Sentencia C-615-09

Referencia: expediente LAT-335

Revisión automática del "Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela", firmado en Caracas el tres (3) de mayo de 1990, así como de la Ley 1214 de 2008, mediante la cual fue aprobado.

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá, D.C., dos (2) de septiembre de dos mil nueve (2009)

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

SENTENCIA

En el proceso de revisión automática del "Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayuu de la República de Colombia y de la República de Venezuela", firmado en Caracas el tres (3) de mayo de 1990, así como de la Ley 1214 de 2008, mediante la cual fue aprobado.

I. ANTECEDENTES

Mediante oficio recibido el día 23 de julio de 2008, la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, remitió a esta Corporación copia auténtica del "Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayuu de la República de Colombia y de la República de Venezuela", firmado en Caracas el tres (3) de mayo de 1990, así como de la Ley 1214 de 2008, mediante la cual fue aprobado, para que de conformidad con lo previsto en el artículo 241, numeral 10 de la Constitución, la Corte decida sobre la exequibilidad del tratado internacional y su ley aprobatoria.

Mediante auto del 28 de agosto de 2008, el Magistrado Sustanciador avocó el conocimiento del proceso de la referencia. Con el fin de contar con los elementos de juicio

necesarios para proferir una decisión de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 241 superior, dispuso la práctica de pruebas en relación con los antecedentes legislativos. Recibidas éstas, dictó auto de continuación de trámite y ordenó dar cumplimiento a lo dispuesto en los numerales cuarto y siguientes del auto del 28 de agosto de 2008.

Cumplidos los trámites propios de esta clase de procesos y previo el concepto del Procurador General de la Nación, procede la Corte a decidir acerca del asunto de la referencia.

A continuación se transcribe el texto de la ley enviada para revisión, de conformidad con su publicación en el Diario Oficial núm. 47.052 del 16 de julio de 2008.

LEY 1214 DE 2008

(julio 16)

Acuerdo para el desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela.

El Gobierno de la República de Colombia y el Gobierno de la República de Venezuela. Considerando, la Declaración de Ureña, firmada por los Presidentes de ambos Estados, el día 28 de marzo de 1989 en el Puente Internacional General Francisco de Paula Santander;

Considerando, las conclusiones de la reunión de la Comisión Binacional de Integración Fronteriza colombo-venezolana; celebrada en Maracaibo los días 25 y 26 de agosto de 1989 y ratificadas en la reunión celebrada en Cúcuta los días 29 y 30 de septiembre de 1989;

Considerando, la declaración firmada por los Presidentes de Colombia Virgilio Barco y de Venezuela Carlos Andrés Pérez, en el Puente Internacional General Francisco de Paula Santander el 5 de octubre de 1989.

Han convenido en lo siguiente:

Artículo 1

Las Partes se comprometen a colaborar en el desarrollo conjunto de planes, programas y proyectos tendientes a mejorar las condiciones de vida de sus respectivas poblaciones indígenas Wayúu ubicadas en las zonas adyacentes a las fronteras de la República de Venezuela y de la República de Colombia en atención a las necesidades de dichas poblaciones.

Artículo 2

Serán órganos de ejecución del presente Acuerdo, por parte de la República de Venezuela, la Corporación de Desarrollo de la Región Zuliana, Corpozulia, y por parte de la República de Colombia la Corporación Autónoma Regional de La Guajira, Corpoguajira.

Artículo 3

Las partes coordinarán las obras y acciones necesarias entre las entidades competentes de cada una de ellas a fin de hacer posible la elaboración y ejecución de proyectos binacionales para el desarrollo de las comunidades indígenas Wayúu de cada una de las Partes.

Artículo 4

Para el logro de los objetivos generales del Acuerdo, las Partes desarrollarán las acciones siguientes:

1. Realizar un censo simultáneo de sus respectivos nacionales indígenas Wayúu, domiciliados en las zonas adyacentes a las fronteras de cada país.

2. Elaborar un estudio para determinar el establecimiento de un medio de identificación que permita a los nacionales indígenas de cada Parte Contratante el libre tránsito a través de las fronteras de ambos Estados.

4. Elaborar conjuntamente un plan para el aprovechamiento de los recursos hídricos de La Guajira, con el fin de buscar soluciones al problema de suministro de agua a la población indígena Wayúu de ambas Partes contemplando diferentes alternativas tales como jagüeyes, molinos de viento, pozos profundos y/o superficiales, pozos anillados, etc.

5. Estudiar la posibilidad de establecer una estación binacional para investigación y aprovechamiento de las zonas áridas y semiáridas con el fin de determinar los bienes y servicios que estos ecosistemas pueden aportar al desarrollo de las comunidades rurales ubicadas en ellos, y para práctica de algunas actividades como la capricultura, cunicultura, agricultura, apicultura, piscicultura y pesca.

6. Encomendar a Corpozulia y a Corpoguajira la elaboración, en coordinación y con la asesoría de las entidades del ramo en cada Parte, de un estudio para establecer el uso común de los servicios hospitalarios y de centros y puestos de salud, en la zona fronteriza habitada por la población indígena Wayúu de cada Parte-Contratante, realizar conjuntamente campañas sanitarias y de control epidemiológico en dicha zona, así como propiciar que los estudiantes del último año de medicina de ambos países, realicen su internado y año rural en la zona común de la frontera Colombo-Venezolana.

7. Promover la investigación sobre la problemática de la población indígena Wayúu de ambas Partes, en los Centros superiores de educación, que permita a los estudiantes aplicarlos en proyectos concretos que mejoren el nivel de vida de los habitantes de esa zona adyacente a las fronteras de ambos Estados.

8. Estudiar conjuntamente la posibilidad de establecer un régimen especial para que los productos que conforman la alimentación básica del grupo familiar queden liberados de gravámenes y formalidades arancelarias.

Artículo 5

Las Partes podrán convenir la inclusión de cualquier otra actividad que consideren necesaria para el logro de los objetivos del presente Acuerdo.

Artículo 6

Las Partes definirán conjuntamente los mecanismos de financiamiento para cubrir los gastos de ejecución de este Acuerdo, a través de Corpozulia y Corpoguajira.

Artículo 7

Corpozulia y Corpoguajira elaborarán un Plan Anual de Operaciones que concretice el

presente Acuerdo.

El Plan Anual de Operaciones incluirá los términos de referencia de las acciones previstas en este Acuerdo o de las que se incluyan posteriormente, especificando objetivos, cronogramas de trabajo indicando fecha de iniciación y terminación, cantidad y características de los recursos programados y la contribución de las Partes.

Artículo 8

Los representantes de Corpozulia y Corpoguajira se reunirán regularmente, por lo menos dos veces al año, para elaborar el Plan Anual de Operaciones, evaluar las actividades realizadas y hacer los ajustes que consideren necesarios al Plan de Operaciones y proponer si fuere el caso, modificaciones al presente Acuerdo.

Artículo 9

Corpozulia y Corpoguajira contarán con el apoyo técnico de las entidades competentes en cada país, para estructurar, ejecutar y evaluar las actividades que se estipulen en los planes, programas y proyectos a desarrollar.

Artículo 10

El presente Acuerdo entrará en vigor en la fecha en que las Partes se notifiquen por escrito haber cumplido con los requisitos exigidos por sus respectivas legislaciones internas para su aprobación. Tendrá una duración de cuatro (4) años, prorrogables por períodos iguales y podrá ser denunciado en cualquier momento, por cualquiera de las Partes mediante notificación escrita a la otra Parte, con sesenta (60) días de anticipación.

Firmado en Caracas a los tres (3) días del mes de mayo de mil novecientos noventa, en dos (2) ejemplares en español, igualmente auténticos.

Por la República de Colombia,

Francisco Javier Daza Tovar,

Presidente Junta Directiva

Corporación Autónoma Regional de La Guajira.

