

Sentencia C-702/10

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE ACTO LEGISLATIVO POR VICIOS DE PROCEDIMIENTO/DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA ACTO LEGISLATIVO-Alcance de la competencia de la Corte Constitucional

ACCION PUBLICA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA ACTO LEGISLATIVO-Caducidad

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE ACTO LEGISLATIVO POR VICIO DE PROCEDIMIENTO-Omisión de consulta previa de comunidades étnicas para adopción de reforma constitucional que los afecta/NORMA DE ACTO LEGISLATIVO QUE MODIFICA CIRCUNSCRIPCION ESPECIAL DE MINORIAS ETNICAS-Inconstitucional por omitir consulta previa de comunidades concernidas

Mediante Acto Legislativo 01 de 2009, se modifican y adicionan algunos artículos de la Constitución Política, y en su artículo 2° inciso 8° precisó lo relativo al artículo 108 de la Constitución y más exactamente lo relacionado con el acceso a la circunscripción especial de minorías étnicas y las circunstancias en las cuales los partidos y movimientos políticos que hayan obtenido su personería jurídica como producto de dicha circunscripción, pueden avalar candidatos para la misma, introduciendo restricciones que 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, de donde resulta que la norma cuyo trámite de adopción se examina sí afecta en forma directa a las comunidades étnicas, por lo cual debió haber sido sometida a consulta previa, y su omisión en actos reformatorios de la Constitución se erige en un vicio procedimental que se proyecta sustancialmente, por lo cual una disposición superior afectada por tal vicio puede ser demandada por razones de trámite en su aprobación, y habiéndose verificado que en el caso del inciso 8° del artículo 108 de la Constitución Política, introducido por el Acto Legislativo 01 de 2009 dicha consulta no se surtió, procede la declaratoria de inconstitucionalidad por vicios de trámite de dicha norma.

CIRCUNSCRIPCION ESPECIAL DE MINORIAS ETNICAS-Objetivos/CIRCUNSCRIPCION ESPECIAL DE MINORIAS ETNICAS-Modificación afecta en forma directa derecho de las comunidades étnicas/CIRCUNSCRIPCION ESPECIAL DE MINORIAS ETNICAS-Modificación exige consulta previa de comunidades étnicas concernidas

Los objetivos perseguidos con la circunscripción especial de minorías étnicas fueron los de mejorar la representatividad del Congreso de la República, y

reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, siendo, justamente, la circunscripción especial de las comunidades étnicas el mecanismo por excelencia para hacer realidad este doble propósito, al igual que ampliar los espacios de representación. De ahí que toda modificación que a dicha circunscripción se introduzca 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, incidiendo en el derecho a la identidad cultural en el contexto de la participación política y debe ser sometida a consulta previa de las comunidades concernidas.

OMISION DE CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES ETNICAS-Naturaleza del vicio/OMISION DE CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES INDIGENAS Y GRUPOS ETNICOS EN TRAMITE DE ACTO LEGISLATIVO QUE LES CONCIERNE-
Constituye un vicio formal que se proyecta sobre el contenido de las normas adoptadas

Repasada la línea jurisprudencial relativa al deber de consulta a las comunidades étnicas, en especial en lo concerniente a la adopción de medidas legislativas susceptibles de afectar directamente a dichos pueblos, y definido que las reglas jurisprudenciales sobre la consulta para la aprobación de leyes resultan aplicables a la aprobación de actos legislativos, pasa la Corte a estudiar con particular detenimiento las precisiones de esta Corporación en torno a la naturaleza del vicio de inconstitucionalidad que puede generarse por la omisión de dicha consulta, resultando claro para la Corte que el ejercicio de participación ejecutado a través de la consulta previa constituye una garantía de orden procedimental encaminada a respetar los derechos a la subsistencia y la integridad cultural de los grupos étnicos, y en sí misma se erige en un procedimiento, y su omisión se proyecta sobre el contenido material de las medidas que a través del procedimiento se lleguen a adoptar, que si bien tiene implicaciones de naturaleza sustantiva sobre las disposiciones legales que a través de él se aprueben, no lo convierte en un asunto de índole sustancial exclusivamente. Por lo tanto, la omisión del deber de consultar a las comunidades étnicas concernidas con la adopción de medidas legislativas se erige en un vicio de trámite con repercusiones sustanciales, o más precisamente, en un defecto procedimental sustantivo.

INCONSTITUCIONALIDAD DE ACTO LEGISLATIVO-
Procedencia no sólo por violación de los requisitos del Título XIII de la Constitución/**CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO-**Consulta previa a comunidades indígenas/**CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO-**Hace parte del bloque de constitucionalidad

Si bien de conformidad con lo prescrito por el artículo 241 de la Constitución Política, en relación con los actos reformativos de la Carta, la competencia

de la Corte se encuentra restringida al análisis de los “vicios de procedimiento en su formación”, y según las voces del artículo 379 superior, los actos legislativos sólo pueden ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en el Título XIII de la Carta, dentro de los que no se enumera la consulta a las comunidades étnicas para la adopción de reformas constitucionales que las afecten, resulta claro para la Sala que eso no significa que dicho control procedimental deba limitarse a verificar el trámite de aprobación del respectivo acto legislativo exclusivamente frente a lo dispuesto en dicho título de la Carta, pues como lo ha definido la jurisprudencia de esta Corporación, los parámetros de control del trámite de la reforma constitucional mediante acto legislativo no se agotan en lo dispuesto por Título XIII, sino que incluyen algunas otras normas constitucionales pertinentes y las disposiciones orgánicas contenidas en la Ley 5ª de 1992 que establezcan condiciones básicas y esenciales para la formación de la voluntad democrática de las cámaras legislativas cuyo desconocimiento genere una violación de los requisitos previstos en el Título XIII de la Constitución para la adopción de actos legislativos. Además, el alcance jurídico de todo este plexo normativo ha sido precisado mediante la interpretación auténtica llevada a cabo por la jurisprudencia de esta Corporación. En el caso concreto del procedimiento de consulta que debe ser seguido para la adopción de medidas legislativas que afecten a las comunidades étnicas, se tiene que el mismo, aunque no está recogido de manera expresa en ninguna norma de la Constitución ni en las disposiciones orgánicas que regulan el trámite de los actos legislativos, ha sido establecido como una exigencia previa de trámite, especialmente a partir de lo prescrito por el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, norma integrante del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 superior, en concordancia con el artículo 330 superior y las disposiciones constitucionales que reconocen el derecho a la participación efectiva, a la autonomía y a la libre determinación de los pueblos indígenas y afrocolombianos.

LEY-Sentidos del término

MEDIDAS LEGISLATIVAS-Alcance de la expresión

La noción de “medidas legislativas” es un concepto que incluye no solamente las leyes en sentido formal, sino otras medidas normativas de carácter general, impersonal y abstracto de carácter no administrativo, entre las cuales se incluye el concepto de Acto Legislativo a que se refiere la Constitución Política de Colombia.

CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES INDIGENAS Y AFRODESCENDIENTES-Constituye un derecho fundamental

La jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que el deber constitucional de consultar a las comunidades étnicas tiene como causa jurídica el correlativo derecho de las mismas a participar en la adopción de

las decisiones que directamente las afectan, derecho que en este caso ha sido estimado como de naturaleza fundamental y está radicado en cabeza del sujeto colectivo conformado por la respectiva comunidad étnica.

DERECHO A CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES ETNICAS-Naturaleza y alcance

CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES ETNICAS-Conclusiones respecto de su exigibilidad

En lo que tiene relación específica con el trámite de leyes que directamente afectan a las comunidades étnicas, pueden presentarse las siguientes conclusiones jurisprudenciales: i) El derecho fundamental de consulta previa de las comunidades étnicas también es exigible dentro del trámite legislativo; ii) El derecho fundamental de consulta previa en cabeza de las comunidades étnicas tiene lugar solamente respecto de aquellas iniciativas que puedan afectarlas directamente; iii) El Gobierno tiene el deber de promover la consulta de todo tipo de proyectos de ley, no sólo de aquellos que sean de su iniciativa; iv) La consulta debe efectuarse en un momento previo a la radicación del proyecto en el Congreso de la República, para que los resultados del proceso de participación incidan en el contenido de la iniciativa que se somete a consideración; no obstante, durante el trámite legislativo en el Congreso de la República dicho proceso participativo no se interrumpe; v) La existencia de instancias simplemente representativas de las comunidades étnicas en los organismos del Estado no suple el deber estatal de llevar a cabo la consulta previa de los proyectos de ley con los grupos étnicos potencialmente afectados por ellos en forma directa y específica; vi) El trámite de la consulta durante el trámite legislativo se somete al principio de la buena fe, “lo cual quiere decir, por un lado, que corresponde a los Estados definir las condiciones en las que se desarrollará la consulta, y por otro, que la misma, para que resulte satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional, debe realizarse de manera que sea efectiva y conducente”; vii) La consulta previa durante el trámite legislativo también debe ser guiada por el principio de oportunidad, que implica que se permita “una intervención útil y con voceros suficientemente representativos, en función del tipo de medida a adoptar”.

AUDIENCIAS PUBLICAS EN TRAMITE DE REFORMA CONSTITUCIONAL-No convalidan la consulta previa a las comunidades étnicas cuando dicho requisito se exige

Las audiencias públicas que se convocan durante el trámite de aprobación de una reforma constitucional no equivalen ni convalidan en forma alguna la consulta previa que, en las condiciones necesarias para satisfacer el derecho fundamental a la diversidad étnica, han debido realizarse, pues no otorgaron un espacio de participación efectivo y conducente para influir en la toma de la decisión normativa. En el presente caso, si bien observa la Sala que se

realizaron algunas audiencias, ello no satisfacen el derecho fundamental de consulta en cabeza de las comunidades étnicas, por tratarse tan solo de mecanismos para el ejercicio del derecho general de participación, pero no procedimientos específicos de consulta directa a los grupos étnicos concernidos. Además, tales audiencias se cumplieron durante el trámite de la reforma constitucional y no antes de iniciarse tal proceso constituyente, por lo que no cumplen con el requisito conforme al cual la consulta ha de ser previa al proceso de adopción de la medida normativa de que se trate.

DEBER DE CONSULTA A LAS COMUNIDADES ÉTNICAS- Reiteración de jurisprudencia

Referencia: expediente D-7988

Demanda de inconstitucionalidad en contra del inciso 8° del artículo 2° del Acto Legislativo N° 01 de 2009, “*Por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política de Colombia*”.

Actores: Marcos Aníbal Avirama Avirama y Miguel Antonio Gálvis.

Magistrado Ponente:
Dr. JORGE IGNACIO PRETELT
CHALJUB

Bogotá D. C., seis (6) de septiembre de dos mil diez (2010).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Mauricio González Cuervo -quien la preside-, María Victoria Calle Correa, Juan Carlos Henao Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Humberto Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la presente sentencia con fundamento en los siguientes,

1. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, los ciudadanos Marcos Aníbal Avirama Avirama y Miguel Antonio Gálvis demandaron el inciso 8° del artículo 2° del Acto Legislativo No. 01 de 2009.

Mediante auto calendarado el 1° de febrero del año en curso, el Magistrado Sustanciador inadmitió la demanda por no cumplir con los requisitos exigidos por el artículo 2° del Decreto 2067 de 1991, por cuanto las razones expuestas para sustentar los cargos de inconstitucionalidad no eran suficientes ni específicas. En el mismo proveído, se advirtió respecto del cargo que denunciaba que la norma acusada implicaba un tratamiento desigual para los partidos y movimientos políticos que obtuvieran su personería jurídica como producto de la circunscripción especial de minorías étnicas, con violación de los artículos 2¹, 7², 13³, y 103⁴ de la Constitución, que en cuanto era claro que “*el inciso 8 del artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2009, va en plena contravía del espíritu de los constituyentes*”, los demandantes no explicaban por qué razón, con la reforma introducida por la disposición acusada, la Constitución ya no era la misma, sino que había sido substituida por otra nueva. Como la sola lectura del cargo lo revelaba, la acusación se dirigía a confrontar el acto reformativo con las normas constitucionales previas a su expedición, pero no a explicar porqué el Congreso había excedido sus competencias estrictamente reformativas, en ejercicio del poder constituyente secundario que la Carta ponía en sus manos.

Cumplido el término concedido para subsanar la demanda y corregidos algunos de los defectos, aquella fue admitida mediante auto de fecha 23 de febrero de 2010, pero sólo respecto del cargo por desconocimiento del artículo 93 de la Constitución Política, acusación según la cual en el trámite dado por el Congreso de la República al inciso 8° del Artículo 2° del Acto Legislativo N° 1 de 2009 se omitió dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 2, 3, 4 y 6 del Convenio 169 de la OIT “*sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*”. El Magistrado Sustanciador verificó que este cargo fue formulado en oportunidad de conformidad con lo exigido por el artículo 379 de la Carta, es decir, dentro del año siguiente a la promulgación del acto legislativo. En efecto, el Acto Legislativo 01 de 2009 fue promulgado el 14 de julio de 2009 y la demanda radicada en esta Corporación el 7 de diciembre del mismo año, es decir, aproximadamente cinco meses después.

Los demás cargos presentados fueron rechazados, pues después de haber revisado el escrito de corrección presentado por los demandantes, el

¹ Esta disposición se estima vulnerada en el aparte que reza: “Son fines esenciales del Estado: ... facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación...”

² C.P. ARTÍCULO 7. “*El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana*”.

³ C.P. ARTÍCULO 13. “*Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*”

⁴ C.P. ARTÍCULO 103. “*Son mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía: el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato. La ley los reglamentará. El Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan*”.

Magistrado Sustanciador observó que, tras la corrección, algunos de los cargos de inconstitucionalidad formulados continuaban incumpliendo las exigencias argumentativas planteadas por la jurisprudencia constitucional relativa a las demandas de inconstitucionalidad interpuestas contra actos legislativos.

De manera concreta, el Magistrado Sustanciador encontró que los cargos de inconstitucionalidad esgrimidos en contra del inciso 8° del Artículo 2° del acto Legislativo N° 1 de 2009, por violación de los artículos 2°, 7° y 13 de la Constitución Política y de varios tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Colombia pertenecientes al llamado “*bloque de constitucionalidad*”, continuaban siendo sustentados en razones *insuficientes*, pues no explicaba en forma alguna por qué con la adopción de la reforma constitucional contenida en la norma acusada, la Constitución Política ha sido *sustituida* por otra nueva. Dichas razones, después de la corrección de la demanda, continuaban planteando tan solo una contradicción normativa entre la disposición acusada y normas de rango constitucional, pero no explicaban por qué el Congreso de la República había excedido el *límite competencial* del poder de reforma constitucional que le asiste.

En virtud de lo anterior, en la parte resolutive del auto de 23 de febrero de 2010, el Magistrado Sustanciador resolvió, entre otras cosas:

“PRIMERO. ADMITIR la demanda presentada por los ciudadanos Marcos Aníbal Avirama Avirama y Miguel Antonio Gálvis, radicada bajo el número D-7988, respecto del cargo esgrimido por desconocimiento del artículo 93 de la Constitución Política, por cuanto en el trámite dado por el Congreso de la República al inciso 8° del Artículo 2° del Acto Legislativo N° 1 de 2009 se omitió dar cumplimiento lo dispuesto por los artículos 2, 3, 4 y 6 del Convenio N° 169 de la OIT, “sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”.

“SEGUNDO: RECHAZAR la misma demanda respecto de los demás cargos presentados.

“TERCERO: ADVERTIR a los demandantes que contra el rechazo aquí dispuesto procede el recurso de súplica, el cual podrá interponerse dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación de la presente providencia”.⁵

⁵ En los numerales siguientes se comunicó el proceso y se invitó a participar en él a las siguientes entidades:

“CUARTO: COMUNICAR el presente proceso al Ministerio del Interior y de Justicia, al señor Defensor del Pueblo y a los presidentes de las Comisiones Constitucionales de Derechos Humanos del Senado de la República y de la Cámara de Representantes para que, en el término establecido en el artículo 11 del Decreto 2067 de 1991, expresen lo que estimen pertinente.

“QUINTO: INVITAR a los partidos o movimientos políticos Alianza Social Indígena -ASI-, Autoridades Indígenas de Colombia -AICO-, Alianza Social Afrocolombiana -ASA- y al Movimiento Nacional Afrocolombiano -AFRO-, así como a la Organización Indígena de Colombia -ONIC-, la Academia Colombiana de Jurisprudencia, la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, la Facultad de

2. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto completo de la disposición demandada, dentro del cual se subraya y resalta el inciso concretamente acusado de inconstitucionalidad:

“ACTO LEGISLATIVO 1 DE 2009

(julio 14)

“Diario Oficial No. 47.410 de 14 de julio de 2009

“Por el cual se modifican y adicionan algunos artículos de la Constitución Política de Colombia

“EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

“...

“ARTÍCULO 2o. El artículo 108 de la Constitución Política quedará así:

“El Consejo Nacional Electoral reconocerá Personería Jurídica a los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos. Estos podrán obtenerlas con votación no inferior al tres por ciento (3%) de los votos emitidos válidamente en el territorio nacional en elecciones de Cámara de Representantes o Senado. Las perderán si no consiguen ese porcentaje en las elecciones de las mismas Corporaciones Públicas. Se exceptúa el régimen excepcional que se estatuya en la ley para las circunscripciones de minorías étnicas y políticas, en las cuales bastará haber obtenido representación en el Congreso.

“También será causal de pérdida de la Personería Jurídica de los partidos y movimientos políticos si estos no celebran por lo menos durante cada dos (2) años convenciones que posibiliten a sus miembros influir en la toma de las decisiones más importantes de la organización política.

“Los Partidos y Movimientos Políticos con Personería Jurídica reconocida podrán inscribir candidatos a elecciones. Dicha

inscripción deberá ser avalada para los mismos efectos por el respectivo representante legal del partido o movimiento o por quien él delegue.

“Los movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos también podrán inscribir candidatos.

“Toda inscripción de candidato incurso en causal de inhabilidad, será revocada por el Consejo Nacional Electoral con respeto al debido proceso.

“Los Estatutos de los Partidos y Movimientos Políticos regularán lo atinente a su Régimen Disciplinario Interno. Los miembros de las Corporaciones Públicas elegidos por un mismo Partido o Movimiento Político o grupo significativo de ciudadanos actuarán en ellas como bancada en los términos que señale la ley y de conformidad con las decisiones adoptadas democráticamente por estas.

“Los Estatutos Internos de los Partidos y Movimientos Políticos determinarán los asuntos de conciencia respecto de los cuales no se aplicará este régimen y podrán establecer sanciones por la inobservancia de sus directrices por parte de los miembros de las bancadas, las cuales se fijarán gradualmente hasta la expulsión, y podrán incluir la pérdida del derecho de voto del Congresista, Diputado, Concejal o Edil por el resto del período para el cual fue elegido.

