones o adiciones, simplemente se aprueba o se niega una vez se ha debatido.

Por la razón anteriormente expuesta, el informe de que trata el artículo 182 de la Ley 5 de 1992, se presenta únicamente cuando el proyecto de ley o acto legislativo es aprobado en la plenaria de una de las cámaras y en seguida pasa a consideración de la otra. Entendido así este artículo, es evidente que cuando el texto de conciliación es aprobado en una cámara no se tiene que elaborar el mencionado informe final para conocimiento de la otra cámara.”

3.4. En cuanto al cargo relativo a la falta de consulta previa con los grupos indígenas y afrodescendientes, conceptúa que no existía la obligación de llevar a cabo dicha consulta, en la medida en que ni el proyecto inicialmente presentado por el Gobierno, ni las sucesivas modificaciones introducidas al texto por el Congreso, constituyeron medidas que afectaran directamente a los grupos étnicos.

3.5. En cuanto al cargo por sustitución de la Constitución en sus ejes definitorios de la descentralización y la autonomía territorial, el interviniente argumenta ante la Corte que (a) no se presenta una sustitución de la Constitución; (b) la Corte Constitucional no es competente para realizar un control material del acto legislativo demandado; (c) el cargo es improcedente por ineptitud sustantiva de la demanda; y (d) el Estado es el titular de las regalías y el Acto Legislativo demandado pretende realizar una redistribución más equitativa de las mismas.

(a) El representante del Ministerio afirma en primer lugar que no se sustituyó la Constitución con la expedición del Acto Legislativo demandado, ya que el mismo “se dirige exclusivamente a adecuar el régimen de regalías a las condiciones socioeconómicas actuales, en tal sentido, es una reforma”. También señala que “el Acto Legislativo 5 de 2011 es una reforma, mas no una sustitución de la Constitución, en tanto los principios y valores contenidos en la Constitución no son opuestos o incompatibles al texto reformativo. Al contrario, se reafirman principios como la equidad, la promoción del bienestar general, la solidaridad, la concurrencia, entre otros”; y que “la reforma constitucional realizada responde a las necesidades de la sociedad colombiana en la actualidad, garantizando con ello la vigencia de la Constitución conservando su identidad y propugnando por la consolidación del Estado Social de Derecho dentro de una política económica equitativa”.

(b) El interviniente insiste en que “en materia de control de sustitución constitucional y de vicios de competencia, la Corte Constitucional no resulta competente para hacer un examen material, por cuanto se desbordaría la competencia señalada en el numeral 1° del artículo 241”. En esta línea afirma que “se considera improcedente presentar cargos de fondo o sobre el contenido material de la reforma, por lo tanto, no es posible proponer a la Honorable Corte Constitucional un estudio sobre la autonomía de las entidades territoriales o la descentralización administrativa”.

(c) Por otra parte sostiene que el cargo no está llamado a prosperar por ineptitud sustantiva de la demanda, puesto que el actor “interpreta de manera errónea el Acto Legislativo 5 de 2011, y se centra en exponer los tipos de reforma constitucional, y afirmar la negación de los artículos 1 y 2 constitucionales en relación con los principios de autonomía y descentralización territorial, sin argumentar ni exponer de manera clara, cierta y suficiente el concepto de la violación, en los casos en los cuales considera que hay una sustitución constitucional, y por lo contrario invita a la Corte a ejercer un control material del Acto Legislativo.” También afirma que “los cargos expuestos por la demanda no satisfacen ninguna de las exigencias señaladas por la Honorable Corte Constitucional, y por lo contrario sí incurre en contradicciones al momento de exponer los elementos fácticos relevantes y su relación con las disposiciones constitucionales que considera vulneradas.” Solicita en consecuencia que la Corte se declare inhibida para fallar.

(d) Por último, citando la jurisprudencia constitucional sobre la titularidad de las regalías en cabeza de la Nación y no de las entidades territoriales, el interviniente expresa que “las regalías pertenecen al Estado colombiano y el constituyente estableció un derecho de participación a favor de las entidades territoriales, en este sentido se quiere resaltar que el Acto Legislativo 5 de 2011, es una mejor distribución, más equitativa de las regalías, para que con un criterio regional, no solamente las entidades territoriales productoras o portuarias, se beneficien de estos recursos, y mediante un procedimiento de concertación entre autoridades departamentales y territoriales se escojan los proyectos de beneficio regional que se ejecutarán con tales recursos, sin perjuicio de los fondos de ahorro y la financiación de las pensiones territoriales”. También cita distintos pronunciamientos de la Corte sobre el principio de equidad en las políticas públicas en general, a saber, las sentencias SU-837 de 2002 y C-221 de 1997; concluye afirmando que “el Acto Legislativo 5 de 2011, va a permitir distribuir las regalías que está recibiendo el país y que va a recibir en forma creciente en los próximos años, entre todas las regiones del país, con equidad.”

4. Intervención del Ministerio de Minas y Energía.

Obrando por intermedio de apoderado, el Ministerio de Minas y Energía intervino en el presente proceso para solicitar a la Corte que declare la constitucionalidad del Acto Legislativo 05 de 2011.

4.1. En lo referente al cargo por falta de iniciativa constituyente en cabeza de los Ministros, el interviniente cita lo dispuesto en los artículos 200 y 208 de la Constitución, en el sentido de que corresponde al Gobierno, en relación con el Congreso, concurrir a la formación de las leyes por intermedio de los Ministros, y de que los ministros son los voceros del Gobierno en relación con el Congreso. Sobre esta base el apoderado argumenta que “la misma Carta establece la forma en que han de ejercerse por parte del Gobierno las facultades que le asisten en materia de su ‘conurrencia’ ante el Congreso de la República, previendo que ésta tenga lugar ‘por intermedio de los Ministros’, quienes al efecto son sus voceros”.

También considera el representante del Ministerio que la interpretación efectuada por el demandante de la Ley 5ª de 1992, para efectos de sustentar su cargo, es errónea.

El interviniente afirma que la Constitución no condiciona en ninguna forma la vocería del Gobierno que atribuye a los Ministros, sino que por el contrario le reconoce tal condición de manera amplia; y remite a la definición del término “Vocero” establecida en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua⁷, para concluir que “cuando la Constitución atribuye a los Ministros la vocería del Gobierno, les atribuye la capacidad legal y la legitimación para hablar en su nombre y representarlo”. En esta línea, el interviniente distingue entre la conformación del Gobierno, y la representación o vocería del mismo.

Para concluir, el interviniente afirma que “un proyecto de acto legislativo es presentado por ‘El Gobierno’ cuandoquiera que se presente por un Ministro de Despacho, sin necesidad que concurra a su suscripción personal el señor Presidente de la República”.

4.2. En cuanto al cargo por violación del artículo 232 de la Ley 5ª, por no haberse incorporado al informe de ponencia las intervenciones ciudadanas realizadas en audiencias públicas, el representante del Ministerio considera que (a) el cargo debe ser desestimado por ineptitud sustantiva, y (b) en cualquier caso, no asiste razón al demandante en su interpretación jurídica.

(a) El interviniente afirma que en este punto la demanda no satisface los requisitos mínimos trazados por la jurisprudencia constitucional ni con la carga argumentativa que le corresponde al actor, “pues ni siquiera indica e identifica con claridad cuáles son las observaciones u opiniones que se recibieron en el curso del trámite del proyecto de Acto Legislativo, con lo cual, de facto, le está solicitando a la H. Corte Constitucional que examine oficiosamente el trámite para poder determinar si se recibieron o no observaciones”. Asimismo, afirma que el actor tampoco cumplió con “la carga mínima de explicar por qué habría lugar a considerar que la evaluación de las

⁷ La siguiente es la definición transcrita en la intervención del Ministerio de Minas: “Vocero, ra. (De voz, poder, facultad). 1. m. y f. Persona que habla en nombre de otra, o de un grupo, institución, entidad, etc., llevando su voz y representación.”

observaciones fue llevada a cabo de manera irracional o arbitraria por los ponentes, que como se expondrá, sería la eventual razón para entender que el trámite de las mismas fue indebido”.

(b) Sin perjuicio de lo anterior, discrepa de la postura jurídica del demandante, por considerar que “no es cierto que en texto legal alguno se imponga la obligación incondicional e imperativa de incluir en el Informe de Ponencia todas las observaciones recibidas”. Luego de citar los artículos 230 a 232 de la Ley 5ª de 1992, el interviniente razona así:

“1. Las observaciones ciudadanas según como se consagran y regulan en la Ley 5, tienen un cauce y procedimiento determinado, que exige, entre otras cosas, que se formulen por escrito, que ese escrito se allegue en original y tres copias, y que una de las copias se dirija al Ponente.

Como ya se dijo, el demandante no se ocupó de individualizar e identificar cuáles son las observaciones ciudadanas que supuestamente se pretermitieron (ni mucho menos de acreditar que no se presentaron en la forma dispuesta por la Ley 5). En lo que respecta a sus propias comunicaciones, salta a la vista que ellas no cumplieron con los requisitos establecidos para considerarlas como una de aquellas observaciones a las que se refiere el artículo 231 de la Ley 5, sino correspondieron a comunicaciones con la naturaleza de un derecho de petición.

2. Se deriva también de las normas transcritas que la publicidad de las observaciones se cumple a través de su incorporación en la Gaceta del Congreso y no en el Informe de Ponencia.

3. Así mismo, del texto literal de las normas en comento se desprende que ellas no implican de suyo una obligación para el ponente, sino que es discrecional de éste incorporar o no, tanto en la Gaceta del Congreso como en el Informe de Ponencia, las observaciones recibidas.”

También alude a las sentencias C-543 de 1998 y C-1040 de 2005, para reiterar que “la decisión de la Corte Constitucional corrobora y reafirma que la incorporación de las observaciones ciudadanas en los informes de ponencia constituye una facultad discrecional del ponente según la evaluación que haga de las mismas, y no un imperativo de obligatorio cumplimiento cuya inobservancia pueda viciar la constitucionalidad de un acto legislativo. Indiscutiblemente, la evaluación que conduzca a determinar si incorpora o no una determinada observación en el Informe, debe ser ejercida de manera ponderada, seria y razonable por el ponente, pero no puede presumirse, entre otras razones porque ni siquiera así lo insinúa el demandante, que ello no haya sido efectivamente así en el caso concreto.”

4.3. En relación con el cargo por violación del artículo 182 de la Ley 5ª de 1992 –al no haberse rendido el informe final allí previsto, lo cual ocurrió en ambas vueltas-, el interviniente precisa en primer lugar que lo que reprocha el demandante no es la ausencia definitiva de dicho informe, sino el hecho de

que “no se rindió dentro del término normativamente previsto para ello”; y a continuación argumenta que, por tratarse de informes de cierre del debate dentro de una cámara en el momento de tránsito legislativo hacia la otra cámara del Congreso, no se violó ningún principio sustantivo mediante su elaboración extemporánea. A este respecto solicita que la Corte de aplicación al principio de la instrumentalidad de las formas; citando lo dispuesto en los artículos 182 y 183 del Reglamento del Congreso, alega que “la finalidad de la regulación en cuestión no es en sí misma la de contar con un informe dentro de un determinado lapso; su finalidad es recoger de manera sistemática y ordenada las enmiendas que hayan tenido ocurrencia, de manera que se facilite a la otra Cámara formar su voluntad legislativa”.

4.4. En relación con el cargo por omisión de la consulta previa del proyecto de Acto Legislativo con los grupos étnicos del país, el representante del Ministerio precisa, citando la jurisprudencia constitucional, que el deber de realizar dicha consulta sólo se predica de aquellas medidas legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas o las comunidades afrodescendientes; y afirma que no es éste el caso del Acto Legislativo bajo revisión:

“el Acto Legislativo 05 de 2011 no debió ser consultado porque es un acto reformativo de la constitución general y abstracto, que no contiene disposiciones que alteren el estatus de una comunidad determinada, ni impone restricciones o beneficios a los indígenas, sino que, por el contrario, crea un sistema general de regalías que modifica la participación de todas las entidades territoriales en esa renta nacional, tanto de las entidades en que se explota, transporta y carga el recurso no renovable como en las restantes que tienen acceso a esa fuente de financiación por el hecho de hacer parte del territorio nacional.

Lo anterior permite colegir que las comunidades indígenas son destinatarias de ese Acto Legislativo simplemente en su condición de colombianos, y que la medida –constituyente– en nada modifica sus tradiciones culturales, sus raíces ancestrales y su cosmovisión del mundo, razón por la cual le solicito respetuosamente a la Corte desestimar el cargo examinado. Adicionalmente, en nada afecta su condición de beneficiarios potenciales de los recursos de regalías, en tanto ellos recibirán exactamente el mismo impacto por cuenta de los ajustes introducidos por el Acto demandado que recibirán todos los habitantes de las entidades territoriales.”

4.5. Frente al cargo por sustitución parcial de la Constitución, el apoderado del Ministerio, recordando la jurisprudencia de la Corte sobre el tema, afirma que (a) el actor no cumplió con la carga argumentativa mínima que le corresponde para plantear debidamente un cargo de esta índole, y (b) en cualquier caso el Acto Legislativo bajo revisión no incurrió en una sustitución parcial de la Carta Política.

(a) En primer lugar el interviniente afirma que en la demanda no se sustentan debidamente las premisas del juicio de sustitución constitucional: “los accionantes no hicieron el ejercicio argumentativo requerido para demostrar que la descentralización y la autonomía de las entidades territoriales son elementos definitorios de la Carta que están presentes a lo largo del articulado constitucional, y que por tanto hacen parte integrante de la identidad de la Constitución de 1991. Tampoco explicaron por qué el Acto Legislativo 05 de 2011 supuestamente elimina los principios de descentralización y autonomía de las entidades territoriales, y los reemplaza por elementos definitorios opuestos o contrarios”. En tal medida solicita a la Corte que se inhiba de fallar sobre este cargo.

(b) En forma subsidiaria, el apoderado del Ministerio argumenta que el Acto Legislativo 05 de 2011 no sustituyó los principios constitucionales de descentralización y autonomía de las entidades territoriales, para lo cual reseña en primer lugar el contenido de los mismos:

“El Estado colombiano es una república unitaria, descentralizada y con autonomía de sus entidades territoriales (artículo 1 de la Constitución). El que Colombia sea una república unitaria quiere decir que cuenta con un solo legislador, la descentralización consiste en la facultad que se le otorga a entidades territoriales distintas del poder central para gobernarse a sí mismas, y la autonomía se refiere a la capacidad de autogestión que se le concede a dichas entidades en la conducción de sus asuntos propios. La descentralización territorial se entiende como la radicación de competencias o funciones de tipo administrativo en cabeza de las entidades territoriales regionales, las cuales son ejercidas por éstas en su nombre y responsabilidad. En un Estado descentralizado las entidades territoriales ejercen ciertas funciones administrativas en forma autónoma e independiente.

Es importante resaltar que los principios de descentralización territorial y autonomía de las entidades territoriales no son absolutos, por cuanto deben hacerse compatibles con la unidad nacional, que emana de la concepción de república unitaria.”

Aludiendo luego a lo dispuesto en los artículos 286 y 287 de la Constitución Política, así como a la sentencia C-1051 de 2010, el actor afirma que “los elementos definitorios de la descentralización administrativa consagrada en la Carta hacen relación a varias condiciones que tienen las entidades territoriales: (i) autonomía política, la cual les otorga independencia para manejar la elección de sus mandatarios y dignatarios seccionales, (ii) autonomía administrativa para conducir los asuntos dentro de su territorio, y (iii) autonomía fiscal para establecer tributos, y (iv) autonomía para participar de las rentas nacionales”.

