C-068-13

Sentencia C-068/13

ORGANIZACION Y FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA GENERAL DE REGALIAS-Exequibilidad condicionada de la norma sobre régimen de transición para otros recursos disponibles a 31 de diciembre de 2011

Con fundamento en lo expuesto, la Corte encuentra que la Ley 1530 de 2012 no vulnera los artículos 1, 2, 7, 93 y 330 del Texto Superior, ni el artículo 6° del Convenio 169 de 1989 de la OIT, referente a la obligación de adelantar la consulta previa con las comunidades indígenas. En efecto, luego de analizar las distintas pruebas que obran en el expediente, esta Corporación pudo constatar que dicho proceso fracasó, toda vez que no se llegó a ningún acuerdo entre las entidades gubernamentales y las comunidades tradicionales, pese a los múltiples intentos del Gobierno Nacional dirigidos a concertar el articulado del proyecto de ley. La Corte verificó que las entidades gubernamentales cumplieron con su obligación constitucional de someter a consideración de las comunidades tradicionales el proyecto de ley de regalías, acorde con el principio de la buena fe y de manera libre e informada, con el propósito de que éstas pudieran participar e intervenir activamente en la redacción final de su articulado, al tiempo que constató la renuencia a participar y la decisión autónoma por parte de los pueblos indígenas de apartarse del proceso, con fundamento en varias razones que –más allá de la especial protección que demandan del Estado– exteriorizan su derecho a decidir sobre sus prioridades y estrategias de desarrollo. Para este Tribunal, no cabe duda de que el Gobierno Nacional está obligado a propiciar espacios efectivos y razonables de participación en los asuntos que afectan directamente a las comunidades indígenas. Sin embargo, si no se llega a un acuerdo o el mismo se frustra por la decisión autónoma de dichos pueblos, no existe razón para frenar el proceso legislativo en asuntos que a la vez son de interés general, como ocurre con las regalías, y en las que se dispuso por el Constituyente obligaciones concretas de actuación con el fin de realizar precisos objetivos constitucionales. No sobra recordar que el derecho a la consulta previa no es absoluto, y que tampoco las comunidades tradicionales tienen un poder de veto. En todo caso, como ha ocurrido en otras oportunidades, la Corte advirtió que en el desarrollo de la ley, particularmente en lo referente a la adopción de medidas administrativas susceptibles de afectar directamente los intereses de los pueblos indígenas, también es exigible la consulta previa con la plenitud de las garantías explicadas en esta providencia. En efecto, se trata de instancias distintas frente a las cuales igualmente debe garantizarse el citado derecho de participación. Por otra parte, a juicio de este Tribunal, el artículo 156 de la Ley 1530 de 2012 no desconoce los artículos 58, 360 y 361 del Texto Superior. Para la Corte, en primer lugar, la calidad o no de regalía del margen de comercialización no es un aspecto que haya sido objeto de determinación por las normas constitucionales, por lo que se trata de una materia sobre la cual el Congreso de la República tiene un amplio margen de configuración normativa, a diferencia de lo expuesto por el accionante, para quien el margen de comercialización es un concepto que se deriva del régimen constitucional de regalías, por lo que sólo las entidades territoriales pueden ser partícipes en la distribución de dicho concepto. En segundo término, el precepto demandado no tiene una aplicación retroactiva como lo afirma el actor, pues su naturaleza jurídica corresponde a la de una típica norma de transición o de tránsito legislativo, prevista

para asegurar la destinación de los recursos del margen de comercialización que no habían sido objeto de distribución a 31 de diciembre de 2011, esto es, frente a una situación jurídica todavía no consolidada en el tiempo, en desarrollo del efecto retrospectivo de la ley, el cual, conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, es compatible con el principio de legalidad y con los mandatos del Estado Social de Derecho. Con todo, teniendo en cuenta el precedente señalado en la Sentencia C-1055 de 2012, la destinación a la Nación del 50% de los recursos disponibles a 31 de diciembre de 2011, correspondientes al margen de comercialización incluidos en el rubro de recaudos a favor de terceros de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, deben tener las mismas limitaciones que los recursos provenientes de las regalías, en virtud de la aplicación de los principios constitucionales de equidad y solidaridad. En este orden de ideas, a juicio de este Tribunal, dichos recursos deben destinarse a las finalidades previstas en el artículo 361 de la Constitución

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Requisitos mínimos

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD-Razones Claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes

MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE AFECTAN A LAS COMUNIDADES INDIGENAS-Derecho a la consulta previa

Además de los mecanismos de participación de que son titulares todas las personas (CP arts. 2, 40 y 103), la Constitución consagra un derecho concreto de participación a favor de las comunidades indígenas y otros pueblos tribales, conocido como el derecho a la consulta previa. Este derecho, en criterio de la Corte, adquiere el carácter de fundamental, en la medida en que constituye un importante medio para garantizar un conjunto amplio de derechos de los cuales depende la subsistencia y preservación de la integridad étnica y cultural de dichos pueblos. Así, por ejemplo, en varios estudios se ha demostrado el vínculo que existe entre la consulta y los derechos a la identidad e integridad cultural, a conservar sus usos, costumbres e instituciones propias, a la tierra y al territorio, y a decidir sus prioridades y estrategias para el desarrollo.

CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO OIT-Contenido y alcance

DERECHO DE PARTICIPACION DE LOS PUEBLOS INDIGENAS Y TRIBALES-Jurisprudencia constitucional

OBLIGATORIEDAD DE LA CONSULTA PREVIA FRENTE A MEDIDAS LEGISLATIVAS-Jurisprudencia constitucional/CONSULTA PREVIA A LAS COMUNIDADES INDIGENAS Y AFRODESCENDIENTES-Criterios jurisprudenciales para determinar su obligatoriedad

CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ETNICOS-Requisitos de tiempo, modo y lugar

PROCESO DE CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ETNICOS-Jurisprudencia constitucional/PROCESO DE CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ETNICOS-Características/PROCESO DE CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ETNICOS-

Medidas que deben ser objeto de consulta/CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ETNICOS-Procedimiento/CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ETNICOS-Trámite sometido al principio de buena fe/CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ETNICOS-Procedimiento previo antes de un trámite legislativo en el que se adopten medidas que puedan afectarlas directamente

PROCEDIMIENTO DE CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ETNICOS-Cargas/CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ETNICOS-Criterios generales de ponderación

Respecto de las cargas que tienen los procesos de consulta previa, se ha sostenido que su desarrollo implica, por una parte, reconocer el especial valor que para las comunidades tradicionales tienen el territorio y los recursos naturales, lo que se traduce en que las autoridades pertinentes deben tener en cuenta el significado que para dichos pueblos poseen los bienes o prácticas sociales que son objeto de regulación; y, por la otra, el deber de ponderar los interés en juego, de suerte que siempre que se imponga una limitación a los derechos de las comunidades étnicas, su consagración debe estar acorde con los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En todo caso, como criterios generales de ponderación que se deben tener en cuenta en los procesos de consulta previa, se han dispuesto los siguientes: (i) la posición y las propuestas que los pueblos indígenas formulen; ii) la garantía de los derechos fundamentales de los miembros de dichos pueblos y de los demás habitantes de los respectivos territorios –tales como el derecho a la vida e integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad, a la seguridad y a la salud–; (iii) la protección del interés de la nación colombiana a la diversidad étnica y cultural; y (iv) el interés general y las potestades inherentes al Estado colombiano para adoptar una determinada política pública. Por otra parte, son inadmisibles las posturas adversariales o de confrontación en los procesos de consulta previa. Para este Tribunal, por el contrario, esta instancia está prevista para asegurar que las comunidades tradicionales participen activamente en la definición de la medida legislativa que los afecta de manera directa, con el propósito de propiciar un acercamiento que asegure su concertación o consentimiento con el contenido del proyecto de ley que se somete a esta instancia de participación. En este sentido, el trámite de consulta previa no conlleva un poder de veto de las medidas legislativas por parte de los pueblos indígenas y tribales.

PROCESO DE CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ETNICOS-Competencia del Estado para adoptar una decisión cuando no sea posible llegar a un acuerdo o concertación

Respecto de la preservación de la competencia para adoptar una decisión, la Corte de manera reiterada ha señalado que, cuando no sea posible llegar a un acuerdo o concertación con las comunidades indígenas, o éstas por algún motivo se nieguen a participar en los procesos de consulta previa, las autoridades preservan la competencia para tomar una determinación final sobre la imposición de una medida. Al respecto, en la Sentencia C-175 de 2009 se expuso que: “cuando luego de agotado un procedimiento previamente definido, con pretensión de incidencia en la medida a adoptar y llevado a cabo bajo los postulados de la buena fe, las comunidades tradicionales no prestan su consentimiento, no por ello el Estado se ve inhabilitado para proferir la medida legislativa.

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA RESPECTO DE LA PROMULGACION DE MEDIDAS LEGISLATIVAS-Exige la formación de un espacio libre, informado y dialéctico que desarrolle los principios fundamentales de participación y de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación

DERECHO DE CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ETNICOS-No es un derecho absoluto

OMISION DEL DEBER DE CONSULTA A LAS COMUNIDADES INDIGENAS Y TRIBALES-Consecuencias jurídicas

CONSULTA PREVIA A LAS COMUNIDADES Y GRUPOS ETNICOS DE LA LEY QUE REGULA LA ORGANIZACION Y FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA GENERAL DE REGALIAS-Trámite legislativo

PARTICIPACION DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES EN LOS RECURSOS DE REGALIAS Y SU RELACION CON EL DENOMINADO MARGEN DE COMERCIALIZACION-Jurisprudencia constitucional

MARGEN DE COMERCIALIZACION DE LAS REGALIAS-Jurisprudencia constitucional

CONSTITUCION POLITICA-No tiene una definición cerrada y unívoca del término “regalía”

LEGISLADOR-Libertad de configuración para determinar, acorde con las disposiciones constitucionales, los elementos que ayuden a definir el concepto y régimen de regalías

MARGEN DE COMERCIALIZACION-Concepto que se deriva del régimen constitucional de las regalías

RETROACTIVIDAD Y RETROSPECTIVIDAD DE LA LEY-Diferencias

Mientras la retroactividad se refiere a la aplicación de la ley a situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de normas derogadas, la retrospectividad es un efecto connatural a todas las regulaciones jurídicas y versa sobre su aplicación respecto de asuntos que, si bien estaban regulados por la ley derogada, no generaron situaciones consolidadas ni derechos adquiridos, sino que se mantienen a la entrada en vigencia de la nueva ley, por lo que se incorporan integralmente a dicha regulación, sin importar el estado en el que se encuentran. En este orden de ideas, la retrospectividad implica una simple modificación de las situaciones jurídicas no consolidadas al amparo de una ley, como consecuencia de un tránsito normativo. Con base en lo expuesto, este Tribunal delimitó conceptualmente los citados efectos de la ley en el tiempo, frente a lo cual concluyó que el fenómeno de la retrospectividad es enteramente compatible con el principio de legalidad. Sobre el particular, dijo que: “(i) por regla general las normas jurídicas se aplican de forma inmediata y hacia el futuro, pero con retrospectividad; (ii) el postulado de irretroactividad de la ley implica que una norma jurídica no tiene prima facie la virtud de regular situaciones jurídicas que se han consumado con arreglo a normas anteriores; (iii) la aplicación retrospectiva de una norma jurídica comporta la posibilidad de afectar

situaciones fácticas y jurídicas que se han originado con anterioridad a su vigencia, pero que aún no han finalizado al momento de entrar a regir la nueva norma, por encontrarse en curso la aludida situación jurídica y; (iv) tratándose de leyes que se introducen en el ordenamiento jurídico con el objeto de superar situaciones de marcada inequidad y discriminación (tuitivas), el juzgador debe tener en cuenta, al momento de establecer su aplicación en el tiempo, la posibilidad de afectar retrospectivamente situaciones jurídicas en curso, en cuanto el propósito de estas disposiciones es brindar una pronta y cumplida protección a grupos sociales marginados." Desde esta perspectiva, la Corte ha señalado que la retrospectividad es un instituto clave en la compresión de los tránsitos legislativos, en donde un régimen jurídico particular es reemplazado por otro. La retrospectividad opera como un dispositivo que permite la aplicación general e inmediata de un nuevo orden jurídico, a la vez que evita lagunas normativas sobre la determinación del derecho vigente.

Referencia: expediente D-9139

Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1530 de 2012 "Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías" y, en específico, frente al artículo 156 de dicha ley.

Demandante: José Manuel Abuchaibe Escolar

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá DC, trece (13) de febrero de dos mil trece (2013)

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

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 241, numeral 4º, de la Constitución, el ciudadano José Manuel Abuchaibe Escolar instauró demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1530 de 2012 "Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías" y, en específico, frente al artículo 156 de dicha ley.

Una vez cumplidos los trámites previstos en el artículo 242 del Texto Superior y en el Decreto 2067 de 1991, procede la Corte a resolver sobre la demanda de la referencia.

II. NORMA DEMANDADA

Por razones de economía procesal y dada la naturaleza del cargo, se omite la reproducción de la Ley 1530 de 2012, que se encuentra publicada en el Diario Oficial No. 48.433 de mayo 17 del mismo año, con excepción del artículo 156, el cual se transcribirá a continuación:

"LEY 1530 DE 2012

(Mayo 17)

Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías.

ARTÍCULO 156. Régimen de transición para otros recursos disponibles a 31 de diciembre de 2011.

Los recursos disponibles a 31 de diciembre de 2011, correspondientes al margen de comercialización incluidos en el rubro de recaudos a favor de terceros de la Agencia Nacional de Hidrocarburos se destinarán, 50% a la Nación; 35% a las entidades beneficiarias de regalías directas en materia de hidrocarburos a la fecha de expedición de la presente ley; 10% red vial terciaria y 5% con destino al Programa de Normalización de Redes Eléctricas y al Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de las Zonas Rurales Interconectadas.

Los recursos que en virtud de este artículo se destinen a las entidades productoras, se asignarán en proporción a su participación del promedio total de las regalías directas giradas durante el período comprendido entre 2007 y 2010."

III. DEMANDA

En el presente acápite se agrupan tanto los argumentos expuestos en la demanda original, como aquellos que se presentaron en el escrito de corrección, con ocasión del auto inadmisorio proferido el 14 de junio de 2012 por parte de la Magistrada Ponente, Adriana María Guillen Arango.

3.1. En primer lugar, el demandante considera que la ley en su totalidad es inconstitucional, por cuanto el Gobierno Nacional omitió la obligación de realizar la consulta previa a las comunidades indígenas, pues se trata de una medida legislativa que las afecta de manera directa[1].

Para el actor, el derecho constitucional de los pueblos indígenas a la consulta previa de las medidas legislativas y administrativas que los afectan, se deriva del artículo 6° del Convenio 169 de 1989 de la OIT (aprobado internamente por la Ley 21 de 1991), el cual forma parte del bloque de constitucionalidad, en virtud de lo previsto en el artículo 93 de la Constitución Política. Por lo demás, la consulta previa también responde al mandato superior de reconocimiento y protección de las minorías étnicas y al parágrafo del artículo 330 Constitucional, según el cual: "La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades".

En criterio del accionante, la incidencia directa de una ley frente a los pueblos indígenas se puede verificar en tres escenarios:

“i. Cuando la medida tiene por objeto regular un tópico que por expresa disposición constitucional debe ser sometido a procesos de decisión que cuenten con la participación de las comunidades étnicas, como sucede con la explotación de los recursos naturales.

ii. Cuando a pesar de que no se trate de estas materias, el asunto regulado está vinculado con elementos que conforman la identidad particular de las comunidades diferenciadas y,

En cuanto al procedimiento de la consulta previa, el actor pone de presente que no existe una ley estatutaria sobre la materia, por lo que en la actualidad se recurre al Decreto 1320 de 1998 el cual ha sido considerado incompatible con el Convenio 169 de 1989, tanto por la OIT como por esta Corporación[2]. Por esta razón, afirma que es la jurisprudencia constitucional la que se ha encargado de llenar los vacíos existentes en términos de regulación.

Para justificar la inconstitucionalidad de la totalidad de la ley se exponen las siguientes razones:

3.1.1. En la Sentencia C-317 de 2012 se afirmó por la Corte que:

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

3.1.2. Según el accionante, en el informe de ponencia para segundo debate del Proyecto de Ley 153 de 2011 Senado, 127 de 2011 Cámara, se dijo lo siguiente: “El debate se surtió una vez fue agotado el requisito de consulta previa con las minorías étnicas, en los términos que se presentó en la exposición de motivos”.

A continuación transcribe los siguientes considerados del Decreto 4923 de 2011, “Por el cual se garantiza la operación del Sistema General de Regalías”, en los que se sostuvo que:

“(…) el Gobierno Nacional comprometido con la protección, el respeto y la garantía del derecho fundamental a la consulta previa, contenido en el Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991, participó el 18 de julio de 2011 en la Mesa Permanente de Concertación de las comunidades indígenas, donde se socializó el Acto Legislativo 05 de 2011 y se solicitó fijar fecha para dar inicio al proceso de consulta previa de la ley que se radicaría en el Congreso de la República.

Que se acordó con la Mesa Permanente de Concertación que el Gobierno Nacional se reuniría con 70 líderes indígenas para socializar el texto y que dicha reunión se llevó a cabo los días 28, 29, 30 y 31 de agosto y el 1 de septiembre de 2011.

Que en esta reunión se explicó el proyecto de ley “por el cual se regula la organización y funcionamiento del Sistema General de Regalías” y se buscó obtener por parte de las comunidades indígenas una fecha cierta para dar inicio a la consulta previa y, posteriormente, el 13 y 14 de septiembre de 2011, en reunión con la Mesa Permanente de Concertación se reiteró la solicitud del Gobierno Nacional para dar inicio al trámite de consulta previa”.

Con fundamento en lo anterior, el demandante concluye que el Gobierno Nacional reconoció en un documento público que omitió la obligación de realizar la consulta previa con los pueblos indígenas, con la plenitud de las garantías constitucionales e internacionales aplicables, como lo establece el Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). En su opinión, “el decreto en cuestión, reglamentario del acto legislativo, lo que denota, es, precisamente, que sí era necesaria la consulta a las comunidades indígenas, porque implícitamente reconoce que las materias de la reforma a las regalías sí tienen incidencia en tales comunidades”. Adicionalmente, expone que lo dicho en el informe de ponencia no se ajusta a la realidad, “ya que en la comunidad Wayuu, la más extensa de Colombia, no se surtió ninguna consulta previa”.

En lo referente a este último punto, en el escrito de corrección de la demanda, afirma que en Uribia (capital indígena de Colombia, reconocida mediante la Ley 1061 de 2006), líderes de la comunidad Wayuu manifestaron a través de un comunicado que la ley de regalías los afecta con la disminución de sus ingresos de 122 mil a sólo 40 mil millones anuales[3].

3.1.3. Posteriormente, el demandante argumenta que el artículo 11 de la Ley 756 de 2002, expresa lo siguiente sobre los resguardos indígenas:

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

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

atendiendo lo establecido en el presente artículo."

Del artículo transcrito, el accionante infiere que "al afectarse las regalías del Departamento de La Guajira y de los municipios, las comunidades Wayuu se vieron afectadas directamente". De ahí que, en su opinión, "es elemental concluir que la afectación directa existe y es real"[4].

3.1.4. Finalmente, el accionante llama la atención sobre la posibilidad de acudir ante las instancias internacionales para asegurar el respeto de la consulta previa, para lo cual transcribe varios pronunciamientos de los sistemas interamericano e internacional de derechos humanos. Por último, en cuanto a la omisión alegada, pone de presente el siguiente aparte de la Sentencia C-317 de 2012, conforme al cual: "Se presume, según la Sentencia C-175 de 2009, que todas las regulaciones que afecten los territorios ancestrales indígenas conllevan una afectación directa que exige la realización de la consulta previa".

3.2. En segundo término, en lo referente al artículo 156 de la Ley 1530 de 2012, el accionante expone que los recursos provenientes del margen de comercialización pertenecen a las entidades territoriales en un 100%, por lo que el Gobierno y el legislativo no podían apropiarse retroactivamente del 50% de dicho concepto, cuyo valor –se insiste– le corresponde al titular de las regalías. Al respecto, en el escrito de demanda, se expuso que:

"La regalía se causa al momento en que se extrae el recurso y se debe liquidar al precio vigente a la fecha en que esta tenga lugar. Como lo sostiene la Procuraduría General tanto el tal "margen de comercialización" como los rendimientos de los recursos provenientes de las regalías, cuando estas se invierten en TES debido al congelamiento de los giros, son del titular de las regalías, en este caso de las entidades territoriales que tendrán derecho a participación directa o a los fondos respectivos. En ningún caso se deberán quedar con ellos los entes recaudadores o el Ministerio de Hacienda, porque tampoco son de la Nación".

Adicionalmente, el actor alega que se le otorgó un efecto retroactivo al citado artículo 156, pues se reguló la distribución de los recursos del margen de comercialización que venían acumulados en la Agencia Nacional de Hidrocarburos con una destinación del 50% a la Nación, 35% a las entidades beneficiarias de regalías, 10% a la red vial terciaria y 5% para los programas de electrificación rural y normalización. En su opinión, la retroactividad de la citada norma desconoce el Estado de Derecho, ya que:

"La seguridad jurídica es requisito para la configuración del orden público. Si no hay una estabilidad en cuanto a la consecuencia jurídica, obviamente no pueden los destinatarios de la ley estar gozando del derecho a la seguridad. La incertidumbre ante la actuación del Estado impide la seguridad debida a cada uno de los asociados. La consecuencia, entonces, es que la actividad del legislador estatal deja de cumplir con una finalidad esencial a su razón de ser: la seguridad y tranquilidad de los asociados".

En adición a lo expuesto, el demandante manifiesta que antes de tramitarse la norma en cuestión, la Procuraduría solicitó a la Agencia Nacional de Hidrocarburos (AHN) que reintegre a los beneficiarios de las regalías más de 1 billón de pesos apropiados por esta

entidad desde el año 2007, por concepto de margen de comercialización. Para el demandante, frente a estos recursos, que ya habían sido causados en cabeza de las entidades territoriales destinatarias de las regalías, es que "el Gobierno junto con el Congreso de la República, resuelve legislar (…), para lo cual acude a un mecanismo que [se está] denunciando, además de tratarse de unos recursos de regalías que con retroactividad, deciden repartir sin tener en cuenta los derechos causados a las entidades territoriales". En este orden de ideas, concluye que: "los derechos nacen solamente con el cumplimiento de todas las condiciones que fije la ley que los regula. Las entidades beneficiarias del margen de comercialización no incurrieron en incumplimiento de las condiciones legales que les aplican para que no puedan recibir su parte en las regalías y compensaciones, ya que de acuerdo a las leyes vigentes en esos instantes adquirieron su derecho a participar de ellas".

IV. INTERVENCIONES

4.1. Intervención de la Federación Colombiana de Municipios

4.1.1. El Director Ejecutivo de la Federación Colombiana de Municipios solicita a esta Corporación declarar la exequibilidad de la ley demandada. En su opinión, el demandante parece centrar su inconformidad más en la forma como se hizo la consulta que en la falta de la misma. En este sentido, sugiere que: "si bien es razonable la exigencia de que el Gobierno prevea y destine un tiempo para la consulta, parece desmesurado descalificar [su] trámite (…) por el hecho de que se realice en tiempo menor al que anhelarían las comunidades o los dirigentes de las etnias".

4.1.2. En cuanto al artículo 156 de la Ley 1530 de 2012, el interviniente considera que dicha disposición es inconstitucional, para lo cual reitera los argumentos expuestos en el proceso D-8983, que culminó con la expedición de la Sentencia C-748 de 2012. Por lo demás, expone que debe prestarse especial atención a los pronunciamientos de la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación, en los que se sostienen que el margen de comercialización corresponde a los titulares de los recursos en cuya entidad territorial se generan y no a la Administración Nacional. En este orden de ideas, el Director Ejecutivo finaliza su intervención con el siguiente llamado de atención: "No puede convertirse la ley en el instrumento que permita el no cumplimiento de los llamados de los órganos de control, afectando el sistema de contrapesos propios de un Estado Social de Derecho y más de forma retroactiva".

4.2. Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

4.2.1. El apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público solicita a la Corte declarar la exequibilidad de la ley demandada. En cuanto al cargo referente a la omisión de la consulta previa, se señala que son equivocadas las afirmaciones realizadas por el accionante, pues parten de una lectura subjetiva y personal de los considerandos del Decreto 4923 de 2011. En su opinión, la consulta previa sí fue realizada, para lo cual anexa varias actas que dan cuentas de las reuniones de la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas, en las que se evidencia la voluntad e iniciativa del Gobierno Nacional en realizar la consulta, "por cuanto afecta a las comunidades indígenas", al tiempo que se observa la "renuencia e inconformidad de algunos de los asistentes, en

cuanto centran la discusión no en la consulta del proyecto de ley de regalías, de acuerdo con la agenda propuesta, sino por el contrario en manifestar [su] inconformidad [en] que no haya sido consultado el Acto Legislativo 05 de 2011".

Para explicar el desarrollo del proceso de consulta previa que se llevó a cabo, se transcribe la siguiente información brindada por la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior:

"El día 30 de junio de 2011, el Ministerio del Interior convocó a la Mesa Permanente de Concertación, para realizar la presentación de las diferentes iniciativas legislativas objeto de consulta previa, entre ellas el proyecto de ley de regalías. En este espacio el Gobierno Nacional les informó a los delegados indígenas que aún no contaba con el texto definitivo del mencionado proyecto y resaltó la importancia de la consulta y la necesidad de definir una ruta metodológica de las iniciativas legislativas a consultar, con la finalidad de definir el presupuesto y tiempo correspondiente.

El día 18 de julio de 2011, en el marco de la Mesa Permanente de Concertación, los delegados indígenas afirmaron su intención de no consultar el Proyecto de Ley de Regalías, toda vez que en dicha iniciativa no se encuentran consagradas las entidades territoriales indígenas. (…)

Frente a esta posición el Gobierno Nacional explicó ampliamente la relevancia de la consulta del Proyecto de Ley de regalías, resaltando que el mismo sería de beneficio para los pueblos indígenas, toda vez que mide las necesidades básicas insatisfechas y clarificó las razones por las cuales no se consultó el Acto Legislativo, lo cual es independiente al proyecto de ley. Finalmente el Gobierno Nacional le propuso a los delegados realizar una reunión interna y discutir dos temas prioritarios para los pueblos indígenas: la consulta previa de las ETI's y Proyecto de Ley de Regalías, acordándose realizar una Asamblea de Autoridades y Líderes Indígenas y en este espacio tomar una decisión al respecto.

Los días 28, 29, 30 y 31 de agosto y 1 de septiembre, se llevó a cabo la Asamblea de Autoridades y Líderes Indígenas. En este espacio el Gobierno Nacional presentó el proyecto de Ley de Regalías, entre otras iniciativas y enfatizó en la necesidad y voluntad política de adelantar los procesos de consulta previa. De esta Asamblea surge un documento por parte de los delegados indígenas, en el que se consagra la decisión de no consultar el Proyecto de Ley de Regalías y demandar el Acto Legislativo 05 de 2011.

El día 13 y 14 de septiembre de 2011, en el marco de la Mesa Permanente de Concertación, el Gobierno Nacional resaltó su preocupación frente a la decisión contenida en el documento producto del Encuentro de las setenta autoridades y líderes indígenas, de demandar el Acto Legislativo 05 de 2011 y de no consultar el Proyecto de Ley de Regalías. (…)

Los señores Ministro y Viceministro de Hacienda y Crédito Público, insistían en la necesidad y voluntad de dialogar directamente con los delegados indígenas frente a la intención de consultar el Proyecto de Ley de Regalías; así mismo que el Ministerio del Interior contaba con los recursos para realizar las contrataciones e iniciar el proceso de consulta previa. (…)

Finalmente el Ministerio de Hacienda y Crédito Público sentó una posición al respecto; y es la falta de reciprocidad de la Mesa Permanente de Concertación frente a las propuestas presentadas en torno al Proyecto de Ley de Regalías, resaltando que si bien tienen derecho a demandar el acto legislativo, recomendó no perder la oportunidad de entrar en el debate (…)"[5].

En desarrollo de lo expuesto, el interviniente sostuvo que antes de radicar el proyecto de ley de regalías en el Congreso de la República, el Gobierno Nacional sí fomentó diversos mecanismos de participación, a saber: "(i) divulgación del proyecto de ley a las distintas organizaciones indígenas; (ii) ilustración y exposición detallada del articulado del proyecto ante las comunidades y discusión preliminar entre las entidades gubernamentales y estas últimas, a través de las reuniones informativas previas, llevados a cabo dentro del proceso pre-consultivo previo, utilizado como un mecanismo preparatorio para la Mesa Nacional de Concertación; (iii) organización y celebración –en dos oportunidades, 18 de julio de 2011 y 13 y 14 de septiembre de 2011– en el marco de la Mesa Nacional de Concertación, donde no se llegó a acuerdo alguno, pero por causas no imputables al Gobierno, pues éste siempre demostró su voluntad de realizar la consulta y la concertación en torno al proyecto de ley de regalías".

En desarrollo de lo expuesto, el interviniente concluye que el Gobierno Nacional actuó de buena fe en el trámite previsto para lograr la consulta de la citada iniciativa legislativa, y que si bien no se llegó a ningún acuerdo, no puede alegarse que no se propició y se abrieron los espacios democráticos para tal efecto, pues las comunidades indígenas fueron las que autónomamente se apartaron del proceso. Para el efecto cita varios apartes de la Sentencia T-382 de 2006, en los que se afirma que el derecho a la consulta previa no es absoluto.

4.2.2. En lo referente al artículo 156, el interviniente explica que para poder definir el valor de la participación de una entidad territorial en las regalías causadas en un determinado período, es necesario diferenciar dos momentos: (i) el de la liquidación por parte del Ministerio de Minas y Energía con base en el precio promedio ponderado de realización del petróleo en una sola canasta de crudos y (ii) el de la distribución de las participaciones entre las diferentes entidades territoriales beneficiarias. La liquidación de las regalías, de conformidad con el régimen jurídico derogado, se adelantaba de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de la Ley 141 de 1994, que al respecto señalaba:

"Artículo 20. Para la liquidación de estas regalías se tomará como base el precio promedio ponderado de realización del petróleo en una sola canasta de crudos, deduciendo para los crudos que se refinan en el país los costos de transporte, trasiego, manejo y refinación, y para los que se exporten los costos de transporte, trasiego y manejo, para llegar al precio en boca de pozo.

A su vez, para determinar el precio promedio ponderado de la canasta se tendrá en cuenta, para la porción que se exporte el precio efectivo de exportación; y para la que se refine el de los productos refinados. Por tanto, los valores netos de las regalías que se distribuyan sólo variarán unos de otros en función de los costos de transporte.

El precio base para la liquidación de las regalías no puede ser en ningún caso inferior al que

actualmente estipula el Ministerio de Minas y Energía de acuerdo al Decreto 545 de 1989".

De la disposición transcrita se infiere que las regalías no se liquidaban teniendo en cuenta el precio de venta, sino el precio promedio ponderado de la realización del petróleo en una sola canasta de crudos. Así, "las regalías son lo que el Ministerio de Minas y Energía determine en los actos administrativos de liquidación correspondientes de conformidad con lo establecido en la Constitución y en la ley. Por lo mismo, todo aquello que esté por fuera de dicha liquidación no podrá ser considerado regalía, lo que hace que el margen de comercialización no pueda ser considerado como [tal]".

En su criterio, este mismo sistema opera con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 05 de 2011 y la Ley 1530 de 2012. Al respecto, afirma que:

"[De] conformidad con lo allí expuesto es necesario también diferenciar dos momentos: (i) el de cuantificar y distribuir las regalías y (ii) el de comercialización de los hidrocarburos recaudados por la ANH para cumplir con la transferencia al Sistema General de Regalías, SGR.

Por otra parte, para cumplir con lo segundo y a efecto de garantizar los términos establecidos en la normativa vigente referentes a la transferencia de recursos al SGR, la ANH debe recurrir a la venta de los hidrocarburos antes anotados, en los mejores términos tanto económicos como operativos, de forma tal que en ningún momento las fluctuaciones del mercado u otros factores, incidan en la disposición final de los recursos.

El resultado, tratándose de operaciones que se llevan a cabo en distintas condiciones como ya se ha anotado, representa una diferencia reconocida como 'margen de comercialización'. El margen de comercialización constituye un riesgo que se traduce en una obligación adicional para el recaudador, pues el precio de comercialización puede resultar inferior al precio de referencia calculado por el Ministerio de Minas y Energía".

En este orden de ideas, se concluye que el artículo 156 de la Ley 1530 de 2012 no vulnera los artículos 58, 360 y 361 constitucionales, por cuanto el margen de comercialización no constituye una regalía, y sobre los recursos del Sistema General de Regalías existe un derecho de participación a favor de las entidades territoriales más no un derecho adquirido. Finalmente, estima que en este punto cabría un fallo inhibitorio frente a esta acusación, ya que el accionante en ningún momento acreditó la norma que le atribuye a las entidades territoriales la titularidad sobre los recursos que integran el margen de comercialización, sino que se limitó a realizar varias afirmaciones indeterminadas, que parten de un punto de vista subjetivo sobre lo que debe ser el alcance de este Sistema.

4.3. Intervención del Departamento Nacional de Planeación

4.3.1. El apoderado del Departamento Nacional de Planeación solicita a la Corte declarar la exequibilidad de la ley demandada. En primer lugar, se refiere al cargo por violación del derecho a la consulta previa. Al respecto, señala que conforme a la jurisprudencia constitucional el citado derecho no supone un derecho de veto, ni implica admitir que se paralice el ejercicio de las funciones a cargo del Estado. Desde esta perspectiva, sostiene

que se considera que el Gobierno Nacional cumple con su deber de realización de la mencionada garantía, si establece un tiempo y espacios apropiados para la discusión, previa carga de quien se consulta de comparecer y participar en ella. Si esto no ocurre, en su criterio, "el derecho correlativo de consulta se ve satisfecho con la disposición de la autoridad para surtir el procedimiento, máxime si, como en este caso, además del deber constitucional de consulta, existió el deber constitucional de presentación del proyecto de ley en un plazo perentorio de 3 meses".