“Los Partidos y Movimientos Políticos que habiendo obtenido su Personería Jurídica como producto de la circunscripción especial de minorías 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.

“PARÁGRAFO Transitorio. *Para las elecciones al Congreso de la República a celebrarse en 2010, el porcentaje a que se refiere el inciso primero del presente artículo será del dos por ciento (2%), y no se requerirá del requisito de inscripción con un año de antelación del que habla el inciso 8o.”*

3. LA DEMANDA

En relación con el cargo admitido, en resumen, la demanda expresa lo siguiente:

Según criterio de los demandantes, el texto normativo acusado viola el artículo 93 de la Constitución Política, por desconocimiento de los artículos 2, 3, 4 y 6 del Convenio N° 169 de la OIT “*sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*”.

Afirman los demandantes que dentro del trámite del Acto Legislativo 01 de 2009, el Congreso debió realizar una consulta a las comunidades indígenas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT⁶, como requisito para aprobar el inciso octavo del artículo segundo de dicho acto legislativo. Al no haberlo hecho, claramente se presenta un vicio de trámite en la aprobación de dicha reforma constitucional.

Consideran que la audiencia para consulta se debió realizar con “*los congresistas que representan a las minorías en esa corporación, con los presidentes o representantes de los partidos políticos que hoy representan a las minorías y que son los directos afectados con la norma denunciada; con los directivos de las organizaciones nacionales y regionales indígenas y afrodescendientes; con autoridades nacionales responsables del tema étnico, los derechos humanos, las libertades civiles, así como convocar expertos interesados en el tema a nivel nacional e internacional*”.

Destacan que dado que el Acto Legislativo 01 de 2009 fue sancionado el 14 de julio de ese año, la demanda ha sido interpuesta en forma oportuna, es decir, antes de cumplirse el término de caducidad que señala el artículo 242 de la Constitución Política para la formulación de cargos por vicios de forma.

Manifiestan que la presente demanda de inconstitucionalidad constituye “*el paso previo a la denuncia de violación y recorte de los derechos políticos de las minorías étnicas por parte, ya no de los congresistas de la coalición del gobierno, sino ahora por parte del Estado Colombiano*”.

4. INTERVENCIONES

4.1. MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA

⁶ **Convenio 169 de la OIT, Artículo 6:**

“1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”

Dentro del término de fijación en lista, intervino en este asunto el ciudadano Fernando Gómez Mejía, Director de Ordenamiento Jurídico del Ministerio de la referencia, para solicitarle a la Corte un fallo inhibitorio. Las razones en las que apoya su solicitud son las siguientes:

Recuerda, en primer lugar, que la Corte Constitucional únicamente es competente para conocer de los actos legislativos por vicios de procedimiento en su formación, es decir, que sólo podrán declararse inconstitucionales si violan los requisitos señalados en los artículos 374 al 380 de la Carta Política.

De acuerdo con lo anterior, sostiene el interviniente que es necesario determinar si la omisión de la consulta previa para adoptar la medida legislativa acusada, constituye un vicio de procedimiento en la formación de dicha disposición, o si por el contrario se trata de un vicio de carácter material, caso en el cual no tendría competencia esta Corte para examinar la constitucionalidad de la norma.

Luego de citar la jurisprudencia relativa al asunto⁷, el ciudadano interviniente concluye que el cargo esgrimido por los demandantes no se refiere a un vicio de formación en el trámite del Acto Legislativo en el cual está contenida la disposición acusada, sino a uno de carácter material, ya que se trata de un defecto que concurre con anterioridad al trámite legislativo y que se proyecta sobre el contenido material de la norma objeto de examen. Alega que el vicio “*se circunscribe a la antesala de la iniciación formal de los debates en el Congreso, descartándose de plano cualquier alusión a vicios de forma en estricto sentido*”.

Finaliza manifestando que debido a la naturaleza de derecho fundamental de la consulta previa, cualquier desconocimiento de dicho derecho implica un examen de constitucionalidad material, para lo cual no tiene competencia la Corte Constitucional.

4.2. UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

El ciudadano Genaro Alfonso Sánchez Moncaleano, decano (e) de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, estando dentro del término de fijación en lista, intervino para solicitar que la Corte se declare inhibida por inepta demanda, bajo los siguientes argumentos:

En primer lugar, el interviniente realiza un recuento de la doctrina vertida por esta Corporación en materia de revisión de actos legislativos

⁷ Sentencias C-175 de 2009, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva y C-891 de 2002, M.P. Jaime Araújo Rentería.

por la presunta sustitución de la Constitución y concluye que, de acuerdo con dicha jurisprudencia, cuando se predique la sustitución de la Constitución, las demandas deben cumplir con los requisitos de claridad, pertinencia y suficiencia, mediante la demostración concreta, clara y específica del modo como ha operado la comentada sustitución.

Según criterio del interviniente, la presente demanda, aun después de corregida, no cumple con los requisitos procesales necesarios para permitir su estudio, ya que no se indican en ella ni los *“elementos definitorios de la Constitución sustituidos, ni contempla de forma clara, el elemento novedoso introducido, ni mucho menos indica la forma en que tal o tales elementos varían el régimen constitucional. De hecho, se extraña de manera determinante los fundamentos que concreten una mutación del sistema constitucional colombiano. El demandante se limita a oponer los derechos fundamentales que considera violados por el inciso demandado, sin considerar las formas especiales a que debe obedecer el análisis de la competencia del Legislador en la aprobación de actos legislativos”*.

Por esta razón, considera que la Corte debe declararse inhibida para el estudio de la demanda incoada.

Sin embargo, manifiesta que en caso de que la Corte encuentre oportuno el estudio de la demanda por los cargos esgrimidos, considera pertinente abordar la noción de lo que sería el bloque de constitucionalidad aplicable en la materia y realizar un test de igualdad sobre la exigencia de la afiliación a un partido o movimiento político de minorías étnicas con una antelación no inferior a un año respecto de la fecha de inscripción de la candidatura.

En relación con el bloque de constitucionalidad aplicable, señala que la Ley 649 de 2001 debe entenderse incluida dentro de dicho concepto en sentido lato, por ser de naturaleza estatutaria; dicha ley, agrega, concretamente en su artículo 2° *“ya había incluido condiciones especiales para la elección de candidatos avalados por alguna de las circunscripciones especiales reconocidas por la Constitución”*, pues había indicado que para esos efectos era menester haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de una organización indígena. Recordado lo anterior, señala que *“resulta de la naturaleza misma de las circunscripciones mencionadas,... que los candidatos deberán en todo caso cumplir con requisitos más exigentes respondiendo a la especial categoría de circunscripción nacional especial”*.

En consecuencia, expone que *“no es cierto que los partidos o movimientos políticos de la circunscripción especial de minorías étnicas, podrán avalar candidatos ‘sin más requisitos que su afiliación”*

a dicho partido, como lo estatuye el aparte inmediatamente anterior al demandado, pues los requisitos que hacen parte de la ley 649 de 2001, como parte integrante del bloque de constitucionalidad en sentido lato no pudieron ser derogados por el Acto Legislativo 01 de 2009. Por lo que el requisito de afiliación en el tiempo –un año – se une a los requisitos de calidades del candidato – ser líder o autoridad tradicional de la comunidad –.” Agrega entonces que el verdadero sentido de la disposición constitucional demandada no es otro que el de complementar la protección legal estatutaria de la circunscripción especial.

Respecto del test de igualdad, considera que el objetivo perseguido por la norma es claro: blindar a los partidos y movimientos políticos de la circunscripción especial del ingreso irracional de candidatos que ven convenientes el aval de dichos movimientos, sin albergar el sentimiento de identidad con esas comunidades. Al mismo tiempo, expresa que desde la perspectiva constitucional dicho objetivo es razonable, necesario y proporcionado, por lo que concluye que el aparte demandado es exequible.

5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador General de la Nación intervino dentro de la oportunidad legal prevista con el fin de solicitar que se declare la inexecutable del inciso demandado.

Tras recordar y comentar la jurisprudencia sentada por esta Corporación judicial respecto del tema de la consulta a las comunidades indígenas para la adopción de medidas que les conciernen, la vista fiscal destaca que *“el derecho a la consulta previa es un derecho fundamental que busca proteger el disfrute de los derechos colectivos, económicos, políticos y culturales de las comunidades indígenas y afrodescendientes, y que pretende establecer canales de comunicación y deliberación entre el Gobierno y estos colectivos, en las decisiones de carácter legislativo y administrativo que les afecten”*.

En cuanto a la reforma constitucional del artículo 108 superior, el Procurador señala que es evidente que en el proceso de discusión y aprobación del Acto Legislativo cuestionado no se realizó la consulta previa a las comunidades indígenas y afrocolombianas, razón por la que es preciso determinar si esa omisión constituyó una trasgresión de los compromisos estatales.

De acuerdo con lo anterior, señala el señor Procurador que las condiciones para avalar candidatos por parte de los partidos políticos minoritarios configura *“una pieza destacada en el engranaje de la representación de estos grupos”*, razón por la que la modificación de las reglas de acceso de los candidatos por la circunscripción nacional especial afecta directamente la

preservación de la identidad y permanencia de dicha población, al someter a nuevas condiciones la representación política de las minorías étnicas y la autonomía de las comunidades para seleccionar sus candidatos.

Considera además que este asunto incide en *“los intereses más propios de las comunidades diferenciadas por razones étnicas, y por tanto exigía la previa participación, conocimiento y deliberación informada de los representantes de las minorías étnicas”*, hecho que no podía pasar inadvertido por el Gobierno al impulsar esta reforma constitucional.

Igualmente, aunque reconoce que la Corte no se ha ocupado del deber de consulta en las reformas constitucionales y que el mismo se ha circunscrito frente a *“medidas legislativas y administrativas”*, la vista fiscal *“entiende que el término ‘medidas legislativas’ es amplio y genérico, y por tanto incluye cualquier normatividad que interfiera en sus derechos fundamentales, colectivos, culturales y políticos”*.

Expresa que aunque existen precedentes jurisprudenciales que indican que la omisión de consulta se erige en un vicio sustancial, el argumento de que no realizar la consulta afecta el contenido material de la disposición normativa no es óbice para valorar que el legislador incurrió en un vicio de trámite en el procedimiento de reforma constitucional, por cuanto mediante este proceso se garantiza el ejercicio del derecho fundamental de las comunidades étnicas, por lo cual difícilmente se puede sostener que su inobservancia no vulnera el proceso de discusión y aprobación del Acto Legislativo.

En consecuencia, el Ministerio Público encuentra que al omitirse la consulta previa sobre aspectos que incidían en forma directa en la participación política de las comunidades indígenas y afrodescendientes, se incurrió en un vicio de procedimiento en la formación del Acto Legislativo 01 de 2009 y se violó la Constitución y los compromisos internacionales adquiridos por el Estado Colombiano.

6. PRUEBAS DECRETADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Mediante auto de veinticinco (25) de mayo de dos mil diez (2010), el magistrado sustanciador, considerando que para adoptar la decisión a tomar dentro del presente proceso se hacía necesario profundizar en el conocimiento de los trámites que antecedieron a la expedición del Acto Legislativo N° 1 de 2009, solicitó al señor Presidente del Congreso de la República que informara *“si para la adopción del inciso 8° del artículo 2° del Acto Legislativo N° 1 de 2009 fueron consultadas las minorías étnicas que podían resultar afectadas con la nueva disposición constitucional”*.

En respuesta a la anterior solicitud, el señor Secretario de la Comisión Primera del Senado de la República, Guillermo León Giraldo Gil, informó que en el

trámite dado al proyecto de acto legislativo en la Comisión Primera del Senado “*se celebraron sendas Audiencias Públicas, en primera y segunda vuelta, en las que se invitó a participar a todas las personas naturales y jurídicas interesadas en esa iniciativa, mediante aviso en el Canal del Congreso y en un periódico de circulación nacional. Las Audiencias Públicas celebradas sobre esta iniciativa son: PRIMERA VUELTA: Audiencia Pública realizada el 16 de noviembre de 2008, publicada en la Gaceta del Congreso N° 184/09.*

SEGUNDA VUELTA: Audiencia Pública realizada el 20 de mayo de 2009, publicada en la Gaceta del Congreso N° 717/09”.

7. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

7.1. 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.

7.2. EL PROBLEMA JURÍDICO QUE PROPONE LA DEMANDA

7.2.1. Los demandantes estiman que cuando el Congreso de la República, obrando como titular del poder constituyente derivado, mediante el Acto Legislativo N° 1 de 2009 agregó el inciso 8° al artículo 108 de la Constitución Política, inciso que dispone que los partidos y movimientos políticos que hayan obtenido su personería jurídica como producto de la circunscripción especial de minorías étnicas pueden 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*”, incurrió en un vicio de trámite que desconoce los artículos 2, 3, 4 y 6 del Convenio N° 169 de la OIT “*sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*. Aseguran que este Convenio, particularmente su artículo 6°, obligaba a consultar a las comunidades étnicas concernidas, antes de la adopción de la norma constitucional comentada. Agrega la demanda que esta omisión de consulta desconoció también el artículo 93 superior, relativo al llamado “*bloque de constitucionalidad*”.

Como se dejó explicado anteriormente, la omisión de la consulta previa para la adopción de la norma demandada así mismo fue acusada por los actores de violar los artículos 2, 7, 13, y 103 de la Constitución, por cuanto para ellos era claro que “*el inciso 8 del artículo 2 del Acto Legislativo 01 de 2009, va en plena contravía del espíritu de los constituyentes*”; no obstante, dado que los demandantes no explicaron por qué razón con la adopción de la norma cuestionada el Congreso

habría excedido sus competencias estrictamente reformativas, llegando a producir una sustitución de la Constitución, la demanda fue admitida únicamente por el estricto vicio de trámite consistente en la omisión de la consulta previa, mas no como una acusación fundada en la extralimitación competencial del Congreso al haber producido una sustitución de la Constitución.

- 7.2.2.** A juicio de uno de los intervinientes, cuando se omite cumplir con el requisito de consulta previa a las comunidades étnicas concernidas con la adopción de una norma jurídica, el vicio que se presenta no es de carácter formal sino material, pues así ha sido establecido por la jurisprudencia de esta Corporación. En tal virtud, la Corte no es competente para analizarlo, pues conforme al numeral 1° del artículo 241 de la Carta, sólo tiene facultades para decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, por vicios de procedimiento en su formación.

Para el otro ciudadano que interviene dentro del proceso, la demanda denuncia un vicio de sustitución de la Constitución, pero no cumple con los requisitos jurisprudenciales para tal tipo de acusaciones. En tal virtud, como petición principal, solicita que se profiera un fallo inhibitorio.

- 7.2.3.** Por su parte, la vista fiscal estima que la modificación de las reglas de acceso de los candidatos por la circunscripción especial nacional es una medida normativa que afecta directamente la preservación de la identidad y permanencia de los grupos étnicos minoritarios, por lo cual ha debido ser sometida a consulta previa. Agrega que aunque la Corte no se ha ocupado de definir la naturaleza del vicio de omisión de consulta a las comunidades étnicas para el caso de las reformas constitucionales, existen precedentes jurisprudenciales que indicarían que tal omisión de consulta se erige en un vicio sustancial; no obstante lo anterior, considera que la inobservancia de este requisito vulnera el proceso de discusión y aprobación del Acto Legislativo demandado, por lo cual estima que se presenta un clásico vicio de trámite que debe llevar a la declaración de inexecutable de la norma acusada.

- 7.2.4.** Así las cosas, el problema jurídico que debe resolver la Corte en esta ocasión es si la omisión de la consulta previa a las comunidades étnicas para la adopción de una norma constitucional que les concierne, constituye un vicio de trámite susceptible de hacer formalmente inexecutable la norma superior así adoptada. En caso de llegar a establecerse que dicha omisión sí constituye un vicio formal, la Sala deberá determinar si la norma acusada afecta a las comunidades étnicas y, de ser así, tendrá que verificar en los antecedentes del Acto

Legislativo N° 1 de 2009 si las comunidades étnicas fueron o no consultadas para la adopción del inciso 8° del artículo 2.

Para los anteriores efectos, la Sala estudiará los siguientes asuntos: **(i)** la jurisprudencia relativa al deber de consulta a las comunidades étnicas; **(ii)** la aplicabilidad al trámite de los actos legislativos, de la doctrina constitucional sobre consulta previa a las comunidades étnicas durante el trámite de las leyes; **(iii)** la naturaleza del vicio de omisión de consulta a las comunidades étnicas para la adopción de todo tipo de medidas normativas; **(iv)** el alcance de la norma constitucional contenida en el inciso 8° del Acto Legislativo N° 1 de 2009 y su capacidad para afectar directamente a las comunidades étnicas; y **(v)** el cumplimiento o la omisión del deber de efectuar la consulta previa a las comunidades concernidas para la adopción de la norma demandada.

7.3. EL DEBER DE CONSULTA A LAS COMUNIDADES ÉTNICAS. REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

En diversas oportunidades, tanto en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad⁸ como en sede de tutela⁹, esta Corporación judicial ha tenido ocasión de referirse al deber de efectuar una consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes para la adopción de medidas normativas o administrativas que directamente las afecten. En las líneas siguientes se recordarán, en lo que resulta especialmente pertinente para la definición del presente proceso, los aspectos centrales de esta doctrina constitucional que ahora debe ser reiterada.

7.3.1. El fundamento constitucional y la naturaleza jurídica del derecho de consulta de las comunidades étnicas para la adopción de las decisiones que directamente les conciernen.