Sobre la anterior base, el interviniente afirma que el Acto Legislativo no sustituye ninguno de los dos principios constitucionales enunciados, por varias

razones que enuncia así: “El Acto Legislativo 05 de 2011 no establece previsión alguna que modifique la autonomía política de las entidades territoriales, esto es, no sustrae de la competencia de las entidades el derecho a gobernarse por sí mismas y no elimina el derecho que les asiste a elegir a sus gobernantes. Tampoco altera en lo más mínimo la autonomía administrativa para manejar los asuntos dentro de su jurisdicción, toda vez que no contiene disposición alguna que cambie la forma como han de manejar y dirigir sus servicios públicos, administrar sus bienes y solucionar sus problemas. De igual forma, el Acto Legislativo 05 de 2011 no reforma los tributos de las entidades territoriales y tampoco contiene previsión alguna que establezca cómo han de gastarse esos recursos.” A continuación procede el interviniente a verificar que el Acto Legislativo demandado no modifica lo dispuesto en los artículos 298, 311, 300, 305, 131, 315, 339, 340, 288, 211, 302, 305-3, 305-14 o 321 de la Carta, y concluye: “el Acto Legislativo 05 de 2011 no sustituye, total o parcialmente los principios de descentralización territorial y autonomía administrativa, precisamente porque si el acto reformativo no modifica y altera la mayoría de las disposiciones constitucionales que reflejan y consagran esos elementos definitorios de nuestra Carta, es apenas obvio que éste carece de la potencialidad para reemplazarlos por principios contrarios u opuestos a los establecidos por el constituyente.”

El representante del Ministerio también se pregunta si el Acto Legislativo reformó alguno de los derechos asignados por el Constituyente de 1991 a las entidades territoriales, y responde negativamente: “Para responder a esa pregunta debe señalarse que el Acto Legislativo 05 de 2011 crea el Sistema Nacional de Regalías mediante el cual se modifica, entre otros aspectos, la manera como las entidades territoriales participan de los recursos que el Estado obtiene por la explotación de los recursos naturales no renovables. En ese sentido, es importante aclarar que el acto reformativo no toca la autonomía tributaria de las entidades territoriales, porque las regalías no tienen naturaleza tributaria. Ellas son contraprestaciones que se originan a favor del Estado por la concesión de un derecho a explotar los recursos naturales no renovables, mientras que los impuestos son cargas pecuniarias que deben soportar los particulares para financiar los gastos del Estado”. Luego de citar lo expuesto en las sentencias C-221 de 1997 y C-987 de 1999 sobre la diferencia entre las regalías y los tributos, el interviniente concluye que “si el Acto Legislativo 05 de 2011 reformó la manera como las entidades territoriales participan de las regalías, y éstas no tienen naturaleza tributaria, es obvio que el acto reformativo no tiene la potencialidad de sustituir la autonomía tributaria de las entidades, derecho consagrado en el numeral 3 del artículo 287 de la Constitución, consistente en la autonomía para administrar sus recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones”.

En este orden de ideas, resalta que lo que modificó el Acto Legislativo fue la forma como las entidades territoriales participan en las rentas estatales provenientes de las regalías; y establece que era constitucionalmente posible

reformular la Carta Política para modificar la manera como las entidades territoriales acceden a tales rentas, sin incurrir en una sustitución parcial de la Carta Política. A este respecto recuerda la diferencia que ha trazado la jurisprudencia constitucional entre las rentas territoriales de fuentes endógenas y exógenas, y los correspondientes niveles diferenciales de intervención admisible por parte de las autoridades nacionales – citando las sentencias C-221 de 1997, C-448 de 2005 y C-567 de 1995.

5. Intervención del Ministerio del Interior

El Ministerio del Interior intervino en el presente proceso, por intermedio del Jefe de su Oficina Asesora Jurídica, para solicitar a la Corte que declare exequible el Acto Legislativo demandado.

5.1. En relación con el cargo por ausencia de iniciativa constituyente en cabeza de los Ministros, el interviniente explica que “el libelista parte de un razonamiento equivocado, teniendo en cuenta que para estos efectos la Constitución Política es clara en asignarle a los ministros su condición de voceros del Gobierno ante el Congreso”. A este respecto cita lo dispuesto en los artículos 200, 208 y 375 de la Constitución Política, así como en los artículos 140 y 223 de la Ley 5ª de 1992, para afirmar:

“Vistas las normas que anteceden, se observa que la iniciativa legislativa está radicada, entre otros, en el Gobierno Nacional, a través de los Ministros del despacho, y la iniciativa para presentar actos legislativos fue atribuida al Gobierno Nacional, generándose una duda razonable respecto al conducto que en este último caso debe utilizar el mismo para interactuar con el Congreso a efectos de presentar los proyectos de reforma a la Constitución Política.

Duda ésta que es despejada por la Constitución misma, en su artículo 208 inciso segundo, el cual contiene cuatro actuaciones generales que pueden realizar los ministros en relación con el Congreso, a saber:

1. Los ministros en relación con el Congreso son voceros del Gobierno; (...)

En este orden de ideas, armonizando los artículos 375 de la Constitución Política y 223 de la Ley 5ª de 1992, podemos afirmar que la iniciativa para presentar proyectos de acto legislativo la tiene el Gobierno Nacional, la cual es ejercida por conducto de los ministros del despacho, conforme a lo autorizado en el inciso segundo del artículo 208 de la Constitución Política, el cual señala, se insiste, que los ministros en relación con el Congreso son los voceros del Gobierno.

Como se evidencia, en modo alguno la Constitución Política condiciona o establece la competencia de los ministros en concurrencia del Presidente de la República para el ejercicio de la función de iniciativa legislativa.

No puede pensarse, como lo hace el accionante, que la Constitución y la ley sólo le otorgan facultad al Gobierno para actuar por conducto de los ministros, cuando de presentar proyectos de ley se trate, pues esa resulta ser una premisa equivocada. Si bien para el caso específico de los proyectos de ley el ordenamiento superior y las normas orgánicas del Congreso le otorgan iniciativa el Gobierno por medio de los ministros del despacho, para el caso de las reformas constitucionales ocurre de idéntica manera, la cual está contemplada de manera general en el inciso segundo del artículo 208 constitucional.”

El interviniente también se refiere a las funciones propias de los ministros del Gobierno, y citando la sentencia C-503/03 –en la cual la Corte afirmó que no es necesario que los proyectos de ley de iniciativa gubernamental sean suscritos por el Presidente de la República, y pueden ser presentados por los Ministros-, afirma que “a los ministros corresponde la ejecución, coordinación y planeación de las políticas de Estado, de conformidad con sus competencias y en tal virtud tiene la facultad de presentar no sólo proyectos de ley sino también de actos legislativos”.

Adicionalmente, el representante del Ministerio recuerda que en varias oportunidades la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la exequibilidad de Actos Legislativos que fueron presentados por los Ministros al Congreso, sin la firma del Presidente – aunque en ninguna de estas oportunidades se abordó expresamente este problema jurídico. El interviniente cita los siguientes Actos Legislativos: 01 de 1999; 02 de 2003; 01 de 2005 (sentencias C-181/06, C-337/06, C-472/06, C-153/07, C-178/07, C-277/07, C-292/07); 04 de 2007 (sentencia C-427/07); y 01 de 2009 (sentencias C-040/10, C-294/10, C-303/10, C-541/10, C-569/10, C-594/10, C-702/10 y C-986/10).

5.2. En cuanto al cargo por falta de consulta previa, así como al cargo por sustitución de la Constitución, el interviniente transcribe, con ligeras alteraciones, apartes textuales extensos de la intervención de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República en este mismo proceso de constitucionalidad. Dada la identidad sustantiva entre ambas intervenciones, se remite al resumen arriba transcrito.

VI. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación rindió concepto fiscal N° 5255, en el proceso de la referencia, recibido en la Secretaría General de la Corte Constitucional el 23 de noviembre de 2011, solicitando a la Corte que declare exequible el Acto Legislativo 05 de 2011, por los cargos esgrimidos en la demanda.

En cuanto a la falta de iniciativa constituyente de los Ministros del Despacho, el Procurador indica que de conformidad con el artículo 227 de la Ley 5 de 1992, a las reformas constitucionales son aplicables las normas del proceso

legislativo ordinario que no sean incompatibles con regulaciones superiores, mientras que los artículos 200 y 208 de la Constitución establecen que los Ministros son los voceros del Gobierno en sus relaciones con el Congreso de la República; “esta vocería conlleva la facultad de presentar proyectos concurrir a su proceso de formación y atender las solicitudes de control político que el Congreso quiera hacer”. Cita a este respecto la sentencia C-121 de 2003, en la cual la Corte precisó que ni la Constitución ni la ley exigen que el Presidente suscriba los proyectos de iniciativa gubernamental, pues por expreso mandato constitucional lo puede hacer a través de los Ministros.

En cuanto al cargo por incumplimiento del artículo 182 de la Ley 5ª, el Procurador argumenta que “si bien el ponente, al redactar este informe, debe incluir lo aprobado en su cámara, valga decir, el texto definitivo del proyecto con las modificaciones, adiciones y supresiones introducidas, en todo caso el presidente de la correspondiente cámara debe remitir la totalidad del expediente legislativo, como lo ordena el artículo 183 de la Ley 5 de 1992. El papel del informe final sólo sería relevante o crucial, si este fuera el único documento que se remite a la otra cámara, pero en vista de que se remite todo el expediente legislativo, el informe no pasa de ser una guía útil para asumir el conocimiento de dicho expediente. En vista de esta circunstancia, lo dicho sobre el informe final de ponencia no genera vicio alguno en la validez del proceso de formación del Acto Legislativo 05 de 2011”.

Frente al cargo por no haberse incluido en el informe de ponencia la totalidad de las observaciones ciudadanas, el Procurador, aludiendo a lo dispuesto en los artículos 230 a 232 de la Ley 5/92, afirma que “las intervenciones ciudadanas en los procesos de acto legislativo no son esenciales para que los mismos nazcan a la vida jurídica, y para efectos de su publicación, ésta es una facultad discrecional de la autoridad legislativa que se basa en su percepción sobre la importancia, pertinencia y conducencia de las observaciones u opiniones que formulen los ciudadanos”.

En cuanto al cargo por falta de consulta previa, el Procurador considera que ésta no era obligatoria:

“El Acto Legislativo 05 de 2011 busca reformar la regulación sobre regalías, bajo un contexto de redistribución del ingreso procedente de la explotación del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, a partir de la premisa que estos pertenecen al Estado y no a un sector específico del mismo, con la finalidad de plantear una participación más equitativa de los mismos, desde los puntos de vista temporal, regional y de desarrollo integral del país, concebido bajo un esquema de incremento exponencial de los ingresos por la explotación intensiva de los recursos minerales. En ese sentido, la reforma constitucional cuestionada cubre asuntos de interés público en forma general, impersonal y abstracta, sin distingos de ninguna naturaleza. En estos términos, la reforma no altera el estatus de ninguna persona indígena, ni de ninguna comunidad

indígena y, en esa medida, no afecta de manera directa y especial sus intereses. Por lo tanto, no se aprecia la existencia del vicio señalado por el actor”.

Finalmente, en cuanto al cargo por sustitución de la Constitución, el Procurador considera que “el discurso del actor en este punto carece de claridad, especificidad y suficiencia, pues apenas se señala que la reforma constitucional afecta el principio de autonomía de los entes territoriales, pero no se satisfacen ni los requisitos señalados por la Corte, entre otras, en la sentencia C-1040 de 2005, para los cargos de sustitución de la Constitución”.

VII. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

De conformidad con lo prescrito por el numeral 1° del artículo 241 de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para resolver sobre la constitucionalidad de la norma demandada, por tratarse de un acto reformativo de la Constitución Política.

Uno de los demandantes acusa el Acto Legislativo 05 de 2011 de haber incurrido en una sustitución parcial de la Constitución. El artículo 241-1 de la Carta Política dispone que compete a la Corte Constitucional “[d]ecidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación”. Por su parte, el artículo 379 Superior establece que “[l]os Actos Legislativos (...) solo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título”, es decir, en el Título XIII de la Constitución. En la Sentencia C-551 de 2003, la Corte Constitucional explicó que su potestad constitucional de controlar los vicios de procedimiento en la formación de una reforma constitucional, “no sólo le atribuye el conocimiento de la regularidad del trámite como tal, sino que también le confiere competencia para que examine si el constituyente derivado, al ejercer el poder de reforma, incurrió o no en un vicio de competencia”. Así pues, las disposiciones del Título XIII de la Constitución permiten identificar una limitación competencial del poder de modificación de la Carta y, de conformidad con esa limitación, so pretexto de la reforma, el constituyente derivado o secundario no puede sustituir la Constitución; por lo tanto, como ese límite encuentra su origen en las previsiones del Título XIII de la Carta, la Corte tiene competencia para examinar si en ejercicio del poder de reforma se ha sustituido o no la Constitución.

2. Oportunidad en la presentación de las demandas

El artículo 379 de la Constitución establece que la acción pública de inconstitucionalidad contra los actos legislativos sólo procederá dentro del año

siguiente a su promulgación. El Acto Legislativo 05 de 2011 fue publicado en el Diario Oficial No. 48.134 del 18 de julio de 2011, y las demandas que se revisan fueron recibidas por la Secretaría de la Corte Constitucional el día 19 de julio de 2011, por lo cual fueron presentadas oportunamente.

3. Cargo por ausencia de iniciativa constituyente en cabeza de los Ministros del Despacho.

La Corte considera que no asiste razón al ciudadano Rubén Darío Bravo cuando afirma que los Ministros del Despacho carecen de iniciativa constituyente, que es propia del Gobierno, por lo cual en su criterio el Acto Legislativo estaría viciado de inconstitucionalidad al no haber sido presentado con la firma o la presencia del Presidente de la República. Este razonamiento está basado, para la Corte, en una distinción que la Constitución Política no establece, y en una confusión entre las nociones de *conformación* del Gobierno y de *representación* del Gobierno ante el Congreso.

Una lectura conjunta y armónica de los artículos 375 y 208 de la Carta Política arroja la conclusión de que los Ministros del Despacho obran como representantes del Gobierno ante el Congreso para efectos de ejercer la iniciativa constituyente gubernamental, ya que existe un mandato general de representación que permite presumir dicha vocería en casos concretos, salvo una clara expresión de la voluntad gubernamental en contrario. En efecto, el artículo 375 Superior establece que el Gobierno podrá presentar proyectos de Acto Legislativo; mientras que el artículo 208 Superior dispone, en su inciso segundo:

“Los ministros, en relación con el Congreso, son voceros del Gobierno, presentan a las Cámaras proyectos de ley, atienden las citaciones que aquellas les hagan y toman parte en los debates directamente o por conducto de los viceministros.”

De esta forma, los mandatos constitucionales aplicables son claros en atribuir a los Ministros del Despacho la *vocería*, es decir, la representación del Gobierno ante el Congreso de la República, regla de representación que es plenamente aplicable al ejercicio de la iniciativa constituyente del Gobierno Nacional porque la Constitución no traza ninguna distinción al respecto.