Por la República de Venezuela,

Presidente

Corporación de Desarrollo de la Región Zuliana.

RAMA EJECUTIVA DEL PODER PUBLICO

PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA

Bogotá, D. C., 20 de junio de 2003.

Aprobado. Sométase a la consideración del honorable Congreso Nacional para los efectos constitucionales

(Fdo.) ÁLVARO URIBE VÉLEZ

La Ministra de Relaciones Exteriores

(Fdo.) Carolina Barco Isakson.

DECRETA:

Artículo 1°. Apruébase el "Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela", firmado en Caracas a los tres (3) días del mes de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Artículo 2°. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 7ª de 1944, el "Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela", firmado en Caracas a los tres (3) días del mes de mayo de mil novecientos noventa (1990), que por el artículo 1° de esta ley se aprueba, obligará al país a partir de la fecha en que se perfeccione el vínculo internacional respecto del mismo.

Artículo 3°. La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación.

Dada en Bogotá, D. C., a los

Presentado al honorable Congreso de la República por el Ministro del Interior y de Justicia y el Ministro de Relaciones Exteriores.

Ministro del Interior y de Justicia,

Carlos Holguín Sardi.

Ministro de Relaciones Exteriores,

Fernando Araújo Perdomo.

III. INTERVENCIONES.

1. Universidad del Magdalena.

La Directora del Programa de Antropología de la Universidad del Magdalena interviene en el proceso de la referencia a efectos de suministrarle a la Corte algunos elementos de juicio sobre el convenio internacional sometido a su control.

Señala que es de carácter prioritario el desarrollo de los puntos que tienen que ver con la atención a la seguridad alimentaria de los Wayúu, pues históricamente se ha visto afectada, "pues el pastoreo es una actividad tradicional, no asegura una alimentación variada. Por otra parte, la actividad comercial que este pueblo venía realizando desde épocas coloniales se ha visto afectada, lo que repercute notoriamente en el acceso a los recursos económicos y por lo tanto alimentarios".

Indica que, en materia de salud, la medicina tradicional indígena se ha visto afectada por el ejercicio de la medicina occidental, "lo que ha afectado un sistema de organización social y cultural".

Explica igualmente que uno de los problemas fundamentales de la Guajira es el acceso al agua potable, y en tal sentido, los planes hídricos deben realizarse de acuerdo con la concertación con los pueblos indígenas y teniendo en cuenta que el medio ambiente no se vea afectado.

Así mismo, señala que es fundamental que sistema educativo no busque como único fin la inclusión de los indígenas dentro de un sistema de salarios, "sino que este sistema educativo sea una herramienta para que el pueblo Wayúu sea promotor de sus propias formas de subsistencia y desarrollo en el territorio ancestral".

IV. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

En ejercicio de las competencias previstas en los artículos 242.2 y 278 del texto constitucional, el Procurador General de la Nación presentó concepto núm. 4771 dentro del trámite de la referencia, en el cual solicita declarar inexequible Ley 1214 de 2008, aprobatoria del Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela, firmado en Caracas, el 3 de mayo de 1990.

En cuanto al trámite del proyecto de ley aprobatoria, la Vista Fiscal considera que se incurrió en un vicio de procedimiento durante la aprobación de la ley en la Comisión Segunda del Senado de la República, consistente en lo siguiente:

"En la sesión del 27 de noviembre de 2007 tampoco se realizó la discusión y aprobación del Proyecto de Ley, pero fue anunciado nuevamente, el 28 de noviembre de 2007 tal como consta en el Acta No. 14 de la misma fecha, publicada en la Gaceta del Congreso No. 176 del 24 de abril de 2008, en la que se lee: "Anuncio de discusión y votación de los proyectos de ley (…)* Proyecto de ley 142 de 2007 Senado". (…). Y al final se indica: "Cita para mañana 29 de noviembre a las 9:00 A.m. y se les agradece a todos por la participación", (pág. 26 y 27 de la Gaceta).

En la sesión del 29 de noviembre de 2007 tampoco se realizó la discusión y aprobación del Proyecto de Ley. Solamente se encuentra en el expediente una constancia remitida en fax por parte del Secretario de la Comisión Segunda del Senado a la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Constitucionales, donde aparece que en esta fecha mediante un formato de entrega de documentos para los Senadores de la Comisión Segunda, fueron citados a sesiones conforme aparece en el "Asunto: Convocatorias sesiones martes 04, miércoles 05 y jueves 06 de diciembre de 2007", y "fecha de entrega: Noviembre 29 de 2007", sin que se encuentre publicación alguna que pruebe otro anuncio de discusión y aprobación.

Finalmente el proyecto fue debatido y aprobado el 4 de diciembre de 2007, según consta en Acta No. 15, publicada en la Gaceta del Congreso 177 del 24 de abril de 2008. En oficio de 10 de septiembre de 2008, dirigido a la Secretaria General de la Corte Constitucional, el Secretario General de la Comisión Segunda del Senado afirmó que el proyecto se discutió y aprobó con un quórum deliberatorio y decisorio "integrado por diez (10) de los trece (13) H. Senadores que conforman la Comisión Segunda del Senado, según consta en el Acta No. 15 del 4 de diciembre de 2007"

Sobre este punto la Procuraduría observa, que el trámite legislativo surtido en la Comisión Segunda del Senado no cumplió la exigencia constitucional prevista en el Acto Legislativo 01 de 2003, artículo 8, por cuanto, la aprobación del proyecto en primer debate del Senado, pese a las sucesivas prórrogas, no se realizó de conformidad con el mandato constitucional aludido, y a la jurisprudencia que lo ha reiterado, pues se presentó un rompimiento en la cadena de anuncios.1

Como se hizo mención anteriormente el anuncio de la discusión y aprobación del proyecto de ley en referencia, fue realizado en varias sesiones sucesivas (7, 13, 14, 20, 21, 27 de noviembre de 2007); sin embargo, dicho proyecto no fue efectivamente debatido y votado en ninguna de estas fechas en que se anunció, siendo finalmente debatido y aprobado el proyecto con la mayoría reglamentaria el 4 de diciembre de 2007, sin que hubiera habido en este caso un anuncio previo a partir del cual pueda entenderse cumplido el requisito constitucional establecido en el inciso 5 del artículo 160 Superior, adicionado por el artículo 8° del Acto Legislativo 01 de 2003, según el cual "ningún proyecto de ley será sometido a votación en sesión diferente a aquella que previamente se haya anunciado. El aviso de que un proyecto será sometido a votación lo dará la presidencia de cada cámara o comisión en sesión distinta a aquella en la cual se realizará la votación".

Tal circunstancia es reconocida por el Secretario General de la Comisión Segunda del Senado de la República, quien hizo llegar a la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Constitucionales un fax de dos constancias que señalan la entrega del orden del día y la citación a sesión para debatir los proyectos de ley.

Es del caso señalar que si bien entre la fecha en que se hizo el último de los anuncios

a que se hace referencia (noviembre 27 de 2007) para la sesión del 29 de noviembre de 2007 y aquella en que tuvo lugar la efectiva votación del proyecto de ley (diciembre 4 de 2007) no se pudo realizar más anuncios ni más sesiones, razón por la cual no es posible determinar el cumplimiento de dicha exigencia constitucional. (negrillas originales).

Así las cosas, en pocas palabras, la Vista Fiscal considera que se incurrió en un vicio de procedimiento durante el trámite del proyecto de ley en la Comisión Segunda del Senado de la República, consistente en que el anuncio para votación, "para la próxima sesión", tuvo lugar el día 28 de noviembre de 2007, pero aquélla fue llevada a cabo el día 4 de diciembre del mismo año y no el 29 de noviembre.

