Sentencia C-027/12

REFORMA AL CODIGO DE MINAS-Cosa juzgada constitucional

REFORMA AL CODIGO DE MINAS-Modulación de efectos

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL DE LAS SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD CON EFECTOS DIFERIDOS-Línea jurisprudencial

La jurisprudencia ha sostenido que el diferimiento de los efectos del fallo de inconstitucionalidad no significa que la ley demandada no haya sido objeto de juzgamiento constitucional, ya que en el momento de resolver la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma en un primer lugar se hizo el estudio de exequibilidad de la misma y se ponderó que en ese caso resulta menos lesivo para los derechos y principios constitucionales conservar por un tiempo determinado la vigencia de la norma para que el legislador reforme, modifique o llene el vacío correspondiente con una norma o legislación que se corresponda con la Constitución. Del mismo modo se ha dicho que cuando se produzca una nueva demanda sobre la misma norma, así sean por otros cargos, se debe conservar la vigencia de la norma o la legislación por el tiempo que dure el diferimiento.

Referencia: expedientes D -8385 y D-8390

Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1382 de 2010, por la cual se modifica la Ley 685 de 2001, Código de Minas.

Actores: Felipe Ortega Escovar – Yesid Rojas Neira

Magistrado Ponente:

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Bogotá, D.C, veintisiete (27) de enero de dos mil doce (2012)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1.1.En ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 241 de la Constitución Política, los ciudadanos Felipe Ortega Escovar y Yesid Rojas Neira demandan de manera separada la integridad de la Ley 1382 de 2010, por la cual se modifica la Ley 685 de 2001, Código de Minas. Los ciudadanos estiman que la reforma al Código de Minas vulnera los artículos 95, inciso 1° y 3°; 123; 157, numeral 3°, 165; 166, 167 de la Constitución Política y los artículos 200 de la Ley 5a de 1992 (Reglamento del Congreso), en concordancia con el artículo 151 de la Constitución Política. Del mismo modo el ciudadano Yesid Rojas Neira considera que la reforma viola el artículo 330 parágrafo de la Constitución.

1.2.La Sala Plena de la Corte Constitucional en sesión llevada a cabo el día veintiséis (26) de enero del año en curso, resolvió acumular las demandas D-8385 y D – 8390 para que se tramiten conjuntamente.

1.3.El once (11) de febrero de 2011 el suscrito magistrado ponente decidió admitir las demandas de la referencia y se solicitó por Secretaria General a los Secretarios Generales del Senado y Cámara de Representantes respectivamente, que en el término de cinco (5) días, enviaran a esta Corporación, copias auténticas en medios físicos y magnéticos del expediente legislativo del proyecto que culminó con la expedición de la Ley 1382 de 2010, modificatoria de la Ley 685 de 2001 “Código de Minas”. Igualmente que se sirvieran adicionalmente, certificar con exactitud cada uno de los quórum deliberatorios y decisorios con los cuales fue aprobada en cada uno de los debates la mencionada ley.

1.4. Por Auto de Secretaría del veinticuatro (24) de febrero de 2011 se informa al despacho del Magistrado Ponente, que por intermedio del Oficio S.G.2. 0383 de 22 de febrero de 2011, recibido en la Secretaría de la Corte el 23 de febrero del año en curso, el Secretario General de la Cámara de Representantes, doctor Jesús Alfonso Rodríguez Camargo, remite información de la documentación solicitada, mediante oficio OPC-095/11, que consta de 1750 folios y un (l) C.D.

1.5. Por encontrar que las pruebas no estaban completas, mediante Auto de seis (6) de julio de dos mil once (2011) el Magistrado Ponente requirió a la Secretaria General del Congreso

de la República el envío en el plazo de dos (2) días de la Gaceta del Congreso No 21 de 2 de febrero de 2010.

1.6. Mediante escrito de doce (12) de julio de 2011 la Secretaria General del Congreso de la República envió las Gacetas del Congreso pedidas por el despacho del Magistrado Ponente.

1.7. Por auto de fecha veintidós (22) de julio de 2011,en consideración a que se tuvieron todos los elementos probatorios para dar trámite a la demanda de la referencia se resolvió:

– Correr traslado al Procurador General de la Nación por el lapso de treinta (30) días, para que rinda concepto en los términos de los artículos 242-2 y 278-5 de la Constitución Política.

-Fijar en lista la Ley acusada por el término de diez (10) días con el objeto de que cualquier ciudadano la impugne o defienda. El término de fijación en lista comenzará a correr simultáneamente con el traslado al Procurador General.

-Comunicarla iniciación del presente proceso al Presidente de la República y a la Presidencia del Congreso para los fines del artículo 244 de la Constitución. En el mismo sentido, comunicar al Ministerio del Interior y de Justicia, al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, al Ministerio de Minas y Energía, al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y a la Defensoría del Pueblo.

– Invitar a participar a la Unidad de Parques del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, a la Organización Nacional Indígena de Colombia, a las Corporaciones Autónomas Regionales del país, a la ANDI, a la Corporación Oro Verde, a la Red por la Minería Responsable, al Consejo Regional Indígena del Cauca, al Instituto de Investigación de Recursos Biológicos Alexander Von Humboldt, Organización Indígena de Antioquia -OIA, Fundación Centro de Cooperación al Indígena – Cecoin y Proceso de Comunidades Negras – PCN. También se invita a participar a los Decanos de las facultades de Derecho de las Universidades de los Andes, Antioquia de Medellín, Externado de Colombia, Nacional de Bogotá, Rosario de Bogotá y al Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad (DeJusticia), con el objeto de que emitan concepto técnico sobre la ley demandada, de conformidad con lo previsto en el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991.

1.8. Surtidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de la acción

pública de inconstitucionalidad, esta Corte procede a decidir acerca de la demanda de la referencia.

II. NORMAS DEMANDADAS

La Ley 1382 de 2010 de 9 de febrero de 2010 en donde se adicionan varios de los artículos de la Ley 685 de 2001 (Código de Minas) y donde se establecen los artículos 26 sobre distritos mineros especiales, el artículo 27 sobre responsabilidad social empresarial, y los artículos 28, 29, 30 y 31 sobre vigencia de la norma. Por la extensión de la norma, la Sala se abstiene de transcribirla y remite al Diario Oficial No 47.618 de 9 de febrero de 2010.

III. LAS DEMANDAS

3.1. Expediente D – 8385

3.1.1. El ciudadano Felipe Ortega estima que la Ley 1382 de 2010, por la cual se modifica la Ley 685 de 2001, Código de Minas, vulnera los artículos 95, inciso 1° y 3°; 123; 157, numeral 3°, 165; 166, 167 de la Constitución Política y los artículos 200 de la Ley 5a de 1992 (Reglamento del Congreso), en concordancia con el artículo 151 de la Constitución Política, ya que considera que se presentaron vicios insubsanables en la tramitación y decisión de las objeciones gubernamentales y de la sanción del proyecto de ley.

3.1.2. Manifiesta que en el informe de la respectiva Comisión Accidental, publicado en las Gacetas del Congreso No. 940, 941 y 1166 de 2009, se planteó rechazar las objeciones presidenciales e insistir en la sanción, conforme al texto aprobado en el Congreso de la República, informe que fue aprobado en la Plenaria de Cámara en sesión del 29 de septiembre de 2009, como figura en el Acta publicada en la Gaceta No. 1068 de 2009, con una votación de 92 votos por el sí y 2 por el no.

3.1.3. En cuanto a la votación del Informe de la Comisión Accidental realizada el 1º de diciembre de 2009, en la sesión de la Plenaria del Senado de la República, señala que fue defectuosa porque se realizó irregularmente la tercera votación al informe de conciliación de la Comisión Accidental, “votación que por no obtener la mayoría cualificada, implicaba el rechazo del mencionado informe y el archivo del proyecto de ley”. Por tal razón indica que se violó el artículo 151 de la Constitución.

3.1.4. Al respecto considera que no debió darse esa tercera votación porque, como lo expresó la Corte Constitucional en la sentencia C-277 de 2007, las votaciones del Congreso tienen un carácter intangible. Además, que al no haberse obtenido en el Senado la mayoría calificada requerida, se debe entender que se rechazó el informe de la Comisión Accidental, mientras que por haber sido aprobado en la Cámara de Representantes se produjo una discrepancia entre las Cámaras, lo cual debió haber generado el archivo del proyecto de ley, de conformidad con el artículo 200 de la Ley 5a de 1992 que establece que si existen discrepancias entre las Cámaras se archivará el proyecto1.

3.1.5. Por otra parte indica que se violó el inciso segundo y los numerales 1° y 3° del inciso tercero del artículo 95 de la C.P. y los artículos 123, 151 y 166 de la C.P., que establecen el trámite de las objeciones presidenciales. Indica sobre este punto que el retiro de las objeciones se dio por fuera de los términos allí señalados y desconoció el hecho de que la Plenaria del Senado de la República había rechazado en la segunda votación la aprobación del informe de la Comisión Accidental, teniendo en cuenta la mayoría cualificada requerida para dicho trámite.

3.1.6. Concluye diciendo que la sanción presidencial de la Ley 1382 de 20102fue incorrecta y vicia la aprobación final de la ley demandada porque no tuvo en cuenta que en virtud del artículo 200 de la Ley 5a de 1992, en concordancia con el artículo 151 de la C.P., éste debió ser archivado por existir discrepancias entre las Cámaras3.

3.2. Expediente D – 8390

3.2.1.El ciudadano Yesid Rojas Neira estima que la norma demandada infringió los artículos 157 y 167 de la Constitución. Indica que se vulneró el artículo 157 de la Constitución en concordancia con el artículo 200 de la Ley 5a de 1992, que establece el trámite de las discrepancias entre las Cámaras. Dice que se violó el ordenamiento constitucional porque el Presidente en funciones delegatarias4no podía sancionar la mencionada ley, toda vez que esta no fue aprobada por la mitad más uno de los miembros de una y otra cámara, como se establece en los artículos 157 y 167 de la Carta Política.

3.2.2. Explica que en el trámite de la Ley 1382 de 2010, se presentaron vicios insubsanables en su formación ya que “no se tuvo en cuenta lo preceptuado por el artículo 157 de la Constitución Política, en atención [a] que dicho proyecto no podía ser ley de la República por

no cumplir con uno de los requisitos establecidos en el mencionado artículo, específicamente en lo relacionado con el numeral 3 que dispone que el proyecto debe: Haber sido aprobado en cada Cámara en segundo debate. Esto en concordancia con la Ley 5 de 1992 artículo 147.”5

3.2.3.Así mismo, dice que no se siguió el trámite dispuesto en el artículo 135 de la Ley 5a de 1992, que establece que “En caso de empate o igualdad en la votación de un proyecto, se procederá a una segunda votación en la misma sesión posterior, según lo estime la Presidencia. En este último caso, se indicará expresamente en el orden del día que se trata de una segunda votación. Si en esta oportunidad se presenta nuevamente empate, se entenderá negada la propuesta.”6

3.2.4. En cuanto a las precisiones técnicas relacionadas con la acción presentada, señaló que “la acción pública que se formula en contra de la Ley 1382 procede cuanto (sic) se presenta un vicio de procedimiento en su formación, toda vez que no fue aprobada en segundo debate en el Congreso de la República, y por lo tanto el proyecto ha debido haberse archivado; el Ministro Delegatario de Funciones Presidenciales no podía retirar las objeciones que había hecho el Presidente de la República por cuanto ya se había surtido el trámite en el legislativo; el Secretario General del Congreso no ha debido enviar a la Secretaria Jurídica de la presidencia el proyecto de ley para que fuera sancionado por el Ministro delegatario de funciones presidenciales; y este a su vez no ha debido haber sancionado la ley.”7

3.2.5. Posteriormente menciona que no se dio cumplimiento al numeral tercero del artículo 157 constitucional, toda vez que el proyecto de ley no fue aprobado en segundo debate por existir empate en la votación; además que se vulneró el artículo 167 de la Carta, ya que el Presidente no podía sancionar la Ley porque no se había contado con la aprobación de más de la mitad de los miembros de una y otra cámara. Para el demandante este vicio va en contra de que lo que se estableció en la Sentencia C-141 de 2010.

3.2.6. Finalmente, explica que se violó flagrantemente el artículo 330 de la Constitución toda vez que no se tuvo en cuenta a las comunidades indígenas pues no se llevó a cabo consulta previa alguna, ni concertación con estas comunidades.8

IV. INTERVENCIONES

4.1. Intervención de la ANDI

4.1.1.El doctor Luis Carlos Villegas Echeverri, en representación de la Asociación Nacional de Empresarios de Colombia, ANDI, solicita a la Corte declarar la Inexequibilidad de la norma acusada ya que se encuentra de acuerdo con los argumentos presentados por los demandantes.

4.1.2. La anterior petición la sustenta en que el informe sobre las objeciones presidenciales solo fue aprobado por la Cámara de Representantes y no por el Senado de la República, razón por la cual el proyecto de ley debió ser archivado el 15 de diciembre de 2009 en virtud del artículo 200 de la ley 5 de 1992, el cual indica que cuando una cámara hubiere declarado infundadas las objeciones presentadas por el gobierno a un proyecto de ley y la otra las encontrare fundadas, se archivará el mismo.

4.1.3. Igualmente señala que el no observar el procedimiento constitucional para expedir una ley vicia la constitucionalidad de la misma, ya que no se garantiza que las normas sean el resultado del debate democrático y de la expresión de la voluntad popular.

4.1.4.Finalmente explica que no se tuvo en cuenta el artículo 330 de la Constitución porque no se consultó, ni se concretó el proyecto con las comunidades indígenas, desconociendo las potestades de dichos grupos en sus territorios, lo cual atenta contra las garantías de protección étnica y cultural que contempla el ordenamiento jurídico colombiano.

4.2. Intervención del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural

La doctora Alexandra García Ramírez en representación del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural manifiesta que dicha entidad se abstiene de intervenir porque la norma objeto de demanda no corresponde a asuntos de su competencia.

4.3. Intervención de la CAR

La doctora Piedad Gutiérrez Barrios, subdirectora Jurídica de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, CAR, manifiesta que en el presente caso debe aplicarse la cosa juzgada constitucional ya que mediante sentencia C-366 de 2011 se declaró inconstitucional la Ley 1382 de 2010, norma que es acusada en esta ocasión, por lo cual carece de objeto la acción pública de inconstitucionalidad presentada por los demandantes.

4.4. Intervención del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial

4.4.1. El doctor Roberth Lesmes Orjuela, en representación del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, señaló que la Ley 1382 de 2010 fue declarada inexequible por la Sentencia C-366 de 2011, por lo cual solicita a la Corte estarse a lo resuelto en dicha providencia por constituirse cosa juzgada.

4.4.2. Sin perjuicio de lo anterior, reitera las razones por la cuales se debe continuar con los efectos diferidos por dos años de la Sentencia C-366 de 2011. Al respecto reseña que el artículo 3º de la Ley 1382 de 20109contiene un fin legítimo, que se encuentra acorde con el artículo 86 inciso 1 de la Constitución, el cual es amparar las áreas de carácter público y de especial protección ecológica.

4.4.3. Igualmente comenta que la importancia de diferir los efectos radica en proteger el ecosistema que se vería afectado ipso facto de retirarse la Ley 1382 de 2010 del ordenamiento jurídico. Señala además que la protección del medioambiente se encuentra en amplia relación con el derecho a la vida y demás derechos fundamentales y colectivos, por lo cual la medida tomada por la Corte permite a las autoridades ambientales proteger los recursos naturales en concordancia con la Convención Ramsar y los presupuestos señalados por esta Corporación Judicial en la sentencia T-415 de 1992.10

4.4.4. También menciona que es imperioso proteger las zonas excluidas por el artículo 3 de la Ley 1382 de 2010, ya que estas representan una inmensa riqueza natural y de sostenibilidad para los habitantes del territorio nacional. Así mismo indica que el contexto internacional ha buscado proteger y controlar las problemáticas ambientales, como se observó en la Primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente realizada en Estocolmo entre el 5 y 12 de junio de 1972, e igualmente en la Declaración de Río sobre el medio ambiente y desarrollo, además de regulaciones en otros tratados que buscan la protección de los recursos renovables y no renovables.

4.4.5. De igual manera resalta que Colombia posee 486 áreas naturales protegidas de carácter público y el 49% de los páramos del planeta, que favorecen la captación de agua y la regulación del recurso hídrico para el 70% de la población del país, y que la afectación de estos ecosistemas pondría en riesgo la disponibilidad de agua para ciudades como Bogotá, Medellín, Bucaramanga, Cúcuta, Ibagué, entre otras. Por tal razón explica que el Ministerio

impulsó la exclusión de estos territorios como quedó plasmado en la Ley 1382 de 2010.

4.4.6. Posteriormente manifestó que la Corte en la Sentencia C-366 de 2011“mantuvo la exclusión de parques naturales nacionales y regionales, reservas forestales protectoras, ecosistemas de páramos y de humedales Ramsar de la actividad minera, protegiéndose así los ecosistemas de alta importancia ambiental, sensibles y frágiles a la actividad minera, protegiendo y favoreciendo igualmente con ello las comunidades beneficiarias de los servicios ambientales que éstos prestan, que incluyen comunidades indígenas y la sociedad colombiana que requiere proteger éstas áreas para el suministro de recursos hídricos y el mantenimiento de la diversidad biológica y cultural.”11

4.4.7. Así mismo reiteró la necesidad de proteger las zonas de especial importancia ecológica que cada día se pierden por la actividad minera, lo cual lo sustentó con gráficas de las cuales se puede observar, como lo indica el interviniente, que “las áreas de alta sensibilidad ambiental ya tituladas representaban a octubre de 2008; para Páramos y Ramsar un 9.5% y 3.7% respectivamente; sin embargo, al analizar las solicitudes de títulos mineros a esta misma fecha, se podría llegar a intervenir en éstos ecosistemas frágiles en Páramos. Ramsar y RFP alrededor del 50%. activando una preocupación sobre la posible pérdida de servicios ambientales de estos ecosistemas, de mantenerse el Artículo 34 de la Lev 685 de 2001, sin modificarse como se hizo con el artículo 3 de la Lev 1382 de 2010.”12

4.4.8. De igual forma presentó un resumen de la información aportada por las CARs en relación con los títulos mineros y sus respectivas licencias ambientales, permisos, procesos sancionatorios y de licenciamientos, indicando la situación específica de los páramos13, de los sitios Ramsar14 y de las Reservas Forestales Protectoras15.

4.4.9. Señala que el fallo de inexequibilidad diferido es adecuado, efectivo y necesario para la protección de las áreas de especial importancia ecológica y de las riquezas naturales de las generaciones futuras, ya que se limitan los trabajos, actividades y obras de exploración y explotación minera.16

4.4.10. Explica que al realizar un juicio de proporcionalidad entre el artículo 29 de la Constitución referido al debido proceso relacionado con el procedimiento legislativo y los principios y valores que se amparan en la Ley 1382 de 2010 y que fueron los que dieron origen al fallo de la Corte, deben primar estos últimos, ya que de declarase inexequible la

norma inmediatamente se revivirían diversos artículos que limitan o condicionan el ejercicio de la autoridad ambiental17, se dejaría sin amparo la minería en zonas de páramo y de humedales RAMSAR18y se derogaría en forma inmediata la exigencia de elaborar un Plan Nacional de Ordenamiento Minero tendiente a proteger el medio ambiente19.

4.4.11. Finalmente reitera que en este caso se debe declarar la existencia de cosa juzgada constitucional en aplicación de la sentencia C-366 de 2011, ya que los principios y valores que ampara la Ley 1382 de 2010 exceden las razones procesales que reclaman los actores como suficientes para declarar la inexequibilidad de la norma demandada.

4.5. Intervención del Ministerio del Interior y de Justicia

4.5.1. La doctora Ana Beatriz Castelblanco, actuando en representación del Ministerio del Interior y de Justicia, solicita a la Corte que en relación con los cargos de inconstitucionalidad por los posibles vicios en el trámite de las objeciones proceda a emitir una decisión inhibitoria, y en relación con el cargo por vicios de procedimiento en el trámite de la ley al no haberse consultado previamente a las comunidades indígenas, proceda a declarar "estarse a lo resuelto en la sentencia C-366 de 2011", que declaró inexequible la Ley 1382 de 2010.

4.5.2. Después de reseñar los argumentos de la demanda, la interviniente identifica dos cargos contra la norma acusada: el primero relacionado con los posibles vicios en el trámite de las objeciones presidenciales del proyecto de ley respecto delos cuales señala que "carecen de suficientes y pertinentes razones de inconstitucionalidad que permitan a la Corte proceder a un análisis de fondo."20Y en relación con el segundo cargo relacionado con la violación del artículo 330 de la Carta Política por no haberse agotado previamente el trámite de consulta a las comunidades indígenas, explicó que "la sentencia C-366 de mayo 13 de 2011 declaró inexequible la misma ley demandada en este caso, por el mismo cargo, con efectos diferidos por el término de dos años."21

4.5.3. En defensa del primer cargo expresó que las demandas se estructuran a partir de una interpretación meramente subjetiva del alcance del artículo 167 de la Constitución, en relación con la forma como se presentó en el Senado la votación sobre el informe de la Comisión Accidental respecto a las objeciones presentadas por el gobierno al proyecto de ley.

4.5.4. Dice que en la primera votación del informe se presentó un empate de 34 votos por el sí y 34 por el no, en la segunda votación se aprobó el informe con 41 votos por el sí y 31 por el no y que en una tercera votación se presentó nuevamente un empate de 40 votos por el sí y 40 votos por el no. Teniendo en cuenta estos hechos explica que "ninguno de los actores presenta argumentos de carácter constitucional para fundamentar su criterio conforme al cual el proyecto de ley debió archivarse, sino que proponen diversas interpretaciones para esos hechos y por tanto cada uno invoca una norma diferente del Reglamento del Congreso como aplicable para definir la suerte de tales objeciones y del proyecto de ley en sí mismo."22

4.5.5. Sobre el segundo cargo menciona que se trata de un asunto ya resuelto por la Corte Constitucional en Sentencia C-366 de 2011, en la cual se declaró inconstitucional la ley ahora demandada, motivo por el cual la Corte debe estarse a lo resuelto en la mencionada providencia.23

4.5.6. Sin embargo, explica que si bien la declaratoria de inexequibilidad de la ley implicaría una carencia de objeto del examen de constitucionalidad de la misma sobre cualquier cargo, los efectos de la sentencia fueron diferidos por el término de dos años24, por lo cual considera que los argumentos que sirvieron a la Corte para diferir los efectos serían igualmente razones para que, en caso de prosperar los cargos por vicios de procedimiento en la formación de la misma ley dicho diferimiento continúe aplicándose. Indica que la Corte Constitucional en este caso tiene la misma necesidad de diferir los efectos de la presente providencia, con el objetivo de proteger los recursos naturales y las zonas de especial protección ambiental25.

4.5.7. En conclusión, considera que la Corte Constitucional frente al primer cargo debe inhibirse y en relación al segundo debe estarse a lo resuelto en la sentencia C-366 de 2011 que declaró inexequible la Ley 1382 de 2011 y que difirió por el término de dos (2) años los efectos de la providencia.

4.6. Intervención de CORPOCHIVOR

La doctora Sonia Denise Corredor Méndez, Secretaria General de la Corporación Autónoma Regional de Chivor, CORPOCHIVOR, explica que mediante sentencia C-366 de 2011 la Corte Constitucional declaró inexequible la Ley 1382 de 2010, razón por la cual dicha Corporación

se atiene a lo dispuesto en la mencionada providencia y comparte los argumentos expuestos que motivaron esa decisión.

4.7. Intervención de la Universidad Externado de Colombia

4.7.1. El doctor Luis Ferney Moreno Castillo, Director del Departamento Minero Energético de la Universidad Externado de Colombia, remitió el concepto realizado por la Doctora Claudia Herrera en el cual se solicita estarse a lo resuelto a la Sentencia C- 366 de 2011 en lo correspondiente a la consulta de la comunidades indígenas y coadyuvar los demás cargos expuestos por los demandantes.

4.7.2. Señala que en el procedimiento de aprobación de la ley demandada se violó el artículo 167 de la C.P, referente a la mayorías exigidas para el trámite de la insistencia cuando se presentan objeciones presidenciales, ya que el artículo constitucional exige mayoría cualificada, de la mitad más uno de los miembros de cada Cámara. En este caso se evidencia que la aprobación del informe de la Comisión Accidental no cumplió con dicha mayoría en el trámite que se surtió en el Senado de la República.

4.7.3. Explica sobre las mayorías exigidas para la aprobación del informe que la posible contradicción en la interpretación entre el artículo 167 de la Constitución26 y el artículo 11827 y el numeral 2 del artículo 199 de la Ley 5 de 199228, ha sido resuelta por la Corte Constitucional en las Sentencias C-069 de 200429 y C-985 de 200630, en las cuales se indica que la mayoría necesaria para decidir sobre las objeciones presidenciales es la calificada, es decir, la mitad más uno de los miembros del Senado31. Teniendo en cuenta lo anterior afirma que,“el informe que rechazaba las objeciones presidenciales, sobre el proyecto de ley bajo examen, no resultó aprobado en la sesión plenaria del Senado de la República, con la mayoría requerida, y por lo tanto debe entenderse archivado.”32

4.7.4. Igualmente dice que las tres votaciones adicionales realizadas en el trámite de las objeciones que se dio en el Senado33, constituyen un nuevo vicio de trámite, ya que el artículo 200 de la Ley 5 de 1992 es claro al afirmar que “Cuando una Cámara hubiere declarado infundadas las objeciones presentadas por el Gobierno a un proyecto de ley, y la otra las encontrare fundadas, se archivará el proyecto”. Explica que en este caso lo que se debió hacer ante el primer empate que se produjo en la votación en el Senado de la República, fue archivar el proyecto y no efectuar otras dos votaciones adicionales.