Para la Corte la Constitución Política misma contiene una diferenciación precisa entre las reglas de conformación del Gobierno Nacional, regulada por el artículo 115 Superior⁸, y la regla sobre su representación ante el Congreso

⁸ Dispone el artículo 115 Superior en cuanto a la conformación del Gobierno: “El Presidente de la República es Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y suprema autoridad administrativa. // El Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los ministros del despacho y los directores de departamentos administrativos. // El Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondientes, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno. // Ningún acto del Presidente, excepto el de nombramiento y remoción de Ministros y Directores de Departamentos Administrativos y aquellos expedidos en su calidad de Jefe del Estado y de suprema autoridad administrativa, tendrá valor ni fuerza alguna mientras no sea suscrito y comunicado por el Ministro del ramo respectivo o por el Director del Departamento Administrativo correspondiente, quienes, por el mismo hecho, se hacen responsables. (...)”

de la República, basada en el mandato general de vocería del artículo 208 de la Carta. La argumentación del demandante mezcla ambos conceptos, al pretender la invalidez constitucional de la representación gubernamental con base en las reglas constitucionales sobre la conformación del Gobierno, planteamiento que para la Corte no es de recibo, por las razones recién señaladas.

Incluso resulta plenamente aplicable al tema, el principio general de interpretación jurídica según el cual donde la norma no distingue, no le corresponde distinguir al intérprete. La argumentación del demandante consiste en establecer una diferenciación constitucional entre la iniciativa legislativa y la iniciativa constituyente, basado en el hecho de que la Constitución contiene una atribución expresa de representación gubernamental para la iniciativa legislativa en cabeza de los Ministros –art. 200-1, C.P.–, y no contiene una atribución similar para la iniciativa constituyente. También se complementa esta argumentación con referencias a lo dispuesto en la Ley 5ª de 1992. Sin embargo, nota la Corte que, en aplicación del principio hermenéutico básico que se enunció, no es jurídicamente viable deducir, por esta vía, reglas constitucionales implícitas que contrarían el texto mismo del artículo 208 Superior, cuyo mandato general de vocería gubernamental no establece tal diferenciación.

Por las anteriores razones, el cargo será desestimado, y se declarará exequible por este concepto el Acto Legislativo 05 de 2011.

4. Cargo por falta de consulta previa del Acto Legislativo bajo examen con los grupos étnicos del país. Reiteración de jurisprudencia.

No está en discusión en el caso concreto ni la existencia ni el contenido específico de la obligación constitucional e internacional del Estado colombiano de consultar previamente a los grupos étnicos afectados por las medidas que les puedan afectar directamente. Se recuerda a este respecto que la Corte Constitucional ha aceptado que los Actos Legislativos, en tanto especie del género *medidas legislativas*, deben también ser objeto de consulta previa cuandoquiera que entrañen una afectación directa de los pueblos indígenas o las comunidades afrodescendientes del país, “pues los principios jurídicos provenientes tanto de la propia Constitución Política, como del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que soportan la mencionada doctrina jurisprudencial relativa al deber de consulta a las comunidades étnicas durante el trámite legislativo, resultan aplicables no sólo a las leyes en sentido formal, sino a la adopción de cualquier norma jurídica con el mismo alcance de afectar a tales comunidades”.⁹ Lo que se discute en el presente

⁹ Sentencia C-702 de 2010 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, SV. Humberto Antonio Sierra Porto y Mauricio González Cuervo. AV. Nilson Pinilla Pinilla). La Corte también precisó en esta oportunidad: “Visto lo anterior, la Corte concluye que la interpretación de la expresión “*medidas legislativas*” contenida en el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, tanto desde la perspectiva del Derecho interno, como desde la del Derecho Internacional, no puede ser hecha en un sentido restringido, sino en uno amplio bajo el cual quedan incluidos los “*actos legislativos*” o actos reformativos de la Constitución. (...) Esclarecido que la expresión

proceso, en vista del cargo formulado por el ciudadano José Manuel Abuchaibe, es si era obligatorio cumplir con dicha obligación en el caso del Acto Legislativo 05 de 2011.

El detonante de la obligación constitucional e internacional de realizar la consulta previa con los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes en casos de medidas legislativas, incluidos los tratados internacionales y sus leyes aprobatorias, es **que la afectación generada para dichos pueblos y comunidades por tales medidas legislativas sea directa**. En este orden de ideas, el problema jurídico central y específico que debe resolver la Corte al examinar este cargo es el siguiente: ¿el Acto Legislativo 05 de 2011 conlleva una afectación directa, específica y particular sobre los pueblos indígenas y tribales del país, en forma tal que se active la obligación internacional y constitucional del Gobierno colombiano de llevar a cabo un proceso de consulta previa antes de su trámite ante el Congreso?

4.1. Existencia de una línea jurisprudencial uniforme y consistente en cuanto a los criterios para identificar una afectación directa de comunidades indígenas o afrodescendientes por medidas legislativas.

Existe una línea jurisprudencial clara, sólida y consistente desarrollada por la Corte Constitucional con respecto a **qué constituye una afectación directa de los pueblos indígenas y tribales en el caso de medidas legislativas**, para efectos de determinar si es obligatoria la consulta previa de dichas medidas. Esta línea jurisprudencial se ha desarrollado pacíficamente en relación con leyes ordinarias, leyes aprobatorias de tratados internacionales y actos legislativos, todas bajo el género “medidas legislativas”. Su aplicación en casos concretos ha dado lugar a distintos desenlaces, dependiendo de si la medida específica bajo estudio en cada caso encuadra o no bajo los criterios de afectación directa; los remedios ordenados por la Corte en casos en que se

“medidas legislativas” del Convenio 169 incluye a los actos legislativos o reformativos de la Constitución, resta indagar si la jurisprudencia sentada por esta Corporación judicial, relativa al derecho-deber de consulta a las comunidades étnicas para la expedición de *leyes*, puede hacerse extensiva al examen de constitucionalidad de los actos legislativos o reformativos de la Constitución acusados, de haber sido expedidos por el Congreso sin consultar a dichas comunidades pese a que las afecta directamente. // La Sala encuentra que dicha jurisprudencia resulta igualmente aplicable a este supuesto fáctico, toda vez que las consideraciones vertidas por la Corte en el grupo de sentencias que conforman esta línea jurisprudencial se orientan a señalar las razones constitucionales que justifican el derecho a la consulta de las comunidades étnicas, la titularidad activa y pasiva del derecho-deber correspondiente, las circunstancias de modo y oportunidad en las que debe ser llevada a cabo, el principio de buena fe que debe presidirla, etc., asuntos todos estos que fácilmente resultan trasladables a la aprobación de los actos legislativos, pues como se vio también respecto de ellos es menester que el especial derecho de participación de las comunidades indígenas y afrocolombianas se haga efectivo al momento de adoptar las reformas constitucionales que directamente les conciernen. // Adicionalmente, las reglas sentadas por la jurisprudencia no encuentran obstáculo para ser aplicadas dentro del trámite de los actos legislativos, pues la consulta en ningún caso se rige por normas de procedimiento que solamente resulten aplicables para la aprobación de las leyes, y dichas reglas jurisprudenciales en sí mismas tampoco son incompatibles con las especialidades del trámite de la reforma constitucional; en particular, las razones que justifican el carácter *previo* de la consulta, relacionadas con la vigencia de los principios de identidad y unidad de materia durante el trámite de aprobación de las leyes, militan igualmente para la aprobación de actos legislativos, ya que dichos principios también se aplican para el ejercicio del poder constituyente por el Congreso de la República, como recientemente ha sido reiterado por la jurisprudencia de esta Corporación”.

encuentre incumplida la obligación de consultar también varían significativamente en atención al caso concreto, sin que ello implique una variación en las reglas generales aplicables, que han permanecido uniformes a lo largo de la jurisprudencia de esta Corporación. Para efectos de la determinación de si existe una afectación directa que dé lugar a la obligación de consulta, no es relevante la diferencia entre leyes, actos legislativos y tratados, puesto que en relación con todos estos tipos de medida legislativa se ha aplicado la misma doctrina constitucional.

De particular importancia a este respecto es la secuencia de decisiones uniformes constituida por las sentencias C-030 de 2008¹⁰ –examen de constitucionalidad de la Ley Forestal-, C-175 de 2009¹¹ –examen de constitucionalidad del Estatuto de Desarrollo Rural- y C-366 de 2011¹² –examen de constitucionalidad de la ley reformativa del Código de Minas-. Esta jurisprudencia uniforme y consistente provee: (i) una definición y unos criterios de lo que es una “afectación directa”, por oposición a la afectación genérica o a la ausencia de afectación de los pueblos indígenas o tribales por una medida legislativa; (ii) una metodología interpretativa y analítica para establecer si una medida legislativa concreta afecta o no en forma directa a los pueblos indígenas y tribales; y (iii) una tipología de medidas que conllevan afectación directa, específica y particular de los pueblos indígenas, que puede servir a modo ilustrativo como parámetro guía para establecer si se ha generado tal afectación directa y específica.

4.1.1. “Afectación directa”: noción y criterios para identificarla.

El precedente constitucional directamente aplicable para resolver el problema jurídico sobre la afectación directa derivada de una medida legislativa es la sentencia C-030 de 2008, y subsiguientemente en la misma línea, las sentencias C-175 de 2009 y C-366 de 2011; este precedente consagra los criterios aplicados por la Corte para determinar el impacto de medidas legislativas concretas.

En la sentencia C-030/08 la Corte explicó la regla general, en el sentido de que la obligación de realizar consulta previa se activa cuando existe una afectación directa de los grupos étnicos: “tratándose específicamente de medidas legislativas, es claro que el deber de consulta no surge frente a toda medida legislativa que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas directamente, evento en el cual (...) la consulta contemplada en el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT deberá surtirse en los términos previstos en la Constitución y en la ley”. En este sentido, con base en la interpretación del Artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, la Corte diferenció dos niveles de afectación de los

¹⁰ MP. Rodrigo Escobar Gil.

¹¹ MP. Luis Ernesto Vargas Silva, SV. Cristina Pardo Schlesinger, Humberto Antonio Sierra Porto, Nilson Pinilla Pinilla y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹² MP. Luis Ernesto Vargas Silva, SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SPV. Luis Ernesto Vargas Silva y Humberto Antonio Sierra Porto. AV. María Victoria Calle Correa y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

pueblos indígenas y tribales por las medidas legislativas: “el que corresponde a las políticas y programas que de alguna manera les conciernan, evento en el que debe hacerse efectivo un derecho general de participación, y el que corresponde a las medidas administrativas o legislativas que sean susceptibles de afectarlos directamente, caso para el cual se ha previsto un deber de consulta.”

Más adelante en esta misma sentencia la Corte explicó con mayor detalle en qué consiste el nivel general de afectación de los pueblos indígenas por la legislación:

“No cabe duda de que las leyes, en general, producen una afectación sobre todos sus destinatarios. De esta manera una ley, en cualquier ámbito, aplicable a la generalidad de los colombianos, afecta a los miembros de las comunidades indígenas y tribales que tengan la calidad de nacionales colombianos, sin que en dicho evento pueda predicarse que, en aplicación del literal a) del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, resulte imperativa una consulta previa a dichas comunidades como condición para que el correspondiente proyecto de ley pueda tramitarse válidamente. Sostener lo contrario equivaldría a afirmar que una parte muy significativa de la legislación debería ser sometida a un proceso específico de consulta previa con las comunidades indígenas y tribales, puesto que las leyes que de manera general afecten a todos los colombianos, unas en mayor medida que otras, afectan a las comunidades indígenas, en virtud a que sus integrantes, como colombianos que son, se encuentran entre sus destinatarios, lo cual desborda el alcance del convenio 169. // Así, por ejemplo, la ley general de educación, el plan nacional de desarrollo, una reforma del sistema de seguridad social o del Código laboral, o del código penal debería, además del proceso deliberativo, público y participativo que se surte en el Congreso de la República, someterse a un proceso específico de consulta con las comunidades indígenas y tribales. Lo anterior no parece ser así, y ello lleva a cuestionarse sobre los criterios para determinar cuándo puede decirse que una medida legislativa afecta directamente a las comunidades indígenas y tribales.”

A diferencia de este nivel general de afectación, para la Corte, una medida legislativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales es aquella que “altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios”.

La afectación directa se da independientemente de que sea positiva o negativa, aspecto que compete resolver precisamente en consulta con los pueblos afectados: “procede la consulta, cuando la ley contenga disposiciones susceptibles de dar lugar a una afectación directa de los destinatarios,

independientemente de que tal efecto sea positivo o negativo, aspecto éste que debe ser, precisamente, objeto de la consulta”¹³.

En la sentencia C-030 de 2008 la Corte también precisó que la *especificidad* que se requiere de una medida para que active el deber de consulta, se puede derivar o bien del hecho de que regula una de las materias del Convenio 169 de la OIT, o bien de que aunque ha sido concebida de manera general, tiene una repercusión directa sobre los pueblos indígenas:

“la especificidad que se requiere en una determinada medida legislativa para que en relación con ella resulte predicable el deber de consulta en los términos del literal a) del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, puede ser el resultado de una decisión expresa de expedir una regulación en el ámbito de las materias previstas en el convenio, o puede provenir del contenido material de la medida como tal, que, aunque concebida con alcance general, repercute de manera directa sobre las comunidades indígenas y tribales. // En los anteriores términos, en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios”.

La Corte prosiguió con el desarrollo de esta misma línea jurisprudencial en la sentencia C-175 de 2009, en la cual señaló que a los niveles de afectación genérica y directa corresponden, de manera correlativa, los niveles general y específico del derecho a la participación de los pueblos indígenas y tribales:

“En lo que tiene que ver con las facetas de la participación de las comunidades tradicionales, el artículo 6° del Convenio 169 está orientado a adscribir a los pueblos indígenas y tribales dos tipos de participación. Uno de carácter general, de acuerdo con el cual los pueblos indígenas y tribales deben contar con mecanismos que les permitan la participación en todos los niveles de adopción de políticas estatales que les conciernan, en condiciones análogas a las conferidas por el ordenamiento jurídico a los demás integrantes de la población. A este respecto, la Corte ha resaltado que las comunidades tradicionales son titulares plenos de los derechos de participación política previstos en la Carta Política y descritos en el fundamento jurídico 6 de esta sentencia. Sin embargo, consciente del carácter diferenciado de las comunidades tradicionales y de la necesidad de proteger su identidad cultural diversa, el Texto Constitucional ha conferido espacios concretos de participación a los pueblos indígenas y afrodescendientes”.

¹³ Sentencia C-030 de 2008 MP. Rodrigo Escobar Gil.

Estos espacios concretos corresponden a los escenarios de la consulta previa, en los casos de medidas legislativas que surtan una afectación directa, particular y específica sobre los pueblos indígenas:

“En lo que tiene que ver con la previsión de medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, el Convenio 169 de la OIT dispone la obligación a cargo de los gobiernos de consultar a las comunidades interesadas, a través de sus autoridades representativas. Este es un procedimiento distinto a los escenarios generales y concretos de participación antes enunciados, reservado para aquellas medidas que tengan incidencia particular y directa en los intereses de las comunidades diferenciadas. Existe, en relación con esas medidas, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y afrodescendientes a la consulta previa y un deber estatal correlativo de llevar a cabo los trámites idóneos y eficaces para que las comunidades tradicionales participen en el diseño de las políticas que habida cuenta su contenido material, les conciernen”.

En la sentencia C-175/09, la Corte también profundizó en la delimitación de los criterios para identificar cuándo existe una afectación de los grupos étnicos directa, específica y particular derivada de una medida legislativa, que activa el deber de consulta previa. Proveyó distintas formulaciones de la regla, así:

(i) “Para el caso particular de las medidas legislativas, la consulta se predica sólo de aquellas disposiciones legales que tengan la posibilidad de afectar directamente los intereses de las comunidades. Por lo tanto, aquellas medidas legislativas de carácter general, que afectan de forma igualmente uniforme a todos los ciudadanos, entre ellos los miembros de las comunidades tradicionales, no están prima facie sujetas al deber de consulta, excepto cuando esa normatividad general tenga previsiones expresas, comprendidas en el ámbito del Convenio 169 de la OIT, que sí interfieran esos intereses”.