Por otra parte, considera el Señor Procurador que se incurrió en un segundo vicio de procedimiento, consistente en no haber llevado a cabo la consulta previa a los pueblos indígenas, en los términos del Convenio 169 de la OIT.

V. DECRETO Y PRÁCTICA DE PRUEBAS.

El Magistrado Sustanciador, mediante auto del 17 de junio de 2009 dispuso lo siguiente:

"1. ORDENAR que por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional se oficie al Señor Secretario de la Comisión Segunda del Senado de la República, a efectos de que dentro de los dos (2) días siguientes a la recepción de la respectiva comunicación informe al despacho lo siguiente:

a. Si la Comisión Segunda del Senado de la República sesionó el día 29 de noviembre de 2009, y en caso afirmativo, aporte la correspondiente acta contentiva del anuncio previo a votación.

a. Aporte copia del documento remitido a la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Constitucionales, contentivo de un "formato de entrega de documentos para los Senadores de la Comisión Segunda según el cual fueron citados a sesiones conforme a aparece en el "Asunto: convocatorias sesiones martes 04".

2. ORDENAR que por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional se oficie al Señor Ministro del Interior y de Justicia, a efectos de que dentro de los dos (2) días siguientes a la recepción de la respectiva comunicación informe al despacho lo siguiente:

a. Si las poblaciones indígenas Wayúu fueron previamente consultadas respecto al trámite de la Ley 1214 de 2008, aprobatoria del "Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela".

a. En caso afirmativo, aporte los correspondientes soportes de la consulta previa, precisando con detalle, (i) mecanismo de convocatoria; (ii) fecha de su realización y (iii) resultados de aquélla.

En cumplimiento del anterior auto, la Coordinadora del Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia, de conformidad con oficio recibido en la Secretaría General de la Corte el 25 de junio de 2009, certificó lo siguiente:

"No se encuentra en nuestra base de datos información sobre proceso de consulta previa alguno que se haya realizado con el pueblo Wayúu durante el trámite de la ley 1214 de 2008, aprobatoria del "Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela", firmado en Caracas a los tres (3) días del mes de mayo de mil novecientos noventa (1990). (negrillas agregadas).

A su vez, el Secretario General de la Comisión Segunda del Senado, mediante oficio recibido el 30 de junio de 2009 en la Secretaría General de la Corte Constitucional certificó que "La Comisión Segunda del Senado no sesionó el día jueves 29 de noviembre de 2007". De igual manera, aportó fotocopia del documento remitido a la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Constitucionales, contentivo de un "formato de entrega de documentos para los Senadores de la Comisión Segunda según el cual fueron citados a

sesiones conforme aparece en el asunto: convocatorias sesiones martes 04".

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. La competencia y el objeto del control

Según lo previsto en el artículo 241 numeral 10 de la Constitución corresponde a la Corte realizar el control automático de constitucionalidad de los tratados internacionales y las leyes que los aprueban. Sobre el particular cabe resaltar que el control confiado a esta Corporación en estos casos es integral, automático y versa tanto sobre el contenido material del instrumento internacional y de su ley aprobatoria, como sobre la concordancia entre su trámite legislativo y las normas constitucionales aplicables.

En relación con el aspecto formal, la Corte ha entendido que se encuentra llamada a examinar la validez de la representación del Estado colombiano durante el proceso de negociación, celebración y suscripción del tratado, al igual que la observancia de las reglas del trámite legislativo que precedieron la aprobación de la ley sujeta a análisis. Sobre el particular, es preciso advertir que el texto constitucional no dispone un procedimiento legislativo especial para la expedición de una ley aprobatoria de un tratado internacional, razón por la cual debe seguir, en términos generales, el mismo trámite de una ley ordinaria. Empero, esta previsión opera salvo las obligaciones de (i) iniciación del debate en el Senado de la República, por tratarse de asuntos relativos a relaciones internacionales (Art. 154 C.N.); y (ii) remisión de la ley aprobada a la Corte Constitucional, por parte del Gobierno, para efectos de su revisión definitiva (Art. 241-10 C.N.).

En tal sentido, en razón del trámite ordinario de la ley, se requiere: (i) el inicio del procedimiento legislativo en la comisión constitucional correspondiente del Senado de la República; (ii) la publicación oficial del proyecto de ley; (iii) la aprobación reglamentaria en los debates de las comisiones y plenarias de cada una de las Cámaras (Art. 157 C.N.); (iv) que entre el primer y segundo debates medie un lapso no inferior a ocho días y que entre la aprobación del proyecto en una de las Cámaras y la iniciación del debate en la otra, transcurran por lo menos quince días (Art. 160 C.P.); (v) la comprobación del anuncio previo a la votación en cada uno de los debates; y (vi) la sanción presidencial y la remisión del texto a la Corte Constitucional dentro de los seis

días siguientes, (Art. 241-10 C.P.).

Ahora bien, en cuanto al elemento material del control de constitucionalidad, la labor de la Corte consiste en confrontar las disposiciones del instrumento internacional y, a su vez, las de la ley aprobatoria con la totalidad de los preceptos constitucionales, a fin de determinar si se ajustan o no al Texto Fundamental.

2. Metodología.

Dado que en el presente caso, la Corte ya se había pronunciado acerca de algunos aspectos de la ley aprobatoria del tratado internacional, e igualmente, la Vista Fiscal alega la existencia de dos vicios de procedimiento en el trámite de la ley aprobatoria del instrumento internacional, consistentes en (i) eludir el cumplimiento del requisito del anuncio previo al momento de votarse el proyecto de ley en la Comisión II del Senado de la República; y (ii) no haber consultado previamente a las poblaciones indígenas Wayúu, en los términos del Convenio 169 de la OIT, la Corte seguirá en este caso la siguiente metodología (i) analizará el contenido de la sentencia C- 649 de 2006; (ii) describirá el trámite que surtió la ley 1214 de 2008 en el Congreso de la República; (iii) examinará la procedencia del requisito de la consulta previa a las comunidades indígenas en lo que atañe a leyes aprobatorias de tratados internacionales; (iv) de ser procedente, verificará el cumplimiento de aquél; y (v) llegado el caso, se pronunciará acerca del cumplimiento de los demás requisitos constitucionales y legales, en especial, el anuncio previo a votación; y (vi) finalmente, de llegar a concluir que no se presentaron vicios de procedimiento, adelantará el examen material del instrumento internacional.

3. Contenido y alcance de la sentencia C- 649 de 2006.

La Corte en sentencia C- 649 de 2006 decidió "Declarar INEXEQUIBLE la Ley 992 de 2005 por medio de la cual se aprobó el "Acuerdo para el desarrollo integral y asistencia básica de las poblaciones indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela", firmado en Caracas a los tres (3) días del mes de mayo de mil novecientos noventa (1990)". Lo anterior por cuanto en el primer debate en la Comisión Segunda del Senado de la República se omitió hacer el aviso previo de la sesión en que se votaría sobre el mismo proyecto, como lo exige el artículo 8 del Acto Legislativo 01 de 2003. A juicio de la Corte, si bien en sesión anterior a la aprobación del proyecto

en primer debate se hizo referencia al proyecto de ley, los términos utilizados y el contexto en que se expresó, no permitían inferir el cumplimiento del mandato constitucional, ni el señalamiento de una fecha cierta o determinable de cuándo se realizaría dicha votación y en consecuencia, existió un vicio de procedimiento insubsanable que condujo a la inconstitucionalidad de la Ley 992 de 2005, aprobatoria de dicho Acuerdo.

Importa igualmente destacar que el texto de la sentencia C- 649 de 2006 no se hizo referencia alguna a la consulta previa del acuerdo internacional a las poblaciones indígenas Wayúu, bien fuera durante la negociación del mismo, ni al momento de ser sometido el proyecto de ley a la aprobación congresional.