4.7.5. En cuanto al retiro de las objeciones presidenciales dice que éste solo es viable, si ocurre antes de que se hayan decidido las mismas, y que su retiro con posterioridad a la votación constituye un vicio insubsanable que acarrea la inexequibilidad de la ley por vicios de procedimiento34.

4.7.6. Finalmente indica que en cuanto al cargo de la violación del artículo 330 de la C.P. de falta de consulta previa a las comunidades indígenas en la tramitación del proyecto, la Corte debe estarse a lo resuelto a lo decidido en la Sentencia C-366 de 2011 de esta Corporación.

4.8. Intervención de CORTOLIMA

4.8.1. La doctora Magda Gisela Herrera Jiménez, Jefe de la oficina Jurídica de la Corporación Autónoma Regional del Tolima, CORTOLIMA, remitió el concepto realizado por un asesor externo de la entidad en el cual se solicita declarar inexequible la norma acusada por las irregularidades presentadas en el trámite y estarse a lo resuelto en lo decidido en la Sentencia C – 366 de 2011, en lo referente al cargo derivado de la ausencia de consulta previa a las comunidades indígenas en la tramitación de la ley.

4.8.2. Explicó que en el caso concreto (i) la presentación de las objeciones presidenciales fue oportuna y se dieron en los términos establecidos en los artículos 197, 198 y 199 de la Ley 5ª de 1992, (ii) que previo concepto de la Comisión Accidental, las respectivas Cámaras legislativas procedieron a reconsiderar el proyecto de ley, con la finalidad de determinar sí las objeciones presentadas eran procedentes o no; (iii) que la Cámara de Representantes aprobó el proyecto de ley, con una mayoría que superó ampliamente la mitad más uno de sus miembros, pero que en el Senado se sometió a votación el informe de la Comisión, obteniéndose en la primera votación un total de 34 votos, a favor de aceptar las objeciones y 34 votos, a favor de aprobar el proyecto en las condiciones en que fue presentado; (iv) que en aplicación de lo establecido por el artículo 135 de la ley 5ª de 1992, se procedió a citar a nueva votación, en la cual se obtuvo un nuevo empate a 40 votos, lo cual supone una negación de la propuesta presentada al Senado, y por lo tanto, la existencia de una discrepancia entre las dos Cámaras legislativas, lo cual conllevaba inevitablemente al archivo del proceso, tal y como lo ordena el artículo 200 de la ley 5 de 1992; (v) que con la finalidad de evitar el archivo definitivo del proyecto, se procedió a citar a una nueva votación con desconocimiento del contenido del artículo 135 citado, donde adicionalmente se obtuvo una

votación inferior a los 52 votos de mayoría calificada exigida por el artículo 167 constitucional; (vi) que el Gobierno Nacional procedió a retirar las objeciones presentadas mediante comunicación posterior a las tres votaciones realizadas.

4.8.3. En cuanto al retiro con posterioridad de las objeciones presidenciales por parte del Gobierno, señala que dicha actuación es improcedente debido a que las decisiones de las Cámaras son intangibles como lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional en las Sentencias C-816 de 2004y C-277 de 200735.Además explica que el retiro se hizo de manera extemporánea, circunstancia que también violaría la jurisprudencia constitucional establecida en la sentencia C-647 de 200036.

4.8.4. Por lo anterior explicó que en el proceso legislativo que cursó la Ley 1382 de 2010 se presentaron irregularidades sustanciales que no pueden ser subsanadas, ya que no se puede desconocer una decisión tomada por el Senado con el fin de permitir el resurgimiento de una norma ya archivada; es así que la norma demandada es inexequible por vicios de forma.

4.8.5. En cuanto al cargo de inconstitucionalidad derivado de la falta de consulta a las comunidades indígenas afectadas por la aprobación de la Ley demandada, el interviniente citó el artículo 330 de la Constitución, el artículo 7 del Convenio 169 de la OIT37y la sentencia SU-039 de 199738; pero no rindió concepto de fondo sobre este cargo por considerar que existe cosa juzgada constitucional, ya que la sentencia C-366 de 2011 resolvió declarar inexequible la Ley 1382 de 2010 y diferir los efectos de la providencia por el término de dos (2) años.

4.8.6. Finalmente concluyó solicitando la inexequibilidad de la Ley 1382 por las irregularidades presentadas en su configuración y estarse a lo resuelto en la sentencia C-366 de 2011 en lo referente a la falta de consulta a las comunidades indígenas.

4.9. Intervención de CORPOCESAR

4.9.1. El doctor Virgilio Segundo Calderón Peña, Director General de la Corporación Autónoma Regional del Cesar, CORPOCESAR, explica que el Congreso no puede regular la explotación y exploración minera sin realizar las consultas previas correspondientes a las comunidades indígenas y afrodescendientes, debido al gran impacto que estas generan sobre el territorio y la identidad cultural de los pueblos, por lo cual el desconocimiento de dicho requisito es una

clara violación de la Constitución. Sin embargo advierte que existe cosa juzgada constitucional, ya que la Corte Constitucional declaró inexequible la Ley 1382 de 2010 mediante la Sentencia C-366 de 2011.

4.9.2. Respecto a los vicios de procedimiento en el trámite legislativo, argumenta que no le es posible realizar el análisis de la pruebas, ya que las copias de la demanda allegadas a la entidad no aportan los anexos que mencionan los demandantes, y resultaría improcedente para dicho despacho pronunciarse sin el análisis de pruebas correspondiente.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

5.1.El doctor Alejandro Ordoñez Maldonado, Procurador General de la Nación, rindió concepto solicitándole a la Corte estarse a lo resuelto en la Sentencia C-366 de 2011, por existir cosa juzgada absoluta constitucional respecto de la inexequibilidad de la Ley 1382 de 2010.

5.2. Después de resumir los argumentos de inconstitucionalidad dados en la demanda, dice que en la Sentencia C-366 de 2011 se declaró la inexequibilidad de la norma demandada debido a que se omitió la consulta previa a los grupos indígenas y afrodescendientes. Además, que los efectos de la mencionada providencia fueron diferidos por el término de dos (2) años con el fin de que el Congreso reforme el Código de Minas siguiendo el procedimiento determinado en la ley. Para hacer esa modulación temporal de los efectos del fallo, señala que la Corte adujo la eventual afectación de bienes jurídicos como el medio ambiente y los recursos naturales renovables39.

5.3. Posteriormente, entrando al análisis jurídico del caso, señaló que al haberse declarado inexequible la Ley 1382 de 2010 no es posible considerar nuevas demandas contra la misma, esto en concordancia con el artículo 243 de la Constitución40, y el artículo 46 de la Ley 270 de 199641 el cual fue interpretado por la Corte en Sentencia C-037 de 1996 en el entendido que mientras esta Corporación no señale que los efectos de una providencia son de cosa juzgada relativa, se entenderá que hacen tránsito a cosa juzgada absoluta.

5.4. Explica que en el caso concreto el que los efectos de la Sentencia C-366 de 2011 hayan sido diferidos en el tiempo no hace que la ley sea exequible, además que del contexto del asunto y de la providencia mencionada no aparece que esta haya hecho tránsito a cosa juzgada relativa. Por el contrario, se trata de una decisión que hizo tránsito a cosa juzgada

absoluta.

5.5. Así mismo se cita el Auto de 29 de noviembre de 2001 donde la Corte contesta a un recurso de súplica de una demanda de inconstitucionalidad de una ley declarada previamente como inconstitucional42 con efectos diferidos. En dicho Auto se explicó que "la circunstancia de diferir los efectos de una sentencia que declara la inexequibilidad de una norma, no tiene la capacidad de afectar la cosa juzgada constitucional que tal pronunciamiento ha producido."43

5.6. Además, en dicho Auto sedijo que "la circunstancia de que las normas declaradas inexequibles conserven por un tiempo su vigencia, mientras el legislador dicta la ley que llene el vacío legislativo que se produciría si éstas se retiran de manera inmediata del ordenamiento jurídico, no implica que tales normas no hayan sido objeto de control constitucional, así los motivos invocados en las nuevas demandas sean diferentes a los analizados en la correspondiente sentencia"44. Por ende señala que en este caso se debe seguir el precedente establecido en dicho Auto ya que en ambas demandas se trata de impugnaciones contra leyes declaradas inexequibles con efectos diferidos.

5.7. En conclusión el Ministerio Público encuentra que en este caso se configura la cosa juzgada absoluta y por ende solicita a la Corte estarse a lo resulto en la sentencia C-366 de 2011, debido a que no se pueden estudiar nuevas demandas contra la Ley 1382 de 2010.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 241 de la Constitución, corresponde a esta Corporación conocer de la presente demanda, por dirigirse contra una Ley.

1. Problema jurídico y metodología de la decisión

Los demandantes afirman que la Ley 1382 de 2010vulnera los artículos 95, inciso 1° y 3°; 123; 157, numeral 3°; 165; 166; 167 de la Constitución Política y el artículo 200 de la Ley 5a de 1992 (Reglamento del Congreso), en concordancia con el artículo 151 de la Constitución Política, ya que en el trámite de las objeciones presidenciales no se cumplió con las mayorías cualificadas necesarias y se retiraron las objeciones presidenciales violando lo establecido en la Ley 5ª de 1992. Del mismo modo indican que se violó el artículo 330 de la C.P. porque no se produjo la consulta previa a las comunidades indígenas en la aprobación de la ley.

Varios intervinientes apoyan la demanda en lo relacionado con la presentación de vicios de forma insubsanables, pero también indican que la Corte debe estarse a lo resuelto en la Sentencia C – 366 de 2011 que declaró inexequible la Ley 1382 de 2010 y que difirió los efectos de la inexequibilidad de la norma por el término de dos (2) años, debido, a que la inconstitucionalidad inmediata podría generar una vulneración mayor al principio constitucional de protección del medio ambiente y los recursos naturales renovables. Por otra parte, para el Procurador General de la Nación, teniendo en cuenta la jurisprudencia sobre los efectos de cosa juzgada de las sentencias de inconstitucionalidad diferida, en este caso la Corte debe estarse a lo resuelto a lo decidido en la Sentencia C-366 de 2011, ya que dichas sentencias hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

Teniendo en cuenta lo anterior le corresponde a la Corte Constitucional en este caso resolver el problema jurídico que consiste en determinar si en el caso concreto debe operar o no la cosa juzgada constitucional con relación a la Sentencia C – 366 de 2011, que declaró la inconstitucionalidad de la Ley 1382 de 2010 pero que difirió los efectos de dicho fallo a un término de dos (2) años.

3. Existencia del fenómeno de la cosa juzgada constitucional por los cargos de la demanda

3.1. Habida cuenta que la Corte Constitucional el once (11) de mayo de dos mil once (2011) en la Sentencia C – 366 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) ordenó declarar INEXEQUIBLE la Ley 1382 de 2010, “por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas” y diferir los efectos de la inexequibilidad declarada por el término de dos (2) años, se dispone en esta ocasión ESTARSE A LO RESUELTO en esta decisión de tal manera que la Ley 1382 de 2010 sólo quedará excluida del ordenamiento jurídico, al cabo de dos (2) años de proferida esta decisión.

3.2. Encuentra la Corte, que la circunstancia de que la norma declarada inexequible conserve por un tiempo su vigencia, mientras el Congreso de la República, en desarrollo de su potestad legislativa decide si expide de nuevo la ley -previa consulta con las comunidades indígenas y afrodescendientes- no significa que tales normas no hayan sido objeto de control constitucional y que sea viable pronunciarse sobre nuevas demandas de inconstitucionalidad que se presenten durante el tiempo que esté vigente la norma, así los motivos invocados por los ciudadanos sean diferentes a los analizados en la sentencia anterior.

3.3. Se subraya que como la ley fue declarada inexequible en aquella oportunidad, dicha declaratoria implica de manera ineludible, que la Ley 1382 de 2010 desaparecerá de nuestro ordenamiento jurídico, una vez transcurra el plazo fijado por la Corte, decisión que no puede ser modificada en pronunciamiento posterior, bien sea para declararla exequible o para disponer un efecto inmediato de inexequibilidad, revocando la decisión de diferir los efectos de la sentencia.

3.4. Esta decisión concuerda con el precedente que se ha dado en esta Corporación sobre los efectos de cosa juzgada constitucional de las sentencias de inconstitucionalidad con efectos diferidos. En efecto, en las Sentencias C-863, C-957, C-1049, C-1211 de 2001 y en el Auto 311 de 2001se ha dicho en líneas generales que cuando una norma es declarada inconstitucional, pero se han diferido sus efectos, significa que la Corte ha dispuesto que se apliquen por un tiempo más "…mientras el legislador profiere la ley que llene el vacío legislativo que se crearía si fueran retiradas del ordenamiento positivo en forma inmediata, lo cual deberá hacer dentro del plazo que ella ha le ha fijado"45.

3.5. La misma jurisprudencia ha sostenido que el diferimiento de los efectos del fallo de inconstitucionalidad no significa que la ley demandada no haya sido objeto de juzgamiento constitucional, ya que en el momento de resolver la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma en un primer lugar se hizo el estudio de exequibilidad de la misma y se ponderó que en ese caso resulta menos lesivo para los derechos y principios constitucionales conservar por un tiempo determinado la vigencia de la norma para que el legislador reforme, modifique o llene el vacío correspondiente con una norma o legislación que se corresponda con la Constitución. Del mismo modo se ha dicho que cuando se produzca una nueva demanda sobre la misma norma, así sean por otros cargos, se debe conservar la vigencia de la norma o la legislación por el tiempo que dure el diferimiento.

3.6. Así las cosas, encuentra la Corte que en este caso no se hace necesario un cambio de jurisprudencia sobre el efecto de cosa juzgada de los fallos de constitucionalidad y por ende se debe estar a lo resuelto a lo decidido en la Sentencia C-366 de 2011, que declaró INEXEQUIBLE la Ley 1382 de 2010, "por la cual se modifica la Ley 685 de 2001, Código de Minas" y que difirió los efectos de inexequibilidad declarada por el término de dos (2) años.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

ESTARSE A LO RESUELTO en la Sentencia C- 366 de 2011 que declaró INEXEQUIBLE la Ley 1382 de 2010 "Por la cual se modifica la Ley 685 de 200, Código de Minas" y que difirió los efectos de la inexequibilidad declarada por el término de dos (2) años.

Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Presidente

Salvamento Parcial de Voto

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Salvamento Parcial de Voto

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETTELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Salvamento Parcial de Voto

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

SENTENCIA C-027/12

(M.P. Juan Carlos Henao Pérez, Jorge Iván Palacio Palacio y Luís Ernesto Vargas)

La posición de la Corte no es acertada y se debió en el presente caso realizar un cambio de precedente con relación a los efectos de cosa juzgada absoluta en las sentencias de inconstitucionalidad con efectos diferidos. La justificación de discrepancia se deriva de que la "comprobación acerca de la irrazonabilidad, inconstitucionalidad o manifiesta injusticia del arreglo jurisprudencial vigente al vulnerar principios y valores nodales para el Estado constitucional". Resulta imperioso realizar un cambio de precedente en torno al tema de los efectos de cosa juzgada en las sentencia de inconstitucionalidad diferida ya que concurren razones "sustantivas y suficientes en tanto el arreglo jurisprudencial existente se muestra

inaceptable”. Las decisiones que se profirieron anteriormente respecto al entendimiento de que las normas declaradas como inconstitucionales pero con efectos diferidos hacen tránsito a cosa juzgada constitucional de carácter absoluto, no tienen en cuenta la diferencia que puede existir entre demandas de inconstitucionalidad por vicios de trámite y demandas de inconstitucionalidad por vulneración de aspectos sustantivos o materiales de la Constitución. Hay que recordar en el artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, por medio del cual el ejecutivo reguló el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que se surten ante la Corte Constitucional, se estableció que “las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares. La declaratoria de constitucionalidad de una norma impugnada por vicios formales no obsta para que ésta sea demandada posteriormente por razones de fondo”.

MODULACION DE LOS EFECTOS TEMPORALES DE LAS SENTENCIAS-Derecho comparado/MODULACION DE LOS EFECTOS TEMPORALES DE LAS SENTENCIAS Y REGLAS PARA EL DIFERIMIENTO-Jurisprudencia constitucional

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL CUANDO UNA NORMA ES DECLARADA INEXEQUIBLE PERO CON EFECTOS DIFERIDOS-Posición de la Corte Constitucional

SENTENCIAS DE INCONSTITUCIONALIDAD DIFERIDA POR VICIOS FORMALES-Necesidad de que el efecto de cosa juzgada sea relativa cuando se trata de nuevos cargos relacionados con aspectos materiales/COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Clasificación

SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD CON EFECTOS DIFERIDOS-Posibilidad de efectos lesivos para principios y valores contenidos en la Constitución

Hay que tener en cuenta que sobre la preocupación que existe en el sentido de que en las sentencias de inconstitucionalidad diferida se puedan generar con posterioridad efectos lesivos para principios y valores contenidos en la Constitución, las jurisdicciones constitucionales de algunos países han establecido mecanismos que evitan que se produzca una vulneración de derechos particulares o colectivos, con la norma declarada inconstitucional pero vigente. Como se explicó anteriormente, el Tribunal Constitucional alemán ha utilizado la figura del "bloqueo de aplicación", que consiste en que la norma declarada inconstitucional con efectos diferidos no será aplicable en los casos concretos que dieron lugar al examen de su constitucionalidad, cuando dicho control se da a partir de la "queja constitucional", es decir, de la violación concreta de derechos fundamentales.

JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD-Elementos

JUEZ CONSTITUCIONAL-Debe en consonancia con el principio de eficacia y celeridad de las resoluciones judiciales, verificar los efectos de sus fallos y decidir en cada caso concreto de qué manera opera la cosa juzgada constitucional de las leyes inconstitucionales con efectos diferidos

Con el debido respeto que nos merecen los fallos de la Corporación nos permitimos en el presente caso hacer un salvamento parcial de voto de la Sentencia C-027 de 2012 ya que aunque compartimos la decisión de la mayoría de estarse a lo resuelto a la Sentencia C- 366 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) que decidió declarar INEXEQUIBLEla Ley 1382 de 2011, pero difiriendo sus efectos por el término de dos (2) años, disentimos de la posición de la mayoría de establecer que debe operar indefectiblemente y en todos los casos la cosa juzgada constitucional absoluta cuando se produce una inconstitucionalidad con efectos diferidos.

Estimamos que en este caso debió realizarse un cambio de jurisprudencia sobre el efecto de cosa juzgada absoluta de las leyes declaradas inconstitucionales pero diferidos en sus efectos por un período de tiempo. Consideramos que la Corte debió realizar un cambio de precedente en este caso y establecer que cuando se presentan nuevos cargos de inconstitucionalidad por aspectos sustanciales se podría llegar a revisar la demanda nuevamente y llegado el caso replantear el diferimiento de la norma declarada en su momento como inconstitucional pero diferido en sus efectos.

Para argumentar nuestra disidencia sobre el fallo utilizaremos el siguiente esquema de exposición: en primer lugar (i) se estudiará la modulación de los efectos temporales de las sentencias en el derecho comparado y la aplicación de dicha doctrina en la jurisprudencia colombiana; y en segundo término (ii) se expondrá la necesidad de que el efecto de cosa de juzgada sea relativo para las sentencias de inconstitucionalidad diferida por vicios formales cuando se trata de nuevos cargos relacionados con aspectos de inconstitucionalidad de carácter material o sustancial.

1. Modulación de los efectos temporales de las sentencias en el derecho comparado y aplicación de dicha doctrina en la jurisprudencia constitucional colombiana

1.1. Modulación de los efectos temporales de las sentencias en el derecho comparado

1.1.1 Como se ha establecido en reiterada doctrina jurisprudencial a la Corte Constitucional le corresponde determinar el alcance y contenido de sus sentencias46. De acuerdo con el artículo 45 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia se estable que los efectos temporales de las sentencias "…tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario"47.

1.1.2. La posibilidad de modulación temporal de los fallos de las sentencias que tiene la Corte ha dado lugar a que en determinadas ocasiones y cumpliendo con ciertos requisitos se puedan proferir las llamadas sentencias de inexequibilidad diferida o de constitucionalidad temporal. Como se estableció en las sentencias, C- 221 de 1997, C- 737 de 2001 y C- 252 de

2010 entre otras, la modulación temporal de los efectos de las sentencias ha sido adoptada por la jurisdicción constitucional de varios países y la figura no es ajena al derecho constitucional comparado. La idea de diferir los efectos de las sentencias tiene origen en las explicaciones que Kelsen dio en su artículo presentado en la Quinta Reunión de Profesores Alemanes de Derecho Público, que se llevó a cabo en Viena los días 23 y 24 de abril de 1928 y que fue repetida con complementos y correcciones el 20 de octubre de 1928 en el Institut International de Droit Public en París. En dicho texto se establece, con relación a los efectos temporales de las sentencias de control de constitucionalidad, que "Es también conveniente examinar si no sería bueno, en interés de la seguridad jurídica, que la anulación, en particular de la normas generales y principalmente de las leyes y tratados internacionales, no procediera sino dentro de un plazo fijado por la Constitución, por ejemplo, de tres a cinco años a partir del momento de la entrada en vigor de la norma irregular, ya que sería extremadamente lamentable tener que anular una ley, o aún peor, un tratado por inconstitucionalidad, después de que ha estado en vigor durante largos años sin haber sido cuestionados"48.

1.1.3. El efecto diferido de las sentencias fue catalogado por Kelsen como un "plazo de espera" (Warfrist, Karenfrist), en donde se daba un término al legislador para reemplazar la ley cuestionada por una nueva que fuera acorde con la Constitución, antes de que la anulación de la ley declarada en una primera instancia como inconstitucional se estableciese de manera definitiva49. Del mismo modo dijo Kelsen que en el caso de la inconstitucionalidad de los tratados internacionales resulta menos lesivo para el principio de Pacta Sunt Servanda, dar un tiempo para la declaración de inconstitucionalidad de los tratados, ya que la inconstitucionalidad inmediata y automática suponía la pérdida de confianza en el cumplimiento de los compromisos internacionales por parte del Estado y la limitación del principio de seguridad jurídica con relación a dichas normas.

1.1.4. La doctrina del diferimiento de los efectos de las sentencias o la llamada inexequibilidad temporal ha sido aplicada por algunos tribunales constitucionales en el mundo, en circunstancias relacionadas con el respeto del principio de separación de poderes y bajo el entendido que en determinados casos la inconstitucionalidad inmediata de las normas puede dar lugar a una vulneración de los principios y valores que la Constitución tutela, entendida ésta desde una perspectiva integral.

1.1.5. Como quedó referenciado en la Sentencia C – 737 de 2001, en el derecho constitucional comparado son múltiples los casos de aplicación pro futuro de los efectos de las sentencias. Por ejemplo en Austria, el Tribunal Constitucional estableció la posibilidad de diferir los efectos en sus sentencias y proferir sentencias de constitucionalidad temporal que ordenan que una ley contraria a la Carta continúe vigente por un tiempo limitado, mientras el órgano legislativo expide una legislación que se corresponda con la Constitución. En dicho país la doctrina ha establecido que la declaración de inconstitucionalidad de una norma no conlleva a la nulidad de ley, sino a su anulación50.

1.1.6. Esta posibilidad se consagró directamente en la Constitución austríaca en una primera instancia en el artículo 140.2 de la Constitución, en el que se facultaba al Tribunal Constitucional para "prorrogar la eficacia de la sentencia por un plazo de hasta seis meses desde el día de su publicación". Esta posibilidad de diferimiento se ha mantenido hasta hoy, y el plazo de prórroga jurisprudencial de la vigencia de la ley ha ido creciendo en sucesivas reformas constitucionales hasta la última de 1992, que dispone en el numeral quinto del artículo 140 que el Tribunal Constitucional "puede fijar un plazo máximo de dieciocho meses en función de las circunstancias". De esta forma, la ley inconstitucional continúa rigiendo y aplicándose durante el plazo señalado en la sentencia, tiempo durante el cual el legislador no sólo tiene la oportunidad sino que debe reconstruir la situación de inconstitucionalidad producida y rehacer la ley51. Un ejemplo de este tipo de providencias fue la Sentencia de 19 de diciembre de 1972, que anuló varias normas legales disponiendo que la eficacia de la anulación regiría a partir del 30 de noviembre de 197352. El fundamento teórico de esta posibilidad, que para algunos ha demostrado ser muy eficaz, es dar posibilidad al legislativo de adecuar la legislación a los postulados constitucionales ya que desde el punto de vista formal, dicha anulación es una función legislativa y este mecanismo se corresponde con el principio de separación de poderes y fortalecer así el "consenso entrecruzado" o el diálogo entre estos53.

1.1.7. El diferimiento de los efectos de las sentencias también es utilizado en Alemania por el Tribunal Constitucional54, que en determinadas ocasiones ha declarado la "incompatibilidad" de una ley con la Constitución – inconstitucionalidad simple – pero no la ha anulado inmediatamente para evitar los efectos relacionados con otros principios constitucionales que pueden verse afectados con una declaración inmediata de inconstitucionalidad. Hay varios ejemplos de este tipo de sentencias, también llamadas dentro de la doctrina "Ley todavía

constitucional”55. Así por ejemplo en la Rec. 4 de 157, que suprimía el derecho de ocupación del Estatuto de Sarre de 1954, estableció que dicho estatuto debía ser mantenido durante un período transitorio, aunque violaba la Constitución, dado que la situación establecida por el estatuto era “más próxima a la Ley fundamental que la situación existente anteriormente con el derecho de ocupación, sin que fuera posible por el momento obtener una regulación más adecuada”56.