Sea lo primero anticipar que la jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que el deber constitucional de consultar a las comunidades étnicas tiene como causa jurídica el correlativo derecho de las mismas a participar en la adopción de las decisiones que directamente las afectan, derecho que en este caso ha sido estimado como de naturaleza fundamental y está radicado en cabeza del sujeto colectivo conformado por la respectiva comunidad étnica¹⁰. El fundamento teórico de la doctrina constitucional que estima que el derecho de consulta de las comunidades étnicas es de naturaleza *fundamental*, toma pie en el

⁸ Consúltese, entre otras, las sentencias C-418 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Gálvis, C-030 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-461 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y C-175 de 2009 M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

⁹ Consúltese, entre otras, las sentencias SU-383 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Gálvis, T-737 de 2005 M.P. Álvaro Tafur Gálvis y T-382 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁰ Sobre la naturaleza fundamental de este derecho se pueden ver, entre otras, las sentencias C-175 de 2009 M.P. Luís Ernesto Vargas Silva, T-382 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, C-418 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Gálvis, C-030 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil C-461 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

carácter pluriétnico y multicultural de la Nación colombiana reconocido y protegido por la Carta¹¹, así como en el sello participativo de nuestra democracia¹² y en el derecho de las comunidades a autodeterminarse. Ciertamente, en las sociedades pluralistas y multiculturales como la que postula la Constitución que nos rige, se debe abrir espacio a los valores e intereses de todos los grupos y no sólo a los de la mayoría, a la inclusión y a la recepción de las minorías, al respeto a las diferencias y a la tolerancia social de aquellos grupos que presentan rasgos culturales distintivos que los diferencian de la cultura predominante. Para esos efectos, la participación ciudadana es el vehículo por excelencia que permite a estos grupos minoritarios expresar tales valores e intereses culturales diversos, a fin de que los mismos sean tenidos en cuenta a la hora de adoptar decisiones que directamente les conciernen y de esta manera se logre cumplir el objetivo constitucional de proteger la integridad cultural de tales comunidades¹³. Por esa razón, el propio artículo 40 superior, ubicado en el Capítulo I del Título II, titulado “*De los Derechos Fundamentales*”, incluye dentro del catálogo de tales derechos el de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político. Como la consulta a las comunidades étnicas es una forma de participación¹⁴, dicha consulta en sí misma considerada ha sido estimada por esta Corporación judicial como un derecho fundamental de dichos entes colectivos, cuando se trate de la adopción de decisiones que directamente les afecten.

Debe recordarse también, que la Corte ha puesto especial énfasis en hacer ver que el carácter participativo del modelo democrático cuenta con una protección constitucional reforzada para el caso particular de las decisiones estatales que afectan *directamente* a las comunidades indígenas y afrodescendientes¹⁵; protección que se ve plasmada en varios instrumentos previstos en la Constitución para que, a través de diversos mecanismos de participación, se logre preservar la identidad de las comunidades étnicas y tradicionales¹⁶. También ha destacado la

¹¹ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA, ARTÍCULO 7°:** “*El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana*”.

¹² Cfr. Constitución Política, Preámbulo y artículos 1°, 2°, 40, y 103, entre otros.

¹³ Cfr. Sentencias C-620 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-208 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁴ En la sentencia C-030 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil, la Corte explicó que “*en cuanto hace a los pueblos indígenas y tribales, una de las formas de participación democrática previstas en la Carta es el derecho a la consulta, previsto de manera particular en los artículos 329 y 330 de la Constitución, que disponen la participación de las comunidades para la conformación de las entidades territoriales indígenas y para la explotación de los recursos naturales en sus territorios*”.

¹⁵ Cfr. Sentencia C-175 de 2009, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva, consideración jurídica número 7.

¹⁶ Sobre estos mecanismos de participación previstos en la Constitución especialmente para la preservación de la identidad cultural de las comunidades indígenas, en la citada Sentencia C-175 de 2009 se mencionaron los siguientes: “(i) *la necesidad de que la conformación de las entidades territoriales se lleve a cabo con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial (Art. 329 C.P.); (ii) el carácter colectivo y no enajenable de la propiedad de los resguardos (ejusdem); y (iii) el deber consistente en que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se lleve a cabo sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades. Para ello, el Gobierno deberá propiciar la participación de los representantes de las respectivas comunidades (Art. 330, parágrafo C.P.)*”.

Corte, que esa protección constitucional reforzada se hace efectiva de manera especial mediante el deber estatal de adelantar procesos de consulta a las comunidades indígenas y tribales para la adopción y la ejecución de decisiones que *directamente* puedan afectarles, deber que no es otra cosa sino *“el desarrollo del artículo primero de la Constitución, que define a Colombia como una democracia participativa, del artículo 2º, que establece como finalidad del Estado la de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan, del artículo 7º Superior, que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural, del 40-2, que garantiza el derecho de todo ciudadano a la participación democrática y del artículo 70 que considera la cultura fundamento de la nacionalidad”*.¹⁷

7.3.2. El derecho a la consulta previa en las normas del Derecho Internacional.

Además de la anterior preceptiva constitucional, la Corte ha reparado en que existen normas de Derecho Internacional que hacen parte del bloque de constitucionalidad conforme a las cuales la consulta previa de las decisiones legislativas y administrativas susceptibles de afectar *directamente* a las comunidades étnicas se erige en un derecho de las mismas. Con base en esta preceptiva internacional, la Corporación ha consolidado un precedente jurisprudencial sobre el contenido, alcance, requisitos y consecuencias jurídicas del derecho a la consulta¹⁸, que ha sido recogido de manera particular en las sentencias C-030 de 2008¹⁹, C-461 de 2008²⁰ y C-175 de 2009²¹.

Concretamente, la Corte se ha referido a lo previsto por los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo -OIT- *“sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”*, aprobado por la Ley 21 de 1991, Convenio que reiteradamente ha sido considerado como parte integrante del bloque de constitucionalidad.²² Los artículos 6 y 7 del mencionado Convenio rezan así:

¹⁷ Sentencia C-030 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁸ Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-169 de 2001 M.P. Carlos Gaviria Díaz, SU-383 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Gálvis, C-620 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-737 de 2005 M.P. Álvaro Tafur Gálvis, T-880 de 2006 M.P. Álvaro Tafur Gálvis, C-208 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-030 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-461 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras.

¹⁹ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁰ En esta sentencia, la Corte declaró la exequibilidad condicionada de la Ley 1151/07, *“por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo”*, en el entendido que *“se suspenderá la ejecución de cada uno de los proyectos, programas o presupuestos plurianuales incluidos en la misma que tengan la potencialidad de incidir directa y específicamente sobre pueblos indígenas o comunidades étnicas afrodescendientes, hasta tanto se realice en forma integral y completa la consulta previa específicas exigida en el bloque de constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas para ello en la jurisprudencia constitucional.”*

²¹ M.P. Luís Ernesto Vargas Silva

²² Sobre este tema, en la Sentencia SU-383 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Gálvis, la Corte explicó: *“Resulta de especial importancia para el asunto en estudio, además, reiterar que el Convenio 169 de la OIT, y concretamente el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa conforma con la Carta Política bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 del ordenamiento constitucional, no sólo porque el instrumento que la contiene proviene de la Organización Internacional del*

“Artículo 6

“1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

“a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

“b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

“c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

“2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

“Artículo 7

“1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas,

Trabajo y estipula los derechos laborales de dichos pueblos -artículo 53 C.P.- sino i) en virtud de que la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de recursos naturales en sus territorios, prevista en el artículo 330 de la Carta, no puede ser entendida como la negación del derecho de éstos pueblos a ser consultados en otros aspectos inherentes a su subsistencia como comunidades reconocibles –artículo 94 C.P.-, ii) dado que el Convenio en cita es el instrumento de mayor reconocimiento contra las discriminaciones que sufren los pueblos indígenas y tribales, iii) debido a que el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente sobre las decisiones administrativas y legislativas que los afecten directamente es la medida de acción positiva que la comunidad internacional prohíja y recomienda para combatir los orígenes, las causas, las formas y las manifestaciones contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y las formas de intolerancia conexas que afecta a los pueblos indígenas y tribales –Declaración y Programa de Acción de Durban- y iv) debido a que el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que no se negará a las minorías étnicas el derecho a su identidad. || Asuntos que no pueden suspenderse ni aún en situaciones excepcionales, i) por estar ligado a la existencia de Colombia como Estado social de derecho, en cuanto representa la protección misma de la nacionalidad colombiana –artículos 1° y 7° C.P.-, ii) en razón de que el derecho a la integridad física y moral integra el “núcleo duro” de los derechos humanos, y iii) dado que la protección contra el etnocidio constituye un mandato imperativo del derecho internacional de los derechos humanos.”

creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

“2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento.

“3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas pueden tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser consideradas como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.

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

7.3.3. Implicaciones del Convenio 169 de la OIT en materia de consulta a las comunidades indígenas

Refiriéndose a las implicaciones del Convenio 169 de la OIT en la adopción de aquellas decisiones que conciernen directamente a los pueblos indígenas y tribales, en la Sentencia T-737 de 2005²³, la Corte precisó que el mecanismo de consulta previsto en sus artículos 6 y 7 debe surtirse no solamente cuando se trate de la explotación de recursos naturales existentes en territorio, sino también en **“todas aquellas decisiones administrativas y legislativas del Estado que afecten o involucren intereses propios de dichas minorías,** aún cuando sean diferentes a lo señalado en el artículo 330 de la C.P., pues de esta manera se garantiza igualmente el derecho a su identidad. Así, **la consulta previa que señala el Convenio 169 tendrá cabida respecto de**

²³ M.P. Álvaro Tafur Galvis

*todos aquellos casos que así se requiera y en los que se comprometan los intereses del pueblo indígena.*²⁴ (Negrillas fuera del original).

Más adelante, en la Sentencia C-030 de 2008²⁵, la Corte recordó cuál era el propósito que había originado la adopción del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT.²⁶ Al respecto, reiteró que el Convenio fue adoptado “*con base en una nueva aproximación a la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo, conforme a la cual era preciso eliminar la orientación hacia la asimilación que se había venido manejando, para, en su lugar, asentar el principio conforme al cual las estructuras y formas de vida de los pueblos indígenas y tribales son permanentes y perdurables, y la comunidad internacional tiene interés en que el valor intrínseco de sus culturas sea salvaguardado*”. Dentro de este contexto, la mencionada Sentencia recabó en que para el ejercicio del derecho de los pueblos indígenas y tribales a la participación en la adopción y la aplicación de las decisiones que los afectan, el mismo Convenio 169 en sus artículos 6 y 7 enfatizaba en la necesidad de establecer mecanismos adecuados de consulta, que permitieran a estos pueblos “*... decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural*”.²⁷

Respecto de las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente y no de manera general a las comunidades indígenas y tribales, la Sentencia C-030 de 2008²⁸ reiteró la doctrina sentada por la Corte, conforme a la cual el deber de consulta en este caso “*es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura*²⁹ y que, **cuando procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en razón a la importancia política del mismo, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación.**³⁰” (Negrillas fuera del original)

²⁴ Esta posición fue reiterada en las sentencias SU-383 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Gálvis y T-382 de 2006 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

²⁵ M.P. Rodrigo Escobar Gil. En esta Sentencia la Corte declaró inexecutable la Ley 1021 de 2006 “*por la cual se expide la Ley General Forestal*”, por haberse omitido durante el trámite parlamentario, cumplir con el requisito de consulta previa a las comunidades indígenas y afro descendientes. Los demandantes consideraban que la omisión de dicha consulta, en ese caso, desconocía diversas normas constitucionales²⁵ y también el transcrito artículo 6° del Convenio 169 de la OIT.

²⁶ Esta explicación ya había sido dada por la Corte en la Sentencia SU-383 de 2003.

²⁷ Convenio 169, artículo 7

²⁸ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²⁹ Sentencia C-208 de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³⁰ *Ibidem*.

Analizando de manera concreta el alcance normativo del artículo 6° del Convenio 169, la Corte en esta oportunidad hizo ver que era posible distinguir en esta disposición dos dimensiones del derecho de participación de los pueblos indígenas y tribales, a saber: ***“Por un lado, la obligación contenida en el literal b) de establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; y, por otro, el deber de consulta previsto en el literal a) en relación con las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a dichos pueblos”***. (Negrillas fuera del original) Así las cosas, en la aplicación del Convenio, cabía distinguir dos niveles de afectación de los pueblos indígenas y tribales: ***“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”***. (Negrillas y subrayas fuera del original)

En relación con la naturaleza y los alcances del derecho a consulta de las comunidades étnicas, en la Sentencia C-461 de 2008³¹, la Corte explicó que tal consulta *“no es un proceso adversarial en el que las autoridades se contraponen a los grupos étnicos”*, y reiteró que *“...el derecho a la consulta previa, previsto en el Convenio 169, no conlleva el derecho de los pueblos indígenas y tribales a vetar las medidas legislativas y administrativas que los afectan, sino que se presenta como una oportunidad para que los Estados partes consideren y valoren las posiciones que sobre sus decisiones tienen los integrantes y representantes de las minorías étnicas nacionales, forzándose a propiciar un acercamiento y, de ser posible, un acuerdo.”*³² Por lo anterior, *“cuando después de un proceso de consulta previa en el que hayan sido cumplidas plenamente las diversas garantías constitucionales expuestas en esta providencia, no haya sido posible lograr un acuerdo o una concertación con el grupo étnico afectado, las autoridades preservan la competencia para adoptar una decisión final sobre la realización del proyecto”*.

Precisando los alcances del principio de buena fe en la realización de la consulta, la Corte en este mismo fallo indicó que *“la realización de la consulta de buena fe implica que ésta no se debe abordar como un mero procedimiento formal a cumplir, ni como un trámite, sino como*

³¹ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³² Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, reiterando jurisprudencia previa de la Corte.

un proceso de raigambre constitucional, con un contenido sustantivo que le es propio y orientado a preservar los derechos fundamentales de los pueblos afectados. De allí que se deba proveer información precisa, completa y significativa a los pueblos afectados sobre los proyectos que se pretende desarrollar en sus territorios, y que el objetivo fundamental del proceso participativo sea llegar a un acuerdo con tales pueblos, para proceder con el proyecto con respeto por sus derechos colectivos fundamentales”³³.

Sobre la manera de adelantar la consulta, señaló que ésta *“habrá de ser definida en forma preliminar con las autoridades de cada comunidad indígena o afrodescendiente, a través de un proceso pre-consultivo específicamente orientado a sentar las bases del procedimiento a seguir en ese caso en particular, respetando a las autoridades de cada comunidad y las especificidades culturales de la comunidad”*.³⁴

Sobre las medidas gubernamentales que han sido expedidas con el propósito de adelantar consultas con las comunidades étnicas, el fallo en comento señaló que *“las normas generales contenidas en las leyes del Congreso que tocan la materia o en los distintos decretos generales expedidos por el Gobierno Nacional reglamentando el tema de la consulta previa,³⁵ constituyen “pautas facilitadoras de acercamiento entre los pueblos indígenas y el Estado” cuya compatibilidad con los derechos fundamentales de los pueblos implicados y con el objetivo esencial del proceso de consulta, ha de ser evaluada en cada caso concreto”*.

Finalmente, sobre el ejercicio de participación ejecutado a través de la consulta previa, la misma providencia señaló que se trataba de *“una garantía de orden procedimental encaminada a respetar los derechos a la subsistencia y la integridad cultural de los grupos étnicos”*.

7.3.4. La consulta a las comunidades indígenas dentro del contexto del trámite legislativo

³³ En este punto la providencia reiteró la jurisprudencia sentada en la Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, en donde se dijo que *“...Siguiendo los lineamientos del Convenio 169 de la OIT, entonces, las consultas que se ordenan no podrán tomarse como un mero formalismo, puesto que su ejecución de buena fe comporta que [los pueblos afectados] sean informados del contenido del Programa que se adelantará en sus territorios, con el fin de procurar su consentimiento, sobre el impacto de las medidas en su hábitat, y en sus estructuras cognitivas y espirituales. (...) Y que también conozcan las medidas actualmente en ejecución, con todas sus implicaciones, con miras a que estos pueblos consientan en la delimitación y continuación del Programa, y estén en capacidad de discutir diferentes propuestas atinentes al mismo y también a formular alternativas.”*

³⁴ En este punto la Corte reiteró la jurisprudencia sentada en la sentencia T-737 de 2005 M.P. Álvaro Tafur Galvis, en donde se dijo: *“el proceso consultivo que las autoridades realicen ante los pueblos indígenas para tomar una decisión que afecte sus intereses, deberá estar precedido de una consulta acerca de cómo se efectuará el proceso consultivo”*.

³⁵ Estas normas incluyen los Decretos 1397 de 1996 y 1320 de 1998, así como las Leyes 99 de 1993, 160 de 1994, 191 de 1995, 199 de 1995 y 685 de 2001, entre otras.

Ahora bien, en la Sentencia T-382 de 2006³⁶, la Corte se refirió de manera concreta al derecho de consulta de las comunidades indígenas dentro del contexto del trámite legislativo. En esta providencia, tras hacer un recuento de la jurisprudencia relevante, la Corporación concluyó que “...el derecho fundamental de consulta previa tiene asidero dentro del trámite legislativo”. En cuanto a la forma de ejercer dicho derecho en tal contexto, agregó que “*tal potestad está condicionada a los instrumentos que haya fijado la Constitución o la ley para intervenir en las iniciativas parlamentarias, siempre que éstos permitan cumplir con el objeto esencial de la consulta previa*”. A vía de ejemplo de lo que pudiera ser la forma de implementar la consulta dentro del trámite legislativo, la sentencia en comentario señaló que “... el gobierno puede echar mano de, por ejemplo, talleres preparatorios que tengan por objeto forjar el consentimiento completo, libre, previo e informado de las comunidades indígenas afectadas, a partir de los cuales se procure y gestione, de buena fe, un consenso real y lo más universal posible alrededor de la medida legislativa.”

Más adelante, en la citada la Sentencia C-030 de 2008³⁷, la Corporación avanzó en la precisión del alcance y contenido del deber de consulta previsto en el literal a) del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, particularmente en cuanto tiene que ver con la consulta de las medidas legislativas que sean susceptibles de afectar a las comunidades indígenas, aún cuando no estén circunscritas a la explotación de los recursos naturales en sus territorios o a la delimitación de los mismos territorios. Sobre el particular, la sentencia extrajo las siguientes conclusiones relevantes, a saber:

- (i) Tratándose específicamente de medidas legislativas, 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*”³⁸;
- (ii) En cuanto a las condiciones de tiempo, modo y lugar en que debe producirse la consulta, “*en la medida en que el Convenio 169 no establece unas reglas de procedimiento y en tanto que las mismas no hayan sido fijadas en la ley, debe atenderse a la flexibilidad que sobre el particular consagra el Convenio y al hecho de que, de acuerdo con el mismo, el trámite de la consulta se somete al **principio de la buena fe**, lo cual quiere decir, por un lado, que corresponde a los Estados definir las condiciones en las que se desarrollará la consulta, y por otro, que la misma, para que resulte satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional, debe*

³⁶ M.P. Clara Inés Vargas Hernández

³⁷ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³⁸ Negrillas y subrayas fuera del original

realizarse de manera que sea efectiva y conducente, pero sin que quepa hablar, en ese contexto, de términos perentorios para su realización, ni de condiciones ineludibles para el efecto. Se trata de propiciar espacios de participación, que sean oportunos en cuanto permitan una intervención útil y con voceros suficientemente representativos, en función del tipo de medida a adoptar.”³⁹

- (iii) En lo concerniente al momento concreto en el que debe hacerse la consulta y la autoridad responsable de llevarla a cabo, la sentencia expresó:

“(…)En primer lugar debe precisarse el momento en el que debe hacerse la consulta y la autoridad responsable de llevarla a cabo. El convenio establece una obligación para los gobiernos, pero cabría preguntar si, en un sentido más amplio, dicha obligación puede hacerse extensiva a otros escenarios, particularmente, cuando, como en el caso de las medidas legislativas, es otra la instancia del Estado encargada de adoptarlas.