Así las cosas, el trámite de la ley aprobatoria del "Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela", debió realizarse nuevamente en su totalidad en el Congreso de la República, siendo ahora objeto de examen por parte de la Corte.

4. Descripción del trámite congresional que surtió la ley aprobatoria.

4.1. Remisión del Acuerdo y su ley aprobatoria

Mediante oficio del 22 de julio de 2008, la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República remitió a esta Corporación copia auténtica del "Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela", firmado en Caracas el tres (3) de mayo de 1990, así como de la Ley 1214 de 2008, mediante la cual fue aprobado.

4.2. Negociación y celebración del Tratado. Confirmación ulterior de un acto ejecutado sin autorización.

La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados consagra diversas normas consuetudinarias en materia de negociación y adopción de tratados internacionales.

Así pues, como regla general, tanto para la adopción y autenticación del texto, así como para la manifestación del consentimiento, se considera que representan al Estado (i)

quienes se encuentren provistos de plenos poderes; o (ii) cuando en la práctica, o de otras circunstancias, se deduzca que los Estados han considerado a determinado funcionario como su representante, sin necesidad de acreditar plenos poderes.

Las reglas específicas, por su parte, prevén que, en virtud de sus funciones, y sin tener que presentar plenos poderes, se consideran facultados (i) al Jefe de Estado, al de Gobierno y al Ministro de Asuntos Exteriores, para todos los actos relativos a la celebración de un tratado; (ii) a los Jefes de Misión Diplomática para la adopción del texto del tratado con el Estado ante el cual se encuentren acreditados; y (iii) a los representantes ante la Conferencia Internacional o ante la Organización Internacional o uno de sus órganos para la adopción del texto de un tratado en dicha Conferencia, Organización u Órgano (art. 7 del Convenio de Viena).

Por último, de manera excepcional, el artículo 8 de la Convención de Viena, permite que lo ejecutado por una persona no autorizada pueda surtir efectos, si posteriormente fuera confirmado por el Estado en cuya representación se había autorizado a actuar. La disposición en mención reza:

"Confirmación ulterior de un acto ejecutado sin autorización. Un acto relativo a la celebración de un tratado ejecutado por una persona que, conforme al articulo 7, no pueda considerarse autorizada para representar con tal fin a un Estado, no surtirá efectos jurídicos a menos que sea ulteriormente confirmado por ese Estado.

En el presente caso, el texto del "Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela", fue suscrito por el entonces Presidente de la Junta Directiva de la Corporación Autónoma Regional de la Guajira, el señor Javier Daza Tovar, funcionario que, de conformidad con las reglas señaladas, no se entiende que representara internacionalmente al Estado colombiano. Tampoco contaba con plenos poderes para negociar el instrumento internacional. De allí que hubiera sido preciso acudir a lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. En efecto, durante el trámite ante la Corte, la Cancillería remitió el siguiente escrito:

"ÁLVARO URIBE VÉLEZ

PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

A TODOS LOS QUE LAS PRESENTES VIEREN

SALUD:

POR CUANTO, se ha de proceder a la refrendación de la FIRMA del "ACUERDO PARA EL DESARROLLO INTEGRAL Y ASISTENCIA BÁSICA DE LAS POBLACIONES INDÍGENAS WAYÚU DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA", firmado en Caracas el 3 de mayo de 1990 por el señor FRANCISCO JAVIER DAZA TOVARA, Presidente de la Junta Directiva de la Corporación Autónoma Regional de la Guajira, de conformidad con el artículo 8 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del 23 de mayo de 1969, he determinado expedir el presente INSTRUMENTO DE REFRENDACIÓN DE FIRMA, para dicho Acuerdo.

DADO y firmado de mi mano, sellado con el sello de la República y refrendado por el Ministro de Relaciones Exteriores, en la ciudad de Bogotá, D.C., a los VEINTISEIS (26) días del mes de julio del año dos mil siete (2007)

(firmas)

Puestas así las cosas, la Corte constata que en el presente caso se acudió a la regla exceptiva dispuesta en el artículo 8 de la Convención de Viena de 1969 (conocida como firma ad referéndum), motivo por el cual no se presentó vicio alguno en relación con la representación internacional del Estado colombiano.

4.3. Trámite de aprobación de la Ley 1214 de 2008 en el Senado de la República.

Con fundamento en los antecedentes legislativos, las actas publicadas en las Gacetas del Congreso de la República y las certificaciones remitidas a la Corte Constitucional por el Senado de la República y la Cámara de Representantes, se pudo verificar que el trámite surtido en esa Corporación para la expedición de la Ley No. 1214 de 2008, fue el siguiente.

4.3.1. Presentación del proyecto de ley aprobatoria y primer debate en la Comisión Segunda del Senado.

El respectivo "Proyecto de Ley número 142 de 2007 Senado", aparece publicado, junto con su correspondiente exposición de motivos, en la Gaceta del Congreso núm. 469 de 2007.

El informe de ponencia para primer debate en la Comisión Segunda del Senado de la República, fue presentado el 30 de octubre de 2007 por el Congresista Jesús Enrique Piñacué Achicué, texto que aparece publicado en la Gaceta del Congreso núm. 564 de 2007.

Según consta en el Acta de Comisión núm. 09 del 7 de noviembre de 2007, publicada en la Gaceta del Congreso núm. 669 del 18 de diciembre de 2007, se anunció la votación del proyecto de ley en los siguientes términos:

Anuncio de discusión y votación de proyectos de ley

por orden del Presidente de la Comisión Segunda del Senado de la República,

anuncio de discusión y votación de proyectos de ley para la próxima sesión.

(Artículo 8° del Acto Legislativo número 01 de 2003).

(…)

1. Proyecto de ley número 142 de 2007 Senado, por medio de la cual se aprueba el acuerdo para el desarrollo integral y asistencia básica de las poblaciones indígenas Wayúu de la República de Colombia y la República de Venezuela, firmado en Caracas a los tres (3) días del mes de mayo de mil novecientos noventa (1990).

De conformidad con el Acta núm. 10 del 13 de noviembre de 2007, publicada en la Gaceta del Congreso núm. 669 de 2007, el proyecto de ley fue nuevamente anunciado, de la siguiente manera:

Anuncio de discusión y votación de proyectos de ley por orden del presidente de la Comisión Segunda del Senado de la República, anuncio de discusión y votación de proyectos de ley para la próxima sesión (artículo 8° del Acto Legislativo número 01 de

2003).

1. Proyecto de ley número 142 de 2007 Senado, por medio de la cual se aprueba el Acuerdo para el desarrollo integral y asistencia básica de las poblaciones indígenas Wayúu de la República de Colombia y la República de Venezuela, firmado en Caracas, a los tres (3) días del mes de mayo de mil novecientos noventa (1990).

De manera similar, según consta en el Acta núm. 11 del 14 de noviembre de 2007, publicada en la Gaceta del Congreso núm. 175 del 24 de abril de 2008, el proyecto de ley fue nuevamente anunciado, en los siguientes términos:

Anuncio de discusión y votación de proyectos de ley

Por orden del Presidente de la Comisión Segunda del Senado de la República, anuncio de discusión y votación de proyectos de ley para la próxima sesión

(…)

3. Proyecto de ley número 142 de 2007 Senado, por medio de la cual se aprueba el Acuerdo para el desarrollo integral y asistencia básica de las poblaciones indígenas Wayúu de la República de Colombia y la República de Venezuela, firmado en Caracas a los tres (3) días del mes de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Debido a que para la mencionada fecha el proyecto de ley no fue votado, aquél fue nuevamente anunciado durante la sesión de Comisión del 20 de noviembre de 2007, según consta en el Acta núm. 12, publicada en la Gaceta del Congreso núm. 175 de 2008:

“Anuncio de discusión y votación de proyectos de ley según orden del Presidente de la Comisión Segunda del Senado de la República para la próxima sesión de acuerdo con el artículo 8° del Acto Legislativo número 01 de 2003.