Desde esta perspectiva, se afirma que si bien existe una regulación que ha sido inaplicada (se refiere al Decreto 1320 de 1998), ello no significa que no se pueda adelantar el proceso de consulta teniendo en cuenta los lineamientos constitucionales, jurisprudenciales y las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad. De ahí que, en su opinión, siguiendo la jurisprudencia de esta Corporación, lo censurable es omitir el procedimiento de consulta, el cual en el presente caso se llevó a cabo.

Precisamente, el interviniente destaca que el parágrafo 5 transitorio del artículo 2 del Acto Legislativo 05 de 2011, ordenó que el Sistema General de Regalías empezara a regir el 1° de enero de 2012, previa advertencia de que si para esa fecha el Congreso de la República no había expedido la ley que regulara la materia, el Gobierno Nacional debía garantizar su operación a través de decretos transitorios con fuerza de ley, que tenía que expedir a más tardar el 31 de diciembre de 2011. De otra parte, el parágrafo 4 transitorio del mismo artículo, le impuso al Gobierno un plazo perentorio de tres meses, contados a partir de la fecha de promulgación de la reforma constitucional, para "radicar ante el Congreso de la República, el proyecto de ley a que se refiere el inciso segundo del artículo primero, que ajuste el régimen de regalías al nuevo marco constitucional".

Esto significa que, en la práctica, por orden del Constituyente el Gobierno Nacional tenía dos deberes de índole constitucional por realizar: (i) la consulta previa del proyecto de ley a las comunidades étnicas, y (ii) el plazo perentorio de presentación de la iniciativa legislativa ante el parlamento, contado a partir del 18 de julio de 2011.

Así las cosas, se manifiesta que el Gobierno desde antes de la promulgación del Acto Legislativo, propuso abrir un espacio autónomo con los pueblos indígenas para estudiar las diferentes iniciativas legislativas, como consta en las Actas del 28, 29 y 30 de junio de 2011 de la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas. Dicho espacio se propuso para los días 6, 7 y 8 de julio, en el cual se revisaron las iniciativas legislativas propuestas, incluida la ley de regalías.

A continuación, el representante del Departamento Nacional de Planeación resalta el siguiente procedimiento:

"Posteriormente, en las reuniones del 17 y 18 de julio de 2011, se inicia la explicación del proyecto de ley de regalías, para lo cual, el Doctor Pedro Posada, Director para minorías étnicas del Ministerio del Interior y de Justicia para la época, expuso, en primer lugar, que esta ley beneficiaría directamente a los pueblos indígenas y solicitó que se diera una reflexión, puesto que era en esa reunión, donde se empieza a evidenciar la intención de los pueblos indígenas de no dejarse consultar respecto de este proyecto de ley.

En este sentido, se encuentra que diferentes miembros de la Mesa Permanente de Concertación manifestaron que en el proyecto de ley de regalías no aparecían las entidades territoriales indígenas y, por lo tanto, los indígenas no eran sujetos de consulta respecto del proyecto de ley que se proponía. Así mismo, declararon que no tenía sentido consultar la ley de regalías, hasta que la Corte Constitucional no tomara una decisión respecto del Acto Legislativo 05 de 2011 (página 6 del Acta del 17 y 18 de julio de 2011). Afirmaron también, que a pesar de su desacuerdo sobre la decisión del Gobierno de no consultar el Proyecto de Acto Legislativo, revisarían la propuesta del proyecto de ley (páginas 7 y 9 del Acta del 17 y 18 de julio de 2011).

Finalmente, de esta reunión surgió el compromiso de realizar una asamblea con 70 delegados de las organizaciones indígenas para analizar y tomar una decisión respecto de la consulta previa de la ley de regalías (página 9 del Acta del 17 y 18 de julio de 2011).

En cumplimiento de este compromiso, durante los días 29, 30 y 31 de agosto de 2011, se llevó a cabo en la ciudad de Villavicencio la Asamblea de Autoridades y Líderes Indígenas. En esta asamblea se presentó y socializó con los diferentes grupos indígenas el Proyecto de Ley "por el cual se regula la organización y funcionamiento del Sistema General de Regalías". En esta reunión, los indígenas manifestaron, mediante documento dirigido al Dr. Aurelio Iragorri Valencia –Viceministro del Interior–, la decisión de no consultar el proyecto de ley de regalías, por cuanto demandarían el Acto Legislativo 005 de 2011. (Acuerdos que constan en el Acta 01).

En la siguiente Mesa de Concertación Permanente (12, 13 y 14 de septiembre de 2011), teniendo en cuenta la posición de los grupos indígenas de no realizar la consulta previa de la ley de regalías, el Gobierno manifestó su interés y voluntad política para llevarla a cabo. Para lo cual, el doctor Jaime Romero, delegado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para minorías étnicas, solicitó a los grupos indígenas iniciar el debate y presentar una propuesta frente al proyecto presentando por el mencionado Ministerio (páginas 5 y 6 del Acta del 12, 13 y 14 de septiembre de 2011). También resulta la buena fe por parte del Gobierno para realizar la consulta previa y el silencio que hubo por parte de los indígenas (página 6 del Acta del 12, 13 y 14 de septiembre de 2011)."

De la transcripción de los citados hechos, el interviniente concluye que pese a los múltiples intentos del Gobierno Nacional para consultar la ley de regalías, los grupos indígenas se negaron a participar en este proceso. Adicionalmente, considera que la voluntad del Gobierno se hace patente a simple vista, si se tiene en cuenta el hecho de que la consulta se realizó con las comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras y con la población ROM, con quienes después del debate de rigor, "se suscribieron actas de protocolización que reposan en el expediente del proyecto de ley de regalías". Finalmente, en relación con la omisión alegada, se señala que en la legislación anterior tan sólo existía un artículo que mencionaba a los pueblos indígenas (Ley 756 de 2002, art. 11), mientras que en la ley actualmente demandada se aprobaron 13 artículos, a saber: 2, 6, 23, 25, 27, 28, 29, 30, 34, 40, 41, 57 y 63.

4.3.2. En lo referente a la acusación contra el artículo 156 de la Ley 1530 de 2012, el representante del Departamento Nacional de Planeación señala que las regalías son

propiedad del Estado colombiano, en contra de lo dicho por el accionante, pues en ningún momento la Constitución las asigna para los departamentos o los municipios. Así las cosas, al no ser propietarias del recurso natural no renovable, tampoco lo son de los beneficios que se derivan por su extracción. En seguida explica el origen del margen de comercialización, en los términos que a continuación se exponen:

"De conformidad con la normatividad actual (…), la Agencia Nacional de Hidrocarburos –ANH– es la entidad responsable del recaudo y giro del total de las regalías generadas por la explotación de hidrocarburos en el territorio nacional. La mencionada facultad implica: 1. La obligación legal de recaudar y girar estas regalías, y, 2. La necesidad de comercializar los hidrocarburos recaudados por la ANH para monetizarlos y cumplir con la transferencia a los diferentes beneficiarios contemplados en la normatividad vigente.

Para que la ANH pueda ejercer sus competencias referidas en el primer punto, debe actuar de manera coordinada con el Ministerio de Minas y Energía quien realiza la liquidación y distribución de las regalías derivadas de la explotación de hidrocarburos que le corresponden a cada uno de los beneficiarios y posteriormente le certifica dicha información a la ANH para lo de su competencia, tal como lo dispone el artículo primero del Decreto 625 de 1996. (…)

Así mismo, el Ministerio de Minas y Energía calcula el precio base para la liquidación de regalías, producto de los volúmenes de producción de hidrocarburos obtenidos de la operación de los diferentes contratos de explotación suscritos entre el Estado y las industrias extractivas. En este orden, según las determinaciones de la normatividad vigente este precio es un promedio ponderado de los precios de venta en los mercados de exportación y del valor neto de realización de los crudos que se destinan a la refinación interna[6].

Por otra parte, (…), a efectos de garantizar los términos establecidos en la normatividad vigente referentes a la transferencia de regalías, la ANH debe recurrir a la venta de los hidrocarburos antes anotados, en los mejores términos tanto económicos como operativos, de tal forma que en ningún momento las fluctuaciones del mercado u otros factores, incidan en la disposición final de los recursos.

El resultado, tratándose de operaciones que se llevan a cabo en distintas condiciones como ya se ha anotado, representa una diferencia reconocida como 'margen de comercialización'. Esta bien puede significar para el recaudador una obligación adicional, si el precio de comercialización es inferior al precio base de liquidación de regalías calculado por el Ministerio de Minas y Energía."

En este escenario, el interviniente concluye que el margen de comercialización no constituye una regalía y que, por lo tanto, no existe un derecho adquirido que se encuentre en cabeza de las entidades territoriales que deba ser protegido con base en una ley preexistente, por lo que el legislador estaba plenamente habilitado para regular la materia en los términos y condiciones en que lo hizo.

4.4. Intervención del Ministerio de Minas y Energía

4.4.1. El apoderado del Ministerio de Minas y Energía solicita a la Corte proferir un fallo inhibitorio sobre la ley demandada. En primer lugar, afirma que la acción pública de inconstitucionalidad tiene por finalidad establecer si las normas legales se ajustan o no a las disposiciones previstas en la Constitución. En consecuencia, no tiene justificación que el accionante pretenda promover el control a partir de una apreciación subjetiva del texto de otra norma jurídica, como lo es el Decreto 4923 de 2011.

En segundo término, señala que el accionante no presentó ningún elemento de juicio que demuestre que la consulta previa no se realizó, en contravía de los principios constitucionales del derecho procesal y probatorio, conforme a los cuales lo que se alega se prueba.

En tercer lugar, en los mismos términos expuestos por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación, advierte que la consulta previa sobre el proyecto de ley de regalías sí fue realizada, de conformidad con los mismos elementos de juicio que fueron previamente mencionados.

Con fundamento en lo anterior, el interviniente considera que ante la falta de una argumentación coherente por el demandante, pues la misma se funda en criterios subjetivos y de conveniencia, no es posible realizar un pronunciamiento de fondo por parte de esta Corporación. Así las cosas, concluye que: “como se puede observar (…) no [se] cumple[n] con las cargas mínimas de comunicación y argumentación, (…) razón suficiente para declarar que el presente cargo se encuentra viciado por ineptitud sustancial”.

4.4.2. En cuanto a la demanda contra el artículo 156 de la Ley 1530 de 2012, el interviniente señala que las regalías son contraprestaciones económicas de propiedad del Estado, frente a las cuales las entidades territoriales tienen exclusivamente un derecho de participación. La definición de las regalías corresponde al legislador, pues se trata de fuentes exógenas de financiación de las entidades territoriales.

Así las cosas, acorde con lo previsto en la ley, la liquidación de las regalías le corresponde al Ministerio de Minas y Energía, según los parámetros previstos en la ley. De suerte que, todo aquello que esté por fuera de dicha liquidación no podrá ser considerado como regalía, como ocurre con el margen de comercialización, el cual ha sido definido como la diferencia entre el precio de comercialización y el precio de liquidación por la explotación de hidrocarburos.

Desde esta perspectiva, se solicita proferir un fallo inhibitorio, ya que el accionante parte de una apreciación subjetiva sobre lo que es una regalía, sin demostrar por qué son de propiedad de las entidades territoriales, y por qué dicha propiedad se extiende al margen de comercialización.

4.5. Intervención del Ministerio del Interior

4.5.1. El apoderado del Ministerio del Interior solicita a esta Corporación declarar la exequibilidad de la ley demandada. En términos generales, el interviniente relata los mismos hechos puestos de presente por los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y Minas y Energía, y por el Departamento Nacional de Planeación, luego de lo cual, sostiene

que, cuando las comunidades rechazaron el proyecto y se rehusaron a participar en el proceso de concertación, a pesar de las reiteradas convocatorias realizadas por el Gobierno Nacional, se cumplió con el requisito establecido referente al deber de garantizar la consulta previa.

Según el interviniente, el rechazo a este proceso se fundamentó en que el Acto Legislativo 05 de 2011 se debió consultar y que, por ello, las comunidades indígenas esperarían la respuesta a la demanda respectiva promovida ante la Corte Constitucional. Frente a esta posición, según afirma el Ministerio, el Gobierno suministró una completa orientación a los representantes de los pueblos indígenas, "en relación con las razones de improcedencia del trámite de consulta previa a la reforma de los artículos 360 y 361 de la Constitución Política (…) y, en consecuencia, [sobre] la necesidad de realizar dicho trámite frente al proyecto de ley de regalías. Así se demuestra en el contenido de las actas de la Mesa Permanente de Concertación", previamente reseñadas. Por último, el Ministerio guardó silencio sobre el cargo referente al margen de comercialización.

4.6. Intervención de la Defensoría del Pueblo

4.6.1. El Defensor Delegado para Asuntos Constitucionales y Legales de la Defensoría del Pueblo solicita a la Corte declarar la inexequibilidad de la ley demandada. Luego de referir en extenso a varias sentencias de esta Corporación, se afirma que el trámite de la consulta estaba limitado temporalmente por la facultad del Congreso de la República para expedir la ley reglamentaria del Acto Legislativo 05 de 2011, lo que desconoce el principio según el cual debe tenerse en cuenta los tiempos de las comunidades indígenas, con el fin de realizar un verdadero diálogo entre iguales en respeto de la diversidad consagrada en la Constitución.

Adicionalmente, expone que uno de los representantes de los Pueblos Indígenas en la Mesa Permanente de Concertación, manifestó que no se podían continuar con los procesos de consulta, en atención al incumplimiento del Gobierno Nacional frente a los compromisos adquiridos en el Plan Nacional de Desarrollo. De lo anteriormente expuesto, el Defensor Delegado afirma que: "(…) lejos de ser la manifestación de una negativa ciega a la implementación de un nuevo régimen jurídico para las regalías, [lo expuesto constituye] una expresión de rechazo a seguir participando en condiciones que no reconocen los derechos fundamentales de los pueblos indígenas (…)".

En este contexto, concluye que: "es claro en este punto que: (i) la ley que ahora se acusa debió ser objeto de consulta previa; (ii) que el trámite de la consulta si bien se inició con las comunidades indígenas, no llevó a ningún tipo de acuerdo y, sin embargo, la ley fue aprobada (…); (iii) que el derecho fundamental a la consulta previa, supone que ésta debe no sólo servir para llegar a un acuerdo, sino además para obtener por parte de las comunidades indígenas su consentimiento informado (…); (iv) que no se produjo el acuerdo, y consiguientemente tampoco se obtuvo de parte de los pueblos indígenas su consentimiento informado, (vi) por lo que la Ley 1530 de 2012 violó el derecho fundamental a la consulta previa y debe ser declarada inexequible por parte de la Corte Constitucional". Finalmente, la Defensoría del Pueblo también guardó silencio sobre el segundo cargo

referente al margen de comercialización.

4.7. Intervención del Congreso de la República

4.7.1. El apoderado del Congreso de la República considera que sí se surtió el proceso de consulta previa con las comunidades indígenas, para lo cual pone de presente las mismas actas reseñadas por las autoridades gubernamentales, que aparecen publicadas en el Gaceta del Congreso No. 779 de 2011. Por otra parte, señala que del escrito de acusación no se evidencia la existencia de un cargo concreto, ya que el actor se limitó a efectuar una formulación vaga, abstracta y global sobre la manera como se incumplió el deber de consulta previa. En opinión del interviniente, el Congreso no ha violado el principio de buena fe previsto en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, pues existe evidencia de los procedimientos preconsultivos a través de los cuales el Gobierno y los pueblos indígenas acordaron las reglas de trámite para la consulta previa, lo que se surtió antes de la radicación del proyecto, como se puede observar en la Gaceta anteriormente mencionada. En este orden de ideas, solicita declarar la exequibilidad de la Ley 1530 de 2012, en el entendido que el actor no acreditó el cumplimiento de los requisitos previstos en el Decreto 2067 de 1991, al no formular las razones suficientes para dar inicio al presente proceso de constitucionalidad. El Congreso de la República no se pronunció sobre el segundo cargo referente al margen de comercialización.

4.8. Intervención de la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca – ACIN CXHAB WALA KIWE

4.8.1. El representante de la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca solicita a la Corte declarar la inexequibilidad de la Ley 1530 de 2012. Tras presentar un recuento histórico de los derechos de las comunidades indígenas sobre el territorio y la especial importancia que tiene en los tres mundos espirituales y materiales: el de arriba, el del medio y el de abajo, el interviniente afirmó que en la ley demandada no aparece por ningún lado el reconocimiento de los derechos indígenas al dominio o propiedad colectiva de los territorios indígenas y del subsuelo, junto con los recursos naturales no renovables. En este sentido, considera que: “siendo los pueblos indígenas los titulares del derecho de dominio o propiedad de los recursos naturales no renovables existentes en [los] territorios indígenas, es claro que la ley que reglamenta las regalías como contraprestación por la explotación de estos recursos debe reconocer esta propiedad y hacer respectar los derechos de regalías de (…) los pueblos indígenas”.

Por lo demás, el interviniente aclara que en sus territorios existen “numerosos datos de la existencia de diversos recursos naturales no renovables”[7] y que, hasta el momento, su explotación y disposición se ha realizado al margen de las normas de consulta previa. Finalmente, señala que el texto de la ley jamás fue consultado con las comunidades indígenas del norte del Cauca, ni por el Gobierno Nacional ni por el Congreso de la República, no obstante ser una de las mayores organizaciones indígenas a nivel nacional.

4.8.2. El interviniente guardó silencio sobre el segundo cargo referente al margen de comercialización.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

5.1. El Procurador General de la Nación solicita a la Corte, en primer lugar, declarar la exequibilidad de la ley demandada. Para comenzar, la Vista Fiscal realiza una amplia transcripción de la Sentencia C-317 de 2012, en lo que se refiere al grado de afectación de una medida legislativa o administrativa, con la finalidad de precisar si la ley demandada debía o no estar sometida al proceso de consulta previa. Una vez expuesto lo anterior, el agente del Ministerio Público concluye que: "El actor sostiene que la ley demandada reduce las regalías del Departamento de La Guajira y de sus municipios. De este hecho infiere que esta norma afecta de manera directa y especial a la comunidad indígena Wayuu, dado que en virtud de la reducción de los ingresos de regalías recibidos por dichos entes territoriales, sus inversiones disminuyeron de manera considerable. No obstante, la circunstancia de que las inversiones del Departamento de La Guajira y de sus municipios disminuyeran de manera considerable, debido a la reducción de sus ingresos por regalías, no implica per se, como lo asume el actor, que exista una afectación directa y especial a la comunidad indígena Wayuu. Y no lo implica, porque la reducción de inversiones afecta por igual a todos los habitantes de dichos territorios, con independencia de si pertenecen o no a dicha comunidad indígena".

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

6.1. Competencia

La Sala Plena de la Corte Constitucional es competente para decidir sobre la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 156 y la totalidad de la Ley 1530 de 2012 "Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías", presentada por el ciudadano José Manuel Abuchaibe Escolar, en los términos del artículo 241 numeral 4º de la Constitución Política.

6.2. Pruebas decretadas por la Corte Constitucional

6.2.1. En auto admisorio del 29 de junio de 2012, el Magistrado Sustanciador decretó varias pruebas tendientes a acreditar el trámite legislativo que antecedió a la aprobación de la ley acusada. En concreto, solicitó a los Secretarios Generales del Senado de la República y de la Cámara de Representantes (i) certificar si se llevó a cabo la consulta previa con las comunidades indígenas, como presupuesto del trámite que finalizó con la sanción de la Ley 1530 de 2012; (ii) certificar si durante el proceso legislativo, se realizaron audiencias públicas con representantes de los pueblos indígenas; (iii) responder si los citados representantes participaron durante el trámite legislativo respectivo; y (iv) responder si dicha participación fue tenida en cuenta durante los debates del proyecto de ley respectivo y, si es del caso, cómo fue tenida en cuenta. Por último, se pidió anexar todo medio físico o magnético, donde conste la realización de la consulta previa.

6.2.2. Por otra parte, en el mismo auto admisorio, también se requirió al Ministerio del Interior para certificar si se adelantó o no el trámite de consulta previa frente a la Ley 1530 de 2012. En caso afirmativo, (i) responder si tuvo lugar la preconsulta y cuál fue la metodología acordada para su celebración; (ii) cómo se efectuó la consulta previa y a qué pueblos se consultaron; y (iii) qué normas y directrices se aplicaron para su realización. En caso negativo, explicar (i) por qué razón no fue practicada la consulta y, si es del caso, (ii) si se consideró que la ley no tiene una afectación directa frente a los pueblos indígenas.

Finalmente, se solicitó acompañar con la respuesta cualquier elemento de prueba, que tenga relación con el trámite que se surtió para adelantar la consulta previa.

Es preciso señalar que las autoridades mencionadas remitieron a la Corte la información que sirvió de soporte para la adopción de sus decisiones, en los términos expuestos en el acápite de antecedentes. Sin embargo, los asuntos allí certificados serán explicados más adelante, cuando se aborde el examen del caso concreto.

6.3. De los problemas jurídicos y del esquema de resolución

6.3.1. De acuerdo con los argumentos expuestos en la demanda, en las distintas intervenciones y teniendo en cuenta el concepto de la Vista Fiscal, le corresponde a esta Corporación establecer, (i) si la Ley 1530 de 2012 es contraria al ordenamiento jurídico constitucional, en concreto a los artículos 1, 2, 7, 93 y 330 del Texto Superior, pues –en criterio del demandante– se omitió por el Gobierno Nacional el deber de realizar la consulta previa a las comunidades indígenas, en los términos consagrados en el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT y en la jurisprudencia constitucional.

6.3.2. Adicionalmente, es preciso determinar, (ii) si el artículo 156 de la citada ley infringe lo dispuesto en los artículos 360 y 361 de la Constitución, por cuanto al asignar a la Nación un porcentaje determinado de los recursos disponibles a 31 de diciembre de 2011 (50%), correspondientes al margen de comercialización incluidos en el rubro de recaudos a favor de terceros de la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH), desconoce –según el actor– el derecho constitucional de las entidades territoriales de participar en las regalías derivadas de la explotación de recursos naturales no renovables.

6.3.3. Por último, y frente al mismo precepto legal, le corresponde a la Corte establecer, (iii) si es contrario a la prohibición general de irretroactividad de la ley prevista en el artículo 58 del Texto Superior, el hecho de que el legislador haya previsto la forma de distribución de los recursos del margen de comercialización disponibles a 31 de diciembre de 2011, a pesar de haber sido causados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1530 de 2012.

6.3.4. Dada la disparidad de los cargos propuestos para solicitar la inconstitucionalidad del artículo 156 y de la totalidad de la Ley 1530 de 2012, en la presente sentencia –por razones metodológicas– se abordará por acápites separados la presentación de las consideraciones de esta Corporación y, en seguida, se hará el examen del caso concreto.

Para resolver los problemas jurídicos previamente planteados, la Corte inicialmente se pronunciará sobre la aptitud de los cargos de la demanda (6.4); con posterioridad recordará el marco jurídico referente al derecho a la consulta previa de las medidas legislativas que afectan directamente a los pueblos indígenas (6.5); a continuación hará una breve exposición sobre el precedente jurisprudencial relativo a la participación de las entidades territoriales en los recursos de regalías y su relación con el denominado margen de comercialización (6.6); y por último, abordará el examen sobre la prohibición general de retroactividad de la ley y sobre otras modalidades de efectos de las leyes en el tiempo (6.7).

6.4. Cuestión Previa. Aptitud del cargo

6.4.1. La Corte ha establecido de manera reiterada que aun cuando la acción de inconstitucionalidad es pública e informal, los demandantes tienen unas cargas mínimas que deben satisfacer para que se pueda promover el juicio dirigido a confrontar el texto de un precepto legal frente a la Constitución. Precisamente, el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991 establece los siguientes requisitos que deben contener las demandas de inconstitucionalidad: (i) el señalamiento de las normas acusadas, bien sea a través de su transcripción literal o de la inclusión de un ejemplar de una publicación oficial de las mismas; (ii) la indicación de las normas constitucionales que se consideren infringidas; (iii) la exposición de las razones por las cuales dichos textos se estiman violados; (iv) cuando ello resultare aplicable, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado; y (v) la razón por la cual esta Corporación es competente para conocer de la demanda.

En lo referente a las razones de inconstitucionalidad, este Tribunal ha insistido en que el demandante tiene la carga de formular un cargo concreto de naturaleza constitucional contra la disposición acusada[8]. En este contexto, en la Sentencia C-1052 de 2001, esta Corporación señaló que las razones presentadas por los accionantes deben ser claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes, pues de no ser así la decisión que se adopte por la Corte necesariamente debe ser inhibitoria[9].

6.4.2. En el asunto bajo examen, el Ministerio de Minas y Energía considera que se debe proferir una de tales sentencias, pues el demandante construyó su cargo contra la totalidad de la Ley 1530 de 2012, con fundamento en el examen de un texto distinto de la Constitución, como lo es el Decreto 4923 de 2011. Por lo demás, también señala que el actor no presentó ninguna prueba para acreditar que no se realizó la consulta previa, en desconocimiento del principio actor incumbit probatio. Finalmente, en relación con el artículo 156 demandado, el citado Ministerio igualmente considera que se debe proferir un fallo inhibitorio, ya que el actor no contextualizó correctamente la naturaleza jurídica del margen de comercialización, por lo que el cargo parte de una valoración subjetiva sobre lo que son las regalías, sin demostrar por qué las mismas son de propiedad de las entidades territoriales, y por qué esa propiedad se extiende al citado margen de comercialización. En relación con este último punto, se pronuncia en los mismos términos el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

6.4.3. Teniendo en cuenta los argumentos expuestos, las distintas intervenciones y el concepto de la Vista Fiscal, esta Corporación encuentra que los cargos formulados por el actor, sí son susceptibles de provocar un juicio de inconstitucionalidad, en primer lugar, porque la demanda, si bien hace referencia a los considerandos del Decreto 4923 de 2011, lo hace con la única finalidad de demostrar que de su contenido se deriva la omisión alegada referente a la falta de consulta previa de la Ley 1530 de 2012; en segundo término, porque dada la naturaleza informal de la acción pública de inconstitucionalidad, el Decreto 2067 de 1991 no le exige al actor acompañar con la demanda las pruebas que acrediten la ocurrencia de un vicio de procedimiento. En efecto, el numeral 4° del artículo 2 del citado Decreto, tan sólo le impone al accionante la carga de señalar el “trámite impuesto por la Constitución para la expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado”, pues le otorga directamente al magistrado sustanciador, al momento de proferir el auto admisorio, la atribución de decretar las pruebas que estime conducentes para conocer los

trámites que antecedieron a la expedición del acto sometido a control[10]. Por último, la definición acerca de si el margen de comercialización es o no una regalía, es precisamente la controversia que se plantea en la presente demanda, por lo que más allá de la forma cómo se construyó el cargo por el accionante, lo cierto es que sí plantea una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma, teniendo como soporte la forma como se distribuyen los recursos que se obtienen de la explotación de los recursos naturales no renovables (CP arts. 360 y 361) y los distintos pronunciamientos realizados sobre la materia por los organismos de control. Para la Corte, el argumento propuesto para solicitar la inhibición de esta Corporación, combina elementos propios del ámbito de admisibilidad de la acción pública de inconstitucionalidad con aspectos referentes a la solución de fondo, la cual sólo se puede concretar en una sentencia de mérito.

6.4.4. Por otra parte, a pesar de que el Congreso de la República en su intervención solicita que la ley acusada sea declarada exequible, el razonamiento propuesto por el interviniente supone la falta de suficiencia de los cargos planteados por el actor, conforme a lo previsto en el Decreto 2067 de 1991. Para esta Corporación, más allá de la técnica y el lenguaje utilizado para elaborar el cargo referente a la falta de consulta previa, lo cierto es que, como ya se dijo, los argumentos expuestos sí son susceptibles de provocar una duda acerca de la constitucionalidad de la norma acusada, como se infiere del resto de las intervenciones realizadas y del concepto del Procurador General de la Nación[11].

6.4.5. Con fundamento en lo anterior, una vez determinada la aptitud de los cargos, se procederá a desarrollar cada una de las temáticas propuestas que apuntan a la definición del caso concreto.

6.5. El derecho a la consulta previa de las medidas legislativas que afectan directamente a los pueblos indígenas. Examen de constitucionalidad de la Ley 1530 de 2012

6.5.1. Además de los mecanismos de participación de que son titulares todas las personas (CP arts. 2, 40 y 103), la Constitución consagra un derecho concreto de participación a favor de las comunidades indígenas y otros pueblos tribales, conocido como el derecho a la consulta previa[12]. Este derecho, en criterio de la Corte, adquiere el carácter de fundamental, en la medida en que constituye un importante medio para garantizar un conjunto amplio de derechos de los cuales depende la subsistencia y preservación de la integridad étnica y cultural de dichos pueblos. Así, por ejemplo, en varios estudios se ha demostrado el vínculo que existe entre la consulta y los derechos a la identidad e integridad cultural, a conservar sus usos, costumbres e instituciones propias, a la tierra y al territorio, y a decidir sus prioridades y estrategias para el desarrollo[13]. Sobre este punto, la Corte ha expuesto la siguiente doctrina:

"(...) la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. De este modo la participación no se reduce

meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental (…), sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades"[14].

En este orden de ideas, el deber de adelantar los procesos de consulta previa constituye una expresión y desarrollo del artículo 1° de la Constitución, que define a Colombia como una democracia participativa; del artículo 2°, que establece como una de las finalidades del Estado la de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan; del artículo 7°, que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación; del artículo 40, que garantiza el derecho de todo ciudadano a hacer uso de los distintos mecanismos de participación democrática; y finalmente, del artículo 70, que considera a la cultura como fundamento de la nacionalidad.

6.5.2. El derecho a la consulta, como expresión del sistema democrático, se consagra en la Constitución Política en los artículos 329 y 330, que disponen la participación de las comunidades tradicionales en la conformación de las entidades territoriales indígenas y en la explotación de los recursos naturales que se encuentran en sus territorios[15]. Sin embargo, es el Convenio 169 de 1989 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, aprobado por la Ley 21 de 1991, en donde el mecanismo de la consulta previa encuentra su más amplio desarrollo.

No sobra recordar que el citado Convenio consagra la declaración de los derechos mínimos a favor de las comunidades étnicas, entre los cuales se encuentran la igualdad de derechos y oportunidades, la participación en los beneficios sociales y económicos, y la protección de sus valores sociales, culturales, religiosos y espirituales. Tal como se ha señalado por esta Corporación[16], el Convenio 169 fue adoptado con base en una nueva aproximación a la situación de los pueblos indígenas y tribales en el mundo, que parte de reconocer la necesidad de "eliminar la orientación hacia la asimilación que se había venido manejando, para, en su lugar, asentar el principio conforme al cual las estructuras y formas de vida de los pueblos indígenas y tribales son permanentes y perdurables, y la comunidad internacional tiene interés en que el valor intrínseco de sus culturas sea salvaguardado"[17].

Como consecuencia de sus objetivos y atendiendo al mínimo de protección que en términos iusfundamentales en él se consagra, el citado instrumento internacional ha sido considerado como parte de bloque de constitucionalidad. Al respecto, en la Sentencia C-620 de 2003, se dispuso que:

"[El Convenio 169], aprobado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991, (…) en cuanto (…) consagra la protección de derechos que han sido estimados fundamentales –los derechos a la integridad cultural y el subsiguiente derecho de consulta en las decisiones relativas a recursos naturales–, forma parte del llamado bloque de constitucionalidad"[18].

6.5.3. En distintos apartes, el Convenio 169 de 1989 de la OIT se refiere de manera expresa a

los compromisos asumidos por el Estados signatarios. Precisamente, en lo que se refiere a los espacios de participación y consulta, con ocasión de las obligaciones y derechos reconocidos en el citado Convenio, se destaca lo previsto en el artículo 6°, conforme al cual:

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

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

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

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

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

Sobre el alcance de esta disposición, en la Sentencia C-030 de 2008, la Corte tuvo ocasión de distinguir dos dimensiones del derecho de participación de los pueblos indígenas y tribales. Así, por un lado, existe "la obligación contenida en el literal b) de establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; y de otro, el deber de consulta previsto en el literal a) en relación con las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a dichos pueblos".

En este sentido, en aplicación del citado Convenio, cabe igualmente distinguir dos niveles de afectación de los pueblos indígenas y tribales: (i) el que corresponde a las políticas y programas que de alguna manera les conciernan, evento en el cual se hace efectivo el derecho general de participación; y (ii) el que se concreta en las medidas administrativas o legislativas que sean susceptibles de afectarlos directamente, caso en el cual se ha previsto la obligación de adelantar el proceso de consulta previa, como instrumento para asegurar su participación real y efectiva, en el marco de un Estado democrático y pluralista. En esta misma línea de interpretación, la Guía de Aplicación del citado Convenio, se refiere en los siguientes términos al artículo 6°:

"El artículo 6 requiere que los gobiernos establezcan los medios que permitan a los pueblos interesados participar en la toma de decisiones a todos los niveles a nivel de instituciones legislativas y de organismos administrativos. También exige que consulten a los pueblos indígenas y tribales mediante procedimientos adecuados y sus instituciones

representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas".

6.5.4. En lo que corresponde al derecho general de participación, la Corte ha señalado que el mismo se orienta a garantizar que, en las políticas y programas que de alguna manera les conciernan, ya sean de naturaleza legislativa o administrativa, los pueblos indígenas y tribales deben tener a su disposición oportunidades de participación que sean equivalentes, al menos, a las que disponen otros sectores de la población.