(ii) “(...) el deber de consulta previa respecto de medidas legislativas, resulta jurídicamente exigible cuando las mismas afecten directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Ello sucede cuando la materia del proyecto está relacionada con aspectos que tienen una vinculación intrínseca con la definición de la identidad étnica de dichos grupos. Por ende, no existirá deber de consulta cuando la medida legislativa no pueda predicarse de forma particular a los pueblos indígenas y tribales y, a su vez, el asunto regulado no tenga relación con aspectos que, razonable y objetivamente, conformen la identidad de la comunidad diferenciada”.

(iii) “(...) para acreditar la exigencia de la consulta previa, debe determinarse si la materia de la medida legislativa tiene un vínculo necesario con la definición del ethos de las comunidades indígenas y afrodescendientes. En otras palabras, el deber gubernamental consiste en identificar si los proyectos de legislación que pondrá a consideración del Congreso contienen aspectos

que inciden directamente en la definición de la identidad de las citadas indígenas y, por ende, su previa discusión se inscribe dentro del mandato de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”.

(iv) “Como se señaló en la sentencia C-030/08, uno de los parámetros para identificar las medidas legislativas susceptibles de consulta es su relación con las materias reguladas por el Convenio 169 de la OIT”.

(v) “la determinación de la gravedad de la afectación de la medida legislativa o administrativa deberá analizarse según el significado para los pueblos indígenas y tribales afectados tengan los bienes o prácticas sociales interferidas. En otras palabras, el mandato de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural, implica que el análisis del impacto de las medidas se realice a partir de las características específicas de la comunidad y la comprensión que éstas tienen del contenido material de dichas políticas”.

(vi) “aquellas políticas que en razón de su contenido o implicaciones interfieran directamente con los intereses de las comunidades diferenciadas”.

Más adelante, en la sentencia C-063 de 2010,¹⁴ la Corte explicó que hay una afectación directa “cuando una norma tiene como objeto principal de regulación una o varias comunidades indígenas; o cuando la regulación planteada tiene mayores efectos en las comunidades indígenas que aquellos que tiene en el resto de la población”.

La regla general sobre obligatoriedad de la consulta previa en las hipótesis de afectación directa por las medidas legislativas fue reformulada sintéticamente en la sentencia C-063 de 2010, así:

“La regulación que sobre el tema estableció el art. 6º del Convenio y el análisis de la jurisprudencia constitucional arroja como resultado que la consulta previa será un mecanismo que realice el derecho de participación plural y democrática de las comunidades indígenas en la determinación de políticas públicas en aquellos específicos casos en que una decisión vaya a afectarles directamente. Contrario sensu, no será obligatoria la realización de este procedimiento en los casos en que la afectación de la comunidad indígena no tenga estas específicas características. Esto no significa que cuando la afectación no sea directa las comunidades indígenas carezcan por completo de mecanismos que garanticen su derecho de participación en dichas decisiones, sino que éstas se podrán involucrar a través de otros mecanismos como 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; la posibilidad de que, en desarrollo del carácter público del proceso legislativo, puedan

¹⁴ MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

conocer las iniciativas en trámite, promover discusiones, remitir conceptos y solicitar audiencias; y en las posibilidades abiertas por las previsiones constitucionales sobre la circunscripción especial indígena (...). No queda lugar a duda que únicamente en ocasiones de afectación directa será obligatoria la práctica de la consulta previa a la o las comunidades indígenas que soportan las consecuencias de una medida legal o administrativa.”

También precisó en esta sentencia la Corte, con respecto a la consulta, que “su realización resulta obligatoria únicamente en aquellos casos en los que la comunidad se vea directamente afectada por la disposición normativa, ya sea ésta de naturaleza legal o administrativa. // Cuando una comunidad se ve afectada de la misma forma e intensidad que el resto de la población, no se está ante un caso que requiera la realización de consulta previa”.

En las sentencias C-030/08, C-175/09, para la Corte fue determinante que las leyes estudiadas constituirían regulaciones legales integrales, o regímenes integrales, sobre materias que afectaban a los pueblos indígenas; también que contuvieran disposiciones expresas que les afectaban directamente.

La Corte Constitucional ha concluido que existe una afectación directa si se adopta, en la medida legislativa correspondiente, una regulación de temas sobre los cuales los pueblos indígenas tienen derechos constitucionales específicos; por ejemplo, en materia de educación¹⁵. Habría igualmente una presunción de afectación directa y profunda en todos asuntos relacionados con el territorio ancestral, por el mandato expreso del art. 330 C.P.: si se trata de una medida que toca con este tema la Corte asume de por sí la afectación directa. En esta misma medida, un parámetro importante para determinar la afectación directa es si la materia del proyecto se relaciona con las materias reguladas por el Convenio 169 de la OIT.¹⁶ Sin embargo, la simple referencia temática a estos asuntos no es suficiente por sí misma para establecer una afectación directa; se requiere analizar en cada caso el alcance y contenido específico de la medida como tal, para efectos de establecer su impacto y su nivel de afectación sobre el derecho, o los derechos, relevante(s) en cada caso.

Se presume, según la sentencia C-175 de 2009, que todas las regulaciones que afecten los territorios ancestrales indígenas conllevan una afectación directa que exige la realización de consulta previa: “tanto las normas del derecho internacional que regulan el tema de la consulta previa, como la jurisprudencia constitucional, han destacado el lugar central que cumple el territorio en la definición de la identidad de los pueblos indígenas y tribales. (...) De forma armónica con las obligaciones estatales descritas, contenidas en normas que integran el bloque de constitucionalidad, la jurisprudencia de la Corte ha insistido en que las regulaciones legales que intervengan el régimen jurídico

¹⁵ Sentencia C-208 de 2007, MP. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁶ Sentencia C-175 de 2009, MP. Luis Ernesto Vargas Silva, SV. Cristina Pardo Schlesinger, Humberto Antonio Sierra Porto, Nilson Pinilla Pinilla y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

sobre la tierra de las comunidades indígenas y afrodescendientes deben mostrarse compatibles con la eficacia del mandato de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación. Esto implica que dicha normatividad deberá tener en cuenta las prácticas tradicionales de los pueblos indígenas y tribales, evitando que la imposición estatal de otras modalidades de regulación implique la desaparición de aquellas.”

La jurisprudencia de la Corte también ha determinado que es relevante establecer, para determinar la magnitud del impacto, si cada medida legislativa concreta es de aplicación directa, o si contiene un marco normativo general que luego debe ser implementado mediante otros actos jurídicos posteriores (bien sea a través de leyes o actos administrativos, o de proyectos, planes, programas, iniciativas o actividades puntuales). Esto incide también sobre el remedio a aplicar en caso de que la Corte declare inexecutable la norma por falta de consulta previa.

La historia y los antecedentes de cada medida legislativa también han sido considerados jurídicamente relevantes y significativos por la Corte para efectos de determinar si existe una afectación directa o no. Así, es jurídicamente pertinente –y en casos determinante- la posición adoptada por los pueblos indígenas y tribales frente a cada medida legislativa en concreto, tal y como han sido expresadas públicamente en relación con su proceso de adopción; también son relevantes las posturas asumidas por el Gobierno y por los legisladores, examinadas en tanto indicaciones de cuál sería su impacto sobre los grupos étnicos. Por otra parte, los antecedentes históricos –incluso remotos- de cada medida legislativa examinada pueden llegar a tener una importancia determinante para la decisión sobre si existe o no una afectación directa de los grupos étnicos. Así, en la sentencia C-620 de 2003 –en la que se analizaron medidas normativas referentes a las salinas de Manaure en la Guajira- la Corte efectuó un recuento histórico detallado del surgimiento de la ley acusada, y con base en tal recuento, así como en el objeto mismo de la ley, llegó a la conclusión de que el impacto directo y específico existía –dada la historia de negociación y concertación entre el Estado y los Wayúu que dio lugar a la adopción de dicha norma-. De igual manera, en la sentencia C-608 de 2010¹⁷ la Corte concluyó que el Acuerdo de Libre Comercio entre Colombia y Canadá contenía disposiciones que generarían una afectación directa sobre los pueblos indígenas y tribales, con base en las intervenciones del Senador indígena Jesús Enrique Piñacué, en las que denunció que las disposiciones sobre explotación minera y sobre resolución de controversias entre comunidades indígenas y empresas multinacionales tendrían un impacto negativo sobre los grupos étnicos.

Finalmente, para la Corte la determinación de la gravedad de la afectación de la medida legislativa debe analizarse según el significado que tengan para los pueblos indígenas, afectando los bienes o prácticas sociales interferidas – por

¹⁷ MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

ejemplo, su territorio. El análisis del impacto de la medida se realiza a partir de las características específicas de la comunidad concreta, y de su comprensión del contenido material de dicha política.¹⁸

4.1.2. Métodos interpretativos aplicados por la Corte para la identificación de una afectación directa de los grupos étnicos por medidas legislativas.

La Corte Constitucional ha precisado reiteradamente que es necesario abordar cada medida legislativa en concreto de manera específica y particular, aplicando una metodología de análisis casuístico, porque de la estructura y contenido de cada medida dependerá si existe o no una afectación directa para los pueblos indígenas. En este sentido en la sentencia C-030/08 se afirmó que “en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en los ámbitos que les son propios”.

Por lo tanto, en cada caso, la interpretación que se haga del alcance e impacto de las medidas legislativas es crucial para determinar el nivel de afectación, y por lo tanto establecer si se activa la obligación de consulta previa. En otras palabras, el primer paso del juicio de afectación de una medida legislativa es la interpretación de la norma para discernir su alcance y sus impactos. De ahí la importancia de identificar los métodos de interpretación que ha aplicado la corte para estos propósitos en cada una de sus decisiones. En la sentencia C-063/10 la Corte reiteró este enfoque casuístico: “Corresponderá a los operadores jurídicos encargados de aplicar las disposiciones constitucionales y del Convenio 169 de 1989 determinar para cada caso en concreto si una medida de carácter legal o administrativo afecta directamente a una comunidad indígena. Para esta tarea la jurisprudencia constitucional ha establecido lineamientos o parámetros orientativos (...)”.

Para interpretar el contenido y alcance de las medidas legislativas en casos concretos, la Corte ha aplicado varios métodos hermenéuticos –aunque no necesariamente todos al tiempo en un mismo caso-: la interpretación textual del cuerpo normativo como un todo¹⁹; la interpretación sistemática, teniendo

¹⁸ Sentencia C-175 de 2009 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva, SV. Cristina Pardo Schlesinger, Humberto Antonio Sierra Porto, Nilson Pinilla Pinilla y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

¹⁹ Un ejemplo claro del enfoque analítico complejo aplicado por la Corte para determinar si una medida legislativa afecta directamente a los grupos étnicos, desde la perspectiva del análisis meramente textual de la norma, lo plantea la sentencia C-063 de 2010, en la cual la Corte concluyó que la norma legal que regulaba el tema general de la afiliación de la población desplazada o desmovilizada al sistema de seguridad social en salud, no constituía una afectación directa de pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes: “Para la Corte del análisis del literal acusado no se desprende que este tenga como objetivo la regulación específica de una situación que afecte directamente a la población indígena por varias razones: // El sujeto pasivo directo de la regulación es la población desplazada y desmovilizada, mas no la población indígena. // Al regular la protección en salud de población desplazada y desmovilizada no se hace referencia inmediata a elementos esenciales de la cosmovisión de ninguna comunidad indígena para identificar al sujeto pasivo de dicha regulación. No quiere esto decir que la protección en salud de dicho universo poblacional no afecte a

en cuenta otras normas dentro del mismo sistema normativo²⁰; la interpretación histórica y la interpretación contextual (incluyendo la historia de la medida, las controversias suscitadas alrededor de la norma, protestas y pronunciamientos sobre su contenido, modificaciones que sufrió en su trámite, etc.)²¹; y la interpretación teleológica²².

miembros de comunidades indígenas o, incluso, a comunidades indígenas enteras –que se encuentren en situación de desplazamiento-; sin embargo, la disposición acusada no utiliza como parámetro identificador del objeto de regulación elemento alguno que defina social, política o culturalmente a ninguna comunidad indígena. // La afectación que la población indígena pueda llegar a experimentar en este específico caso será producto de un elemento que en el análisis lógico resulta previo y de mayor amplitud conceptual que la condición de indígena: el carácter de desplazado. // De acuerdo con lo expresado por la segunda razón, la situación de desplazamiento o desmovilización no resulta definitoria de su condición de comunidad indígena. Por esta razón, la situación que se regula por parte de dicho literal –desplazamiento o desmovilización- no es de la esencia de ninguna comunidad indígena, de manera que no resulta posible sostener que se está haciendo referencia de manera velada a un asunto que la afecte directamente a la población indígena en general.” Otro ejemplo de interpretación simplemente textual es la C-702/10, en la cual la Corte dedujo que sí existía una afectación directa por el Acto Legislativo 1/09, según el cual los partidos y movimientos políticos que hubiesen obtenido su personería jurídica como producto de la circunscripción especial de minorías étnicas, podrían avalar candidatos sin más requisitos que su afiliación a dicho partido con antelación no menor de un año con respecto a la fecha de la inscripción. Para la Corte, “la sola lectura de la disposición superior impugnada pone de manifiesto que ella afecta en forma directa el derecho de las comunidades étnicas a elegir representantes para tal circunscripción especial consagrada a su favor por el constituyente de 1991; por lo tanto, toca de lleno con el derecho a la identidad cultural en el contexto de la participación política. En efecto, antes de la reforma, el artículo 108 de la Constitución no incluía las restricciones introducidas por el inciso agregado por el Acto Legislativo 01 de 2009, que claramente modifican las reglas de acceso de los candidatos al Congreso de la República avalados por los partidos políticos que gozan de personería jurídica por la circunscripción nacional especial de minorías étnicas”; esta afectación directa la dedujo la Corte del texto mismo del a norma, teniendo en cuenta que “es clara la relación existente entre el derecho a la identidad cultural de las comunidades étnicas, su representación política y la existencia de una circunscripción especial para las minorías étnicas”.

²⁰ Algunos ejemplos de interpretación sistemática son los siguientes: (a) en la sentencia C-418 de 2002 (MP. Álvaro Tafur Galvis), la disposición acusada se interpretó en el contexto normativo del Código de Minas como un todo; (b) en la sentencia C-891/02 la Corte expresamente afirmó que las disposiciones acusadas del Código de Minas no podían interpretarse aisladamente sino dentro del cuerpo normativo del que formaban parte; (c) en la sentencia C-620/03 la Corte explica que para estudiar los cargos debía antes precisar el sentido y alcance de la norma frente a las demás del Código de Minas sobre temas pertinentes; (d) en la sentencia C-063/10 la Corte, para efectos de determinar el sentido de una norma de la Ley que modifica el Sistema General de Seguridad Social en Salud (Ley 1122/07), sobre la afiliación inicial de la población desplazada y desmovilizada, recurre a las demás normas que regulan el tema: “De su lectura se deducen distintos elementos que van integrando el sentido de la disposición, algunos de los cuales, a su vez, tienen su contenido determinado por otras normas que regulan el tema, razón por la cual resulta adecuada su mención en orden a su total comprensión”. Por ello la corte recurrió a lo dispuesto en la Ley 100, y al Acuerdo 415/09 mediante el cual el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud desarrolló el régimen de la afiliación al sistema subsidiado.