(…)

Una vez más, al no haber sido votado el proyecto de ley en la mencionada sesión de Comisión, de conformidad con el Acta núm. 13 del 21 de noviembre de 2007, publicada en la Gaceta del Congreso núm. 175 de 2008, aquél fue nuevamente anunciado:

“El señor Secretario:

Informa a la Presidencia que el siguiente punto es: Anuncio de proyectos de ley: Por orden del Presidente de la Comisión Segunda del Senado de la República, anuncio de discusión y votación de proyectos de ley para la próxima sesión, según el artículo 8° del Acto Legislativo número 1 de 2003.

Proyecto de ley número 142 de 2007 Senado, por medio de la cual se aprueba el Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y la República de Venezuela, firmado en Caracas a los 3 días del mes de mayo de 1990.

Así mismo, de conformidad con el Acta núm. 14 del 28 de noviembre de 2007, publicada en la Gaceta del Congreso núm. 176 del 24 de abril de 2008, el proyecto de ley fue nuevamente anunciado, en los siguientes términos:

“Anuncio de proyectos de ley.

El señor Secretario, Felipe Ortiz Marulanda, da lectura: Anuncio de discusión y votación de proyectos de ley por orden del Presidente de la Comisión Segunda del Senado de la República, para la próxima sesión, según el artículo 8º del Acto Legislativo número 01 de 2003:

Proyecto de ley número 142 de 2007 Senado, por medio de la cual se aprueba el acuerdo para el desarrollo integral y asistencia básica de las poblaciones indígenas Wayúu de la República de Colombia y la República de Venezuela, firmado en Caracas a los tres (3) días del mes de mayo de mil novecientos noventa (1990).

A su vez, el Secretario General de la Comisión Segunda del Senado, mediante oficio recibido el 30 de junio de 2009 en la Secretaría General de la Corte Constitucional certificó que “La Comisión Segunda del Senado no sesionó el día jueves 29 de noviembre de 2007”.

Finalmente, el proyecto de ley fue discutido y aprobado el día 4 de diciembre de 2007, es decir, en la siguiente sesión, según consta en el Acta núm. 15, publicada en la Gaceta del Congreso núm. 177 de 2008:

El Secretario da lectura título del proyecto:

Por medio de la cual se aprueba el acuerdo para el desarrollo integral de asistencia básica de las poblaciones indígenas Wayúu de la República de Colombia y la República de Venezuela firmado en Caracas a los 3 días del mes de mayo de 1990.

El señor Presidente, somete a consideración el título del proyecto.

¿Aprueba la comisión el título?

El señor Secretario responde que ha sido aprobado el título del proyecto.

El señor Presidente pregunta a los Senadores de la comisión si quiere que este proyecto tenga segundo debate y se convierta en ley de la República.

El Secretario informa a la presidencia que sí lo quiere la comisión.

El Presidente nombra como ponente para segundo debate en la plenaria del Senado al Senador Jesús Enrique Piñacué.

En cuanto a los quórum deliberatorio, decisorio y votación del proyecto de ley, Felipe Ortiz M., Secretario General a la Comisión Segunda del Senado de la República, certificó lo siguiente:

"QUÓRUM DELIBERATORIO Y DECISORIO. Integrado por diez (10) de los trece (13) H. Senadores que conforman la Comisión Segunda del Senado, según consta en el Acta núm. 15 del 04 de diciembre de 2007, publicada en la Gaceta No. 177 del 24 de abril de 2008".

El texto definitivo aprobado en primer debate por parte de la Comisión Segunda Constitucional Permanente fue publicado en la Gaceta del Congreso núm. 635 de 2007.

Así las cosas, la Corte concluye que no se presentó vicio relativo al requisito establecido en el artículo 160 constitucional durante el trámite del proyecto de ley en la Comisión II del Senado de la República. En efecto, si bien se presentaron varios anuncios, el último de ellos tuvo lugar el día 28 de noviembre de 2007 (Acta núm. 14), habiendo sido la

"próxima sesión", el 4 de diciembre del mismo año (Acta núm. 15).

4.3.2. Trámite en la Plenaria del Senado.

La ponencia para segundo debate del "Proyecto de Ley número 142 de 2007 Senado", fue presentada por el Senador Jesús Enrique Piñacué Achicué, habiendo sido publicada en la Gaceta del Congreso número 635 del 6 de diciembre de 2007.

Por Secretaría se informa lo siguiente:

La Secretaría informa que en este proyecto hay un impedimento del doctor Jorge Visbal que fue aceptado y no se encontraba en el Recinto el doctor Visbal.

Por instrucciones de la Presidencia y de conformidad con el Acto Legislativo número 01 de 2003, la Secretaría anuncia los proyectos que se discutirán y aprobarán en la próxima sesión.

(…)

Proyecto de ley número 142 de 2007 Senado, por medio de la cual se aprueba el acuerdo para el desarrollo integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela, firmado en Caracas a los tres días del mes de mayo de mil novecientos noventa.

(…)

Negocios sustanciados por la Presidencia

Siendo las 8:45 p. m., la Presidencia levanta la sesión y convoca para el día jueves 13 de diciembre de 2007, a las 11:00 a. m.

Durante la Sesión Plenaria núm. 29 del día jueves 13 de diciembre de 2007, la cual aparece publicada en la Gaceta del Congreso núm. 61 del 26 de febrero de 2008, fue aprobado el proyecto de ley sometido al examen de la Corte. El texto de la aprobación es el siguiente:

"Se abre segundo debate

Por solicitud del honorable Senador Jesús Enrique Piñacué Achicué, la Presidencia somete a consideración de la plenaria omitir la lectura del articulado y, cerrada su discusión, esta le imparte su aprobación.

La Presidencia somete a consideración de la plenaria el articulado del proyecto, y cerrada su discusión pregunta: ¿Adopta la plenaria el articulado propuesto? Y esta responde afirmativamente.

La Presidencia indica a la Secretaría dar lectura al título del proyecto.

Por Secretaría se da lectura al título del Proyecto de ley número 142 de 2007 Senado.

"por medio de la cual se aprueba el Acuerdo para el desarrollo integral y asistencia básica de las poblaciones indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela", firmado en Caracas a los tres (3) días del mes de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Leído este, la Presidencia lo somete a consideración de la plenaria, y cerrada su discusión pregunta: ¿Aprueban los miembros de la Corporación el título leído? Y estos le imparten su aprobación.

Cumplidos los trámites constitucionales, legales y reglamentarios, la Presidencia pregunta: ¿Quieren los Senadores presentes que el proyecto de ley aprobado sea ley de la República? Y estos responden afirmativamente.

"La votación fue de 94 honorables senadores que aparecen registrados según el acta, no hubo solicitud de verificación de quórum, ni de votación nominal, ni constancia de voto negativo".

Puestas así las cosas, la Corte concluye que no se presentó vicio alguno de procedimiento durante la aprobación del tratado internacional por la Plenaria del Senado de la República, por cuanto el proyecto de ley fue anunciado el día 12 de diciembre de 2007, para ser votado "la próxima sesión", la cual tuvo lugar al día siguiente.

4.3.3. Trámite en la Comisión II de la Cámara de Representantes.

Radicado el Proyecto de ley en la Cámara de Representantes con el número 220 Cámara, se le repartió a la Comisión Segunda Constitucional Permanente, siendo designado como ponente Wílmer David González Brito. El informe de ponencia fue publicado en la Gaceta del Congreso No. 263 del 19 de mayo de 2008.

En el Acta de Comisión Segunda Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes No. 29, fechada el día 27 de mayo de 2008 y publicada en la Gaceta del Congreso No. 594 del miércoles 3 de septiembre de 2008, se realizó el anuncio correspondiente en los siguientes términos:

"Hace uso de la palabra la Secretaria General, doctora Pilar Rodríguez Arias:

Sí señor Presidente.