Este compromiso se cumple, por una parte, con el reconocimiento que la Constitución realiza a todos los ciudadanos –incluidos los miembros de los pueblos indígenas y tribales– de los derechos de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político (CP art. 40); así como con la posibilidad de hacer uso de los instrumentos previstos en el artículo 103 del Texto Superior, no sólo los que corresponden a los mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía –el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato–, sino también los que "surgen de la posibilidad, prevista en el inciso segundo del artículo 103, de articularse libremente, con el apoyo del Estado, para la promoción de sus intereses, en asociaciones que tengan por objeto constituir mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública"[19]. Por otra parte, el ordenamiento constitucional también les ha otorgado a las comunidades indígenas espacios concretos de participación, que van más allá de los establecidos para todos los colombianos, como ocurre, por ejemplo, con la posibilidad de elegir dos senadores en circunscripción nacional (CP. art. 171), o de transformar los territorios indígenas en entidades territoriales (CP. art. 329), o de estar gobernados por sus propias autoridades, conformadas y reglamentadas según sus usos y costumbres, en el ejercicio de importantes funciones como la de velar por la aplicación de las normas sobre usos del suelo, la de diseñar planes y programas de desarrollo económico y social, la de vigilar la preservación de los recursos naturales y la de colaborar con el mantenimiento del orden público (CP. art. 330).

En el ámbito legislativo, en criterio de la Corte, este derecho general de participación de los pueblos indígenas se manifiesta, entre otras, "(1) en la posibilidad que sus integrantes tienen de concurrir, en igualdad de condiciones con todos los colombianos, en la elección de sus representantes en las corporaciones de elección popular; (2) en el hecho de que, en desarrollo del carácter público del proceso legislativo, pueden conocer las iniciativas en trámite, promover discusiones, remitir conceptos y solicitar audiencias; y (3) en las previsiones constitucionales sobre la circunscripción especial indígena, porque si bien quienes allí resulten elegidos no representan formalmente a las distintas comunidades indígenas, si son voceros, de manera amplia, de su particular cosmovisión y pueden constituir efectivos canales de comunicación entre las células legislativas y las autoridades representativas de las comunidades indígenas y tribales"[20].

6.5.5. En lo que se refiere al deber de consulta de las medidas que sean susceptibles de

afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, la Corte ha dicho que el mismo es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades indígenas de decidir acerca de las prioridades en su proceso de desarrollo, protección de la cultura y preservación de la integridad étnica[21]. La jurisprudencia de esta Corporación, en distintos momentos, se ha pronunciado sobre el alcance de este deber, en concreto, frente a los siguientes temas: (i) en qué casos es obligatoria la consulta previa de una medida legislativa; (ii) en qué condiciones de tiempo, modo y lugar debe producirse; (iii) y cuál es la consecuencia jurídica de su omisión. A continuación se reiterarán los principales precedentes sobre la materia.

6.5.6. En cuanto al primer punto propuesto, el precedente constitucional directamente aplicable es la Sentencia C-030 de 2008 y, en la misma línea, las Sentencias C-175 de 2009, C-063 de 2010 y C-366 de 2011. Precisamente, en la primera de las citadas providencias, se explicó que la obligación de realizar la consulta previa se activa cuando existe una afectación directa de los grupos étnicos. Textualmente se dijo que: "tratándose específicamente de medidas legislativas, es claro que el deber de consulta no surge frente a toda medida (…) que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas directamente, evento en el cual (…) la consulta contemplada en el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT deberá surtirse en los términos previstos en la Constitución y en la ley".

Más adelante, en la misma providencia, se explicó cuándo se entiende que existe una simple afectación general, con el propósito de distinguirla de la afectación directa. Sobre la materia, la Corte expuso que:

"No cabe duda de que las leyes, en general, producen una afectación sobre todos sus destinatarios. De esta manera una ley, en cualquier ámbito, aplicable a la generalidad de los colombianos, afecta a los miembros de las comunidades indígenas y tribales que tengan la calidad de nacionales colombianos, sin que en dicho evento pueda predicarse que, en aplicación del literal a) del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, resulte imperativa una consulta previa a dichas comunidades como condición para que el correspondiente proyecto de ley pueda tramitarse válidamente. Sostener lo contrario equivaldría a afirmar que una parte muy significativa de la legislación debería ser sometida a un proceso específico de consulta previa con las comunidades indígenas y tribales, puesto que las leyes que de manera general afecten a todos los colombianos, unas en mayor medida que otras, afectan a las comunidades indígenas, en virtud a que sus integrantes, como colombianos que son, se encuentran entre sus destinatarios, lo cual desborda el alcance del convenio 169.

Así, por ejemplo, la ley general de educación, el plan nacional de desarrollo, una reforma del sistema de seguridad social o del código laboral, o del código penal debería, además del proceso deliberativo, público y participativo que se surte en el Congreso de la República, someterse a un proceso específico de consulta con las comunidades indígenas y tribales. Lo anterior no parece ser así, y ello lleva a cuestionarse sobre los criterios para determinar cuando puede decirse que una medida legislativa afecta directamente a las comunidades indígenas y tribales."

En desarrollo de lo expuesto, este Tribunal consideró que –más allá del nivel general de

afectación que produce toda iniciativa legislativa– existe una afectación directa: “cuando la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios”. Esto significa que, para efectos de la consulta previa, es indiferente el efecto positivo o negativo de la medida legislativa propuesta.

En este orden de ideas, cuando una medida legislativa no implique una afectación directa para las comunidades indígenas o pueblos tribales, en criterio de la Corte, siguiendo lo dispuesto en el artículo 6° del Convenio 169 de 1989, el compromiso de los Estados remite a la promoción de oportunidades de participación que sean, al menos, equivalentes a las que están al alcance de otros sectores de la población, esto es, la posibilidad de hacer uso de los mecanismos de participación o de los instrumentos previstos en el trámite legislativo, como lo son remitir conceptos, promover discusiones o solicitar la práctica de audiencias, conforme se explicó en el acápite 6.5.4 de esta providencia[22]. Precisamente, en la citada Sentencia C-030 de 2008, se sostuvo lo siguiente:

“De este modo, cabe señalar que la obligación de consulta prevista en el literal a) del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT no puede interpretarse con el alcance de que toda la regulación del Estado, en cuanto que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas y tribales, deba someterse a un proceso de consulta previa con dichas comunidades, por fuera de los escenarios ordinarios de participación y deliberación democrática, ya que dicho deber sólo se predica de aquellas medidas que, en el ámbito de la aplicación del Convenio, sean susceptibles de afectar directamente a tales comunidades.”

A partir de esta sentencia, y como se infiere del párrafo transcrito, esta Corporación también identificó uno de los principales criterios que sirven para determinar cuando una medida legislativa está sometida al deber de adelantar la consulta previa, correspondiente a su relación con las materias reguladas por el Convenio 169 de la OIT. A juicio de la Corte, si bien uno de los aspectos centrales del citado instrumento internacional es la promoción de la participación de los pueblos indígenas y tribales en todas las instancias en donde se adopten medidas que les conciernan, no por ello puede perderse de vista que dicho Convenio constituye un marco regulatorio integral sobre los derechos mínimos a favor de las comunidades étnicas, que sirve como herramienta para determinar en qué casos una medida puede o no generar una afectación directa. Así, por ejemplo, no cabría la consulta cuando el objeto de una ley es regular de manera uniforme y para la generalidad de los colombianos el derecho de acceso a la salud, a diferencia de aquellos casos en que su propósito sea el de establecer las condiciones bajo las cuales podría prestarse el servicio de etnosalud[23].

Conforme al marco jurídico propuesto, la Corte consideró que la afectación directa puede provenir de una regulación expresa de las materias previstas en el Convenio 169 de 1989, o del contenido material de una medida legislativa que tiene repercusión directa sobre los pueblos indígenas. La doctrina sobre la materia fue expuesta en los siguientes términos:

“Con todo, es preciso tener en cuenta que la especificidad que se requiere en una determinada medida legislativa para que en relación con ella resulte predicable el deber de

consulta en los términos del literal a) del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, puede ser el resultado de una decisión expresa de expedir una regulación en el ámbito de las materias previstas en el convenio, o puede provenir del contenido material de la medida como tal, que, aunque concebida con alcance general, repercuta de manera directa sobre las comunidades indígenas y tribales.

En los anteriores términos, en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios."

6.5.7. Este Tribunal volvió a pronunciarse sobre la afectación directa de las comunidades indígenas, con ocasión de la Sentencia C-175 de 2009, referente a una demanda contra el Estatuto de Desarrollo Rural. En esta oportunidad, como se trascribe a continuación, se vinculó el citado concepto, en lo que se refiere a la alteración del estatus de la persona o de la comunidad, con la definición del ethos o identidad étnica de los grupos indígenas. Al respecto, esta Corporación señaló:

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

Así, de acuerdo con el precedente constitucional estudiado en esta sentencia, para acreditar la exigencia de la consulta previa, debe determinarse si la materia de la medida legislativa tiene un vínculo necesario con la definición del ethos de las comunidades indígenas y afrodescendientes. En otras palabras, el deber gubernamental consiste en identificar si los proyectos de legislación que pondrá a consideración del Congreso contienen aspectos que inciden directamente en la definición de la identidad de las citadas indígenas y, por ende, su previa discusión se inscribe dentro del mandato de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. (…)

[En este sentido, los procesos] de consulta, conforme dispone el artículo 13 del Convenio de la OIT, [deben] realizarse sobre la base del reconocimiento del especial valor que para las comunidades tradicionales tiene el territorio y los recursos naturales ubicados en ellos. Así, la determinación de la gravedad de la afectación de la medida legislativa o administrativa deberá analizarse según el significado para los pueblos indígenas y tribales afectados tengan los bienes o prácticas sociales interferidas. En otras palabras, el mandato de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural, implica que el análisis del impacto de las medidas se realice a partir de las características específicas de la comunidad y la comprensión que éstas tienen del contenido material de dichas políticas".

En todo caso, se insistió en que uno de los parámetros para identificar las medidas

legislativas susceptibles de consulta, es su relación con las materias reguladas por el Convenio 169 de la OIT. Por esta razón, se formuló la siguiente regla: “la consulta se predica sólo de aquellas disposiciones legales que tengan la posibilidad de afectar directamente los intereses de las comunidades. Por lo tanto, aquellas medidas legislativas de carácter general, que afectan de forma igualmente uniforme a todos los ciudadanos, entre ellos los miembros de las comunidades tradicionales, no están prima facie sujetas al deber de consulta, excepto cuando esa normatividad general tenga previsiones expresas, comprendidas en el ámbito del Convenio 169 de la OIT, que sí interfieran esos intereses”.

6.5.8. Posteriormente, en la Sentencia C-063 de 2010, al pronunciarse sobre el sistema de aseguramiento en salud, la Corte reiteró lo expuesto en la Sentencia C-030 de 2008, al tiempo que adicionó nuevos criterios para identificar cuándo existe una afectación directa, específica y particular derivada de una medida legislativa. En sus propias palabras, este Tribunal manifestó:

“[La] Corte [debe] recordar que el literal a. del artículo 6º del convenio 169 de 1989 obliga a la realización de la consulta previa únicamente en aquellos casos en que las comunidades indígenas se vean afectadas directamente por una decisión del Estado, sea ésta de carácter administrativo o legal, lo que, como no puede ser de otra forma, ha sido enfatizado por parte de la jurisprudencia de esta Corte, como se pone de presente en el numeral 3.2.2 de la presente sentencia. De manera que en este caso, y habiéndose establecido con plena certeza que no se llevó a cabo procedimiento alguno de consulta, corresponde a la Corte determinar si el precepto demandado es de aquellos que afecta directamente a las comunidades indígenas ubicadas en nuestro territorio y, por consiguiente, de los que debía ser fruto de un procedimiento de creación que incluyera la realización de dicha consulta.

Para la Corte la afectación directa se presenta cuando una norma tiene como objeto principal de regulación una o varias comunidades indígenas; o cuando la regulación planteada tiene mayores efectos en las comunidades indígenas que aquellos que tiene en el resto de la población. En este sentido se reitera la jurisprudencia C-030 de 2008, ocasión en la que se estableció “que lo que debe ser objeto de consulta son aquellas medidas susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos”. Por el contrario, “cuando no hay una afectación directa, el compromiso de los Estados remite a la promoción de oportunidades de participación que sean, al menos equivalentes a las que están al alcance de otros sectores de la población”[24].

6.5.9. Por último, en la Sentencia C-366 de 2011, se propusieron los siguientes criterios de identificación de la afectación directa:

“(i) cuando la medida tiene por objeto regular un tópico que, por expresa disposición constitucional, debe ser sometido a procesos de decisión que cuenten con la participación de las comunidades étnicas, como sucede con la explotación de recursos naturales; (ii) cuando a pesar que no se trate de esas materias, el asunto regulado por la medida está vinculado con elementos que conforman la identidad particular de las comunidades diferenciadas; y (iii) cuando a pesar de tratarse de una medida de carácter general, regula sistemáticamente materias que conforman la identidad de las comunidades tradicionales,

por lo que puede generarse bien una posible afectación, un déficit de protección de los derechos de las comunidades o una omisión legislativa relativa que las discrimine."[25]

6.5.10. En conclusión, cada vez que se pretenda adoptar medidas legislativas por parte del Estado, tan sólo se activa la obligación de realizar la consulta previa, cuando exista una afectación directa de los grupos étnicos. Por el contrario, no será obligatoria en aquellos casos en que las comunidades se ven afectadas de la misma forma e intensidad que el resto de la población. Esto no significa que, en este último caso, los pueblos indígenas carezcan por completo de herramientas que garanticen su derecho de participación respecto de dichas medidas, pues en tales eventos se pueden promover los distintos mecanismos de participación ciudadana o los instrumentos previstos en el trámite legislativo, en igualdad de condiciones, con todos los colombianos.

Por último, la jurisprudencia constitucional entiende que existe una afectación directa, entre otras, en las siguientes hipótesis: (i) cuando la medida regula un asunto que, por expresa disposición constitucional, debe estar sometido a participación directa de las comunidades étnicas[26]; (ii) cuando la medida se encuentra estrechamente vinculada con el ethos o identidad étnica de los pueblos indígenas[27]; (iii) cuando el objeto principal de la regulación son una o varias comunidades o pueblos tribales o el desarrollo concreto de un derecho previsto en el Convenio 169 de 1989 de la OIT; y (iv) cuando a pesar de tratarse de una medida general, (a) ésta tiene mayores efectos en las comunidades indígenas que en el resto de la población, o (b) regula sistemáticamente materias que conforman la identidad de dichas comunidades, por lo que puede generarse bien una posible afectación, un déficit de protección de sus derechos o una omisión legislativa relativa que las discrimine. En todo caso, siempre será indiferente el efecto positivo o negativo de la medida, mas allá de que es indispensable tener en cuenta el significado que, para los pueblos indígenas afectados, tienen los bienes o prácticas sociales que son objeto de regulación.

De las condiciones de tiempo, modo y lugar en que debe producirse la consulta previa

6.5.11. A partir de la amplia jurisprudencia constitucional que existe sobre la materia, la Corte ha identificado los siguientes rasgos característicos, que determinan el proceso de consulta previa de las medidas legislativas que afectan directamente a las comunidades indígenas:

6.5.12. Respecto del tipo de medidas que deben ser objeto de consulta, este Tribunal ha sostenido que la obligación prevista en el artículo 6° del Convenio 169 de 1989 de la OIT, se refiere a un concepto genérico de medidas legislativas[28], por lo que resulta aplicable a toda norma con fuerza de ley e incluso a las reformas constitucionales[29].

En las Sentencias C-030 y C-461 de 2008, se admitió que la afectación directa puede provenir de una regulación integral, así como de algunas disposiciones específicas y puntuales que se establezcan en un cuerpo normativo general[30]. Por otra parte, en las Sentencias C-196 y C-317 de 2012, se clasificaron los distintos métodos interpretativos aplicados por la Corte para la identificación de una afectación directa[31], a la vez que se realizó un resumen de las tipologías de medidas legislativas que han sido objeto de control.

6.5.13. Respecto del procedimiento de consulta, la jurisprudencia ha dicho que, en desarrollo del citado Convenio, le corresponde a cada Estado señalar ya sea en la Constitución o en la ley, los mecanismos idóneos para hacer efectiva la participación de las comunidades[32]. Esto significa que, conforme a un amplio margen de discrecionalidad, es el derecho interno el que precisa los términos en que se desarrolla la consulta previa de los pueblos indígenas. En este Sentido, la Corte ha dicho:

"De conformidad con el artículo 6, numeral 1, literal a) del Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ratificado por Colombia a través de la Ley 21 de 1991, los Estados Partes tienen la obligación de consultar a los grupos étnicos que habiten en sus territorios, "mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente". (…)

Ni la Constitución ni la ley definen el procedimiento para llevar a cabo la consulta previa de las medidas legislativas que afectan directamente a los pueblos indígenas. Sobre la materia se han proferido el Decreto 1320 de 1998, por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y afrodescendientes para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio; y el Decreto 1397 de 1996, por el cual se crea la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas. El primero, como lo ha señalado la Corte, limita su ámbito de aplicación a las materias allí previstas[34], más allá de que sus mandatos –en ciertos casos– han sido inaplicados por parte de esta Corporación[35]. El segundo, por su parte, ha sido acogido como una importante instancia de concertación, en desarrollo de los procesos de consulta previa[36]. A manera de ejemplo, en la Sentencia C-030 de 2008 se dijo que:

"[Son] varios los interrogantes que pueden plantearse en relación, específicamente, con el deber de consulta frente a medidas legislativas.

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

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

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

instancias y los mecanismos de consulta más adecuados."[37]

No obstante, en la definición del procedimiento idóneo para adelantar la consulta previa, este Tribunal ha considerado inadmisible la simple notificación que se hace sobre la existencia de un proyecto, las reuniones puramente informativas y otras actuaciones afines. En este sentido, se ha expuesto que:

"Los procesos de consulta previa no son fines en sí mismos, sino medios para asegurar la protección de la supervivencia colectiva, la integridad cultural, los intereses comunitarios y los derechos fundamentales de las comunidades indígenas y afrodescendientes. En consecuencia, cada proceso de consulta previa "no se caracteriza por ser un simple ejercicio jurídico de respeto del derecho de defensa de quienes pueden verse afectados con una actuación del Estado, sino porque se busca asegurar por medio de esta consulta previa la efectiva protección de los intereses colectivos y derechos fundamentales de las referidas comunidades."

La consulta previa no es un simple trámite administrativo, ni se asemeja a las vías procedimentales administrativas ordinarias para el ejercicio del derecho de defensa por los afectados por una determinada decisión de la Administración Pública. Se trata de un proceso cualitativamente diferente, de naturaleza constitucional, orientado a salvaguardar derechos fundamentales celosamente protegidos por la Carta Política; "de este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental (arts. 14 y 35 del C.C.A., 69, 70, 72 y 76 de la ley 99 de 1993), sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades." En este orden de ideas, no tendrán valor de consulta previa: "la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales"; ni los procesos consultivos realizados con posterioridad a la implementación de proyectos que han de ser consultados previamente; ni los procesos de diálogo o información realizados con organizaciones indígenas que no han sido expresa y específicamente delegadas para ello por las autoridades tradicionales de las comunidades específicamente afectadas por los proyectos, ni las simples reuniones entre miembros de tales grupos étnicos y funcionarios o apoderados que no tienen la facultad de representar al Gobierno Nacional o a las comunidades indígenas o afrodescendientes afectadas."[38]

Finalmente, en criterio de esta Corporación, el examen que en cada caso concreto se haga del procedimiento adoptado para adelantar la consulta previa debe responder al contexto de flexibilidad que se reconoce en el Convenio, pues se trata de una materia sobre la cual se le otorgó un amplio margen de configuración a los Estados y, además, no existe un trámite específico ni en las normas constitucionales, ni en aquellas que integran el denominado bloque de constitucionalidad[39].

Por esta razón, como se ha venido realizando en fallos recientes[40], la Corte nuevamente exhorta al Gobierno Nacional y al Congreso de la República para que, en cumplimiento de las funciones democráticas que les son propias, expidan una regulación específica e

integral sobre el proceso de consulta previa en Colombia, acorde con las pautas trazadas por la Constitución Política y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, brindando herramientas que permitan la participación de los grupos étnicos del país en su definición. No sobra recordar que la consagración de un marco normativo, que de forma oportuna e integral regule los trámites que se han de surtir en el citado proceso de consulta previa, satisface una de las obligaciones previstas en el Convenio 169 de 1989, el cual, en su artículo 34, reconoce que las medidas previstas en dicho instrumento internacional deben adoptarse y aplicarse de una manera flexible, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país.

6.5.14. Respecto de las características del proceso de consulta, se ha insistido por parte de la Corte en que su trámite debe respetar el principio de la buena fe, ocurrir de manera libre e informada, y siempre con carácter previo.

En cuanto al principio de la buena fe se ha dicho que el mismo implica reconocer a la consulta no como un mero procedimiento formal a cumplir, ni como un simple trámite, sino como un proceso de raigambre constitucional, con un contenido sustantivo que le es propio y cuya orientación apunta a preservar los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. De ahí que, según la Corte, "se deba proveer información precisa, completa y significativa a los pueblos afectados" con el objetivo de poder llegar a un acuerdo que respete sus derechos individuales y colectivos[41]. Por esta razón, se ha señalado que el diseño de los procedimientos de consulta debe brindar a los pueblos indígenas la posibilidad de incidir en la definición del contenido y alcance de la medida legislativa que los afecta directamente.

El hecho de que sea libre e informada supone, por una parte, el derecho de las comunidades indígenas de participar o no en los procesos de consulta[42] y, por la otra, a que si se acepta dicha participación, las autoridades competentes brinden todos los elementos de juicio necesarios para la toma de una decisión.

Por último, en lo que se refiere al momento en que debe hacerse la consulta previa, este Tribunal ha reiterado en varias oportunidades que la misma debe ser oportuna, o lo que es lo mismo, debe tener ocurrencia con anterioridad a la adopción de la medida, pues ésta constituye la etapa idónea para influir en el proceso decisorio. Expresamente, en la Sentencia C-175 de 2009, se sostuvo lo siguiente: "la obligación de realizar este procedimiento con anterioridad a la radicación del proyecto de ley, es una condición imprescindible para dotar de efectividad e incidencia material a la participación de las comunidades indígenas y afrodescendientes en la determinación del contenido de las medidas susceptibles de afectarles directamente". En efecto, dicho escenario participativo está diseñado para promover una concertación entre las comunidades y las instancias gubernamentales, lo que implica que las autoridades representativas de aquéllas deben (i) estar en la posibilidad de formular modificaciones y adiciones al proyecto propuesto por el Gobierno; y (ii) de lograrse un acuerdo sobre la inclusión de esa modificación, que la misma tenga la potencialidad de hacer parte del texto definitivo de la ley.

Una vez radicada la iniciativa en el Congreso de la República, como expresión del principio democrático, se abre la posibilidad de que el parlamento debata sobre las medidas

acordadas y se pronuncie sobre la conveniencia de las mismas. En tal caso, en primer lugar, el escenario participativo de los pueblos indígenas no se interrumpe, pues dichas comunidades pueden hacer uso de los distintos instrumentos previstos en el trámite legislativo que facilitan la participación ciudadana, incluso pueden canalizar sus propuestas a través de los congresistas elegidos por la circunscripción especial indígena[43]; en segundo término, surge a cargo del Congreso de la República y conforme al reglamento, la obligación de brindar espacios más amplios y efectivos de participación, con el propósito de que sean las propias comunidades –a través de sus representantes– quienes intervengan informalmente en las sesiones de las Cámaras explicando el consenso logrado y defendiendo su contenido; y finalmente, como consecuencia del principio de la buena fe, el Gobierno Nacional debe intervenir activamente con el fin de justificar los acuerdos a los que se llegaron, brindado todos los elementos de juicio que permitan reconocer la importancia de la concertación lograda, como herramienta destinada a asegurar la integridad étnica y cultural de estos pueblos.

En cuanto a la oportunidad de la consulta también se ha sostenido de manera reiterada que ésta debe estar precedida de un trámite preconsultivo, en el cual se defina, de común acuerdo entre las autoridades gubernamentales y los representantes de las comunidades indígenas, las bases del procedimiento participativo. De esta manera, se preservan las especificidades culturales de dichos pueblos, las cuales se verían afectadas con la imposición de una determinada modalidad de concertación[44].

En lo que se refiere al interlocutor con el que se debe adelantar la consulta, la Corte ha expuesto –conforme al amplio margen de discrecionalidad que se le reconoce al derecho interno– la siguiente regla: "cuando de lo que se trata es de regular la intervención del Estado para la explotación de recursos naturales en una determinada área del territorio, en la cual se encuentra asentada una específica comunidad indígena, es claro que el proceso de consulta debe adelantarse con las autoridades legítimamente constituidas de dicha comunidad, pero si de lo que se tratase, (…), fuera de regular la manera como, en general, debe surtirse el proceso de consulta a las comunidades indígenas y tribales, sería claro también que la consulta que, a su vez, se requeriría para ello, no podría adelantarse con cada una de las autoridades de los pueblos indígenas y tribales, y, en ausencia de una autoridad con representación general de todos ellos, habría acudirse a las instancias que, de buena fe, se consideren más adecuadas para dar curso a ese proceso de consulta."[45]

Desde esta perspectiva, por regla general, el citado proceso de consulta previa supone determinar con precisión las comunidades que resultan directamente afectadas por la imposición de una medida, y frente a ellas, a través de sus órganos de representación, promover la consolidación de un espacio deliberativo y de concertación sobre los aspectos propuestos que atañen de forma particular a los intereses concretos de dichas comunidades. En todo caso, cuando se trata de medidas de carácter general, como ocurre con los proyectos de ley, si la regulación no tiene como objeto principal una o varias comunidades o pueblos tribales específicos, pero sí tiene la potencialidad de producir una afectación directa –sin distinción– frente a todos o la mayoría de los pueblos étnicos, en términos de la citada jurisprudencia de la Corte, el proceso de consulta se puede adelantar ante los órganos de representación que agrupen a dichas comunidades o ante las instancias

que, de buena fe, se consideren más adecuadas para dar curso a ese proceso de consulta.

6.5.15. Respecto de las cargas que tienen los procesos de consulta previa, se ha sostenido que su desarrollo implica, por una parte, reconocer el especial valor que para las comunidades tradicionales tienen el territorio y los recursos naturales, lo que se traduce en que las autoridades pertinentes deben tener en cuenta el significado que para dichos pueblos poseen los bienes o prácticas sociales que son objeto de regulación; y, por la otra, el deber de ponderar los interés en juego, de suerte que siempre que se imponga una limitación a los derechos de las comunidades étnicas, su consagración debe estar acorde con los principios de razonabilidad y proporcionalidad[46]. En todo caso, como criterios generales de ponderación que se deben tener en cuenta en los procesos de consulta previa, se han dispuesto los siguientes: (i) la posición y las propuestas que los pueblos indígenas formulen; ii) la garantía de los derechos fundamentales de los miembros de dichos pueblos y de los demás habitantes de los respectivos territorios –tales como el derecho a la vida e integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad, a la seguridad y a la salud–; (iii) la protección del interés de la nación colombiana a la diversidad étnica y cultural; y (iv) el interés general y las potestades inherentes al Estado colombiano para adoptar una determinada política pública[47].

Por otra parte, son inadmisibles las posturas adversariales o de confrontación en los procesos de consulta previa[48]. Para este Tribunal, por el contrario, esta instancia está prevista para asegurar que las comunidades tradicionales participen activamente en la definición de la medida legislativa que los afecta de manera directa, con el propósito de propiciar un acercamiento que asegure su concertación o consentimiento con el contenido del proyecto de ley que se somete a esta instancia de participación. En este sentido, el trámite de consulta previa no conlleva un poder de veto de las medidas legislativas por parte de los pueblos indígenas y tribales[49].

En este mismo sentido, en el marco de sus competencias, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en términos semejantes a los de esta Corporación, resaltando la efectividad de los trámites de consulta, los cuales deben tener lugar dentro de una relación de comunicación y entendimiento, signada por el mutuo respeto y la buena fe, entre los voceros de los pueblos indígenas y tribales y las autoridades públicas[50].

6.5.16. Respecto de la preservación de la competencia para adoptar una decisión, la Corte de manera reiterada ha señalado que, cuando no sea posible llegar a un acuerdo o concertación con las comunidades indígenas, o éstas por algún motivo se nieguen a participar en los procesos de consulta previa, las autoridades preservan la competencia para tomar una determinación final sobre la imposición de una medida. Al respecto, en la Sentencia C-175 de 2009 se expuso que: “cuando luego de agotado un procedimiento previamente definido, con pretensión de incidencia en la medida a adoptar y llevado a cabo bajo los postulados de la buena fe, las comunidades tradicionales no prestan su consentimiento, no por ello el Estado se ve inhabilitado para proferir la medida legislativa.”[51]

Precisamente, en la Sentencia C-891 de 2002, se puntualizó que es obligación del Gobierno

brindar los escenarios y las alternativas necesarias para permitir la participación de los pueblos indígenas en la discusión sobre las medidas legislativas que los afectan, sin que por ello se entienda que el acuerdo o la concertación son obligatorios. Sobre el particular esta Corporación afirmó:

"La circunstancia de no haberse llegado a un acuerdo con las comunidades indígenas y, a pesar de eso, haberse radicado el proyecto de ley en el Congreso, merece mayor atención por parte de esta Sala, teniendo en cuenta los lineamientos jurisprudenciales expuestos en páginas anteriores, tal como pasa a verse:

Se ha recabado en el hecho de que: (i) la participación indígena debe ser real y efectiva en relación con los asuntos que afectan a las comunidades, particularmente respecto de la explotación de recursos naturales yacentes en sus territorios; (ii) los mecanismos de participación no pueden limitarse a cumplir una simple función informativa; y (iii), dichos mecanismos, particularmente el derecho de consulta previa, deben desarrollarse de buena fe, de manera apropiada a las circunstancias y con miras a alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento de las comunidades indígenas acerca de las medidas legislativas propuestas.

Sin embargo, como ya se dijo, el derecho de consulta indígena no es absoluto, pues, si bien la Constitución ordena que se propicie la participación de las respectivas comunidades en los asuntos relacionados con la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas, de ninguna manera puede entenderse que deba necesariamente llegarse a un acuerdo como requisito sine qua non para radicar el proyecto de ley. A decir verdad, la irreductible exigencia de un tal acuerdo sólo haría nugatoria la iniciativa legislativa del Ejecutivo en la materia vista.

Conforme a lo anterior, por principio general el Gobierno está obligado a propiciar mecanismos efectivos y razonables de participación en los asuntos que afecten a las comunidades indígenas. Sin embargo, si no se llega a un acuerdo con estas últimas, no tiene por qué frenarse el proceso legislativo en asuntos que a la vez son de interés general, como ocurre en el caso minero."[52]

En todo caso, cuando el proceso de concertación no llega por cualquier circunstancia a feliz término, este Tribunal ha reiterado que se mantienen incólumes las demás vías consagradas en el ordenamiento jurídico para la salvaguarda de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, incluso la misma consulta previa, cuando se pretenda la ejecución de las medidas previstas en la ley que sean susceptibles de producir una afectación directa. En este sentido, se ha distinguido la consulta previa que se debe realizar frente a una ley y aquella que resulta obligatoria frente a las medidas que en ella se disponen. En este orden de ideas, por ejemplo, en la sentencia previamente reseñada, al pronunciarse sobre varios artículos del Código de Minas frente a los cuales el proceso de consulta previa con las comunidades indígenas fracasó, la Corte manifestó que:

"(…) no encuentra ningún reproche constitucional que admitir frente al proceso de consulta que se surtió en relación con la expedición de la ley parcialmente demandada, por cuanto los canales de participación indígena fueron razonables y suficientes, a pesar de no haberse podido llegar a un acuerdo entre los interlocutores. Vale decir, se respetó cabalmente el

principio de participación y el derecho fundamental de consulta que tienen los pueblos indígenas respecto de la explotación de recursos mineros yacentes en sus territorios.

La Corte advierte que esta consulta previa a la ley, es adicional a la participación que se les debe dar a los pueblos indígenas a partir de su entrada en vigencia, esto es, con posterioridad a la expedición de la respectiva ley; destacándose el especial cuidado que deben observar las autoridades que tienen a su cargo el desarrollo administrativo de la misma, particularmente en lo tocante a la adopción de las medidas administrativas susceptibles de afectar directamente los intereses de tales pueblos."[53].

Ahora bien, en ciertos casos extraordinarios y excepcionales, la posibilidad de continuar adelante con la aprobación de una iniciativa legislativa, salvo el consentimiento libre e informado de las comunidades étnicas, debe ceder frente a su derecho fundamental a la subsistencia, así como frente al principio fundamental del Estado Social de Derecho de protección de la diversidad de la nación colombiana (CP art. 7), cuando una decisión de tal naturaleza tenga la virtualidad de poner en riesgo, de manera específica y concreta, la existencia misma de dichos pueblos, en virtud de la aplicación preferente del principio pro homine. Así, por ejemplo, ocurriría en aquellas hipótesis en que por un mandato legal se permita el vertimiento de desechos tóxicos en tierras étnicas o cuando se exija el traslado forzoso de sus territorios con perjuicio irreparable sobre su supervivencia y preservación étnica y cultural[54]. Con excepción de este tipo de hipótesis, cuyo análisis debe realizarse en cada caso concreto, a partir del examen puntual del contenido normativo de la iniciativa cuestionada, la regla que se aplica es la de la preservación de la competencia, cuando no sea posible llegar a un acuerdo o concertación con las comunidades indígenas sobre el proyecto de ley que les afecta directamente.

6.5.17. En conclusión, la satisfacción del derecho a la consulta previa respecto de la promulgación de medidas legislativas exige la formación de un espacio libre, informado y dialéctico, que desarrolle los principios fundamentales de participación y de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación. En su condición de proceso, la consulta tiene varias características y cargas que apuntan a la creación de un ámbito deliberativo, respetuoso de las particularidades de los pueblos indígenas y guiado por el principio de la buena fe, con el propósito de brindar las herramientas que permitan, de ser posible, llegar a un acuerdo sobre las medidas propuestas y que afectan directamente a las comunidades indígenas.