De este modo, podría decirse que el Gobierno tiene el deber de promover la consulta cuando se trate de proyectos de ley que sean de su iniciativa. Pero ¿qué ocurre cuando, en desarrollo de la iniciativa que les confiere la Constitución, otros sujetos de los previstos en el artículo 155 de la Constitución, distintos del gobierno, deciden presentar a consideración de las cámaras legislativas proyectos de ley cuyo contenido sea susceptible de afectar de manera directa a las comunidades indígenas y tribales?

Parecería necesario que, en tal caso, el gobierno, tan pronto advierta que cursa un proyecto de ley en relación con el cual debe darse el proceso de consulta, acuda a las instancias que para ese efecto se hayan previsto en la legislación, como la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas creada por el Decreto 1397 de 1996, o a otras que se estimen pertinentes, para definir en ese escenario, cuales serían las instancias y los mecanismos de consulta más adecuados.

En la Sentencia C-891 de 2002 la Corte fijó unas pautas para la consulta que debe realizarse en relación con los proyectos de iniciativa gubernamental, y al efecto señaló, en primer lugar que “[n]o es contrario a la Constitución que una

³⁹ Negrillas y subrayas fuera del original

*entidad gubernamental elabore de manera autónoma un proyecto de ley sobre un asunto que milita en el ámbito de sus competencias, aún siendo del interés de los pueblos indígenas, pues tal actividad hace parte del ejercicio de sus funciones”, pero que, sin embargo “... es claro que, en ese caso, **la entidad debe brindarle a las comunidades, en un momento previo a la radicación del proyecto en el Congreso de la República, las debidas oportunidades para que ellas no sólo conozcan a fondo el proyecto sino, sobre todo, para que puedan participar activamente e intervenir en su modificación, si es preciso**”.*

*Expresó la Corte que ese proceso de consulta puede entenderse cumplido cuando exista evidencia de que **antes** de radicar el proyecto de ley en el Congreso de la República, sus texto se haya divulgado entre las comunidades interesadas, se haya avanzado en la ilustración de tales comunidades sobre su alcance, y se hayan abierto los escenarios de discusión que sean apropiados.*

*En esa oportunidad la Corte advirtió, por un lado, que el escenario previo a la radicación del proyecto no es el único espacio deliberativo en el que los pueblos indígenas pueden participar durante el proceso tendiente a la expedición de normas que los afectan, toda vez que **en el Congreso de la República dicho proceso participativo no se interrumpe**, sino que, por el contrario, allí los pueblos indígenas cuentan con un espacio de discusión y participación en el marco de un Estado democrático, en el que pueden canalizar sus propuestas a través de los congresistas elegidos, y, por otro, que “... **la consulta previa a la ley, es adicional a la participación que se les debe dar a los pueblos indígenas a partir de su entrada en vigencia, esto es, con posterioridad a la expedición de la respectiva ley; destacándose el especial cuidado que deben observar las autoridades que tienen a su cargo el desarrollo administrativo de la misma, particularmente en lo tocante a la adopción de las medidas administrativas susceptibles de afectar directamente los intereses de tales pueblos.**”⁴⁰*

- (iv) Sobre la consecuencia jurídica de la omisión del deber de consulta, aparte de la responsabilidad internacional del Estado por la inobservancia del Convenio 169 de la OIT, en la medida en que el deber de consulta ha sido considerado como una expresión de un derecho fundamental de participación, la sentencia en comento

⁴⁰ Sentencia C-891 de 2002 M.P. Jaime Araujo Rentarúa.

concluyó que *“tratándose de medidas legislativas, la situación puede tornarse compleja, porque ... el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad frente a la omisión de consulta previa a la adopción de una medida legislativa, comporta la verificación en torno a un procedimiento, cuya ausencia, sin embargo, se proyecta sobre la materialidad misma de la ley”*.
(Negrillas y subrayas fuera del original)

También en relación con el derecho de consulta dentro del contexto del trámite legislativo, en la sentencia C-461 de 2008⁴¹, la Corte analizó si resultaba obligatorio o no realizar consulta previa con los grupos étnicos respecto de la ley contentiva del Plan Nacional de Desarrollo. Al respecto encontró que era necesario tener en cuenta que el contenido de esta ley tiene niveles distintos de generalidad y que, específicamente en la parte constitutiva del Plan Nacional de Inversiones Públicas, era necesario examinar cada uno de los programas, proyectos y presupuestos plurianuales que lo conforman, *“para efectos de establecer si tal programa, proyecto o presupuesto plurianual tendrá una incidencia directa y específica sobre los grupos indígenas o las comunidades afrodescendientes del país”*. Es decir, a juicio de la Corte, era necesario verificar si cada programa, proyecto o presupuesto plurianual individualmente considerado constituía una de las medidas *“susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos”*^{42 43}.

⁴¹ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴² Sentencia C-030 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil

⁴³ En esta providencia la Corte halló que varios proyectos incluidos en la Ley 1151 de 2007 –contentiva del plan de desarrollo 2006-2010, eran *“susceptibles de incidir de manera directa y específica sobre pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes que residen en las zonas donde estos habrán de ser ejecutados”*. Dado que se constató que no se había realizado la consulta previa del proyecto de ley, o de los proyectos de obra, antes de su inclusión en este instrumento legislativo, se presentaba un vicio que impedía declarar exequible la totalidad de la ley; no obstante, tampoco era procedente declarar inexecutable como un todo la Ley 1151 de 2007, por cuanto *“(a) ésta contiene numerosas disposiciones diferentes, con distintos grados de generalidad, en relación con las cuales no existe un deber estatal de adelantar consulta previa con los grupos indígenas del país, (b) por ser separables de los artículos que conciernen directa y específicamente a los pueblos indígenas, y (c) por ser completamente ajenos a su ámbito de protección”*. Así las cosas, la Corte consideró que era procedente declarar que la Ley 1151 de 2007 era exequible, siempre y cuando se suspendiera *“la ejecución de los proyectos -y de los respectivos programas o presupuestos plurianuales- incluidos en la misma que tengan la potencialidad de incidir de manera directa y específica sobre pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes, hasta tanto se realice en forma integral y completa la consulta previa específica exigida por el bloque de constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas para ello por la doctrina constitucional reiterada en la presente providencia”*. (Negrillas del original). Sobre la forma en la cual debería adelantarse tal consulta, la Corte dijo: *“La determinación de cuáles son los proyectos o programas incluidos dentro de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo que deben agotar el requisito de consulta previa a los pueblos indígenas, es una responsabilidad del Gobierno Nacional, por ser el respectivo proyecto de ley de su iniciativa. Sin embargo, en relación con los proyectos concretos respecto de los cuales se considere que no han cumplido con dicha condición –al estar de por medio la protección de derechos fundamentales colectivos de los pueblos indígenas y de sus miembros individualmente considerados-, se encuentra abierta en cada caso la vía de la acción de tutela, en el evento en que las comunidades indígenas, después de haber solicitado la realización de la consulta previa, invocando la presente sentencia, reciban una respuesta negativa. Si un proyecto específico ya fue sometido a una consulta previa que haya respetado las pautas trazadas en las normas aplicables y en la jurisprudencia constitucional, no será necesario realizar una nueva consulta. No obstante, si la consulta no respetó tales pautas, debe efectuarse una nueva*

En esta misma providencia la Corte analizó si la existencia del Consejo Nacional de Planeación –dentro del cual están representados los grupos indígenas- y el papel del mismo en preparación del proyecto de Plan Nacional de Desarrollo, hacía innecesaria la consulta a dichas comunidades para la adopción de la respectiva ley. Al respecto, la sentencia consideró que *“tal representación no supe el deber estatal de llevar a cabo la consulta previa de los proyectos concretos incluidos en el Plan Nacional de Desarrollo con los grupos étnicos potencialmente afectados por ellos en forma directa y específica”*.⁴⁴

Más recientemente, en la Sentencia C-175 de 2009⁴⁵, la Corte reiteró que para el caso particular de las medidas legislativas, la consulta resulta obligatoria sólo respecto 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. Debe aclararse, por supuesto, que en los casos en que la medida legislativa no afecte directamente a las comunidades indígenas y tribales, la participación de las mismas no se ve restringida, sino que se conduce a través de los mecanismos generales de participación a los que se hizo alusión en el fundamento jurídico 11 de esta sentencia”*. Sobre las consecuencias jurídicas de la omisión de consulta en los procesos legislativos cuando ésta fuera exigida, la misma providencia reiteró que en estos casos *“la omisión del deber de consulta previa es un vicio de inconstitucionalidad que concurre con anterioridad al trámite legislativo y que se proyecta sobre el contenido material de la norma objeto de examen”*.

cumpliendo el Convenio 169 de la OIT así como las exigencias jurisprudenciales encaminadas a asegurar que la consulta sea efectiva”.

⁴⁴ A esta conclusión llegó la providencia a partir de la diferencia conceptual entre los principios de democracia representativa y democracia participativa.

⁴⁵ M.P. Luís Ernesto Vargas Silva. En la sentencia C-175 de 2009 M.P. Luís Ernesto Vargas Silva, la Corte resolvió la demanda incoada en contra de la Ley 1152 de 2007, que contenía el llamado Estatuto de Desarrollo Rural -EDR-. Los demandantes estimaban que tal Ley desconocía los artículos 2º, 7º, 40 y 330 de la Constitución, al igual que el artículo 6º del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, debido a que de manera previa a su promulgación no había sido adelantado el proceso de consulta previa ante las comunidades indígenas y afrodescendientes, a pesar que el EDR constituía una regulación integral sobre uso, distribución y aprovechamiento de la propiedad agraria, materia que afectaba los intereses de dichos grupos. Para resolver la demanda, la Corte expuso los aspectos centrales de jurisprudencia precedentemente sentada, relativa al derecho fundamental a la consulta previa a las comunidades étnicas para la adopción de las decisiones que les conciernen. Tras concluir que la regulación de la propiedad agraria era un asunto de especial relevancia para la definición de la identidad de dichas comunidades, que implicaba que el contenido del EDR, referente a la regulación integral sistemática y detallada de la propiedad agraria, fuera un asunto que caía dentro de las materias en donde el deber de consulta debía cumplirse por parte del Gobierno en tanto autor de la iniciativa correspondiente, y tras observar que en el caso concreto se había incumplido con dicho deber de realizar dicha consulta en condiciones de buena fe y oportunidad, la Corte declaró la inexecutable de dicha ley.

En esta sentencia, la jurisprudencia constitucional continuó el desarrollo de la doctrina relativa a las condiciones de oportunidad en que debe adelantarse la consulta a las comunidades étnicas dentro del trámite legislativo de las medidas susceptibles de afectarlas directamente; al respecto, precisó que *“el trámite de consulta previa debe preceder a la radicación del proyecto de ley, para que los resultados del proceso de participación incidan en el contenido de la iniciativa que se somete a consideración del Congreso”*.⁴⁶ Lo anterior porque lo que se persigue es que *“la participación de las comunidades indígenas y afrodescendientes tenga la potencialidad de incidir materialmente en el contenido de la medida legislativa, lo que implica que el momento en que se efectúa la consulta previa debe armonizarse con las condiciones constitucionales que otorgan racionalidad al procedimiento de producción normativa, en especial los requisitos de unidad de materia, consecutividad e identidad flexible”*.⁴⁷ Es decir, el fallo recabó en que la modificación del texto de un proyecto de ley en curso, fruto de una consulta previa, debe surtirse en una oportunidad compatible con la satisfacción de los principios de unidad de materia, identidad flexible y consecutividad, razón por la cual es necesario que dicha consulta sea realizada antes del inicio del trámite legislativo correspondiente. Además, sólo de esta manera se preserva cabalmente el principio de buena fe en la consulta y se hace efectivo el principio de racionalidad mínima del debate democrático. En este sentido el fallo textualmente explicó:

“Esto implica que el proceso consultivo deberá llevarse a cabo antes de radicar el proyecto de ley ante el Congreso, puesto que luego de presentada la iniciativa, la posibilidad de modificar su texto estaría restringida a la preservación de la unidad temática de la misma, so pena de incurrir en un vicio de procedimiento que afectaría su constitucionalidad en sentido formal. En tal sentido, si la consulta previa es propiciada por las autoridades gubernamentales cuando ya se ha iniciado el proceso de formación de la ley, las modificaciones a la iniciativa que surjan de la consulta previa desconocerían los principios mencionados.

“...

“La Corte insiste en que el contenido concreto del principio de buena fe en el proceso de consulta previa logra su verdadero sentido cuando, según las condiciones anotadas, las propuestas que se obtengan de la participación de las comunidades

⁴⁶ Negrillas fuera del original

⁴⁷ En esta sección, la Sala hace uso de la exposición que sobre los principios de unidad de materia, consecutividad e identidad flexible fue realizada en la reciente sentencia C-1011/08.

tradicionales puedan incidir materialmente en el contenido de la medida legislativa.

“ ...

“Además, debe resaltarse que la necesidad de realizar el procedimiento de consulta con anterioridad de la radicación del proyecto de ley es una garantía para la protección del principio democrático. En efecto, conforme a la competencia constitucional prevista en el artículo 150 C.P., corresponde al Congreso hacer las leyes, lo que supone la necesidad ineludible de un proceso deliberativo, de modo que las normas que conformen el ordenamiento jurídico sean fruto de la legítima voluntad de las cámaras. Así, las propuestas de regulación que surjan del proceso de consulta previa, deben ser estudiadas por el Congreso, con sujeción a los requisitos que impone de racionalidad mínima en el trámite legislativo, derivadas del principio de consecutividad. En consecuencia, si se pretermiten dichas obligaciones, resultaría desconocida la competencia del Legislador para discutir los proyectos de ley que pongan a su consideración las instancias con iniciativa para ello”.

7.3.5. Los sujetos colectivos titulares del derecho fundamental a la consulta previa de las decisiones que directamente los afectan

Finalmente, debe recordarse que en la Sentencia C-461 de 2008⁴⁸, la Corte reiteró⁴⁹ que los grupos étnicos titulares del derecho a la consulta previa cobijan no sólo a los grupos indígenas sino también a *“las comunidades afrodescendientes constituidas como tal bajo el régimen legal que les es propio”*. Dichas comunidades, agregó el fallo, son *“grupos étnicos titulares de los derechos constitucionales fundamentales a la propiedad colectiva de sus territorios ancestrales, al uso, conservación y administración de sus recursos naturales, y a la realización de la consulta previa en caso de medidas que les afecten*

⁴⁸ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

⁴⁹ En la sentencia C-169 de 2001 M.P. Carlos Gaviria Díaz, la Corte ya había señalado que *“un sector importante de la población colombiana que, en sucesivas oportunidades, ha sido reconocido por el legislador como un grupo étnico especial. En efecto, tanto la Ley 70 de 1.993 (que desarrolla el artículo Transitorio 55 de la Carta), como la Ley 99 del mismo año (sobre protección del medio ambiente), así como la Ley 199 de 1.995 (que organiza el Ministerio del Interior), parten de tal reconocimiento para otorgar una serie de derechos a las mencionadas colectividades, definidas en el artículo 2-5 de la Ley 70/93 como “el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen (sic) de otros grupos étnicos. Este reconocimiento genera, como consecuencia inmediata, el que las comunidades negras adquieran la titularidad de derechos colectivos similares a los de las comunidades indígenas, con las diferencias impuestas por sus especificidades culturales y su régimen legal propio. Lo que es más importante, se hacen acreedores a los derechos que consagra el Convenio 169 de la O.I.T...”*

directa y específicamente”.

7.3.6. Conclusiones

A manera de síntesis de todo lo expuesto, en lo que tiene relación específica con el trámite de leyes que directamente afectan a las comunidades étnicas, pueden presentarse las siguientes conclusiones jurisprudenciales:

- (i) El derecho fundamental de consulta previa de las comunidades étnicas también es exigible dentro del trámite legislativo.
- (ii) El derecho fundamental de consulta previa en cabeza de las comunidades étnicas tiene lugar solamente respecto de aquellas iniciativas que puedan afectarlas directamente.
- (iii) El Gobierno tiene el deber de promover la consulta de todo tipo de proyectos de ley, no sólo de aquellos que sean de su iniciativa.
- (iv) La consulta debe efectuarse en un momento previo a la radicación del proyecto en el Congreso de la República, para que los resultados del proceso de participación incidan en el contenido de la iniciativa que se somete a consideración; no obstante, durante el trámite legislativo en el Congreso de la República dicho proceso participativo no se interrumpe.
- (v) La existencia de instancias simplemente representativas de las comunidades étnicas en los organismos del Estado no sule el deber estatal de llevar a cabo la consulta previa de los proyectos de ley con los grupos étnicos potencialmente afectados por ellos en forma directa y específica.
- (vi) El trámite de la consulta durante el trámite legislativo se somete al principio de la buena fe, *“lo cual quiere decir, por un lado, que corresponde a los Estados definir las condiciones en las que se desarrollará la consulta, y por otro, que la misma, para que resulte satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional, debe realizarse de manera que sea efectiva y conducente”*.⁵⁰
- (vii) La consulta previa durante el trámite legislativo también debe ser guiada por el principio de oportunidad, que implica que se permita *“una intervención útil y con voceros suficientemente representativos, en función del tipo de medida a adoptar”*.⁵¹

7.4. LA APLICABILIDAD AL TRÁMITE DE LOS ACTOS LEGISLATIVOS, DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL SOBRE CONSULTA PREVIA A LAS COMUNIDADES ÉTNICAS DURANTE EL TRÁMITE DE LAS LEYES

7.4.1. En este punto repara la Sala en que la jurisprudencia reseñada en las

⁵⁰ Sentencia C-030 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁵¹ *Ibíd*

consideraciones inmediatamente anteriores de esta providencia se ha referido de manera concreta a la consulta a las comunidades étnicas para la adopción de *leyes* en sentido formal⁵², con potencialidad de afectar directamente a dichas comunidades. En efecto, las principales providencias relativas al asunto, contenidas en las sentencias C-030 de 2008⁵³, C-461 de 2008⁵⁴ y C-175 de 2009⁵⁵, examinaron, respectivamente, la Ley 1021 de 2006 por la cual se expedía la llamada “*Ley General Forestal*”, la Ley 1151 de 2007 contentiva del Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010 y la Ley 1152 de 2007 por la cual se dictaba el “*Estatuto de Desarrollo Rural*”.