Igualmente en la Rec. 16., 130 se estableció que las circunscripciones electorales adoptadas por el legislador y vigentes durante varias elecciones se tornaron en inconstitucionales a causa de las modificaciones de población, ya que el diferente tamaño de las circunscripciones confería un valor diferente al voto en cada una de éstas. En este caso el Tribunal Constitucional valoró que ante la proximidad de las elecciones se debería proferir una sentencia con efectos diferidos e instó al legislador para que adoptara una regulación sobre el tema durante la legislación en curso, ya que la declaración de inconstitucionalidad inmediata suponía varios problemas constitucionales como por ejemplo si se declaraba la nulidad de la ley electoral para una elección que ya ha tenido lugar ¿tendrían que volverse a celebrar las elecciones?, ¿quién podría dictar esa nueva ley electoral conforme a la Constitución si el Parlamento actual no ha sido elegido válidamente?57.

Del mismo modo en la Rec. 53, 257, 312 sobre el reparto del derecho de pensiones después del divorcio estableció que “…los párrafos 1.587b (…) del Código Civil (…) son compatibles con la Ley Fundamental; sin embargo, el legislador debe realizar una nueva regulación complementaria de estos casos, de conformidad con el razonamiento del Tribunal…”. Se explicó que según una jurisprudencia constante que, “…las carencias particulares de una nueva regulación global de las circunstancias difíciles y complejas dan lugar a intervenciones inconstitucionales solamente cuando el legislador omite un examen ulterior y una mejora, pese a las experiencias suficientes para una solución más aceptada”58.

Igualmente en la Rec. 39, 169, en un caso de pensión de viudez se estableció que podría existir una inconstitucionalidad sobreviniente o en vías de ser declarada inconstitucional “a la vista del cambio del papel de la mujer en la pareja y en la familia”, en relación con el tema de la seguridad social y de la pensión de viudez. En este caso se dijo que la norma sobre la pensión de viudez era constitucional pero que el legislador tenía que adecuar la normatividad a la nueva “situación”59 sobre los derechos de la mujer que venían a futuro. Aunque en este

caso no se trató específicamente de una sentencia de inconstitucionalidad con efectos diferidos, si se exhortó al legislador para que emitiera una nueva legislación ante la eventualidad de que se presentara una inconstitucionalidad a futuro de la ley. En el mismo sentido se destaca la Rec. 49, 89, 132 sobre centrales de energía nuclear en donde el Tribunal Constitucional estableció que, “El legislador está obligado a replantearse si su decisión originaria en favor de la utilización pacífica de la energía nuclear debe mantenerse incluso en circunstancias diferentes”60. Esta modalidad de sentencia se podría catalogar como “control de constitucionalidad de advertencia” o control de constitucionalidad de una norma en “vías de inconstitucionalidad”, circunstancia que ha sido llamada en la doctrina alemana como “Sentencia apelativa” (Nachbesserungsplicht)61.

Siguiendo con las sentencias con efectos diferidos se destaca la 381/283 de 1993, relativa a la minería del carbón, en donde el Tribunal Constitucional constató la inconstitucionalidad de la regulación legal, pero no declaró su anulación inmediata, por cuanto ésta provocaría “que el pretendido fomento de la producción de energía eléctrica a partir del carbón perdiese su propio fundamento”, por consiguiente dicha sentencia se limitó a una mera “declaración de incompatibilidad” con la norma constitucional y ordenó la “vigencia transitoria de la norma en cuestión”62.

Finalmente se debe resaltar que el Tribunal Constitucional alemán en ocasiones ha establecido que cuando se profieren sentencias con efectos diferidos y se exhorta al poder legislativo para que promulgue una legislación acorde con la Constitución, se puede aplicar la doctrina del “bloqueo de aplicación”, que consiste en que la norma declarada inconstitucional con efectos diferidos no será aplicable en los casos concretos que dieron lugar al examen de su constitucionalidad, cuando dicho control se da a partir de la “queja constitucional” (Verfassungsbeschwerde), es decir, en la violación concreta de derechos fundamentales que se presentan con la aplicación de una norma legal63.

También se debe resaltar que en ocasiones el Tribunal aun reconociendo la inconstitucionalidad sustancial de la ley, no la declara, al valorar los efectos negativos de la hipotética sentencia desestimatoria inmediata. La doctrina en este caso habla de sentencias de “constitucionalidad provisional”67. Se debe tener en cuenta que el “aplazamiento” de los efectos de inconstitucionalidad de una “norma” se traduce jurisprudencialmente en sentencias de desestimación simples donde lo pospuesto o diferido no son los efectos del

pronunciamiento sino la propia declaración de inconstitucionalidad de la ley, y los llamados pronunciamientos “monitorios”, en donde se aplaza la declaración de inconstitucionalidad respondiendo al temor de la Corte de crear “vacíos normativos”, y en ocasiones, la imposibilidad paralela de emitir una sentencia aditiva que incida en el ámbito de discrecionalidad parlamentaria68.

En Italia las explicaciones teóricas sobre esta posibilidad de efectos temporales de sentencias de constitucionalidad se sustentan en que la situación que se deriva de la inconstitucionalidad sería más gravosa que mantener la norma declarada inconstitucional, razón por la cual lo que se hace es un balance de valores constitucionales, que termina en un juicio temporal de constitucionalidad de la norma.

1.1.9. Por otro lado en España el Tribunal Constitucional también ha señalado que no siempre la consecuencia ineluctable de la constatación de la inconstitucionalidad de una ley es la nulidad de la misma, ya que en ocasiones por los graves perjuicios que una decisión anulatoria inmediata podría generar ha concluido que son procedentes las sentencias que constatan la inconstitucionalidad de la ley, pero mantienen la disposición acusada en el ordenamiento por un determinado lapso de tiempo, circunstancia que para algunos autores recibe el nombre de “inconstitucionalidad prospectiva”69. El debate doctrinal y jurisprudencial sobre el tema ha generado la creación de dos conceptos: por un lado el de “inconstitucionalidad” que sería uno de los primeros objetivos que tiene el juez al hacer el control y por el otro el de “nulidad” o “anulación” que generalmente se aplica en el mismo momento de la declaración de inconstitucionalidad, pero que excepcionalmente y teniendo en cuenta las repercusiones del fallo se puede dar en una instancia diferente. De esta manera se puede declarar que la norma es inconstitucional pero prever un término o plazo de manera diferida o prospectiva para que la ley quede anulada definitivamente. Esta modalidad de sentencia se empezó a dar en España con la Sentencia del Tribunal Constitucional 45 de 1989 sobre el IRPF y se ha utilizado en las sentencias 45/89, 13/92, 195/98 y 209/99 en donde se establece la idea de la diferenciación entre “inconstitucionalidad” y “nulidad” y se profieren sentencias con efectos temporales prospectivos70.

Hay que destacar la Sentencia 195 de 1998 que declara la inconstitucionalidad de la Ley 6/1992, de 27 de marzo, por la que se estableció la Reserva Natural a las Marismas de

Santoña y Noja, ya que dicha ley debió ser tramitada por la Comunidad Autónoma y no por el Estado central. En dicha jurisprudencia se estableció la inconstitucionalidad diferida de la ley, se instó a la Comunidad Autónoma de Cantabria que legislare al respecto, y provisionalmente se mantuvo la legislación formalmente declarada como inconstitucional71. Dentro de la parte motiva de dicha sentencia se dice que una declaración inmediata de constitucionalidad "podría producir graves perjuicios a los recursos naturales de la zona objeto de controversia" y se establece que en los procesos constitucionales en donde se dirimen los conflictos competenciales entre el Estado y una Comunidad Autónoma, el objetivo primordial de la sentencia radica en la determinación de la titularidad de la competencia controvertida, pero una vez alcanzada la conclusión fundamental en materia de competencia, se deben evitar al máximo, "…los posibles perjuicios que esta declaración puede producir en el entramado de bienes, intereses y derechos afectados por la legislación que ha resultado objeto de la controversia"72.

1.1.10. En Europa el Tribunal de Justicia Europeo, con base en el apartado segundo del artículo 174 del Tratado de la CEE, también ha dispuesto que se puede anular una Directiva manteniendo sus efectos por un lapso de tiempo para evitar que se puedan producir mayores daños con relación a la seguridad jurídica por una declaración inmediata de anulación73. Aplicando esta facultad en la Sentencia de 7 de junio de 1992 decidió declarar nula la Directiva 90/366 relativa al derecho de residencia de los estudiantes en formación profesional, pero dispuso que, dicha Directiva, debía ser mantenida provisionalmente, "…hasta el momento en que el Consejo la sustituya por una Directiva cuya base jurídica sea adecuada"74.

1.1.11. En Estados Unidos también se han aplicado las sentencias de constitucionalidad diferida. Según indican algunos doctrinantes la primera vez que se profirió este tipo de sentencias fue en 1958 en donde la Corte Suprema del Estado de Minnesota en el caso Naftalin vs. King abordó la inconstitucionalidad de un tributo provincial, pero no la declaró inconstitucional inmediatamente porque haciendo un juicio de previsibilidad sobre las consecuencias de la sentencia, comprendió que dicho fallo paralizaría un plan de obras públicas, y se generaría un problema presupuestal para el Estado ya que se tendría que devolver las sumas ya percibida en concepto de dicho tributo. Previendo estos efectos en dichas sentencia se omitió la declaración de inconstitucionalidad inmediata, con la advertencia de que si en otro período fiscal se reiteraba el tributo, éste sería declarado

inconstitucional75.

Igualmente se destaca el caso Brown vs. Board of Education de 1954 en donde la Corte Suprema cambió el precedente Plessy vs. Fergurson de 1896, que definía el principio de igualdad como “separados pero iguales”, para determinar que “la Constitución es ciega al color”76. En dicho fallo se estableció que como el desmonte de las formas de discriminación no se podía realizar de manera inmediata, ya que existiría oposición a la decisión, especialmente en los Estados del Sur77, se debía diferir los efectos del fallo para su eficaz cumplimiento. En un primer momento la Corte le pidió a los Fiscales Generales de los Estados, en los cuales se permitía la separación en las escuelas públicas, que establecieran normas para desmontar la segregación racial de manera paulatina. Luego de algunas audiencias ante la Corte respecto del asunto, en mayo 31 de 1955, los jueces establecieron un plan conocido como Brown I y Brown II, para desmontar la segregación, ya que la sentencia debería aplicarse con la mayor prontitud78.

1.1.12. En el contexto latinoamericano el uso del diferimiento de las sentencias también se ha venido extendiendo. Por ejemplo en el caso mexicano aprovechando el vacío constitucional sobre el tema, se estableció una legislación reglamentaria que sigue la técnica del Warterfreist austríaco y en el artículo 45 de la Ley Reglamentaria 105 se estatuyó que “las sentencias producirán sus efectos a partir de la fecha que determine la Suprema Corte de Justicia”. Sin embargo, en el caso mexicano no se señala ningún plazo máximo de prórroga jurisprudencial de la vigencia de la ley declarada temporalmente inconstitucional, a diferencia del término máximo de 18 meses que prevé la Constitución austríaca. Por esta razón algunos doctrinantes han establecido que dicha remisión no puede ser entendida como una “remisión en blanco” y que no pueden darse interpretaciones “disparatadas” sobre el término de vigencia de la norma declarada inconstitucional79. El mismo el plazo que se establezca de “vacatio sententiae” de la declaración de inconstitucionalidad ha de ser justificado en atención a las circunstancias, y a las (negativas) consecuencias de una eficacia inmediata y no sólo en cuanto a su establecimiento, sino también respecto de su duración.

1.1.13. También puede citarse el uso de la inconstitucionalidad con efectos diferidos en Argentina. Por ejemplo en el caso “Roza, Carlos A. y otro” del 23 de mayo de 2007, caso de los jueces subrogantes, en donde la Corte Suprema de Justicia ordenó que para evitar la paralización de la justicia debían mantenerse los cargos interinos a pesar de su

inconstitucionalidad a efectos de impedir las consecuencias gravísimas que se presentarían si se declarara inmediatamente su nombramiento como inexequible80. Indicó la Corte en dicha sentencia que se mantenía la validez de las actuaciones cumplidas o a cumplir por los subrogantes designados con arreglo a la reglamentación cuestionada y se invitaba al Poder Ejecutivo Nacional y al Consejo de la Magistratura a que en sus respectivos ámbitos de competencia y en la medida de sus posibilidades, ejercieran las atribuciones necesarias para proceder a las designaciones de magistrados en los cargos vacantes81.

1.1.14. De igual modo, se puede reseñar que en Chile en el año 2009 se propuso un proyecto de reforma constitucional que faculta diferir las sentencias de constitucionalidad hasta por 1 año. La propuesta de reforma decía: "artículo único. Agrégase en el artículo 94 de la Constitución Política de la República, el siguiente inciso quinto: sin perjuicio de lo expresado en los incisos anteriores, el Tribunal con la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio podrá postergar hasta por un año el efecto de la decisión a que se refiere el numeral 7 del artículo 93"82.

1.1.15. En Boliviael Tribunal Constitucional también ha emitido de manera frecuente sentencias con efecto diferido83, ya sea (i) declarando inconstitucional la norma y difiriendo los efectos del fallo o (ii) empleando la fórmula de declarar constitucional la norma por un tiempo determinado (constitucionalidad temporal), mientras el legislador expide una legislación acorde con la Constitución. Generalmente el Tribunal Constitucional boliviano acude a la "constitucionalidad temporal", cuando se trata de vicios de forma y no de contenido. Así, en la SC 082/00, de 14 de noviembre, el Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad temporal de las disposiciones impugnadas porque se habían tramitado bajo la forma del Decreto – Ley y se exhortó, paralelamente, al órgano Legislativo para que subsanara los vicios de inconstitucionalidad. En este caso se realizó un examen de las consecuencias que pudiesen emerger a partir de la decisión adoptada y se indicó que resultaba menos lesivo para los principios constitucionales declarar la constitucionalidad de las leyes con una vigencia temporal de dos años, ya que, "si las declara constitucionales de manera pura y simple estaría convalidando actos inconstitucionales, pero por otro lado, si las declara inconstitucionales con un efecto inmediato que signifique su expulsión del ordenamiento jurídico estaría generando un peligroso vacío jurídico, cuyo efecto sería más negativo que el anterior, máxime si se toma en cuenta que en este período de transición democrática aún existen en vigencia muchas disposiciones legales que han sido aprobadas

mediante Decreto – Ley”84.

De otro lado el Tribunal Constitucional de Bolivia ha empleado la modalidad de sentencias de inconstitucionalidad diferida cuando se trata de una inconstitucionalidad por contenido o de fondo, es decir por incompatibilidad entre la norma legal y la Constitución. En este caso el Tribunal declara la inconstitucionalidad de la disposición legal impugnada, difiere expresamente el efecto de la misma en el tiempo y paralelamente se exhorta al órgano Legislativo para que sustituya la disposición legal declarada como inconstitucional. Ejemplos de estas sentencias son la SC 0129/200485, de 10 de noviembre, en donde el Tribunal Constitucional, al constatar la incompatibilidad de la disposición legal impugnada con la Constitución, sostuvo que no se puede declarar inmediatamente la pérdida de vigencia de la norma porque los órganos de la estructura básica del poder político dejarían de funcionar en su integridad y de manera ininterrumpida. Dicha posibilidad de modulación de sentencia se da con base al artículo 48.4 de la Ley 1836 que faculta al Tribunal Constitucional de dimensionar los efectos de sus resoluciones judiciales en el tiempo para evitar que se produzcan vacíos legales que generen mayores lesiones a la Constitución y a la seguridad jurídica.

1.1.16. Finalmente se debe resaltar en el ámbito latinoamericano el caso de Perú en donde se ha utilizado la figura de la sentencia con efectos diferidos o prospectivos – vacatio setentiae – cuando se trata del cambio de precedente (prospective overruling). Por ejemplo en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de octubre de 200586en donde se hace un cambio de precedente relacionado con la delimitación territorial. En dicha sentencia se dijo que el Tribunal Constitucional podía disponer excepcionalmente que la aplicación del precedente vinculante que cambia o sustituya uno anterior operare con lapso diferido (vacatio sententiae), a “…efectos de salvaguardar la seguridad jurídica o para evitar una injusticia ínsita que podría producirse por el cambio súbito de la regla vinculante por él establecida, y que ha sido objeto de cumplimiento y ejecución por parte de los justiciables y los poderes públicos (…) La técnica de la eficacia prospectiva del precedente vinculante se propone, por un lado, no lesionar el ánimo de fidelidad y respeto que los justiciables y los poderes públicos mostrasen respecto al precedente anterior; y, por otro, promover las condiciones de adecuación a las reglas contenidas en el nuevo precedente vinculante”87.

1.1.17. En conclusión de este recorrido por el derecho comparado, se puede observar que en

distintos países se ha venido estableciendo la posibilidad de que los jueces constitucionales puedan llegar a diferir los efectos de sus fallos. Esta posibilidad se basa en la diferenciación entre el juicio de constitucionalidad que se establece sobre la validez de la norma que es un acto de conocimiento, y el juicio sobre los efectos o la vigencia de la norma, que es una decisión88. Sobre este mismo punto algunos doctrinantes han establecido que en materia de fallos de constitucionalidad se pueden dar dos momentos: en primer lugar la declaratoria de inconstitucionalidad, que se relaciona con la validez de la norma, y por otro lado la pérdida de vigencia, es decir, la inexequibilidad de la norma, de tal modo que se pueden dar fallos en donde se declara la inconstitucionalidad y la inexequibilidad de la norma al mismo tiempo, lo que pasa usualmente, y en otras ocasiones se declara la inconstitucionalidad de la norma pero se prorroga su vigencia, es decir su exequibilidad en los fallos de constitucionalidad diferida89.

1.1.18. Por último, se tiene que resaltar que dentro de las razones que se establecen en los distintos tribunales constitucionales para proferir sentencias con constitucionalidad diferida se dan las siguientes: en primer lugar (i) se utiliza el diferimiento de los efectos de las sentencias ponderando entre la norma declarada inconstitucional y la norma que reviviría con tal declaración para establecer cuál es menos lesiva a los principios y contenidos de la Constitución; en segundo lugar (ii) se explica el diferimiento de los efectos de las sentencias de constitucionalidad para evitar un eventual vacío de legislación – vacatio lege – que pueda llegar a ser lesivo de los principios y valores contenidos en la Constitución; en tercer lugar (iii) se han establecido dichas sentencias utilizando un criterio de oportunidad y conveniencia – criterio consecuencialista o valorativo – en donde el juez constitucional valora las repercusiones sociales, económicas y jurídicas de sus fallos, es decir, que es sensible a las consecuencias90; en cuarto lugar (iv) se han utilizado dichos efectos haciendo una valoración de la implementación inmediata de la declaratoria de inconstitucionalidad y el uso que se está realizando de la ley, como por ejemplo en los casos de leyes electorales declaradas inconstitucionales ante la proximidad de una elección, para evitar en este caso un traumatismo mayor de los derechos electorales; en quinto y último lugar (v) se han utilizado dichos efectos para implementar paulatinamente decisiones polémicas en torno al reconocimiento de derechos, principalmente para llevar a cabo las medidas de protección de derechos que se han establecido con la sentencia, como en el caso referido de Brown vs. Board of Education en Estados Unidos.

1.2. Modulación de los efectos temporales de las sentencias en la jurisprudencia constitucional y reglas para el diferimiento

1.2.1. La Corte Constitucional colombiana ha cogido la técnica de la modulación de los efectos temporales de las sentencias al igual que ha ocurrido en los tribunales constitucionales de los países anteriormente reseñados.

1.2.2. Desde los primeros años de vigencia de la Constitución de 1991 la Corte Constitucional viene implementando técnicas de modulación de los efectos temporales de sus fallos, ya sea mediante la modalidad austríaca de la constitucionalidad temporal, por ejemplo la sentencia C-221 de 1997, o mediante la técnica alemana de la inconstitucionalidad diferida, que se utiliza con más frecuencia a partir de la interpretación del artículo 45 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia que dispone que las sentencias de constitucionalidad, "…tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario".

1.2.3. La jurisprudencia sobre la modulación de los efectos temporales de las sentencias tiene origen en la Sentencia C – 423 de 199591, en donde se declara inconstitucional el numeral 2.7 del artículo 1º de la ley 168 de 1994, por el cual se decreta el presupuesto de rentas y de recursos de capital y la ley de apropiaciones para la vigencia fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre de 1995. En dicha Sentencia la Corte precisó que lo recaudado por concepto de concesión del servicio particular de telefonía celular no puede corresponder al rubro de los ingresos por capital, sino a los ingresos corrientes de la Nación y por ende debe ser objeto de transferencia a los municipios. Por tal razón, la Corte declaró inconstitucional la partida correspondiente, pero difirió los efectos de la decisión a partir de la vigencia fiscal de 1995. La Corte determinó dicho aplazamiento de la decisión de inconstitucionalidad para la siguiente vigencia fiscal, ya que imponer la obligación de trasladar el rubro de ingresos de capital a ingresos corrientes de manera inmediata, generaría efectos nocivos para la economía92.

1.2.4. Esta primera sentencia de inconstitucionalidad diferida, fue seguida por la Sentencia C – 221 de 199793, en donde se hace uso de la figura, esta vez explicando su origen y finalidad94. En dicha ocasión la Corte Constitucional conoció de la demanda del artículo 233 del Decreto 1333 de 1986, donde se establecía que los concejos municipales y el Distrito Capital podían crear y organizar el cobro del impuesto a la extracción de arena, cascajo y

piedra de lecho de los ríos. La Corte dispuso que sobre la extracción de recursos naturales no renovables no se pueden cobrar impuestos, sino que debe establecerse el cobro de regalías. Para evitar que se dejara de pagar regalías por la explotación de dichos recursos, se estableció una decisión de inconstitucionalidad diferida en el entendido de que el vacío legislativo que se presentaría con la declaratoria de inconstitucionalidad inmediata podría generar inseguridad jurídica y detrimento económico para el Estado y los municipios95. Teniendo en cuenta estos presupuestos la Corte decidió declarar la constitucionalidad temporal del literal a) del artículo 233 del Decreto 1333 de 1986 y en consonancia con el principio de separación y colaboración armónica entre los poderes exhortó al Congreso para que definiera en el plazo de cinco años, contados a partir de la notificación de la sentencia, el régimen de regalías de aquellos recursos naturales no renovables, cuya explotación aún no estaba sujeta al pago de la contraprestación exigida por la norma constitucional.

1.2.5. En esta sentencia se indicó que, "la modulación de los efectos temporales de los fallos es no sólo una práctica usual de los tribunales constitucionales sino que es una necesidad que deriva de su función específica de garantizar la supremacía de la Constitución y, al mismo tiempo, respetar otros principios y valores igualmente constitucionales, en especial, la libertad de configuración del Legislador, el principio democrático, la certeza jurídica y la conservación del derecho ordinario". Igualmente se estableció en dicha jurisprudencia que,

"El carácter abierto de las normas constitucionales, pero su indudable fuerza normativa, esto es que la Constitución debe ser aplicada, tiene como consecuencia metodológica que el tribunal constitucional pueda recurrir a diversos tipos de decisiones. Así, a veces el tribunal puede constatar que una disposición legal es contraria a la Carta, por lo cual no puede declararla constitucional sin matiz; sin embargo, una ponderación de los principios anteriormente mencionados, puede llevar al juez constitucional a la convicción de que la expulsión pura y simple de esa disposición del ordenamiento puede conducir a una situación legal que es peor, desde el punto de vista de los valores constitucionales, ya sea por los vacíos que se pueden generar, ya sea porque la propia decisión del juez constitucional vulnera la libertad de configuración del Congreso. Se explica así la aparente paradoja de que la Corte constate la inconstitucionalidad material de una norma pero decida mantener su vigencia, ya que en estos casos resulta todavía más inconstitucional la expulsión de la disposición acusada del ordenamiento por los graves efectos que ella acarrea sobre otros principios constitucionales".

1.2.6. Finalmente se advierte en la sentencia que la facultad para declarar la inconstitucionalidad diferida de sus fallos (i) debe realizarse en casos excepcionales, (ii) no debe estar sujeta a valoraciones políticas y de conveniencia sino a un estudio profundo sobre las consecuencias de sus fallos y (iii) debe ser la única alternativa posible que posibilite la defensa integral del orden constitucional96.

1.2.7. Posteriormente se aplicó la modulación de los efectos temporales de los fallos en la Sentencia C – 700 de 199997 en donde se declaró la inconstitucionalidad con efectos "ultractivos" por el término de nueve meses, de algunos artículos del Decreto 663 de 1993 que regulaba el sistema UPAC para el pago de créditos para vivienda98. La Corte Constitucional estableció en dicho fallo que las reglas generales sobre la financiación de vivienda a largo plazo deben estar contenidas en una ley dictada por el Congreso, y no en un decreto dictado por el Presidente con base en facultades extraordinarias. Igualmente se dijo que la declaración inmediata de inconstitucionalidad generaría un vacío legislativo – vacatio lege – que daría lugar a que se revivieran decretos preconstitucionales sobre la materia, que serían más lesivos a los principios de vivienda digna contemplada en el artículo 51 de la Constitución99.

1.2.8. Del mismo modo en la Sentencia C – 747 de 1999100se adoptó una decisión similar, al proferir la inexequibilidad del numeral tercero del artículo 121 del Decreto Ley 663 de 1993, así como la de la expresión "que contemplen la capitalización de intereses"contenida en el numeral primero de la norma en mención en cuanto a los créditos para la financiación de vivienda a largo plazo, cuya inexequibilidad definitiva quedó suspendida hasta el 20 de junio de 2000, plazo originalmente otorgado por la Sentencia C-700 de 1999 para la expedición de un nuevo régimen legal para la financiación de créditos para la adquisición de vivienda.

1.2.9. Posteriormente en la Sentencia C-1541 de 2000101, la Corte declaró la inexequibilidad del artículo 12 del Código Procesal del Trabajo, por consagrar un régimen diferenciado de competencias –tanto en términos de instancias como de cuantías- en la jurisdicción laboral que resultaba violatorio del derecho a la igualdad. En este caso, la Corte decidió diferir los efectos del fallo hasta el final de la legislatura, para que el Congreso, dentro de su órbita de competencias, llenare el vacío que en materia de jurisdicción laboral generaba su decisión102.