Con todo, el derecho a la consulta previa no es un derecho absoluto, por lo que de ninguna manera puede entenderse que la existencia de un consenso sobre el proyecto sea un requisito sine qua non para radicar una iniciativa, pues en aquellos casos en que se frustra la configuración del acuerdo, las autoridades pertinentes deben adoptar las medidas que sean conducentes para ejercer sus competencias legislativas, en respuesta al carácter prevalente del interés general, dejando a salvo las demás vías consagradas en el ordenamiento jurídico para la protección de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas y pueblos tribales.

No cabe duda de que el principio de la buena fe y la inadmisibilidad de posturas adversariales o de confrontación en los procesos de consulta, supone el deber de las

comunidades indígenas de participar en estos procesos y, por ende, de no rehusarse a ser parte de los mismos. Esta obligación, entre otras, guarda armonía con el carácter de derecho-deber que tradicionalmente se le ha reconocido al derecho de participación[55]. En todo caso, como ya se dijo, si en ejercicio del principio de libertad, las comunidades indígenas o pueblos tribales se niegan a participar de este procedimiento, pese a los esfuerzos del Gobierno Nacional para promover un consenso sobre el articulado, por regla general las autoridades pertinentes están habilitadas para proceder de buena fe, lo que se traduce en la posibilidad de impulsar la aprobación de la iniciativa legislativa, con sujeción a las limitaciones previamente expuestas.

De la consecuencia jurídica derivada de la omisión de realizar la consulta previa

6.5.18. La jurisprudencia reiterada de esta Corporación ha señalado que la omisión de la consulta previa en el trámite legislativo constituye una violación directa de la Carta Política[56]. De ahí que, en criterio de la Corte, se presenta "un vicio [que] impide declarar exequible la ley"[57], ya sea que el control provenga del uso de la acción pública de inconstitucionalidad o de algunas de las modalidades de control automático que se consagran en la Constitución. Sin embargo, en ciertos casos, dependiendo del nivel de afectación de la ley o de las materias que son objeto de regulación, es posible adoptar otras fórmulas que preserven el principio democrático o la supremacía e integridad del Texto Superior.

Así, por ejemplo, en la Sentencia C-461 de 2008 tan sólo se suspendió la ejecución de los proyectos previstos en el Plan Nacional de Desarrollo (Ley 1151 de 2007), que tenían la potencialidad de incidir de manera directa y específica sobre los pueblos indígenas, hasta tanto se cumpliera con la obligación de realizar la consulta previa. Por su parte, en la Sentencia C-366 de 2011, se difirieron los efectos de la inexequibilidad declarada frente a la reforma del Código de Minas, a fin de garantizar la preservación de ciertas zonas y de evitar las consecuencias perjudiciales que traen la exploración y explotación minera.

De la consulta previa frente a la Ley 1530 de 2012. Examen del caso concreto

6.5.19. La Ley 1530 de 2012 "por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías" se expidió el 17 de mayo de 2012, en desarrollo de los mandatos previstos en los artículos 360 y 361 del Texto Superior, los cuales fueron modificados por el Acto Legislativo 05 de 2011. En su nueva redacción, el artículo 360 Constitucional dispone que:

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

En criterio del accionante, la ley demandada en su totalidad es inconstitucional, por cuanto el Gobierno Nacional omitió la obligación de realizar la consulta previa a las comunidades indígenas, pues se trata de una medida legislativa que las afecta de manera directa.

En opinión de la mayoría de los intervinientes[58], el Gobierno Nacional siempre tuvo la voluntad de consultar el proyecto de ley de regalías, y si bien no se llegó a ningún acuerdo, no puede alegarse que no se propició y se abrieron los espacios democráticos para tal efecto, pues las comunidades indígenas fueron las que autónomamente se apartaron del proceso. Por lo demás, consideran que la voluntad del Gobierno se hace patente a simple vista, si se tiene en cuenta el hecho de que la consulta previa se realizó con las comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras y con la población ROM, con quienes después del debate de rigor, "se suscribieron actas de protocolización que reposan en el expediente del proyecto de ley". Finalmente, afirman que no puede existir un vicio que afecte la constitucionalidad de la Ley 1530 de 2012, cuando fueron las propias comunidades tradicionales quienes rechazaron el proyecto y se rehusaron a participar en el proceso de consulta, pese a las reiteradas convocatorias realizadas por el Gobierno Nacional. Para el efecto se anexan varias actas que dan cuenta del proceso surtido y de la decisión adoptada por los pueblos indígenas.

Para otros intervinientes[59], si bien los pueblos indígenas se rehusaron a participar en el proceso de consulta, lo hicieron por el incumplimiento del Gobierno frente a varios compromisos acordados en el Plan Nacional de Desarrollo, por lo que se trata de un argumento razonable que no implica el desconocimiento de dicho deber de consulta. Por otra parte, se afirma que pese a los numerosos datos sobre la existencia de diversos recursos naturales no renovables en su territorio, no se tuvo en cuenta ni se consultó a la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca.

Por último, en criterio de la Vista Fiscal, los efectos de la ley de regalías afectan por igual a todos los habitantes de los territorios donde habitan las comunidades indígenas, haciendo referencia específica al pueblo Wayuu, por lo que considera que no existe per se una afectación directa, como lo afirma el actor.

Del deber de consulta de la Ley 1530 de 2012

6.5.20. Antes de examinar el proceso de consulta surtido en el presente caso, es preciso recordar que mediante la Sentencia C-317 de 2012, esta Corporación se pronunció sobre la exequibilidad del Acto Legislativo 05 de 2011 "por el cual se constituye el Sistema General de Regalías, se modifican los artículos 360 y 361 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones sobre el régimen de regalías y compensaciones", en lo que se refiere –precisamente– al supuesto desconocimiento del deber de adelantar la consulta previa, en los términos previstos en el Convenio 169 de la OIT.

A la luz del examen de los criterios jurisprudenciales esbozados por la Corte sobre la materia, la Sala Plena concluyó que el Acto Legislativo de 2011 no es una medida legislativa que en sí misma implique una afectación directa, específica y particular de los pueblos indígenas, básicamente por dos razones: en primer lugar, por el nivel de generalidad de las regulaciones que se consagran en el texto constitucional, que no constituyen un régimen integral del sistema de regalías y, en segundo término, por la remisión a una ley de desarrollo cuya función es precisar en detalle los distintos aspectos constituciones de dicho sistema.

En este orden de ideas, a juicio de este Tribunal, la ley de desarrollo, esto es, la Ley 1530 de

2012 “necesaria y obligatoriamente” tenía que someterse al proceso de consulta previa con “la plenitud de las garantías constitucionales e internacionales aplicables”, por las siguientes razones que a continuación se trascriben in extenso:

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

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

4.2.2. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte observa, en aplicación de los distintos métodos interpretativos utilizados por la jurisprudencia constitucional, que el tema de esta regulación constitucional –las regalías por la explotación de recursos naturales no renovables–, pese a su redacción en términos generales, sí es de aquellos que pueden tener una repercusión directa, diferencial y específica sobre los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes del país. Ello resulta claro a partir de múltiples consideraciones, entre las cuales sobresalen las siguientes:

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

(ii) También ha sido demostrado con creces que el sistema de regalías, en tanto fuente de financiación para las entidades territoriales en segmentos críticos de sus respectivas políticas públicas, opera como un complejo factor de estímulo económico a la exploración y explotación mineras a lo largo del territorio nacional. En esta medida, no puede la Corte

pasar por alto que el principal reto que afrontan los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes en el momento actual de la historia colombiana, es el de preservar y consolidar sus territorios, entre otras frente a los distintos riesgos ambientales, sociales y culturales planteados por proyectos extractivos, en muchas ocasiones incompatibles con sus derechos individuales y colectivos. Por lo mismo, dadas las implicaciones manifiestas que el diseño mismo del sistema de regalías puede tener sobre la integridad de los territorios étnicos del país, es claro que los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes experimentarán un impacto directo, diferencial, particular y específico derivado de las normas que configuran el régimen de regalías.

(iii) Existen disposiciones legales actualmente vigentes que consagran derechos específicos de los grupos étnicos frente al sistema de regalías. Así, por ejemplo, la Ley 756 de 2002 consagra en su artículo 11 disposiciones sobre la destinación de las regalías en casos de explotaciones dentro o cerca de resguardos indígenas.[60] El Acto Legislativo 05 de 2011 no contiene disposiciones sobre el particular; pero se deduce de una interpretación integral del mismo que la ley de desarrollo del régimen de regalías habrá de surtir un efecto necesario sobre la validez y eficacia de las disposiciones legales actualmente vigentes. Por lo mismo, los pueblos indígenas y tribales que actualmente se benefician o son afectados por estas normas, resultarán en la misma medida afectados por la modificación o derogación de las normas actuales en el futuro régimen legal de las regalías.

Las anteriores razones indican que el régimen jurídico de las regalías sí tiene un impacto directo, diferencial, específico y particular sobre los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes del país. Ahora bien, lo anterior no implica que la respuesta al interrogante (b) arriba planteado sea afirmativa – es decir, que el Acto Legislativo 05 de 2011, pese a su redacción en términos generales, sí sea de aquellos que pueden surtir una repercusión directa, diferencial y específica sobre los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes del país. La razón por la cual esto no es así, es que el Acto Legislativo 05 de 2011 no consagra una regulación constitucional integral del sistema de regalías, sino que por el contrario, únicamente sienta las bases constitucionales generales del sistema, y remite por mandato expreso del nuevo inciso 2 del artículo 360 Superior a una ley de desarrollo en la cual se habrá de consagrar, con todo su detalle, el régimen legal de las regalías en Colombia.[61]

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

Para la Corte, como ya se dijo, el establecimiento de las bases constitucionales generales del sistema, en sí mismo, no afecta como tal a las poblaciones indígenas o tribales, puesto que no constituyen tales bases un régimen integral de las regalías; será en el desarrollo legal de estas bases constitucionales que cobrarán relevancia todas las razones recién enunciadas por las cuales para la Corte es claro que los pueblos indígenas y tribales

resultarán directa y específicamente afectados por el régimen de las regalías.

Por las anteriores razones, la Corte concluye que el Acto Legislativo 05 de 2011, al no incorporar en sí mismo ninguna medida susceptible de afectar directa y específicamente a los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes del país, no debía ser obligatoriamente materia de consulta previa – lo que sí ocurrirá con la ley de desarrollo del sistema de regalías a la que alude el inciso 2 del nuevo artículo 360 de la Constitución, tras la reforma introducida por el Acto Legislativo que se revisa.[62]"[63]

Por consiguiente, es claro que en virtud de lo previsto en la Sentencia C-317 de 2012, siguiendo los argumentos expuestos por esta Corporación en otras oportunidades, se concluyó que la ley de regalías proferida en desarrollo de los mandatos previstos en los artículos 360 y 361 del Texto Superior, por afectar directa y específicamente a los pueblos indígenas tenía que ser objeto "necesaria y obligatoriamente" de consulta previa. Por esta razón, la Corte se abstendrá de tener en cuenta los argumentos expuestos por la Vista Fiscal.

Del proceso de consulta previa de la Ley 1530 de 2012 frente a las comunidades indígenas

6.5.21. Con fundamento en el material probatorio recaudado y aportado al presente proceso, se describirá a continuación el trámite de consulta previa surtido frente a la ley demandada.

(i) Los Secretarios de las Comisiones Quinta y los Secretarios Generales del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, le informaron a esta Corporación que, en lo referente al trámite de la consulta previa, en el Congreso de la República no se adelantó ninguna actuación distinta a la expuesta por el Gobierno Nacional en la Gaceta del Congreso No. 779 del 14 de octubre de 2011, en la que se publicó la exposición de motivos de la iniciativa legislativa que concluyó con la expedición de la Ley 1530 de 2012.

En certificación del 18 de julio de 2012, el Secretario de la Comisión Quinta de la Cámara de Representantes informó que:

"(…) Dentro del contenido del proyecto de ley de iniciativa del gobierno nacional, representado por el señor Viceministro General de Hacienda Dr. Bruce Mac Master, Encargado de las funciones del Despacho del Ministro de Hacienda y Crédito Público, y por el señor Ministro de Minas y Energía, Dr. Mauricio Cárdenas Santa María, se halla la exposición de motivos del mismo. El gobierno nacional adjuntó las actas correspondientes al proceso de consulta previa con las comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras y el pueblo Rom o Gitano, como grupos étnicos constitucionalmente reconocidos legalmente adelantado por este. Adjunto ciento seis (106) folios que corresponden a las copias de los documentos, orden del día y actas de las consultas previas efectuadas por el gobierno nacional (…)

[En] lo que respecta al trámite adelantado por esta Comisión (…) y que culminó con la expedición de la Ley 1530 de 2012; no se realizaron audiencias públicas con representantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes.

Que en relación con los cuestionamientos correspondientes a las letras c), d) y e), me permito certificarle que, el Honorable Representante, Hernando Hernández Tapasco es integrante de esta Comisión y es el Representante de las comunidades indígenas, por cuanto fue elegido por la circunscripción especial indígena; de igual forma el Honorable Representante Jairo Hinestroza Sinisterra, es integrante de esta Célula Legislativa e integrante de la bancada afrocolombiana de la Cámara de Representantes. Los mencionados Representantes, participaron activamente en la consideración, discusión y aprobación del Proyecto de Ley No. 153 de 2011 Senado, 127 de 2011 Cámara de Representantes (…). La participación de los dos Representantes fue muy activa y prolífica, según consta en las proposiciones presentadas por ellos y junto con otros Honorables Representantes, las cuales fueron consideradas y debatidas, fueron sometidas a votación, dando resultado que fueran aprobadas algunas y negadas otras, lo anterior durante las sesiones conjuntas de las Comisiones Quintas Constitucionales Permanentes del Congreso de la República."

En la misma línea se encuentra la certificación del Secretario de la Comisión Quinta del Senado de la República, con excepción de lo referente a la participación de representantes de las comunidades indígenas y pueblos tribales:

"[De] acuerdo con la copia del Proyecto de Ley No. 153 de 2011 Senado, 127 de 2011 Cámara de Representantes (…), que se recibió en esta Comisión para su trámite; el gobierno nacional, representado por el Viceministro General de Hacienda (…) y el Ministro de Minas y Energía (…), manifestó en la exposición de motivos del mismo, haber adelantado el proceso de consulta previa con las comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras y el pueblo Rom o Gitano, como grupos étnicos constitucionalmente reconocidos que habitan en el territorio colombiano; y acompañó copias de documentos y actas relacionados con dicho proceso.

Que, en los que respecta al trámite adelantado (…) no se realizaron audiencias públicas con representantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes.

De igual manera, (…) me permito manifestar a usted que, en lo que respecta al procedimiento adelantado por esta Comisión para la aprobación del proyecto de ley mencionado, no hubo participación de representantes de comunidades indígenas y afrodescendientes durante el trámite legislativo correspondiente".

El Secretario General de la Cámara de Representantes, en términos idénticos a los expuestos en la certificación previamente transcrita, señaló que:

"(…) Respecto a la participación de líderes de comunidades indígenas y afrodescendientes, le manifestó que no se halló en el trámite surtido en segundo debate de la H. Cámara de Representantes, el cual consta en las actas de plenaria No. 109 y 110 del 15 y 16 de Diciembre de 2011, respectivamente, publicado en las Gacetas del Congreso No. 116 y 63 de 2012. (…)

Que dicho proyecto al momento de su radicación (…) contenía en su exposición de motivos el proceso de consulta previa con sus anexos correspondientes.

Que durante el trámite surtido en segundo debate en esta Corporación no se realizaron audiencias públicas con representantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes".

Finalmente, siguiendo las mismas consideraciones previamente reseñadas, el Secretario General del Senado de la República manifestó que: "En cuanto a la consulta previa se tuvo en cuenta por parte de los ponentes del proyecto lo referido en la exposición de motivos del proyecto, publicado en la Gaceta del Congreso número 779 del viernes 14 de octubre de 2011".

(ii) En la Gaceta del Congreso No. 779 de 2011 se explica que el Gobierno Nacional, previa coordinación del Ministerio del Interior, adelantó un proceso de consulta separado frente a cada una de las minorías étnicas reconocidas en el país: i) comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras; ii) pueblo rom o gitano y, iii) comunidades indígenas[64].

(iii) En cuanto a la consulta frente a los pueblos indígenas, en la citada Gaceta se hace un breve resumen del trámite surtido[65] y se anexan las distintas actas y documentos en los que constan las siguientes actuaciones[66]:

– Acta de reunión de los días 3, 4, 5 y 6 de octubre de 2010. Se convocó a la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas, en virtud de lo previsto en el Decreto 1397 de 1996[67]. Esta sesión se realizó mientras estaba en curso el trámite del proyecto de Acto legislativo 05 de 2011, cuya expedición ocurrió el 18 de julio de 2011

Con estos antecedentes se dio instalación a la Mesa Permanente y se expresó por uno representantes de las comunidades indígenas, la importancia del diálogo y de la concertación[68]. A continuación el Gobierno Nacional resaltó la trascendencia del derecho a la consulta previa y puso de presente la necesidad de surtir este trámite, entre otras, frente a la ley de regalías[69]. Para terminar se llegó a un acuerdo sobre el procedimiento de consulta para las iniciativas de dicha legislatura y se acordó un trámite excepcional en cuanto a la ley de víctimas y restitución de tierras, con el propósito de no afectar el curso de dicho proyecto[70].

– Acta de reunión de los días 28, 29 y 30 de junio de 2011. Esta sesión se celebró con anterioridad a la expedición del Acto Legislativo 05 de 2011. En esta oportunidad se definió el esquema de consulta previa para el decreto de víctimas y de restitución de tierras aplicable a las comunidades indígenas[71]. Adicionalmente se propuso un espacio autónomo para los días 6 y 7 de julio de 2011, con el objeto de: "estudiar la agenda legislativa de iniciativa del gobierno nacional y analizar una ruta metodológica para la consulta previa de la misma." Para tal efecto se solicitó presentar con anterioridad las iniciativas legislativas. Los delegados indígenas y la comisión de apoyo técnico se comprometieron a realizar "una propuesta de ruta metodológica para la consulta de la agenda legislativa"[72].

– Acta de reunión de los días 6, 7 y 8 de julio de 2011. Esta sesión igualmente se llevó a cabo con anterioridad a la expedición del Acto Legislativo 05 de 2011. Inicialmente se insistió por el Gobierno Nacional en la importancia de la consulta previa y en la necesidad

de definir una ruta metodológica[73]. Con posterioridad se puso de presente que de un total de 10 iniciativas sólo se enviaron dos textos: la reforma a las Corporaciones Autónomas Regionales y el proyecto de decreto de acceso a recursos genéticos y protección del conocimiento tradicional; luego de lo cual se hizo una presentación del proyecto de ley de desarrollo rural. Por último, se dio inicio a una discusión sobre la ruta metodológica, sin que finalmente se adoptara una propuesta. En todo caso, el Gobierno Nacional ratificó la importancia de consultar el proyecto de ley de regalías, previo reclamo sobre la mora en el cumplimiento de los acuerdos consagrados en el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014[74].

– Acta de reunión de los días 17 y 18 de julio de 2011. La sesión concuerda con la fecha de expedición del Acto Legislativo 05 de 2011, el cual tuvo importantes repercusiones sobre el procedimiento a seguir en la presentación y expedición de la ley de regalías. Por su trascendencia, entre otras, para entender lo ocurrido en esta sesión y en las subsiguientes de la Mesa Permanente de Concertación, se destacan sus principales aspectos procedimentales:

· En primer lugar, el parágrafo 5° transitorio dispuso que el Sistema General de Regalías debía entrar a regir a partir del 1° de enero de 2012, y que, si para esa fecha, no se había expedido la correspondiente ley, el Gobierno tenía que proferir transitoriamente un decreto con fuerza de ley cuya expedición debía producirse a más tardar el 31 de diciembre de 2011[75].

· En segundo término, el parágrafo 4° transitorio le otorgó al Gobierno Nacional un plazo de tres meses contados a partir de la promulgación del Acto Legislativo, para radicar ante el Congreso de la República el proyecto de ley de regalías. Una vez radicada dicha iniciativa, le impuso al legislador la obligación de no exceder de nueve meses en su aprobación. Finalmente, en caso de que el Congreso no se allanara al plazo previsto, se facultó por un mes al Presidente de la República para expedir el decreto con fuerza de ley, al que se hizo referencia en el párrafo anterior[76].

· En conclusión, el Constituyente le impuso al Gobierno Nacional la obligación de radicar el proyecto de ley de regalías a más tardar el 18 de octubre de 2011, de suerte que en dicho término igualmente debía realizar el proceso de consulta previa con todas las comunidades étnicas.

Ante los argumentos expuestos, el Gobierno Nacional insistió en la necesidad e importancia de la consulta[82], mientras que los delegados de las comunidades tradicionales pidieron un espacio autónomo para analizar si participaban o no de ella, previa convocatoria de una reunión con la presencia de 70 delegados de las organizaciones regionales[83]. El Gobierno accedió a dicha solicitud y se comprometió con la logística del evento[84].

– Acta de encuentro de 70 dirigentes indígenas para la definición de la agenda político-legislativa. Villavicencio. 29, 30 y 31 de agosto de 2011. Inicialmente se plantearon los siguientes objetivos del encuentro: “Determinar la viabilidad política y jurídica para los pueblos indígenas de iniciar la consulta previa de los proyectos de ley “por la cual se crean y regulan las Entidades Territoriales Indígenas y se modifican otras disposiciones” y “por el

cual se regula la organización y funcionamiento del Sistema General de Regalías" y "trazar los lineamientos y criterios que guiarán la consulta previa de los diferentes proyectos de ley"[85].

Una vez se delimitó el alcance del encuentro, se abrió un espacio para la presentación y socialización de las distintas iniciativas legislativas. En tratándose del proyecto de regalías dicha presentación se realizó por un representante del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien dio respuesta a los interrogantes planteados. Finalizado este proceso, se hizo entrega de la presentación en medio magnético y se pidió un espacio autónomo para la discusión de las iniciativas, con el fin de tomar decisiones definitivas. Sin embargo, sólo hasta el 5 de septiembre de 2011, mediante carta dirigida al Viceministro del Interior por parte del Delegado por los Pueblos Indígenas como Secretario Técnico en la Mesa Permanente de Concertación, se dio a conocer un documento en el que se transcriben los acuerdos a los que se llegó en el encuentro. Precisamente, en lo que se refiere a la ley de regalías, a través de un "acto simbólico de radicación", se acordó respaldar la demanda de inconstitucionalidad contra el Acto Legislativo 05 de 2011 y, adicionalmente, no aceptar la "excepcionalidad para consultar las medidas"[86]. A diferencia de lo expuesto, en el mismo documento, se admitió adelantar el proceso de consulta frente a los proyectos de Estatuto de Desarrollo Rural, Reforma a las CAR y recursos genéticos y conocimiento tradicional, bajo la siguiente condición: "Hasta tanto no haya claridad en cómo van a realizarse los acuerdos no se avanza. Se requiere seriedad, cumplimiento y coherencia de parte del gobierno"[87].

– Acta de reunión de los días 12, 13 y 14 de septiembre de 2011. En esta sesión se insistió por parte del Gobierno Nacional, a través del Director de Asuntos Indígenas, Rom y otras minorías del Ministerio del Interior, en reformular la posición adoptada en el encuentro indígena de no consultar la ley de regalías[88]. Frente a lo cual, luego de una breve discusión, se pidió no entrar en el debate, pues ya existía una decisión al respecto, por lo que se pidió continuar con la concertación del decreto de víctimas y restitución de tierras[89]. Una vez concluido este tema, el delegado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Viceministro de la Participación e Igualdad de Derechos del Ministerio del Interior, volvieron a insistir en la importancia de abrir un espacio para la consulta previa[90], siendo nuevamente rechazada dicha solicitud[91]. Al final de la sesión, luego de la insistencia del Viceministro de Relaciones Políticas del Ministerio del Interior, en el que se comprometió a facilitar una reunión con el Ministro de Hacienda[92], los delegados de los pueblos indígenas manifestaron que analizarían el tema con sus comunidades y darían a conocer una decisión el 23 de septiembre de 2011[93].

– Memorando del Ministerio del Interior 12-0008118-DAI-2200. En este documento, luego de realizar un breve resumen de las actuaciones surtidas frente a la consulta previa, se puso de presente que la respuesta esperada para el 23 de septiembre, nunca fue recibida por el Gobierno Nacional[94].

– Con fundamento en lo anterior, las autoridades competentes del Gobierno Nacional decidieron radicar el proyecto de ley el día 14 de octubre de 2011, esto es, en los términos previstos en el Acto Legislativo 05 de dicho año.

– Adicional a lo expuesto, en la Gaceta del Congreso No. 779 de octubre 14 de 2011, se describe el procedimiento que se adelantó entre el 31 de agosto y el 14 de octubre con las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras y se transcribe el acta de protocolización de los acuerdos suscritos con la Comisión Consultiva de Alto Nivel para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras. De igual manera, se relató el trámite que se surtió en el mes de octubre con la Comisión Nacional de Diálogo para el Grupo Étnico Rom o Gitano de Colombia, en cuyo anexo se incluyó el acta de protocolización y un acta de capacitación de formulación de proyectos en el marco del Sistema General de Regalías.

Del examen del caso concreto

6.5.22. Luego de analizar las distintas pruebas que obran en el expediente, aportadas con ocasión del auto admisorio del 29 de junio de 2012, en el presente caso, esta Corporación encuentra que el proceso de consulta previa con los pueblos indígenas fracasó, toda vez que no se llegó a ningún acuerdo entre las entidades gubernamentales y las comunidades tradicionales, pese a los múltiples intentos del Gobierno Nacional dirigidos a concertar el articulado del proyecto de ley.

En este sentido, se observa que desde octubre de 2010 se reconoció la necesidad de consultar la ley de regalías por parte del Gobierno Nacional[95], lo que se ratificó durante las reuniones de la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas, con anterioridad y luego de la expedición del Acto Legislativo 05 de 2011, en las que se insistió (i) en la necesidad de definir una ruta metodológica (trámite preconsultivo) para discutir la iniciativa (tal y como se acordó con el decreto ley de víctimas y restitución de tierras para las comunidades indígenas[96]) y (ii) en la importancia de llegar a un consenso frente al contenido del articulado, entre otras, por la trascendencia que se espera que tenga el Sistema General de Regalías como política de lucha contra la pobreza y la inequidad[97]. De igual manera, se participó y colaboró con la logística del taller de presentación y encuentro de 70 dirigentes indígenas celebrado en la ciudad de Villavicencio los días 29, 30 y 31 de agosto de 2011, como espacio autónomo de determinación de la viabilidad política y jurídica de llevar a cabo la consulta de varias iniciativas planeadas por el Gobierno Nacional, sin que, al final de todos estos intentos, se llegara a consenso alguno sobre el contenido de la iniciativa.

Por lo tanto, la Corte considera que las entidades gubernamentales encargadas de la organización de los distintos escenarios de discusión del proyecto de ley de regalías (Ley 1530 de 2012), cumplieron con su obligación constitucional de someter a consideración de las comunidades indígenas dicho proyecto de ley, acorde con el principio de la buena fe y de manera libre e informada, con el propósito de que éstas pudieran intervenir activamente en la redacción final de su articulado, al tiempo que se observa la renuencia a participar y la decisión autónoma por parte de los pueblos indígenas de apartarse del proceso de consulta[98], con fundamento en varias razones que –más allá de la especial protección que demandan del Estado– exteriorizan su derecho a decidir sobre sus prioridades y estrategias de desarrollo[99].

Por consiguiente, en criterio de la Corte, está acreditado que el Gobierno Nacional facilitó y

procuró los espacios para lograr la consulta previa del proyecto de ley de regalías, conforme a los principios fundamentales de participación y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación. Con todo, como ya se dijo, el derecho a la consulta previa no es un derecho absoluto, por lo que de ninguna manera puede entenderse que la existencia de un consenso sobre el proyecto sea un requisito sine qua non para radicar una iniciativa, pues, como ocurre en el asunto bajo examen, en aquellos casos en que se frustra la realización del acuerdo, las autoridades competentes preservan sus potestades legislativas, entre ellas la potestad de radicar un proyecto de ley, en respuesta al carácter prevalente del interés general, cuando de por medio se encuentra la ejecución de un mandato específico previsto en la Constitución, el logro de objetivos superiores o la salvaguarda del principio democrático.

6.5.23. Para arribar a esta conclusión se tiene que:

(i) Como se ha expuesto de forma reiterada por parte de esta Corporación, no es contrario a la Constitución que una entidad gubernamental, como lo son el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de Minas y Energía[100], elaboren de manera autónoma un proyecto de ley sobre un asunto que corresponde al ámbito de sus competencias, aun siendo del interés de los pueblos indígenas, pues tal actividad hace parte del ejercicio propio de sus funciones[101]. Sin embargo, como se ha dicho, la entidad debe brindarles a las comunidades tradicionales, en un momento previo a la radicación del proyecto de ley ante el Congreso de la República, los espacios que resulten idóneos para que ellas puedan no sólo conocer la iniciativa sino, sobre todo, participar activamente en el alcance de su redacción, conforme a una ruta metodológica definida de mutuo acuerdo.

(ii) De manera unilateral los citados Ministerios elaboraron el proyecto de ley sobre regalías y, conforme a lo previsto en el Decreto 2893 de 2011 acudieron al Ministerio del Interior, pues a éste le corresponde la competencia de coordinar interinstitucionalmente la realización de los procesos de consulta previa[102]. Para tal efecto, en respeto de los principios de autonomía y diversidad, se decidió llevar a cabo procesos separados frente a cada una de las comunidades étnicas reconocidas en el país: (a) las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras; (b) el pueblo rom o gitano; y (c) las comunidades indígenas[103].

(iii) En ejercicio de sus funciones, el Ministerio del Interior convocó a la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas, con la finalidad de abrir los espacios de discusión del proyecto, en los términos previstos en el Decreto 1397 de 1996. Esta Mesa ha sido reconocida por la Corte como una instancia legítima de deliberación y consenso antes de radicar una iniciativa ante el Congreso de la República[104], y así lo prevé expresamente el artículo 11 del citado Decreto, cuando dispone que: “La Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas tendrá por objeto concertar entre éstos y el Estado las decisiones administrativas y legislativas susceptibles de afectarlos”.

(iv) Como se infiere de las Actas de la Mesa Permanente de Concertación, el Gobierno Nacional (a) reconoció insistentemente la necesidad de adelantar el proceso de consulta previa frente a la ley de regalías; (b) se preocupó por acordar una ruta metodológica como

la que se definió para el proyecto de decreto ley de víctimas y restitución de tierras para las comunidades indígenas; (c) se comprometió con la disposición de recursos económicos y de logística para divulgar el proyecto de ley, con la finalidad de brindarles a los pueblos tradicionales elementos de juicio para discutir de fondo el alcance de la iniciativa y llegar a un acuerdo; (d) explicó las razones por las cuales no se consultó el Acto Legislativo 01 de 2005 y la diferencia que existía en relación con la consulta de la ley; (e) participó y presentó el proyecto en el encuentro de 70 dirigentes indígenas para definir la posición de las comunidades tradicionales frente a la agenda política-legislativa; y finalmente, (f) insistió en que los pueblos indígenas reformularan su posición de no consultar las medidas, frente a lo que propuso una reunión adicional con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sin obtener respuesta alguna en el término previsto para tal efecto.

(v) Pese a los múltiples intentos del Gobierno Nacional, que exteriorizan su voluntad de realizar la consulta del proyecto de ley, el proceso fracasó por causas que no le son imputables, pues pese a propiciar diversas oportunidades de participación, como previamente se expuso, las comunidades decidieron autónomamente apartarse del proceso, básicamente con fundamento en la falta de consulta del Acto Legislativo 05 de 2011 y la demanda que sobre el mismo se promovía en esta Corporación[105].

(vi) No encuentra la Corte que el proceso adelantado se hubiese limitado a un simple ejercicio de trámite, lo que se infiere –por el contrario– es que el Gobierno Nacional siempre mantuvo su voluntad de concertar la iniciativa legislativa, que intentó abrir los canales para tal efecto, pero que dicho procedimiento se frustró por la decisión autónoma de su interlocutor. Por lo demás, como lo ha reconocido esta Corporación[106], cuando la regulación tiene un alcance general para todas las comunidades tradicionales, difícilmente podría adelantarse el proceso de consulta con cada una de las autoridades de los pueblos indígenas y tribales, razón por la cual se ha admitido su desarrollo con instancias de representación general, como ocurrió en el presente caso, con la participación en un encuentro de 70 dirigentes indígenas para la definición de la agenda político-legislativa, bajo la coordinación de la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones indígenas[107].

(vii) A pesar de las circunstancias apremiantes en las que se realizó la consulta previa y del hecho de que el proyecto pudo haber sido dado a conocer con una mayor antelación por parte del Gobierno Nacional, tal y como se infiere de lo descrito en la Gaceta del Congreso No. 779 de 2011, esta Corporación encuentra que, en todo caso, la intención de llevar a cabo dicho proceso y de abrir espacios de concertación se exteriorizó con anterioridad a la aprobación del Acto Legislativo 05 de 2011, se brindó una explicación sobre el proyecto de ley en la Mesa Permanente de Concertación[108], se entregó una presentación de su contenido por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en la reunión de representantes indígenas llevada a cabo en la ciudad de Villavicencio[109], se absolvieron en esa reunión varios interrogantes planteados por los asistentes[110] e incluso, a lo largo del proceso, se resaltaron algunos aspectos que se consideraban debían ser objeto de pronunciamiento expreso, como ocurrió con lo referente al reconocimiento de las entidades territoriales indígenas[111] o de una formula alternativa que permitiese el manejo directo de los recursos de regalías por parte de los pueblos tradicionales[112].