Así pues, las consideraciones vertidas por la Corte en esos fallos se refirieron de manera concreta a la actividad propiamente legislativa desplegada por el Congreso, mas no a la actividad constituyente de la que también es titular. Cabe preguntarse entonces si dicha doctrina judicial puede ser aplicada al examen de actos reformativos de la Constitución tramitados por esa Corporación, que puedan llegar a afectar directamente a las comunidades étnicas.

Al respecto, encuentra la Sala que la respuesta ha de ser positiva, 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, según pasa a verse:

De conformidad con lo prescrito por el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, al aplicar las disposiciones de ese Convenio, los gobiernos deberán: “*consultar a los pueblos interesados, mediante*

⁵² Entendiendo por ley en sentido formal aquella norma jurídica adoptada por el Congreso de la República según los tramites previstos para ello en el artículo 157 de la Constitución y en Ley orgánica del Reglamento del Congreso.

⁵³ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁵⁴ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

⁵⁵ M.P. Luís Ernesto Vargas Silva. En la Sentencia C-175 de 2009 M.P. Luís Ernesto Vargas Silva, la Corte resolvió la demanda incoada en contra de la Ley 1152 de 2007, que contenía el llamado Estatuto de Desarrollo Rural -EDR-. Los demandantes estimaban que tal Ley desconocía los artículos 2°, 7°, 40 y 330 de la Constitución, al igual que el artículo 6° del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, debido a que de manera previa a su promulgación no había sido adelantado el proceso de consulta previa ante las comunidades indígenas y afrodescendientes, a pesar que el EDR constituía una regulación integral sobre uso, distribución y aprovechamiento de la propiedad agraria, materia que afectaba los intereses de dichos grupos. Para resolver la demanda, la Corte expuso los aspectos centrales de jurisprudencia precedentemente sentada, relativa al derecho fundamental a la consulta previa a las comunidades étnicas para la adopción de las decisiones que les conciernen. Tras concluir que la regulación de la propiedad agraria era un asunto de especial relevancia para la definición de la identidad de dichas comunidades, que implicaba que el contenido del EDR, referente a la regulación integral sistemática y detallada de la propiedad agraria, fuera un asunto que caía dentro de las materias en donde el deber de consulta debía cumplirse por parte del Gobierno en tanto autor de la iniciativa correspondiente, y tras observar que en el caso concreto se había incumplido con dicho deber de realizar dicha consulta en condiciones de buena fe y oportunidad, la Corte declaró la inexecutable de dicha ley.

procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente".

7.4.2. Desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y como ha sido suficientemente explicado por la jurisprudencia de esta Corporación, la finalidad que animó la expedición del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT fue la de asegurar la preservación de la cultura de las comunidades étnicas, a través de un mecanismo de participación que se concibe como un derecho de las mismas. Así las cosas, debe concluirse que la expresión "*medidas legislativas*" utilizada por el mencionado artículo 6° del Convenio, no puede ser entendida en un sentido restringido alusivo en forma estricta a la ley en sentido formal, sino en uno amplio que cobije bajo la obligación de consulta de todo tipo de medidas normativas no administrativas susceptibles de afectar directamente a dichas comunidades. De otra manera, la obligación de consulta se vería recortada y la protección internacional disminuida con grave afectación del derecho de los pueblos indígenas y tribales a mantener su identidad cultural. Además, establecido que el derecho de consulta es protegido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la interpretación *pro homine* es la que debe hacerse prevalecer; es decir, aquella exégesis de la expresión "*medidas legislativas*" que debe ser escogida es aquella que permita ampliar el espectro de ejercicio del derecho, pues de conformidad con los dictados de este principio de interpretación a favor del ser humano, recogido en el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los tratados internacionales de derechos humanos no pueden ser invocados para garantizar en menor medida los derechos en ellos reconocidos⁵⁶. Así las cosas, forzoso es concluir que la noción de "*medidas legislativas*" a que alude el artículo 6° del Convenio 169 es un concepto que incluye no solamente las leyes en sentido formal, sino otras medidas normativas de carácter general, impersonal y abstracto de carácter no administrativo⁵⁷, entre las cuales se incluye el concepto de *Acto Legislativo* a que se refiere la Constitución Política de Colombia.

7.4.3. Ahora bien, desde la perspectiva del Derecho interno, cabe preguntarse también si la expresión "*medidas legislativas*" alude exclusivamente a las leyes en sentido formal. La Corte estima que en el Derecho constitucional colombiano el sentido usual de la expresión "*medidas*

⁵⁶ El principio *pro homine* es "un criterio hermenéutico que informa todo el Derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos o, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria". (CARPIO MARCOS, Edgar, "La interpretación de los derechos fundamentales" Palestra Editores Lima, 2004, Serie Derechos y Garantías No. 9, pág.28)

⁵⁷ El Convenio distingue entre medidas legislativas y administrativas.

legislativas” hace referencia en primer lugar a las leyes en sentido formal, pero también puede considerarse inclusiva de otras disposiciones normativas de carácter general, impersonal y abstracto, no expedidas por el Congreso de la República en el ejercicio de su función propiamente legislativa, como por ejemplo los decretos leyes⁵⁸ o los actos legislativos.

En efecto, sea lo primero señalar que la palabra *ley* en la Constitución Política no tiene un sentido unívoco, como ha sido detectado por la jurisprudencia de esta Corporación. Ciertamente, sobre este asunto la Corte ha hecho ver que *“el uso constitucional de la palabra ley puede entenderse en dos sentidos, bien como la norma que emana del órgano competente -el legislador- ordinario, en estricto sentido el Congreso; o bien, como toda norma jurídica esto es todo el derecho vigente”*⁵⁹. Sobre este último sentido de la palabra, ha vertido los siguientes conceptos:

“En este último sentido, la proposición jurídica vinculante de obligatorio cumplimiento no atiende al órgano competente sino a la condición de obligatoriedad en su observancia. En la Constitución encontramos menciones de la voz ley que no pueden reducirse a la cláusula de competencia porque si no cómo entender la afirmación del artículo 13 cuando se prescribe que toda persona nace libre e igual ante la ley. ¿Es posible entender que sólo la igualdad se exige de la ley producida por el legislador? O lo previsto en el artículo 6° Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por la omisión y extralimitación de sus funciones. ¿Se infiere correctamente que sólo se es responsable por la infracción a las leyes emitidas por el legislador? O la prescripción hecha por el artículo 4° inciso 2 Es deber de los nacionales y extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes... ¿Se refiere sólo a las leyes proferidas por el legislador? Desde luego que no es esa la intención del Constituyente”.

Así pues, la palabra *ley* en la Constitución Política no tiene un sentido unívoco y, por lo tanto, el adjetivo *legislativo* tampoco lo tiene. De esta manera, la expresión *“medidas legislativas”* no puede entenderse alusiva exclusivamente las leyes en sentido formal, por lo cual, a la hora de hacer la exégesis de dicha expresión para determinar el alcance del derecho de consulta de las comunidades étnicas, es menester, también desde el punto de vista del Derecho interno, escoger la

⁵⁸ Bajo esta denominación se incluyen los decretos legislativos y los decretos extraordinarios, así como aquellos otros que la doctrina conoce como “reglamentos autónomos”.

⁵⁹ Sentencia C-710 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Treviño.

interpretación de la misma que permita hacer realidad el deber estatal de reconocimiento, garantía y promoción de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, así como lograr la efectividad de tal derecho de consulta en la mayor medida posible. Ciertamente, los derechos fundamentales, y como se vio la consulta a las comunidades étnicas lo es, en cuanto principios constitucionales implican para el operador jurídico un *mandato de optimización*, es decir, exigen que el derecho en cuestión sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes⁶⁰.

Adicionalmente, cabe decir que si para la expedición de normas como las leyes, cuyo rango jerárquico en la escala normativa es menor que el de las disposiciones constitucionales, la jurisprudencia ha definido que se exige la realización de la consulta a las comunidades étnicas concernidas, *a fortiori ratióne* dicha exigencia se aplica también para la expedición por el Congreso de los actos legislativos. La superioridad normativa jerárquica de estas disposiciones, su carácter condicionante de la validez jurídica de aquellas que las desarrollan y su mayor grado de abstracción y generalidad, hacen que tengan mayor potencialidad de afectar a las comunidades étnicas de todo el país, por lo cual su aprobación reclama con mayor urgencia la consulta previa.

Visto lo anterior, la Corte concluye que la interpretación de la expresión “*medidas legislativas*” contenida en el artículo 6° 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.

- 7.4.4.** Esclarecido que la expresión “*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

⁶⁰ Sobre este carácter de los derechos fundamentales como principios, véanse las sentencias T-401 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Moñoz y T-406 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón.

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 Corporación⁶¹.

7.5. LA OMISIÓN DE CONSULTA PREVIA A LAS COMUNIDADES ÉTNICAS PARA LA ADOPCIÓN DE TODO TIPO DE MEDIDAS NORMATIVAS ES UN VICIO FORMAL QUE SE PROYECTA SOBRE EL CONTENIDO DE LAS NORMAS ADOPTADAS

7.5.1. Repasada toda la línea jurisprudencial relativa al deber de consulta a las comunidades étnicas, en especial en lo concerniente a la adopción de medidas legislativas susceptibles de afectar directamente a dichos pueblos, y definido que las reglas jurisprudenciales sobre la consulta para la aprobación de leyes resultan aplicables a la aprobación de actos legislativos, pasa la Corte a estudiar con particular detenimiento las precisiones de esta Corporación en torno a la naturaleza del vicio de inconstitucionalidad que puede generarse por la omisión de dicha consulta. Lo anterior por cuanto, como se vio en el acápite de antecedentes, la presente demanda de inconstitucionalidad fue admitida únicamente por el estricto “*vicio de trámite*” consistente en la omisión de la referida consulta previa.

7.5.2. Las referencias a la naturaleza del vicio que se presenta cuando en la aprobación de las leyes se omite efectuar la consulta a las comunidades étnicas concernidas, o cuando dicha consulta no cumple con los estándares jurisprudenciales, son breves.

⁶¹ Sobre este punto se puede consultar, entre otras, la sentencia C-141 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

En la Sentencia T-382 de 2006⁶², la Corte expresó que “...*el derecho fundamental de consulta previa tiene asidero dentro del trámite legislativo*”; es decir, la Corporación vinculó la vigencia del derecho a la consulta (asunto de carácter sustancial), con la necesidad de hacerlo efectivo a través del **trámite** surtido para la aprobación de las leyes. En este mismo pronunciamiento, en similar sentido se dijo que “*tal potestad (el derecho a la consulta) está condicionada a los instrumentos que haya fijado la Constitución o la ley para intervenir en las iniciativas parlamentarias...*”.⁶³

Posteriormente, en la Sentencia C-030 de 2008⁶⁴, la Corte hizo explícito el carácter procedimental sustantivo del vicio que se presenta cuando se omite la consulta a las comunidades étnicas que van a ser afectadas con la adopción de una medida legislativa. Ciertamente, refiriéndose a este asunto, la Corte expresó:

“... tratándose de medidas legislativas, la situación puede tornarse compleja, porque... el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad frente a la omisión de consulta previa a la adopción de una medida legislativa, comporta la verificación en torno a un procedimiento, cuya ausencia, sin embargo, se proyecta sobre la materialidad misma de la ley”.
(Negrillas y subrayas fuera del original)

Más recientemente, en la Sentencia C-461 de 2008⁶⁵, la Corte dejó claro que el ejercicio de participación ejecutado a través de la consulta previa constituye una “garantía de orden procedimental encaminada a respetar los derechos a la subsistencia y la integridad cultural de los grupos étnicos”. Como puede observarse, en pocas palabras se admitió que si bien la consulta en sí misma se erige en un *procedimiento*, su omisión se proyecta sobre el contenido material de las medidas que a través del procedimiento se lleguen a adoptar.

Obsérvese cómo con toda claridad la Corte admite que el control de constitucionalidad sobre las medidas legislativas que afectan a las comunidades étnicas comporta “*la verificación de un procedimiento*”, el de la consulta previa, el cual aunque tiene implicaciones de naturaleza sustantiva sobre las disposiciones legales que a través de él se aprueben, no lo convierte en un asunto de índole sustancial exclusivamente.

⁶² M.P. Clara Inés Vargas Hernández

⁶³ Paréntesis fuera del original, negrillas y subrayas propias del texto original.

⁶⁴ M.P. Rodrigo Escobar Gil.

⁶⁵ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

En esta misma sentencia –C-461 de 2008, la Corte utiliza un lenguaje similar indicativo de la implicación procedimental, pero con proyecciones sustantivas, del trámite de la consulta; véase:

*“... **el trámite de consulta previa debe preceder a la radicación del proyecto de ley, para que los resultados del proceso de participación incidan en el contenido de la iniciativa que se somete a consideración del Congreso**”.*⁶⁶

Estas breves referencias resultan suficientes para establecer que la jurisprudencia ha aceptado la naturaleza procedimental sustantiva del vicio de omisión de consulta a las comunidades étnicas antes de la aprobación de medidas legislativas que las afecten, vicio que, por tanto, compromete la validez constitucional de la norma así aprobada.

7.5.3. No es la primera vez que la Corte ha detectado que un vicio de constitucionalidad de naturaleza formal se proyecta sobre el contenido material de la disposición normativa acusada. En la sentencia C-551 de 2003⁶⁷, al definir si el vicio de competencia por sustitución de la Constitución es de carácter formal o material, la Corte admitió que se trata de un asunto procedimental con repercusiones sustanciales; véase lo dicho al respecto:

*“25- Un análisis más detallado muestra empero que no existe ninguna contradicción, por las siguientes dos razones: de un lado, **la presente sentencia no sostiene que los vicios de competencia sean exclusivamente vicios de forma o procedimiento, sino que los problemas de competencia se proyectan al estudio tanto de los vicios de procedimiento como de los vicios de contenido material**, por cuanto la competencia es un pilar básico y un presupuesto tanto del procedimiento como del contenido de las disposiciones sujetas a control de la Corte”.* (Negrillas y subrayas fuera del original)

De similar manera a lo establecido en la Sentencia C-551 de 2003, en la presente ocasión la Corte concluye, con base en los precedentes jurisprudenciales anteriormente comentados, que la omisión del deber de consultar a las comunidades étnicas concernidas con la adopción de medidas legislativas se erige en un vicio de trámite con repercusiones sustanciales, o más precisamente, en un defecto procedimental sustantivo.

7.5.4. En relación con los actos reformativos de la Carta, de conformidad con lo prescrito por el artículo 241 de la Constitución Política, la competencia de la Corte se encuentra restringida al análisis de los

⁶⁶ Negrillas fuera del original

⁶⁷ M.P. Eduardo Montealegre Lynett

“*vicios de procedimiento en su formación*”. Además, según las voces del artículo 379 superior, los actos legislativos sólo pueden ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en el Título XIII de la Carta, dentro de los que no se enumera la consulta a las comunidades étnicas para la adopción de reformas constitucionales que las afecten. No obstante, es claro para la Sala que eso no significa que dicho control procedimental deba limitarse a verificar el trámite de aprobación del respectivo acto legislativo exclusivamente frente a lo dispuesto en dicho título de la Carta. Como ya lo ha definido la jurisprudencia de esta Corporación, los parámetros de control del trámite de la reforma constitucional mediante acto legislativo no se agotan en lo dispuesto por Título XIII, sino que incluyen algunas otras normas constitucionales pertinentes y las disposiciones orgánicas contenidas en la Ley 5ª de 1992 que establezcan “*condiciones básicas y esenciales para la formación de la voluntad democrática de las cámaras legislativas “cuyo desconocimiento genere una violación de los requisitos previstos en el Título XIII de la Constitución para la adopción de actos legislativos”*”^{68.69} Además, el alcance jurídico de todo este plexo normativo ha sido precisado mediante la interpretación auténtica llevada a cabo por la jurisprudencia de esta Corporación.

En el caso concreto del procedimiento de consulta que debe ser seguido para la adopción de medidas legislativas que afecten a las comunidades étnicas, se tiene que el mismo, aunque no está recogido de manera expresa en ninguna norma de la Constitución ni en las disposiciones orgánicas que regulan el trámite de los actos legislativos, ha sido establecido como una exigencia previa de trámite, especialmente a partir de lo prescrito por el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, norma integrante del bloque de constitucionalidad en virtud del artículo 93 superior, en concordancia con el artículo 330 superior y las disposiciones constitucionales que reconocen el derecho a la participación efectiva, a la autonomía y a la libre determinación de los pueblos indígenas y afrocolombianos.

7.5.5. La anterior argumentación no implica la prevalencia del derecho internacional de los derechos humanos sobre los procedimientos de reforma de la Constitución. En el caso de la consulta previa, aunque es cierto que el Convenio 169 de la OIT es el instrumento que expresamente reconoce la obligación de surtir el trámite, su carácter vinculante a nivel interno se desprenden de los artículo 93 y 330 superiores, en concordancia con las disposiciones constitucionales que

⁶⁸ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-1040 de 2005. M.P. MP: Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Antonio Sierra Porto, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.

⁶⁹ Sentencia C-293 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil

reconocen el derecho a la participación efectiva, a la autonomía y a la libre determinación de los pueblos indígenas y afrocolombianos.

7.6. EL ALCANCE DE LA NORMA CONSTITUCIONAL CONTENIDA EN EL INCISO 8° DEL ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2009 Y SU CAPACIDAD PARA AFECTAR A LAS COMUNIDADES ÉTNICAS

7.6.1. Debe ahora la Sala referirse al alcance normativo de la disposición demandada, a efectos de establecer si ella tiene la potencialidad de afectar directamente a las comunidades étnicas, de forma tal que pueda concluirse que para su adopción las mismas tenían que haber sido consultadas. Dicha disposición es el inciso 8° del artículo 2° del Acto Legislativo N° 01 de 2009, que adicionó un inciso al artículo 108 de la Constitución Política. El texto de la disposición, según se recuerda, es el siguiente:

“ACTO LEGISLATIVO 1 DE 2009

(julio 14)

“Diario Oficial No. 47.410 de 14 de julio de 2009

“Por el cual se modifican y adicionan algunos artículos de la Constitución Política de Colombia

“EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

“...

“ARTÍCULO 2o. El artículo 108 de la Constitución Política quedará así:

“...