1.2.10. El año siguiente en la Sentencia C – 141 de 2001103que declaró la inconstitucionalidad del artículo 21 del Decreto 2274 de 1991104“por el cual se dictan normas tendientes a asegurar la debida organización y funcionamiento de las entidades erigidas como departamentos en la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, se dijo que la incorporación de los corregimientos al régimen departamental desconocía el modelo territorial diseñado por la Constitución, el artículo 39 transitorio de la Constitución que no pretendía preservar las instituciones territoriales anteriores a la Constitución de 1991, y discriminaba a los habitantes de dichos corregimientos, ya que no podían elegir a sus autoridades ni participar en los ingresos corrientes de la Nación, como si lo hacían los municipios.

Del mismo modo se dijo en dicho fallo que, “Si la norma acusada es declarada inexequible, entonces esa decisión genera un vacío legal traumático, pues los espacios territoriales, que hoy son corregimientos departamentales, quedarían sin ningún régimen jurídico que les fuera aplicable. Así, no podrían continuar siendo corregimientos, ya que la disposición que permitía esa figura ya no haría parte del ordenamiento; pero tampoco esos corregimientos se convertirían en municipios, por cuanto requiririan un régimen particular, y eventualmente una nueva categorización de municipios”. Teniendo en cuenta lo anterior, y al considerar que se trataba de un tema complejo, la Corte requirió que al Congreso se le dotare del tiempo necesario para debatir y regular el tema y estableció un diferimiento de los efectos del fallo de inconstitucionalidad de la norma por el término máximo dos legislaturas para que el Congreso expidiera dicha legislación105.

Hay que destacar que en dicha sentencia se explicó de manera detallada cuándo el juez constitucional debe hacer uso de las sentencias integradoras y cuándo debe hacer uso de las sentencias de inconstitucionalidad diferida, y así mismo se indicó de qué manera el juez constitucional puede determinar el plazo de diferimiento. Sobre el primer punto, la Corte Constitucional concluyó que “aunque no existen reglas simples al respecto, el punto decisivo es el siguiente: si el mantenimiento de la disposición inconstitucional no es particularmente lesivo de los valores superiores, y el legislador goza de múltiples opciones de regulación de la materia, entonces es preferible otorgar un plazo prudencial al Congreso para que corrija la situación inconstitucional, ya que en tal evento, una sentencia integradora afecta desproporcionadamente el principio democrático (CP art 3º) pues el tribunal constitucional estaría limitando la libertad de configuración del Legislador…”.

En cuanto al tema del plazo o término del diferimiento dijo la Corte que este depende de la mayor o menor complejidad del tema a regular y del posible impacto de la preservación de la regulación en el desarrollo de los principios y derechos constitucionales y estableció por ejemplo que, "…entre más grave sea la afectación de los valores constitucionales, menor deberá ser el término conferido al Legislador, que es lo que explica que el plazo previsto por la sentencia C-221 de 1997 haya sido considerablemente más largo (5 años) que el señalado en la sentencia C-700 de 1999 (nueve meses). En efecto, la primera decisión se fundó en la falta de regalías sobre la explotación de la arena en los ríos, situación indudablemente menos delicada que la estudiada en la segunda ocasión, en donde la Corte constató una grave afectación del derecho a la vivienda digna, por ausencia de planes adecuados de financiación (CP art. 51)".

1.2.11. Siguiendo con la línea jurisprudencial sobre la modulación de los efectos temporales de las sentencias se destaca el fallo C – 620 de 2001106que estudió la constitucionalidad de varias normas de la reforma al Código Penal – Ley 600 de 2000107. En dicha jurisprudencia, por encontrar que el derecho fundamental al Habeas Corpus del artículo 30 de la C.P. no se había reglamentado integralmente a través de una Ley Estatutaria, se decidió declarar la inconstitucionalidad de la norma, dando plazo al legislador de una legislatura, que es lo que se estimó se requería para tramitar dicho tipo de ley, según el artículo 152 de la C.P. La Corte estableció sobre el término del diferimiento lo siguiente: "Dado que como consecuencia de la declaración de inexequibilidad que aquí se declarará de los artículos 382 a 389 de la ley 600 de 2000, el legislador debe expedir una ley estatutaria, que como es sabido requiere ser tramitada en una sola legislatura y aprobada por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso, la Corte procederá a diferir los efectos del presente fallo en cuanto a esta decisión se refiere a partir del 31 de diciembre de 2002, es decir, que el Congreso de la República deberá expedir la ley estatutaria en la que se regule el derecho fundamental del habeas corpus y los procedimientos y recursos para su protección antes de esa fecha, pues si así no lo hace las disposiciones precitadas desaparecerán del ordenamiento positivo a partir de ese momento"108.

1.2.12. Igualmente en la Sentencia C – 737 de 2001109, que resolvió la demanda en contra de la Ley 619 de 2000 que regulaba el "Régimen de regalías petroleras" por vicios de procedimiento insubsanables relacionados con el principio de unidad de materia y la identidad flexible de la ley se difirió la inconstitucionalidad del fallo y se otorgó un plazo corto

– hasta que terminare la presente legislatura – para que se regulara la materia110. En esta ocasión la Corte utilizó el diferimiento de los efectos de la sentencia para no generar un vacío en la regulación de las regalías petroleras, que causara un detrimento a la economía del Estado y que diera lugar a la inseguridad jurídica para los operadores jurídicos y los destinatarios de la norma.

1.2.13. En este fallo se explicó la noción de "inconstitucionalidad diferida o de constitucionalidad temporal" – asimilando los términos – como aquella por "por medio de la cual el juez constitucional constata que la ley sometida a control es inconstitucional, pero decide no retirarla inmediatamente del ordenamiento, por la sencilla razón de que la expulsión automática de la disposición ocasionaría 'una situación peor, desde el punto de vista de los principios y valores constitucionales', por lo cual el Tribunal Constitucional establece 'un plazo prudencial para que el Legislador corrija la inconstitucionalidad que ha sido constatada'". Es decir, que se diferencia en esta sentencia dos elementos de la decisión: por un lado un juicio de conocimiento que se relaciona con la validez de la norma a través de la verificación de la constitucionalidad o la inconstitucionalidad de la norma y por el otro un juicio sobre los efectos, que pueden ser ultractivos en casos excepcionales y siempre y cuando se compruebe la necesidad del aplazamiento de los efectos de la decisión.

Así mismo en esta providencia se dijo que esta modalidad de sentencia "…no implica ninguna contradicción lógica, pues conceptualmente es necesario distinguir dos aspectos: la verificación de la constitucionalidad de una norma, que es un acto de conocimiento, y la expulsión del ordenamiento de esa norma, por medio de una declaración de inexequibilidad, que es una decisión". Por otro lado se explicó que este tipo de decisiones lo que buscan es que se consolide un control de constitucionalidad "vigoroso pero prudente y responsable" en donde se cree, "…un diálogo fecundo entre el juez constitucional y el legislador, pues la decisión de exequibilidad temporal, en vez de cerrar la discusión social sobre el tema, impulsa un nuevo examen democrático del mismo por parte de Congreso. De esa manera, al acudir a esa forma de decisiones, el juez constitucional vigoriza y cualifica la deliberación social sobre los asuntos comunes, con lo cual la soberanía popular y el principio democrático no pueden sino verse fortalecidos".

Por último, en este fallo se creó una serie de reglas que el juez constitucional debe tener en cuenta en el momento de proferir una inconstitucionalidad diferida y se dijo que la Corte

Constitucional puede legítimamente recurrir a una sentencia de constitucionalidad temporal, siempre y cuando, "…(i) justifique esa modalidad de decisión y (ii) aparezca claramente en el expediente que la declaración de inexequibilidad inmediata ocasiona una situación constitucionalmente peor que el mantenimiento en el ordenamiento de la disposición acusada, cuya inconstitucionalidad fue verificada en el proceso. Además, (iii) el juez constitucional debe explicar por qué es más adecuado recurrir a una inexequibilidad diferida que a una sentencia integradora, para lo cual deberá tener en cuenta, entre otras cosas, qué tanta libertad de configuración tiene el Legislador en la materia, y qué tan lesivo a los principios y valores constitucionales es el mantenimiento de la disposición acusada en el ordenamiento. Finalmente, y como es obvio, (iv) el juez constitucional debe justificar la extensión del plazo conferido al legislador, el cual depende, en gran medida, de la complejidad misma del tema y del posible impacto de la preservación de la regulación en la vigencia de los principios y derechos constitucionales".

1.2.14. Con posterioridad al fallo anterior, en la Sentencia C – 720 de 2007111, la Corte pondera la posible vulneración de derechos ante el vacío de legislación y establece que resulta menos gravoso para la protección de los principios constitucionales postergar los efectos de la decisión y exhortar al legislador para que dentro de un término perentorio profiera una legislación acorde con los principios y valores contenidos en la Constitución. En dicha sentencia se estudió la constitucionalidad del artículo 192 del Decreto 1355 de 1970 – Código de Policía que establecía que, "La retención transitoria consiste en mantener al infractor en una estación o subestación de policía hasta por 24 horas". Por considerar que dicha medida era desproporcionada y lesiva del derecho fundamental de libertad contenido en el artículo 28 de la Constitución, decidió mantener la norma declarada inconstitucional hasta el final de la legislatura, es decir, hasta el 20 de junio de 2008, ya que dicha medida se encuentra justificada por "…la necesidad de no dejar a las personas puestas en situación de riesgo, huérfanas de una medida de protección que, a pesar de las deficiencias anotadas en punto de su constitucionalidad –que se resuelven temporalmente al condicionar la decisión -, resulta ser la única que en el diseño actual del régimen de policía sirve para prevenir graves afectaciones de sus derechos fundamentales en casos de urgencia y extrema necesidad…".

1.2.15. Hay que destacar que en esta sentencia además de justificar el diferimiento en los posibles riesgos que se presentarían para los principios y valores contenidos en la Constitución, también se hizo uso de los pasos expuestos en la Sentencia C- 737 de 2001

para diferir el fallo. Finalmente hay que destacar que en dicho fallo se estableció conjuntamente con el diferimiento un condicionamiento de la medida y se estableció una serie de requisitos y limitaciones relacionadas con los derechos de la persona retenida112.

1.2.16. Recientemente la Corte ha utilizado la facultad de diferir los efectos de sus sentencias en la Sentencia C – 252 de 2010113en donde se analizaba la constitucionalidad del Decreto 4975 del 23 de diciembre de 2009, "Por el cual se declara el estado de emergencia social". La Corte encontró que el decreto de declaratoria era inconstitucional por cuanto no logró demostrarse la presencia de hechos sobrevinientes ni extraordinarios (presupuesto fáctico) y porque el Gobierno disponía de medios ordinarios para enfrentar la problemática expuesta en materia de salud (juicio de suficiencia). Empero, al reconocer que la situación de la financiación y el sostenimiento del sistema de salud estaba gravemente amenazado, justificó el mantenimiento de algunos de los decretos de desarrollo que establecían fuentes tributarias de financiación, y que en cada una de las sentencias de constitucionalidad de dichos decretos se establecería el plazo o lapso del diferimiento114. Dicha medida se justificó "…en aras de no hacer más gravosa la situación que enfrenta el sistema de salud y poder garantizar de manera provisoria mayores recursos para el goce efectivo del derecho a la salud, especialmente con destino a quienes por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta".

1.2.17. De otra parte hay que reseñar la Sentencia C- 366 de 2011115que conoce de la constitucionalidad de la Ley 1382 de 2010, "Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas", que es objeto de estudio de constitucionalidad. En dicho fallo se estableció que la ley era inconstitucional por no haber sido tramitada con la consulta previa a los pueblos indígenas y afrodescendientes, pero que una inconstitucionalidad inmediata de dicha normatividad dejaría un vacío normativo sobre la materia ambiental en el ámbito minero, que llevaría a una situación grave e indeseable en materia de protección del medio ambiente. Por esta razón y explicando que en este caso no procedería una sentencia integradora116, dispuso la Corte que la inconstitucionalidad de los efectos de la norma demandada se diferían por un lapso de dos años, "…para que tanto por el impulso del Gobierno, como del Congreso de la República y dentro de sus competencias, den curso a las medidas legislativas dirigidas a la reforma del Código de Minas, previo el agotamiento de un procedimiento de consulta previa a las comunidades indígenas y afrocolombianas, en los términos del artículo 330 de la Carta Política".

1.2.18. Finalmente hay que reseñar la Sentencia C- 818 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt) que resolvió la constitucionalidad de los artículos 13 a 33 de la Ley 1437 de 2011 – Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en donde se reglamentó el ejercicio del derecho de petición ante las autoridades estatales e instituciones privadas. En esta oportunidad la Corte, al igual que hizo con la Sentencia C – 620 de 2001 sobre el derecho fundamental al Habeas Corpus, estableció que la inexequibilidad inmediata de los artículos 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32 y 33 de la Ley 1437 de 2011, tendría graves efectos en materia de protección del derecho fundamental de petición, "por cuanto a partir de su vigencia, esto es, el 2 de julio de 2012, se produciría un grave vacío legal con incidencia directa en el goce de dicha garantía". Teniendo en cuenta lo anterior la Corte decidió diferir los efectos del fallo al 31 de diciembre de 2014, a fin de que el Congreso, expida la Ley Estatutaria correspondiente.

1.2.19. En conclusión, la modulación de los efectos temporales de los fallos de constitucionalidad se ha establecido como una práctica común dentro de la jurisprudencia constitucional colombiana. En un principio se utilizó la fórmula austríaca de la "constitucionalidad temporal" pero poco después se consolidó la técnica de la "inconstitucionalidad diferida", estableciendo como explicación a dicha facultad la protección de los principios y valores de la Constitución, el principio de separación de poderes y la colaboración de los poderes y la valoración de los posibles riesgos que se presentarían ante un vacío legislativo o la reviviscencia de normas o legislaciones anteriores que serían menos garantistas que la que se mantiene a pesar de su inconstitucionalidad. Igualmente se comprueba que dentro de la jurisprudencia constitucional se empezaron a crear una seria de reglas y limitaciones para poder llegar a proferir una sentencia de inconstitucionalidad diferida o de constitucionalidad temporal, para que la decisión del juez constitucional no se justifique solamente en aspectos prácticos relacionados con la oportunidad y la conveniencia, sino con elementos sustanciales que se refieren a la protección de contenidos y principios de la Constitución. Dentro de los requisitos que ha establecido la jurisprudencia para diferir, se encuentra el establecido en la Sentencia C – 221 de 1997 que consiste en verificar que estas decisiones solo deben debe realizarse en casos excepcionales, no deben estar sujeta a valoraciones políticas y de conveniencia sino a un estudio profundo sobre las consecuencias de sus fallos y deben ser la única alternativa posible que posibilite la defensa integral del

orden constitucional. Posteriormente en la Sentencia C- 737 de 2001 se establece que el juez constitucional (i) debe justificar expresamente la decisión; debe verificar (ii) que se desprenda claramente del expediente que la declaración de inexequibilidad inmediata ocasionaría un vacío normativo que conduciría a una situación constitucionalmente peor que el mantenimiento en el ordenamiento de la disposición acusada; debe explicar (iii) que esa solución es más adecuada que la de recurrir a una sentencia integradora, para lo cual debe tenerse en cuenta, entre otras cosas, el margen de configuración que tiene el Legislador en la materia, y qué tan lesivo a los principios y valores constitucionales es el mantenimiento de la disposición acusada en el ordenamiento y, finalmente debe justificar (iv) la extensión del plazo conferido al legislador, el cual depende, en gran medida, de la complejidad misma del tema y del posible impacto de la preservación de la regulación en la vigencia de los principios y derechos constitucionales.117 Finalmente se tiene que destacar que en ocasiones se ha utilizado además del diferimiento de los efectos de la sentencia, el condicionamiento de estos, como se realizó en la Sentencia C- 720 de 2007 y en la Sentencia C-252 de 2010 en los cuales se modularon los efectos de la constitucionalidad provisional.

Una vez estudiado el precedente sobre la modulación de los efectos temporales de las sentencias analizará la Corte lo relacionado con los efectos de cosa juzgada que se han dado de los fallos de inconstitucionalidad diferida, para verificar si en el caso en estudio se debe aplicar la cosa juzgada constitucional como advierten varios de los intervinientes en este proceso.

1.3. Posición de la Corte respecto a los efectos de la cosa juzgada constitucional cuando una norma es declarada inexequible pero con efectos diferidos

1.3.1. Como estableció la mayoría de la Corte en esta ocasión la jurisprudencia de la Corte ha dispuesto que cuando se trate de una demanda de constitucionalidad contra una norma ya declarada como constitucional o inconstitucional por el mismo cargo, debe rechazarse o en su caso si está en proceso de fallarse, debe decidirse estarse a lo resuelto en la sentencia anterior. Sin embargo, consideramos que cuando se demande una norma declarada inconstitucional con efectos diferidos la Corte debe analizar las demandas que se presenten por un nuevo cargo de carácter material. A continuación se expondrá la línea jurisprudencial que ha establecido la Corte en donde se sostiene que los efectos de la cosa juzgada en materia de leyes declaradas inconstitucionales pero diferidos en sus efectos pueden ser

demandadas nuevamente por nuevos cargos cuando se trate de vulneración de elementos materiales o sustanciales.

1.3.2. Los fallos que han resuelto la materia de los efectos de cosa juzgada de las leyes que han sido declaradas inconstitucionales pero diferidas en sus efectos, son en su orden: las Sentencias C- 863, C- 957, C- 1049, C- 1211 de 2001 y el Auto 311 de 2001 que resolvió un recurso de súplica de una inadmisión de una demanda. Todas estas providencias se profirieron a raíz de la declaratoria de inconstitucionalidad diferida por vicios de procedimiento insubsanables de la Ley 619 de 2000, que regulaba el "Régimen de regalías petroleras" que se estableció en la Sentencia C – 737 de 2001.

1.3.3. En la Sentencia C – 863 de 2001118se resolvió la demanda de la Ley 619 de 2000, tanto por vicios de forma como de fondo. Los vicios de forma se refirieron a la falta de publicación de las reformas en el primer debate ante el Senado y la falta de debate y aprobación de la ley en varias de las instancias del Congreso. Los vicios de fondo se relacionaban con la posible violación de la Constitución por parte del artículo 5 de la Ley 619 de 2000, que consagra que "los propietarios del subsuelo pagarán el porcentaje equivalente al establecido como regalía…". Según los demandantes no se podía realizar dicho cobro a las explotaciones de recursos naturales no renovables de propiedad particular, ya que el artículo 332 y el artículo 336 establecen que el pago de las regalías solo debe hacerse por la explotación de los recursos naturales no renovables de propiedad estatal. Esta norma también violaría "…los principios de igualdad y de equidad entre quienes participan en la misma actividad, además de violar el derecho a la libre competencia y confiscar los ingresos que reporta la propiedad privada del subsuelo a los propietarios".

Sobre los cargos de forma y de fondo de esta nueva demanda de constitucionalidad en contra de la Ley 619 de 2000, tanto en su integridad como en la particularidad del artículo 5º de la regulación, la Corte decidió no pronunciarse por encontrar que ya se había producido el efecto de cosa juzgada constitucional con la Sentencia C-737 de 2001, que declaró inexequible en su integridad la ley 619 de 2000, con efectos a partir del 20 de junio de 2002, por adolecer de vicios de procedimiento en su formación. Explicó la Corte en ese momento que "Dado que en esta oportunidad también se acusa dicho ordenamiento, la Corte ordenará estarse a lo resuelto en el fallo citado, pues ha operado el fenómeno procesal de la cosa juzgada constitucional que impide a la Corte volver sobre lo decidido (art. 243 C.P.)".

1.3.4. Por otra parte, en la Sentencia C – 957 de 2001119la Corte conoció de la demanda contra el artículo 19 de la Ley 670 de 2000120, que establecía la distribución de regalías para los municipios productores. El demandante pretendía que la norma fuera declarada inconstitucional porque según él se violaba el artículo 2º relacionado con el orden social justo, ya que,"…consagra una medida desproporcionada e irrazonable que imposibilita a los demás beneficiarios, esto es, a los municipios no productores de tener la oportunidad de propiciar su desarrollo". Igualmente el demandante consideraba que la norma vulneraba el artículo 334 de la C.P. porque la disposición acusada desconocía el equilibrio regional al establecer derechos exorbitantes para los municipios productores. Por último, estimaba que la disposición demandada vulneraba los artículos 360 y 361 de la Constitución, porque impedía que llegaran mayores recursos al Fondo Nacional de Regalías. En este caso, al igual que en la Sentencia C-863 de 2001, la Corte estimó que se había producido la cosa juzgada constitucional y resolvió, "Estarse a lo resuelto en la sentencia C-737 de 2001, que declaró inexequible la totalidad de la ley 619 de 2000, con efectos a partir del 20 de junio de 2002".

1.3.6. De otra parte, en la Sentencia C-1211 de 2001124 la Corte estableció que existía cosa juzgada constitucional ante una nueva demanda al artículo 5º de la Ley 617 de 2000. En dicha oportunidad la Corte señaló como problema jurídico el establecer si la disposición acusada era contraria a la Constitución al establecer unas regalías por la explotación de los recursos naturales no renovables de propiedad privada y determinar si tales regalías, en el evento de resultar admisibles, constituían un gravamen sobre la propiedad inmueble, caso en el cual la manera como estaban previstas en la ley resultaría contraria a las disposiciones constitucionales sobre la autonomía de las entidades territoriales en la disposición de sus rentas propias y sobre los gravámenes a la propiedad inmueble. A pesar de haber planteado el problema jurídico de los cargos de la demanda, la Corte decidió no pronunciarse al considerar que en la Sentencia C – 737 de 2001, y en las Sentencias C- 863 y C- 1049 de 2001, se había decidido en igual sentido por haber operado el fenómeno procesal de la cosa juzgada constitucional. Por ende, ordenó en la parte resolutiva "estarse a lo resuelto" a lo dispuesto en la Sentencia C-737 de 2001 de declarar inconstitucional la norma con efectos diferidos hasta el 20 de junio de 2002.

1.3.7. En esta sentencia se debe subrayar que la Corte constitucional hace una reflexión in extenso sobre porqué opera en este caso el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, ya

que el Procurador General de la Nación en su intervención consideró de manera preliminar que se debía realizar el estudio de fondo del cargo, porque al tenor de la Sentencia C – 416 de 1992 la norma continuaba vigente y por ende, "se hace necesario un pronunciamiento de fondo por parte del juez constitucional, no sólo porque el precepto acusado seguirá produciendo efectos, sino porque el Congreso puede optar en la nueva ley que llegare a expedir, por reproducir el contenido normativo que ahora se acusa, hecho que, de llegarse a decidir que es inconstitucional, no podría suceder, en aplicación del principio de la cosa juzgada constitucional (artículo 243 Superior)".

Sobre el concepto del Procurador la Corte Constitucional estableció que,

"la anterior argumentación no es de recibo en el presente caso, por cuanto la posibilidad de distinguir entre los preceptos de la Ley 619 de 2000 para los cuales la inexequibilidad se predica con efecto diferido, de otros respecto de los cuales tal inexequibilidad se aplicase de manera inmediata, fue expresamente considerada en la Sentencia C-737 de 2001 y descartada por la Corte. En efecto, la Corte en ese fallo expresó lo siguiente: '54. Con todo, algunos podrían objetar que el anterior análisis justifica que se difieran los efectos del fallo únicamente en relación con los artículos de la Ley 619 de 2000 referidos al régimen variable de regalías petroleras, pero no con las otras disposiciones de esa ley, que regulan otros temas de las regalías, las cuáles deberían ser expulsadas inmediatamente del ordenamiento. Sin embargo, ese reparo no es de recibo por cuanto, como se señaló en esta sentencia, la Ley 619 de 2000 estableció un régimen integral de regalías, uno de cuyos elementos básicos es precisamente el sistema de tarifas variables para la explotación de petróleo. En tales condiciones, el sistema de tarifas variables en materia de hidrocarburos adquiere sentido en ese nuevo régimen general de regalías diseñado por la Ley 619 de 2000, por lo cual no podría la Corte, sin introducir incoherencias legislativas y afectar gravemente la libertad de configuración del Congreso, entrar a delimitar cuáles artículos o incisos de la Ley 619 de 2000 son expulsados inmediatamente del ordenamiento, y cuáles otros, por el contrario, son declarados exequibles en forma temporal".

Por otro lado se dijo en aquella oportunidad que, "…habiendo optado por un pronunciamiento sobre la totalidad de la Ley 619 de 2000, considerándola como un ordenamiento integral, no podría luego, y frente a la expresa decisión que sobre la materia se adoptó en la Sentencia C-737 de 2001, proferir fallos particulares sobre todos y cada uno de los artículos de la ley

que sean demandados de manera separada. Tal como se expresó en la Sentencia C-737 de 2001, habiéndose declarado la inexequibilidad con efecto diferido de la ley, corresponde al Congreso, dentro de su potestad de configuración y respetando las limitaciones que le impone, tanto en la forma como en el fondo, el ordenamiento constitucional, proferir una nueva ley de regalías que subrogue la Ley 619 de 2000".

Finalmente, se puntualizó en dicha sentencia que si de acuerdo con las normas que rigen su competencia le corresponde a la Corte Constitucional, en un futuro, hacer un examen sobre las normas que eventualmente se dicten por el Congreso en desarrollo de lo dispuesto en la Sentencia C-737 de 2001, "esta Corporación habrá de pronunciarse sobre los vicios de fondo o de forma que puedan estar presentes en tales normas. Pero mientras tanto, por virtud del principio de la cosa juzgada constitucional, en relación con la demanda presentada contra el artículo 5 de la Ley 619 de 2000 debe ordenar estarse a lo resuelto en la Sentencia C-737 de 2001".