Más allá de que la Corte haya reconocido la posibilidad de que las autoridades públicas sean las que elaboren los textos de ley y que se los entreguen a las comunidades para llevar a cabo el proceso de consulta de manera previa a la radicación de la iniciativa ante el Congreso de la República, ello no obsta para admitir que siendo el propósito de este procedimiento deliberativo, el de brindar herramientas para lograr la concertación acerca de una regulación que afecta directamente a los pueblos indígenas y tribales, se pueda desarrollar un proceso distinto mediante la construcción mancomunada de un proyecto de ley y que, por ende, desde el principio se cuente con el visto bueno de los pueblos consultados. En el presente caso, pese a la importancia de la iniciativa y al conocimiento que de la misma exhibieron sus representantes, las comunidades indígenas de forma autónoma decidieron apartarse del proceso y no participar en la concertación del articulado, a diferencia de lo ocurrido con las otras minorías consultadas[113], reticencia frente a la cual resultan indiferentes las circunstancias apremiantes que pudieron rodear el desarrollo de este proceso, pues el mismo se frustró desde el principio (trámite preconsultivo), sin aprovechar la oportunidad de realizar aportes a los textos que fueron expuestos y presentados y sin llegar a acuerdos como los logrados con las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras y con el pueblo gitano o rom.

La Corte no desconoce que en la determinación de los tiempos de un proceso de consulta previa se deben tener en cuenta las particularidades de los pueblos étnicos y sus costumbres. Sin embargo, como es obvio, su definición también supone el desarrollo de un espacio de deliberación y reflexión propio del trámite preconsultivo, el cual no pudo ser objeto de concertación en el asunto bajo examen, como consecuencia de la decisión autónoma de las comunidades indígenas de apartarse del proceso.

(viii) La circunstancia de no haberse llegado a un acuerdo con las comunidades indígenas, pese a la insistencia por parte del Gobierno Nacional en la importancia de definir una ruta metodológica y de concertar el articulado de la iniciativa, como previamente se explicó, no impedía a las autoridades competentes para proceder a la radicación del proyecto de ley ante el Congreso de la República, pues la exigencia de un acuerdo como requisito sine qua non para tal fin, conduciría a volver nugatoria la iniciativa legislativa del ejecutivo, en contravía del interés general y de otros intereses superiores que también son objeto de protección.

En efecto, por una parte, el Constituyente le impuso al Gobierno Nacional la obligación radicar el proyecto de ley sobre regalías en el término perentorio de tres meses contados desde la expedición del Acto Legislativo 05 de 2011 (CP art. 361, parágrafo 4º transitorio), por lo que las autoridades competentes, sin menoscabo de los tiempos de las comunidades tradicionales y pueblos tribales, se vieron en la necesidad agilizar el procedimiento de consulta con miras a realizar los fines que de él se predican en el ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, al tiempo en que se frustró el proceso con las comunidades indígenas por las razones expuestas, como ya se dijo, se logró la protocolización de los acuerdos alcanzados con las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palanqueras y con el pueblo gitano o rom, incluso frente a este último se anexó un acta de capacitación de formulación de proyectos en el marco del Sistema General de Regalías[114]. De donde se infiere que, más allá de la voluntad exteriorizada por el Gobierno y del éxito que se obtuvo en otros procesos de consulta, el trámite de la misma frente a esta ley, por mandato expreso del

Constituyente, no podía ser indefinida.

En segundo término, la perentoriedad de los plazos previstos por el Constituyente, como se infiere de los antecedentes legislativos, lejos de responder a una decisión arbitraria, se enmarcó en la necesidad de ajustar el régimen de regalías a los nuevos objetivos y esquemas de distribución previstos en el Texto Superior, con el fin de realizar los propósitos de equidad social y regional que impulsaron su aprobación. Adicionalmente, y en armonía con lo expuesto, también se buscó asegurar la realización del principio democrático, pues una habilitación indefinida conducía a una mayor vigencia en el tiempo del decreto con fuerza de ley cuya temporalidad se previó como transitoria, cuando, por la relación que tiene el régimen de regalías con la autonomía de las entidades territoriales, se requería que su regulación fuese expedida mediante una ley proferida por el legislador ordinario[115].

Conforme a lo anterior, no cabe duda de que el Gobierno Nacional está obligado a propiciar espacios efectivos y razonables de participación en los asuntos que afectan directamente a las comunidades indígenas. Sin embargo, si no se llega a un acuerdo o el mismo se frustra por la decisión autónoma de dichos pueblos, no existe razón para frenar el proceso legislativo en asuntos que a la vez son de interés general, como ocurre con las regalías, y en las que se dispuso por el Constituyente obligaciones concretas de actuación con el fin de realizar precisos objetivos constitucionales. No sobra recordar que el derecho a la consulta previa no es absoluto, y que tampoco las comunidades tradicionales tienen un poder de veto. Por lo demás, no se observa en el presente caso, que la citada iniciativa legislativa tenga la entidad de poner en riesgo la existencia misma de las comunidades indígenas, pues la misma se limita a establecer los objetivos, órganos de administración, normas de liquidación, recaudo, transferencia y control del Sistema General de Regalías, con el propósito de desarrollar y de alcanzar los fines de equidad regional y desarrollo social planteados en el Acto Legislativo 05 de 2011.

En todo caso, como ha ocurrido en otras oportunidades[116], la Corte advierte que en el desarrollo de la ley, particularmente en lo referente a la adopción de medidas administrativas susceptibles de afectar directamente los intereses de los pueblos indígenas, también es exigible la consulta previa con la plenitud de las garantías explicadas en esta providencia. En efecto, se trata de instancias distintas frente a las cuales igualmente debe garantizarse el citado derecho especial de participación.

6.5.24. Por las razones expuestas, esta Corporación concluye que la Ley 1530 de 2012 se ajusta al Texto Constitucional, en lo referente a la supuesta violación del derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas. Así se declarará expresamente en la parte resolutiva de esta providencia.

6.6. Del precedente jurisprudencial relativo a la participación de las entidades territoriales en los recursos de regalías y su relación con el denominado margen de comercialización. Examen de constitucionalidad del primer cargo impetrado contra el artículo 156 de la Ley 1530 de 2012[117]

6.6.1. Esta Corporación recientemente a través de la Sentencia C-1055 de 2012 tuvo la ocasión de realizar un estudio de constitucionalidad sobre el denominado margen de

comercialización y las regalías, con ocasión de una demanda promovida contra el artículo 16 del Decreto 4923 de 2011, cuyo fallo –por unidad normativa– se extendió al actual artículo 16 de la Ley 1530 de 2012[118]. Por la importancia del citado fallo para la resolución de los cargos propuestos en la presente demanda, en este acápite, en términos metodológicos: (i) se abordará inicialmente una explicación del contenido de la disposición actualmente demandada, tomando como punto de referencia los derroteros planteados en la Sentencia C-1055 de 2012; (ii) con posterioridad se delimitará el alcance de la acusación y se determinará si el precedente planteado en la citada providencia le resulta aplicable; y por último, (iii) se hará el pronunciamiento concreto de constitucionalidad frente al precepto acusado.

Contenido y alcance de la disposición acusada

6.6.2. La disposición demandada parte de un supuesto fáctico definido, en el que se reconoce que en el régimen anterior de recaudos por la explotación de hidrocarburos, existían unos recursos correspondientes al margen de comercialización, incluidos en un rubro a favor de terceros de la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH). En este sentido, a la entrada en vigencia del Sistema General de Regalías, era necesario definir la destinación de dichos rubros, esto es, los recursos disponibles a 31 de diciembre de 2011. Para tal efecto, el precepto acusado estableció una fórmula de distribución en los siguientes términos: 50% a favor de la Nación, 35% para las entidades beneficiarias de regalías directas, 10% para la red vial terciaria y 5% con destino al Programa de Normalización de Redes Eléctricas y al Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de las Zonas Rurales Interconectadas. Del mismo modo, la norma dispuso que los recursos destinados a las entidades productoras que tenían derecho a regalías directas, debían asignarse en proporción a su participación en el promedio total de dichas regalías giradas durante el período comprendido entre 2007 y 2010[119].

6.6.3. De acuerdo con el régimen anterior, previsto en el artículo 20 de la Ley 141 de 1994[120], el cálculo de las regalías se llevaba a cabo tomando como base el precio promedio ponderado de realización del petróleo en una sola canasta de crudos, conforme a la siguiente formula:

“ARTÍCULO 20. Para la liquidación de estas regalías se tomará como base el precio promedio ponderado de realización del petróleo en una sola canasta de crudos, deduciendo para los crudos que se refinan en el país los costos de transporte, trasiego, manejo y refinación, y para los que se exporten los costos de transporte, trasiego y manejo, para llegar al precio en boca de pozo.

A su vez, para determinar el precio promedio ponderado de la canasta se tendrá en cuenta, para la porción que se exporte el precio efectivo de exportación; y para la que se refine el de los productos refinados. Por tanto, los valores netos de las regalías que se distribuyan sólo variarán unos de otros en función de los costos de transporte.

El precio base para la liquidación de las regalías no puede ser en ningún caso inferior al que actualmente estipula el Ministerio de Minas y Energía de acuerdo al Decreto 545 de 1989.”

Con posterioridad, acorde con lo previsto en el artículo 5.10 del Decreto Ley 1760 de 2003, se le asignó a la Agencia Nacional de Hidrocarburos la tarea de "recaudar las regalías y compensaciones monetarias que correspondan al Estado por la explotación de hidrocarburos, y girar a las entidades con derecho a ellas tales recursos." Con base en esta disposición, y según se explicó por varios intervinientes, la ANH comercializaba los hidrocarburos necesarios para asumir las obligaciones dispuestas en ley a favor de las entidades beneficiarias, de suerte que la diferencia que se llegase a presentar entre el valor de la regalía calculada con base en el artículo 20 de la Ley 141 de 1994 y el precio efectivo de venta, se identificó como margen de comercialización.

Al momento de entrada en vigencia del Sistema General de Regalías, resultaba necesario prever diversas normas de transición, con el propósito de establecer el destino y la distribución de los recursos originados con ocasión de la labor adelantada por la Agencia Nacional de Hidrocarburos, conforme al marco normativo derivado del Acto Legislativo 05 de 2011, cuya entrada en vigencia debía producirse a más tardar el 1 de enero de 2012[121].

6.6.4. En desarrollo de lo expuesto, la Ley 1530 de 2012 mantuvo el margen de comercialización y lo reguló de manera específica en el artículo 16, en los términos que a continuación se exponen:

"Artículo 16. Recaudo. Se entiende por recaudo la recepción de las regalías y compensaciones liquidadas y pagadas en dinero o en especie por quien explote los recursos naturales no renovables, por la Agencia Nacional de Hidrocarburos y la Agencia Nacional de Minería.

La Agencia Nacional de Hidrocarburos y la Agencia Nacional de Minería establecerán mediante acto motivado de carácter general, el pago en dinero o en especie de las regalías.

Cuando las regalías se paguen en especie, el Gobierno Nacional reglamentará la metodología, condiciones y términos que garanticen el adecuado flujo de recursos al Sistema General de Regalías, de manera que los recursos que se generen entre la determinación de los precios base de liquidación y la comercialización de las regalías se distribuyan en un 50% destinado a la bolsa única del Sistema General de Regalías y el 50% restante a favor del Gobierno Nacional.

Parágrafo. Se entiende como pago de regalías en especie, la entrega material de una cantidad de producto bruto explotado." (Subrayado y sombreado por fuera del texto original).

Esta disposición fue demandada ante la Corte y luego de agotar los distintos requisitos de procedimiento previstos en el Decreto 2067 de 1991, dio lugar a la expedición de la Sentencia C-1055 de 2012. Allí se explicó que la fórmula de liquidación de las regalías actualmente vigente, acorde con el monto regulado en el artículo 16 de la Ley 756 de 2002, se encuentra prevista en el artículo 15 de la Ley 1530 de 2012. El mencionado precepto legal dispone que:

“Artículo 15. Precios base de liquidación de regalías y compensaciones. La Agencia Nacional de Hidrocarburos y la Agencia Nacional de Minería señalarán, mediante actos administrativos de carácter general, los términos y condiciones para la determinación de los precios base de liquidación de las regalías y compensaciones producto de la explotación de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de lo pactado en los contratos vigentes a la fecha de promulgación de la presente ley.

Para tal efecto, tendrán en cuenta la relación entre producto exportado y de consumo nacional, deduciendo los costos de transporte, manejo, trasiego, refinación y comercialización, según corresponda con el objeto de establecer la definición técnicamente apropiada para llegar a los precios en borde o boca de pozo o mina. En el caso del gas, el precio base estará asociado al precio de comercialización de dicho producto en boca de pozo, teniendo en cuenta las condiciones generales señaladas sobre el particular en la normativa y regulación vigente.”

Teniendo en cuenta que las regalías pueden ser pagadas en especie o en dinero por parte de la empresa que realiza la explotación del recurso natural no renovable, según lo dispone el citado artículo 16 de la Ley 1530 de 2012, en los mismos términos previamente expuestos (ver supra 6.6.3), la Corte explicó el origen del margen de comercialización en el nuevo régimen legal sobre el Sistema General de regalías. Para tal efecto, señaló que:

“Cuando son pagadas en especie, deben realizarse una serie de pasos conducentes a transformar en dinero el producto obtenido por concepto de regalías. Es en estas ocasiones cuando se realiza la comercialización por parte de la Agencia Nacional de Hidrocarburos o de la Agencia Nacional de Minería, tal y como lo disponía el artículo 16 del decreto 4923 de 2011 y lo reiteró el artículo 16 de la ley 1530 de 2012. Al establecerse un precio de liquidación –artículo 15 de la ley 1530 de 2012 y artículo 15 del decreto 4923 de 2011- y un precio de comercialización, el cual dependerá de las condiciones de mercado, lo más probable es que exista una diferencia entre dichos valores; ésta, en cuanto dependiente de las condiciones de mercado, puede ser negativa respecto del valor determinado por la liquidación o, por el contrario, positiva en relación al mismo.

Determinación del cargo planteado por el actor contra la disposición acusada y análisis del precedente formulado en la Sentencia C-1055 de 2012

6.6.5. En criterio del accionante, el artículo 156 de la Ley 1530 de 2012 desconoce los artículos 360 y 361 de la Constitución, por cuanto en la distribución del margen de comercialización se convierte en partícipe de las regalías a la Nación, teniendo en cuenta que por mandato constitucional esos recursos le pertenecen en su integridad a las entidades territoriales destinatarias de dichas regalías. Para el actor, el margen de comercialización es un concepto que se deriva del régimen constitucional de regalías, por lo que la infracción al Texto Superior se deriva de la ampliación de los destinatarios que se realiza en la ley acusada, pues la Constitución sólo hace referencia a las entidades territoriales de forma directa o indirecta a través de los fondos.

En opinión de la mayoría de los intervinientes[122], el margen de comercialización no constituye una regalía, pues dicho valor se deriva de una operación que se realiza con posterioridad a su proceso de liquidación, conforme al principio de configuración normativa

del legislador. Por otra parte, insisten en que los recursos del Sistema General de Regalías son del Estado y no de las entidades territoriales, como erróneamente lo afirma el demandante, por lo que no existe una violación de los derechos adquiridos.

Por último, en criterio de la Vista Fiscal y de uno de los intervinientes[123], el margen de comercialización le corresponde a los titulares de los recursos en cuya entidad territorial se generan y no a la Administración Nacional. Con fundamento en lo anterior, el Ministerio Público señala que estos recursos deben destinarse a propósitos territoriales, sin importar que provengan del régimen de liquidación o de su posterior comercialización, pues finalmente se trata del mismo bien, esto es, de la explotación de un recurso natural no renovable. Por esta razón, solicita a la Corte que se declare exequible el artículo demandado, "bajo el entendido de que la destinación a la Nación del 50% de los recursos disponibles a 31 de diciembre de 2011, correspondientes al margen de comercialización incluidos en el rubro de recaudos a favor de terceros de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, se destinarán prioritariamente a la reconstrucción de la infraestructura vial del país y a la recuperación ambiental de las zonas afectadas por la emergencia invernal 2010-2011".

6.6.6. Este mismo cargo fue objeto de decisión por parte de esta Corporación en la citada Sentencia C-1055 de 2012. En dicha oportunidad se cuestionó el margen de comercialización previsto en el artículo 16 de la Ley 1530 de 2012, porque el mismo es "asignado a la Nación, cuando las regalías están previstas por la Constitución para beneficio de las entidades territoriales".

A juicio de este Tribunal, el cargo propuesto no estaba llamado a prosperar, pues "la calidad de regalía o no del margen de comercialización no es un aspecto deducible de las normas constitucionales; en otras palabras, la Constitución no determina si la diferencia entre el valor de las regalías pagadas en especie y el valor que alcanzan cuando son comercializadas es regalía o no lo es. En consecuencia, sobre la determinación hecha respecto de dicho margen de comercialización por el legislador (…), no recaen las limitaciones de índole constitucional que la accionante encuentra, y que le llevan a concluir que, en cuanto constituye regalía, está proscrito que una parte del mismo sea asignada a la Nación y, en consecuencia, ingrese en el presupuesto general de la Nación."[124]

Esta conclusión se apoyó en los siguientes argumentos:

(i) La Constitución no trae un concepto cerrado o definitivo de lo que es una regalía. Para la Corte la regulación sobre las regalías prevista en el artículo 360 de la Carta Política[125], que se complementa con lo dispuesto en el artículo 361, incluye algunos elementos que trazan su concepto, pero que no lo agotan, por lo que se deja al legislador la tarea de crear "todo un sistema que establezca en qué términos deben ser desarrolladas actividades como la forma de distribución de los recursos, su ejecución, el titular y los parámetros de la tarea de administrarlos, entre otros". En este contexto, el artículo 360 del Texto Superior desarrolla lo que la doctrina define como garantía institucional, esto es, que "sin aportar todos los elementos para la creación y funcionamiento de una figura o una institución en el ordenamiento jurídico, establece aquellos que resultan esenciales a la misma, asegurando de esta forma que el desarrollo legislativo deba encontrarse en armonía con dichos

elementos nucleares o axiales."

En criterio de este Tribunal, un análisis sistemático de los artículos 360 y 361 de la Constitución, permite identificar los siguientes elementos axiales: (a) la existencia de una contraprestación económica por la explotación de recursos naturales no renovables; (b) el Estado como beneficiario de dicha contraprestación; (c) la existencia de un Sistema Nacional de Regalías; (d) el destino de los dineros de las regalías, que no podrá ser otro que proyectos en beneficio de las entidades territoriales; (e) el derecho a participar en las regalías que tienen los departamentos, municipios y distritos en que se exploten o por los que se transporten recursos naturales no renovables; (f) el derecho de estas entidades a ejecutar directamente los recursos de las regalías; y (g) la prohibición de que los dineros que provengan de las regalías ingresen al presupuesto nacional o al Sistema General de Participaciones.

De lo anterior se infiere que, como ya se dijo, la Constitución no tiene una definición cerrada y unívoca del término "regalía", sino que establece elementos que no podrán ser obviados por el legislador al desarrollar la materia. Visto el alcance de dichos elementos, a juicio de la Corte, "no se encuentra determinación alguna acerca de la naturaleza de regalía o no del margen de comercialización de las regalías que sean pagadas en especie. // Contrario sensu, es la propia Constitución la que prevé que el legislador establecerá las condiciones que harán posible el cobro de las regalías."

(ii) El legislador cuenta con libertad de configuración para determinar, acorde con las disposiciones constitucionales, los elementos que ayuden a definir el concepto y régimen de las regalías en el Estado colombiano. Ante la inexistencia de un concepto constitucional totalmente cerrado sobre lo que es una "regalía", en desarrollo de lo previamente expuesto, se concluyó que es tarea del legislador completar o finalizar dicho concepto constitucional, como lo reiteradamente lo ha expuesto esta Corporación[126]. En este sentido, se consideró que "será campo de la libertad de configuración legislativa la forma de liquidar y distribuir las regalías, así como la de realizar el proceso destinado a su comercialización, en los casos en que las mismas sean pagadas en especie". De ahí que, "siendo esta la situación, no es posible deducir de las disposiciones constitucionales contenido alguno acerca del margen de comercialización, ni tampoco de su condición o no de regalía"[127].

(iii) La determinación de la cuantía, la forma de entrega, la parte operativa necesaria para ser transformadas en recursos líquidos, así como la manera en que ingresan al Sistema General de Regalías son aspectos definidos por la ley, más no por la Constitución. En armonía con los argumentos antes expuestos, la Corte consideró que es el legislador, en el marco previsto por el Constituyente, quien debe determinar asuntos como si las regalías se pagan en especie o en dinero; cuáles son los elementos que determinan el valor con el que se calculan; cuál es el proceso en que las mismas se comercializan; qué entes son los que asumen el riesgo de dicha comercialización; entre otros. Bajo este supuesto, teniendo en cuenta los preceptos legales sobre la materia previamente transcritos, se concluyó que el legislador optó por considerar que (i) el valor de las regalías se debe liquidar a borde o boca de pozo o de mina, y (ii) que su comercialización se encuentra por fuera del ciclo de las regalías y a cargo de un ente centralizado, ya sea la Agencia Nacional de Hidrocarburos o la

Agencia Nacional de Minería.

Con fundamento en los argumentos expuestos, la Corte negó el cargo planteado, referente a la imposibilidad del legislador de asignar a la Nación un porcentaje del margen de comercialización. Expresamente, en el acápite de conclusión de la Sentencia C-1055 de 2012, se reiteró que:

"Lo anteriormente anotado hace evidente que i) la Constitución no establece un concepto acabado de regalía y que es el legislador el que determina qué debe entenderse como tal, siempre en acuerdo con los elementos de la imagen maestra aportados desde las disposiciones constitucionales; ii) dentro de los elementos establecidos por los artículos 360 y 361 de la Constitución no se deduce la existencia de un elemento llamado margen de comercialización; iii) en el ordenamiento colombiano el concepto de regalía, de acuerdo con el artículo 16 de la ley 756 de 2002 corresponde a un porcentaje de lo explotado y que su valor deberá reflejar el precio a borde o boca de pozo o mina, en acuerdo con el artículo 15 de la ley 1530 de 2012 –y, anteriormente, del artículo 15 del decreto 4923 de 2011–; iv) que este valor es distinto al valor por el cual se comercializa, existiendo, en consecuencia, un margen de comercialización –que puede ser positivo o negativo– respecto del valor de liquidación; v) que, en todo caso, este margen de comercialización no se entiende incluido en el valor de lo que se considera como regalía, de acuerdo con la ley 756 de 2002 y de la ley 1530 de 2012 –así como tampoco lo fue por el decreto 4923 de 2011–.

Por lo anteriormente anotado no es posible concluir que la determinación del artículo 16 de la ley 1530 de 2012, ni del artículo 16 del decreto 4923 de 2011, respecto de que el margen de comercialización se distribuirá a razón de 50 – 50 entre el Gobierno Nacional y el Sistema General de Regalías, i) implique asignación de los dineros obtenidos por concepto de regalía a la Nación; ni, mucho menos, ii) contraríe el sentido de disposición alguna de la Constitución."

Examen concreto de constitucionalidad frente al precepto acusado

6.6.7. Como ya se dijo, en el presente caso, el examen de inconstitucionalidad propuesto por el actor contra el artículo 156 de la Ley 1530 de 2012, parte del mismo supuesto que fue objeto de análisis en la Sentencia C-1055 del mismo año, esto es, que el margen de comercialización es un concepto que se deriva del régimen constitucional de regalías, por lo que la infracción al Texto Superior surge del hecho de desconocer que las sumas recaudadas por dicho concepto le corresponden directa o indirectamente a las entidades territoriales beneficiarias y no a la Nación, a la cual se la hace partícipe de un porcentaje correspondiente al 50%.

En el asunto bajo examen, conforme al citado precedente, esta Corporación encuentra que el cargo propuesto por el actor no está llamado a prosperar, pues la calidad o no de regalía del margen de comercialización, no es asunto que haya sido tratado por las normas constitucionales, en otras palabras, la Constitución no determina si la diferencia entre el valor de la liquidación de las regalías pagadas en especie y el valor que alcanzan cuando son comercializadas es o no una regalía. En consecuencia, se trata de una materia sobre la cual se le reconoce un importante margen de configuración al legislador no exento de límites, frente al que no son predicables ni el cargo propuesto, ni un supuesto

desconocimiento de los elementos axiales o nucleares previstos en los artículos 360 y 361 del Texto Superior, conforme se explicó con anterioridad.

Con todo, teniendo en cuenta el precedente consagrado en la Sentencia C-1055 de 2012 y siguiendo lo expuesto por la Vista Fiscal, no puede ser ajeno al texto constitucional la destinación de los recursos que se obtengan como consecuencia del margen de comercialización, más allá de que la Constitución no determine con carácter imperativo su naturaleza jurídica, por lo que necesariamente –en este aspecto– la libertad de configuración normativa del legislador se encuentra limitada. Ahora bien, en criterio de la Corte, antes de desarrollar este tema y de proferir una decisión definitiva sobre la constitucionalidad del precepto acusado, es preciso abordar el segundo cargo planteado por el demandante contra el artículo 156 de la Ley 1530 de 2012, pues permite abrir un espacio argumentativo para explicar el fundamento de la limitación previamente enunciada.

6.7. De la prohibición general de retroactividad de la ley y sobre otras modalidades de efectos de las leyes en el tiempo. Examen de constitucionalidad del segundo cargo formulado contra el artículo 156 de la Ley 1530 de 2012

En idéntico sentido, se pronuncia uno de los intervinientes[128]. Por el contrario, en opinión de la mayoría de ellos[129], las entidades territoriales no tienen un derecho de propiedad sobre las regalías sino un mero derecho de participación, por lo que no gozan de los mismos atributos que otorga el derecho de dominio. Por otra parte, se insiste en el que el margen de comercialización no es una regalía, por lo que el legislador podía disponer libremente de dichos recursos.

Por último, en criterio de la Vista Fiscal, como previamente se señaló, los recursos del margen de comercialización deben destinarse a propósitos territoriales, sin importar que provengan del régimen de liquidación o de su posterior comercialización, por lo que solicita a la Corte que se declare exequible el artículo demandado, “bajo el entendido de que la destinación a la Nación del 50% de los recursos disponibles a 31 de diciembre de 2011, correspondientes al margen de comercialización incluidos en el rubro de recaudos a favor de terceros de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, se destinarán prioritariamente a la reconstrucción de la infraestructura vial del país y a la recuperación ambiental de las zonas afectadas por la emergencia invernal 2010-2011”.

6.7.2. Con fundamento en los argumentos expuestos, encuentra la Corte que la disposición demandada no desconoce el precepto constitucional invocado por el demandante, por las siguientes razones:

6.7.2.1. En primer lugar, uno de los componentes centrales del principio de legalidad, es la protección de las situaciones jurídicas consolidadas al amparo de la normatividad vigente, conforme a la prohibición prima facie de la retroactividad de la ley[130]. Sobre el particular, este Tribunal ha señalado que:

“[El] ejercicio retroactivo de la ley resulta extraño a la aplicación de sus dispositivos, toda vez que ella sólo entra a regir a partir de su puesta en vigencia, cobijando en adelante y por entero los fenómenos que se subsuman en sus supuestos jurídicos, refrendándose así el principio según el cual los hechos y actos deben regirse por la ley vigente al momento de su

ocurrencia. Por donde, lógicamente, las situaciones jurídicas consolidadas bajo el imperio de una ley se tornan intangibles frente a las mutaciones que el hacer legislativo va configurando permanentemente, con la subsiguiente abarcadura legal de los nuevos hechos y situaciones. // Con todo, en las fronteras temporales de las leyes pueden militar situaciones jurídicas inconclusas, como "(…) cuando un hecho tiene nacimiento bajo la ley antigua pero sus efectos o consecuencias se producen bajo la nueva, o cuando se realiza un hecho jurídico bajo la ley antigua, pero la ley nueva señala nuevas condiciones para el reconocimiento de sus efectos".

"La fórmula general que emana del artículo 58 de la Constitución para solucionar los anteriores conflictos, como se dijo, es la irretroactividad de la ley, pues ella garantiza que se respeten los derechos legítimamente adquiridos bajo la ley anterior, sin perjuicio de que se afecten las meras expectativas de derecho. No obstante, la misma Carta fundamental en el mencionado artículo, autoriza expresamente la retroactividad de las leyes penales benignas al reo, o de aquellas que comprometen el interés público o social. Ahora bien, cuando se trata de situaciones jurídicas en curso, que no han generado situaciones consolidadas ni derechos adquiridos en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ésta entra a regular dicha situación en el estado en que esté, sin perjuicio de que se respete lo ya surtido bajo la ley antigua".[131]

Con el propósito de resolver el cargo planteado y teniendo en cuenta lo dispuesto en la parte final de la sentencia en cita, la Corte considera necesario diferenciar la retroactividad de la ley de otros efectos de las leyes en el tiempo, en concreto, de la retrospectividad. Así, mientras la retroactividad se refiere a la aplicación de la ley a situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de normas derogadas, la retrospectividad es un efecto connatural a todas las regulaciones jurídicas y versa sobre su aplicación respecto de asuntos que, si bien estaban regulados por la ley derogada, no generaron situaciones consolidadas ni derechos adquiridos, sino que se mantienen a la entrada en vigencia de la nueva ley, por lo que se incorporan integralmente a dicha regulación, sin importar el estado en el que se encuentran. En este orden de ideas, la retrospectividad implica una simple modificación de las situaciones jurídicas no consolidadas al amparo de una ley, como consecuencia de un tránsito normativo[132].

Con base en lo expuesto, este Tribunal delimitó conceptualmente los citados efectos de la ley en el tiempo, frente a lo cual concluyó que el fenómeno de la retrospectividad es enteramente compatible con el principio de legalidad. Sobre el particular, dijo que:

"(i) por regla general las normas jurídicas se aplican de forma inmediata y hacia el futuro, pero con retrospectividad; (ii) el postulado de irretroactividad de la ley implica que una norma jurídica no tiene prima facie la virtud de regular situaciones jurídicas que se han consumado con arreglo a normas anteriores; (iii) la aplicación retrospectiva de una norma jurídica comporta la posibilidad de afectar situaciones fácticas y jurídicas que se han originado con anterioridad a su vigencia, pero que aún no han finalizado al momento de entrar a regir la nueva norma, por encontrarse en curso la aludida situación jurídica y; (iv) tratándose de leyes que se introducen en el ordenamiento jurídico con el objeto de superar situaciones de marcada inequidad y discriminación (tuitivas), el juzgador debe tener en cuenta, al momento de establecer su aplicación en el tiempo, la posibilidad de afectar

retrospectivamente situaciones jurídicas en curso, en cuanto el propósito de estas disposiciones es brindar una pronta y cumplida protección a grupos sociales marginados."

Desde esta perspectiva, la Corte ha señalado que la retrospectividad es un instituto clave en la compresión de los tránsitos legislativos, en donde un régimen jurídico particular es reemplazado por otro. La retrospectividad opera como un dispositivo que permite la aplicación general e inmediata de un nuevo orden jurídico, a la vez que evita lagunas normativas sobre la determinación del derecho vigente.

Como previamente se expuso, en el presente caso, el demandante considera que el precepto acusado es contrario al artículo 58 del Texto Superior, por cuanto le asigna un carácter retroactivo a la distribución de los recursos obtenidos como margen de comercialización, desconociendo los derechos adquiridos que las entidades territoriales tienen sobre los mismos al ser parte del concepto constitucional de regalía (CP arts. 360 y 361).

Para este Tribunal, la censura propuesta por el actor desconoce el efecto retrospectivo que tiene la disposición acusada y en su lugar le otorga un carácter retroactivo que no le es propio. En efecto, como previamente se explicó[133], al momento de entrada en vigencia del Sistema General de Regalías (1º de enero de 2012) existían en las cuentas de la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH), unas sumas de dinero en el rubro de recaudos a favor de terceros, como consecuencia de las operaciones realizadas en virtud de los artículos 20 de la Ley 141 de 1994 y 5.10 del Decreto Ley 1760 de 2003.

En relación con estas sumas de dinero, el Gobierno Nacional tenía claridad de que no constituían regalías. Sin embargo, no existía una norma que definiera su destino y su titularidad, por lo que los organismos de control insistían en otorgarle dicha naturaleza, sobre todo por la circunstancia de provenir de una misma fuente. Adicionalmente, como la Agencia Nacional de Hidrocarburos cumple una función eminentemente recaudadora, más no comercial, se discutió acerca de la posibilidad que tenía dicha agencia para disponer de las sumas recaudadas, sin la existencia de un título que habilitara su giro. En consecuencia, para el sistema en general, era claro que no existía una norma que permitiese la disposición de dichos recursos.

Es evidente que a partir de la modificación del Acto Legislativo 05 de 2011, sin importar que los recursos originados en la comercialización de los hidrocarburos se consideraran o no como regalía, resultaba necesario definir la destinación de los rubros causados en el régimen anterior y que no habían sido objeto de distribución, como consecuencia de las operaciones realizadas en el proceso de liquidación y recaudo de las regalías.

Esta es la lógica en la que opera la regla acusada, la cual tiene la naturaleza propia de una norma de transición o de tránsito legislativo, pues define la destinación de los recursos del margen de comercialización que no habían sido objeto de distribución al 31 de diciembre de 2011, esto es, frente a una situación jurídica todavía no consolidada en el tiempo y, por ende, no susceptible de generar derechos adquiridos. Por consiguiente, a juicio de la Corte y a diferencia de lo expuesto por el actor, es claro que se está ante una previsión normativa que responde al fenómeno de la retrospectividad de la ley, cuyo desarrollo es compatible

con el principio de legalidad y con los mandatos del Estado Social de Derecho.

Obsérvese como, antes de la expedición de esta ley, con excepción del tiempo en que estuvo en vigencia el Decreto 4923 de 2011[134], los recursos del margen de comercialización no habían sido entregados a ningún otro beneficiario, por lo que en modo alguno puede sostenerse que se estaba ante una situación jurídica consolidada o frente a derechos adquiridos. Precisamente, es la disposición actualmente demandada y en su momento el artículo 156 del citado Decreto[135], los preceptos normativos que han permitido asegurar la transición entre regímenes normativos, con el giro de los recursos allí previstos[136].

6.7.2.2. En segundo término, como se expuso en el acápite 6.6 de esta providencia, la calidad o no de regalía del margen de comercialización no es un aspecto que haya sido determinado por las normas constitucionales, por lo que tampoco se estaría ante el desconociendo de un derecho de las entidades territoriales, pues las sumas recaudadas como consecuencia de la labor que desempeña la Agencia Nacional de Hidrocarburos, pueden ser objeto de una forma distinta de distribución en ejercicio del margen de configuración normativa reconocido al legislador, ya que –como se dijo– no hacen parte del concepto constitucional de regalía.