Anuncios de proyectos de ley para aprobación en primer debate, dándose cumplimiento así a lo determinado en el artículo 8º del Acto Legislativo número 1 de 2003. Los anuncios que voy a realizar de los proyectos de ley serán para ser discutidos y votados en la sesión de mañana miércoles a las 10:00 de la mañana, según lo ordenado por el Presidente.

En el Acta número 30 del día miércoles 28 de mayo 2008, publicada en la Gaceta del Congreso núm. 594 del miércoles 3 de septiembre de 2008, aparece la aprobación del proyecto en los siguientes términos:

"Hace uso de la palabra la Secretaria de la Comisión, doctora Pilar Rodríguez Arias:

Por medio de la cual se aprueba el ¿Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las poblaciones indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela¿, firmado en Caracas a los tres (3) días del mes de mayo de mil novecientos noventa (1990).

Leído el título del proyecto señor Presidente.

Hace uso de la palabra el Presidente de la Comisión, honorable Representante Augusto Posada Sánchez:

En consideración el título del proyecto, anuncio que va a cerrarse, ¿aprueban los honorables miembros el título leído?

Hace uso de la palabra la Secretaria de la Comisión, doctora Pilar Rodríguez Arias:

Ha sido aprobado el título leído señor Presidente.

Hace uso de la palabra el Presidente de la Comisión, honorable Representante Augusto Posada Sánchez:

¿Quieren los honorables miembros de esta Comisión que el proyecto de ley sea ley de la República?

Hace uso de la palabra la Secretaria de la Comisión, doctora Pilar Rodríguez Arias:

Sí lo quiere señor Presidente.

Hace uso de la palabra el Presidente de la Comisión, honorable Representante Augusto Posada Sánchez:

Se designa al doctor Wílmer González como ponente para segundo debate en Plenaria de Cámara. Próximo proyecto del Orden del Día.

En cuanto al quórum y votación del proyecto de ley, la Secretaria General de la Cámara de Representantes, en certificación recibida el día 10 de septiembre de 2008 en la Secretaría General de la Corte Constitucional, afirma lo siguiente:

"Que en sesión del día 28 de mayo del 2008 con la asistencia de 15 Honorables Representantes se dio primer debate y se aprobó por unanimidad el proyecto de ley No. 142/07 Senado 220/08 Cámara, " Por medio de la cual se aprueba el Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela", firmado en Caracas el tres (3) de mayo de 1990".

Concluye la Corte que durante el trámite que surtió la ley aprobatoria en la Comisión II de la Cámara de Representantes tampoco se presentó vicio alguno de procedimiento, por cuanto el proyecto de ley fue anunciado el día 27 de mayo de 2008 para ser aprobado

“en la sesión de mañana miércoles a las 10:00”, lo cual efectivamente sucedió.

4.3.4. Trámite en la Plenaria de la Cámara de Representantes.

El informe de ponencia para segundo debate en la Cámara de Representantes fue presentado el día 5 de junio de 2008 por el Congresista Wílmer David González Brito, texto que aparece publicado en la Gaceta del Congreso No. 333 del 9 de junio de 2008.

En el Acta núm. 117 de junio 11 de 2008 de la Sesión Plenaria, la cual aparece publicada en la Gaceta del Congreso No. 422 de 2008, se verifica lo siguiente respecto del anuncio:

“Subsecretaria General (e.) Doctora Flor Marina Daza Ramírez:

Sí señor Presidente.

Se anuncian los proyectos de acuerdo con el Acto Legislativo número 01 del 3 de julio de 2003 en su artículo 8°. Se anuncian los siguientes proyectos para la sesión Plenaria del día martes 17 de junio a las 3 de la tarde o para la sesión donde se debata proyectos de ley o actos legislativos para la siguiente sesión.

De conformidad con el Acta de Plenaria núm. 118 de la sesión ordinaria del día martes 17 de junio de 2008, la cual aparece publicada en la Gaceta del Congreso núm. 423 de 2008, fue aprobado el proyecto de ley.

En lo que concierne al quórum y votación del proyecto de ley, el Secretario General de la Cámara de Representantes certificó lo siguiente:

“Que en sesión Plenaria de la H. Cámara de Representantes del día 17 de junio de 2008, a la cual se hicieron presentes ciento cincuenta y seis (156) Honorables Representantes, fue considerado y aprobado por mayoría de los presentes en votación ordinaria, la Ponencia para segundo debate, el título y el articulado del proyecto de ley número 220/08 Cámara – 142/07 Senado “POR MEDIO DE LA CUAL SE APRUEBA EL ACUERDO PARA EL DESARROLLO INTEGRAL Y ASISTENCIA BÁSICA DE LAS POBLACIONES INDÍGENAS WAYÚU DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA”, FIRMADO EN CARACAS EL TRES (3) DE MAYO DE 1990”.

Ahora bien, la Corte constató igualmente que entre el primer y segundo debates medió un lapso no inferior a ocho días. En efecto, mientras que en Senado fue aprobado el día 13 de diciembre de 2007, en la Comisión II de la Cámara de Representantes lo fue el 19 de mayo de 2008. De igual manera, entre la aprobación del proyecto en una de las Cámaras y la iniciación del debate en la otra, transcurrieron igualmente por lo menos quince días.

Así las cosas, la Corte constató la inexistencia de vicio alguno de procedimiento durante la aprobación del proyecto de ley aprobatoria en la Plenaria de la Cámara de Representantes. En efecto, el proyecto fue anunciado el 11 de junio de 2008, para ser votado durante "la sesión Plenaria del día martes 17 de junio a las 3 de la tarde", lo cual efectivamente sucedió.

La Ley 1214 de 2008 fue publicada en el Diario Oficial núm. Diario Oficial núm. 47.052 del 16 de julio de 2008. El Presidente de la República remitió a la Corte Constitucional, el 22 de julio de 2008, los textos de la ley aprobatoria y del tratado internacional para su revisión.

Ahora bien, una vez ha sido concluida la presentación del trámite legislativo de aprobación ofrecido al proyecto de ley, es preciso examinar el tema de la consulta previa a las comunidades indígenas.

5. Procedencia del requisito de la consulta previa a las comunidades indígenas en lo que atañe a leyes aprobatorias de tratados internacionales.

5.1. Estado de cosas vigente bajo la Constitución de 1886.

Bajo la anterior Constitución, no existió un reconocimiento del carácter multiétnico de la nación Colombiana. De igual manera, los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no eran considerados como parámetros para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes ni de los decretos legislativos, motivo por el cual aquellos derechos subjetivos reconocidos a los individuos o a las minorías étnicas, mediante tratados internacionales, no se encontraban plenamente garantizados en el ordenamiento jurídico interno.

En tal sentido, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 10 de

diciembre de 1981, al momento de examinar la constitucionalidad de un decreto legislativo frente al Convenio 87 de la OIT, consideró que "en los procesos de inexequibilidad, la confrontación de las normas acusadas para calificar su validez sólo puede ser hecha con disposiciones de la Carta Constitucional y nunca con normas de derecho internacional". En apoyo de este aserto se invocaba la incompetencia de los tribunales internos para interpretar normas internacionales2.