²¹ En la sentencia C-620 de 2003 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, AV. Jaime Araujo Rentería y Álvaro Tafur Galvis. SV. Clara Inés Vargas Hernández, Alfredo Beltrán Sierra y Jaime Córdoba Triviño) (autorización legal para constituir una sociedad de economía mixta como concesionaria de las salinas de Manaure), en la interpretación de la norma para determinar su impacto la Corte recurrió no sólo a la interpretación sistemática, sino también la historia (remota) de la relación entre los Wayúu y las Salinas; se reseñan los conflictos que llevaron a la inclusión en los acuerdos de una sociedad de economía mixta, que es la autorizada en la ley. La Corte incluyó un capítulo sobre “antecedentes remotos”, empezando con la vinculación de los Wayúu a las salinas de Manaure desde tiempo inmemorial. En la sentencia C-030/08 la Corte también recurrió a la historia del trámite legislativo del proyecto de ley forestal, resaltando las controversias que se dieron en torno a su contenido, así como las manifestaciones y modificaciones introducidas al mismo por el Gobierno Nacional, como indicadores de que el proyecto sí acarrearba una afectación directa de los pueblos indígenas: “Destaca la Corte que, independientemente del texto que finalmente fue aprobado, para establecer si en relación con la ley forestal existía un deber de consulta, es preciso atender a la controversia que se suscitó desde el momento mismo en el que se presentó la iniciativa a la consideración del Congreso, porque muchas de las modificaciones que se le introdujeron a lo largo del debate serían indicativo de que los temas sobre los que versaba el proyecto comprometían aspectos que afectaban directamente a las entidades tribales que son titulares del derecho de consulta. // entre las críticas que se plantearon desde el principio al proyecto de ley forestal está la que establecía una estrecha co-relación entre los asuntos ambientales y la situación de las comunidades tribales, a partir de la cual se consideraba

4.1.3. Tipología de medidas legislativas examinadas por la Corte

Un análisis de la jurisprudencia constitucional pacífica sobre la materia permite elaborar una tipología ilustrativa de las distintas medidas legislativas que han sido examinadas por la Corte, determinando cuáles de ellas tienen un impacto directo y exigen ser consultadas previamente, y cuáles no, tal y como se demuestra a continuación.

Leyes y Actos legislativos

Sentencia	Medida legislativa examinada por la Corte	Tipo de impacto sobre los grupos étnicos identificado por la Corte	
		Afectación directa y específica	Afectación igual a la de los demás colombianos

equivocado el enfoque general del proyecto, por su énfasis en la dimensión extractiva y comercial, de preferencia sobre un enfoque ecosistémico orientado a permitir un manejo integral del bosque y un uso sostenible de la biodiversidad que le es propia. // Para esos críticos, la modificación en el enfoque que se le da al manejo de los bosques afecta de manera directa a las comunidades indígenas que tienen en él su hábitat natural. (...) Pone de presente la Corte que muchas de las anteriores críticas dieron lugar a modificaciones importantes en el texto del proyecto de ley en los distintos debates en el Congreso de la República y que otras fueron recogidas por el gobierno, quien las incorporó en un escrito de objeciones (...). (...) las observaciones que el gobierno acogió en su escrito de objeciones y que el Congreso encontró fundadas, son un claro indicativo de que el proyecto contenía aspectos susceptibles de afectar, y en materia muy sensible, a las comunidades indígenas y tribales.” En la sentencia C-175/09 la Corte recurrió al trámite legislativo y a la exposición de motivos del proyecto de ley que dio lugar al Estatuto de Desarrollo Rural, para deducir, de sus objetivos generales, que constituye una regulación integral del sector agropecuario. En la sentencia C-608/10 la interpretación histórica fue determinante y preponderante, ya que la Corte concluyó que el Acuerdo de Libre Comercio entre Colombia y Canadá sí contenía disposiciones que generarían una afectación directa, con base en las intervenciones del Senador indígena Jesús Enrique Piñacué, en las que denunció que las disposiciones sobre explotación minera y sobre resolución de controversias entre comunidades indígenas y empresas multinacionales, sí afectarían a los grupos étnicos: “en cuanto a la pregunta de si las comunidades indígenas debían o no ser consultadas, resulta relevante traer a colación el siguiente extracto de la intervención del Senador Jesús Enrique Piñacué Achicué, en el curso del debate que tuvo lugar en las sesiones conjuntas de Comisiones Segundas de Cámara y Senado (...). Como se puede observar, en la intervención del Senador indígena se plantean numerosos argumentos políticos o de conveniencia en relación con la adopción del TLC entre Canadá y Colombia. Sin embargo desde una perspectiva jurídica, se afirma que el tratado internacional los afectaría en relación con la explotación minera y en lo atinente a la resolución de conflictos que se puedan presentar entre las comunidades indígenas y afrodescendientes y las empresas multinacionales. // En tal sentido, la Corte considera que, al menos en los temas indicados, la realización de la consulta previa se tornaba obligatoria, en los términos de la sentencia C-615 de 2009. En efecto, en numerosas ocasiones, la Corte ha señalado la relación existente entre la preservación de las culturas indígenas y afrodescendientes y las medidas que puedan afectar su territorio, como lo es precisamente la actividad minera.” En la sentencia C-941/10, la Corte tomó como indicador de la ausencia de afectación directa, el que durante el trámite de aprobación de este tratado internacional ante el Congreso, y durante el trámite del control constitucional ante la Corte, no se realizaron pronunciamientos, manifestaciones, protestas ni objeciones por parte de los pueblos indígenas, en el sentido de que el tratado afectase sus derechos y por ello debiese consultarse previamente: “Adicionalmente, observadas las gacetas del Congreso respecto a los debates desarrollados, no se aprecia en principio manifestación alguna de haberse omitido el proceso de consulta previa a las comunidades indígenas. De igual modo, en la etapa de intervención ciudadana e invitaciones que se realizaron para exponer opiniones sobre la constitucionalidad del presente ALC, no se formuló reparo alguno respecto al desconocimiento de los derechos de los grupos étnicos”.

²² La Corte en la sentencia C-620/03 enunció el método de interpretación teleológico, y afirma que lo aplicó en su recuento histórico sobre la relación entre los Wayúu, las salinas y el Gobierno.

C-418/02 (MP ATG)	Ley 685/01 (Código de Minas), Art. 122: Atribución a la autoridad minera nacional de la facultad de señalar y delimitar, dentro de los territorios indígenas, zonas mineras indígenas, donde la exploración y explotación minera debe ajustarse a las disposiciones especiales del Código sobre participación y protección de grupos étnicos. Hay afectación directa porque la finalidad de la delimitación y señalamiento de las zonas mineras indígenas es determinar el régimen específico de explotación de los recursos naturales allí presentes.	X	
C-891/02 (MP JAR)	Ley 685/01 (Código de Minas), varias disposiciones: - Disposición según la cual el otorgamiento, vigencia y ejercicio del derecho a explorar y explotar materiales de construcción se regula íntegramente por el Código de Minas, y es de competencia exclusiva de la autoridad minera nacional. - Autorización para efectuar actividades mineras en las zonas mineras indígenas y en las zonas mineras mixtas (indígenas y afrodescendientes), siempre y cuando las autoridades comunitarias correspondientes no hayan ejercido oportunamente su derecho preferencial a obtener el título minero. - Inclusión, dentro de los requisitos para presentar propuestas para contratar, de la mención de los grupos étnicos con asentamiento permanente en el área o trayecto solicitado. - Sujeción a inscripción en el registro de los contratos de concesión, y de la constitución de zonas mineras indígenas, de comunidades negras y mixtas. La Corte asume que estas medidas implicaban una afectación directa y que existía la obligación de realizar la consulta previa – que en este caso se consideró cumplida. La Corte menciona que se trata de un asunto que afecta a las comunidades indígenas, particularmente respecto de la explotación de recursos naturales en sus territorios, por lo cual deben contar con la oportunidad de participar en forma real y efectiva.	X	
C-620/03 (MP MGMC)	Ley 773/02, por la cual se dictan normas relativas a la administración, fabricación, transformación, explotación y comercialización de las sales que se producen en las salinas marítimas de Manaure. La Corte no analiza por qué hay una afectación directa, pero lo considera evidente por el tema mismo de la ley; la Corte hace el recuento histórico de la expedición de la norma y previamente de las relaciones, acuerdos y conflictos entre los Wayúu y el Estado, que dieron lugar a la adopción de la ley – de lo cual se infiere que sí se requería consulta previa, la cual se dio por cumplida dado el proceso de concertación que dio nacimiento a la norma. El recuento histórico sustituye el análisis de afectación directa en este caso.	X	
C-245/04 (MP CIVH)	Atribución legal a la autoridad ambiental estatal de la responsabilidad de destrucción de cultivos ilícitos para procurar el menor impacto ambiental, y de elaboración, ejecución y control del plan de manejo ambiental para la erradicación forzosa de cultivos ilícitos o la manipulación de sustancias controladas. La Corte precisa que en la instancia administrativa de elaboración del plan de manejo ambiental debe respetarse el derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas afectadas.		X
C-208/07 (MP)	Adopción del régimen legal del sistema especial de educación de	X	

REG)	los grupos étnicos. En este caso se declara la existencia de una omisión legislativa en el régimen de profesionalización docente, que no tuvo en cuenta las especificidades de la etnoeducación y por lo tanto sujetó a los etnoeducadores a las mismas reglas generales, sin haber consultado previamente a las comunidades.		
C-030/08 (MP REG)	Adopción de un régimen legal general e integral sobre los bosques, que incluye numerosas regulaciones y medidas concretas sobre conservación, manejo y explotación económica, ya que éstas tendrán un impacto particular y concreto sobre las comunidades indígenas que habitan áreas boscosas: “(…) una ley que regule de manera integral el manejo forestal en el país, afecta de manera directa y específica a los pueblos indígenas y tribales que habitan en zonas de alta incidencia de bosques, no sólo por el interés que tales comunidades tienen en participar en la definición de los elementos de un régimen nacional forestal, sino también por los conflictos que las distintas aproximaciones al tema pueden suscitar, en particular cuando, como en este caso se hace explícito en la iniciativa legislativa un énfasis en la necesidad de promover la explotación maderera como elemento estratégico para el desarrollo económico. Ese énfasis puede resultar contrapuesto con la concepción que las comunidades tienen sobre el bosque, lo cual claramente apunta hacia la necesidad de la consulta orientada a lograr una conciliación de intereses. (…) Observa la Corte que en este caso, paradójicamente, el carácter específico de la afectación que la ley puede tener sobre las comunidades indígenas y tribales, se deriva de la condición general e integral que se le dio a la iniciativa legislativa, en cuanto que, por esa vía, sus previsiones son susceptibles de afectar a dichas comunidades en una dimensión muy particular, cual es la relación que mantienen con el bosque”. “La Ley General Forestal, en cuanto que regula de manera general e integral, la actividad forestal, no obstante que, contiene previsiones orientadas a preservar la autonomía de las comunidades indígenas y afrocolombianas, y que reconoce el derecho exclusivo de las mismas al aprovechamiento de los recursos forestales de sus territorios, es susceptible de afectar directa y específicamente a tales comunidades, en la medida en que establece políticas generales, definiciones, pautas y criterios, que en cuanto de aplicación general, pueden afectar las áreas en las que se encuentran asentadas las comunidades, lo cual, a su vez, puede repercutir sobre sus formas de vida y sobre la relación tan estrecha que mantienen con el bosque”.	X	
C-030/08 (MP REG)	Ejemplos de medidas que afectan a los indígenas en igual medida que a los demás colombianos: ley general de educación; reforma del sistema de seguridad social; reforma del código laboral; reforma del código penal.		X
C-030/08 (MP REG)	Regular la manera como se hará la explotación de yacimientos petroleros ubicados en territorios indígenas.	X	
C-030/08 (MP REG) - Ejemplos	Adoptar el marco general de la política petrolera del Estado.		X
C-030/08 (MP REG) - Ejemplos	Modificar la legislación general aplicable a todos los trabajadores colombianos en materia de contratación y condiciones de empleo: no requiere consulta porque es “la regulación de un tema general		X

		no directamente orientado a regular o hacer frente a una situación que afecte a las comunidades indígenas o tribales, las cuales en la medida en que, en ese plano general, la decisión les concierna, podrían acudir a los canales ordinarios de participación, así como a los adicionales a los que alude el literal b) del mismo artículo 6°.		
C-030/08 (MP REG) - Ejemplos		En aplicación del Convenio 169, adoptar medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a pueblos indígenas una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general.	X	
C-461/08 (MP MJC)		Parte general de la ley del Plan Nacional de Desarrollo.		X
C-461/08 (MP MJC)		Programas, proyectos y presupuestos plurianuales que conforman el Plan Nacional de Inversiones Públicas incluido dentro de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, que pueden tener una incidencia directa y específica sobre las comunidades indígenas o afrodescendientes que habitan en sus zonas de ejecución.	X	
C-175/09 (MP LEVS)		<p>Estatuto de Desarrollo Rural (Ley 1152 de 2007): conjunto sistemático e integrado de principios, objetivos, normas, lineamientos de política, mecanismos y procedimientos a través de los cuales el Estado promoverá y ejecutará las acciones orientadas a lograr un desarrollo humano sostenible y el bienestar del sector rural. Constituye “un cuerpo normativo sistemático, que reúne las normas sustanciales y de procedimiento relacionadas con el aprovechamiento agropecuario de la tierra. Se trata, bajo esa perspectiva, de una regulación de carácter general, que incide en los intereses de la población que reside y deriva su sustento de las actividades agrícolas en zonas rurales, de la cual hacen parte las comunidades indígenas y afrodescendientes”.</p> <p>“(…) el EDR es una norma de amplio espectro, que se ocupa de regular en su integridad la materia del desarrollo rural en el país. Para ello, contiene prescripciones de toda índole, buena parte de ellas de carácter general, las cuales tienen implicaciones para todos los sujetos e instituciones que ejercen actividades relacionadas con el sector agrario. El Estatuto establece, de igual manera, regulaciones particulares y específicas que hacen referencia expresa a la relación entre las autoridades gubernamentales que ejercen competencias relacionadas con el desarrollo rural y las comunidades étnicas, indígenas y afrodescendientes que habitan en territorios rurales.</p> <p>(…) Estudiado el contenido del Estatuto de Desarrollo Rural, la Corte encuentra que se trata de una normatividad que debió surtir el procedimiento de consulta previa descrito en esta sentencia. Ello con base en dos criterios diferenciados: (i) el hecho que la norma acusada sea un régimen integral que regule el tema del desarrollo rural y, por ende, las relaciones entre los individuos y la tierra; y (ii) la existencia en el EDR de disposiciones que prescriben, de manera puntual y específica, tópicos que afectan directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes”. En cuanto a lo primero (i), la Corte constata que “la regulación de la propiedad agraria, en la que se encuentran asentadas las comunidades indígenas y tribales es un asunto de especial relevancia para la definición de su identidad. Esto implica que el contenido del EDR, en cuanto implica la regulación sistemática y detallada de la propiedad agraria, es un asunto que recae dentro de</p>	X	