6.7.3. Con todo, siguiendo lo expuesto por la Vista Fiscal y teniendo en cuenta el precedente señalado en la Sentencia C-1055 de 2012, no es ajeno a la Corte que el margen de comercialización es el resultado de la venta de regalías pagadas en especie, por lo que si bien no son conceptos asimilables, es innegable que el resultado del primero constituye un fruto indirecto de la labor de liquidación y recaudado de las regalías.

Ante esta circunstancia, en la mencionada sentencia, esta Corporación declaró la exequibilidad condicionada del artículo 16 de la Ley 1530 de 2012, bajo el entendido que la destinación de los recursos provenientes del margen de comercialización que son asignados al Gobierno Nacional tienen las mismas limitaciones que los recursos provenientes de las regalías, de acuerdo con lo estipulado por el artículo 361 de la Constitución.

En criterio de este Tribunal, aun cuando el vínculo de origen que existe entre el margen de comercialización y la regalía no cambia la naturaleza jurídica de ninguna de ellas, sí reduce la discrecionalidad del Gobierno al momento de determinar el destino de dichos recursos, con fundamento en los siguientes argumentos:

“(i) El principio de equidad –artículo 334 de la Constitución– que guía la lectura de las disposiciones constitucionales, en el sentido de entender que el telos de dicha regulación es que lo obtenido como resultado de la explotación de los recursos naturales no renovables sirva para promover el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes del territorio y la adecuada distribución de beneficios; y

(ii) El principio de solidaridad –artículo 2 de la Constitución–, que obliga a que la ganancia obtenida de la comercialización de regalías retribuya a las entidades territoriales, para lograr así un desarrollo equilibrado y progresivo en todo el territorio del Estado.”

Como consecuencia de lo expuesto, se condicionó el alcance del artículo 16 de la Ley 1530

de 2012 en los términos expuestos, previa aclaración de la forma cómo debe operar dicha limitación, con la finalidad de salvaguardar la autonomía del Gobierno Nacional en la distribución de dichos recursos. Al respecto se expuso que:

"[La] lectura constitucionalmente adecuada de la disposición objeto de estudio no puede desconocer que en el artículo 361 de la Constitución se prevén el destino, los porcentajes de distribución y la logística institucional para realizar la distribución de los recursos del Sistema General de Regalías, aspectos que responden a los principios axiales de nuestro sistema constitucional antes mencionados.

Siendo este el contexto constitucional que determina la interpretación de la disposición acusada, concluye la Corte que el Gobierno nacional, al decidir la forma de emplear los recursos provenientes del margen de comercialización, debe respetar los parámetros establecidos por el artículo 361 de la Constitución para los recursos que ingresan al Sistema General de Regalías. Estos serán los que determinen límites y facultades del Gobierno nacional al respecto.

En este sentido dichos recursos tendrán limitaciones respecto de los rubros en que deben emplearse –inciso 1º del artículo 361 de la Constitución– y los fines que deban buscarse a través de su utilización. Sin embargo, al no ser regalías, su distribución no necesariamente deberá corresponder a los porcentajes previstos para los recursos del Sistema General de Regalías, aunque, eventualmente, los mismos puedan ser canalizados a través de la logística institucional creada por orden del tercer inciso del artículo 361 de la Constitución."

Como consecuencia del precedente expuesto, encuentra la Corte que, en esta oportunidad, el 100% de los recursos disponibles a 31 de diciembre de 2011, correspondientes al margen de comercialización incluidos en el rubro de recaudos a favor de terceros de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, se destinan de la siguiente manera: 50% a la Nación, 35% a las entidades beneficiarias de regalías directas en materia de hidrocarburos a la fecha de expedición de la ley, 10% a la red vial terciaria y 5% con destino al Programa de Normalización de Redes Eléctricas y al Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de las Zonas Rurales Interconectadas.

No encuentra reparo esta Corporación en los recursos destinados a las entidades beneficiarias de regalías directas, así como tampoco en lo que corresponde a la red vial terciaria, al Programa de Normalización de Redes Eléctricas y al Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de las Zonas Rurales Interconectadas. En lo que respecta a las entidades beneficiarias de regalías directas, porque finalmente el destino de los recursos no será otro que proyectos en beneficio de las entidades territoriales, como ocurre con el derecho de participación en las regalías. En lo referente a la red vial terciaria, porque su construcción, mejoramiento y mantenimiento promueve el desarrollo social y económico de dichas entidades territoriales[137]. Lo mismo sucede con el Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de las Zonas Rurales Interconectadas creado por el artículo 105 de la Ley 788 de 2002, el cual tiene como misión mejorar la cobertura de las zonas rurales con infraestructura eléctrica conectada al Sistema Interconectado Nacional[138]. Finalmente, y con el mismo propósito de desarrollo regional, el Programa de Normalización de Redes

Eléctricas establecido por la Ley 1167 de 2006, se encamina a la legalización de usuarios y la adecuación de las redes eléctricas a los reglamentos vigentes, en barrios subnormales situados en los municipios del Sistema Interconectado Nacional[139].

Otra cosa acontece con la destinación a la Nación del 50% de los recursos disponibles a 31 de diciembre de 2011, correspondientes al margen de comercialización incluidos en el rubro de recaudos a favor de terceros de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, pues conforme a los principios de equidad y solidaridad señalados por esta Corporación en la Sentencia C-1055 de 2012, deben tener las mismas limitaciones que los recursos provenientes de las regalías, de acuerdo con lo estipulado por el artículo 361 de la Constitución. No de otra manera el precepto acusado estaría acorde con los mandatos previstos en el Texto Superior, siguiendo el precedente expuesto por la Corte sobre la materia.

En este orden de ideas, a juicio de este Tribunal, tan sólo quedaría por definir si la limitación propuesta se predica de las materias previstas en el inciso 1º del artículo 361 Superior, tal y como se dispuso en la Sentencia C-1055 de 2012[140], o por el contrario, se accede a lo solicitado por la Vista Fiscal, en cuyo concepto se pide disponer su afectación "a la reconstrucción de la infraestructura vial del país y a la recuperación ambiental de las zonas afectadas por la emergencia invernal 2010-2011", como se establece en el parágrafo 1º transitorio de la norma en cita.

En esta oportunidad, se concluye que los recursos deben destinarse a las finalidades previstas en la Sentencia C-1055 de 2012, por las siguientes razones: (i) porque las sumas a las cuales referencia el parágrafo 1° transitorio del artículo 361 de la Constitución[141], corresponden a recursos no comprometidos de regalías a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 05 de 2011 a cargo del Fondo Nacional de Regalías, mientras que aquellos a los cuales hace referencia el precepto demandado corresponden a un concepto distinto identificado como margen de comercialización, cuya disposición igualmente se encuentra a cargo de una autoridad diferente, como lo es la Agencia Nacional de Hidrocarburos. En este punto, no quiso el Constituyente unificar la naturaleza de estos recursos, ni confundir sus reglas de administración y disposición. Además, (ii) porque las finalidades del inciso 1° del artículo 361 de la Constitución, le brindan la oportunidad al Gobierno Nacional de canalizar recursos a la regiones de una manera más amplia y acorde con las necesidades específicas de cada territorio, en desarrollo de los principios de equidad y solidaridad reconocidos como límite en la disposición de los recursos del margen de comercialización, en los términos de la citada Sentencia C-1055 de 2012.

6.7.4. Por las razones expuestas, esta Corporación concluye que el artículo 156 de la Ley 1530 de 2012 se ajusta al Texto Constitucional, en el entendido de que los recursos del margen de comercialización asignados al Gobierno Nacional deben destinarse a los fines previstos en el artículo 361 de la Constitución Política. Así se declarará expresamente en la parte resolutiva de esta providencia.

6.8. Síntesis

6.8.1. Con fundamento en lo expuesto, la Corte encuentra que la Ley 1530 de 2012 no vulnera los artículos 1, 2, 7, 93 y 330 del Texto Superior, ni el artículo 6° del Convenio 169 de 1989 de la OIT, referente a la obligación de adelantar la consulta previa con las

comunidades indígenas. En efecto, luego de analizar las distintas pruebas que obran en el expediente, esta Corporación pudo constatar que dicho proceso fracasó, toda vez que no se llegó a ningún acuerdo entre las entidades gubernamentales y las comunidades tradicionales, pese a los múltiples intentos del Gobierno Nacional dirigidos a concertar el articulado del proyecto de ley.

La Corte verificó que las entidades gubernamentales cumplieron con su obligación constitucional de someter a consideración de las comunidades tradicionales el proyecto de ley de regalías, acorde con el principio de la buena fe y de manera libre e informada, con el propósito de que éstas pudieran participar e intervenir activamente en la redacción final de su articulado, al tiempo que constató la renuencia a participar y la decisión autónoma por parte de los pueblos indígenas de apartarse del proceso, con fundamento en varias razones que –más allá de la especial protección que demandan del Estado– exteriorizan su derecho a decidir sobre sus prioridades y estrategias de desarrollo.

En todo caso, como ha ocurrido en otras oportunidades, la Corte advirtió que en el desarrollo de la ley, particularmente en lo referente a la adopción de medidas administrativas susceptibles de afectar directamente los intereses de los pueblos indígenas, también es exigible la consulta previa con la plenitud de las garantías explicadas en esta providencia. En efecto, se trata de instancias distintas frente a las cuales igualmente debe garantizarse el citado derecho de participación.

6.8.2. Por otra parte, a juicio de este Tribunal, el artículo 156 de la Ley 1530 de 2012 no desconoce los artículos 58, 360 y 361 del Texto Superior. Para la Corte, en primer lugar, la calidad o no de regalía del margen de comercialización no es un aspecto que haya sido objeto de determinación por las normas constitucionales, por lo que se trata de una materia sobre la cual el Congreso de la República tiene un amplio margen de configuración normativa, a diferencia de lo expuesto por el accionante, para quien el margen de comercialización es un concepto que se deriva del régimen constitucional de regalías, por lo que sólo las entidades territoriales pueden ser partícipes en la distribución de0 dicho concepto. En segundo término, el precepto demandado no tiene una aplicación retroactiva como lo afirma el actor, pues su naturaleza jurídica corresponde a la de una típica norma de transición o de tránsito legislativo, prevista para asegurar la destinación de los recursos del margen de comercialización que no habían sido objeto de distribución a 31 de diciembre de 2011, esto es, frente a una situación jurídica todavía no consolidada en el tiempo, en desarrollo del efecto retrospectivo de la ley, el cual, conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, es compatible con el principio de legalidad y con los mandatos del Estado Social de Derecho.

Con todo, teniendo en cuenta el precedente señalado en la Sentencia C-1055 de 2012, la destinación a la Nación del 50% de los recursos disponibles a 31 de diciembre de 2011, correspondientes al margen de comercialización incluidos en el rubro de recaudos a favor de terceros de la Agencia Nacional de Hidrocarburos, deben tener las mismas limitaciones que los recursos provenientes de las regalías, en virtud de la aplicación de los principios constitucionales de equidad y solidaridad. En este orden de ideas, a juicio de este Tribunal, dichos recursos deben destinarse a las finalidades previstas en el artículo 361 de la Constitución.

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

RESUELVE

Primero.- Declarar EXEQUIBLE la Ley 1530 de 2012, por el cargo relativo a la falta de consulta previa con las comunidades indígenas.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLE, por los cargos propuestos y analizados, el artículo 156 de la Ley 1530 de 2012, en el entendido de que los recursos del margen de comercialización asignados al Gobierno Nacional deben destinarse a los fines previstos en el artículo 361 de la Constitución Política.

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

Presidente

Con salvamento parcial de voto

Con aclaración parcial de voto

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

Con salvamento parcial de voto

Con aclaración de voto

ALEXEI EGOR JULIO ESTRADA

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

A LA SENTENCIA C-068/13

Referencia: Expediente D- 9139

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 156 de la ley 1530 de 2012

Actor: José Manuel Abuchaibe Escolar

Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez

No obstante que comparto la decisión adoptada en la sentencia C-068 de 2013, estimo pertinente reiterar, remitiendo a ellas, las consideraciones que expuse en el salvamento de voto formulado respecto de la sentencia C-317 de 2012 en el que sostuve que respecto de los actos legislativos no era procedente exigir la consulta previa y en la sentencia C-641 de 2012 en la que advertí, al aclarar el voto, la necesidad de que se identificarán con rigor los titulares del derecho a la consulta previa así como el alcance y extensión de esa garantía.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

MAGISTRADO

SALVAMENTO PARCIAL Y ACLARACIÓN DE VOTO

DE LA MAGISTRADA MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

A LA SENTENCIA C-068/13

RECURSOS DEL MARGEN DE COMERCIALIZACION-Integran el sistema general de regalías, y por tanto no pueden formar parte del presupuesto general de la nación (Salvamento parcial y aclaración de voto)

PROCESOS DE CONSULTA-Necesidad de adaptar el control constitucional en el futuro, cuando las reformas constitucionales y legales de regalías prevean términos cortos,

apremiantes o imposibles de cumplir, para llevar a cabo dicha consulta con la totalidad de las comunidades que tendrían ese derecho (Salvamento parcial y aclaración de voto)

REGIMEN DE REGALIAS-Consulta previa en la jurisprudencia constitucional (Salvamento parcial y aclaración de voto)

Referencia: expediente D-9139

Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1530 de 2012 "Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías" y, en específico, frente al artículo 156 de dicha ley.

Demandante: José Manuel Abuchaibe Escolar

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Con el debido respeto por las decisiones de la Corte salvo parcialmente mi voto a la sentencia C-068 de 2013 y presento una aclaración. Salvo parcialmente el voto en lo que se refiere a la decisión de declarar exequible condicionadamente el artículo 156 de la Ley 1530 de 2012, toda vez que a mi juicio –y como lo sostuve en el salvamento de voto a la sentencia C-1055 de 2012- la destinación del 50% de los recursos del margen de comercialización al presupuesto general de la Nación es contraria a la Constitución. Aclaro mi voto en lo que se relaciona con la decisión de declarar exequible la Ley demandada, por el cargo de supuesto desconocimiento del derecho a la consulta previa.

El artículo 156 de la Ley 1530 de 2012 debió declararse inexequible, por violación del artículo 361 de la Constitución

1. Como lo indiqué en el salvamento de voto a la sentencia C-1055 de 2012, los recursos del margen de comercialización integran el sistema general de regalías, y por tanto no pueden formar parte del presupuesto general de la Nación. El artículo 361 de la Carta es claro en este punto: "[l]os recursos del sistema general de regalías no harán parte del presupuesto general de la Nación".

2. En efecto, los recursos del margen de comercialización son parte del sistema general de regalías ya que se originan en la explotación de recursos naturales no renovables. Si bien son resultado de la explotación sumada a otras actividades y operaciones intermedias, esto no los hace extraños o ajenos al sistema. Un ejercicio permite identificar la naturaleza de estos recursos dinerarios: si no se admitiera o presentara explotación alguna de recursos naturales no renovables, no habría lugar a hacer consideraciones atinentes al margen de comercialización de regalías. Por el contrario, cualquier debate en torno al destino inmediato de estos recursos del margen de comercialización, es justamente fruto parcial de la posible explotación de recursos naturales no renovables. Esto muestra claramente que estos dineros son producto –en buena parte- del régimen de regalías. La misma opinión está implícita en la Ley 1530 de 2012 'Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías', y en el Decreto 4923 de 2011 'por el cual se garantiza la operación del Sistema General de Regalías'. En ambas normas se regula lo correspondiente

a los recursos derivados del margen de comercialización, justamente porque se los considera pertenecientes al sistema general de regalías.

3. Es entonces claro que el Constituyente prohibió ingresar al presupuesto general de la Nación no sólo las regalías propiamente dichas, sino en general "[l]os recursos del sistema general de regalías" (CP art 361). Los recursos dinerarios del margen de comercialización son justamente recursos de ese sistema, no sólo por el origen natural de los mismos, sino también por disposición sistemática del Congreso que expidió la reforma constitucional, y del Presidente de la República. Por ende, incluso si se asumía –como lo hizo la mayoría en este fallo y en la sentencia C-1055 de 2012- que los recursos provenientes del margen de comercialización no eran en sentido estricto regalías, debía concluir que no podían conducirse al presupuesto general de la Nación, ya que la Constitución prohíbe darles tal destino a esos recursos, sean o no regalías, justamente por hacer parte del sistema general de regalías.

4. El fallo del cual me aparto reitera lo sostenido en la sentencia C-1055 de 2012, y vuelve a fallar en cuanto dice que es válido destinar el margen de comercialización al presupuesto general de la nación. Esta vez, sin embargo, establece un condicionamiento, pues dice que los recursos del margen de comercialización asignados al Gobierno Nacional deben destinarse a los fines previstos en el artículo 361 de la Constitución Política. Comparto, por supuesto, la preocupación de la Sala por darles a estos recursos el destino previsto en tal artículo, pero discrepo de que esto corrija los problemas creados por la interpretación constitucional consignada en los dos fallos citados sobre la materia. Debo decir que es por lo menos contradictorio sostener a un mismo tiempo que estos recursos pueden ser parte del presupuesto general, y que debe dárseles el destino señalado en el artículo 361 de la Carta, cuando este último es precisamente el que prohíbe destinarlos –siquiera de forma inicial- al presupuesto general de la Nación. La norma ha debido declararse inexequible en lo pertinente.

Exequibilidad de la Ley en cuanto se refiere a la satisfacción del derecho a la consulta previa, y el control de la reforma constitucional

5. Estoy de acuerdo con la declaratoria de exequibilidad de la Ley 1530 de 2012 por el cargo de supuesta violación del derecho a la consulta previa. No obstante, considero que hacia futuro la Corte debería tener en cuenta la experiencia dejada por el control a la reforma constitucional y legal de las regalías, para introducir precisiones en su jurisprudencia sobre la materia. Si bien comparto entonces la decisión de declarar exequible el Acto Legislativo 05 de 2011, y de declarar también ajustado a la Constitución el marco de la Ley 1530 de 2012 en lo que atañe a la consulta previa, creo que es necesario adaptar el control constitucional en el futuro, para que este facilite los procesos de consulta cuando las reformas constitucionales prevean términos cortos, apremiantes o imposibles de cumplir para llevar a cabo, en su integralidad, la consulta previa con la totalidad de comunidades que tendrían derecho a ella.

6. El Acto Legislativo 05 de 2011 no debía ser objeto de consulta previa, como dijo la Corte en la sentencia C-317 de 2012. No obstante, la Ley que desarrollara el régimen de regalías –en virtud de esa misma sentencia- sí debía ser consultada "necesaria y obligatoriamente

[…] con la plenitud de las garantías constitucionales e internacionales aplicables, en tanto contenga disposiciones que afecten directamente a las comunidades indígenas o afrodescendientes". Ahora bien, el mismo Acto Legislativo fijó condiciones temporales muy estrictas para la expedición de esta Ley de regalías, en tanto estableció que el Gobierno contaría con un "término de tres (3) meses contados a partir de la fecha de promulgación del presente acto legislativo, para radicar ante el Congreso de la República el proyecto de ley" (CP art 361 parágrafo transitorio 4º). Lo cual quería decir que el Gobierno debía adelantar la consulta previa máximo en tres meses, en vista de que el proyecto era de iniciativa del Gobierno Nacional y esta Corte ha dicho que "si el proyecto es de iniciativa del Gobierno, debe cumplir con la consulta previa antes de presentar el correspondiente proyecto de ley al Senado de la República".

7. Dada la magnitud del régimen a diseñarse, y debido a que tenía la virtualidad de afectar a las comunidades indígenas en general (y no sólo a este o a aquel pueblo indígena en particular), el previsto fue en realidad un tiempo breve. El propio Gobierno Nacional era consciente de lo corto del término, y dejó constancia de ello en las reuniones de la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos Indígenas llevadas a cabo los días 17 y 18 de julio de 2011. Estos factores, y no sólo el tiempo, fueron elementos adversos a la apertura de espacios extendidos de consulta con las comunidades indígenas. Lo anterior no fue sin embargo obstáculo para que el Gobierno adelantara gestiones encaminadas a satisfacer en la medida de lo posible la obligación constitucional que tenía conforme se declaró en la sentencia C-317 de 2012. Pero sí es un hecho que la Corte debe tener en cuenta en el futuro, al definir el ámbito de la consulta previa en contexto de reformas institucionales de envergadura semejante a la de las regalías.

8. Esta Corte no debe perder de vista las cuestione que va dejando a la vista el ejercicio del control constitucional que la Carta le encomienda. La reforma constitucional y legal de las regalías, y las sentencias que han controlado su conformidad con la obligación de consulta previa, parecen reconocer como admisible cierto tipo de reformas constitucionales sin consulta, siempre y cuando la Ley que la desarrolle sea efectivamente consultada en cuanto contenga disposiciones que afecten de modo directo a las comunidades indígenas o afro-descendientes. Esto es razonable, y forma parte de la jurisprudencia vigente sobre la materia. Ahora bien, no ha sido hasta ahora objeto central de un pronunciamiento interpretativo el problema que provoca la pregunta por la posibilidad y alcance legítimo de los límites temporales que el constituyente derivado establezca para la expedición de la ley de desarrollo que en este contexto debe ser consultada. No me cabe duda de que un compromiso con el goce efectivo, por parte de las comunidades indígenas o afro-descendientes, del derecho a la consulta previa de las leyes que los afecten directamente, exige precisar constitucional e interpretativamente los límites temporales que se fijen en este contexto, para que estos faciliten –y no hagan imposible o en extremo difícil- la creación de espacios abiertos, amplios y extendidos de participación de las comunidades afectadas.

Fecha ut supra,

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

SALVAMENTO PARCIAL Y ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

A LA SENTENCIA C-068/13

Referencia: Expediente D-9139.

Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1530 de 2012 “Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías” y, en específico, frente al artículo 156 de dicha ley.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ.

Con el respeto acostumbrado por las decisiones que toma esta Corporación, me aparto parcialmente del fallo adoptado por la mayoría y presento una aclaración dentro del expediente de la referencia.

En el proceso de constitucionalidad abordado en esta providencia, el demandante presentó tres cargos contra la totalidad de la Ley 1530 de 2012 “Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías” y específicamente contra el artículo 156. En virtud de lo anterior, le correspondió a esta Corporación establecer: (i) si la Ley 1530, en su conjunto, era contraria al ordenamiento jurídico constitucional al haberse omitido el deber de realizar la consulta previa a las comunidades indígenas, en los términos consagrados en el Convenio 169 de la OIT; (ii) si el artículo 156 infringía lo dispuesto en los artículos 360 y 361 de la Constitución, al asignar a la Nación un porcentaje determinado de los recursos disponibles a 31 de diciembre de 2011 (50%), correspondientes al margen de comercialización incluidos en el rubro de recaudos a favor de terceros de la Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH); y (iii) si el precitado artículo era contrario a la prohibición general de irretroactividad de la ley.

En relación al primer cargo, la Corte sentenció que las entidades gubernamentales encargadas de la organización de los distintos escenarios de discusión del proyecto de ley de regalías, “cumplieron con su obligación constitucional de someter a consideración de las comunidades indígenas dicho proyecto de ley, acorde con el principio de la buena fe y de manera libre e informada, con el propósito de que éstas pudieran intervenir activamente en la redacción final de su articulado”. Pese a lo anterior, fueron las comunidades indígenas las que se mostraron renuentes a participar y decidieron libremente apartarse del proceso de consulta. Así las cosas, el fallo reiteró que el derecho fundamental a la consulta previa no es absoluto y que tampoco las comunidades tradicionales tienen poder de veto sobre decisiones de interés general.

Con respecto al contenido específico del artículo 156 y a la naturaleza jurídica del margen de comercialización, la sentencia se apoyó en el precedente fijado por la providencia C-1055 de 2012 para así concluir que: “la calidad o no de regalía del margen de comercialización, no es asunto que haya sido tratado por las normas constitucionales, en

otras palabras, la Constitución no determina si la diferencia entre el valor de la liquidación de las regalías pagadas en especie y el valor que alcanzan cuando son comercializadas es o no una regalía". Por esta razón, se le otorga un amplio margen de configuración al legislador y no son predicables las limitaciones previstas en los artículos 360 y 361 del texto superior. En todo caso, condicionó la exequibilidad de la norma en el sentido que los recursos asignados al Gobierno Nacional deberán destinarse a los fines previstos en el artículo 361 de la Constitución Política.

Por último, la sentencia C-068 de 2013 rechazó el cargo por la supuesta aplicación retroactiva de la ley. Explicó que, en tanto los recursos del margen de comercialización no habían sido entregados a ningún otro beneficiario, no se trataba de una situación jurídica consolidada sino de la aplicación retrospectiva de la norma.

Aunque comparto la decisión de declarar exequible la Ley 1532 de 2012 por el cargo relativo a la falta de consulta previa con las comunidades indígenas, estimo necesario hacer algunas precisiones al respecto, en la medida que no fue suficientemente desarrollado por la sentencia el contexto apremiante en que se llevó a cabo el proceso. Asimismo, tal y como lo hice en la providencia C-1055 de 2012, salvo mi voto respecto al numeral segundo de la parte resolutiva que desestima el cargo invocado contra el artículo 156 de la precitada norma, en tanto la Corte nuevamente pasó por alto la prohibición expresa contenida en el artículo 361 Superior según el cual los recursos del sistema general de regalías no pueden hacer parte del presupuesto general de la Nación.

I. Aclaración de voto: el derecho/deber a la consulta previa y las condiciones apremiantes en que esta se realiza.

El caso sometido a consideración representó una compleja discusión en torno a la efectividad del derecho fundamental a la consulta previa de medidas legislativas. En efecto, aunque no se llegó a un acuerdo con los pueblos indígenas, representados a través de la Mesa Permanente de Concertación, la Corte destacó la buena fe con la que el Gobierno nacional promovió e intentó llevar a cabo el proceso de consulta sobre la ley de regalías.

Comparto la decisión mayoritaria, en la medida que el Gobierno demostró su compromiso con el proceso al haber: (i) reconocido insistentemente la necesidad de adelantar la consulta; (ii) facilitado los recursos económicos y la logística para surtirse el proceso; (iii) socializado el proyecto de ley; (iv) así como insistido en que los pueblos ancestrales reformularan su posición de no consultar. No obstante lo anterior, pienso que la sentencia debió desarrollar mejor las circunstancias apremiantes en que se intentó ejecutar.

En efecto, el contexto general de la consulta estuvo determinado por los siguientes elementos: (i) un plazo perentorio (3 meses) durante el cual debía surtirse, so pena de habilitar las facultades extraordinarias del Gobierno para proferir decretos con fuerza de ley sobre la materia[142]; (ii) la discusión simultánea de otras iniciativas de trascendental impacto como lo son la ley de víctimas y restitución de tierras, y la protección del conocimiento ancestral; (iii) sesiones de deliberación practicadas con anterioridad a que se profiera la versión definitiva del acto legislativo 05 de 2011 que modificó el sistema de regalías y que sirvió como fundamento a la nueva ley de regalías[143].

En este punto, la sentencia C-068 de 2013 se limitó a señalar lo siguiente:

“A pesar de las circunstancias apremiantes en las que se realizó la consulta previa y del hecho de que el proyecto pudo haber sido dado a conocer con una mayor antelación por parte del Gobierno Nacional, tal y como se infiere de lo descrito en la Gaceta del Congreso No. 779 de 2011, esta Corporación encuentra que, en todo caso, la intención de llevar a cabo dicho proceso y de abrir espacios de concertación se exteriorizó con anterioridad a la aprobación del Acto Legislativo 05 de 2011, se brindó una explicación sobre el proyecto de ley en la Mesa Permanente de Concertación, se entregó una presentación de su contenido por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en la reunión de representantes indígenas llevada a cabo en la ciudad de Villavicencio, se absolvieron en esa reunión varios interrogantes planteados por los asistentes e incluso, a lo largo del proceso, se resaltaron algunos aspectos que se consideraban debían ser objeto de pronunciamiento expreso, como ocurrió con lo referente al reconocimiento de las entidades territoriales indígena o de una fórmula alternativa que permitiese el manejo directo de los recursos de regalías por parte de los pueblos tradicionales”.

En mi parecer, presentar como argumento central de la diligencia del Gobierno, su “intención” de practicar la consulta, resulta insuficiente. Si bien la decisión autónoma por parte de los pueblos indígenas de abstenerse de participar no podía constituir un veto, la sentencia no justificó del todo por qué era razonable esperar que el proceso pudiera concluirse en el plazo perentorio de tres meses, pese a que la comunidad indígena no contaba con anterioridad con la versión definitiva de la reforma constitucional y pese a que para ese entonces se estaban discutiendo simultáneamente otros asuntos con un impacto directo y mayúsculo sobre los pueblos ancestrales.

No debe olvidarse que el artículo 6º del Convenio OIT número 169 dispone que las consultas “deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias”. Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que “la consulta previa no es un simple trámite administrativo, ni se asemeja a las vías procedimentales administrativas ordinarias para el ejercicio del derecho de defensa por los afectados por una determinada decisión de la Administración Pública”[144]. De esta manera, pueden presentarse casos en los que la renuencia de las comunidades a participar de un determinado mecanismo constituya una postura legítima, por ejemplo, en razón a condiciones apremiantes e insuperables que conviertan el derecho fundamental a la consulta previa en un trámite inocuo. En tales especiales circunstancias, la negativa de los pueblos ancestrales no debe equipararse al simple silencio procesal consagrado en los procesos judiciales ordinarios y con efectos negativos para la parte ausente. En ocasiones, la renuencia es una decisión legítima y justificada que debe tener una repercusión real.

Es por lo anterior que considero que la Corte debió haber desarrollado mejor el concepto de “circunstancias apremiantes” y cómo estás podrían llegar a desdibujar la posibilidad real de incidir en la definición del contenido y el alcance de la medida, como se espera de todo proceso serio y responsable de consulta previa.

II. Salvamento parcial de voto: la expresa prohibición constitucional de destinar al presupuesto general de la Nación los recursos del sistema de regalías.

En la sentencia C-1055 de 2012 la Corte Constitucional abordó el análisis de una cláusula similar al artículo 156 de la Ley de regalías. En aquella ocasión el accionante demandó el artículo 16 del decreto 4923 de 2011, el cual disponía que el 50% de la diferencia entre el precio de liquidación y el precio final de venta de las regalías (también conocido como "margen de comercialización") se destinará al Gobierno nacional, por considerar que vulneraba el artículo 361 de la Constitución, por cuanto dicha distribución convertía a la Nación –Gobierno nacional- en partícipe de las regalías.

En esta medida, me veo obligado a reiterar los argumentos que expusimos, junto con la Magistrada María Victoria Calle Correa, para apartarnos de la postura mayoritaria. Lo que la Corporación debió examinar en su ejercicio de control abstracto era si la norma violaba el artículo 361 de la Constitución, para lo cual no era necesario ni pertinente definir si los recursos del margen de comercialización eran o no, en sentido estricto, "regalías". Esta disposición, en efecto, prohíbe expresamente destinar al presupuesto general de la Nación "[l]os recursos del sistema general de regalías". En consecuencia, la destinación del 50% de los recursos disponibles a 31 de diciembre de 2011, que el artículo 156 de la Ley 1530 autoriza en favor de la Nación, se erige como una trasgresión notoria y grave del régimen constitucional.

Los recursos del margen de comercialización hacen parte del sistema general de regalías en tanto: (i) responden a una misma causa: la explotación de recursos naturales no renovables; y (ii) así fueron reconocidos en la reglamentación expedida tanto por el Gobierno nacional como por el Congreso de la República:

"3. Los recursos derivados del margen de comercialización hacen parte del sistema general de regalías, primero que todo porque surgen de uno u otro modo de la explotación de recursos naturales no renovables. Puede ser que el monto de estos recursos dinerarios sea resultado no sólo de la explotación de los recursos naturales no renovables sino además de actividades y operaciones intermedias, pero esto no quiere decir que se trate de recursos extraños o ajenos al sistema general de regalías. Si no se admitiera la explotación de recursos naturales no renovables, o si se aceptara pero en la práctica no se presentara ningún tipo de explotación sobre los mismos, no habría lugar a hacer consideraciones atinentes a recursos derivados del margen de comercialización de las regalías. En esa medida, los recursos que la Ley destina en un 50% al Gobierno Nacional hacen parte del sistema general de regalías, pues se obtienen justamente porque ha habido una explotación de recursos naturales no renovables.

4. Ahora bien, en nuestro criterio esta fue la misma opinión del señor Presidente de la República al expedir el Decreto 4923 de 2011 'por el cual se garantiza la operación del Sistema General de Regalías', y también del Congreso de la República al aprobar la Ley 1530 de 2012 'Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías'. En efecto, de no haber considerado los recursos derivados del margen de comercialización como pertenecientes al sistema general de regalías, no los habrían regulado precisamente en esa normatividad, que está encargada de forma puntual de determinar la operatividad, organización y funcionamiento del sistema general de regalías. Podría decirse que en esa normatividad se regulan también asuntos accesorios, o que no son en sentido estricto propios del sistema general de regalías. Pero, por cierto, la

disposición que regula el destino de los recursos provenientes del margen de comercialización hace parte del Título III de la Ley 1530 de 2012, el cual versa precisamente sobre el 'Ciclo de las Regalías'. Es decir, hace parte de un elemento esencial al sistema de regalías como es el ciclo de las regalías propiamente dichas"[145].

La sentencia C-068 de 2013, de la cual me aparto, incurre en el mismo error, restringiendo su análisis a establecer si "el margen de comercialización" encaja en el concepto estricto de "regalía". De esta manera, llega a un resultado contradictorio al proponer que "aun cuando el vínculo de origen que existe entre el margen de comercialización y la regalía no cambia la naturaleza jurídica de ninguna de ellas, sí reduce la discrecionalidad del Gobierno al momento de determinar el destino de dichos recursos". En virtud de lo anterior se condicionó la exequibilidad de la norma demandada en el sentido que los recursos del margen de comercialización asignados al Gobierno Nacional deberán destinarse a los fines previstos en el artículo 361 de la Constitución Política. Esta extraña fórmula intermedia que adoptó la posición mayoritaria no subsana el principal obstáculo: la prohibición expresa de destinar recursos del Sistema General de Regalías al presupuesto general de la Nación[146].