1.3.8. No obstante la posición mayoritaria de la Corte, se produjo en la Sentencia C – 1211 de 2001 la Aclaración de Voto del Magistrado (e) Rodrigo Uprimny Yepes, que en consonancia con lo dispuesto por el Procurador en su concepto, consideró que una sentencia con efectos diferidos, no daba lugar a que se produjera la cosa juzgada absoluta, más aún en tratándose de demandas de inconstitucionalidad que resuelven vicios formales y que dan lugar a la declaratoria de no conformidad con la Constitución de la integridad de la ley. En dicha aclaración se dijo que,

"Es posible que la Corte declare la inexequibilidad diferida de una ley, por los graves efectos que ocasionaría una inconstitucionalidad inmediata, pero eso no excluye que el juez constitucional pueda y deba retirar inmediatamente del ordenamiento algunos artículos del mismo, si éstos violan materialmente la Carta y su anulación no causa traumatismos particulares (…) En principio nada se opone a que si la Corte declara la constitucionalidad temporal de una ley, los ciudadanos puedan demandar posteriormente algunos artículos individuales de la misma ley, mientras ésta conserva su vigencia, y la Corte pueda proceder a declarar su inexequibilidad inmediata, pues las razones que justifican que no se deba excluir inmediatamente del ordenamiento toda una regulación legal pueden no aplicarse a la expulsión de una norma en particular. En ese mismo orden de ideas, nada se opone a que un funcionario aplique la excepción de inconstitucionalidad en un caso concreto, en relación con

un artículo específico de esa ley”.

De otra parte se expone en dicha aclaración que con relación a las declaratorias de inconstitucionalidad diferida por vicios de procedimiento que afecta la totalidad del cuerpo normativo, entonces lo más razonable “es que la parte resolutiva de la sentencia constate la inconstitucionalidad de la totalidad de la ley pero declare su exequibilidad temporal, y limite la cosa juzgada de esa decisión de exequibilidad temporal exclusivamente a ese cargo”, ya que la norma sigue produciendo efectos125. Por otro lado se explica que la razón de que se establezca un efecto de cosa juzgada relativa es obvia porque,

“es posible que sea traumático que la Corte expulse una regulación integral de un tema, por el vacío normativo que podría ocasionarse, y que por ende se justifique que la sentencia mantenga, durante un plazo razonable, esa normatividad, que la propia Corte ha constatado que es inconstitucional, por un vicio general que la afecta, como podría ser un problema de competencia. Sin embargo, la conclusión de que no es posible declarar la inexequibilidad inmediata de la totalidad de la ley no implica, en manera alguna, que la Corte no pueda expulsar inmediatamente del ordenamiento unos artículos o apartes de esa misma ley, por la sencilla razón de que el retiro de esos artículos podría no tener los efectos traumáticos que justifican que la Corte recurra a una constitucionalidad temporal de la totalidad de la ley. Asumir que es traumático declarar la inexequibilidad de un artículo de una ley, por cuanto se ha demostrado que es traumático declarar la inexequibilidad de la totalidad de una ley, es incurrir en una típica “falacia de división”, pues estamos suponiendo que obligatoriamente las partes tienen las mismas propiedades que el todo. Pero es obvio que eso no es así. Así, del hecho de que el equipo de fútbol de un país sea malo no se desprende automáticamente que los jugadores de ese equipo sean malos. Es posible que sean excelentes futbolistas pero que no logren actuar armónicamente como un equipo”.

1.3.9. Siguiendo con esta misma tesis el Magistrado (e) Uprimny explica que en determinados casos se hace necesario e imperativo proteger los derechos y principios contenidos en la Carta a pesar de haber declarado integralmente inconstitucional una ley difiriendo sus efectos. Pone el ejemplo de que si en la Ley de Habeas Corpus, declarada inconstitucional diferida en la Sentencia C – 620 de 2001 por no haber sido tramitada como Ley Estatutaria se encuentra un artículo que viola derechos particulares de las personas, se debe realizar dicho control a pesar del diferimiento declarado. Poniendo un ejemplo explica,

“Así, imaginemos que algún aparte de los artículos 382 a 389 de la ley 600 de 2000, que regulan el habeas corpus, es materialmente inconstitucional, porque hace inocua esa garantía constitucional, por ejemplo porque exige, como lo hace (sic) inciso segundo del artículo 382, que la petición de libertad de quien está legalmente privado de ella sea resuelta dentro del mismo proceso. ¿Podríamos concluir que la Corte no puede entrar a examinar su contenido, si ese aparte es demandado, por cuanto la sentencia C-620 de 2001 declaró la inexequibilidad diferida de esa regulación a partir de diciembre de 2002, pues consideró que debió ser expedida por una ley estatutaria, pero que no podía ser inmediatamente retirada del ordenamiento, debido al vacío normativo que se podía generar? O más aún, ¿deberíamos asumir que ni siquiera podría aplicarse la excepción de inconstitucionalidad sobre ese aparte, por cuanto existe cosa juzgada constitucional sobre el mismo? No puedo aceptar una respuesta afirmativa a esos interrogantes, pues considero que en un evento de esa naturaleza, la Corte debe conocer de esa demanda ciudadana y declarar la inconstitucionalidad inmediata de ese aparte, y cualquier funcionario tiene la posibilidad (sic) aplicar la excepción de inconstitucionalidad por cuanto no existe ningún pronunciamiento material del tribunal constitucional sobre ese punto”.

Igualmente se dijo en la Aclaración de Voto que en las demandas de vicios formales no se obliga a la Corte a hacer un control integral de la norma, y ante eventuales demandas por cargos de fondo se presentaría el fenómeno de la “cosa juzgada aparente” debido a “la absoluta falta de toda referencia, aun la más mínima, a las razones por las cuales fue declarada la constitucionalidad de lo acusado”. Sin embargo, en aras de resolver la tensión que se presenta en estos casos entre la seguridad jurídica y los principios de justicia material y la supremacía de la Constitución se señala que,

“…por razones de prudencia y de autorrestricción judicial el juez debe dar una prevalencia prima facie a la seguridad jurídica, y por ello debe optar por la solución que ampare ese valor, salvo cuando las razones de justicia material sean tan poderosas que justifiquen afectar la seguridad jurídica. La aplicación de este criterio de solución de las tensiones entre seguridad jurídica y justicia material al presente caso implica que la Corte debe dar prevalencia a la seguridad jurídica, y por ello debe considerar que la cosa juzgada derivada de la sentencia C-737 de 2001 es absoluta y cubre la totalidad de la ley, salvo que la

demanda recaiga sobre una disposición cuya inconstitucionalidad material no sólo sea manifiesta sino que además su aplicación temporal pueda ocasionar graves afectaciones a importantes valores constitucionales. En este último evento, las consideraciones de justicia material y de supremacía constitucional deben primar. Por ello, en esa circunstancia, no sólo la Corte debe entrar a examinar el fondo de la acusación ciudadana sino que también un funcionario particular se encuentra legitimado a aplicar la excepción de inconstitucionalidad en un caso concreto”126.

1.3.10. Por último, se debe tener en cuenta en materia del efecto de cosa juzgada de las sentencias de constitucionalidad diferida el Auto 311 de 2001127proferido por la Sala Plena de la Corte y que resuelve un recurso de súplica relacionado con una demanda que fue rechazada en primera instancia por considerar que una sentencia de inconstitucionalidad diferida da lugar a que se configure la cosa juzgada absoluta. En este caso el argumento que dio la Corte sobre una eventual demanda de una norma declarada inconstitucional por vicios de forma, pero en donde se difieren sus efectos de constitucionalidad por un lapso de tiempo, es que la norma jamás ha nacido al mundo jurídico y por ende no se deben admitir nuevas demandas de inconstitucionalidad por vicios de forma o de fondo. En este sentido dijo la Corte en aquella oportunidad que, “Cuando una ley es declarada inexequible, por vicio de procedimiento en su formación, en realidad la voluntad del legislador no se ha formado nunca, o no ha surgido válidamente a la vida jurídica y en consecuencia no es ni siquiera necesario examinar si es inexequible por razones de fondo; la inexequibilidad por razones de fondo, presupone que la norma ha sido expedida de conformidad con el procedimiento que la propia Constitución exige para que surja válidamente al orden jurídico”.

Siguiendo esta misma línea de argumentación continuó la Corporación afirmando que solo, “cuando el fallo es de constitucionalidad la Corte no agrega nada a la norma ya existente; en cambio cuando el fallo es de inconstitucionalidad no solo se agrega, sino que se le quita algo a la norma, pues se le quita lo más importante que tiene: su validez (ya que el juicio de constitucionalidad es un juicio sobre la validez de la norma jurídica); aunque se mantenga su vigencia (…) El diferimiento de la inconstitucionalidad declarada por la Corte en la sentencia C-737 de 2001 hasta el 20 de junio de 2002 no tiene la virtud de afectar ni de modificar la cosa juzgada constitucional que tal pronunciamiento ha producido (art. 243 C.P.)”.

Finalmente dispuso el Auto, el “Que las normas declaradas inconstitucionales se encuentren vigentes transitoriamente significa que la Corte ha dispuesto que se apliquen por un tiempo más, mientras el legislador profiere la ley que llene el vacío legislativo que se crearía si fueran retiradas del ordenamiento positivo en forma inmediata, lo cual deberá hacer dentro del plazo que ella le ha fijado, pero no que la ley demandada no haya sido objeto de juzgamiento constitucional, así los motivos invocados en las nuevas acusaciones sean distintos a los analizados en el citado fallo”.

En este Auto que negó el recurso de súplica para admitir la demanda de una ley que previamente fue declarada como inconstitucional con efectos diferidos, nuevamente salvó el voto el Magistrado (e) Uprimny quien indicó que, en la Aclaración de Voto a la sentencia C-1211 de 2001, explicó ampliamente por qué se apartó de la motivación que la Corte ha adelantado sobre el efecto de cosa juzgada absoluta sobre la totalidad de la Ley 619 de 2000128.

2. Necesidad de que el efecto de cosa de juzgada sea relativo para las sentencias de inconstitucionalidad diferida por vicios formales cuando se trata de nuevos cargos relacionados con aspectos materiales.

2.1. La jurisprudencia y la doctrina han diferenciado los efectos de cosa juzgada constitucional y han establecido las siguientes clasificaciones: (i) cosa juzgada formal, cuando se predica del mismo texto normativo que ha sido objeto de pronunciamiento anterior de la Corte; (ii) cosa juzgada material, cuando a pesar de que no se está ante un texto normativo formalmente idéntico, su contenido sustancial es igual; (iii) cosa juzgada absoluta, en tanto que, en aplicación del principio de unidad constitucional y de lo dispuesto en el artículo 22 del Decreto 2067 de 1991, se presume que el Tribunal Constitucional confrontó la norma acusada con toda la Constitución, y por ende son incontrovertibles; y (iv) la cosa juzgada relativa, cuando este Tribunal limita los efectos de la cosa juzgada para autorizar que en el futuro vuelvan a plantear argumentos de inconstitucionalidad sobre la misma disposición que tuvo pronunciamiento anterior129.

2.2. Como se ha venido referenciando, cuando se trata de sentencias de inconstitucionalidad con efectos diferidos, la Corte ha establecido que dichas normas tienen efecto de cosa juzgada absoluta. Esta misma posición fue la que tomó la mayoría de la Corte en la presente

decisión que resolvió el problema jurídico que se refiere a si en el presente caso opera la cosa juzgada constitucional de manera absoluta y por ende se debía estarse a lo resuelto en la Sentencia C-366 de 2011.

2.3. Encontramos, sin embargo, que la posición de la Corte no es acertada y que se debió en el presente caso realizar un cambio de precedente con relación a los efectos de cosa juzgada absoluta en las sentencias de inconstitucionalidad con efectos diferidos. La justificación de nuestra discrepancia se deriva de que estimamos que la "comprobación acerca de la irrazonabilidad, inconstitucionalidad o manifiesta injusticia del arreglo jurisprudencial vigente al vulnerar principios y valores nodales para el Estado constitucional"130. Pensamos que resulta imperioso realizar un cambio de precedente en torno al tema de los efectos de cosa juzgada en las sentencia de inconstitucionalidad diferida ya que concurren razones "sustantivas y suficientes en tanto el arreglo jurisprudencial existente se muestra inaceptable"131.

2.4. En efecto, encontramos que las decisiones que se profirieron anteriormente respecto al entendimiento de que las normas declaradas como inconstitucionales pero con efectos diferidos hacen tránsito a cosa juzgada constitucional de carácter absoluto, no tienen en cuenta la diferencia que puede existir entre demandas de inconstitucionalidad por vicios de trámite y demandas de inconstitucionalidad por vulneración de aspectos sustantivos o materiales de la Constitución. Hay que recordar en el artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, por medio del cual el ejecutivo reguló el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que se surten ante la Corte Constitucional, se estableció que "las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares. La declaratoria de constitucionalidad de una norma impugnada por vicios formales no obsta para que ésta sea demandada posteriormente por razones de fondo"132.

2.5. En esta normatividad se reafirmó que el juez constitucional en el ejercicio del control de constitucionalidad debe tener en cuenta la diferencia que existen entre los aspectos formales y los aspectos materiales propios del control de constitucionalidad. Aunque ambas esferas constituyen aspectos esenciales en la formación de la normatividad, son separables y defienden valores jurídicos diferentes, ya que en el primero se está haciendo uso de la potestad del control para tutelar los principios democrático y de publicidad relacionados con

la tramitación de la ley, mientras que en el segundo se está haciendo uso de la potestad de control para proteger principios y valores contenidos en la Constitución, que no tienen una relación directa con el trámite de la legislación, sino con las repercusiones y efectos de la ley una vez aprobada.

2.6. Con esta diferenciación en el mecanismo de control emerge la pregunta de si los efectos de la cosa juzgada constitucional cuando se trata de normas declaradas inconstitucionales pero diferidas en sus efectos, deben ser absolutos o relativos. Encontramos que establecer, como afirma la mayoría, que para dichos eventos los efectos de cosa juzgada constitucional es absoluta, y que por tanto no se puede volver a demandar la misma norma o cuerpo de normas desconoce los dos tipos de control de constitucionalidad que puede ejercer la Corte Constitucional, ya que una norma o cuerpo de normas, que haya sido declarado inconstitucional por vicios de forma, pero en donde se hayan diferido sus efectos por un determinado lapso de tiempo pueden llegar a ser lesivos de principios y derechos contenidos en la Constitución, que pudieron no ser objeto de control de constitucionalidad, ya que en las demandas por vicios de forma no se hace un control integral y definitivo de la normatividad.

2.7. Hay que tener en cuenta que sobre la preocupación que existe en el sentido de que en las sentencias de inconstitucionalidad diferida se puedan generar con posterioridad efectos lesivos para principios y valores contenidos en la Constitución, las jurisdicciones constitucionales de algunos países han establecido mecanismos que evitan que se produzca una vulneración de derechos particulares o colectivos, con la norma declarada inconstitucional pero vigente. Como se explicó anteriormente, el Tribunal Constitucional alemán ha utilizado la figura del “bloqueo de aplicación”133, que consiste en que la norma declarada inconstitucional con efectos diferidos no será aplicable en los casos concretos que dieron lugar al examen de su constitucionalidad, cuando dicho control se da a partir de la “queja constitucional”, es decir, de la violación concreta de derechos fundamentales.

2.8. Así mismo, en países como Bolivia se diferencian las dos técnicas de diferimiento, “constitucionalidad temporal” o “inexequibilidad diferida”, dependiendo de si se trata de una demanda por vicios de forma o de fondo. De tal manera que cuando se trata de una inconstitucionalidad por contenido o de fondo, por incompatibilidad entre la norma legal y la Constitución, el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de la disposición y difiere expresamente el efecto de la misma en el tiempo. Contrario sensu cuando se trata de

vicios de forma o de procedimiento de la ley, en este caso el Tribunal Constitucional acude a la fórmula de la “constitucionalidad temporal”, para de esta manera evitar los problemas que se pueden presentar por los efectos de cosa juzgada de una ley que va a seguir generando efectos mientras se expide una nueva legislación acorde con los preceptos constitucionales.

2.9. En el caso colombiano si bien es cierto en una primera etapa se hizo una distinción entre “constitucionalidad temporal” e “inconstitucionalidad diferida”, poco a poco se fueron asimilando las figuras, sin prever la utilidad de la diferenciación en eventos como el de la cosa juzgada constitucional. Como bien lo expuso en la ya referida Aclaración de Voto a la Sentencia C- 1211 de 2001, el Magistrado (e) Rodrigo Uprimny, la Corte no ha diferenciado en materia de tránsito a cosa juzgada entre los dos juicios que realiza el juez constitucional cuando se trata de modular los efectos temporales de las sentencias. Uno es el juicio de validez en donde se verifica si la norma es constitucional o no, y otro es el juicio sobre los efectos, vigencia o exequibilidad de la norma. Estas dos fases del juicio de constitucionalidad resultan importantes en materia de los efectos de cosa juzgada de las normas que son declaradas como inconstitucionales pero en donde se difiere en el tiempo su anulación.

2.10. Teniendo en cuenta estos dos elementos del juicio de constitucionalidad -validez y vigencia – se puede advertir que cuando una norma es declarada inconstitucional pero se difieren sus efectos por un término para que el legislador establezca una normatividad acorde con la Constitución, se toma una decisión sobre la validez de la norma, pero se prorroga la vigencia o los efectos de la misma. En el caso de la técnica de la “constitucionalidad temporal” el juez constitucional también toma una decisión sobre la validez pero la difiere en el tiempo, dando lugar a que en estos casos la norma no pierda su validez y su vigencia hasta la terminación del plazo dispuesto por el juez.

2.11. Por otra parte, en el caso de la inconstitucionalidad de una norma por vicios de procedimiento insubsanables, se debe hacer hincapié que en ocasiones puede dar lugar a que toda una ley, o incluso un código puedan llegar a ser declarados como inconstitucionales en su integridad. Consideramos que esta circunstancia da lugar a que en estas eventualidades se puedan llegar a presentar nuevas demandas relacionadas con artículos particulares de la norma declarada como inconstitucional, pero en donde se difieren sus efectos. Pensamos que como el control de constitucionalidad en estos casos no es integral,

se puede presentar la situación en que uno o varios artículos de la normatividad declarada como inconstitucional vulneren derechos individuales o colectivos o principios y valores de la Constitución y por ende se debe proceder a admitir dichas demandas y a fallar sobre el fondo de la misma.

2.12. Como expresó en su momento el Magistrado (e) Uprimny en su Aclaración de Voto, el juez debe ponderar el principio de seguridad jurídica, con los principios de justicia material y supremacía de la Constitución, previendo que en ciertos casos ante evidencias palmarias de inconstitucionalidad se pueda volver a fallar sobre la ley que formalmente fue declarada como inconstitucional, pero que se encuentre vigente por el diferimiento. Un ejemplo se puede dar en una ley que regula un derecho fundamental, que se declara como inconstitucional porque no fue tramitada como ley estatutaria (art. 152 C.P), pero que se difiere en sus efectos ante el vacío de legislación que se pueda presentar y que resulta gravoso para el ejercicio de dicho derecho. Como el juez no puede realizar un control integral cuando se presenten demandas por vicios de forma, se puede dar el caso de que una o varias normas vulneren los principios y valores contenidos en la Constitución. Por ejemplo, una ley que regule íntegramente el derecho a la libertad religiosa habiéndose tramitado como ordinaria y no como estatutaria, en donde se establece que el Estado destinará mayores recursos a determinado congregación o culto, y que solo a través de una demanda posterior el juez se percate de la violación del principio de igualdad y la discriminación que se presenta. En este evento el juez constitucional no podría dejar de estudiar la constitucionalidad de la norma, por considerar que la declaratoria de inconstitucionalidad diferida hace tránsito a cosa juzgada absoluta, porque estaría faltando a su labor de guardián de la Constitución. Por esta razón consideramos que en aras de proteger los principios y valores insertos en la Constitución, el juez debe relativizar los efectos de la cosa juzgada en estos casos y proveer que se pueda declarar la inconstitucionalidad inmediata de dicha norma.

2.13. Por otro lado, si se produjera una constitucionalidad absoluta en los fallos de inconstitucionalidad diferida se podría presentar lo que se preveía en la Aclaración de Voto a la Sentencia C – 1211 de 2001, y es que se pueda dar una cosa juzgada aparente134, en donde no exista la correspondencia entre la parte motiva y la parte resolutiva de la sentencia. En estos casos existiría una mera apariencia de cosa juzgada porque en realidad no habría habido un pronunciamiento definitivo sobre las normas en cuestión, y por ende

encuentra la Corte razonable que pueda volverse a estudiar la constitucionalidad de la ley o de determinado precepto del cuerpo normativo, que sigue produciendo efectos.

2.14. Por otra parte, como se ha admitido en la jurisprudencia constitucional en el caso de las normas derogadas que siguen proyectando efectos por su ultractividad, se puede ejercer por parte del juez constitucional el control de constitucionalidad de dichas normas para evitar que se presenten vulneraciones a principios y derechos constitucionales135. En este postulado, que se fundamenta en el principio "Perpetuatio jurisdictionis", el juez constitucional debe fallar el fondo cuando no obstante haber ocurrido la derogatoria la norma cuestionada sigue produciendo efectos136. Respecto a este principio en la Sentencia C- 377 de 2004, se dijo que "Se trataría, en esta última hipótesis, de excluir del ordenamiento un contenido regulatorio que, aunque presente en una norma derogada, se manifiesta de manera actual en la regulación de los aspectos de una situación de hecho que, habiendo surgido bajo el amparo de la ley anterior, aún no se ha agotado".

2.15. Ahora bien, estimamos el juez constitucional debe en consonancia con el principio de eficacia y celeridad de las resoluciones judiciales, verificar los efectos de sus fallos y decidir en cada caso concreto de qué manera opera la cosa juzgada constitucional de las leyes inconstitucionales con efectos diferidos. Por ejemplo, consideramos que resultaría del todo inútil e innecesario realizar un segundo análisis de constitucionalidad por vicios de forma de una legislación que fue declarada inconstitucional con efectos diferidos por presentarse también vicios de trámite, ya que en este caso el resultado que se produciría sería el mismo ante la constatación del vicio, es decir, la declaración de inconstitucionalidad de la norma ante la violación de los mismos bienes jurídicos tutelados, es decir, el principio democrático y el de publicidad que sustentan la inconstitucionalidad por vicios de procedimiento de una norma legal. En este caso, al igual que cuando se demanda por un mismo cargo ya estudiado, se debe aplicar la cosa juzgada constitucional y estarse a lo resuelto en la sentencia que declaró inconstitucional la norma con efectos diferidos.

2.16. Teniendo en cuenta lo anterior, puesto que en el caso la demanda se estructuró a partir de un nuevo vicio de procedimiento que se refiere a que en el trámite de las objeciones presidenciales no se cumplió con las mayorías cualificadas necesarias y que se retiraron las objeciones presidenciales (violando, lo establecido en los artículos 95, inciso 1º y 30; 123; 157, numeral 3º; 165; 166 y 167 de la Constitución Política y el artículo 200 ley 5ª de 1992

en concordancia con el artículo 150 de la C.P), resultaría del todo innecesario que se estudiará dicho cargo, porque en últimas se estaría ponderando entre los mismos principios que dieron lugar a la primera declaración de inconstitucionalidad diferida, es decir, el posible vicio de procedimiento con los valores de protección del medio ambiente y los recursos naturales137.Del mismo modo resultaría inocuo volver a realizar el estudio de constitucionalidad del cargo que se refiere a la falta de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes, ya que dicha cuestión ya fue resuelta en la Sentencia C-366 de 2011.

2.17. Por estas razones estimamos que en el presente caso no tiene razón la mayoría al afirmar que en todos los casos de inconstitucionalidad con efectos diferidos se debe presentar la cosa juzgada absoluta. Estimamos que el juez constitucional al aplicar automáticamente la cosa juzgada absoluta en las demandas de inconstitucionalidad con efecto diferido podría llegar a dejar de conocer demandas de inconstitucionalidad que evidencien la vulneración de derechos fundamentales o colectivos que no hayan sido ponderados en el estudio de constitucionalidad del primer diferimiento que se realizó.

2.18. Por otro lado estimamos que tiene razón la mayoría en decidir que en el presente caso se debe estar a lo resuelto en la Sentencia C- 366 de 2011, ya que por tratarse de una nueva demanda por vicios de procedimiento en la formación de la ley 1382 de 2010 en lo referente a la mala tramitación de las objeciones presidenciales, resulta del todo innecesario que se estudie nuevamente dicho cargo, porque en últimas se estaría ponderando entre los mismos principios que dieron lugar a la primera declaración de inconstitucionalidad diferida, es decir, el posible vicio de procedimiento con los valores de protección del medio ambiente y los recursos naturales. Igualmente el cargo relacionado con la falta de consulta previa ya fue estudiado por la Corte en la Sentencia C- 366 de 2011 y por ende existe cosa juzgada constitucional sobre el punto.

Fecha ut supra,

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

1˝ARTÍCULO 200. DISCREPANCIAS ENTRE LAS CÁMARAS. Cuando una Cámara hubiere declarado infundadas las objeciones presentadas por el Gobierno a un proyecto de ley, y la otra las encontrare fundadas, se archivará el proyecto".

2 Proyecto de Ley No 334 Cámara de 2008, 010 Senado de 2007 y 042 de 2007.

3Folio 5 del expediente.

4Ministro de Hacienda y Crédito Público, Oscar Iván Zuluaga Escobar, Ministro Delegatario de funciones presidenciales conforme al Decreto 373 de 2010.

5Negrilla fuera del texto. Folio 16 del expediente.

6 Negrilla fuera del texto. Ibíd.

7Folio 17 del expediente.