Aunado a lo anterior, la Constitución de 1886 adoptó un modelo dualista puro, con lo cual, las normas internacionales debían ser necesariamente transformadas en disposiciones de derecho interno para poder ser aplicadas, por cuanto se entendía que los derechos interno e internacional presentaban enormes diferencias en cuanto a sus modos de producción normativa, sujetos destinatarios y sanciones

Puestas así las cosas, bajo la anterior Carta Política, no bastaba con tramitar una ley aprobatoria de un tratado internacional para que éste pudiese ser invocado ante los jueces y la administración; se precisaba que, adicionalmente, la norma internacional se transformara en verdadero derecho interno, es decir, se requería que aquélla fuese reproducida en el texto de una ley ordinaria, distinta y complementaria de la ley aprobatoria. La Corte Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto en sentencia C- 401 de 2004, en los siguientes términos:

"No ofrece ninguna duda que todos los convenios internacionales del trabajo ratificados por Colombia fueron integrados a la legislación interna, por disposición expresa del inciso cuarto del artículo 53 de la Constitución. Esto significa que, de manera general, todos estos convenios adquieren el carácter de normas jurídicas obligatorias en el derecho interno por el solo hecho de su ratificación, sin que sea necesario que se dicten nuevas leyes para incorporar su contenido específico en el ordenamiento jurídico del país o para desarrollarlo (negrillas agregadas).

En otras palabras, la Corte señala que el propósito del artículo 53 Superior consistió precisamente en revertir la clásica tesis dualista, según la cual los Convenios de la OIT, ratificados por Colombia, debía ser desarrollados por una ley interna para poder ser aplicados, ley que por supuesto era adoptada con posterioridad a aquella de aprobación del instrumento internacional por el Congreso de la República, no pudiendo

ser confundidas ambas.

Puestas así las cosas, durante la anterior Constitución, los Convenios de la OIT no constituían parámetro alguno para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, ni tampoco incidían en el proceso de formación de aquéllas.

En este contexto normativo, fue adoptado, mediante Ley 21 del 4 de marzo de 1991, el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, cuyo artículo 6º reza:

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 representantivas, 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. (negrillas agregadas).

Así las cosas, a manera de conclusión se puede afirmar que (i) el Convenio 169 de la OIT, adoptado mediante Ley 21 de 1991, debía ser transformado en derecho colombiano interno para poder se aplicado por las autoridades nacionales; (ii) la jurisprudencia

constitucional vigente jamás entendió que los convenios de la OIT constituyesen parámetro alguno para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes en Colombia; (iii) los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no tenían incidencia alguna en el proceso de formación de la ley; y (iv) en consecuencia, no se planteaba el interrogante de determinar si una comunidad indígena debía ser consultada por el Gobierno Nacional antes de someter un instrumento internacional a la aprobación del Congreso de la República, es decir, con posterioridad a su suscripción pero antes de su sometimiento a la correspondiente aprobación congresional, tomando además en cuenta la inexistencia de un control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales y sus respectivas leyes aprobatorias.

5.2. El nuevo paradigma de las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional y su incidencia en materia de consulta previa a las comunidades indígenas.

5.2.1. El paradigma del monismo moderado.

La Constitución de 1991 modificó por completo las relaciones entre el derecho internacional y el interno, adoptando un modelo de "monismo moderado"3; cambio que por supuesto incide en la comprensión del requisito previo de la consulta a las comunidades indígenas.

En efecto, según un esquema monista puro, el derecho internacional se aplicaría directamente en los ordenamientos jurídicos estatales, sin precisar proceso formal alguno de recepción. Por el contrario, un paradigma que podría ser calificado como "monista moderado", consiste en admitir que los tratados internacionales deberán ser sometidos a la respectiva aprobación congresional y control de constitucionalidad, pero que una vez ratificados, entrados en vigencia en el orden internacional y publicados en el Diario Oficial (Ley 7ª de 1944), la norma internacional resulta invocable ante los jueces y administración pública, sin que se precise reproducir su texto en una ley ordinaria, es decir, no se requiere una nueva ley para convertirse en derecho interno.

Con todo, la admisión de la tesis monista moderada no implica negar que, en algunos casos, se precisará expedir una ley ordinaria que permita ejecutar los mandatos contenidos en la disposición internacional, en especial, cuando se esté en presencia de normas non self executing, esto es, aquellas que no contienen la suficiente claridad o

elementos que permitan su aplicación inmediata en el orden interno. Así por ejemplo, una norma internacional que se limite a prohibir la toma de rehenes, precisará de una interna que la desarrolle en tanto que tipo penal; por el contrario, la interdicción internacional de la esclavitud puede ser calificada como una disposición self executing.

En este orden de ideas, las normas internacionales sobre derechos humanos deberán ser incorporadas al orden interno colombiano mediante una ley, no siendo necesario, como antaño, reproducir nuevamente su texto en una ley ordinaria, lo cual no implica que, en ciertos casos, se precise de la expedición de normas legales de ejecución.

5.2.2. Desarrollo legal del Convenio 169 de la OIT.

Bajo la actual Constitución, desde un punto de vista legislativo, la Ley 99 de 1993, "Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones", vino a desarrollar el requisito de la consulta previa a las minorías étnicas, en concreto, en materia de explotación de recursos naturales:

"ARTÍCULO 76. DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y NEGRAS. La explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades.

Así las cosas, la legislación interna, en este caso la Ley 99 de 1993, debe ser interpretada y aplicada de conformidad con lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT.

5.2.3. Evolución jurisprudencial del requisito de la consulta previa.

La Corte Constitucional ha venido abordado el tema del requisito de la consulta previa a las comunidades indígenas, bien sea en sede de amparo o de acción pública de inconstitucionalidad; por el contrario, en materia de leyes aprobatorias de tratados

internacionales el análisis se ha limitado al estudio del "´Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América´, sus ´cartas adjuntas´ y sus ´entendimientos´, suscritos en Washington el 22 de noviembre de 2006" y su correspondiente Ley aprobatoria (sentencia C- 750 de 2008).

Así pues, desde una aproximación cronológica, esta Corporación en sentencia SU- 039 de 1997, examinó el tema de la consulta previa a la expedición de una licencia ambiental referente a la exploración y explotación petroleras en el territorio de los U'was. En dicha ocasión la Corte consideró lo siguiente:

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 tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación.

En ese mismo fallo, en cuanto a las condiciones que deben cumplirse al momento de realizar la consulta a las poblaciones indígenas en temas referentes a la exploración y explotación de recursos naturales presentes en sus territorios, al igual que en lo atinente a los propósitos perseguidos con aquélla, la Corte indicó lo siguiente:

"Con fundamento en los arts. 40-2, 330 parágrafo de la Constitución y las normas del Convenio 169 antes citadas, estima la Corte que la institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar:

a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución.

b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares.

c) Que se le 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.

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.

No tiene por consiguiente el valor de consulta la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Es necesario que se cumplan las directrices antes mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta se manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica. (negrillas y subrayados agregados).

Luego, en sentencia SU-510 de 1998, con ocasión de una acción de amparo instaurada por unos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta contra una iglesia evangélica, la Corte aludió al Convenio 169 de la OIT, como un instrumento que fortalece y

complementa la especial protección que las normas constitucionales dispensan a la integridad, identidad, diversidad étnica y cultural, autodeterminación, oficialidad de lenguas y dialectos de los pueblos indígenas y tribales del territorio nacional, y así mismo como una garantía para la conservación del patrimonio arqueológico nacional.

Posteriormente, en providencia T- 634 de 1999, esta Corporación examinó el caso de un amparo instaurado contra el acto de creación del municipio de Pueblo Bello, petición que se fundaba en el argumento según el cual la comunidad indígena arhuaca no había sido previamente consultada. En dicha oportunidad, el juez constitucional diferenció entre la realización de la consulta previa a las comunidades indígenas con el adelantamiento de otros mecanismos de participación ciudadana, como lo son los referendos:

"La Asamblea Departamental del Cesar aprobó el 10 de diciembre de 1997 la ordenanza 037 por medio de la cual se creó el municipio de Pueblo Bello conformado por unos corregimientos y veredas que están dentro de la línea negra o zona teológica de la comunidad arhuaca. Para la creación de dicho municipio no se consultó previamente con el pueblo arhuaco, sino que, con posterioridad a la expedición de la ordenanza y por mandato de ésta se hizo un referendo que aprobó la creación del municipio. La consulta previa tiene como escenario única y exclusivamente el pueblo indígena, luego es algo completamente diferente a un referendo posterior en donde el universo de votantes va mas allá de los indígenas. La pregunta es si esta situación, al plantearse como una violación a un derecho, es actualmente protegible por tutela. (negrillas agregadas).