	<p>las materias en donde el deber de consulta debe cumplirse por parte del Gobierno”. En cuanto a lo segundo (ii), la Corte explica que las materias que específicamente afectan a los pueblos indígenas y tribales incluyen las disposiciones sobre la determinación del régimen jurídico predicable de los resguardos indígenas y los territorios colectivos afrodescendientes.</p> <p>Más adelante la Corte profundiza sobre el carácter de regulación integral del EDR y su afectación de la identidad de los grupos étnicos: “es evidente que las normas del EDR tienen una relación intrínseca y directa con los intereses de las comunidades indígenas y afrodescendientes, el cual no se agota en las disposiciones que hacen referencias expresas a estos pueblos, sino que se extiende a la totalidad del texto de la Ley 1152/07, norma que desde su inicio ha sido concebida como un régimen integral y sistemático sobre el uso y aprovechamiento de los territorios rurales, razón por la cual dicha materia tiene un efecto transversal en todo el ordenamiento legal objeto de análisis. Esta materia, como se ha insistido a lo largo de esta providencia, está vinculada al núcleo de la definición de la identidad diferenciada de las citadas comunidades. (...) el EDR constituy[e] un régimen integral y sistemático sobre el desarrollo, uso y aprovechamiento del territorio rural, asunto que, a su vez, resulta determinante para la definición de la identidad de las minorías étnicas. // A este respecto, debe insistirse en que el EDR es una regulación general, que establece procedimientos para el uso y aprovechamiento del territorio rural, reformula la institucionalidad rural, crea organismos concebidos como instancias concretas de participación de los diversos sectores interesados en esa actividad y, en definitiva, es concebido como un nuevo régimen para regular las relaciones entre el Estado y los habitantes de las zonas rurales, entre ellos los miembros de las comunidades indígenas y afrodescendientes. (...) De la misma manera que la Ley General forestal, el EDR establece una regulación general y sistemática, esta vez relacionada con el uso y aprovechamiento de los territorios rurales. Igualmente, el EDR fija cláusulas que excluirían la aplicación de algunas de sus normas a las zonas rurales en las que habitan comunidades indígenas y afrodescendientes, según se tuvo oportunidad de analizar en el fundamento jurídico 24 de esta sentencia. No obstante, como se señaló en el fallo C-030/08, es precisamente ese carácter general y sistemático el que obligaba a que, indefectiblemente, el proyecto que dio lugar a la Ley 1152/07, fuera consultado en su integridad a las minorías étnicas, con miras a llegar a un acuerdo o concertación sobre el mismo.</p>		
C-063/10 (MP HASP)	Norma en la Ley que modifica el Sistema General de Seguridad Social en Salud (Ley 1122/07), según la cual la afiliación inicial de la población desplazada y desmovilizada cuyo financiamiento esté a cargo del FOSYGA se hará a una EPS pública del orden nacional; habilitación al Gobierno para reglamentar la afiliación cuando no exista esta oferta en el respectivo municipio. No se menciona a la población indígena ni afrodescendiente.		X
C-702/10 (MP JIPC)	Acto Legislativo 01 de 2009, que modificó el artículo 108 de la Constitución introduciendo una norma según la cual “los partidos y movimientos políticos que habiendo obtenido su personería jurídica como producto de la circunscripción especial de minorías	X	

	étnicas podrán avalar candidatos sin más requisitos que su afiliación a dicho partido, con una antelación no inferior a un año respecto a la fecha de la inscripción”.		
--	--	--	--

Leyes aprobatorias de tratados

Sentencia	Medida incluida en un tratado internacional examinada por la Corte	Tipo de impacto sobre los grupos étnicos identificado por la Corte	
		Afectación directa y específica	Afectación igual a la de los demás colombianos
C-750/08 (MP CIVH)	<p>Disposiciones ambientales del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos:</p> <p>Incluyen disposiciones según las cuales “las Partes reconocen la importancia de respetar y preservar los conocimientos tradicionales y prácticas de sus comunidades indígenas y otras, que contribuyen a la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica. Al igual, se reconoce la importancia de la participación y consulta pública, atendiendo la legislación interna en asuntos relacionados con la conservación y uso sostenible de la diversidad biológica”. Para la Corte no hay una afectación directa de los grupos étnicos del país, porque las disposiciones no afectan a estos grupos de manera específica en su calidad de tales, ni les imponen restricciones o gravámenes, ni les confieren beneficios:</p> <p>“(…) En el presente caso, no se requería adelantar la consulta previa del Acuerdo a las comunidades indígenas y tribales, por cuanto las normas del Capítulo Dieciocho sobre medio ambiente, así como todas las del Acuerdo, han sido expedidas de manera uniforme para la generalidad de los colombianos, y no contienen disposiciones que afecten a éstos grupos de manera específica y directa en su calidad de tales; es decir, ninguna de ellas les impone restricciones o gravámenes o les confiere beneficios a estos grupos étnicos.</p> <p>Lo anterior no obsta para que las disposiciones de orden legislativo o administrativo que se expidan en desarrollo y aplicación del Acuerdo surtan la consulta previa obligatoria respecto de las comunidades indígenas y tribales si alguna de ellas es susceptible de afectarles de manera específica y directa.”</p>		X
C-615/09 (MP HASP)	<p>Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela, en la medida en que de conformidad con su artículo 1º, las partes se obligan a “colaborar en el desarrollo conjunto de planes, programas y proyectos tendientes a mejorar las condiciones de vida de sus respectivas poblaciones indígenas Wayúu ubicadas en las zonas adyacentes a las fronteras de la República de Venezuela y de la República de Colombia en atención a las necesidades de dichas poblaciones”.</p>	X	
C-608/10 (MP HASP)	<p>Disposiciones del Acuerdo de Libre Comercio Canadá – Colombia sobre explotación minera, y sobre resolución de conflictos, ya que afectarán las controversias entre comunidades indígenas o afrodescendientes y empresas multinacionales. El impacto directo se deduce por las</p>	X	

	intervenciones del Senador indígena ante el Congreso, denunciando la afectación de los grupos étnicos por el TLC en estos dos ámbitos.		
C-915/10 (MP HASP)	<p>Disposiciones del Acuerdo sobre Medio Ambiente entre Canadá y Colombia, que incluyen tres referencias expresas a las comunidades indígenas. La Corte estima que la afectación que los grupos étnicos pueden sufrir por el tratado no es distinta de la que se produce para los demás colombianos. Se explica así porqué la afectación es igual que la de la población en general: “las normas prescritas en él se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos, lo que tiene sentido ya que su objeto no es expedir una regulación específica referida a las comunidades étnicas. Como ya se ha dicho, el objeto del acuerdo en estudio es implementar el Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Colombia de manera consecuente con al conservación y protección ambiental y el uso sostenible de sus recursos mediante el mejoramiento y aplicación de leyes y reglamentos ambientales, el fortalecimiento de la cooperación en materia ambiental y la promoción del desarrollo sostenible. En desarrollo de este objetivo, las partes se reconocen derechos y adquieren obligaciones en materia ambiental, las cuales tienen aplicación, no solamente en los territorios de las comunidades étnicas, sino en todo el territorio nacional. En definitiva, no existe en este caso una decisión expresa de adoptar una medida legislativa que afecte directamente a las comunidades étnicas (...). Ahora bien, (...) la especificidad de la afectación también se puede encontrar en una regulación que se presenta como general –como en los casos ya citados de la regulación de las salinas de Manaure, la ley forestal o el estatuto de desarrollo rural-, debido a que el objeto de la medida legislativa –en los ejemplos propuestos las salinas de Manaure, el bosque natural o los terrenos rurales, respectivamente- está situado, total o parcialmente, en el territorio en el que habita la comunidad étnica o gran parte de sus miembros y, por ello, está relacionado íntimamente con su subsistencia y su identidad. Sin embargo, esta hipótesis tampoco se presenta en esta oportunidad. El objeto del acuerdo es la protección del ambiente, especialmente en el marco de las futuras relaciones comerciales entre Colombia y Canadá, y no es posible sostener que este objeto –la protección del ambiente- tenga en esta oportunidad mayor incidencia en los territorios de las comunidades étnicas pues el acuerdo no se concentra en la conservación del ambiente en zonas naturales o rurales en las que habitan parte importante de la población de estas comunidades. Por el contrario, el tratado aborda la protección del ambiente de manera amplia, como un asunto nacional. (...) Tampoco se puede afirmar que la importancia de la protección del ambiente sea mayor en sus territorios debido a que las relaciones comerciales entre Colombia y Canadá se vayan a desarrollar en gran parte en estos mismos. (...)”</p> <p>La mención de las comunidades indígenas es insuficiente para que las cláusulas del tratado constituyan medidas de afectación directa que activen la obligación de consulta previa: “No desconoce la Sala que en el texto del tratado están incluidas tres normas que mencionan expresamente a las comunidades étnicas. Pero estima que, en dos de estas, no se adopta en realidad medida alguna al ser simples reiteraciones de instrumentos internacionales firmados con anterioridad. Así, el artículo 1 define, para Colombia, el término ‘comunidades indígenas y locales’ pero lo hace de conformidad con el artículo 1 de la Decisión Andina y el artículo 5 reitera el compromiso de las partes de ‘respetar, preservar y mantener el conocimiento tradicional, innovaciones y prácticas de las comunidades indígenas y locales’, ‘según lo establecido por el Convenio de Diversidad</p>		X

	<p>Biológica'. En cuanto a la tercera de ellas –artículo 1- que define lo que se entiende por 'legislación ambiental', ésta excluye del concepto las normas 'cuya finalidad principal sea regir (...) la cosecha por parte de indígenas de los recursos naturales', lo que significa, precisamente, que este punto no queda cobijado por los derechos y obligaciones reconocidos y adquiridos en el tratado que se relacionen con la legislación ambiental y por lo tanto no se altera el estatus de las comunidades étnicas. En últimas, como se ve, ninguna de estas tres disposiciones les impone restricciones ni gravámenes ni se les concede beneficios distintos a los de la población en general por lo que su consulta previa no es obligatoria".</p> <p>A diferencia de lo ocurrido en la sentencia C-608/10, "el acuerdo bajo estudio no regula los temas que allí se consideraron sujetos a consulta previa obligatoria. En esa ocasión se estimó que era imperativa la consulta previa respecto de los temas de explotación minera y resolución de conflictos entre comunidades étnicas y empresas multinacionales y que esta se había llevado a cabo en debida forma, razón por la que se declaró exequible. Repárese en que, pese a la relación que existe entre el tratado que se estudia y el mencionado, el estudio de la presencia o ausencia de la afectación directa a las comunidades étnicas es independiente debido a que los dos tratados versan sobre distintos aspectos."</p>		
C-941/10 (MP JIPP)	<p>Disposiciones del Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio, "que crean una zona de libre comercio entre Colombia y los Estados de la AELC, que en sus capítulos refieren a disposiciones generales, comercio de mercancías, productos agrícolas procesados, comercio de servicios, inversión, protección de la propiedad intelectual, contratación pública, política de competencia, transparencia, cooperación, administración del acuerdo, solución de controversias y disposiciones finales". Para la Corte estas disposiciones no afectan a los grupos étnicos en forma distinta al resto de la población: "Verificados el contenido de tales capítulos del TLC frente al texto constitucional y el Convenio 169 de la OIT, la Corte encuentra que no se requería adelantar la consulta previa de las comunidades indígenas y afrodescendientes, dado que las disposiciones que comprenden el acuerdo principal y los acuerdos complementarios, no afectan directamente el territorio de los grupos étnicos, ni ocasionan desmedro de la integridad cultural, social y económica de tales etnias. (...) Las disposiciones del presente ALC parten esencialmente de un marco general y abstracto que concierne al conjunto de la población colombiana. Esto es, refieren e manera uniforme a la generalidad de los colombianos, sin que contengan normas que afecten de manera concreta y directa los grupos étnicos, esto es, que alteren el estatus de los grupos étnicos al imponerle restricciones, gravámenes o beneficios, ni mucho menos se contempla la explotación de recursos naturales en sus territorios."</p> <p>La simple mención de las comunidades indígenas y sus derechos en el texto del tratado no es suficiente para concluir que establece medidas de afectación directa: "La sola referencia en el capítulo de 'protección a la propiedad intelectual' a las 'medidas relacionadas con la biodiversidad', donde en términos generales las Partes 'reiteran' sus derechos soberanos sobre sus recursos naturales y reconocen la importancia de la biodiversidad biológica, conocimientos y prácticas tradicionales asociadas de las comunidades indígenas y locales, anotando que corresponde a cada Parte fijar las condiciones de acceso a sus recursos genéticos conforme a la legislación nacional e internacional, no es constitutiva de una medida que se traduzca en una afectación directa de los grupos étnicos, ni es</p>		X

	<p>contentiva de una regulación específica sobre dichas comunidades, y menos está relacionada íntimamente con su subsistencia e identidad, sino que se trata de una disposición que se limita a reiterar de manera general la soberanía que le asiste a cada Estado Parte en asuntos concernientes a la biodiversidad.”</p>		
C-027/11 (MP JIPC)	<p>Disposiciones del Convenio Básico de Cooperación Técnica y Científica entre Colombia y Guatemala.</p> <p>“En el caso bajo estudio, un examen del contenido del Convenio permite concluir que las medidas que mediante él se pretenden adoptar no conciernen directamente a ninguna comunidad étnica asentada en el territorio nacional, de modo que la consulta previa no era un requisito previo. En efecto, el Convenio solamente establece obligaciones generales en materia de cooperación técnica y científica entre Colombia y Guatemala y no define las áreas específicas del territorio nacional en las que se desarrollarán tales actividades, lo que impide establecer qué grupos étnicos se hallarán dentro de las áreas de influencia de los proyectos que se realicen en virtud del Convenio. // La definición de las áreas influencia, de conformidad con el artículo 2º del instrumento, deberán especificarse en la formulación de cada proyecto, que además tendrá que sujetarse a los planes de desarrollo locales. De modo que en cada caso será a futuro necesario examinar la procedencia de procesos de consulta previa. // Adicionalmente, el Convenio no hace referencia específica a actividades de investigación científica o de exploración de recursos naturales en áreas de influencia directa de comunidades étnicas colombianas.”</p>		X
C-187/11 (MP HASP)	<p>Medidas del “Acuerdo en materia de informes anuales sobre derechos humanos y libre comercio entre la República de Colombia y Canadá”, cuya obligación fundamental es que cada parte rendirá un informe anual a su poder legislativo nacional sobre el efecto de las medidas tomadas en virtud del TLC Colombia-Canadá.</p> <p>“Una revisión del texto del tratado permite concluir que las normas prescritas en él se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos lo que tiene sentido ya que su objeto no es expedir una regulación específica referida a las comunidades étnicas. Como ya se ha dicho, el objeto del acuerdo en estudio es que cada parte, mediante un informe anual y público, dé a conocer a su organismo legislativo nacional ‘el efecto de las medidas tomadas en virtud del Tratado de Libre Comercio entre la República de Colombia y Canadá sobre los derechos humanos tanto en los territorios de la República de Colombia como Canadá’, lo cual incluye no sólo las posibles consecuencias respecto de los derechos humanos de las comunidades étnicas sino de la población en general de ambos países. En definitiva no existe en este caso una decisión expresa de adoptar una medida legislativa que afecte directamente a las comunidades étnicas como sucedió en el caso ya mencionado del ‘Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela’. // Ahora bien, (...9 la especificidad de la afectación también se puede encontrar en una regulación que, aunque se presenta como general, repercute de manera directa sobre las comunidades indígenas y tribales, como sucedió en los casos de la Ley Forestal y el Estatuto de Desarrollo Rural. Sin embargo, esta hipótesis tampoco se presenta en esta oportunidad pues no se puede afirmar que la importancia de la protección de los derechos humanos sea mayor en el caso de las comunidades étnicas debido a que las relaciones comerciales entre Colombia y Canadá se vayan a desarrollar en gran parte en sus territorios. (...) Estima la Sala entonces que el [tratado] no constituye ni</p>		X

	<p>contiene medidas legislativas que afecten de forma directa a las comunidades indígenas y afrodescendientes colombianas y, en consecuencia, su consulta previa no se tornaba obligatoria. Se considera que la afectación que se puede derivar del tratado internacional bajo revisión frente a estos grupos étnicos no es distinta de la que se produce para los demás colombianos, la cual proviene del efecto general que, en principio, tiene las leyes y los tratados internacionales lo que excluye la presencia de una afectación directa.”</p>		
--	---	--	--

4.2. El Acto Legislativo 05 de 2011, por su carácter general y su mandato expreso de desarrollo legal del régimen de regalías, no contiene una medida susceptible de afectar directa, específica y particularmente a los grupos étnicos; su ley de desarrollo necesariamente deberá ser consultada.