8Para sustentar este cargo cita la intervención del Senador Ramiro Ernesto Estacio, registrada en la Gaceta del Congreso del 5 de febrero de 2010 (p. 57), que reseña el debate que se llevó a cabo el día 15 de diciembre de 2008, en donde dice que no se hizo la consulta previa a los indígenas que se dispone en el Convenio 169 de la OIT. El Senador expresó en dicha ocasión que: "Y lo segundo es que cuando se niegan las objeciones del Presidente, el presidente tiene la razón en el artículo 30, cuando plantea que hay minidragas en departamentos en donde existe población indígena y áreas de parques, lo que significa señor presidente, colombianos y honorables Congresistas, que este proyecto está viciado. En este caso en un procedimiento es que no se realizó la consulta previa y la concertación, ya queda muy claro establecido en el texto que nos envía el señor Presidente de la República, diciendo que ahí se incluye áreas donde están territorios indígenas, eso implica que debió agotarse la consulta previa y la concertación en el marco de la Ley 21 de 1991, que ratifica el Convenio 169, eso quiere decir entonces que el proyecto es inconstitucional. Porque no agotó la

consulta previa ni concertación con pueblos indígenas, gracias señor presidente y así este Proyecto a nuestro concepto está archivado, para la votación nosotros nos retiramos del recinto". (Página 17 del Expediente).

9 El artículo 3 de la ley 1382 de 2010 señala: "El artículo 34 de la Ley 685 de 2001 quedará así: Artículo 34. Zonas excluibles de la minería. No podrán ejecutarse trabajos y obras de exploración y explotación mineras en zonas declaradas y delimitadas conforme a la normatividad vigente como de protección y desarrollo de los recursos naturales renovables o del ambiente. Las zonas de exclusión mencionadas serán las que han sido constituidas y las que se constituyan conforme a las disposiciones vigentes, como áreas que integran el sistema de parques nacionales naturales, parques naturales de carácter regional, zonas de reserva forestal protectora y demás zonas de reserva forestal, ecosistemas de páramo y los humedales designados dentro de la lista de importancia internacional de la Convención Ramsar. Estas zonas para producir estos efectos, deberán ser delimitadas geográficamente por la autoridad ambiental con base en estudios técnicos, sociales y ambientales. (…)"

10 El interviniente cita los siguientes fragmentos de la Sentencia T-415 de 1992 (M.P. Dr. Ciro Angarita Barón): "Uno de los temas que tuvo mayor relevancia en las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente fue la consagración y la protección del medio ambiente y los recursos naturales, puesto que su protección estaba íntimamente ligada con el derecho a la vida. En la Asamblea el tema ecológico y del medio ambiente mereció la atención de expertos de diversos sectores, como se desprende de la reseña de algunas de sus intervenciones. Partiendo del hecho de que el medio ambiente se encuentra recogido en una normatividad con validez universal, los constituyentes se dieron a la tarea de consagrarlo y de dotarlo de mecanismos adecuados de protección. (…)

El derecho al medio ambiente y en general, los derechos de la llamada tercera generación, han sido concebidos como un conjunto de condiciones básicas que rodean al hombre, que circundan su vida como miembro de la comunidad y que le permiten su supervivencia biológica e individual, además de su desempeño normal y desarrollo integral en el medio social. De esta manera deben entenderse como fundamentales para la supervivencia de la especie humana. Nuestra Constitución consagra no sólo la protección de los derechos fundamentales cuandoquiera que estén afectados por daños ambientales, sino también unos derechos del ambiente específicos -a participar en las decisiones que lo afecten, por ejemplo

y también un derecho fundamental al medio ambiente.”

11Folio 342 del expediente.

12Folio 343 del expediente.

13En el caso de los páramos la información refleja:

“- 55 títulos cuentan con licencia ambiental

– 32 títulos cuentan con otros tipos de permisos (Plan de Manejo Ambiental, Plan de Manejo, Recuperación y Restauración Ambiental)

– 9 han iniciado procesos de licenciamiento.

– 10 han tenido negación de licencia ambiental.

– Se reportan 10 procesos sancionatorios por minería ilegal y/o incumplimiento de PMA.” (Folio 344 del expediente).

14En el caso de sitios Ramsar no se reporta ningún proceso de otorgamiento de licencias por parte de las CAR’s relacionadas con este tipo de áreas. Ibídem (Folio 344 del expediente).

15Para el caso de las Reservas Forestales Protectoras se reporta:

“- 1 título cuenta con licencia ambiental

– 1 título cuenta con otros tipos de permisos (Plan de Manejo Ambiental, Plan de Manejo, Recuperación y Restauración Ambiental)

– 11 han iniciado procesos de licenciamiento.

– 1 ha tenido negación de licencia ambiental.

– Se reportan 2 procesos sancionatorios por minería ilegal y/o incumplimiento de PMA”(Folio 344 del expediente).

16Folios 344 y 345 del expediente.

17Artículo 31 de la Ley 1382 derogó los artículos 203, 211, 213, 215, 282, 292 y 298 de la Ley 685 de 2001 Código de Minas.

18Artículo 3 de la Ley 1382 de 2010 que modifica el artículo 34 de la Ley 685 de 2001.

19Artículo 4 de la Ley 1382 de 2010.

20Folio 352 del expediente.

21Folio 353 del expediente.

22Ibíd.

23La interviniente citó los siguientes apartes de la Sentencia C-366 de 2011, destacando los que se encuentran en negrilla: “Después de examinar los antecedentes del respectivo proyecto y hacer un recorrido por el articulado de la Ley 1382 de 2010, la Corte encontró que aunque contiene reformas puntuales al Código de Minas, se trata de una normatividad que responde a un propósito específico de modernización de la legislación minera, mediante instituciones y procedimientos que permitan: (i) el aprovechamiento de recursos mineros de manera competitiva; (ii) facilitar y ampliar la inversión, incluso de origen extranjero, en la actividad minera del país; (iii) formalizar las actividades mineras existentes y tecnificar las modalidades tradicionales y artesanales de explotación; (iv) incidir en el crecimiento económico y la superación de la pobreza; y (v) lograr conciliar la actividad minera con el desarrollo sostenible y la protección del medio ambiente. Las materias objeto de reforma versan, entre otros, sobre reformulación del procedimiento para la entrega de concesiones mineras; reglas sobre reservas especiales de explotación y formalización de minería artesanal; preceptos sobre zonas excluidas de la minería por razones ambientales; normas técnicas sobre incidencia ambiental de proyectos mineros; régimen de prórrogas de contratos de concesión; disposiciones sobre obtención, trámite y requisitos de la licencia ambiental para proyectos mineros y condiciones de constitución de servidumbres para la exploración y explotación; competencias y trámite para la conformación de las áreas de integración minera y el régimen sobre contraprestaciones y sanciones relacionadas con las citadas actividades de exploración y explotación”. La Corte advirtió que si bien estas normas no reforman expresamente las disposiciones del capítulo XIV del Código de Minas referente a los grupos étnicos, ha de tenerse en cuenta que este Código no excluye la actividad minera

en las zonas donde habitan tradicionalmente dichas comunidades, antes bien, permite que en estas áreas se adelanten labores de exploración y explotación, sólo que las somete a determinadas condiciones y requisitos. Esto significa que el conjunto de las disposiciones del Código de Minas, entre ellas las que fueron objeto de reforma por la Ley 1382 de 2010, son plenamente aplicables a la actividad minera desarrollada en los territorios indígenas y afrocolombianos. Adicionalmente, existe un consenso en el derecho constitucional colombiano y en el derecho internacional de los derechos humanos, acerca de la incidencia de la exploración y explotación minera en los territorios ancestrales de los pueblos étnicos y a la salvaguarda de la integridad de su identidad cultural. Por consiguiente, las medidas legislativas y administrativas que tengan aplicación en dichas actividades deben estar precedidas de la participación efectiva de las comunidades tradicionales afectadas, so pena de vulnerar sus derechos constitucionales.Para la Corte, como la Ley 1382 de 2010 contiene decisiones legislativas que inciden directamente en la exploración y explotación de recursos mineros en los territorios de las comunidades étnicas, su expedición debió estar precedida de espacios de participación para dichos pueblos, en los términos del artículo 330 de la Constitución y los artículos 6° y 15 del Convenio 169 de la OIT. En consecuencia, por tratarse de medidas legislativas que afectan directamente a dichas comunidades, debieron someterse al trámite de consulta previa, de acuerdo a los requisitos y etapas que se han precisado por la jurisprudencia. Al no haberse llevado a cabo dicha consulta previa, como se pudo comprobar a partir de las pruebas recaudadas en el proceso, la Ley 1382 de 2010 resulta contraria a la Constitución y por ende, debe ser declarada inexequible en su integridad."

24La interviniente cita el siguiente fragmento de la Sentencia C-366 de 2011 para reseñar los fundamentos que tuvo en cuenta la Corte para declarar la inexequibilidad en aquella ocasión: "… acorde con la defensa de la supremacía e integridad de la Constitución, la Corte consideró que si bien se constata la existencia de una contradicción con la normatividad superior que impone la exclusión del ordenamiento jurídico de la Ley 1382 de 2010, también es cierto que con el retiro inmediato de la ley desaparecerían normas que buscan garantizar la preservación de ciertas zonas del impacto ambiental y de las consecuencias perjudiciales que trae la exploración y explotación minera. Por tal motivo, decidió diferir los efectos de la sentencia de inexequibilidad por un lapso de dos años, de manera que a la vez que se protege el derecho de las comunidades étnicas a ser consultadas sobre tales medidas legislativas, se salvaguarden los recursos naturales y las zonas de especial protección

ambiental, indispensables para la supervivencia de la humanidad y de su entorno, concediendo un tiempo prudencial para que tanto por el impulso del Gobierno, como del Congreso de la República, dentro de sus competencias, den curso a las medidas legislativas, previo el agotamiento de un procedimiento de consulta previa a las comunidades indígenas y afrocolombianas, en los términos del artículo 330 de la Carta Política".

25Folios 355 y 356 del expediente.

26 El artículo 167 de la Constitución establece que, "El proyecto de ley objetado total o parcialmente por el gobierno volverá a las cámaras en segundo debate. El Presidente sancionará, sin poder presentar objeciones el proyecto que, reconsiderado, fuere aprobado por la mitad más uno de los miembros de una y otra cámara".

27 El artículo 118 de la Ley 5ª de 1992 señala lo siguiente, "Mayoría simple. Tiene aplicación en todas las decisiones que adopten las Cámaras Legislativas, cuando las disposiciones constitucionales no hayan dispuesto otra clase de mayoría".

28 El artículo 199 de la Ley 5ª de 1992 establece que, "2º Si fuera por inconveniencia y las Cámaras insistieren, aprobándolo por mayoría absoluta, el Presidente sancionará el proyecto sin poder presentar nuevas objeciones".

29 Se cita el siguiente aparte de la sentencia C-069 de 2010: "De otro lado, y también desde el punto de vista literal, la Corte resalta que el artículo 167 superior señala que el proyecto objetado "volverá a las Cámaras a segundo debate". Ello quiere decir que el Constituyente considera que ante la objeción del Gobierno, es necesaria una nueva reflexión por parte del Congreso. A fin de ordenar el trámite legislativo, la Carta dispone que la nueva reflexión del Congreso tenga la categoría de "segundo debate". Dicha calificación tiene efectos jurídicos. Así, se entiende superado el primer debate, esto es, el debate que se hace en las comisiones constitucionales permanentes (Artículo 157 numeral 2 de la C.P.), por lo que no es necesario que el proyecto retorne a las comisiones. Pero ese mandato no sólo tiene por efecto eliminar la necesidad del debate en comisiones. También define la naturaleza del procedimiento que se realiza en el Congreso al enfrentar una objeción presidencial. Al prescribir que se realizará nuevamente el segundo debate, la Constitución establece claramente que la insistencia de las cámaras hace parte del procedimiento legislativo, puesto que equivale a un segundo debate, por lo que se entiende que al trámite de las objeciones se aplican las normas

constitucionales generales sobre el trámite de las leyes, salvo en aquellos puntos específicos en que las disposiciones especiales prevean reglas distintas a la normatividad general que rige el procedimiento de aprobación de las leyes. Por ejemplo, mientras que en general la aprobación de un proyecto requiere mayoría simple (CP art. 146), la insistencia exige ser aprobada por la mayoría absoluta de los miembros de ambas cámaras CP art. 167). Es obvio que para determinar cuál es la mayoría requerida para aprobar un proyecto objetado, debe tomarse en cuenta la regla especial de mayorías establecida en los artículos que regulan las objeciones, por cuanto ésta es distinta a la regla general sobre decisiones legislativas. Sin embargo, en todo aquello en donde no existan reglas especiales, es claro que en el trámite de objeciones se aplican las normas generales sobre procedimiento legislativo, por cuanto la insistencia hace parte de un procedimiento legislativo." (Página 6)

30Se reseña la siguiente parte de la Sentencia C-985 de 2006: "… desde el punto de vista literal, la Corte resalta que el artículo 167 superior señala que el proyecto objetado "volverá a las Cámaras a segundo debate". Ello quiere decir que el Constituyente considera que ante la objeción del Gobierno, es necesaria una nueva reflexión por parte del Congreso. A fin de ordenar el trámite legislativo, la Carta dispone que la nueva reflexión del Congreso tenga la categoría de "segundo debate". Dicha calificación tiene efectos jurídicos. Así, se entiende superado el primer debate, esto es, el debate que se hace en las comisiones constitucionales permanentes (Artículo 157 numeral 2 de la C.P.), por lo que no es necesario que el proyecto retorne a las comisiones. Pero ese mandato no sólo tiene por efecto eliminar la necesidad del debate en comisiones. También define la naturaleza del procedimiento que se realiza en el Congreso al enfrentar una objeción presidencial. Al prescribir que se realizará nuevamente el segundo debate, la Constitución establece claramente que la insistencia de las cámaras hace parte del procedimiento legislativo, puesto que equivale a un segundo debate, por lo que se entiende que al trámite de las objeciones se aplican las normas constitucionales generales sobre el trámite de las leyes, salvo en aquellos puntos específicos en que las disposiciones especiales prevean reglas distintas a la normatividad general que rige el procedimiento de aprobación de las leyes. Por ejemplo, mientras que en general la aprobación de un proyecto requiere mayoría simple (CP art. 146), la insistencia exige ser aprobada por la mayoría absoluta de los miembros de ambas cámaras CP art. 167). Es obvio que para determinar cuál es la mayoría requerida para aprobar un proyecto objetado, debe tomarse en cuenta la regla especial de mayorías establecida en los artículos que regulan las objeciones, por cuanto ésta es distinta a la regla general sobre decisiones legislativas". (Negrillas y subrayas fuera del

texto original)” (Página 7)

31 Lo cual equivale a número de 52 senadores.

32Página 7.

34 Página 9 de la intervención.

35Transcribió el siguiente aparte de la sentencia C-816 de 2004 “Equivale a una supresión de los efectos de dicha votación, que obviamente es un vicio de particular gravedad, por cuanto desconoce una decisión de las cámaras con lo cual distorsiona la voluntad democrática del Congreso”. Y la siguiente de la Sentencia C 277 de 2007 “En conclusión, la votación, como expresión de la voluntad soberana y democrática de las cámaras legislativas, una vez producida con arreglo a los mandatos reglamentarios adquiere carácter intangible e irreversible, de manera que su desconocimiento o supresión acarrea inexorablemente un vicio de procedimiento que afecta la validez constitucional de la ley o del acto legislativo, produciendo su inexequibilidad.” (Intervención de CORTOLIMA. Páginas 4 y 5)

36Cita el interviniente la siguiente parte de la sentencia C-647 de 2000: “No obstante lo anterior, observa la Corte que, posteriormente, el día 15 de marzo del año 2000, el Ejecutivo Nacional retiró la objeción de inconstitucionalidad formulada contra el artículo 6º. del Proyecto de Ley No. 148 de 1998 -Senado de la República y 221 de 1999 -Cámara de Representantes “por medio de la cual se reglamenta el ejercicio de la actividad notarial”, lesionando el artículo 166 superior, pues no se respetó el término constitucional allí establecido para pronunciarse en relación con el proyecto de ley remitido por las Cámaras Legislativas dentro de los períodos constitucionales directamente establecidos por el legislador y por lo tanto la Corte Constitucional estima que dicho acto del Ejecutivo desconoce el orden superior y como tal entiende que el mismo carece de validez constitucional, por lo que se pronunciará sobre las objeciones inicialmente formuladas contra el artículo 6º del referido proyecto de ley.” (Intervención de CORTOLIMA. Página 5)

37El artículo 7 del convenio 169 de la OIT expresa: 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, 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.(Negrilla y subrayado fuera de texto original) (Intervención de CORTOLIMA. Páginas 6 y 7)

38Citó de la sentencia SU-039 de 1997 el siguiente fragmento: “La institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar: a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución. b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares. c) Que se le dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o

concertada.(Negrilla y subrayado fuera del texto original)" (Intervención de CORTOLIMA. Página 7)

39Al respecto el Procurador citó la siguiente parte de la Sentencia: "(…) como se indicó, es necesario diferir los efectos de la sentencia de inexequibilidad por un lapso de dos años, de manera que a la vez que se protege el derecho de las comunidades étnicas a ser consultadas sobre tales medidas legislativas, se salvaguarden los recursos naturales y las zonas de especial protección ambiental, indispensables para la supervivencia de la humanidad y de su entorno. A su vez, en consonancia con el precedente aplicado en esta oportunidad, la Corte concede el término prudencial antes señalado para que tanto por el impulso del Gobierno, como del Congreso de la República y dentro de sus competencias, den curso a las medidas legislativas dirigidas a la reforma del Código de Minas, previo el agotamiento de un procedimiento de consulta previa a las comunidades indígenas y afrocolombianas, en los términos del artículo 330 de la Carta Política. Bajo la misma lógica, en caso que esa actividad sea pretermitida por el Gobierno y el Congreso una vez culminado el término de dos años contados a partir de la expedición de esta sentencia, los efectos de la inconstitucionalidad de la Ley 1382/10 se tornarán definitivos, excluyéndose esta norma del ordenamiento jurídico."

40El artículo 243 de la Constitución señala que, "los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexequible por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución".

41 El artículo 46 de la Ley 270 de 1996 expresa que, "En desarrollo del artículo 241 de la Constitución Política, la Corte Constitucional deberá confrontar las disposiciones sometidas a su control con la totalidad de los preceptos de la misma Constitución".

42 Apartado del artículo 17 de la Ley 619 de 2000. El Auto en donde inicialmente se rechazó la demanda fue el Auto No 311 de 31 de octubre de 2001.

43Folio 366 del expediente.

44Ibídem. El Procurador citó los siguientes apartes del Auto 311 de 2001:"3. La sentencia C-737 de 2001 hizo tránsito a cosa juzgada constitucional (…) En los eventos en que la Corte

declara la inconstitucionalidad de una determinada norma o de todo un ordenamiento legal, el efecto que ello produce es su expulsión o desaparición del ordenamiento positivo y, en consecuencia, sobre ellos no se puede volver, esto es, no pueden ser objeto de nuevo pronunciamiento constitucional. La sentencia C-737 de 2001 mediante la cual la Corte declaró la inconstitucionalidad diferida de la ley 619 de 2001, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 243 del Estatuto Supremo, ha hecho tránsito a cosa juzgada constitucional de carácter absoluto y, por tanto, no es posible admitir nuevas demandas contra ese mismo ordenamiento, pues tal decisión cobijó la integridad de la ley (…) 4. El auto materia de súplica.En el auto que es objeto de súplica, la magistrada Clara Inés Vargas Hernández, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6 del decreto 2067 de 1991, rechazó la demanda presentada por el ciudadano Luis Enrique Olivera Petro contra un aparte del artículo 17 de la ley 619/00, por existir cosa juzgada constitucional, pues la Corte en la sentencia C-737 de 2001, declaró la inconstitucionalidad de la ley 619 de 2001, en su integridad, lo cual se ajusta a la Constitución y a la ley. Si la Corte ya juzgó desde el punto de vista constitucional la ley 619 de 2000 y la declaró inexequible en su integridad, mal podría ahora admitir nuevas demandas contra cada una de las disposiciones que la conforman, así el vicio hubiere sido de carácter formal, pues es apenas obvio que la inconstitucionalidad, como lo señaló expresamente la Corte en lasentencia C-737/01, cubrió todas las disposiciones que conforman dicho ordenamiento. Pretender lo contrario sería no sólo desconocer la naturaleza misma de la cosa juzgada constitucional, que convierte la sentencia en intocable e inmutable, sino también infringir el artículo 243 del Estatuto Superior que así lo dispone y el principio de seguridad jurídica. Dice el recurrente que como la inconstitucionalidad fue diferida, los preceptos de la ley 619 de 2001 se encuentran vigentes hasta el 20 de junio de 2002 y, por consiguiente, la Corte debe conocer la demanda por el presentada contra el artículo 17 parcial. No comparte la Corte este punto de vista, pues una cosa es la aplicación temporal o transitoria del ordenamiento declarado inconstitucional como consecuencia del diferimiento de los efectos del fallo que así lo establece, y otra muy distinta la existencia de cosa juzgada constitucional. Sobre la vigencia transitoria de la ley 619 de 2000, declarada inconstitucional no existe ninguna duda, pues como ya se ha explicado, el diferimiento de los fallos de inconstitucionalidad tiene un propósito fundamental: evitar que se produzcan vacíos normativos o situaciones graves y traumáticas que puedan resultar más lesivas y problemáticas que la misma inconstitucionalidad declarada. En el presente caso, la Corte Constitucional con el fin de prevenir esos efectos

nocivos que causaría el retiro inmediato de tal ordenamiento, los cuales expuso claramente, decidió emplazar al legislador para que expida antes del 20 de junio de 2002 la legislación correspondiente que repare la inconstitucionalidad decretada. Mientras ello se produce las normas cuya inconstitucionalidad se ha declarado siguen produciendo efectos, es decir, deben seguir siendo aplicadas. Si se cumple tal plazo y el legislador no ha expedido la ley reparatoria las normas declaradas constitucionales en forma temporal dejarán de regir a partir de esa fecha, por cuanto la inconstitucionalidad comienza desde ese mismo instante a producir plenos efectos. Cuando la Corte declara la inconstitucionalidad simple de normas legales, cualquiera que haya sido el vicio constitucional encontrado, se produce el retiro inmediato de las mismas del ordenamiento positivo y, por tanto, sobre tales preceptos no es posible volver, esto es, emitir un nuevo pronunciamiento. Cuando la inconstitucionalidad es diferida tal expulsión sólo se produce a partir de la fecha en que la Corte lo determine aunque ya se sabe y así lo ha declarado la Corte que es inconstitucional. En ambos casos los fallos correspondientes hacen tránsito a cosa juzgada constitucional de carácter absoluto. Cuando una ley es declarada inexequible, por vicio de procedimiento en su formación, en realidad la voluntad del legislador no se ha formado nunca, o no ha surgido válidamente a la vida jurídica y en consecuencia no es ni siquiera necesario examinar si es inexequible por razones de fondo; la inexequibilidad por razones de fondo, presupone que la norma ha sido expedida de conformidad con el procedimiento que la propia Constitución exige para que surja válidamente al orden jurídico. En el caso concreto que nos ocupa ya se produjo un fallo de inexequibilidad, que se fundamentó en vicios de procedimiento y, en consecuencia, no es procedente otro fallo por razones de fondo. La inconstitucionalidad diferida, presupone precisamente eso, que la norma es inconstitucional y, que ya ha sido declarada como tal por el tribunal constitucional. Cuando el fallo es de constitucionalidad la Corte no agrega nada a la norma ya existente; en cambio cuando el fallo es de inconstitucionalidad no solo se agrega, sino que se le quita algo a la norma, pues se le quita lo más importante que tiene: su validez (ya que el juicio de constitucionalidad es un juicio sobre la validez de la norma jurídica); aunque se mantenga su vigencia. Por esa razón es que sólo se pueden diferir en el tiempo los fallos de inconstitucionalidad, pues no existe la constitucionalidad diferida en el tiempo. El diferimiento de la inconstitucionalidad declarada por la Corte en la sentencia C-737 de 2001 hasta el 20 de junio de 2002 no tiene la virtud de afectar ni de modificar la cosa juzgada constitucional que tal pronunciamiento ha producido (art. 243 C.P.). Que las normas declaradas inconstitucionales se encuentren vigentes transitoriamente significa que

la Corte ha dispuesto que se apliquen por un tiempo más, mientras el legislador profiere la ley que llene el vacío legislativo que se crearía si fueran retiradas del ordenamiento positivo en forma inmediata, lo cual deberá hacer dentro del plazo que ella le ha fijado, pero no que la ley demandada no haya sido objeto de juzgamiento constitucional, así los motivos invocados en las nuevas acusaciones sean distintos a los analizados en el citado fallo".

45 Auto 311 de 2001. En este mismo Auto se ha dicho que, "Cuando una ley es declarada inexequible, por vicio de procedimiento en su formación, en realidad la voluntad del legislador no se ha formado nunca, o no ha surgido válidamente a la vida jurídica y en consecuencia no es ni siquiera necesario examinar si es inexequible por razones de fondo; la inexequibilidad por razones de fondo, presupone que la norma ha sido expedida de conformidad con el procedimiento que la propia Constitución exige para que surja válidamente al orden jurídico".