“Los Partidos y Movimientos Políticos que habiendo (sic) obtenido su Personería Jurídica como producto de la circunscripción especial de minorías 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.” (Negrillas y subrayas fuera del original)

Como puede observarse, la norma acusada regula aspectos directamente relacionados con el acceso a la circunscripción especial de minorías étnicas prevista en los artículos 171 y 176 de la Constitución. En efecto, la disposición regula las circunstancias en las cuales los partidos y

movimientos políticos que hayan obtenido su personería jurídica como producto de dicha circunscripción, pueden avalar candidatos para la misma.

La jurisprudencia de esta Corporación judicial ha hecho ver que el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas en ocasiones se proyecta más allá del espacio geográfico concreto donde esta ubicada la respectiva comunidad, pues *“la diversidad étnica y cultural es fundamento de la convivencia pacífica y armónica dentro del respeto al pluralismo en cualquier lugar del territorio nacional”*.⁷⁰ Así, uno de los ámbitos en donde se proyecta este derecho más allá de ese espacio de asentamiento territorial, es el relativo a la representación política de estos pueblos. Sobre este asunto la Corte ha explicado:

“En materia de representación política existe norma expresa que proyecta la diversidad cultural fuera de los territorios indígenas puesto que se ha establecido una protección a las comunidades indígenas que asegura un mínimo de representación a nivel nacional. La Constitución en su artículo 171 creó una circunscripción especial de dos Senadores reservada a la representación de los pueblos indígenas. Igualmente, el artículo 176 de la Constitución estableció una circunscripción especial en la Cámara de Representantes para los grupos étnicos, las minorías políticas y los colombianos residentes en el exterior, circunscripción que podría elegir hasta cinco representantes. Las anteriores disposiciones constitucionales se erigen como un estatuto especial relativo a la representación política indígena que protegen y reconocen la diversidad étnica y cultural, además de promover los distintos valores culturales de la nación y la participación de las diversas expresiones sociales. Este estatuto se inscribe en un contexto en el que la propia Constitución establece, en el ámbito del Congreso de la República, una excepción etnocultural a la regla general de circunscripciones para corporaciones públicas”.⁷¹

Cabe también considerar que dentro de los objetivos perseguidos por el constituyente de 1991, fue claro aquel de mejorar de manera general la representatividad del Congreso de la República⁷² y aquel otro de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana. A fin de hacer realidad este doble propósito, la circunscripción especial de las comunidades étnicas fue el mecanismo por excelencia que permitió ampliar los espacios de representación con fundamento en factores culturales. Ciertamente, en la ponencia para dar

⁷⁰ Sentencia T-778 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁷¹ *Ibidem*

⁷² Cfr. Sentencia C-759 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

debate en la Comisión Tercera de la Asamblea Nacional Constituyente al actual artículo 171 de la Constitución Política, se dijo al respecto lo siguiente:

“Si la morfología del Congreso no requiere cambios significativos, la composición de las cámaras los exige a fin de garantizar la representación en ellas de grupos sociales actualmente ausentes del órgano, así como de racionalizar las relaciones entre el volumen de integrantes de las corporaciones y el total de la población del país.

“...

La otra deficiencia del sistema de composición del órgano legislativo que debe ser solucionada es la relativa a la representación de los son componentes minoritarios de la nacionalidad, es decir, a las comunidades indígenas. Una óptica equivocada equipara actualmente su significación y, consecuentemente, su tratamiento político, con los que se otorgan a las minorías contingentes que se constituyen, dentro del dinamismo natural de la existencia democrática, en torno a razones ideológicas o simplemente partidistas. Es obvio, sin embargo, que los diversos grupos étnicos tienen una naturaleza diversa, que los convierte en auténticos componentes de Nación misma, en la que participan como un hecho natural que no proviene, como las minorías políticas propiamente tales, de la decisión voluntaria de quienes las integran. De allí que el rango social de las diversidades étnicas sea diferente y superior al de las minorías partidistas, y que, en cuanto componentes de la Nación, no sea dable reducir su consideración al alcance que les confiera el accidente de la lucha electoral: su participación en el escenario de la representación nacional no puede ser un simple resultado de contingencias comiciales en las que se debate el “como” del Estado y no el “qué” esencial y permanente de la propia nacionalidad.

“Resulta claro pues, que al conjunto de las distintas comunidades indígenas debe reservarse un número de curules, destacadas de las restantes mediante asignación de una circunscripción especial, con el fin de dar por su medio expresión política constante a un elemento de la Nación conformado por la pluralidad étnica...”⁷³

⁷³ Ponencia: Estructura, composición y funcionamiento de la rama legislativa del poder público. Ponentes: Hernando Yepes Arcila, Alfonso Palacio Rudas, Antonio Galán Sarmiento. Gaceta Constitucional N° 54, páginas 13 y 14).

Por su parte, la Corte también ha hecho ver que “*la efectiva participación de distintas cosmovisiones en un ámbito representativo nacional contribuye a materializar el multiculturalismo de la nación mediante la expresión de distintas voces y visiones en las decisiones nacionales. El congreso es el órgano representativo de la nación colombiana y teniendo en cuenta que la nación comprende diferentes culturas es apenas lógico desde una perspectiva multicultural que este órgano las contenga y permita su representación específica*”.⁷⁴

Así pues, 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.

Ahora bien, 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.

Así las cosas, sin considerar si las nuevas reglas afectan positiva o negativamente a dichas minorías, asunto de conveniencia que no es de la incumbencia de esta Corporación, la Sala detecta que la norma superior cuyo trámite de adopción ahora examina 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 esta Corporación antes expuestas.

Pasa entonces la Sala a verificar el cumplimiento de dicha exigencia constitucional.

7.7. LA OMISIÓN DE LA CONSULTA PARA LA ADOPCIÓN DE LA NORMA DEMANDADA Y LA INCONSTITUCIONALIDAD POR VICIOS DE TRÁMITE

7.7.1. 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, la Sala Plena 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

⁷⁴ Sentencia T-778 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

ninguno de los ocho debates surtidos durante el trámite parlamentario, se observan referencias a este asunto.

Adicionalmente, la intervención gubernamental dentro del presente proceso, a cargo del Ministerio del Interior y de Justicia, tampoco desmintió la acusación de la demanda relativa a la omisión de consulta previa para la adopción de la disposición impugnada.

7.7.2. El texto demandado fue propuesto en el proyecto de acto legislativo No. 051 Cámara radicado por el representante Alberto Gordon May. En la exposición de motivos no se mencionó que se hubiera sustido previamente una consulta a las comunidades étnicas concernidas.⁷⁵ Por disposición de la Presidencia de la Comisión Primera de dicha Corporación, el proyecto fue acumulado con los proyectos de acto legislativo 101 de 2008 Cámara, 106 de 2008 Cámara, 109 de 2008 Cámara, 128 de 2008 Cámara, 129 de 2008 Cámara y 140 de 2008 Cámara.

El proyecto de acto legislativo acumulado comenzó su trámite en la Comisión Primera de la Cámara. Allí fueron designados como ponentes los representantes Heriberto Sanabria, Gustavo Puentes, Carlos Ávila, David Luna, Miguel Ángel Rangel, Odín Sánchez Montes de Oca, Tarquino Pacheco, Carlos Fernando Mota, Franklin Legro, Oscar Arboleda, William Vélez, Jorge H. Giraldo, Edgar Gómez y Jaime Durán.

El 30 de septiembre de 2008, la Comisión Primera de la Cámara celebró una audiencia pública para debatir los asuntos principales del proyecto. En esta audiencia no se hizo alusión a la realización de una consulta previa. En esta audiencia no participaron representantes de las comunidades indígenas o afrocolombianas. Posteriormente, en el informe de ponencia radicado el primero de octubre de 2008 por los ponentes Gustavo Puentes, Heriberto Sanabria, Miguel Rangel, Carlos Mota, Carlos Avila, Tarquino Pacheco, Oscar Arboleda y Edgar Gómez no se hizo referencia a la materia a la que se refiere el texto demandado ni mucho menos a la realización de una consulta a las comunidades indígenas o afrocolombianas.⁷⁶ En el informe alternativo

⁷⁵ Ver Gaceta de Congreso No. 492 de 2008.

⁷⁶ Los ponentes manifestaron solamente lo siguiente:

“b) Minorías políticas: Con el propósito de preservar el espíritu incluyente del Constituyente de 1991, reflejado en la existencia de las circunscripciones especiales de grupos étnicos y minorías, se considera necesario dos modificaciones al articulado presentado.

El primero de ellos aclarando que la excepción constitucional establecida para la obtención de personería jurídica sólo aplicará para aquellos partidos que la obtengan por circunscripción de minorías étnicas, y no cualquier tipo de minoría. De tal modo que el final del primer inciso de este artículo quedará así:

‘Se exceptúan del régimen excepcional que se estatuya en la ley para las circunscripciones de minorías étnicas en las cuales bastará haber obtenido representación en el Congreso.’

Adicionalmente, los ponentes consideramos que se honra el espíritu del constituyente si se introduce una norma mediante la cual los partidos de minorías étnicas solo podrán avalar personas que pertenezcan a esas minorías.

de ponencia presentado el 3 de octubre siguiente, el Representante David Luna manifestó su inconformidad con la propuesta del proyecto de acto legislativo 051 de 2008 Cámara de exigir a los partidos inscribir a sus candidatos a las circunscripciones especiales de minorías étnicas con un año de antelación. Para el Representante Luna, este requisito vulnera el derecho a la igualdad de las comunidades étnicas y no les provee ningún tipo de protección.⁷⁷ Sin embargo, el Representante Luna tampoco hizo alusión a la realización de una consulta a las comunidades que podrían resultar afectadas. El 7 de octubre de 2008, fue aprobado el texto por la Comisión Primera de la Cámara.

En la ponencia para segundo debate nada se dijo sobre la realización de una consulta previa a las comunidades.⁷⁸ Los representantes Jaime Durán Becerra y Jorge Homero Giraldo radicaron un informe alternativo de ponencia negativo en el que tampoco aluden a la realización de una consulta previa a las comunidades étnicas.⁷⁹ La reforma del artículo 108 de la Constitución fue aprobada por la plenaria de la Cámara el 29 de octubre de 2008, sin que tampoco se mencionara la consulta a las comunidades.⁸⁰

La Comisión Primera del Senado convocó una audiencia pública el 18 de noviembre de 2008, en la que no participaron miembros ni representantes de las comunidades indígenas o afrocolombianas.⁸¹ Durante el tercer debate no se hizo referencia a que se hubiese surtido una consulta previa.⁸²

Durante el cuarto debate, el Senador Jesús Enrique Piñacué Achicué llamó la atención sobre el defecto de trámite derivado de la no realización de una consulta previa a las comunidades indígenas. El Senador Piñacué expresó:

Los partidos que surgieron de la circunscripción especial de comunidades negras, solo podrán avalar ciudadanos que sean afrocolombianos, raizales o palenqueros. En igual sentido, aquellos que son producto de la circunscripción de comunidades indígenas, solo podrán avalar a los ciudadanos reconocidos como indígenas por parte de los cabildos que están registrados en el Ministerio del Interior y de Justicia, procedimiento que se surte hoy en día para efecto de la inscripción de candidatos para aspirar a las dos curules para comunidades indígenas en el Senado de la República y a la curul de la Cámara de Representantes.

Para cumplir este propósito se sugiere incluir como inciso final del artículo 108 constitucional el siguiente texto:

'Los partidos y movimientos Políticos que habiendo obtenido su personería jurídica como producto de la circunscripción especial de minorías étnicas, sólo podrán expedir avales a ciudadanos que (sic) nativos conforme a la ley.' Cfr. Gaceta del Congreso No. 674 de 2008, p.p. 10-11.

⁷⁷ El Representante David Luna manifestó: "En relación a la inscripción de candidatos por minorías étnicas, no es justificable que se les exija sólo a ellos el inscribir sus candidatos con un año de antelación. Este tipo de exigencias vulnera el derecho a la igualdad y no ofrece realmente ninguna garantía de protección a los grupos minoritarios." Cfr. Gaceta del Congreso No. 697 de 2008, p. 2.

⁷⁸ Ver Gaceta del Congreso No. 725 de 2008.

⁷⁹ Ver Gaceta del Congreso No. 736 de 2008, p.p. 12-17.

⁸⁰ Ver Gaceta del Congreso No. 34 de 2009.

⁸¹ Ver Gaceta del Congreso No. 184 de 2009.

⁸² Ver Gaceta del Congreso No. 948 de 2008.

“Por último Senador Salazar, usted firmó una proposición en la que decía que era inconveniente tramitar una iniciativa de nuestra autoría, que procuraba fundamentar un instrumento para el diálogo, para el entendimiento entre el Gobierno Nacional y las autoridades indígenas, el acuerdo principal fue, es necesario surtir, proceder a realizar la consulta previa. Usted señor ponente tiene en esta iniciativa de reforma constitucional el artículo 2º, un asunto que toca en forma directa, los intereses, los derechos de los Pueblos Indígenas, sobre este punto puntualizo en lo siguiente, me parece positivo para nosotros, en la pretensión de construir partidos, inscribamos en el futuro a nuestros candidatos con un año de anticipación inscritos en nuestras listas de militantes, eso es sano, es correcto, estoy de acuerdo debe ser así, ordena la actividad política pero de manera directa toca los intereses de los Pueblos Indígenas, por lo tanto considero que usted debería estar de acuerdo en la conveniencia y hacer la consulta previa, para mirar si sobre este aspecto hay alguna posibilidad de discusión, que introduzca el derecho a la participación de estos pueblos, señor Presidente, señor ponente muchas gracias.”⁸³

En el mismo debate, el Senador José Darío Salazar Cruz compartió la preocupación del Senador Piñacué y propuso que se retirara el texto cuestionado porque no se alcanzaba a surtir la consulta. El Senador Salazar expresó:

“Presidente estoy de acuerdo con el Senador Piñacué pero como no se alcanza a hacer la consulta previa, pues lo que podemos hacer es dejar la constancia, se quita la norma, no se vota y la tramitamos en la segunda vuelta una vez el Gobierno haga la consulta previa que es el que ha presentado el proyecto, ¿le parece?, entonces le ruego el favor de que presente la proposición eliminando ese inciso (...)”⁸⁴

El 16 de diciembre de 2008, tanto el Senado como la Cámara convocaron plenarias para discutir el informe de conciliación. En la plenaria de la Cámara, la Representante de las comunidades indígenas Patricia Polanco Jusayu manifestó su desacuerdo con la reforma en lo atinente a la inscripción de los candidatos de los movimientos y partidos de minorías étnicas, entre otras razones, porque la reforma no fue consultada a las comunidades. La representante manifestó:

“(...) ya que una reforma política es un pacto político entre las diferentes fuerzas políticas y sociales representadas en esta Corporación. Por consiguiente, deben ser consultadas y tenidas

⁸³ Cfr. Gaceta del Congreso No. 223 de 2009, p. 84.

⁸⁴ Cfr. Gaceta del Congreso No. 223 de 2009, p. 94.

en cuenta sus opiniones, sugerencias y recomendaciones, para hacer esta reforma más incluyente y más democrática.”⁸⁵

En la plenaria del Senado nada se mencionó sobre la consulta⁸⁶. Tampoco se hizo referencia al asunto en los informes de ponencia para el quinto debate⁸⁷ –segunda vuelta- en la Comisión Primera de la Cámara ni en el propio debate.⁸⁸ El tema nuevamente se omitió en los informes de ponencia para sexto debate en Cámara⁸⁹ y durante el debate en la plenaria de dicha corporación.⁹⁰

Una vez el proyecto fue remitido al Senado, por iniciativa de la Comisión Primera, se llevó a cabo una audiencia pública en la que tampoco participaron representantes de las comunidades étnicas.⁹¹ Finalmente, durante el séptimo⁹² y octavo debates⁹³ los senadores que participaron no mencionaron que se hubiera surtido la consulta previa que exige la Constitución, tampoco en las plenarios en las que se aprobó el texto conciliado.⁹⁴

7.7.3. Adicionalmente, mediante auto de 25 de mayo de 2010, el Magistrado Sustanciador dentro del presente proceso solicitó al Presidente del Congreso de la República que informara *“si para la adopción del inciso 8° del artículo 2° del Acto Legislativo N° 1 de 2009 fueron consultadas las minorías étnicas que podían resultar afectadas con la nueva disposición constitucional”*. Esta petición de información fue respondida por el Secretario de la Comisión Primera del Senado de la República, indicando que *“se celebraron sendas Audiencias Públicas, en primera y segunda vuelta, en las que se invitó a participar a todas las personas naturales y jurídicas interesadas en esa iniciativa, mediante aviso en el Canal del Congreso y en un periódico de circulación nacional”*.

Al respecto, observa la Sala que las audiencias que menciona la respuesta anterior no satisfacen el derecho fundamental de consulta en cabeza de las comunidades étnicas, por tratarse tan solo de mecanismos para el ejercicio del derecho general de participación, pero no procedimientos específicos de consulta directa a los grupos étnicos

⁸⁵ Cfr. Gaceta del Congreso No. 77 de 2009, p. 124.

⁸⁶ Ver Gaceta del Congreso No. 224 de 2009.

⁸⁷ Ver Gacetas del Congreso No. 227 y 234 de 2009.

⁸⁸ Ver Gaceta del Congreso No. 547 de 2009.

⁸⁹ Ver Gacetas del Congreso No. 241 y 266 de 2009. El Representante David Luna en su informe de ponencia solicitó la supresión del texto demandado, pero por considerar que hace más gravosa la situación de los grupos étnicos y minoritarios. Ver Gaceta del Congreso No. 266 de 2009, p. 5.

⁹⁰ Ver Gaceta del Congreso No. 567 de 2009.

⁹¹ Ver Gaceta del Congreso No. 374 de 2009

⁹² Ver los informes de ponencia en la Gaceta del Congreso No. 374 de 2009 y el debate en la Gaceta del Congreso No. 597 de 2009.

⁹³ Ver los informes de ponencia en las Gacetas del Congreso No. 427 y 466 de 2009 y el debate en la Gaceta del Congreso No. 773 de 2009.

⁹⁴ Ver Gaceta del Congreso No. 774 de 2009.

concernidos. Además, tales audiencias se cumplieron *durante* el trámite de la reforma constitucional y no *antes* de iniciarse tal proceso constituyente, por lo que no cumplen con el requisito conforme al cual la consulta ha de ser *previa* al proceso de adopción de la medida normativa de que se trate. Finalmente, dicho proceso participativo general no se surtió concretamente con los voceros, las personas o las organizaciones representativas de las comunidades étnicas, ni de ello existe constancia alguna.

Así las cosas, las audiencias públicas que fueron convocadas durante el trámite de la aprobación de la reforma constitucional no equivalen ni convalidan en forma alguna la consulta previa que, en las condiciones necesarias para satisfacer el derecho fundamental a la diversidad étnica, han debido realizarse, pues no otorgaron un espacio de participación efectivo y conducente para influir en la toma de la decisión normativa.