A la luz de los criterios jurisprudenciales arriba reseñados, la Sala considera que el Acto Legislativo 05 de 2011 “*por el cual se constituye el Sistema General de Regalías, se modifican los artículos 360 y 361 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones sobre el régimen de regalías y compensaciones*”, no es una medida legislativa que en sí misma conlleve una afectación directa, específica y particular de los pueblos indígenas o las comunidades afrodescendientes del país, en atención a dos razones fundamentales: (i) el nivel de generalidad de las regulaciones que allí se consagran, que no constituyen un régimen constitucional integral del sistema de regalías; y –especialmente- (ii) la remisión a una ley de desarrollo que habrá de precisar en detalle los distintos aspectos constitutivos del régimen nacional de regalías. Esta ley de desarrollo, en criterio de la Corte, necesaria y obligatoriamente tendrá que ser objeto de consulta previa con la plenitud de las garantías constitucionales e internacionales aplicables. Las razones específicas para haber llegado a esta conclusión se exponen a continuación.

Siguiendo la aproximación de la jurisprudencia constitucional, la Corte se preguntará como primera medida si el Acto Legislativo 05 de 2011 (1) contiene regulaciones específicas sobre temas relacionados con los pueblos indígenas o tribales, o (2) es una norma concebida de manera general pero con una repercusión directa y diferencial sobre los pueblos indígenas o tribales del país en los ámbitos que les son propios.

4.2.1. El Acto Legislativo 05 de 2011 no contiene regulaciones expresas de asuntos relativos a los pueblos indígenas o las comunidades afrodescendientes; su tema uniforme es el del sistema de regalías, en cuya regulación constitucional no se menciona a los grupos étnicos. Desde esta perspectiva, el impacto que se puede derivar de este Acto Legislativo para los grupos étnicos del país es el mismo que se experimenta por la generalidad de la población colombiana.

4.2.2. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte observa, en aplicación de los distintos métodos interpretativos utilizados por la jurisprudencia constitucional, que *el tema* de esta regulación constitucional –las regalías por

la explotación de recursos naturales no renovables-, pese a su redacción en términos generales, sí es de aquellos que pueden tener una repercusión directa, diferencial y específica sobre los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes del país. Ello resulta claro a partir de múltiples consideraciones, entre las cuales sobresalen las siguientes:

(i) El tema de las regalías, concebidas constitucionalmente como una contraprestación económica que se causa a favor del Estado por la explotación de un recurso natural no renovable, se vincula directa e inescindiblemente con el significado, único y culturalmente determinado, que tienen los recursos naturales, y en particular los recursos del subsuelo, para los pueblos indígenas y tribales. Experiencias históricas recientes, ampliamente documentadas incluso en la jurisprudencia constitucional colombiana, no dejan duda sobre la diversidad y trascendencia de significaciones, connotaciones y valores espirituales que las culturas indígenas del país atribuyen al subsuelo y sus recursos. Por lo mismo, una lectura armónica de los artículos 360 y 361 Superiores que fueron reformados por este Acto Legislativo, junto con los mandatos constitucionales que protegen la diversidad étnica y cultural del país, arroja como resultado que el régimen jurídico de las regalías en Colombia necesariamente debe incorporar un enfoque diferencial étnico, incorporando reglas específicas sobre la situación y la participación de las comunidades indígenas y afrodescendientes frente al sistema nacional de regalías, sin limitarse a los casos específicos de explotaciones cerca de territorios indígenas, puesto que dicho enfoque diferencial deben concebirse como uno de los múltiples ejes estructurales y transversales del régimen legal de las regalías.

(ii) También ha sido demostrado con creces que el sistema de regalías, en tanto fuente de financiación para las entidades territoriales en segmentos críticos de sus respectivas políticas públicas, opera como un complejo factor de estímulo económico a la exploración y explotación mineras a lo largo del territorio nacional. En esta medida, no puede la Corte pasar por alto que el principal reto que afrontan los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes en el momento actual de la historia colombiana, es el de preservar y consolidar sus territorios, entre otras frente a los distintos riesgos ambientales, sociales y culturales planteados por proyectos extractivos, en muchas ocasiones incompatibles con sus derechos individuales y colectivos. Por lo mismo, dadas las implicaciones manifiestas que el diseño mismo del sistema de regalías puede tener sobre la integridad de los territorios étnicos del país, es claro que los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes experimentarán un impacto directo, diferencial, particular y específico derivado de las normas que configuran el régimen de regalías.

(iii) Existen disposiciones legales actualmente vigentes que consagran derechos específicos de los grupos étnicos frente al sistema de regalías. Así, por ejemplo, la Ley 756 de 2002 consagra en su artículo 11 disposiciones sobre la destinación de las regalías en casos de explotaciones dentro o cerca de

resguardos indígenas.²³ El Acto Legislativo 05 de 2011 no contiene disposiciones sobre el particular; pero se deduce de una interpretación integral del mismo que la ley de desarrollo del régimen de regalías habrá de surtir un efecto necesario sobre la validez y eficacia de las disposiciones legales actualmente vigentes. Por lo mismo, los pueblos indígenas y tribales que actualmente se benefician o son afectados por estas normas, resultarán en la misma medida afectados por la modificación o derogación de las normas actuales en el futuro régimen legal de las regalías.

Las anteriores razones indican que el régimen jurídico de las regalías sí tiene un impacto directo, diferencial, específico y particular sobre los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes del país. Ahora bien, lo anterior no implica que la respuesta al interrogante (b) arriba planteado sea afirmativa – es decir, que el Acto Legislativo 05 de 2011, pese a su redacción en términos generales, sí sea de aquellos que pueden surtir una repercusión directa, diferencial y específica sobre los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes del país. La razón por la cual esto no es así, es que el Acto Legislativo 05 de 2011 no consagra una regulación constitucional integral del sistema de regalías, sino que por el contrario, únicamente sienta las bases constitucionales generales del sistema, y remite por mandato expreso del nuevo inciso 2 del artículo 360 Superior a una ley de desarrollo en la cual se habrá de consagrar, con todo su detalle, el régimen legal de las regalías en Colombia.²⁴

Se observa, así, que es una ley del Congreso, de iniciativa gubernamental, la que habrá de regular el amplio espectro temático del sistema de regalías, en temas estructurales tales como sus órganos, procedimientos, regulaciones, ingresos, inversiones y controles. En otras palabras, la Constitución defirió al legislador el establecimiento de las reglas específicas que habrán de regir el sistema; fue voluntad del Constituyente derivado idear un sistema de regalías con bases constitucionales generales y una regulación legal detallada.

Para la Corte, como ya se dijo, el establecimiento de las bases constitucionales generales del sistema, en sí mismo, no afecta como tal a las poblaciones

²³ “Artículo 11. Cuando en un resguardo indígena o en un punto ubicado a no más de cinco (5) kilómetros de la zona del resguardo indígena, se exploten recursos naturales no renovables, el cinco por ciento (5%) del valor de las regalías correspondientes al departamento por esa explotación, y el veinte por ciento (20%) de los correspondientes al municipio, se asignarán a inversión en las zonas donde estén asentados las comunidades indígenas y se utilizarán en los términos establecidos en el artículo 15 de la Ley 141 de 1994. // Parágrafo. Cuando el resguardo indígena sea una entidad territorial, podrá recibir y ejecutar los recursos directamente, en caso diferente, los recursos serán recibidos y ejecutados por los municipios en concertación con las autoridades indígenas por el respectivo municipio, atendiendo lo establecido en el presente artículo”.

²⁴ En efecto, dispone el nuevo artículo 360 Superior, tras su reforma por el Acto Legislativo 05 de 2011: “**Artículo 360.** La explotación de un recurso natural no renovable causará, a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte. La ley determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables. Mediante otra ley, a iniciativa del Gobierno, la ley determinará la distribución, objetivos, fines, administración, ejecución, control, el uso eficiente y la destinación de los ingresos provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables precisando las condiciones de participación de sus beneficiarios. Este conjunto de ingresos, asignaciones, órganos, procedimientos y regulaciones constituye el Sistema General de Regalías.”

indígenas o tribales, puesto que no constituyen tales bases un régimen integral de las regalías; será en el desarrollo legal de estas bases constitucionales que cobrarán relevancia todas las razones recién enunciadas por las cuales para la Corte es claro que los pueblos indígenas y tribales resultarán directa y específicamente afectados por el régimen de las regalías.

Por las anteriores razones, la Corte concluye que el Acto Legislativo 05 de 2011, al no incorporar en sí mismo ninguna medida susceptible de afectar directa y específicamente a los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes del país, no debía ser obligatoriamente materia de consulta previa – lo que sí ocurrirá con la ley de desarrollo del sistema de regalías a la que alude el inciso 2 del nuevo artículo 360 de la Constitución, tras la reforma introducida por el Acto Legislativo que se revisa. En esta medida, el cargo por falta de consulta previa del Acto Legislativo será desestimado, pero la Corte condicionará la constitucionalidad del mismo a que se entienda que la ley de desarrollo en comento debe cumplir con los requisitos (a) y (b) establecidos en el párrafo precedente.

La Corte considera pertinente recordar en este punto que, según han explicado los organismos internacionales de derechos humanos –tales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Comité de Derechos Humanos de la ONU-, el Estado colombiano está en la obligación internacional de contar con un marco legislativo claro, que regule en forma integral el tema de la consulta previa de tal manera que se garantice plenamente el principio de legalidad y la certeza jurídica a todos los actores implicados en estos procesos. Según ha explicado la CIDH, los Estados deben aprobar legislación “que desarrolle los derechos individuales de los indígenas, que garantice mecanismos de participación de los pueblos indígenas en la toma de decisiones de índole política, económica y social que afecten sus derechos y que incremente su participación política en la adopción de decisiones a nivel nacional”²⁵, para efectos de lo cual deben prescribir reglas y requisitos claros para el proceso de las consultas. Por su parte, el Convenio 169 de la OIT establece la obligación de los Estados de “desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad” (art. 2.1), entre otras a través de “la proposición de medidas legislativas y de otra índole a las autoridades competentes y el control de la aplicación de las medidas adoptadas en cooperación con los pueblos interesados” (art. 33.2). Es claro que la ausencia de directrices legales para el procedimiento de consulta supone, en la práctica, un serio obstáculo para el cumplimiento del deber estatal de consulta. Nota la Corte que actualmente en Colombia no existe un marco legal integral que regule, en forma comprensiva y consistente con el derecho internacional y la jurisprudencia constitucional, el derecho de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes a la consulta previa, libre e informada de las

²⁵ CIDH, *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, Capítulo X, párr. 39 – Recomendación 1. 117

medidas, legislativas, administrativas u otras, que les puedan afectar directamente. En esta medida, la Corte **exhorta** al Congreso de la República a que, en cumplimiento de las funciones democráticas que le son propias, expida una regulación específica e integral sobre el proceso de consulta previa en Colombia, acorde con las pautas trazadas por la Constitución Política y el Derecho internacional de los derechos humanos, y –por supuesto– garantizando la participación activa de los grupos étnicos del país en su definición.

5. Cargo por sustitución parcial de la Constitución Política. Inhibición de la Corte Constitucional.

La Corte considera que el demandante no cumplió con la carga argumentativa calificada que la jurisprudencia constitucional exige a los demandantes que aleguen que un Acto Legislativo ha incurrido en sustitución de la Constitución.

La posibilidad de controvertir un acto del Congreso de la República mediante el cual se reforma la Constitución Política, por el llamado vicio de competencia, supone de parte del ciudadano que ejerce tal derecho político, asumir la carga de construir un cargo adecuado y suficiente de constitucionalidad, que le permita a la Corte entrar a conocer el asunto. Por eso, de manera reiterada, la jurisprudencia constitucional ha establecido que una demanda que plantee la sustitución de la Constitución mediante un Acto Legislativo, debe sustentar plenamente en qué consiste dicha sustitución,²⁶ para poder cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991. En tal sentido, por ejemplo, la sentencia C-153 de 2007, que resolvió una demanda contra el Acto Legislativo 01 de 2005, dijo al respecto:

“(E)l ciudadano que instaure una acción pública de inconstitucionalidad contra la totalidad de un Acto Legislativo, o una parte del mismo, no puede plantearle a la Corte que realice un examen material sobre las disposiciones constitucionales por violar otras normas de la Constitución. (...) En este caso, la carga para el demandante consiste en plantear cargos de inconstitucionalidad relacionados con el desbordamiento del poder de reforma del Congreso. En otras palabras, el actor debe demostrar de manera concreta, clara, específica y suficiente que la modificación introducida al texto de la Constitución de 1991 no es una reforma sino que se está ante una sustitución de la misma.

(...) la exigencia que la Corte le hace al ciudadano de estructurar al menos un verdadero cargo de inconstitucionalidad en los casos en que éste considere que el Congreso de la República se extralimitó en el ejercicio de sus competencias al reformar la Constitución, es consonante no sólo con el carácter rogado que tiene la jurisdicción constitucional en

²⁶ Sentencia C-551 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett).

estos casos, sino con los mínimos requisitos exigidos por el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991 a fin de que la Corte pueda centrar adecuadamente el examen constitucional correspondiente, permitiendo también a los intervinientes y al Procurador General de la Nación, el pronunciamiento, el pronunciamiento sobre problemas jurídicos concretos.

(...) En virtud de los argumentos expuestos, frente a una demanda como la que se estudia y con el fin de garantizar (1) el límite al poder de reforma sin dar lugar a un injustificado subjetivismo judicial que bloquee de manera ilegítima los cambios y transformaciones constitucionales y, (2) la existencia de una verdadera controversia constitucional sobre la presunta sustitución, la Corte debe asegurarse que el cargo se encuentre suficientemente estructurado. Para ello, como acaba de ser mencionado, debe exigir que el demandante demuestre de manera clara, suficiente, concreta y específica, que ha existido una verdadera sustitución de la Constitución. De esta manera la Corte debe evitar que so pretexto de un juicio de sustitución se adopte una decisión de fondo sobre una demanda que, en realidad, este solicitando un control material de una reforma constitucional respecto de otras normas constitucionales o de tratados de derechos humanos.”

En este mismo sentido en la Sentencia C-1200 de 2003 se estableció que, *“Cuando un ciudadano demanda una reforma constitucional por considerarla inconstitucional tiene la carga argumental de demostrar que la **magnitud y trascendencia de dicha reforma conducen a que la Constitución haya sido sustituida por otra**. No basta con argumentar que se violó una cláusula constitucional preexistente, ni con mostrar que la reforma creó una excepción a una norma superior o que estableció una limitación o restricción frente al orden constitucional anterior. El actor no puede pedirle a la Corte Constitucional que ejerza un control material ordinario de la reforma como si ésta fuera inferior a la Constitución. Esto es fundamental para delimitar el alcance del control atribuido al juez constitucional”*.