46 En el artículo 21 del Decreto 2067 de 1991 se establecía que los fallos de la Corte Constitucional sólo tenían efectos hacia el futuro, salvo para garantizar el principio de favorabilidad en materia penal, policiva y disciplinaria y en el caso contemplado por el artículo 149 de la Carta (reunión de los miembros del Congreso que se efectúe fuera de las condiciones constitucionales) que podía tener efectos retroactivos ex tunc. Sin embargo, hay que tener en cuenta que esta disposición fue declarada inconstitucional en la Sentencia C-113 de 1993, en la cual se sentó la línea jurisprudencial en la que se afirma que la Corte Constitucional es el único órgano competente para señalar los efectos de sus propias Sentencias, doctrina que también se usó en la Sentencia C – 131 de 1993. En un posterior intento del legislador de regular la materia se introdujo el artículo 45 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia que fue declarado parcialmente inconstitucional, pero en donde fue declarado como constitucional el apartado del artículo que establece que, "Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tiene efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario". Es decir que la regla general es que la Corte profiera su fallos con efectos ex nunc o pro futuro, pero en determinados casos la Corte Constitucional puede apartarse de dicha regla y establecer la aplicación retroactiva de sus decisiones (Sentencias C – 149 de 1993, C – 1316y C – 1433 de 2000 entre otras). Igualmente con relación a la posibilidad de establecer los efectos temporales de la Sentencia con efectos diferidos o pro futuro, es decir que se declare la inconstitucionalidad de la norma,

permitiendo que ésta continúe vigente en el ordenamiento mientras se dicte una disposición que la remplace (Sentencias C – 607 de 1992, C- 423 de 1995, C – 221 de 1997, C – 700 de 1999, C- 141 de 2001, C- 737 de 2001, C- 720 de 2007, C-252 de 2010 y C- 818 de 2011). Sobre los aspectos temporales de las sentencias en Colombia ver JULIO ESTRADA, Alexei, Las Ramas Ejecutiva y Judicial del Poder Público en la Constitución, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003; SOLANO GONZÁLEZ, Édgar, "La modulación de los efectos de las sentencias de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional", en: Teoría Constitucional y Políticas Públicas: Bases crítica para una discusión, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 566; OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, Tipología de nuestras sentencias constitucionales, en: Universitas, Universidad Javeriana, pp. 573 – 602; MARTINEZ CABALLERO, Alejandro, "Tipos de Sentencia en el control de constitucionalidad de las leyes", en: Revista de Socio Jurídicos, Vol. 2. No 1, 2000, pp. 9 – 32

47 Declarado exequible mediante la Sentencia C- 037 de 1996.

48 KELSEN, Hans, La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional), trad. Rolando Tamayo Salmorán y revisado por Domingo García Belaunde, en: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, No 10, julio – diciembre de 2008, p. 36 (Negrilla fuera del texto).

49 BRAGE CAMAZANO, Joaquín, La acción abstracta de inconstitucionalidad, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Serie Doctrina Jurídica, No 248, 2005, p. 359.

50 EGUIGUEREN PRAELI, Francisco José, "Efectos de las sentencias sobre inconstitucionalidad", México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Serie doctrina Jurídica, No 108, 2002, p. 187.

51 Ibíd., p. 188. El numeral quinto del artículo 140 establece lo siguiente: "(5) Das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes, mit dem ein Gesetz als verfassungswidrig aufgehoben wird, verpflichtet den Bundeskanzler oder den zuständigen Landeshauptmann zur unverzüglichen Kundmachung der Aufhebung. Dies gilt sinngemäß für den Fall eines Ausspruches gemäß Abs. 4. Die Aufhebung tritt mit Ablauf des Tages der Kundmachung in Kraft, wenn nicht der Verfassungsgerichtshof für das Außerkrafttreten eine Frist bestimmt. Diese Frist darf 18 Monate nicht überschreiten" [5. El fallo del Tribunal Constitucional por el que se anule una ley como inconstitucional, obliga al Canciller federal o al Gobernador regional competente a

publicar sin demora la derogación. Se aplicará este precepto por analogía al caso de las acciones interpuestas al amparo del párrafo 4. La anulación entrará en vigor el día de la promulgación, si el Tribunal Constitucional no hubiese fijado un plazo para la expiración de la vigencia. Dicho plazo no podrá exceder de 18 meses].

52 Sobre el particular ver Cf. José Luis Cascajo Castro, “La Jurisdicción Constitucional de la Libertad”, separata del No 199 de la Revista de Estudios Políticos, Madrid, p. 1993. Se cita igualmente esta jurisprudencia como ejemplo de sentencia diferida o pro futuro en el libro de Bidart Campos, Germán J., “El derecho de la Constitución y su fuerza normativa”, México, UNAM, 2003, pp. 395 a 398.

53 Por ejemplo la posición de Öhlinger T., “Le controle de la constitutionnalité en Autriche”, Aix en- Provence, 1983 citado por Louis Favoreu, Los Tribunales constitucionales, Barcelona, Ariel, 1994, p. 56. Sobre la idea del diálogo entre poderes las tesis de Carlos Santiago Nino, La Constitución en la democracia deliberativa, Barcelona, Gedisa, 1997 y recientemente de Roberto Gargarella, La Justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial, Barcelona, Ariel, 1996.

54Para el caso alemán ver, entre otras, las siguientes obras: Hans Peter Schneider, Democracia y Constitución, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 62 y 218 y ss. Klaus Schlaich. “El Tribunal Constitucional Federal Alemán” en: Varios Autores. Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 192 y ss. Donald P. Kommers, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany. Durham: Duke University Press, 1989, pp. 60 y ss. Ver Albrecht Weber. “Alemania” en Eliseo Aja (Ed.) Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual, Barcelona, Ariel, 1998, pp. 77 y ss.

55 Sobre el particular ver el texto “Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber apellieren?”, en: Festscrift für Gebhard Müller, 197, pp. 355 y ss. Citado por Klaus Schlaich, “El Tribunal Constitucional Federal Alemán”, en: Tribunales Constitucionales Europeos y DerechosFundamentales, AA.VV., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, 1984, p. 199.

56 Ibíd., pp. 199 – 200.

57 Ibíd. p. 200.

58 Esta misma práctica ha sido explicada por Favoreu cuando dice que la técnica de anulación diferida del Tribunal Constitucional alemán se da cuando la ley no es inconstitucional en su origen, pero progresivamente lo va siendo, debido a la evolución de los hechos o del derecho, “En este caso el Tribunal constitucional no anula la ley, sino que la pone en precario al indicar al legislador que ya sólo es constitucional provisionalmente, por razones que se precisan en la exposición de motivos, y le ordena que modifique la ley, fijándole en ocasiones un plazo concreto”. Béguin pregunta que, “no puede evitarse la pregunta de si esta técnica no constituye la expresión de una tendencia a buscar un modo de intervención emparentado por su naturaleza con un control de tipo preventivo”. (Ver FAVOREU, Louis, Los Tribunales, Op. cit., p. 78).

59En este caso se dijo que, “No se puede decir en la actualidad que las más rigurosas condiciones que establece la legislación vigente para la pensión de un viudo en comparación con las exigidas para ser acreedor a una pensión de dicho tipo por la viuda en la Seguridad Social sean incompatibles con la Ley Fundamental. El legislador debe, sin embargo, esforzarse por encontrar una solución apropiada que excluya en el futuro una violación del artículo 3, apartados 2 y 3 de la L.F. La ley, sin duda constitucional en su origen, está actualmente en vías de ser inconstitucional, a la vista del cambio del papel de la mujer en la pareja y en la familia; será, por tanto, necesario que se aborde la reforma de dicha cuestión, pero hay que dar al legislador el tiempo necesario para llevarla a cabo. El legislador habría podido remitirse a la constitucionalidad de la regulación existente a tener de una anterior decisión del Tribunal, pero en la actualidad corresponde al legislador la misión constitucional de adecuar la regulación del tema a la nueva situación” (Ibíd. pp. 200 a 201 negrilla fuera del texto).

60Para Klaus Schlaich esta serie de decisiones ponen de manifiesto que en determinados casos, y solo de manera excepcional, el Tribunal Constitucional debe tener en consideración “ ‘las consecuencias políticas’ de su jurisprudencia y tener en cuenta las graves consecuencias que para la vida estatal pueden llegar a tener sus decisiones: caos jurídico, vacío jurídico etc. y ¿Qué valor tiene la razón práctica con respecto a las exigencias imperativas del derecho constitucional? ¿Qué papel juega en particular el factor de tiempo (plazo de transición, fijación de plazo, no todavía inconstitucional, en vías de

inconstitucionalidad)?" (Ibíd., p. 201 a 202).

61 Sobre este tipo de sentencia Paul Rueda Leal dice: "Sentencia apelativas: (…) Sin embargo, en otras situaciones, si bien se desestima la acción, el Tribunal hace una exhortación al legislador y le advierte del denominado "posterior deber legislativo de corrección" (Nachbesserungspflicht). El Tribunal señala que de acuerdo con el estado actual de la experiencia y conocimiento de cierta área, al momento de dictar el fallo, no se puede acreditar inconstitucionalidad alguna. Lo que no obsta para encomendarle al Legislador que según el avance de la ciencia y la tecnología, mejore el estado actual de la regulación – como sucedió con la sentencia sobre el uso pacífico de la energía atómica" (RUEDA LEAL, Paul, "Fundamento teórico de la tipología de sentencia en procesos de constitucionalidad", en: Estudios Constitucionales, año/vol. 2, número 001, Centro de Estudios Constitucionales, Santiago de Chile, p. 333).

62Citado por Albrecht Weber. Op. cit., p 78.

63 EGUIGUEREN PRAELI, Francisco José, Op. cit. p. 189.

64 Sobre la doctrina de este tipo de sentencias, al igual que las sentencias manipulativas (sustitutivas, integradoras e interpretativas) se puede consultar el texto de Augusto Martín de la Vega, "Sentencia constitucional en Italia", Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2003, pp. 323 a 387. Igualmente el texto de ZAGREBELSKY, Gustavo, "Il controllo da parte della Corte constitucionales degli effetti temporali delle pronunce de inconstituzionalitá: possibilita e limite", en: Efetti temporali delle sentenze della Corte constituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere. Atti del Seminario di studi tenuto al Palazzo della Consulta il 23 e 24 novembro 1988, Milano, 1989. Igualmente el texto de POLITI, F., "Principio di continuita dell ´ordinamento giuridico e dovere di eliminazione delle norme inconstituzionali: "giusta preoccupazione" o "eccesivo timore" della giurisprudenza costituzionali per gli effetti di una declaratoria di incostituzionalitá?"; en: Giurisprudenza Constituzionale, 1992.

65Ver Roberto Romboli. "Italia" en:Eliseo Aja (Ed) Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual, Barcelona: Ariel, 1998, pp. 112 y ss.

66EGUIGUEREN PRAELI, Francisco José, Op. cit. p. 190.

67 MARTÍN DE LA VEGA, Augusto, Ob. cit., p. 331.

68 Sobre el particular ver el texto de Augusto Martín de la Vega, Op. Cit. pie de página No 7, p. 330.

69Ver JIMÉNEZ CAMPO, Javier, “Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley” en: Eliseo Aja (Ed) Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual. Barcelona: Ariel, 1998, pp. 193 y ss. Sobre el término de “inconstitucionalidad prospectiva” ver el texto de ENTERRÍA, “Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales”, en: Revista Española de Derecho Administrativo, 1989.

71 Dice la Sentencia que para evitar estas consecuencias, “… la declaración de inconstitucionalidad de la Ley 6/1992 no debe llevar aparejada la inmediata declaración de nulidad, cuyos efectos quedan diferidos al momento en el que la Comunidad Autónoma dicte la pertinente disposición en la que las Marismas de Santoña sean declaradas espacio natural protegido bajo alguna de las figuras previstas legalmente”. (Ver la Sentencia en: http://www.boe.es/boe/dias/1998/10/30/pdfs/T00061-00066.pdf).

72 Subraya el Tribunal Constitucional que la obligación internacional de proteger las Marismas de Santoña y Noja no solamente es una obligación estatal, sino también internacional y se dice que, “Se trata, además, de intereses y perjuicios que trascienden el plano nacional, como lo demuestra el contenido de la Sentencia, de 2 de agosto de 1993, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por la que se condena al Reino de España, al no haber clasificado las Marismas de Santoña como zona de protección especial y no haber adoptado las medidas adecuadas para evitar la contaminación o el deterioro de los hábitats de dicha zona”. (Ibíd.)

73 Se dijo en dicha Sentencia que, “La pura y simple anulación de la Directiva 90/366, relativa al derecho de residencia de los estudiantes, podría perjudicar al ejercicio de un derecho derivado del Tratado, es decir, el derecho de residencia de los estudiantes a efectos de su formación profesional. Además, ni las Instituciones ni los Estados miembros cuestionan el contenido normativo esencial de la Directiva, cuyo plazo de ejecución por parte de los Estados miembros ya ha expirado. En estas circunstancias, importantes motivos de seguridad jurídica, similares a los que concurren en los casos de anulación de determinados

Reglamentos, justifican que el Tribunal de Justicia ejercite la facultad que le confiere expresamente el párrafo segundo del artículo 174 del Tratado en caso de anulación de un Reglamento y decida que se mantengan provisionalmente la totalidad de los efectos de la Directiva anulada, hasta el momento en que el Consejo la sustituya por una nueva Directiva cuya base jurídica sea adecuada" (Ver: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61990J0295:ES:HTML).

74Fundamento 22 de la Sentencia.

75 SAGÜES, Néstor Pedro, "Los principios específicos del Derecho Constitucional", Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993, p. 34Citado por Germán J. Bidart Campos, "El derecho de la Constitución y su fuerza normativa", México, UNAM, 2003, ´P. 395.

76 Expresión del voto particular del Magistrado Harlan.

77Uno de los conflictos más graves de la implementación de la sentencia fue el que se presentó en Little Rock, Arkansas, en donde el Gobernador Orval Faubus envió al ejército estadual para evitar la entrada de los nueve estudiantes negros al Central High School en Little Rock. Con posterioridad a los intentos infructíferos de negociar con Faubus, el Presidente Eisenhower nacionalizó el ejército estadual, retirándolo de esta manera del control del gobernador, y envió tropas del ejército permanente para ocupar Little Rock y acompañar a los estudiantes negros al Central High School. (Ver sobre el particular el libro de Robert A. Burt, Constitución y conflicto, Buenos Aires, Eudeba, 2000 pp. 373 a 423).

78 Ver al respecto la Sentencia C-252 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio).

79Algunos doctrinantes como Joaquín Brage Camazano han establecido que esta posibilidad de diferimiento que se otorga a partir de la reglamentación no puede dar lugar a interpretaciones "disparatadas" por parte de la Corte Suprema de Justicia en la determinación del lapso de la exequibilidad de la norma. Dice Brage Camazano que, "Esta interpretación del texto constitucional por el legislador ordinario no era la única posible, si bien la constitucionalidad no parece discutible. Hay que reconocer, por lo pronto, que el hecho de que el texto constitucional guarde silencio sobre el momento en que las sentencias han de empezar a producir sus efectos no puede ser interpretado como una remisión en blanco al legislador en tan importante punto, obviamente. De otra forma, esa remisión sin

más al legislador dejaría en manos de éste la destrucción pura y simple de todo el sistema trabajosamente diseñado para controlar, concentradamente por la Suprema Corte y por vía de acción planteada por determinados órganos políticos, la constitucionalidad de las leyes y tratados internacionales. El legislador no puede ser libre para establecer, pongamos por caso, que las sentencias producirán sus efectos a los 10 años de su publicación, ni otras regulaciones disparatadas que rompan con el sistema introducido por el artículo 105 constitucional, y así se desprende de las más obvia interpretación sistemática y teleológica del citado precepto". (BRAGE CAMAZANO, Joaquín, La acción abstracta de inconstitucionalidad, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie: Doctrina Jurídica, No 248, UNAM, 2005, p. 361).

80En dicha sentencia se dijo lo siguiente: "Decisiones con las repercusiones de la presente, no pueden dictarse desatendiendo las graves consecuencias que, de modo inmediato, derivarán de ella. Ello exige que el Tribunal, en cumplimiento de su deber constitucional de adoptar las medidas apropiadas para evitar el caos institucional o la eventual paralización del servicio de justicia, establezca pautas claras y concretas acerca de la manera en que los efectos de su pronunciamiento operarán en el tiempo".

81Ver: www.saberderecho.com.Se debe destacar que el juez Carlos Fayt, en el voto concurrente a este sentencia establece que, "la aplicación en el tiempo de los nuevos criterios debe ser presidida por una especial prudencia con el objeto de que los avances propuestos no se vean malogrados en ese trance" (Fundamento Jurídico No 22 y 23 ver el fallo en: http://www.diariojudicial.com/contenidos/2007/05/24/noticia_0006.html).

82Proyecto de Reforma Constitucional que modifica el artículo 94 de la Constitución Política de la República. Boletín N° 6221-07, Cámara de Chile.

83Sobre el particular ver el texto de José Antonio Rivera Santiváñez, "Los efectos de las sentencias constitucionales en el ordenamiento jurídico interno", en: Estudios Constitucionales, pp. 607 a 608.

84Esta misma modalidad ha sido empleada en las sentencias de constitucionalidad SC 018/2003, de 24 de febrero; SC 024/2004, de 16 de marzo; 007/2006, de 31 de enero, entre otras. (Ibíd).

85En dicha Sentencia se dijo lo siguiente: “De una interpretación contextualizada de la Constitución, surge un mandato genérico al poder público para que, dentro del orden de sus competencias específicas, precautele que los órganos de la estructura básica del poder político del Estado funcionen en su integridad e ininterrumpidamente; por consiguiente, este Tribunal, en uso de las facultades que le otorga el art. 48.4 de la Ley 1836, que le faculta dimensionar los efectos de sus resoluciones en el tiempo, tiene que evitar que a consecuencia de este fallo, se cree en el país –con las acefalías– un estado de inconstitucionalidad que provoque mayor lesión a la Constitución y a la seguridad jurídica en el país, que el que se trata de evitar, por lo que debe diferir los efectos del presente fallo, disponiendo a su vez, que los órganos legitimados por la Constitución, realicen la elección de las autoridades aludidas, dentro de un término perentorio”. En este caso el Tribunal Constitucional resolvió: 1° declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal impugnada; 2°diferir por el término de sesenta días los efectos de la sentencia; y 3° Exhortar al Congreso Nacional, para que en el término máximo de sesenta días designe a los funcionarios a que se refiere la disposición legal declarada como inconstitucional (Ver. Ibíd., p. 606)

86Exp. No 0024-2003-AI/Tc. Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Municipalidad Distrital de Lurín contra la Municipalidad Provincial de Huarochiri y la Municipalidad Distrital de Santo Domingo de Los Olleros, con el objeto que corresponde al Poder Ejecutivo la atribución de proponer la demarcación territorial y al Congreso aprobar la misma (Ver la Sentencia en: http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00024-2003-AI.html).

87En esta misma sentencia se dio la siguiente explicación en torno al efecto prospectivo del precedente y se estableció que, “Esta decisión de diferir la eficacia del precedente puede justificarse en situaciones tales como el establecimiento de requisitos no exigidos por el propio Tribunal con anterioridad al conocimiento y resolución de la causa en donde se incluye el nuevo precedente; la existencia de situaciones duraderas o de trato sucesivo; cuando se establecen situaciones objetivamente menos beneficiosas para los justiciables, etc. En atención a lo expuesto, el Tribunal Constitucional, al momento de cambiar de precedente, optará, según sean las circunstancias, por establecer lo siguiente: a) Decisión de cambiar de precedente vinculante ordenando la aplicación inmediata de sus efectos, de modo que las reglas serán aplicables tanto a los procesos en trámite como a los procesos que se inician después de establecida dicha decisión b) Decisión de cambiar de precedente vinculante, aunque ordenando que su aplicación será diferida a una fecha posterior a la culminación de

determinadas situaciones materiales. Por ende, no será aplicable para aquellas situaciones jurídicas generadas con anterioridad a la decisión del cambio o a los procesos en trámite. Este Colegiado ya ha tenido oportunidad de utilizar la técnica de eficacia prospectiva del precedente vinculante en el caso Juan Carlos Callegari Herazo [Expediente N.º 0090-2004-AA/TC], en donde se estableció con efecto diferido la aplicación de las nuevas reglas relativas al pase a la situación de retiro por causal de renovación de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional. Así, en dicho proceso, fijó lo siguiente: "Este Tribunal anuncia que con posterioridad a la publicación de esta sentencia, los nuevos casos en que la administración resuelva pasar a oficiales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional de la situación de actividad a la situación de retiro por renovación de cuadros, quedarán sujetos a los criterios que a continuación se exponen: (…)".

88 Sobre esta diferenciación ver el texto de Alejandro Martínez Caballero en donde se dice que, "Una cosa es que el juez constitucional precise si una norma legal viola o no la Constitución, que es un acto de conocimiento, y otra que decida declarar su inexequibilidad, anularla, o retirarla del ordenamiento, que es una decisión. Por ende, no existe ninguna contradicción en que un juez constitucional constate la incompatibilidad de la disposición acusada con la Carta pero decida no anularla, como lo ha hecho, en innumerables ocasiones, el Tribunal Constitucional alemán, que precisamente distingue entre la verificación de la contradicción de una ley con la constitucionalidad o "inconstitucionalidad simple", y la decisión de anularla". (MARTINEZ CABALLERO, Alejandro, Tipos de sentencias en el control de constitucionalidad de las leyes: la experiencia colombiana", Op. cit. p. 31).

89 Sobre la diferenciación entre la constitucionalidad y la exequibilidad Abraham Sánchez Sánchez dice, "El concepto de inexequibilidad resulta, pues, depurado y reducido a sus justas proporciones cuando se le desvincula de la definición de los efectos temporales de la sentencia y cuando se le distingue de la noción de inconstitucionalidad tal como en sucesivas sentencias lo ha hecho la Corte Constitucional. La Corporación, sin embargo, no ha indicado de modo expreso que la inconstitucionalidad recae sobre las normas, mientras que la inexequibilidad se predica de las disposiciones, pero el entendimiento de las diferencias básicas entre los dos conceptos conduce a derivar esta otra distinción surgida del proceso que va cumpliendo el juez constitucional en su camino hacia la decisión final revestida de forma de sentencia" (SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Abraham, Sentencias interpretativas y control de Constitucionalidad en Colombia, Bogotá, Ibáñez, 2005 p. 232).

90 Rodrigo Uprimny ha dicho que se debe buscar un punto intermedio en la facultad de diferimiento y ha establecido que, “Una rama judicial puramente consecuencialista deja entonces de ser una administración de justicia centrada en la protección de derechos y en la aplicación de las normas pues deviene en un órgano puramente político, que para decidir evalúa y clasifica intereses, conforme a valoraciones subjetivas…”. En este sentido pone como ejemplo la Sentencia del Tribunal Europeo de Justicia de 15 de diciembre de 1995 que estableció que, “las consecuencias prácticas de cualquier decisión jurisdiccional deben sopesarse cuidadosamente ‘pero que no’ puede llegarse hasta el punto de distorsionar la objetividad del Derecho y poner en peligro su aplicación futura por causa de las repercusiones que puede tener una resolución judicial. Como máximo, tales repercusiones podrían ser tenidas en cuenta para decidir, en su caso, si procede, con carácter excepcional, limitar los efectos de una sentencia en el tiempo” (UPRIMNY, Rodrigo, Legitimidad y conveniencia del control de constitucionalidad a la economía, en: Independencia judicial en América Latina, ¿De quién?, ¿Para qué?, Germán Burgos (ed.), Ilsa, Bogotá, 2003, p. 334).

91 M.P. Fabio Morón Díaz. Sobre esta primera sentencia como antecedente del diferimiento de los efectos temporales ver el artículo de Édgar Solano González, “La modulación de los efectos…” (Op. cit., pp. 574 a 575).

92La posibilidad de posponer la vigencia de la decisión la explicó la Corte de la siguiente manera: “La Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-113 de 1993, de la cual fue ponente el doctor Jorge Arango Mejía, estableció que corresponde a esta Corporación, señalar en la propia sentencia los efectos de su decisión, principio que, dijo, ‘es válido en general y rigurosamente exacto en tratándose de las sentencias dictadas en asuntos de constitucionalidad’. En este caso, el Gobierno deberá darle cumplimiento al artículo 15 de la Ley 179 de 1994, especialmente en su inciso tercero, a partir de la vigencia fiscal de 1995”.

93M.P. Alejandro Martínez Caballero.

94 En los fundamentos jurídicos 26 y 27. En el fundamento jurídico 27 se dice, “Este tipo de decisión de constitucionalidad temporal no es entonces, en manera alguna, una innovación doctrinaria de esta Corte o de esta sentencia. Ella resulta de las tensiones propias del texto constitucional en donde es usual que existan principios en conflicto. Esto explica que la

mayoría de los tribunales constitucionales evalúen los efectos constitucionales de sus decisiones y establezcan, en consecuencia, diversas modalidades de sentencias, a fin de armonizar en el tiempo los principios que pueden resultar afectados con un fallo de exequibilidad o inexequibilidad simple. Así, el Tribunal Constitucional Austríaco ha establecido diversos tipos de decisiones en relación con el efecto temporal de sus sentencias de inconstitucionalidad, puesto que en ellas puede fijar la fecha en que dejaron de estar en vigor las normas legales revisadas, o aplazar la entrada en vigor de otras disposiciones. También puede el Tribunal austríaco establecer constitucionalidades temporales, esto es, ordenar que la ley declarada contraria a la Carta Fundamental continúe en vigor por un período de tiempo no superior a un año, a fin de permitir al Congreso su modificación. Por su parte, el Tribunal Constitucional alemán también ha recurrido a múltiples variantes de sentencias desde el punto de vista temporal. Así, en determinadas ocasiones, el Tribunal declara la "incompatibilidad" de una ley con la constitución o "inconstitucionalidad simple" pero no la "anula", esto es, no la expulsa inmediatamente del ordenamiento, sino que encomienda al legislador una nueva redacción conforme a la Carta. En tales casos, el Tribunal Constitucional le encarga al legislativo, a veces con plazo determinado, a veces sin plazo, que modifique la ley para adaptarla a la Constitución".