Así las cosas, presento mi salvamento parcial de voto, apartándome respetuosamente de la decisión plasmada en el fallo referido, teniendo en cuenta que el denominado "margen de comercialización" integra claramente el sistema general de regalías y por lo mismo no puede hacer parte del presupuesto general. Adicionalmente, espero que en próximas ocasiones la Corporación estudie con mayor detalle las "condiciones apremiantes" y el contexto en que se efectúa el proceso de consulta previa con las comunidades étnicas.

Fecha ut supra,

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

[1] En el escrito de corrección de la demanda se afirmó que: "En este aspecto concretamos los cargos a la omisión de la consulta previa a las comunidades indígenas (…). Lo que se discute en el presente proceso, en vista del cargo formulado por el suscrito, es si [es] obligatorio cumplir con una consulta previa a las comunidades indígenas, por tratarse de una medida legislativa que las afecta de manera directa ya que dicha obligación surge a nuestro criterio en el caso [de] la Ley 1530 del 17 de mayo de 2012". Resaltado y subrayado conforme al texto original.

[2] Al respecto se citan las Sentencias T-652 de 1998 y T-737 de 2005.

[3] Comunicado del Pueblo Wayuu, La Guajira, 15 de mayo de 2012.

[4] Resaltado según el texto original.

[6] Decreto 545 de marzo 15 de 1989 y artículo 20 de la Ley 141 de 1994.

[7] Cuaderno 2, folio 489.

[8] Al respecto, se pueden consultar las sentencias C-447 de 1997, C-509 de 1996 y C-236 de 1997.

[9] En la Sentencia C-641 de 2002 se resumió el alcance de las citadas cargas en los siguientes términos: “la acusación debe ser suficientemente comprensible (clara) y recaer sobre una proposición jurídica real y existente, y no simplemente deducida por el actor o implícita (cierta). Además, el accionante tiene la carga de exponer las razones por las cuales el precepto legal demandado vulnera la Carta Fundamental (especificidad), con argumentos que sean de naturaleza constitucional, y no meramente legales ni puramente doctrinales (pertinencia). Finalmente, la acusación no sólo ha de estar formulada de manera completa sino que debe ser capaz de suscitar en el juzgador una duda razonable sobre la exequibilidad de la disposición (suficiente)”.

[10] Decreto 2067 de 1991, art. 10.

[11] Sobre la carga de suficiencia se ha dicho que: “la suficiencia del razonamiento apela directamente al alcance persuasivo de la demanda, esto es, a la presentación de argumentos que, aunque no logren prime facie convencer al magistrado de que la norma es contraria a la Constitución, si despiertan una duda mínima sobre la constitucionalidad de la norma impugnada, de tal manera que inicia realmente un proceso dirigido a desvirtuar la presunción de constitucionalidad que ampara a toda norma legal y hace necesario un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional.” Sentencia C-1052 de 2001.

[12] El Convenio 169 de la OIT define a los pueblos tribales, como aquella población que al interior de cada Estado presenta “condiciones sociales, culturales y económicas [que los distinguen] de otros sectores de la colectividad nacional, y que [están] regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial”.

[13] NACIONES UNIDAS, El derecho de los Pueblos Indígenas a la Consulta Previa, Libre e Informada, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las naciones Unidas para los Derechos Humanos.

[14] Sentencia SU-039 de 1997. En este mismo sentido, en la Sentencia C-366 de 2011 se manifestó que: “La consulta previa es un derecho fundamental de las comunidades indígenas y afrodescendientes, reconocido y protegido por el ordenamiento constitucional y, en consecuencia, exigible judicialmente. Este derecho está estrechamente relacionado con la salvaguarda de la identidad diferenciada de estas comunidades, presupuesto para el cumplimiento del mandato superior de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación. La consulta previa, en tal sentido, es un instrumento jurídico imprescindible para evitar la afectación irreversible de las prácticas tradicionales de las comunidades diferenciadas, que constituyen sus modos particulares de sobrevivencia como comunidades diferenciadas.”

[15] Expresamente disponen las normas en cita: “Artículo 329. La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la ley orgánica de ordenamiento territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial (…)”; “Artículo 330. (…) Parágrafo.- La explotación de

los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades".

[16] Sentencia SU-383 de 2003.

[17] Sentencia C-030 de 2008. En estos mismos términos se sintetiza el enfoque principal que tiene el Convenio, conforme a lo previsto en su Guía de Aplicación: "El nuevo Convenio promueve el respeto por las culturas, las formas de vida, las tradiciones y el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y tribales. Asume que éstos seguirán existiendo como parte de sus sociedades nacionales, manteniendo su propia identidad, sus propias estructuras y sus tradiciones. Asimismo se funda en el principio de que estas estructuras y formas de vida tienen un valor intrínseco que necesita ser salvaguardado. // Este instrumento también asume que estos pueblos pueden hablar por sí mismos, que tienen el derecho a participar en el proceso de toma de decisiones que los afecte, y que su contribución, además, será beneficiosa para el país en el que habitan".

[18] En idéntico sentido, en la Sentencia SU-039 de 1997 se dispuso que: "El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental (art. 40-2 C.P.), tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la Ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. De este modo, el citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los arts. 93 y 94 de la Constitución, integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiene a asegurar y hacer efectiva dicha participación".

[19] Sentencia C-030 de 2008.

[20] Ibídem. En estos mismos términos, en la Sentencia C-063 de 2010, este Tribunal manifestó que: "La regulación que sobre el tema estableció el art. 6º del Convenio y el análisis de la jurisprudencia constitucional arroja como resultado que la consulta previa será un mecanismo que realice el derecho de participación plural y democrática de las comunidades indígenas en la determinación de políticas públicas en aquellos específicos casos en que una decisión vaya a afectarles directamente. Contrario sensu, no será obligatoria la realización de este procedimiento en los casos en que la afectación de la comunidad indígena no tenga estas específicas características. Esto no significa que cuando la afectación no sea directa las comunidades indígenas carezcan por completo de mecanismos que garanticen su derecho de participación en dichas decisiones, sino que éstas se podrán involucrar a través de otros mecanismos como la posibilidad que sus integrantes tienen de concurrir, en igualdad de condiciones con todos los colombianos, en la elección de sus representantes en las corporaciones de elección popular; la posibilidad de que, en desarrollo del carácter público del proceso legislativo, puedan conocer las iniciativas en trámite, promover discusiones, remitir conceptos y solicitar audiencias; y en las posibilidades abiertas por las previsiones constitucionales sobre la circunscripción especial indígena, porque si bien quienes allí resulten elegidos no representan formalmente

a las distintas comunidades indígenas, si son voceros, de manera amplia, de su particular cosmovisión y pueden constituir efectivos canales de comunicación entre las células legislativas y las autoridades representativas de las comunidades indígenas y tribales."

[21] Sentencia C-208 de 2007.

[22] Con fines de ilustración, por ejemplo, el artículo 230 de la Ley 5ª de 1992 dispone que: "Para expresar sus opiniones toda persona, natural o jurídica, podrá presentar observaciones sobre cualquier proyecto de ley o de acto legislativo cuyo examen y estudio se esté adelantando en algunas de las Comisiones Constitucionales Permanentes."

[23] Sobre la materia dispone el Convenio 169 de 1989: "Artículo 25. (...). 2. Los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario. Estos servicios deberán plantearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales".

[24] Subrayado por fuera del texto original.

[25] En esta providencia se hace igualmente referencia a la definición del ethos o identidad étnica de los grupos indígenas como supuesto de afectación directa, en los mismos términos expuestos en la Sentencia C-175 de 2009.

[26] Constitución Política, artículos 329 y 330 (parágrafo). Sobre la materia también se puede consultar la Sentencia C-196 de 2012.

[27] En la Sentencia T-737 de 2005 se aclaró que: "De esta manera, la importancia del Convenio 169 de 1989 la OIT y en especial del instrumento de consulta previa que se prevé en su artículo 6, radica particularmente no solo en que dicho proceso consultivo se surta de manera previa cuando quiera que se trate sobre la explotación de recursos naturales existentes en territorio, sino porque dicha consulta previa habrá de hacerse extensiva a todas aquellas decisiones administrativas y legislativas del Estado que afecten o involucren intereses propios de dichas minorías, aun cuando sean diferentes a lo señalado en el artículo 330 de la C.P., pues de esta manera se garantiza igualmente el derecho a su identidad. Así, la consulta previa que señala el Convenio 169 tendrá cabida respecto de todos aquellos casos que así se requiera y en los que se comprometan los intereses del pueblo indígena"

[28] Sentencia C-196 de 2012.

[29] En la sentencia C-702 de 2010 la Corte declaró inexequible el Acto Legislativo 01 de 2009 que modificaba el artículo 108 de la Constitución, sobre el aval de candidatos por parte de los partidos y movimientos políticos cuya personería jurídica se obtuvo por la circunscripción especial de minorías étnicas, por no haber surtido el proceso de consulta previa.

[30] Por ejemplo, en la Sentencia C-030 de 2008, se declaró la inconstitucionalidad de la totalidad de la Ley Forestal General por omitir la realización de la consulta previa; mientras que, en la Sentencia C-461 de 2008, el fallo se limitó a suspender la ejecución de los

proyectos previstos en la Ley del Plan Nacional de Desarrollo (Ley 1151 de 2007), que afectaban en forma directa y específica a los grupos indígenas y comunidades afrodescendientes de las zonas donde se pretendían implementar. En esta última providencia, se dispuso que: "considera la Sala Plena que en el presente proceso es posible, en aplicación del principio de conservación del derecho, proteger los valores y derechos constitucionales afectados por la inclusión en la Ley del Plan de disposiciones cuya consulta previa era obligatoria y se omitió, sin necesidad de recurrir a una declaratoria de inexequibilidad de toda la ley ni de todos los artículos de sus partes general y específica. Es procedente en este caso declarar que la Ley 1151 de 2007 es exequible, siempre y cuando se entienda que se suspenderá la ejecución de los proyectos -y de los respectivos programas o presupuestos plurianuales- incluidos en la misma que tengan la potencialidad de incidir de manera directa y específica sobre pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes, hasta tanto se realice en forma integral y completa la consulta previa específica exigida por el bloque de constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas para ello por la doctrina constitucional reiterada en la presente providencia."

[32] Sentencia C-408 de 2002.

[33] Sentencia C-891 de 2002. Subrayado por fuera del texto original.

[34] En la Sentencia C-620 de 2003 se dispuso que: "Dicho Decreto, aunque contiene normas sobre la forma en que se deben adelantar [las] consultas a los pueblos indígenas, es aplicable únicamente en materias concretas –licencias ambientales o establecimiento de planes de manejo ambiental, documento sobre evaluación y manejo ambiental y permisos de uso, aprovechamiento o afectación de recursos naturales renovables–. Sin embargo, sienta una orientación acerca de los términos en que debe operar este mecanismo de participación previsto para la protección de las comunidades indígenas".

[35] En la Sentencia SU-383 de 2003 se expuso que: "Vale recordar, respecto del Decreto 1320 de 1998, que esta Corporación, en la Sentencia T-652 de 1998, promovida por el pueblo indígena Embera-Katío del Alto Sinú contra el Presidente de la República, los Ministros del Interior, Agricultura, Medio Ambiente, y Minas y Energía, la Alcaldía Municipal de Tierralta (Córdoba) y la Empresa Multipropósito Urrá S.A. – E. S. P., por violación de sus derechos fundamentales a la supervivencia, a la integridad étnica, cultural, social y económica, a la participación y al debido proceso del pueblo accionante, ordenó "a los Ministerios del Interior y del Medio Ambiente que inapliquen el Decreto 1320 de 1998 en este proceso de consulta, pues resulta a todas luces contrario a la Constitución y a las normas incorporadas al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991". // Se pone de presente, además, que por haber expedido el Decreto 1320 de 1998 sin recurrir a la consulta previa y debido a que la consulta que la norma diseña no se ajusta a los dictados del Convenio 169, las reclamaciones presentadas por la Asociación Médica Sindical Colombiana y por la Central Unitaria de Trabajadores ante la Oficina Internacional del Trabajo fueron admitidas por el Consejo de Administración por recomendación de la Mesa –276ª y 277ª reuniones– y culminaron con la aprobación, por parte del Consejo de Administración, de las recomendaciones de la Comisión de Expertos, las que coinciden en la necesidad de solicitar al Gobierno Nacional la modificación del Decreto 1320 de 1998." Sobre la materia también se pueden consultar las Sentencias T-652 de 1998, T-880 de

2006, T-769 de 2009, T-547 de 2010, T-745 de 2010 y T-1045A 2010.

[36] En el Decreto 1397 de 1996 se dispone lo siguiente sobre el papel que cumple la Mesa Nacional de Concertación: “Artículo 11. Objeto. La Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones indígenas tendrá por objeto concertar entre éstos y el Estado todas las decisiones administrativas y legislativas susceptibles de afectarlos, evaluar la ejecución de la política indígena del Estado, sin perjuicio de las funciones del Estado, y hacerle seguimiento al cumplimiento de los acuerdos a que allí se lleguen”. “Artículo 12. Funciones. La Mesa Permanente de Concertación, además de lo dispuesto en el artículo anterior, cumplirá las siguientes funciones: (…) 8. Preparar los procedimientos necesarios para acordar entre los pueblos y organizaciones indígenas la propuesta de reglamentación del derecho de participación y concertación de las decisiones administrativas y legislativas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas de acuerdo con las particularidades de cada uno, y concertar la expedición del decreto.”

[37] Subrayado por fuera del texto original. Retomando lo expuesto en la Sentencia C-891 de 2002, en la Sentencia T-382 de 2006, también se afirmó lo siguiente: “la organización de talleres preparatorios y mesas de concertación son ejemplos de escenarios legítimos para efectuar la consulta de una iniciativa antes de ser presentada ante el Congreso de la República. No obstante lo anterior, también (…) existen espacios de deliberación al interior del Congreso durante el trámite de un proyecto de ley, aptos para discutir y hacer valer los intereses indígenas”

[38] Sentencia C-461 de 2008.

[39] Sobre la materia se puede consultar la Sentencia C-030 de 2008. En los casos de explotación de recursos naturales se han expuesto reiteradamente los siguientes requisitos: “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 de 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.” Sentencia SU-039 de 1997.

[40] Sentencia C-317 de 2012.

[41] Sentencia C-461 de 2008.

[42] Por ejemplo, en la Sentencia T-547 de 2010, la Corte negó la procedencia de una

acción de tutela promovida por los Pueblos Kogi, Arhuaco, Kankuamo y Wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta, con ocasión de la expedición de una licencia ambiental, al comprobar que las comunidades indígenas se rehusaron a participar en el proceso de consulta previa convocado por las autoridades competentes. Al respecto se dijo que: "pese a que la existencia del proyecto fue conocida por las comunidades indígenas desde antes de la expedición de la licencia ambiental y a que el proyecto, de manera formal, se presentó ante las autoridades tradicionales de dichas comunidades, no en un trámite de consulta, pero sí dentro de la concertación que se dispuso por el MAVD, éstas no sólo se rehusaron a participar, argumentando, finalmente, que existía ambigüedad en la convocatoria y que la misma no satisfacía los requerimientos de la consulta que creían debía llevarse a cabo, sino que no adelantaron ninguna acción jurídica orientada a hacer valer el derecho que ahora invocan, al punto que transcurrieron dos años desde la expedición de la licencia ambiental hasta la fecha en la que se interpuso la acción de tutela. // Por la anterior consideración, no cabe cuestionar en sede de tutela la validez de la Resolución 1298 de 2006 mediante la cual se expidió la licencia ambiental a la empresa BRISA S.A. para el proyecto denominado "Construcción y Operación de la Fase 1 del 'Puerto Multipropósito de Brisa'," localizado en jurisdicción del Municipio de Dibulla, Corregimiento de Mingueo, Departamento de la Guajira (…)".

[43] Sobre la materia se pueden consultar las Sentencias C-891 de 2002 y C-030 de 2008.

[44] Sobre este punto, en la Sentencia C-461 de 2008, se expresó: "La manera en la que se habrá de realizar cada proceso de consulta previa, habrá de ser definida en forma preliminar con las autoridades de cada comunidad indígena o afrodescendiente, a través de un proceso pre-consultivo específicamente orientado a sentar las bases del procedimiento a seguir en ese caso en particular, respetando a las autoridades de cada comunidad y las especificidades culturales de la comunidad: "el proceso consultivo que las autoridades realicen ante los pueblos indígenas para tomar una decisión que afecte sus intereses, deberá estar precedido de una consulta acerca de cómo se efectuará el proceso consultivo" Ello, en la medida en que la flexibilidad establecida en el Convenio 169 de la OIT, y la diversidad propia de estos procesos, así lo exige: "los procesos de consulta previa no podrán responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas, pues para dar efectiva aplicación al Convenio 169 de la OIT y en especial a lo dispuesto en su artículo 6° y del artículo 7° de la Carta, los procesos de consulta deberán ante todo garantizar los usos y costumbres de los pueblos indígenas, respetando sus métodos o procedimientos de toma de decisiones que hubieren desarrollado."

[45] Sentencia C-030 de 2008. Sobre la misma materia, a título ilustrativo, en la Sentencia C-891 de 2002, la Corte presentó los criterios contenidos en la Guía para la Aplicación del Convenio 169 de 1989, en los términos que a continuación se exponen: "Esto significa que, al consultarlos, los gobiernos deben proporcionarles información apropiada y completa, que pueda ser comprendida plenamente por los pueblos indígenas y tribales. Asimismo, los gobiernos no pueden consultar a cualquiera que declare representar a la(s) comunidad(es) afectada(s). Las consultas deben emprenderse con organizaciones/instituciones genuinamente representativas, que están habilitadas para tomar decisiones o hablar en nombre de las comunidades interesadas. Por consiguiente, los gobiernos, antes de iniciar

las consultas, deben identificar y verificar que las organizaciones/instituciones con las que tienen previsto tratar cumplan con estos requisitos."

[46] Desde la Sentencia SU-383 de 2003 se ha manifestado que: "sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones: a. Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (v.g. la seguridad interna). b. Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas."

[47] Sentencias C-891 de 2002, SU-383 de 2003, T-382 de 2006, C-461 de 2008 y C-175 de 2009.

[48] Véase, por ejemplo, las Sentencias SU-383 de 2003, C-461 de 2008, T-129 de 2011 y C-366 de 2011.

[49] En la Guía para la Aplicación del Convenio 169 se afirma que: "ningún segmento de la población nacional de cualquier país tiene derecho a vetar las políticas de desarrollo que afecte a todo el país. Durante las discusiones encaminadas a la adopción del Convenio, algunos representantes indígenas afirmaban que esto permitiría a los gobiernos hacer lo que quisieran. La Conferencia no entendió de esta manera el contenido de este artículo del Convenio. // El artículo 7 exige a los gobiernos realizar verdaderas consultas en las que los pueblos indígenas y tribales tengan el derecho de expresar su punto de vista y de influenciar el proceso de toma de decisiones. Lo anterior significa que los gobiernos tienen la obligación de crear las condiciones que permitan a estos pueblos contribuir activa y eficazmente en el proceso de desarrollo. En algunos casos, esto puede traducirse en acciones dirigidas a ayudar a los referidos pueblos a adquirir el conocimiento y las capacidades necesarias para comprender y decidir sobre las opciones de desarrollo existentes." Subrayado y sombreado por fuera del texto original.

[50] Al resolver el caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, mediante fallo de noviembre 28 de 2007, la Corte Interamericana señaló que: "al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones (supra párr. 129). Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones."

[51] En el mismo sentido se pueden consultar las Sentencias T-382 de 2006, C-030 de 2008

y C-461 de 2008.

[52] En los casos puntuales de explotación de recursos naturales, la Corte ha dicho que la decisión de continuar adelante con un proyecto, siempre debe contar con los instrumentos necesarios para salvaguardar los derechos e intereses de los pueblos indígenas. Expresamente, en Sentencia SU-039 de 1997 dijo: "cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. // En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros." En igual sentido, la Corte ha señalado que "adelantadas las consultas de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, no se logra el consentimiento de los pueblos consultados acerca de las medidas propuestas, las entidades accionadas deberán evaluar, en lo que a cada una de ellas concierne, la gravedad de las lesiones individuales y colectivas que se causen con las medidas, a fin de implementarle al Programa los correctivos que sean necesarios para salvaguardar a las personas, sus bienes, instituciones, trabajo, cultura y territorio".

[53] Subrayado por fuera del texto original.

[54] Sobre la materia, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala: "Artículo 10. Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso." "Artículo 29. (…) 2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado."

[55] Sentencia C-1338 de 2000.

[56] Sentencia C-615 de 2009.

[57] Sentencias C-461 de 2008, C-175 de 2009 y C-196 de 2012.

[58] Federación Colombiana de Municipios, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Departamento Nacional de Planeación, Ministerio de Minas y Energía, Ministerio del Interior y Congreso de la República.

[59] Defensoría del Pueblo y Asociación de Cabildos Indígenas del Nortes del Cauca.

[60] "Artículo 11. Cuando en un resguardo indígena o en un punto ubicado a no más de cinco (5) kilómetros de la zona del resguardo indígena, se exploten recursos naturales no renovables, el cinco por ciento (5%) del valor de las regalías correspondientes al departamento por esa explotación, y el veinte por ciento (20%) de los correspondientes al municipio, se asignarán a inversión en las zonas donde estén asentados las comunidades

indígenas y se utilizarán en los términos establecidos en el artículo 15 de la Ley 141 de 1994. // Parágrafo. Cuando el resguardo indígena sea una entidad territorial, podrá recibir y ejecutar los recursos directamente, en caso diferente, los recursos serán recibidos y ejecutados por los municipios en concertación con las autoridades indígenas por el respectivo municipio, atendiendo lo establecido en el presente artículo".

[61] En efecto, dispone el nuevo artículo 360 Superior, tras su reforma por el Acto Legislativo 05 de 2011:

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

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

[62] El apartado de este párrafo suprimido por el Auto 247 de 2012, rezaba: "En esta medida, el cargo por falta de consulta previa del Acto Legislativo será desestimado, pero la Corte condicionará la constitucionalidad del mismo a que se entienda que la ley de desarrollo en comento debe cumplir con los requisitos (a) y (b) establecidos en el párrafo precedente".

[63] Esta sentencia fue corregida en su parte motiva mediante Auto No. 247 de fecha 24 de octubre de 2012.

[64] Gaceta del Congreso No. 779 de 2011, p. 34.

[65] Gaceta del Congreso No. 779 de 2011, p. 35.

[66] Gaceta del Congreso No. 779 de 2011, pp. 69 a 100. Este resumen se complementa con otros documentos que fueron enviados a la Corte por los intervinientes.

[67] La composición de la Mesa de Concertación se encuentra prevista en el artículo 10 del Decreto 1397 de 1996: "Créase la Mesa Permanente de Concertación con los pueblos y organizaciones indígenas, adscrita al Ministerio del Interior, integrada por los siguientes miembros permanentes: – El Ministro del Interior o su delegado; – El Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural o su delegado; – El Ministro del Medio Ambiente o su delegado; – El Ministro de Hacienda y Crédito Público o su delegado; – El Ministro de Desarrollo Económico o su delegado; – El Ministro de Minas y Energía o su delegado; – El Ministro de Salud o su delegado; – El Ministro de Educación Nacional o su delegado; – El Ministro de Cultura o su delegado (miembro incluido por el Decreto 1772 de 2007); – El Director del Departamento Nacional de Planeación o su delegado; – El Consejero Presidencial de Fronteras o su delegado; – El Consejero Presidencial de Política Social o su delegado; – Los Senadores Indígenas; – Los exconstituyentes indígenas; – El Presidente de la Organización Nacional

Indígena de Colombia ONIC o un delegado por el Comité Ejecutivo; – El Presidente de la Organización de Pueblos Indígenas de la Amazonia Colombiana OPIAC o un delegado por el Comité Ejecutivo; – Un delegado por la Confederación Indígena Tairona; – Un delegado por cada macrorregión CORPES o las Regiones Administrativas de Planificación que se conformen de acuerdo con el artículo 306 de la Constitución Nacional, seleccionados por las organizaciones indígenas de la respectiva región. Parágrafo.-El Gobierno Nacional invitará como integrantes permanentes a la mesa de concertación en calidad de veedores a la Organización Internacional del Trabajo, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Conferencia Episcopal de Colombia para que realice el seguimiento, impulso, vigilancia y divulgación al cumplimiento de las funciones de la Mesa de Concertación y de los acuerdos a que se llegue. Los miembros indígenas de la Mesa de Concertación podrán invitar a participar en sus deliberaciones o en las Comisiones Temáticas a los asesores que designen." En lo referente a su objeto, funciones y representatividad en los proceso de consulta previa se puede consultar el acápite 6.5.13 de esta providencia.

[68] "(…) el señor Luis Evelis Andrade, Consejero Mayor de la ONIC, en el marco de la instalación de la Mesa Permanente de Concertación, expresó sus palabras de apertura, relevando el tema del diálogo y la concertación para dar soluciones y en busca de mejor entendimiento con el Estado y la sociedad y solicitando que en la mesa se definan prioridades y mecanismos, se establezca lo primario y fundamental, así como metras concretas y claras, con diálogo y respeto". GC 779 de 2011, p. 98.

[69] "(…) Seguidamente y en cumplimiento del Decreto 1397 de 1996, el señor Ministro del Interior doctor Germán Vargas Lleras, instaló oficialmente la sesión de la Mesa Permanente de Concertación (…). El señor ministro en su discurso de instalación ratificó el enorme compromiso que este nuevo gobierno tiene hacia a protección de los derechos de los pueblos indígenas colombianos (…). Resalta la importancia que adquiere el derecho a la consulta previa donde Colombia es pionera en la implementación de los procedimientos de consulta. Es por eso que la tarea primordial de la Mesa debe ser el trabajo para perfeccionar los mecanismos idóneos de implementación del derecho a la consulta previa, mecanismos que favorezcan la calidad de vida de las comunidades indígenas de forma adecuada y eficaz. (…) El día 6 de octubre, el señor Viceministro del Interior sugiere presentar los proyectos de ley de víctimas y el de restitución de tierras, luego acordar la agenda para el proceso de consulta de las iniciativas legislativas y por último presentar el proyecto de regalías. Propuesta que se acoge." GC 779 de 2011, p. 98.

[70] "El Acuerdo a que se llega en materia de procedimiento para el proceso de consulta, que se plasma en los compromisos, tiene en cuenta las siguientes consideraciones: 1. El gobierno nacional manifiesta su voluntad de adelantar los procesos de consulta previa con los grupos étnicos del país, de conformidad con lo dispuesto en la normatividad vigente. Las comunidades indígenas manifiestan su intención de participar en el desarrollo del proceso de consulta previa. 2. Que se debe incluir las propuestas concertadas por los pueblos indígenas y el gobierno nacional para garantizar el derecho a la consulta previa en las iniciativas legislativas que requieran la consulta previa. 3. Las y los delegados de los pueblos indígenas que forman parte de la mesa permanente de concertación consideran que los derechos de las víctimas y los procesos de restitución de tierras constituyen temas de alta sensibilidad y transversalidad para la sociedad colombiana y manifiestan su

voluntad expresa frente a las víctimas del conflicto armado, que han sido desplazados por la violencia, para que el Estado garantice la restitución integral de sus derechos fundamentales. 4. Que acuerdo a la agenda legislativa el gobierno nacional ha manifestado que existen diferentes iniciativas que aun no se han presentado y que algunas de ellas requieren del proceso de consulta previa. (…) Compromisos. Las partes indígenas y gobierno, determinan que el procedimiento excepcional para realizar la consulta previa de los proyectos de ley que se presenten dentro de esta legislatura y que las partes acuerden deban surtir el proceso de consulta previa, será conformar una comisión política con cinco delegados, uno por cada una de las cuatro organizaciones que forman parte de la Mesa y un enlace entre las organizaciones y el gobierno, la cual contará con el apoyo de técnicos cuando sean requeridos para temas específicos. Esta comisión contará con dos subcomisiones, cada una de las cuales estará asesorada por expertos en las temáticas cuando se requieran. La comisión deberá sesionar una vez a la semana y excepcionalmente cuando así lo requiera. La comisión priorizara los proyectos de ley que serán objeto de consulta previa. Como producto del trabajo, la comisión entregará en un documento los contenidos resultados de la consulta que se considera deben ser incorporados al proyecto de ley correspondiente. El producto de este trabajo serán entregado a la Mesa Permanente de Concertación para la discusión con la entidad gubernamental correspondiente. De lo acordado en la Mesa resultará el texto que será incorporado en el proyecto de ley para su trámite". GC 779 de 2011, pp. 98 y 99.

[71] Precisamente, en el artículo 205 de la Ley 1448 de 2011 se dispuso que: "De conformidad con el artículo 150 numeral 10 de la Constitución Política, revístase al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias por el término de seis (6) meses contados a partir de la expedición de la presente ley, para expedir por medio de decretos con fuerza de ley, la regulación de los derechos y garantías de las víctimas pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras (…)". En cuanto cronograma de consulta y concertación de la citada ley, se expuso en el Acta: "1. El Gobierno Nacional y los Delegados Indígenas de la Mesa Permanente de Concertación intercambiarán las propuestas de decreto con fuerza de ley el 15 de julio. 2. En dos semanas, a partir del 18 de julio de 2011 se conciliará en una única propuesta los documentos tanto del Gobierno Nacional como de la MPC. Esta propuesta será objeto de concertación en la MPC antes de la consulta previa. 3. Los días 28 y 29 de julio se desarrollará la Mesa Permanente de Concertación para debatir y concertar el documento conciliado que será objeto de consulta previa. 4. La propuesta aprobada por la Mesa Permanente de Concertación el 29 de julio será objeto de consulta previa entre los meses de agosto y septiembre de 2011, conforme a lo acordado en la ruta metodológica y las actas de la Mesa Permanente de Concertación sobre la materia. Las reuniones en las que se desarrollará la consulta previa podrán ser llevadas a cabo de manera paralela. 5. La propuesta de Decreto-ley será ajustado conforme a las conclusiones de la consulta previa desarrollada entre los meses de agosto y septiembre por la Comisión de Apoyo Técnico entre los meses de octubre y noviembre. 6. Los Ministros participantes en la Mesa entregarán el documento ajustado en la primera semana del mes de noviembre a la Oficina Jurídica de la Presidencia para los trámites pertinentes. 7. En el mes de noviembre se convocará a la Mesa Permanente de Concertación para protocolizar la consulta previa al decreto-ley del que trata el artículo 205 de la Ley 1448 de 2011, previo concepto jurídico

del documento por la Oficina Jurídica de la Presidencia de la República. 8. El decreto-ley que será sancionado será concertado por la última MPC, no se aceptarán modificaciones posteriores a ella. 9. Garantizando los términos previsto por la ley se sancionará el decreto-ley del que trata el artículo 205 de la Ley 1448 obedeciendo a que en esta fecha vencen las facultades extraordinarias del Presidente y es el Día Nacional de las Víctimas". GC 779 de 2011, p. 96.

[72] GC 779 de 2011, p. 96.

[73] "(…) Se procedió a la instalación de la Mesa por parte del doctor Aurelio Iragorri, Viceministro del Interior, saludando a las Autoridades Indígenas, miembros del Gobierno y observadores permanentes como la Defensoría del Pueblo. Además, resaltó la importancia de la consulta y la necesidad de definir la ruta metodológica en relación a las diferentes iniciativas legislativas, para calcular los costos y tiempos para adelantar estos procesos". GC 779 de 2011, p. 91.

[74] "(…) El Viceministro hizo referencia en los aspectos de: recursos económicos, los tiempos y la capacidad de llevar a cabo las reuniones. El tiempo con [el] que se cuenta son los meses de julio y agosto para radicar los proyectos en el mes de septiembre, con el objeto de que estos sean debatidos en lo que resta del año, de no ser así dichas iniciativas quedarán aplazadas hasta marzo del 2012. // En cuanto al punto de la definición de estrategias de seguimiento de los acuerdos en el marco del PND 2012-2014 el Viceministro del Interior dio a conocer una propuesta que contempla dos puntos: a) definirlas en el Consejo de Ministros b) en las Reuniones con cada entidad en mesas de trabajo. Informa a su vez que conversó con el Director de Planeación Nacional sobre el seguimiento de los acuerdos del PND, quien delegó a un funcionario para que realizara la matriz con los acuerdos, metas e indicadores. De igual manera ratifica la importancia de la Ley de regalías, CAR y Desarrollo Rural". GC 779 de 2011, p. 93.

[76] La norma citada dispone que: "El Gobierno Nacional contará con un término de tres (3) meses contados a partir de la fecha de promulgación del presente Acto Legislativo, para radicar ante el Congreso de la República el proyecto de ley a la que se refiere el inciso 2° del artículo anterior, que ajuste el régimen de regalías al nuevo marco constitucional. // Una vez radicado el proyecto de ley a que se refiere el inciso anterior, el Congreso de la República contará con un término que no podrá exceder de nueve (9) meses para su aprobación. Si vencido este término no se ha expedido la ley por parte del Congreso, se faculta por un (1) mes al Presidente de la República para expedir decretos con fuerza de ley para regular la materia".

[77] "(…) Luis Fernando Arias expone la propuesta y manifiestan que han consultado con sus Autoridades y Organizaciones, y resalta [que] la propuesta presentada el pasado 7 y 8 de julio es lo mínimo que se puede adoptar para la consulta de la agenda legislativa. Por lo que la metodología de consulta para las propuestas sería la misma que se adopté para [la] consulta del Decreto-ley de víctimas y restitución de tierras, pero se propuso que se podían consultar temas afines". "(…) Javier Sánchez ratificó la propuesta de Luis Fernando Arias, reafirmando que la propuesta de los delegados indígenas es que sólo se consultarán las iniciativas que fueron radicadas en la Mesa, con la ruta propuesta de la Ley de Víctimas y

Restitución de Tierras: 1. CAR; 2. Desarrollo Rural; 3. Protección al Conocimiento Tradicional". GC 779 de 2011, pp. 88 y 89.