7.7.4. De esta manera, habiendo la Corte concluido que la omisión del deber de consultar a las comunidades étnicas concernidas con la adopción de actos reformativos de la Constitución se erige en un vicio procedimental que se proyecta sustancialmente, por lo cual una disposición superior afectada por tal vicio puede ser demandada por razones de trámite en su aprobación, y habiendo verificado que en el caso del inciso 8° del artículo 108 de la Constitución Política, introducido por el Acto Legislativo No. 01 de 2009, dicha consulta no se surtió en forma alguna, en la parte resolutive de la presente decisión declarará la inconstitucionalidad por vicios de trámite de dicha norma.

7.7.5. Finalmente, constata la Sala que dado que el Acto Legislativo 01 de 2009 fue sancionado el 14 de julio de ese año, y la presente demanda fue interpuesta el 7 de diciembre del mismo año, la misma fue incoada en forma oportuna, es decir antes de cumplirse el término de caducidad que señala el artículo 242 de la Constitución Política para las acciones de inconstitucionalidad por vicios de forma.

8. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de Corte Constitucional, administrando justicia en nombre el pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declarar **INEXEQUIBLE** inciso 8° del artículo 2° del Acto Legislativo N° 01 de 2009, “*Por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política de Colombia*”.

Notifíquese, cópiese, comuníquese al Presidente de la República y al Presidente del Congreso, publíquese y cúmplase.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Presidente
Con salvamento de voto

MARIA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ
Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado
Con aclaración de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado
Con salvamento de voto

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

**SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
A LA SENTENCIA C-702/10**

**DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE ACTO
LEGISLATIVO POR VICIOS DE COMPETENCIA-Incompetencia
de la Corte Constitucional (Salvamento de voto)**

El objeto de la presente demanda de inconstitucionalidad por vicio de carácter material en la expedición del Acto Legislativo No. 01 de 2009, implica un desbordamiento de las competencias de la Corte Constitucional, por cuanto conlleva un control material de un Acto Legislativo, interpretación contraria al tenor del artículo 241.1 constitucional que prevé el control sólo por vicios de procedimiento. Constituye, además, una desvalorización del poder de reforma a la Constitución, puesto que concibe la existencia de cláusulas pétreas en la Constitución de 1991, en desconocimiento del principio de soberanía popular que impulsó al constituyente de 1991 a consignar el poder de reforma constitucional. De ahí que, a mi juicio, esta Corporación ha debido declararse inhibida para estudiar acusaciones de esa naturaleza.

**CONSULTA PREVIA A COMUNIDADES ETNICAS EN
TRAMITE LEGISLATIVO-Conclusiones en relación con el deber de
su aplicación a medidas legislativas no sólo en sentido formal, sino en su
sentido más amplio (Salvamento de voto)**

**OMISION DE CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES
ETNICAS EN TRAMITE LEGISLATIVO-Naturaleza del vicio
(Salvamento de voto)**

**CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ACTO
LEGISLATIVO POR SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-
Constituye el ejercicio de un control material (Salvamento de
voto)/CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ACTO
LEGISLATIVO POR SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-
Incompetencia de la Corte Constitucional (Salvamento de
voto)/CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ACTO
LEGISLATIVO POR SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-
Soportada en una tesis de precariedad argumentativa (Salvamento de
voto)**

Si bien la jurisprudencia mayoritaria de esta Corporación permite la posibilidad de estudiar los Actos Legislativos por vicios de sustitución de la Constitución, no comparto el argumento referente a la facultad de la Corte Constitucional para estudiar los cargos sobre vicios de competencia de los actos reformativos de la Constitución, ya que hay precariedad argumentativa

en dicha tesis que tiene, entre otras, las siguientes consecuencias: (i) supone introducir elementos restrictivos del concepto y alcance de la soberanía popular; (ii) implica un cambio radical y profundo en el concepto de constitución, al avanzar hacia el concepto de constitución material; (iii) desconoce el contenido textual o, literal de diversos preceptos constitucionales; (iv) en definitiva el concepto de vicios de competencia es la “forma” ideada por la posición mayoritaria para justificar un control material o de “fondo” de las reformas constitucionales.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ACTOS LEGISLATIVOS-Competencia de la Corte Constitucional sólo por vicios de procedimiento en su formación (Salvamento de voto)/**CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ACTO LEGISLATIVO POR SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION**-Constituye desbordamiento de las competencias de la Corte Constitucional (Salvamento de voto)

El artículo 241.1 de la Carta establece que la Corte Constitucional es competente para conocer de las demandas contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación; competencia en la que acudiendo a la interpretación gramatical, el adverbio sólo delimita todo el alcance del enunciado normativo examinado, pues excluye cualquier otro defecto distinto de los que constituyan vicios de procedimiento. Por consiguiente, extender este presupuesto para realizar un juicio sobre el contenido de la actuación, o sobre el resultado de un procedimiento de reforma, adelantado por el órgano que según la propia Constitución está autorizado para ello, significa desnaturalizar el concepto de vicios de competencia y darle el significado de vicios de contenido.

CLAUSULAS PETREAS EN CONSTITUCION DE 1991-Inexistencia (Salvamento de voto)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ACTO REFORMATIVO POR VICIOS DE SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-Desconoce el poder de reforma previsto en la misma Constitución (Salvamento de voto)

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ACTO LEGISLATIVO POR VICIOS DE SUSTITUCION DE LA CONSTITUCION-Implicaciones negativas de su ejercicio

Las razones por las cuales me aparto de la tesis de los vicios de competencia y del control de sustitución, son las siguientes: (i) es una tesis contraria al tenor del artículo 241.1 constitucional y a cualquier criterio de interpretación que se emplee para establecer el alcance de este enunciado normativo; (ii) es una tesis que incurre en numerosas contradicciones internas al pretender

negar presupuesto esencial, esto es, el control material de los actos reformativos de la Constitución; (iii) implica adoptar un concepto material de Constitución, que en definitiva sería aquel defendido por las mayorías al interior de la Corte Constitucional; (iv) implica que la Corte Constitucional se aparte de los cánones del control jurídico y adopte un modelo de control político e ideológico; (v) significa una desvalorización del poder de reforma a la Constitución y en definitiva puede conducir a una petrificación del ordenamiento constitucional; y (vi) supone alterar el principio de soberanía popular.

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE ACTO LEGISLATIVO POR VICIOS DE COMPETENCIA-Corte Constitucional ha debido declararse inhibida (Salvamento de voto)

Referencia: expediente D-7988

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 8° del artículo 2° del Acto Legislativo No. 01 de 2009, “*Por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política de Colombia*”.

Actores: Marcos Aníbal Avirama Avirama y Miguel Antonio Gálvis.

Magistrado Ponente:
JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Corporación, me permito adelantar una breve exposición de los motivos por los cuales me aparto de la argumentación y decisión adoptada por la Sala Plena, que justifican la suscripción de un salvamento de voto respecto de la sentencia de la referencia.

i. Contenido de la sentencia

Los cargos de inconstitucionalidad expuestos en la demanda incoada se sustentan en la presunta violación de los artículos 2, 7, 13 y 103 de la Constitución Política en razón a la expedición del inciso 8° del artículo 2° del Acto Legislativo 01 de 2009 por parte del Congreso de la República. Los cargos anteriormente expuestos no fueron admitidos por parte del Magistrado Sustanciador al no cumplir los accionantes con la carga argumentativa planteada por la Jurisprudencia de esta Corporación. Sin embargo, dentro del término concedido para corregir los defectos de la demanda, ésta fue admitida sólo respecto del cargo por desconocimiento del artículo 93 de la Carta

Política al omitir, a consideración de los accionantes, la consulta previa a las comunidades indígenas en el trámite de dicha norma, circunstancia que contraviene lo dispuesto en el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, según el cual la consulta previa se constituye en un requisito para aprobar dicha norma, situación ésta que representa un vicio de procedimiento en la formación de la citada reforma constitucional y da lugar a un estudio por parte de la Corte, de conformidad con lo establecido en el artículo 241 de la Constitución Política.

A continuación se hace la transcripción del texto completo de la disposición demandada, dentro del cual se subraya y resalta el inciso concretamente acusado de inconstitucionalidad:

“ACTO LEGISLATIVO 1 DE 2009

(Julio 14)

Diario Oficial No. 47.410 de 14 de julio de 2009

Por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política de Colombia

“EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTÍCULO 2°. El artículo 108 de la Constitución Política quedará así: El Consejo Nacional Electoral reconocerá Personería Jurídica a los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos. Estos podrán obtenerlas con votación no inferior al tres por ciento (3%) de los votos emitidos válidamente en el territorio nacional en elecciones de Cámara de Representantes o Senado. Las perderán si no consiguen ese porcentaje en las elecciones de las mismas Corporaciones Públicas. Se exceptúa el régimen excepcional que se estatuya en la ley para las circunscripciones de minorías étnicas y políticas, en las cuales bastará haber obtenido representación en el Congreso.

También será causal de pérdida de la Personería Jurídica de los partidos y movimientos políticos si estos no celebran por lo menos durante cada dos (2) años convenciones que posibiliten a sus miembros influir en la toma de las decisiones más importantes de la organización política.

Los Partidos y Movimientos Políticos con Personería Jurídica reconocida podrán inscribir candidatos a elecciones. Dicha inscripción deberá ser avalada para los mismos efectos por el respectivo representante legal del partido o movimiento o por quien él delegue.

Los movimientos sociales y grupos significativos de ciudadanos también podrán inscribir candidatos.

Toda inscripción de candidato incurso en causal de inhabilidad será revocada por el Consejo Nacional Electoral con respeto al debido proceso.

Los Estatutos de los Partidos y Movimientos Políticos regularán lo atinente a su Régimen Disciplinario Interno. Los miembros de las Corporaciones Públicas elegidos por un mismo Partido o Movimiento Político o grupo significativo de ciudadanos actuarán en ellas como bancada en los términos que señale la ley y de conformidad con las decisiones adoptadas democráticamente por estas.

Los Estatutos Internos de los Partidos y Movimientos Políticos determinarán los asuntos de conciencia respecto de los cuales no se aplicará este régimen y podrán establecer sanciones por la inobservancia de sus directrices por parte de miembros de las bancadas, las cuales se fijarán gradualmente hasta la expulsión, y podrán incluir la pérdida del derecho de voto del Congresista, Diputado, Concejal o Edil por el resto del periodo para el cual fue elegido.

Los Partidos y Movimientos Políticos que habiendo obtenido su Personería Jurídica como producto de la circunscripción especial de minorías 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.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para las elecciones al Congreso de la República a celebrarse en 2010, el porcentaje a que se refiere el inciso primero del presente artículo será del dos por ciento (2%) y no se requerirá del requisito de inscripción con un año de antelación del que habla el inciso 8°.”

Para determinar si la omisión de consulta previa a las comunidades indígenas constituye un vicio de trámite susceptible de hacer formalmente inexecutable la norma así expedida, la Corte hizo un estudio sobre la jurisprudencia relativa al deber de consulta a las comunidades étnicas; la aplicabilidad al trámite de los actos legislativos, de la doctrina constitucional sobre la consulta previa a las comunidades étnicas durante el trámite de las leyes; la naturaleza del vicio de omisión de consulta a las comunidades étnicas para la adopción de todo tipo de medidas normativas; el alcance de la norma constitucional contenida en el inciso 8° del Acto Legislativo 1 de 2009 y su capacidad para afectar directamente a las comunidades étnicas y; el cumplimiento o la omisión del deber de efectuar la consulta previa a las comunidades concernidas para la adopción de la norma demandada.

Después de hacer un recuento jurisprudencial en torno al deber de consulta previa a las comunidades étnicas, concretamente, en la expedición de leyes que directamente las afectan, la corte concluyó:

“(i) El derecho fundamental de consulta previa de las comunidades étnicas también es exigible dentro del trámite legislativo.

(ii) El derecho fundamental de consulta previa en cabeza de las comunidades étnicas tiene lugar solamente respecto de aquella iniciativas que puedan afectarlas directamente.

(iii) El Gobierno tiene el deber de promover la consulta de todo tipo de proyectos de ley, no solo de aquellos que sean de su iniciativa.

(iv) La consulta debe efectuarse en un momento previo a la radicación del proyecto en el Congreso de la República, para que los resultados del proceso de participación incidan en el contenido de la iniciativa que se somete a consideración; no obstante, durante el trámite legislativo en el Congreso de la República dicho proceso participativo no se interrumpe.

(v) La existencia de instancias simplemente representativas de las comunidades étnicas en los organismos del estado no supe el deber estatal de llevar a cabo la consulta previa de los proyectos de ley con los grupos étnicos potencialmente afectados por ellos en forma directa y específica.

(vi) El trámite de la consulta durante el trámite legislativo se somete al principio de la buena fe, “lo cual quiere decir, por un lado, que corresponde a los Estados definir las condiciones en las que se desarrollará la consulta, y por otro, que la misma, para que resulte satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional, debe realizarse de manera que sea efectiva y conducente”.

(vii) La consulta previa durante el trámite legislativo también debe ser guiada por el principio de oportunidad, que implica que se permita “una intervención útil y con voceros suficientemente representativos, en función del tipo de medida a adoptar.” (Subrayado dentro del texto original)

Siguiendo el estudio sobre el campo de aplicación de estas consideraciones, la Corte se preguntó si esta doctrina judicial puede ser aplicada al examen de actos reformativos de la Constitución tramitados por el Congreso que puedan afectar directamente a las comunidades étnicas. La respuesta fue afirmativa. Por ende, la doctrina jurisprudencial soportada tanto los principios jurídicos derivados de la Constitución Política como del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es aplicable a todas las leyes en sentido material, esto es, a cualquier norma jurídica que tenga la posibilidad de afectar directamente a las mencionadas comunidades.

De lo anterior se deriva que la expresión “*medidas legislativas*” empleada en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT no debe entenderse como ley en sentido formal sino, en un sentido más amplio, como toda medida normativa de carácter general, impersonal y abstracto con capacidad de afectar directamente a las comunidades étnicas, expedida o no por el Congreso, pues de lo contrario, su derecho a la identidad cultural se vería notablemente disminuido.

Consideración adicional se hace frente a la superioridad normativa jerárquica del acto legislativo sobre la ley, lo cual conlleva a reclamar con más urgencia la consulta previa por cuanto tiene mayor potencialidad de afectar los derechos de estas comunidades debido al grado de abstracción y generalidad que le son propios a los actos legislativos.

Las referencias a la naturaleza jurídica del vicio de inconstitucionalidad que se genera por la omisión de la consulta a las comunidades étnicas interesadas se erige en un “*vicio de trámite con repercusiones sustanciales, o más precisamente, en un defecto procedimental sustantivo*”. Sin embargo, en la sentencia bajo examen se “*admite que el control de constitucionalidad sobre las medidas legislativas que afectan a las comunidades étnicas comporta “la verificación de un procedimiento”, el de la consulta previa, el cual aunque tiene implicaciones de naturaleza sustantiva sobre las disposiciones legales que a través de él se aprueben, no lo convierte en un asunto de índole sustancial exclusivamente*”.

Para determinar el alcance de la norma *sub examine*, esto es, la potencialidad para afectar directamente los derechos de las comunidades étnicas se hace un análisis sobre el espíritu del constituyente de protección a la diversidad cultural, para lo cual se generaron acciones afirmativas como la creación de una circunscripción especial para las minorías étnicas, tanto en la Cámara de Representantes como el Senado de la República, con la finalidad de reforzar su derecho a la representación política. Así pues, se evidencia que la disposición impugnada afecta de manera directa el derecho de las comunidades étnicas a elegir a sus representantes en tanto establece una restricción que “*modifica 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*”. Por lo tanto, se debió consultar previamente a las comunidades étnicas sobre las generalidades del Proyecto de Acto Legislativo 1 de 2009 en lo que las afectaba directamente. Sin embargo, la consulta previa no se llevó a cabo y por lo tanto se configuró un vicio procedimental que se proyecta sustancialmente.

Finalmente, la Corte declaró inexecutable el inciso 8° del Artículo 2° del Acto Legislativo 1 de 2009, “*Por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política de Colombia*”, por vicios de trámite.

ii. Motivos del Salvamento de Voto

La jurisprudencia mayoritaria de esta Corporación permite la posibilidad de estudiar los Actos Legislativos por vicios de sustitución de la Constitución. Sin embargo, las razones que sustentan mi salvamento de voto radican en la precariedad argumentativa de la tesis de la Corte que paso a demostrar, por cuanto no comparto el argumento referente a la facultad de la Corte Constitucional para estudiar los cargos sobre vicios de competencia de los actos reformativos de la Constitución, por lo que a mi juicio, esta Corporación debió declararse inhibida para estudiar acusaciones de esa naturaleza.

De manera preliminar, cabe adelantar que la postura jurisprudencial de conformidad con la cual esta Corporación es competente para examinar vicios de competencia de los actos reformativos de la Constitución, sienta alarmantes precedentes en materia del alcance de las atribuciones de la Corte Constitucional, de los cuales me aparto. En efecto, dicha tesis tiene, entre otras, las siguientes consecuencias:

(i) supone introducir elementos restrictivos del concepto y alcance de la soberanía popular, (ii) implica un cambio radical y profundo en el concepto de constitución, al avanzar hacia el concepto de constitución material, (iii) desconoce el contenido textual o, literal de diversos preceptos constitucionales, (iv) en definitiva el concepto de vicios de competencia es la “forma” ideada por la posición mayoritaria para justificar un control material o de “fondo” de las reformas constitucionales.

La jurisprudencia constitucional colombiana acuñó el término de *vicios de competencia* para referirse a cierto tipo de defectos en el procedimiento de formación de un acto con fuerza material de ley que excedían el ámbito meramente formal y pasaban a proyectarse sobre el contenido material de las normas. Según la jurisprudencia mayoritaria de esta Corporación, este tipo de irregularidades suponen un desbordamiento de la competencia durante la formación de las leyes, las cuales por su entidad se *transustancian* y cambian su naturaleza de vicios formales a vicios materiales.

Ahora bien, el artículo 241.1 de la Carta establece que la Corte Constitucional es competente para conocer de las demandas contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación. En este sentido, si bien en definitiva es el intérprete quien decide cuando está ante un caso difícil que requiere un esfuerzo hermenéutico o, si se quiere, cuando hay que precisar la textura abierta del lenguaje normativo, el ejercicio de esta facultad no puede confundirse con la práctica de un decisionismo voluntarista que desconozca el tenor literal de los textos jurídicos. La labor creadora del intérprete, incluso cuando se trata de la Corte Constitucional, tiene unos límites precisos en el texto del precepto

constitucional objeto de aplicación judicial y a todas luces la teoría de los vicios de competencia de los actos reformativos de la Constitución, defendida por la mayoría de esta Corporación, constituye un exceso que desborda cualquier posibilidad hermenéutica del artículo 241.1 constitucional y que raya en los límites del más puro *decisionismo*.