95 Se dice en el fundamento jurídico 25 de dicha sentencia que, "25- En ese orden de ideas, la Corte considera que la decisión más razonable, dentro de las complejas circunstancias del caso, es la siguiente: en un primer momento, la Corte constata, por las razones anteriormente expuestas, la incompatibilidad con la Constitución del artículo impugnado, pero no declara su inexequibilidad inmediata a fin de evitar un efecto desproporcionado, y por ende inconstitucional, sobre los principios concurrentes. La Corte mantiene entonces la disposición acusada dentro del ordenamiento, en forma temporal, en función del respeto a la libertad de configuración del Legislador, ya que, como se vio, las decisiones de inexequibilidad y la realización de unidades normativas implican que sea la sentencia de la Corte, y no el debate democrático en el Congreso, quien defina el monto de las regalías por la extracción de la arena, el cascajo y la piedra del lecho de los ríos. Además, el impuesto municipal es en este instante la única carga económica por la extracción de estos recursos, esto es, tal impuesto representa al momento de proferirse la decisión el único medio existente para resarcir la utilización y aprovechamiento privados de un recurso estatal del cual debe beneficiarse la comunidad en su conjunto, lo cual justifica en cierta medida su mantenimiento, al menos en forma temporal. Esto significa que en un primer momento, y

teniendo en cuenta que la norma acusada es preconstituyente y Colombia sigue viviendo un complejo proceso de transición constitucional, la Corte confiere prevalencia al principio democrático, a la separación de poderes y a la amplia libertad del Legislador en el campo de regalías, ya que considera que cualquier otra decisión afecta en mayor medida los otros principios constitucionales concurrentes, y en especial la libertad del Congreso para definir los montos y distribuciones de las regalías."

96 Dice la Corte Constitucional en este fallo que, "…es necesario señalar que para que proceda una declaración de inconstitucionalidad diferida se requiere que esta sea la única alternativa que posibilite la defensa integral del orden constitucional. No se trata entonces de una decisión sujeta a valoraciones políticas o de conveniencia, sino al resultado de un estudio de los efectos del fallo de inexequibilidad sobre las normas constitucionales. Tampoco constituyen, este tipo de fallos, una opción del Juez constitucional. Siempre que exista la posibilidad de excluir o mantener definitivamente una norma en el ordenamiento debe optarse por esta alternativa, pues ella genera mayor certidumbre y confianza en el sistema jurídico-constitucional. Sin embargo, en casos límites en los cuales quede claramente establecido el virtual efecto inconstitucional de un fallo, la Corte debe modularlo para garantizar la protección integral del orden constitucional".

97 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

98 En dicha sentencia se dice: "Declárense INEXEQUIBLES en su totalidad los siguientes artículos del Decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), que estructuraban el sistema UPAC: 18, 19, 20, 21, 22, 23, 134, 135, 136, 137, 138, 139 y 140. Cuarto.- Los efectos de esta Sentencia, en relación con la inejecución de las normas declaradas inconstitucionales, se difieren hasta el 20 de junio del año 2000, pero sin perjuicio de que, en forma inmediata, se dé estricto, completo e inmediato cumplimiento a lo ordenado por esta Corte en Sentencia C-383 del 27 de mayo de 1999, sobre la fijación y liquidación de los factores que inciden en el cálculo y cobro de las unidades de poder adquisitivo constante UPAC, tal como lo dispone su parte motiva, que es inseparable de la resolutiva y, por tanto obligatoria".

99 En dicho fallo se dijo, "Las normas acusadas, integrantes del Decreto 663 de 1993, son retiradas del ordenamiento jurídico, por ser inconstitucionales, desde la fecha de notificación

de la presente sentencia. No obstante, en cuanto el vicio encontrado en ellas, que ha provocado la declaración de inexequibilidad, consiste precisamente en que las reglas generales sobre financiación de vivienda a largo plazo deben estar contenidas en ley dictada por el Congreso y de ninguna manera en un decreto expedido con base en facultades extraordinarias, la Corte considera indispensable dar oportunidad para que la Rama Legislativa ejerza su atribución constitucional y establezca las directrices necesarias para la instauración del sistema que haya de sustituir al denominado UPAC, sin que exista un vacío inmediato, por falta de normatividad aplicable. Con miras a un adecuado tránsito entre los dos sistemas, sin traumatismos para la economía, es el caso de que las normas retiradas del ordenamiento jurídico puedan proyectar sus efectos ultraactivos mientras el Congreso, en uso de sus atribuciones, dicte las normas marco que justamente se han echado de menos, y el Ejecutivo, por decretos ordinarios, las desarrolle en concreto. Se estima razonable, entonces, que dicha ultraactividad de las normas excluidas del orden jurídico se prolongue hasta el fin de la presente legislatura, es decir, hasta el 20 de junio del año 2000".

100M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

101M.P. Carlos Gaviria Díaz.

102Como explicación al diferimiento dijo la Corte en dicha oportunidad que, "…el retiro del ordenamiento positivo de dicha disposición crea un vacío legal en cuanto al funcionario competente para conocer de los procesos laborales y las instancias de los mismos, el cual no puede ser llenado por esta corporación, la Corte diferirá los efectos de esta sentencia hasta el 20 de junio de 2001, es decir, que la norma declarada inexequible solamente podrá ser aplicada hasta esa fecha. Durante ese período el Congreso de la República deberá expedir la disposición que reemplace la declarada inconstitucional, haciendo efectivo el principio de igualdad y garantizando los demás derechos y preceptos constitucionales"

104 El artículo 21 de dicha regulación establecía lo siguiente: "Artículo 21º.- Autoridades. Para el cumplimiento de las funciones y servicios a cargo de los nuevos departamentos, en aquellas áreas que no formen parte de un determinado municipio, los corregimientos de las antiguas Intendencias y Comisarías se mantendrán como divisiones departamentales. En cada una de ellas habrá un corregidor, que será agente del gobernador, y una Junta Administradora, que se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias

correspondientes a los corregimientos de las antiguas Intendencias y Comisarías".

105La Corte Constitucional estableció en la parte resolutiva de dicha Sentencia que, "…a fin de que el Congreso, dentro de la libertad de configuración que le es propia, expida el régimen que permita la progresiva transformación de los corregimientos departamentales en municipios, o su incorporación en municipios existentes. Pero si transcurren las dos legislaturas, y el Congreso no expide una regulación que sustituya al artículo 21 del Decreto 2274 de 1991, entonces la declaración de inexequibilidad se hará efectiva y ese artículo saldrá del ordenamiento en ese momento".

106 M.P. Jaime Araujo Rentería.

107Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 144 parágrafo 2º, 354 parcial, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 392 parcial, 404 parcial de la Ley 600 de 2000.

108En el numeral tercero de la parte resolutiva de dicha sentencia se dijo lo siguiente: "TERCERO. Declarar INEXEQUIBLES los artículos 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388 y 389 de la ley 600 de 2000, a partir del 31 de diciembre de 2002. El Congreso de la República deberá regular el derecho fundamental de habeascorpusy los recursos y procedimientos para su protección por medio de ley estatutaria, que deberá expedir antes de la fecha mencionada, esto es, del 31 de diciembre de 2002".

109 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

110 La explicación sobre el plazo del diferimiento se dio en el fundamento jurídico 55 de dicha providencia en donde se dijo que, "55. Conforme a lo anterior, la Corte concluye que la totalidad de la Ley 619 de 2000 debe ser declarada exequible, pero de manera temporal. Resta entonces únicamente definir cuál es el plazo que será conferido al Legislador para corregir la inconstitucionalidad que ha sido constatada. Como ya se señaló en esta sentencia, este término depende, en gran medida, de la complejidad misma del tema a ser regulado y del posible impacto negativo de la preservación de esa normatividad en la vigencia de los principios y derechos constitucionales. Ahora bien, las regalías son de gran importancia en el esquema constitucional colombiano, puesto que no sólo, como ya se explicó, tienen un gran impacto macroeconómico sino que, además, la Carta, en forma expresa, confiere tareas expresas al Legislador en la materia (CP 360 y 361). Es pues

importante que el Congreso defina, en forma rápida, si realmente ratifica el régimen establecido por la Ley 619 de 2000, o si lo deroga, o lo modifica. Por ello, el término establecido por la Corte debe ser breve. Sin embargo, la regulación de las regalías es un tema complejo, en donde la libertad del Legislador es además muy amplia, por lo cual es necesario que el Congreso goce de un tiempo suficiente para debatir adecuadamente las distintas posibilidades de política en este campo. El plazo no puede ser entonces excesivamente estrecho. En tales condiciones, y teniendo en cuenta que esta sentencia será notificada cuando se está iniciando la presente legislatura del Congreso, la Corte concluye que un término razonable es diferir los efectos de la declaratoria de inexequibilidad hasta que termine la presente legislatura".

111M.P. Catalina Botero Marino.

112Estos condicionamientos quedaron expuestos en el fundamento jurídico 74 de la sentencia en donde se dijo que, "En todo caso, y hasta tanto el Congreso de la República regule la materia de conformidad con lo establecido en los fundamentos anteriores, la retención transitoria sólo podrá aplicarse cuando sea estrictamente necesario para proteger a una persona que se encuentre, efectivamente y de manera clara, en situación de riesgo. Si existe cualquier otra medida de protección al alcance de las autoridades, deberá preferirse esta última, so pena de incurrir en abuso de autoridad. Esta situación debe quedar clara, expresa y suficientemente motivada en informe escrito que de inmediato deberá ser rendido por la autoridad que ordena la retención y presentado inmediatamente a la persona retenida y al Ministerio Público para su conocimiento. El retenido, sin importar el estado en el que se encuentre, debe ser informado de manera inmediata no sólo de las razones de la retención sino de los derechos y garantías constitucionales que lo asisten, entre ellas, la de comunicarse de inmediato con una persona que lo asista y con quien pueda movilizarse libremente; permanecer en silencio; no rendir ni firmar ningún documento o declaración que lo comprometa; tener asistencia inmediata de quien pueda asistirlo en la defensa de sus derechos; etc. Adicionalmente, toda retención transitoria debe ser informada de inmediato al Ministerio Público, de forma tal que se asegure que la medida no está dando lugar a una privación arbitraria de la libertad o una sanción encubierta. Así mismo, la persona retenida debe ser objeto de atención especializada según el Estado en el que se encuentre y a ellase le permitirá comunicarse en todo momento con la persona que pueda asistirlo para cualquier efecto. En todo caso, la retención sólo puede tener lugar mientras la persona supera el

estado de vulnerabilidad o de peligro o hasta que una persona responsable pueda asumir la protección requerida. En ningún caso podrá superar el plazo de 24 horas. El retenido – directa o indirectamente – debe poder interponer, en todo momento, el recurso de habeas corpus si encuentra que se trata de una privación arbitraria de la libertad. Adicionalmente, mientras se adecuan lugares especiales de protección, las autoridades deben tener en cuenta que una persona que está siendo objeto de protección y que se encuentra en estado de alteración, incapacidad o especial vulnerabilidad, no puede ser ubicada en el mismo lugar destinado a los capturados – por cualquier razón – y deberá ser separado en razón de su género o de su estado de particular indefensión. Los menores deberán ser protegidos de conformidad con el Código de la Infancia y la Adolescencia y los sujetos de especial protección constitucional sólo podrán ser conducidos a lugares donde se atienda a su condición. De esta manera se pretende garantizar que, al menos durante la corta vigencia de esta medida, la misma no pueda ser utilizada de forma abusiva o desproporcionada y que pueda ser objeto inmediato de control judicial. Lo que se persigue, en últimas, es que todas las personas en Colombia tengan la tranquilidad de que la fuerza policial no será arbitrariamente utilizada en su contra. Esta tranquilidad, como es obvio, refuerza de manera decisiva la legitimidad del Estado y sus instituciones".

113M.P. Jorge Iván Palacio.

114Sobre la determinación del plazo del diferimiento en los fallos sobre los decretos de desarrollo se dijo que, "Conforme a lo señalado, el plazo durante el cual mantendrán su vigencia los decretos de desarrollo que establezcan fuentes tributarias de financiación, así como el destino de dichos recursos, serán determinados por la Corte en los respectivos fallos sobre dichos decretos".

115M.P. Luis Ernesto Vargas.

116Sobre este punto se dijo que, "…debe tenerse en cuenta que en el caso analizado no es factible hacer uso de una sentencia integradora, habida consideración que esta opción tampoco cumpliría la condición cuyo incumplimiento motiva la presente sentencia, esto es, la omisión de la consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes".

117 Elementos expuestos principalmente en las Sentencias C-852 de 2005 y C-737 de 2001.

118M.P. Jaime Araujo Rentería.

119M.P. Jaime Araujo Rentería.

120Dicha norma disponía lo siguiente: “Artículo 19. El artículo 50 de la ley 141 de 1994 quedará así:Artículo 50. Límites a las participaciones en las regalías y compensaciones provenientes de la explotación de hidrocarburos a favor de los municipios productores. A las participaciones en las regalías y compensaciones provenientes de la explotación de hidrocarburos a favor de los municipios productores, sin perjuicio de lo establecido en el parágrafo 2 del artículo 14 y. en el artículo 31 de la ley 141 de 19904, se aplicará el siguiente escalonamiento:Promedio mensual barriles/días Participación sobre su porcentaje de los municipios

Por los primeros 200.000 barriles 100%

Más de 200.000 barriles 10%

Parágrafo 1. para la aplicación de los artículos 5, 49 y 50, un barril de petróleo equivale a 10.000 . pies cúbicos de gas para campos ubicados en tierra firma y costa afuera. A una profundidad inferior a un mil (1.000) pies y a doce mil quinientos (12.500) pies cúbicos de gas para ampos ubicados costa afuera a una profundidad igual o superior a un mil (1.000) pies.

Parágrafo 2. Cuando la producción sea superior a los doscientos mil (200.000) barriles promedio mensual diario, el excedente de regalías y compensaciones que resulte de la aplicación de este artículo se distribuirá así: cuarenta por ciento (40%) para el Fondo Nacional de Regalías y sesenta por ciento (60%) para ser utilizado según. Lo establecido en el artículo 55 de la ley 141. de 1994.”

Parágrafo 3 Los escalonamientos a que se refiere el presente artículo no se aplicarán a aquellos contratos cuyos campos fueron declarados comerciales antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991.”

121M.P. Álvaro Tafur Galvis.

122Sobre los vicios relacionados con la iniciativa, se dice en la sentencia que el demandante, “Afirma que la norma demandada, tal como lo prevé el artículo 154 constitucional debió haber sido sometida a consideración del Congreso de la República por el Gobierno Nacional y haber comenzado su trámite legislativo en la H. Cámara de Representantes, como quiera que crea un tributo del orden nacional y una renta del mismo orden, sin embargo, advierte, que la norma, al igual que la ley que la contiene, no fue iniciativa gubernamental e inició su trámite legislativo en el Senado de la República”.

123 Se dice en la sentencia que: “Respecto del trámite legislativo, el actor pone de presente que la Cámara de Representantes habría aprobado un proyecto que solo contenía tres artículos, el que, cuando fue sometido a la consideración del Senado de la República contenía de 21 artículos, entre ellos el artículo 5º demandado, de lo que deduce que esta norma no fue aprobada en primer debate por la Comisión Quinta Permanente de la Cámara de Representantes, vulnerando el numeral 2º del artículo 157 Superior, vicio, que a su juicio, no puede ser subsanado”.

124 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

125Sobre este punto apoya su tesis en que la Corte ha conocido incluso demandas de normas derogadas que siguen produciendo efectos. Al respecto dice, “Con todo, conviene precisar que en determinados casos la Corte ejerce control sobre disposiciones que ya han salido del ordenamiento, esto es, que no están vigentes. Esto sucede cuando la disposición sigue produciendo efectos, y por ello la Corte ha estudiado la constitucionalidad de disposiciones derogadas, cuando éstas eran susceptibles de seguir produciendo efectos. Por ende, hipotéticamente podría admitirse que la Corte ejerza un control material sobre una disposición que ya fue declarada inexequible. Eso podría ocurrir, por ejemplo, si la disposición fue declarada inexequible por vicios de procedimiento, pero la sentencia no señaló ningún efecto en el tiempo de su decisión, por lo que debe entenderse, conforme a la regla ordinaria que rige la materia, que los efectos de la inexequibilidad son exclusivamente hacia el futuro. Sin embargo, supongamos que un ciudadano considera que esa disposición era no sólo materialmente inconstitucional sino que, además, sus efectos fueron tan graves, que la Corte debió dar efectos retroactivos a su fallo. Por ejemplo, porque se trataba de un impuesto que era confiscatorio. En un caso de estos, el pronunciamiento de constitucionalidad sobre la disposición declarada inexequible podría no carecer de objeto y podría ser procedente. Sin

embargo, esa hipótesis es tan excepcional, que no la tomo en cuenta en esta aclaración y concluyo que, por sustracción de materia, no tiene objeto que la Corte entre a estudiar la constitucionalidad de una disposición que ya fue declarada inexequible"

126 Negrilla fuera del texto. Sobre la aplicación de dicha propuesta al caso concreto dice lo siguiente, "La presente demanda recaía sobre el artículo 5º de la Ley 619 de 2001, que establece regalías sobre los recursos naturales no renovables de propiedad privada. Esa disposición no me parece manifiestamente inconstitucional, pues si bien es cierto que la Carta establece que las regalías son causadas en favor del Estado, que es en principio propietario de los recursos no renovables (CP art. 332 y 360), sin embargo ninguna disposición constitucional prohíbe que existan regalías sobre la explotación de recursos no renovables de propiedad privada. Además, la aplicación de ese artículo no afecta gravemente ningún valor constitucional. Por ello, considero que en este caso, había que privilegiar la seguridad jurídica, y por ello la Corte tuvo razón en estarse a lo resuelto en la sentencia C-737 de 2001".

127 M.P. Jaime Araujo Rentería. El auto que es objeto de súplica, es el de rechazo de la demanda de 31 de octubre de 2001 proferido por la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández, que estimó que en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6 del decreto 2067 de 1991, se debía rechazar la demanda presentada por el ciudadano Luis Enrique Olivera Petro contra un aparte del artículo 17 de la ley 619/00, por existir cosa juzgada constitucional, pues consideró que la Corte en la sentencia C-737 de 2001, declaró la inconstitucionalidad de la ley 619 de 2001, en su integridad, lo cual se ajusta a la Constitución y a la ley. Dijo la Magistrada en aquella ocasión que "Si la Corte ya juzgó desde el punto de vista constitucional la ley 619 de 2000 y la declaró inexequible en su integridad, mal podría ahora admitir nuevas demandas contra cada una de las disposiciones que la conforman, así el vicio hubiere sido de carácter formal, pues es apenas obvio que la inconstitucionalidad, como lo señaló expresamente la Corte en lasentencia C-737/01, cubrió todas las disposiciones que conforman dicho ordenamiento. Pretender lo contrario sería no sólo desconocer la naturaleza misma de la cosa juzgada constitucional, que convierte la sentencia en intocable e inmutable, sino también infringir el artículo 243 del Estatuto Superior que así lo dispone y el principio de seguridad jurídica".

128Sobre el punto que se debate en la demanda dice Uprimny, "En relación específica con la

presente demanda, sólo me basta añadir a la aclaración a la sentencia C-1211 de 2001 que el parágrafo 4 del artículo 17 de la Ley 619 de 2000, que establece la distribución de las regalías y compensaciones pactadas en el contrato vigente para la explotación del níquel en Cerromatoso, municipio de Montelíbano, es una disposición que dista de ser manifiestamente inconstitucional. Por consiguiente, conforme a los criterios que desarrollé en la mencionada aclaración de voto, la corte tuvo razón en privilegiar la seguridad jurídica. El presente auto tiene entonces razón en concluir que existe cosa juzgada y que la demanda debía ser rechazada. Estoy pues de acuerdo con la parte resolutiva del presente auto pero, por las consideraciones ampliamente desarrolladas en la citada aclaración, no puede compartir su motivación".

129 Sentencias C- 774 de 2001, C-310 de 2002, C-004 de 2003, C-039 de 2003, C-1122 de 2004, C-397 de 2005 y C-469 de 2008.

130En las Sentencias C-795-04, C-1121-05, C-710-05 y en la reciente sentencia C-634 de 2011 se han establecido las reglas para que pueda existir el cambio de precedente. Se dice que se requiere la comprobación de circunstancias extremas y excepcionales que permitan realizar ese cambio, entre ellas (i) la reforma del parámetro normativo constitucional cuya interpretación dio lugar al precedente, (ii) la comprobación acerca de la irrazonabilidad inconstitucional o manifiesta injusticia del arreglo jurisprudencial vigente al vulnerar principios y valores nodales para el Estado Constitucional, o (iii) la modificación radical y sistemática de la comprensión de una norma dentro del ordenamiento, categoría usualmente incorporada al concepto de derecho viviente.

131 En la Sentencia C-634 de 2011 se dice que, "…resultarán inadmisibles, por ser contrarias a los principios de igualdad, legalidad y seguridad jurídica, posturas que nieguen la fuerza vinculante prima facie del precedente, fundamenten el cambio de jurisprudencia en un simple arrepentimiento o cambio de parecer, o sustenten esa decisión en el particular entendimiento que el juez o tribunal tengan de las reglas formales de derecho aplicables al caso. En otras palabras, para que la objeción al precedente jurisprudencial resulte válida, conforme a la perspectiva expuesta, deberá demostrarse a que esa opción es imperiosa, en tanto concurren razones sustantivas y suficientes para adoptar esta postura, en tanto el arreglo jurisprudencial existente se muestra inaceptable…".

133Numeral 1.1.7.

134 Sobre la Cosa Juzgada Aparente ver la Sentencia C-397 de 1995 y la C-098 de 1996.

135Esta forma de control de constitucionalidad se ha efectuado cuando se trata de derogatorias tácitas que pueden dar lugar a equívoco. Así por ejemplo, en la sentencia C-037 de 2000 (Vladimiro Naranjo Mesa), se dijo al respecto: "Así las cosas, la jurisprudencia relativa a la vigencia del artículo 12 de la Ley 153 de 1887 sub exámine, parece ser contradictoria, lo mismo que la doctrina relativa al punto. Ante esta situación, la Corte encuentra que no le corresponde dirimir el asunto. En efecto, cuando la derogatoria de una disposición es expresa, no cabe duda en cuanto a que si se interpone una demanda en contra de la norma derogada, la Corte debe inhibirse, salvo que la disposición continúe proyectando sus efectos en el tiempo. Cuando, por el contrario, la vigencia de una disposición es dudosa, pues existe incertidumbre acerca de su derogatoria tácita, la Corte debe pronunciarse sobre la conformidad o inconformidad con la Constitución, pues ella podría estar produciendo efectos. En virtud de lo anterior, la Corte entra a hacer el examen de constitucionalidad del artículo 12 de la Ley 153 de 1887". (Negrilla fuera del texto).Igualmente se estableció la posibilidad de ejercer el control de constitucionalidad de las normas derogadas que se han revivido – "reviviscencia" – ante un fallo de constitucionalidad. La Corte Constitucional en la Sentencia C – 402 de 2010 dijo lo siguiente: "Para la doctrina más tradicional, asumida íntegramente por la Corte en sus primeros fallos, la inexequibilidad de la expresión derogatoria implicaba la reincorporación de la normatividad derogada, predicable desde el momento en que se adopta dicha sentencia de inconstitucionalidad, dejándose con ello a salvaguarda las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la norma cuestionada, solución que resultaba, plenamente compatible con el efecto ordinario ex nunc de las sentencias judiciales, pues la reincorporación de la norma derogada no es incompatible con el reconocimiento de plenos efectos de la disposición declarada inexequible, desde su promulgación y hasta la sentencia de inconstitucionalidad. En las primeras decisiones de la Corte que asumieron la problemática de la reviviscencia asumieron para sí la conclusión que había sido propuesta por la Corte Suprema y el Consejo de Estado, según la cual la reincorporación operaba de manera automática. Sin embargo, fallos posteriores abandonaron esta postura, a través del establecimiento de condiciones para la procedencia de la reviviscencia. Tales presupuestos tienen que ver con (i) la necesidad de establecer el peso específico que les asiste a los principios de justicia y

seguridad jurídica en el caso concreto; y (ii) la garantía de la supremacía constitucional y los derechos fundamentales, lo que remite a la obligatoriedad de la reincorporación cuando el vacío normativo que se generaría sin ella involucraría la afectación o puesta en riesgo de los mismos".

136 Sobre este principio ver por ejemplo la Sentencia C- 541 de 1993 que estableció que, "Es deber fallar de fondo en aquellos eventos en que no obstante haber ocurrido la derogatoria de la norma cuestionada después de haber entrado en vigor la Carta de 1991 (julio 7), sin embargo ésta continúa proyectando sus efectos jurídicos".

137 La explicación para el diferimiento de los efectos de la Sentencia C- 366 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas) fueron los siguientes: "En consecuencia, acorde con la defensa de la supremacía e integridad de la Constitución, la Corte considera que si bien se constata la existencia de una contradicción con la normatividad superior que impone la exclusión del ordenamiento jurídico de la Ley 1382/10, también es cierto que con el retiro inmediato de la ley desaparecerían normas que buscan garantizar la preservación de ciertas zonas del impacto ambiental y de las consecuencias perjudiciales que trae la exploración y explotación minera. Por tal motivo, como se indicó, es necesario diferir los efectos de la sentencia de inexequibilidad por un lapso de dos años, de manera que a la vez que se protege el derecho de las comunidades étnicas a ser consultadas sobre tales medidas legislativas, se salvaguarden los recursos naturales y las zonas de especial protección ambiental, indispensables para la supervivencia de la humanidad y de su entorno. A su vez, en consonancia con el precedente aplicado en esta oportunidad, la Corte concede el término prudencial antes señalado para que tanto por el impulso del Gobierno, como del Congreso de la República y dentro de sus competencias, den curso a las medidas legislativas dirigidas a la reforma del Código de Minas, previo el agotamiento de un procedimiento de consulta previa a las comunidades indígenas y afrocolombianas, en los términos del artículo 330 de la Carta Política".