[78] "(…) El doctor Pedro Posada da una explicación frente al tema de la ley de regalías y manifiesta que el gobierno nacional puede dar una explicación que orienta a la Mesa de manera amplia, ya que esta ley beneficiaría a los indígenas más necesitados, es una relación directa con los pueblos indígenas y mide por necesidades básicas insatisfechas, es un proyecto ventajoso para los pueblos y solicita que se dé una reflexión al respecto". GC 779 de 2011, p. 88.

[79] "(…) Luis Evelis Andrade manifiesta que frente al tema de las ETIS y ley de regalías no aparecen las Entidades Territoriales Indígenas. Por lo que señala que no es sujeto de consulta y se podrían hacer miles de consultas, pero si esta no está ligada a derechos como la vida, autonomía, las consultas son vacías y se terminaría legitimando un proceso que atenta contra su integridad cultural, desconociéndose temas que son importantes desde nuestra perspectiva. Toda vez que si se va a consulta puede que se apruebe y que terminen aprobando algo contrario a la Constitución. Si bien las ETIS es un mandato, es un tema complejo y relevante, acoge la propuesta del Gobierno de apoyarnos con una reunión interna y darle una lectura detenida con el Gobierno y el Congreso y así avanzar en este tema, definiéndose los puntos que se deben discutir y cómo se afecta la autonomía frente al tema de ETIS y Ley de Regalías." "OPIAC está de acuerdo que se aborde el tema de Entidades Territoriales Indígenas y expresan que este es un mandato de los pueblos indígenas en la Amazonía toda vez que esto permitiría la reorganización". GC 779 de 2011, p. 88.

[80] "(…) Javier Sánchez ratificó la propuesta de Luis Fernando Arias, reafirmando que la propuesta de los delegados indígenas es que sólo se consultarán las iniciativas que fueron radicadas en la Mesa, con la ruta propuesta de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras: 1. CAR; 2. Desarrollo Rural; 3. Protección al Conocimiento Tradicional". "El Viceministro del Interior manifiesta que las ETIS son un tema espinoso para las entidades territoriales actuales y hay tiempo para discutirlo pero es un tema trascendental. Hace claridad sobre las razones por las cuales no se consultó el acto legislativo reforma de regalías, lo cual es distinto al proyecto de ley de regalías en el territorio. (…)". "(…) A partir de la presentación, Luis Fernando Arias se refiere a los argumentos expuestos sobre el porqué no se consultó a los pueblos indígenas en esta reforma constitucional. Y su inconformidad con dichos argumentos". "Para Luis Evelis Andrade, la interpretación es igualmente confusa. Menciona que el Gobierno siempre tiene una interpretación legal hacia la consulta que está en contravía con los derechos de los pueblos indígenas. En especial, critica fuertemente el argumento de que dicha reforma no se haya consultado, puesto que no se han constituido las entidades territoriales indígenas. En este sentido, menciona que la propuesta se revisará, pero que si consultar la Ley de regalías es un condicionante para consultar el resto de iniciativas, los indígenas no consultarán ninguna". "Luis Evelis Andrade menciona que es hora de revisar con el Presidente cuáles son las intenciones del gobierno frente a la consulta, porque se están obviando iniciativas muy importantes, para evitar el tema de la consulta. Así mismo, considera que es hora de revisar el tema del 'interés general', y hasta qué punto bajo ese argumento se está marginando el interés de los pueblos indígenas. No pueden existir interpretaciones que cierren los caminos, sino interpretaciones inclusivas y

participativas. En enfático en mencionar que la posición de los delegados indígenas a la MPC que ley que no se haya consultado no se va a discutir en la MPC". GC 779 de 2011, p. 89.

[81] "(…) Aida Quilcue manifiesta que la Mesa en Espacio Autónomo acordó que frente a la ley de regalías se esperará la decisión de la Corte y que ella surta aspectos negativos o positivos. Frente al tema de ETIS es necesario que las autoridades regionales y delegados se sienten a analizar el tema, y no en el marco de la Mesa si no en el marco de la autonomía de los pueblos indígenas." GC 779 de 2011, p. 88.

[82] "(…) El Director de Asuntos Indígenas menciona que será la Corte Constitucional quien defina si el acto [legislativo] debía o no ser consultado. Manifiesta que el Gobierno nacional tiene unas razones jurídicas para no haber consultado el acto legislativo, las cuales fueron expuestas por el doctor Sola y la necesidad de que el proyecto de Ley de Regalías sí deba ser consultado porque toca directamente a los pueblos indígenas." (…)El señor Viceministro del Interior manifiesta su preocupación toda vez que se tienen tres meses para la consulta del proyecto de ley de regalías, de igual manera frente a las ETIS, pero el término frente a este tema es más amplio ya que son 10 meses con los que se cuenta." GC 779 de 2011, p. 89.

[83] "(…) Luis Evelis Andrade solicita que se abra un espacio autónomo en donde se pueda analizar con asesores jurídicos si se hace o no consulta del Proyecto de Regalías y de ETIS. La reunión sería de dos días y contaría con la presencia de los delegados de las organizaciones regionales, con 70 delegados." GC 779 de 2011, p. 89.

[84] "el Director de Asuntos Indígenas menciona que se puede realizar el espacio solicitado, y que su logística se acordará con la secretaría técnica de la MPC." Compromiso: "Realizar una asamblea con 70 delegados de las organizaciones indígenas en donde se analizará y se tomará una decisión sobre el tema de consulta de la ley de regalías y ETIS, durante 3 días y que integrará uno de los dos bloques para consulta". GC 779 de 2011, pp. 89 y 90.

[85] "Instala esta sesión el señor Javier Sánchez dando un cordial saludo y manifiesta que este espacio es uno de los compromisos asumidos en la MPC y da la bienvenida a todos los asistentes esperando que el resultado final de la jornada sea productivo. // El Dr. Luis Evelis Andrade, Consejero Mayor de la ONIC da un saludo a todos los indígenas y miembros de Gobierno, manifiesta que el objetivo principal es observar las presentaciones de la Agenda Legislativa, en especial ETIS y Regalías y tomar la decisión sobre consulta de las mismas. Resalta que es necesario definir metodología, responsabilidades, por lo que hace un llamado a centrarnos en esa discusión y si hay espacio para discutir otros temas se abrirá el mismo, pero apuntando a lo principal que es definir esos dos puntos ya que estamos en el camino y hay que tomar decisiones definitivas. Expresa la necesidad de mirar posiciones y al final del evento tener una postura frente al Gobierno Nacional, teniendo en cuenta el cambio político e institucional que se está dando, el cual le preocupa. (…) // En uso de la palabra el señor Javier Sánchez manifiesta que inicialmente en la MPC del mes de julio, se acordó que las iniciativas legislativas que no se presentaran formalmente a la mesa no se consultarían y en esa fecha se presentó Car, Desarrollo Rural y Conocimiento Tradicional, por lo que se dio un debate interno sobre ellas, pero el Gobierno le propuso a los delegados

de la MPC mirar las otras dos iniciativas que no fueron presentadas es decir ETIS y regalías y analizar la viabilidad de su consulta, el cual es el objetivo de esta reunión. Señala que para tener un panorama más claro se convocó al Gobierno con la finalidad de que en este espacio socializaran todas las iniciativas legislativas. Finalmente le pregunta a los asistentes si hay alguna consideración al respecto, por lo que procede a dar el uso de la palabra: El señor Henry Cabria manifiesta que se debe respetar el uso de la palabra en este espacio y que como integrante de la OPIAC, solicita que no se hagan discursos políticos en el mismo, por lo que hace un llamado a ser más propositivos en cada una de las intervenciones. La señora Aida Quilcue da un saludo y manifiesta que en la mesa anterior solo se acordó tocar dos temas ETIS y Regalías, pero entiende que se van a socializar las demás. Resalta su preocupación por el tiempo que ha transcurrido, ya que nos encontramos prácticamente en el mes de septiembre y no se ha empezado a consultar lo acordado, lo cual fue un compromiso. Manifiesta el señor Javier Sánchez que se va a abrir un espacio dentro del Espacio Autónomo para tratar el tema de ley de víctimas y restitución de tierras y los avances que se han tenido frente a este proyecto de ley". GC 779 de 2011, p. 83.

[86] GC 779 de 2011, p. 86.

[87] Ibídem.

[88] "(…) El doctor Pedro Santiago Posada dio un cordial saludo a todos los presentes y propone que además de atender la agenda de hoy el tema de Decreto de Víctima y Restitución de Tierras se abra un espacio para tratar los temas de Consulta previa de la Agenda legislativa: Conocimiento Tradicional, CAR, Regalías, Desarrollo Rural y ETIS tal como se encuentra en la agenda de la presente sesión, señala además que la conclusión que hubo en el evento de las setenta Autoridades y Líderes Indígenas, realizado en Villavicencio los días 20, 30 y 31 de agosto de 2011, frente a este espacio realizado como compromiso de la Mesa Permanente de Concertación para que las autoridades y líderes indígenas analizaran y tomaran la decisión de llevar a cabo la consulta previa de la Ley de Regalías y ETI, ante esto se comunicó que se iba a demandar el Acto legislativo 05 de 2011 en el tema de regalías, por lo que solicita la posibilidad de dialogar con el doctor Jaime Romero, funcionario del Ministerio de Hacienda quien se encuentra presente y ha manifestado que el Viceministro y el Ministro de Hacienda tienen la voluntad de dialogar directamente con los delegados indígenas. Resalta que el Ministerio del Interior cuenta con los recursos que fueron girados por el Ministerio de Hacienda y que estamos en la disposición de realizar las contrataciones e iniciar los procesos de consulta. (…)". "(…) El doctor Pedro Posada Arango deja constancia de que existe la voluntad política para realizar la consulta previa de la Ley de Regalías y demás leyes y decretos de la Agenda legislativa propuesta y que contamos con los recursos para su realización. Además señala que hay la disposición para trabajar el tema de Ley de Regalías y conocer la contrapropuesta de los indígenas frente a ella." GC 779 de 2011, pp. 70 y 71.

[89] "(…) El señor Luis Evelis Andrade hace la solicitud al señor Javier Sánchez que se expongan las conclusiones del evento de los 70 delegados, realizado en la ciudad de Villavicencio Meta. Por lo que el señor Javier Sánchez procede a dar lectura de las conclusiones. (Se adjunta al acta)." "(…) El señor Luis Fernando Arias deja constancia en el acta de que no se entienda que los delegados y los pueblos indígenas están renunciando al

derecho fundamental a la consulta previa, solo que han tomado unas decisiones frente a unas iniciativas legislativas que no fueron objetos de consulta previa." "El doctor Jaime Romero, del Ministerio de Hacienda, manifiesta que ellos esperaban una reciprocidad es decir una contrapropuesta y solicitan flexibilidad, que si bien están en el derecho de demandar el acto legislativo, recomienda no perder la oportunidad de entrar en el debate y se corre el riesgo de ir a la Corte Constitucional en donde no sabemos el resultado de este fallo. Solicita que frente a la propuesta del Ministerio de Hacienda se dé una contrapropuesta por parte de los delegados Indígenas y de esa manera intentar la posibilidad de salvar la Ley de Regalías. Finalmente señala que el Ministerio de Hacienda tiene toda la voluntad política de llevar a cabo la consulta previa." "El doctor Luis Evelis Andrade manifiesta que si bien ha habido avances, hace un llamado a los delegados indígenas en tener un nivel de coherencia, toda vez que sin recursos y presupuesto para los compromisos adquiridos no pueden avanzar. Reitera su preocupación frente al presupuesto para los pueblos indígenas y si se fijaron unos presupuestos en el Plan Nacional de Desarrollo, no entiende donde están esos recursos. Señala que es imposible avanzar y continuar legitimando procesos sin recursos." "El doctor Jaime Romero manifiesta que hay un principio y es el de autonomía presupuestal consistente en que cada entidad de derechos públicos que haga un compromiso previamente presupuestado puede cumplirlo. Anota que el debate en el fondo versa sobre recursos, no obstante por primera vez hay un sistema general de Regalías que vale la pena revisar y el Ministerio de Hacienda presentó una propuesta de buena fe y que hubo silencio por parte de los pueblos indígenas frente a ella. Lamenta que se hundan propuestas importantes para los pueblos indígenas e invita a una actitud productiva frente a la Ley de Regalías." "Aclara el señor Javier Sánchez que realmente no ha habido propuesta en el tema de regalías a favor de los indígenas y deciden no entrar al debate toda vez que ya se tomó una decisión al respecto y procede el doctor Luis Fernando Arias a presentar lo referente al Decreto de Víctimas y Restitución de Tierras para los Pueblos Indígenas." GC 779 de 2011, p. 71.

[90] "(…) El doctor Jaime Romero delegado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público manifiesta la voluntad que tiene el Ministro para la realización de la consulta previa de la Ley de Regalías y a la vez reitera que el Acto Legislativo número 005 de 2011, cambió los beneficios de las regalías que eran para ciertos municipios productores, a que los beneficios fueran en esta oportunidad para todos los municipios por dicha razón se consideró que no se necesitaba consulta previa, lo que se requería consultar es la Ley de Regalías, que es la que reglamenta y distribuye los recursos y que afecta directamente a los pueblos indígenas. De igual forma propone que se puede incluir el artículo 11 de la Ley 756 de 2002 que establece "cuando en un resguardo indígena o en un punto indicado a no más de 5 KM de la zona del resguardo indígena se exploten recursos naturales no renovables, el 5% del valor de las Regalías correspondientes al departamento por esa explotación y el 20% de los correspondiente al municipio, se asignarán a inversión en las zonas donde estén asentadas las comunidades indígenas" y la posibilidad de presentar proyectos de inversión ficha BEPIN. También expresa que ha habido un mal manejo de las regalías, pero en el nuevo plan de Gobierno se cuenta con los recursos de las regalías como política de la lucha contra la pobreza." "(…) El señor Viceministro Juan Fernando Londoño, da un cordial saludo y manifiesta que todas estas dificultades se pueden solucionar en la nueva ley, es decir, que las cosas que no se han concertado anteriormente, se trabajen en la nueva ley, además

hace una propuesta clara, que la ley contemple un porcentaje de recurso directos para los resguardos. De igual forma indica que esta ley debe tener una metodología, que provenga de los indígenas y en segundo lugar establecer unas garantías para que los recursos lleguen, es decir que haya unas transferencias directas, y que tenga un enfoque diferencial por tal razón esa es la posibilidad de lo que se puede realizar; afirmó que se gana más en un proceso de concertación". GC 779 de 2011, p. 80.

[91] "(…) El delegado indígena, Carlos Sánchez, reitera que hay que tener en cuenta la dificultad de llamar a consulta previa cuando ya se ha tomado la determinación, después de haberse hecho la ley (refiriéndose al Acto Legislativo 005 de 2011). Menciona la reunión donde estuvieron más de 70 autoridades y líderes indígenas que decidieron negar la posibilidad a la consulta previa de la Ley de Regalías. Igualmente expresa que no hay un cambio relevante en la propuesta de la nueva Ley de Regalías. Con relación a la ley si estos recursos llegan a los municipios no es nada novedoso, hay que ver si la transferencia de estos recursos llega directamente a los resguardos en ese caso sí cambiarían las cosas." GC 779 de 2011, p. 80.

[92] "(…) El señor Viceministro de Relaciones Políticas del MI, doctor Aurelio Iragorri le manifiesta a los delegados indígenas de la MPC que pensando en los pueblos indígenas se puede tomar los días para consultar la situación, se propone que a través de los delegados de la MPC se consulta la posibilidad de realizar una reunión con el señor Ministro de Hacienda. Para plantearle las inquietudes, deja constancia que cuando llegó al Gobierno en septiembre de 2010, citó a todos los viceministros de las diferentes entidades, en nombre del MHCP asistió Ana Lucía Villa, de cada Ministerio hubo dos, se mostró la agenda legislativa, se dijo que el grupo de consulta previa era un grupo para hacer un trabajo de campo, y que se estaba prestos para adelantar la agenda legislativa. Como la Ley de Desarrollo Rural ya que la ley no se consultó, se deja la posibilidad para reunirse con el Viceministerio de Hacienda." GC 779 de 2011, p. 81.

[93] "(…) Arias manifiesta que si la mesa acepta reunirse con el ministro que no sólo sea con los de la mesa, sería con una cantidad igual o mayor que la asamblea realizada en Villavicencio. Lo más conveniente es reunirse para poder discutir este punto. // Javier Sánchez manifiesta que en ese escenario los delegados indígenas ante la MPC asumirían la responsabilidad de consultar con las organizaciones de cada macro y de acuerdo a lo que decidan, ellos vendrían con toda la potestad para realizar acuerdos, se comprometen a dar a conocer tal decisión para el día 23 de septiembre para definir si abren la posibilidad de reunirse con el señor Ministro de Hacienda y Crédito Público y así llegar a unos acuerdos respecto a la consulta previa de la Ley de Regalías. // El señor Celedonio Padilla manifiesta que tiene la voluntad de seguir el diálogo, pero con relación a la presentación realizada por el Gobierno [en torno al proyecto de] Entidades Territoriales indígenas, reflejando la participación de las autoridades indígenas". Compromiso: "Los delegados indígenas ante la MPC consultarán con las organizaciones de su respectiva macro la decisión sobre la consulta previa de la ley de regalías para definir si abren la posibilidad de reunirse con el Sr. Ministro de Hacienda y Crédito Público e informaran al Gobierno el día 23 de septiembre de 2011". GC 779 de 2011, p. 81.

[94] Textualmente se dice que: "(…) dicha respuesta debió emitirse por los delegados

indígenas el día 23 de septiembre de 2011, de la cual no se recibió ningún pronunciamiento". Folio 256 del cuaderno principal.

[95] Acta de reunión de los días 3, 4, 5 y 6 de octubre de 2010.

[96] Acta de reunión de los días 28, 29 y 30 de junio de 2011. No sobra recordar que dicho proceso fue exitoso como consta en el Decreto 4633 del 9 de diciembre de 2011, "Por medio del cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los Pueblos y Comunidades indígenas".

[97] Acta de reunión de los días 6, 7 y 8 de julio de 2011; Acta de reunión de los días 17 y 18 de julio de 2011; y Acta de reunión de los días 12, 13 y 14 de septiembre de 2011.

[98] Acta de reunión de los días 17 y 18 de julio de 2011; Acta de encuentro de 70 dirigentes indígenas para la definición de la agenda político-legislativa; y Acta de reunión de los días 12, 13 y 14 de septiembre de 2011.

[99] Artículo 7 del Convenio 169 de 1989.

[100] Gaceta del Congreso No. 779 de 2011, p. 36.

[101] Sentencias C-891 de 2002, C-030 de 2008, C-461 de 2008, C-175 de 2009, etc.

[102] Gaceta del Congreso No. 779 de 2011, p. 34.

[103] Gaceta del Congreso No. 779 de 2011, p. 34.

[104] Sentencias C-891 de 2002, T-372 de 2006, C-030 de 2008 y T-129 de 2011. Ver supra 6.5.13.

[105] Acta de reunión de la Mesa de Concertación Permanente de los días 17 y 18 de julio de 2011; Acta de encuentro de 70 dirigentes indígenas para la definición de la agenda política-legislativa de los días 29, 30 y 31 de agosto de 2011; y Acta de reunión de la Mesa de Concertación Permanente del 12, 13 y 14 de septiembre.

[106] Véase, entre otras, la sentencia C-030 de 2008.

[107] No sobra recordar lo previsto en el artículo 34 del Convenio 169 de 1989 de la OIT, conforme al cual: "La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país."

[108] Acta de reunión de los días 17 y 18 de julio de 2011.

[109] Acta de encuentro de 70 dirigentes indígenas para la definición de la agenda político-legislativa. Villavicencio. 29, 30 y 31 de agosto de 2011.

[110] Acta de encuentro de 70 dirigentes indígenas para la definición de la agenda político-legislativa. Villavicencio. 29, 30 y 31 de agosto de 2011.

[111] Acta de la reunión de los días 17 y 18 de julio de 2011.

[112] Acta de encuentro de 70 dirigentes indígenas para la definición de la agenda político-legislativa. Villavicencio. 29, 30 y 31 de agosto de 2011.

[113] Gaceta del Congreso No. 779 de 2011, pp. 39 a 68.

[114] Gaceta del Congreso No. 779 de 2011, pp. 67 y 68.

[115] En el informe de ponencia para tercer debate en primer vuelta en la Cámara de Representantes se señaló que: "No es de recibo de los ponentes el inciso segundo del parágrafo transitorio 1 introducido por la Comisión Primera al PAL en cuanto, durante el tiempo que va de la aprobación de este a la expedición de la ley que lo reglamente, se faculta al Gobierno Nacional "para dictar las normas que regulan el manejo del Sistema General de Regalías". Esto significaría ni más ni menos que el Congreso entrega al ejecutivo su facultad legisladora, lo que no está acorde con nuestro sistema democrático de división de poderes. // Entendemos, de otra parte, la urgencia de poner un término al Ejecutivo para que presente el proyecto de ley reglamentaria del PAL, pero también la necesidad de que el Congreso tramite en un término prudencial dicho proyecto y se convierta en ley de la república. Por tal motivo, proponemos la modificación del inciso señalado, en los términos que en el pliego de modificaciones expondremos." Al respecto, el siguiente fue el texto propuesto: "Parágrafo 1. ° transitorio. El Gobierno Nacional contará con un término de tres (3) meses contados a partir de la fecha de promulgación del presente acto legislativo, para radicar ante el Congreso de la República el proyecto de ley que ajuste el régimen de regalías al nuevo marco constitucional. // Una vez radicado el proyecto de ley a que se refiere el inciso anterior, el Congreso de la República contará con un término que no podrá exceder de nueve meses para su aprobación. Si vencido este término no se ha expedido la ley por parte del Congreso, se faculta al Gobierno Nacional para expedir decretos extraordinarios para regular la materia." Gaceta del Congreso No. 918 de 2010. Por su parte, en cuanto a los objetivos del Acto Legislativo y su relación con la ley de regalías, en la exposición de motivos de la Ley 1530 de 2012 se afirma que: "Cuando el Gobierno Nacional presentó a consideración del Congreso de la República el proyecto de acto legislativo que dio origen al Sistema General de Regalías, justificó su necesidad y conveniencia en el contexto de una dinámica creciente de los ingresos provenientes del sector minero-energético. La evidencia de que el país está enfrentando un auge minero-energético, requería de un cambio en la Carta Política, que no sólo garantizara el manejo responsable y eficiente de dichos recursos con el fin de contribuir a estabilizar el entorno económico, sino también que permitiera redistribuir las regalías en todo el territorio nacional con miras a mejorar las condiciones de equidad social y regional, y de esta forma impulsar el desarrollo del país. (…) Por lo tanto, la presente iniciativa descansa sobre los mismos principios que motivaron la expedición del Acto legislativo 5 de 2011, por medio del cual se constituyó el Sistema General de Regalías. En ese sentido, este proyecto de ley busca sentar las bases y definir los procedimientos para asegurar que la explotación de los recursos naturales no renovables de propiedad de la Nación sea el punto de partida para garantizar el principio de equidad en la distribución de la riqueza extraída del subsuelo."

[116] Sentencias C-891 de 2002, C-620 de 2003 y C-461 de 2008.

[117] La norma objeto de demanda establece que: “Artículo 156. Régimen de transición para otros recursos disponibles a 31 de diciembre de 2011. Los recursos disponibles a 31 de diciembre de 2011, correspondientes al margen de comercialización incluidos en el rubro de recaudos a favor de terceros de la Agencia Nacional de Hidrocarburos se destinarán, 50% a la Nación; 35% a las entidades beneficiarias de regalías directas en materia de hidrocarburos a la fecha de expedición de la presente ley; 10% red vial terciaria y 5% con destino al Programa de Normalización de Redes Eléctricas y al Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de las Zonas Rurales Interconectadas. // Los recursos que en virtud de este artículo se destinen a las entidades productoras, se asignarán en proporción a su participación del promedio total de las regalías directas giradas durante el período comprendido entre 2007 y 2010.”

[118] La norma en cita dispone que: Artículo 16. Recaudo. Se entiende por recaudo la recepción de las regalías y compensaciones liquidadas y pagadas en dinero o en especie por quien explote los recursos naturales no renovables, por la Agencia Nacional de Hidrocarburos y la Agencia Nacional de Minería. // La Agencia Nacional de Hidrocarburos y la Agencia Nacional de Minería establecerán mediante acto motivado de carácter general, el pago en dinero o en especie de las regalías. // Cuando las regalías se paguen en especie, el Gobierno Nacional reglamentará la metodología, condiciones y términos que garanticen el adecuado flujo de recursos al Sistema General de Regalías, de manera que los recursos que se generen entre la determinación de los precios base de liquidación y la comercialización de las regalías se distribuyan en un 50% destinado a la bolsa única del Sistema General de Regalías y el 50% restante a favor del Gobierno Nacional. // Parágrafo. Se entiende como pago de regalías en especie, la entrega material de una cantidad de producto bruto explotado.” (Subrayado y sombreado por fuera del texto original).

[119] Los recursos destinados a las entidades beneficiarias de regalías fueron girados el año pasado con fundamento en lo previsto en el artículo 156 del Decreto 4923 de 2011, el cual guarda identidad de contenido normativo con el precepto actualmente acusado. Al respecto se puede constatar la Resolución 136 de 2012 de la Agencia Nacional de Hidrocarburos.

[120] Derogado por el artículo 160 de la Ley 1530 de 2012.

[122] Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Departamento Nacional de Planeación y Ministerio de Minas y Energía.

[123] Federación Colombiana de Municipios.

[124] Sombreado por fuera del texto original.

[125] Al respecto, la norma en cita dispone que: “La explotación de un recurso natural no renovable causará, a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte. (…)”.

[126] Sobre la materia, por ejemplo, en la Sentencia C-240 de 2011 se dijo que: Acerca del tema de la amplia facultad del legislador para configurar el régimen de las regalías, la jurisprudencia de la Corte ha establecido clara y expresamente, la amplia facultad que le compete al legislador para regular el tema de regalías, precisando que se encuentra

“habilitado constitucionalmente para regular el régimen jurídico de las regalías estableciendo sus montos o porcentajes de distribución, destinación y los mecanismos de control sobre el uso adecuado de esas contraprestaciones económicas.” // Así la Corte ha reiterado la amplia libertad del legislador para fijar las regalías y alcance del control constitucional, pero ha establecido igualmente que existe unos mínimos constitucionales que debe respetar el Legislador en esta materia, como los cobros a toda explotación de recursos naturales y las asignaciones específicas de que trata el artículo 361 Superior. A este respecto ha dicho la Corte: “5- La Carta señala que la explotación de un recurso natural no renovable causa a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía (CP art. 360). Sin embargo, la Constitución no fija directamente los criterios para determinar cuál es el valor que deben tener esas regalías. Por ello, en numerosas sentencias, esta Corporación ha indicado que el legislador goza de una amplia libertad para fijar el monto de las regalías y determinar los derechos de participación de las entidades territoriales en esas regalías. Así, la sentencia C-567 de 1995, MP Fabio Morón Díaz, recordó que el artículo 360 de la Carta otorga competencia al legislador para establecer las formas de contratación para la explotación de los recursos naturales no renovables, por lo cual “es claro que la ley puede determinar el monto y las cuantías de los derechos de las entidades territoriales a participar en las regalías y compensaciones sobre la explotación de los recursos naturales no renovables o, lo que es lo mismo, los porcentajes de aquella participación”. Con ese mismo criterio, esta Corte, en la sentencia C-221 de 1997, MP Alejandro Martínez Caballero, se abstuvo de declarar la inexequibilidad de la disposición acusada, pero tampoco recurrió a una sentencia integradora para establecer el monto de la regalía causada por la explotación de la arena de los ríos, precisamente, por cuanto consideró que ambos tipos de decisiones afectaban la libertad del legislador para fijar el porcentaje de las regalías. // “6- El anterior examen es suficiente para concluir que el Legislador goza de una muy amplia libertad para fijar el monto de las regalías derivadas de la explotación de recursos no renovables. Sin embargo, y contrariamente a lo sugerido por uno de los intervinientes, esto no significa que estemos en un ámbito puramente político que escape al control constitucional, pues la Carta no excluye que las normas sobre regalías puedan vulnerar los mandatos constitucionales. Además, y como esta Corte lo ha destacado, la Carta establece un contenido esencial del régimen de regalías que debe ser respetado por el Legislador, el cual incluye, entre otras cosas, el deber del Congreso de imponer el pago de regalía por la explotación de todo recurso no renovable (CP art. 360). Además, en la medida en que las regalías recaen sobre este tipo de recursos, es claro que estos dineros pretenden “compensar el agotamiento del capital natural que produce la explotación de recursos naturales que no se renuevan”. Por ende, es posible que el legislador al regular las regalías y fijar su monto vulnere la Carta, por ejemplo, porque no imponga su cobro sobre la explotación de ciertos recursos no renovables, con lo cual desconoce la obligatoriedad y universalidad de las regalías, o porque establezca montos tan irrisorios que no compensen el agotamiento de estos recursos, que por no ser renovables, representan un capital natural de la sociedad colombiana que inevitablemente tiende a agotarse.”

[127] Sombreado y subrayado por fuera del texto original.

[128] Federación Colombiana de Municipios.

[129] Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Departamento Nacional de Planeación y

Ministerio de Minas y Energía.

[130] Se señala que la prohibición de la retroactividad de la ley tiene una naturaleza prima facie, pues más allá de su consagración constitucional en casos puntuales (CP art. 58, 338, 362 y 363), existen escenarios en donde es exigible su aplicación, como sucede en el caso de la favorabilidad penal. Precisamente, el inciso 3º del artículo 29 del Texto Superior dispone que: "En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

[131] Sentencia C-763 de 2002. Subrayado y sombreado por fuera del texto original.

[132] En este mismo sentido, en la Sentencia T-110 de 2011, esta Corporación señaló que la retrospectividad opera cuando las normas "se aplican a partir del momento de su vigencia, a situaciones jurídicas y de hecho que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición. Este instrumento ha sido concebido por la jurisprudencia nacional como un límite a la retroactividad, asociando su propósito a la satisfacción de los principios de equidad e igualdad en las relaciones jurídicas de los asociados, y a la superación de aquellas situaciones marcadamente discriminatorias y lesivas del valor justicia que consagra el ordenamiento jurídico colombiano, de conformidad con los cambios sociales, políticos y culturales que se suscitan en nuestra sociedad".

[133] Ver supra 6.6.2 y 6.6.3 sobre contenido y alcance de la disposición acusada.

[134] "Por el cual se garantiza la operación del Sistema General de Regalías."

[135] La norma en cita tenía el mismo contenido normativo del precepto actualmente acusado: "Régimen de transición para otros recursos disponibles a 31 de diciembre de 2011. Los recursos disponibles a 31 de diciembre de 2011, correspondientes al margen de comercialización incluidos en el rubro de recaudos a favor de terceros de la Agencia Nacional de Hidrocarburos se destinarán, 50% a la Nación; 35% a las entidades beneficiarias de regalías directas en materia de hidrocarburos a la fecha de expedición del presente decreto; 10% red vial terciaria y 5% con destino al Programa de Normalización de Redes Eléctricas y al Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de las Zonas Rurales Interconectadas. // Los recursos que en virtud de este artículo se destinen a las entidades productoras, se asignarán en proporción a su participación del promedio total de las regalías directas giradas durante el período comprendido entre 2007 y 2010." El citado decreto fue derogado con la entrada en vigencia de la Ley 1530 de 2012.

[136] Hasta el momento tan sólo se ha girado el 35% previsto para las entidades beneficiarias de regalías directas, conforme a la Resolución No. 136 de 2012 de la Agencia Nacional de Hidrocarburos.

[137] "Se denominan carreteras terciarias a las vías de acceso que comunican a las cabeceras municipales con sus veredas o veredas entre sí". INVIAS, Plan Estratégico Institucional 2011-2014, p. 7.

[138] Decreto 1122 de 2008, art. 4.

[139] Decreto 1123 de 2008, art. 1.

[140] La disposición en cuestión establece que: “Los ingresos del Sistema General de Regalías se destinarán al financiamiento de proyectos para el desarrollo social, económico y ambiental de las entidades territoriales; al ahorro para su pasivo pensional; para inversiones física en educación, para inversiones en ciencia, tecnología e innovación; para la generación de ahorro público; para la fiscalización de la exploración y explotación de los yacimientos y conocimiento y cartografía geológica del subsuelo; y para aumentar la competitividad general de la economía buscando mejorar las condiciones sociales de la población”.

[141] La norma en cita en su totalidad dispone que: “Suprímase el Fondo Nacional de Regalías a partir de la fecha que determine la ley a la que se refiere el inciso 2º del artículo anterior. El Gobierno Nacional designará al liquidador y definirá el procedimiento y el plazo para la liquidación. Los recursos no comprometidos que posea el Fondo Nacional de Regalías a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, se destinarán prioritariamente a la reconstrucción de la infraestructura vial del país y a la recuperación ambiental de las zonas afectadas por la emergencia invernal 2010-2011”.

[142] El parágrafo transitorio 4º del artículo 361 (reformado por el Acto Legislativo 05 de 2011) dispone al respecto: “El Gobierno Nacional contará con un término de tres (3) meses contados a partir de la fecha de promulgación del presente acto legislativo, para radicar ante el Congreso de la República el proyecto de ley a la que se refiere el inciso 2° del artículo anterior, que ajuste el régimen de regalías al nuevo marco constitucional.

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

[143] La primera acta que se cita en el recuento del proceso de consulta es del 3, 4, 5 y 6 de octubre de 2010, mientras el acto legislativo se expidió el 18 de julio de 2011.

[144] Corte Constitucional, Sentencia C-461 de 2008.

[145] Salvamento de voto de los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio y María Victoria Calle Correa a la sentencia C-1055 de 2012.

[146] Constitución Política, artículo 361, parágrafo 1º.