Igualmente en la Sentencia C-572 de 2004 se dijo que, *“Los actos reformativos de la Constitución pueden demandarse sólo por vicios de procedimiento en su formación, lo cual incluye, tal y como esta Corte lo ha señalado, vicios de competencia, en particular cuando se ataque la reforma por implicar una eventual sustitución de la Constitución vigente. Así, el ciudadano puede intentar demostrar la sustitución del ordenamiento constitucional o alegar la existencia de un vicio en el trámite del acto. En ambos casos, debido a la existencia de un término de caducidad, que muestra la intención del Constituyente de no sólo dar firmeza a las reformas constitucionales sino también de sustraer esos actos de un control integral y automático por la Corte, **el ciudadano debe entonces concretar y especificar con claridad, y no de manera genérica, el cargo constitucional...**”*

En cualquier caso, la Corte ha precisado que si no existe cargo, la Sala no puede, a propósito del control de la inconstitucionalidad por sustitución en las reformas constitucionales, construir oficiosamente los cargos de la demanda, cuando estos no cumplen con la carga argumentativa suficiente que demuestre que un principio axial se está sustituyendo por otro. Como se estableció en la Sentencia C-682 de 2009, “...cuando los actores no satisfacen la carga mínima de argumentación la Corte no puede seleccionar las materias acerca de las cuales va a pronunciarse y menos aún inferir los cargos de inconstitucionalidad o directamente construirlos, so pretexto de la índole popular de la acción o del principio *pro actione*, dado que, si ese fuera el caso, desbordaría su competencia y sería juez y parte”.

En el presente caso la Sala considera que no es posible entrar a realizar un pronunciamiento de fondo, pues la demanda no construye un cargo de constitucionalidad que demuestre, en los términos indicados en la jurisprudencia, que el cambio del Acto legislativo acusado es de tal magnitud que sustituye el orden constitucional vigente.

Los argumentos del actor sobre cuáles son los elementos definitorios estructurales de la Constitución que se estarían modificando y por qué las reformas actuales son de tal magnitud que alterarían el orden constitucional vigente son difusos, incompletos y desarticulados. Se encuentran intercalados a lo largo de la demanda, sin la claridad suficiente que exige como contraprestación, el uso de tan importante poder político, como lo es cuestionar una reforma a la Carta Política. Incluso después de reorganizarlos para efectos analíticos, la Sala considera que se no se presentan razones adecuadas, pertinentes y suficientes para demostrar, en forma satisfactoria, cuáles son las razones precisas por las cuales el Acto Legislativo sustituyó parcialmente los principios constitucionales de la descentralización y la autonomía territorial por otros completamente diferentes.

Además, como se indicó previamente, la importancia de las demandas de inconstitucionalidad que se presentan por sustitución a la Constitución, no pueden ser complementadas de forma oficiosa por este alto tribunal. Por tanto, la Corte se declarará inhibida para emitir pronunciamiento de fondo sobre el cargo atinente a la sustitución de la Constitución. El control de constitucionalidad que compete a esta Corporación no es oficioso, y por el contrario, exige la satisfacción de una carga argumentativa suficiente, que en el caso concreto no se cumplió.

6. Cargo por violación del artículo 232 de la Ley 5ª de 1992. Inhibición de la Corte Constitucional.

Para la Corte, el cargo formulado por el actor relativo al desconocimiento de lo dispuesto en el artículo 232 del Reglamento del Congreso carece de la certeza necesaria para activar el control abstracto de constitucionalidad, puesto

que se basa en un entendimiento de esta norma que es contrario a su texto literal.

En efecto, el actor en el proceso D-8636 afirma que “tanto en la primera como en la segunda vuelta, se llevaron a cabo audiencias públicas, ejemplo de ello, se efectuaron en las ciudades de Valledupar o Yopal, o en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes el día 23 de mayo de 2011, pero en las respectivas ponencias, no se alude en forma alguna a las intervenciones de la ciudadanía, desvirtuándose dicho procedimiento”. Considera que con ello se violó el artículo 232 de la Ley 5ª de 1992, que dispone a propósito del contenido de la ponencia, que el ponente del proyecto respectivo debe consignar la totalidad de las propuestas o modificaciones presentadas que este estime importantes y las razones en que se fundamenta su aceptación o rechazo, siempre que tales observaciones se hayan efectuado a más tardar tres días antes de la presentación del informe de entrega personal de las exposiciones.

Sin embargo, es claro por una primera lectura de esta norma, que la incorporación de las propuestas u observaciones ciudadanas dentro del informe de ponencia es una facultad potestativa del respectivo ponente, quien deberá ejercer un juicio subjetivo para establecer si las considera importantes, y en consecuencia si deben ser incluidas o no dentro de la ponencia. El actor otorga a esta facultad discrecional –que debe ser ejercida en forma razonable– un carácter obligatorio que no se deduce de la misma norma.

En esta medida, el cargo se ha fundamentado sobre una base jurídica equivocada, y carece de la necesaria certeza. La Corte se declarará en consecuencia inhibida para fallar.

7. Cargo por violación del artículo 182 de la Ley 5 de 1992. Inhibición de la Corte Constitucional.

El demandante en el proceso D-8636 afirma que tanto en la primera como en la segunda vuelta del proceso de formación del Acto Legislativo bajo examen se desconoció lo dispuesto en el artículo 182 de la Ley 5ª de 1992, según el cual, finalizado el debate sobre un proyecto de ley en el pleno de alguna de las Cámaras, el ponente, a la vista del texto aprobado y de las enmiendas presentadas, redactará un informe final en los cinco (5) días siguientes. En tal informe, que será remitido a la otra Cámara, presentará las modificaciones, adiciones y supresiones, así como la elaboración del texto definitivo con las explicaciones pertinentes.

A este respecto, y en relación con la primera vuelta del trámite del Acto Legislativo bajo examen, el actor indica que “el Secretario General de la Honorable Cámara de Representantes informa que en sesión Plenaria de los días 23 y 24 de noviembre de 2010, fue aprobado en segundo debate el texto definitiva de la iniciativa en examen, según consta en actas de sesión 33 y 34,

de las respectivas fechas, sin que los ponentes hayan rendido el informe de que trata el artículo 182 *ibídem.* (...) en su lugar, el Secretario se limitó a informar de dicha situación”. En cuanto a la segunda vuelta, afirma que la situación se repitió, “toda vez que como consta en la Gaceta del Congreso 424 de 2011, se realiza conciliación de la iniciativa en comento, pero no aparece el informe de que trata el plurimencionado artículo 182”.

Para la Corte, estas afirmaciones no cumplen los requisitos mínimos de, especificidad, claridad, certeza, pertinencia y suficiencia predicables del cargo de inconstitucionalidad,²⁷ por la razón manifiesta de que ni siquiera se alude a las normas constitucionales que se estimarían vulneradas por el desconocimiento de este requisito. En consecuencia, la Corte se declarará inhibida para fallar sobre este cargo.

8. Síntesis de la presente decisión

En el caso bajo revisión, la Corte ha adoptado su fallo sobre la exequibilidad del Acto Legislativo No. 05 de 2011 con base en las siguientes reglas constitucionales:

²⁷ Corte Constitucional, sentencia C-1052 de 2001 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa). Recogiendo la jurisprudencia, se considera que no puede haber pronunciamiento de fondo sobre una demanda cuando no presenta razones “*específicas, claras, pertinentes y suficientes*”. Se considera en la sentencia C-1052 de 2001 que “[la] *claridad* de la demanda es un requisito indispensable para establecer la conducencia del concepto de la violación, pues aunque “*el carácter popular de la acción de inconstitucionalidad, [por regla general], releva al ciudadano que la ejerce de hacer una exposición erudita y técnica sobre las razones de oposición entre la norma que acusa y el Estatuto Fundamental*”, no lo excusa del deber de seguir un hilo conductor en la argumentación que permita al lector comprender el contenido de su demanda y las justificaciones en las que se basa. || Adicionalmente, las razones que respaldan los cargos de inconstitucionalidad sean *ciertas* significa que la demanda recaiga sobre una proposición jurídica real y existente “y *no simplemente* [sobre una] *deducida por el actor, o implícita*” e incluso sobre otras normas vigentes que, en todo caso, no son el objeto concreto de la demanda. Así, el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad supone la confrontación del texto constitucional con una norma legal que tiene un contenido verificable a partir de la interpretación de su propio texto; “*esa técnica de control difiere, entonces, de aquella [otra] encaminada a establecer proposiciones inexistentes, que no han sido suministradas por el legislador, para pretender deducir la inconstitucionalidad de las mismas cuando del texto normativo no se desprenden*”. || [...] las razones son *específicas* si definen con claridad la manera como la disposición acusada desconoce o vulnera la Carta Política a través ‘de la formulación de por lo menos un cargo constitucional concreto contra la norma demandada’ [...]. || La *pertinencia* [...] quiere decir que el reproche formulado por el peticionario debe ser de naturaleza constitucional, es decir, fundado en la apreciación del contenido de una norma Superior que se expone y se enfrenta al precepto demandado. || [...] Finalmente, la *suficiencia* que se predica de las razones de la demanda de inconstitucionalidad guarda relación, en primer lugar, con la exposición de todos los elementos de juicio (argumentativos y probatorios) necesarios para iniciar el estudio de constitucionalidad respecto del precepto objeto de reproche [...]”. Esta sentencia ha sido reiterada en varias ocasiones. Entre otras, ver las sentencias C-890A de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), C-927 de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil), C-398 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), C-516 de 2007 (MP Jaime Córdoba Triviño, SPV Jaime Araujo Rentería), C-542 de 2007 (MP Álvaro Tafur Galvis, SV Jaime Araujo Rentería), C-777 de 2010 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), C-841 de 2010 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), C-937 de 2010 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), C-942 de 2000 (MP Juan Carlos Henao Pérez), C-771 de 2011 (MP Nilson Pinilla Pinilla), C-876 de 2011 (MP Mauricio González Cuervo), C-877 de 2011 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), C-882 de 2011 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y C-937 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

1. Una lectura conjunta y armónica de los artículos 375 y 208 de la Carta Política indica que los Ministros del Despacho obran como representantes del Gobierno ante el Congreso para efectos de ejercer la iniciativa constituyente gubernamental, ya que existe un mandato general de representación que permite presumir dicha vocería en casos concretos, salvo una clara expresión de la voluntad gubernamental en contrario, o de reglas concretas trazadas al respecto por la propia Carta Política.

2. El detonante de la obligación constitucional e internacional de realizar la consulta previa con los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes en casos de medidas legislativas, incluidos los Actos Legislativos, es que la afectación generada para dichos pueblos y comunidades por tales medidas legislativas sea directa. La jurisprudencia constitucional ha seguido un curso uniforme y pacífico en el sentido de proveer distintos criterios hermenéuticos, una metodología y unos lineamientos constitucionales para determinar, en cada caso concreto, si una medida legislativa surte un impacto directo, específico y particular sobre los grupos étnicos del país, de manera tal que con respecto a ella sea obligatorio cumplir con el derecho a la consulta previa, en forma plenamente respetuosa de los estándares trazados por la jurisprudencia interamericana y la jurisprudencia constitucional al respecto²⁸.

3. *El tema* de las regalías por la explotación de recursos naturales no es exclusivo para las comunidades indígenas y afrodescendientes del país, entre otras razones porque (a) la ley no tiene por objeto principal de regulación una o varias comunidades indígenas o afrodescendientes; (b) la concepción constitucional de las regalías en tanto contraprestación económica que se causa a favor del Estado por la explotación de un recurso natural no renovable, se vincula directa e inescindiblemente con el significado, único y culturalmente determinado, que tienen los recursos naturales, y en particular los recursos del subsuelo, para los pueblos indígenas y tribales – motivo por el cual, a la luz de una lectura armónica de los artículos 360 y 361 Superiores que fueron reformados por este Acto Legislativo, junto con los mandatos constitucionales que protegen la diversidad étnica y cultural del país, para la Corte es claro que el régimen jurídico de las regalías en Colombia, y la política pública correspondiente, necesariamente deben incorporar un enfoque diferencial étnico, incorporando reglas específicas sobre la situación y la participación de las comunidades indígenas y afrodescendientes frente al sistema nacional de regalías, sin limitarse a los casos específicos de explotaciones cerca de territorios indígenas, puesto que dicho enfoque diferencial deben concebirse como uno de los múltiples ejes estructurales y transversales del régimen legal de las regalías; (c) el sistema de regalías opera como un complejo factor de estímulo económico a la exploración y explotación mineras a lo largo del territorio nacional, vinculándose así a los distintos factores que hoy en día hacen que sea crítico preservar y consolidar

²⁸ Sentencia T-769 de 2009 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

los territorios étnicos ancestrales del país, entre otras frente a los distintos riesgos ambientales, sociales y culturales planteados por proyectos extractivos; y (d) existen algunas disposiciones legales actualmente vigentes que consagran derechos específicos de los grupos étnicos frente al sistema de regalías, y que la Corte entiende siguen en vigor.

4. Sin perjuicio de lo anterior, a la luz de los criterios jurisprudenciales arriba reseñados, la Sala considera que el Acto Legislativo 05 de 2011 no es una medida legislativa que en sí misma conlleve una afectación directa, específica y particular de los pueblos indígenas o las comunidades afrodescendientes del país, en atención a dos razones fundamentales: (i) el nivel de generalidad de las regulaciones que allí se consagran, que no constituyen un régimen constitucional integral del sistema de regalías; y –especialmente- (ii) la remisión a una ley de desarrollo que habrá de precisar en detalle los distintos aspectos constitutivos del régimen nacional de regalías. Esta ley de desarrollo, en criterio de la Corte, necesaria y obligatoriamente tendrá que ser objeto de consulta previa con la plenitud de las garantías constitucionales e internacionales aplicables, en tanto contenga disposiciones que afecten directamente a las comunidades indígenas o afrodescendientes. La nueva ley no podrá contener medidas regresivas respecto de los niveles de protección de los pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas que actualmente se disponen en las leyes previas. Además, en la asignación de los recursos correspondientes a los fondos de compensación y Desarrollo, necesariamente deberán tenerse en cuenta a las comunidades ancestrales. Estas dispondrán de una participación directa en los recursos provenientes de tales fondos.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, oído el concepto del Procurador General de la Nación y cumplidos los trámites y requisitos que contempla el Decreto 2067 de 1991, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución.

RESUELVE

Primero.- Declarar **EXEQUIBLE** el Acto Legislativo 05 de 2011, por el cargo relativo a la falta de iniciativa constituyente en cabeza de los Ministros del Despacho.

Segundo.- Declarar **EXEQUIBLE** el Acto Legislativo 05 de 2011, por el cargo relativo a la falta de consulta previa con los grupos étnicos del país.

Tercero.- Declararse **INHIBIDA** para fallar sobre los cargos dirigidos contra el Acto Legislativo por supuesta sustitución de la Constitución y violación de los artículos 182 y 232 de la Ley 5ª de 1992.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Presidente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

ADRIANA MARIA GUILLEN ARANGO
Magistrada (E)

MAURICIO GONZALEZ CUERVO
Magistrado
Con salvamento de voto

JORGE IVAN PALACIO PALACIO
Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado
*Con salvamento parcial de voto
y aclaración de voto*

JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB
Magistrado
Con salvamento de voto

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado
Ausente con excusa

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado
Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General