El artículo 241 constitucional hace parte de la Constitución orgánica colombiana y específicamente el conjunto de enunciados normativos que lo integran tiene la estructura de *reglas de competencia*⁹⁵, pues fijan las distintas atribuciones de la Corte Constitucional como órgano encargado de velar por la integridad de la Carta Política, por lo tanto, su alcance y contenido puede ser precisado con ayuda de la interpretación gramatical. El numeral 1 de la disposición en comento textualmente dice:

*1. Decidir 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** (negritas y subrayas fuera del texto).*

Pues bien, lo que está en discusión es el alcance de la expresión *sólo por vicios de procedimiento en su formación*, en lo que hace referencia al control de los actos reformativos de la Carta. Si acudimos a la interpretación gramatical, el adverbio *sólo* delimita todo el alcance del enunciado normativo examinado, pues excluye cualquier otro defecto distinto de los que constituyan vicios de procedimiento. Por consiguiente, extender este presupuesto para realizar un juicio sobre el contenido de la actuación, o sobre el resultado de un procedimiento de reforma, adelantado por el órgano que según la propia Constitución está autorizado para ello, *significa desnaturalizar el concepto de vicios de competencia y darle el significado de vicios de contenido*.

En consecuencia, extender el alcance del control de los vicios de procedimiento al examen material de los actos reformativos de la Constitución supone una nueva categoría: la de los vicios de procedimiento “sustanciales”, engendro de peculiar naturaleza que engloba en su interior y de manera simultánea los dos tipos de vicios, de manera tal que las distinciones creadas por la doctrina y adoptadas por la Constitución perderían su razón de ser.

En definitiva, del análisis de los distintos criterios o argumentos interpretativos se desprende que el sentido del artículo 241-1 es inequívoco: se delimita negativamente la competencia de la Corte Constitucional como poder constituido, en tanto no puede entrar a revisar el contenido material de los actos reformativos de la Constitución.

⁹⁵ Esta clasificación es propuesta por J. J. GOMEZ CANOTILHO, *Direito constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Livreria Almedina, 1998, p. 1041 y s.s.

A pesar de lo anterior, la argumentación categórica a favor de la tesis del control material por vicios de competencia, es que el poder de reforma a la Constitución (cuando es ejercido por el Congreso de la República) es un poder limitado que no puede sustituir la creación del poder constituyente. Sin embargo, tal distinción parte de ignorar deliberadamente que el poder de reforma a la Constitución es también un poder constituyente, llámese si se quiere constituido, derivado o limitado, pero en todo caso poder constituyente. Pues una vez instaurada una Constitución todo el ejercicio del poder constituyente es derivado o constituido, ya que debe operar dentro de los cauces o límites impuestos en el texto constitucional, incluso el pueblo colombiano –paradigma del poder constituyente- cuando actúa como poder de reforma a la Constitución vigente actúa como un poder constituyente derivado.

Se trata entonces nuevamente de una distinción artificiosa porque cualquiera que sea la vía adoptada para reformar la Carta de 1991- trátese de un acto legislativo, de un referendo constitucional o de una asamblea nacional constituyente- siempre será el ejercicio de un poder constituyente derivado sujeto a los límites procedimentales –no materiales- establecidos en la Constitución.

Según esta concepción, la Constitución no es tan sólo el conjunto de las normas que regulan la creación de normas por los órganos superiores del Estado, ni tampoco una ley de especiales características formales, sino que tales normas integran una Constitución sólo si en ellas se garantizan determinados valores, aquellos supuestamente plasmados por el Constituyente de 1991. Se trata, en consecuencia de una comprensión valorativa de la Constitución que reproduce respecto de ésta la concepción valorativa del derecho, según la cual una norma sólo será jurídica si garantiza valores que se estiman ciertos y compartidos por la sociedad.

Adicionalmente, este concepto material de Constitución parte de un supuesto errado, cual es el de definir la materia constitucional por su importancia política o jurídica. El concepto material de Constitución no permite identificar unas normas como constitucionales en todo tiempo y en todo lugar, sino que el carácter constitucional depende de cada ordenamiento en concreto. Máxime en las constituciones modernas las cuales tienden a prestar cobertura jerárquica constitucional a una multiplicidad de materias que no revierten en absoluto la importancia y fundamentalidad atribuible a las normas materialmente constitucionales.

Así pues, la metodología propuesta para el control de los vicios de competencia confía a la Corte Constitucional la identificación del contenido material de Constitución, pues al «construir la premisa mayor», al «determinar los principios definitorios de la Constitución» y al «establecer los principios y valores que servirán como referentes del juicio de constitucionalidad», estaría determinando precisamente la materia que integra la Constitución. Además, la

fijación de la Constitución material dependería en cada momento de la composición de la Corte Constitucional y de las mayorías a su interior, de manera tal que las reformas constitucionales tendrían que hacerse también desde el interior del órgano de control y no sólo por fuera de éste.

Interesa resaltar ahora que la Carta Política de 1991 es un orden constitucional abierto, esta afirmación no sólo se demuestra por la amplitud de los debates que tuvieron en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente y por heterogeneidad de sus integrantes, sino también porque carece de cláusulas pétreas o de límites implícitos al poder de reforma constitucional. Al arrogarse la Corte Constitucional la función de determinar los “elementos definitorios identificadores de la Constitución”, los cuales se convierten en límites del poder de reforma, transformó el ordenamiento constitucional colombiano en un orden cerrado, en el cual están excluidas las discusiones –y por ende las modificaciones- acerca de aquellos principios y valores que a juicio del intérprete constitucional hacen parte de ese núcleo inmodificable.

En ese sentido, la jurisprudencia de la Corte Constitucional puede terminar por conducir al poder constituyente al mismo atolladero vivido bajo los últimos días de la Constitución de 1886, cuando un ordenamiento constitucional cuestionado y rechazado por las mayorías se había convertido en irreformable por el único cauce previsto por la propia Constitución, lo que en definitiva no paralizó el movimiento que terminaría en la expedición de la Carta de 1991, pero si hizo que el proceso constituyente fuera mucho más difícil y siempre estuviera perseguido por la sombra de su propia inconstitucionalidad. En pocas palabras, la tesis de los vicios de competencia defendida por la jurisprudencia reciente de esta Corporación demuestra un profundo desconocimiento de la reciente historia colombiana, pues conduce a la misma sin salida que ocasionó la anterior ruptura constitucional.

Así mismo, la distinción implícita en esa tesis al interior de las disposiciones constitucionales entre los así llamados elementos estructurantes y los restantes enunciados normativos conlleva necesariamente a una diferencia jerárquica de los preceptos constitucionales, según la cual aquellos que ostentan el carácter de elementos estructurales o definitorios gozarían de una jerarquía superior, edificada sobre su supuesto valor material superior. Por lo tanto se podría llegar a proponer o incluso aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto de aquellas reformas constitucionales que no hayan sido objeto de control pero que según el parecer de la autoridad encargada de aplicarla fueran contrarias a los elementos estructurantes de la Constitución de 1991. Entonces, la tesis de las antinomias constitucionales rechazada por la jurisprudencia de esta Corporación, tendría que ser aceptada pues habría la posibilidad de identificar al interior de la Carta misma disposiciones contrarias a sus supuestos elementos definitorios o estructurantes.

De lo anterior se concluye que el parámetro de validez de una reforma constitucional no puede ser el ordenamiento constitucional previo, precisamente

porque en ese caso no habría reforma. En efecto, si afirmamos que una reforma es válida sólo si respeta los límites fijados por el texto normativo anterior la modificación no tendría entidad jurídica propia pues en todo caso estaría sujeta a su conformidad con el texto previo. Por el contrario, si sostenemos que del sólo hecho de su nacimiento a la vida jurídica depende su validez cualquier referencia al parámetro normativo existente antes de su expedición carece de cualquier relevancia, en la medida que como hecho nuevo que ha surgido al mundo jurídico tiene fuerza normativa autónoma.

Esta es precisamente la paradoja que encierra la tesis de los vicios de competencia, pues la eficacia normativa de la reforma y su validez estaría sujeta a su conformidad con los principios estructurantes del ordenamiento constitucional de 1991 –sin contar a su vez con que tales elementos estructurantes han podido ser modelados por reformas constitucionales posteriores- la Carta de 1991 –o mejor, la Corte Constitucional- fungiría como el rey que otorga la Constitución, en el ejemplo que nos propone ROSS, pero que sin embargo conserva el poder de volver las cosas al Estado anterior.

Ahora bien, en la Constitución Colombiana de 1991 el Título XIII de la Constitución regula los procedimientos de reforma. Tales procedimientos se reducen en el texto constitucional a tres: Reforma por el Congreso, la cual se denomina en nuestro ordenamiento *acto legislativo*; reforma mediante referendo constitucional y reforma mediante la convocatoria de una asamblea constituyente. Son estas tres vías o procedimientos los únicos establecidos para hacer cambios en el articulado constitucional, la mayor o menor intensidad en calidad o cantidad de los temas objeto de la reforma son irrelevantes para efectos del control de constitucionalidad, pues las enmiendas constitucionales son expresión de la voluntad del poder constituyente, y ***la Corte Constitucional en tanto poder constituido no puede oponerse a la voluntad del poder constituyente expresada en los términos señalados por la Constitución misma.***

Los mecanismos de reforma constitucional son procedimientos mediante los cuales el poder constituyente originario (que originó la Constitución) pretende conservar la titularidad del poder, esto es evitar que las decisiones esenciales que sirven de marco de convivencia de toda la sociedad, puedan ser modificadas por cauces o mayorías que al no ser las previstas por la Constitución misma, conlleven o conduzcan a una ruptura de los acuerdos esenciales que permiten que la sociedad y el Estado sean la expresión de acuerdos mínimos para la vida en paz, pero se trata de mínimos plasmados en el ordenamiento constitucional escrito y ***no puede llegarse a extremar el control hasta el punto de cerrar los cauces democráticos para que la sociedad pueda darse la organización política que a bien tenga.***

En conclusión, las razones por las cuales me aparto de la tesis de los vicios de competencia y del control de sustitución, son las siguientes: (i) es una tesis contraria al tenor del artículo 241.1 constitucional y a cualquier criterio de interpretación que se emplee para establecer el alcance de este enunciado

normativo; (ii) es una tesis que incurre en numerosas contradicciones internas al pretender negar presupuesto esencial, esto es, el control material de los actos reformativos de la Constitución; (iii) implica adoptar un concepto material de Constitución, que en definitiva sería aquel defendido por las mayorías al interior de la Corte Constitucional; (iv) implica que la Corte Constitucional se aparte de los cánones del control jurídico y adopte un modelo de control político e ideológico; (v) significa una desvalorización del poder de reforma a la Constitución y en definitiva puede conducir a una petrificación del ordenamiento constitucional y (vi) supone alterar el principio de soberanía popular.

Como corolario lógico a la anterior argumentación, es preciso consignar que a mi juicio en la sentencia C - 702 de 2010 la Corte Constitucional no podía pronunciarse de fondo sobre la reforma constitucional contenida en el Acto Legislativo 01 de 2009 expedida por el legislador, por tratarse de aspectos materiales o de contenido que escapaban del alcance de su competencia en virtud del artículo 241.1 de la Carta Política.

En efecto, el tema relativo a la consulta previa a las comunidades étnicas para el trámite de un Acto Legislativo es transversal a nuestra Constitución, aún así, es tan esencial como los principios en los que se inspiró el legislador al incorporar los mecanismos de reforma de la Constitución. La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que el deber de consulta previa derivado del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT es un derecho fundamental del que gozan las comunidades étnicas como instrumento básico para preservar su identidad étnica, económica, social y cultural reconocida en los artículos 1, 7 y 70 de la Carta Política. Por lo tanto, la omisión de la consulta previa en el trámite de un acto legislativo se constituye en un vicio sustancial.

Con todo lo anterior, un estudio del objeto de la presente demanda de inconstitucionalidad por vicio de carácter material en la expedición del Acto Legislativo No. 01 de 2009, por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política de Colombia, implica un desbordamiento de las competencias de la Corte Constitucional, por cuanto conlleva un control material de un Acto Legislativo, interpretación contraria al tenor del artículo 241.1 constitucional que prevé el control sólo por vicios de procedimiento. Constituye, además, una desvalorización del poder de reforma a la Constitución, puesto que concibe la existencia de cláusulas pétreas en la Constitución de 1991, en desconocimiento del principio de soberanía popular que impulsó al constituyente de 1991 a consignar el poder de reforma constitucional. De ahí que, a mi juicio, esta Corporación ha debido declararse inhibida para estudiar acusaciones de esa naturaleza.

Fecha ut supra.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

**SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO
MAURICO GONZALEZ CUERVO
A LA SENTENCIA C-702/10**

CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO-Consulta previa a pueblos indígenas y tribales no se predica de Actos Legislativos (Salvamento de voto)

Si bien la participación de los pueblos indígenas y tribales a través del mecanismo de la consulta previa corresponde al carácter pluriétnico y pluricultural de la nación colombiana, y es un preciso instrumento de realización efectiva del derecho democrático de participación, el requisito de consulta previa previsto en el Convenio 169 de las OIT, sólo se predica respecto de la adopción de leyes y actos administrativos que los afecten directamente, mas no en relación con actos reformatorios de la Constitución Política.

CONSULTA PREVIA A COMUNIDADES ETNICAS-Carácter obligatorio en tratándose de medidas administrativas y legislativas, pero no de actos legislativos (Salvamento de voto)/**CONSULTA PREVIA A COMUNIDADES ETNICAS EN TRAMITE DE ACTO LEGISLATIVO**-Asignar carácter obligatorio constituiría un límite al poder constituyente (Salvamento de voto)

La jurisprudencia de la Corte ha sido uniforme en señalar el carácter obligatorio de la consulta a las comunidades indígenas en relación con una norma de inferior jerarquía como lo son un acto administrativo o una ley, pero resulta errado exigir este requisito en el trámite de un acto legislativo. Aceptar el carácter obligatorio de las consultas a los pueblos indígenas en actos reformatorios de la Constitución sería establecer un límite al poder constituyente, que restringiría injustificadamente la voluntad soberana del pueblo a darse a sí mismo una Constitución

MEDIDAS LEGISLATIVAS-Expresión no comprende actos legislativos (Salvamento de voto)

Si bien la Consulta a las comunidades indígenas prevista en el Convenio 169 de la OIT, que hace parte del bloque de constitucionalidad, debe realizarse en casos de “medidas legislativas y administrativas”, la referencia a medidas legislativas no alude al sentido amplio del término sino al sentido más estricto de este vocablo, esto es, a medidas de contenido material de ley y no a las de orden constitucional. No puede entenderse que la consulta previa sea una exigencia para la constitucionalidad de una reforma a la Carta Política.

Referencia: expediente D- 7988

Demanda de inconstitucionalidad el inciso octavo del artículo 2° del Acto Legislativo No. 01 de 2009, “*Por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política*”.

Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

A continuación expongo los motivos que me llevan a discrepar del sentido de la sentencia en referencia:

1. La participación de los pueblos indígenas y tribales a través del mecanismo de la consulta previa corresponde al carácter pluriétnico y pluricultural de la nación colombiana y es un preciso instrumento de realización efectiva del derecho democrático de participación.

2. Específicamente, el requisito de consulta previa a los pueblos indígenas y tribales previsto en el artículo 6.1 del Convenio 169 de la OIT, sólo se predica respecto de la adopción de leyes y actos administrativos que los afecten directamente, más no en relación con actos reformativos de la Constitución Política.

3. La jurisprudencia de la Corte en materia de consulta a las comunidades indígenas, ha sido uniforme en señalar que estas son obligatorias cuando se trata de adoptar medidas administrativas y legislativas (leyes) y nunca se ha extendido esta exigencia al trámite de los Actos Legislativos. Así pues, es válido aceptar la consulta establecida en el convenio 169 de la OIT – que hace parte del bloque de constitucionalidad – en relación con una norma de inferior jerarquía como lo son un acto administrativo o una ley, pero resulta errado exigir este requisito en el trámite de una norma de rango constitucional. Por tanto, es un error declarar la inconstitucionalidad de un acto legislativo con base en una exigencia propia de los trámites de normas de menor jerarquía.

4. El artículo 6.1 del convenio 169 de la OIT señala que

“Artículo 6 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y

organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin”.

(Subrayado fuera de texto)

5. La lectura de esta disposición apunta a corroborar que la consulta previa no es un requisito de las reformas constitucionales. El primer ordinal (a.) indica que la consulta debe realizarse en casos de “medidas legislativas y administrativas”. Es decir, esta regla es aplicable cuando se trata del trámite legislativo o administrativo, pero nada se dice sobre el trámite de reforma constitucional. Cuando esta disposición se refiere a “medidas legislativas” no alude al sentido amplio de este término, es decir, a normas jurídicas de cualquier orden, por el contrario hace referencia al sentido más estricto de este vocablo, esto es, se refiere exclusivamente a medidas de contenido material de ley que afecten a las comunidades indígenas y étnicas. Esto se evidencia cuando la disposición en mención hace una enunciación de “medidas legislativas y administrativas”, mostrando que se refiere únicamente a este tipo de normas y no a las de orden constitucional. Siendo esto así, no puede entenderse que la consulta previa sea una exigencia para la constitucionalidad de una reforma a la Carta Política.

6. Si se acepta el argumento de la sentencia en mención, se estaría convalidando que, eventualmente, el constituyente primario tendría como límite a su competencia las consultas previas a los pueblos indígenas, por cuanto la expedición de una nueva Constitución afectaría en algún sentido sus derechos. Este sería un límite al poder constituyente que no se desprende de la normatividad existente y que restringe injustificadamente la voluntad soberana del pueblo a darse a sí mismo una Constitución.

7. Adicional a esta reflexión, de la lectura del artículo 379⁹⁶ de la Carta Política se desprende la prohibición expresa de declarar inconstitucional un acto reformatorio de la Constitución con base en requisitos diferentes a los establecidos en el título XIII, del cual no se desprende de ninguna de sus disposiciones la exigencia de realizar consultas previas.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado

⁹⁶ “ARTICULO 379. Los Actos Legislativos, la convocatoria a referendo, la consulta popular o el acto de convocación de la Asamblea Constituyente, sólo podrán ser declarados inconstitucionales cuando se violen los requisitos establecidos en este título”.