Dos años más tarde, en sentencia C- 169 de 2001, con ocasión de la revisión constitucional del proyecto de ley número 025 /99 Senado y 217 /99, "por el cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política" en alusión a los límites de la consulta previa, la Corte definió que el Estado colombiano, en principio, tiene un compromiso constitucional de gran amplitud frente a la realización de mencionado mecanismo, por cuya virtud cada vez que se prevean medidas administrativas o legislativas que afecten a los pueblos indígenas y tribales que habitan el territorio nacional, éstos deberían ser consultados, pero también consideró que el artículo 34 del Convenio otorgaba a los Estados Partes la posibilidad de determinar la naturaleza y

alcance de las medidas que se adopten para darle aplicación al instrumento, atendiendo las condiciones propias de cada país.

En consecuencia la Corporación consideró que salvo en materia de la explotación de recursos naturales, evento en que la consulta previa está reconocida por el artículo 330 de la Carta Política de manera explicita, deberá determinarse en cada caso cuándo el mecanismo de la consulta resulta obligatorio, con fundamento en los lineamientos constitucionales y legales establecidos para el efecto, "estos últimos en la medida en que no desvirtúen el objeto y finalidad del pluricitado Convenio, ni contraríen la plena vigencia de los derechos fundamentales de tales etnias4"

A su vez, la sentencia C-418 de 2002 versó sobre una demanda dirigida contra el inciso primero del Artículo 122 del Código de Minas, que establecía que la autoridad minera delimitaría las zonas mineras indígenas, y acusaba la norma por cuanto no contemplaba la consulta para esa demarcación. En la sentencia la Corte se refirió en distintas oportunidades a la necesidad de consultar con las comunidades indígenas cuando se trata de la explotación de recursos naturales en sus territorios. Por lo tanto, consideró que para la delimitación debía "darse aplicación a la regla contenida en el artículo 330 de la Constitución en armonía con los dispuesto en el convenio 169 de la OIT (ley 21 de 1991) y en aplicación de lo dispuesto en los artículos 93 y 94 del Estatuto Superior." Por lo tanto, en la parte resolutiva la Corte declaró que la norma era constitucional, "bajo el entendido que en el procedimiento de señalamiento y delimitación de las zonas mineras indígenas se deberá dar cumplimiento al parágrafo del Artículo 330 de la Constitución y al Artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991."

Cabe igualmente señalar que la Corte sentencia C- 891 de 2002, referente al examen de diversas disposiciones del Código de Minas, efectuó un doble examen en relación con las disposiciones impugnadas: uno, consistente en la verificación del proceso de consulta a las comunidades indígenas frente a la discusión del proyecto de ley; y otro, atinente al juicio abstracto de confrontación de las normas acusadas y la Constitución Política.

Al respecto, en lo atinente al adelantamiento del proceso de consulta previa a las comunidades indígenas, esta Corporación consideró que aquél se surtió antes de la

presentación del proyecto de ley, y que no se observaba violación alguna de la mencionada obligación:

"Luego de analizar las distintas pruebas que obran en el expediente, aportadas tanto por la demandante como por las entidades oficiales, la Sala encuentra que el proceso de consulta a los pueblos indígenas fracasó en el presente caso, toda vez que no se llegó a ningún acuerdo entre las entidades gubernamentales y las comunidades indígenas, pese a los múltiples intentos de las primeras por discutir a fondo con las segundas el articulado del proyecto de ley. En este sentido se observa que durante más de un año el Gobierno Nacional intentó someter a discusión el proyecto en el marco de talleres y mesas de concertación, sin que al respecto se llegara a arreglo alguno sobre el contenido del mismo. (subrayados agregados).

Por lo tanto, la Corte estima que las entidades gubernamentales encargadas de la organización de los distintos escenarios de discusión del proyecto de ley cumplieron con su obligación constitucional de someter a consideración de las comunidades indígenas dicho proyecto, con la finalidad de que éstas pudieran participar e intervenir en la redacción final de su articulado.

Importa por tanto destacar el momento y la manera como se adelantó el proceso de consulta previa, los cuales fueron adecuados según el juez constitucional:

"En síntesis: antes de radicar el proyecto de ley en el Congreso de la República, a lo largo de un periodo de más de un año el Gobierno Nacional fomentó diversos mecanismos de participación que se desarrollaron en diversas etapas, así: (i) divulgación del proyecto de ley, enviado por correo 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 los talleres informativos previos, diseñados como mecanismos preparatorios para la Mesa Nacional de Concertación; (iii) organización y celebración -en dos oportunidades- 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. (negrillas agregadas).

Posteriormente, la Corte en sentencia SU- 383 de 2003 examinó el tema relacionado con la

aspersión aérea de herbicidas en la región de la amazonía colombiana, sin surtir el procedimiento de consulta previsto en el Convenio 169 de la OIT y ocasionando un daño ambiental considerable los territorios indígenas. Al respecto, el juez constitucional consideró que (i) el programa de erradicación de cultivos ilícitos en la región amazónica deberá consultarse; (ii) la seguridad interna, lo ilícito de las plantaciones y los compromisos internacionales del Estado no comportan la omisión de las consultas; y (iii) estas últimas deberán permitir ponderar los intereses generales en conflicto.

Ahora bien, en cuanto al rango que ocupa el Convenio 169 de la OIT en el sistema de fuentes colombiano, la Corte en sentencia C- 401 de 2005, reiteró su postura en el sentido de que aquél hace parte del bloque de constitucionalidad:

"Así, pues, hacen parte del bloque de constitucionalidad aquellos convenios que la Corte, después de examinarlos de manera específica, determine que pertenecen al mismo, en atención a las materias que tratan. De esta manera, los convenios internacionales del trabajo hacen parte del bloque de constitucionalidad cuando la Corte así lo haya indicado o lo señale en forma específica. Así lo hizo, por ejemplo, en las sentencias que se mencionaron atrás acerca del convenio 169, sobre pueblos indígenas y tribales, y de los convenios 87 y 98, sobre la libertad sindical y sobre la aplicación de los principios de derechos de sindicalización colectiva.

Más recientemente, la Corte, en la Sentencia C-208 de 2007, con ocasión del examen del Estatuto de Profesionalización Docente, expresó que la obligación impuesta al Estado, de consultar previamente a los grupos étnicos cada vez que se vayan a adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecten directamente, es expresión concreta de los artículos 329 y 330 del mismo ordenamiento, que prevén la participación previa de las comunidades para la conformación de las entidades territoriales indígenas y para la explotación de los recursos naturales en sus territorios.

Sobre el mismo tema de la adopción de medidas legislativas o administrativas que afecten directamente a las comunidades indígenas, la Corte en sentencia C- 080 de 2008, intentó responder tres interrogantes complementarios como son: (i) ¿cuándo resulta obligatoria, de acuerdo con el literal a) del Convenio 169 de la OIT, la consulta previa de una medida legislativa? (ii) ¿en qué condiciones de tiempo, modo y lugar

debe producirse esa consulta?; y (iii) ¿cuál es la consecuencia jurídica de la omisión frente al deber de consulta?.

En cuanto al primer interrogante, es decir, el atinente a la exigencia de adelantar la consulta frente a la adopción de medidas legislativas, la Corte estimó que, aquel deber no surgía frente a cualesquiera medidas legislativas que fueran susceptibles de afectarlas "sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas directamente, evento en el cual, a la luz de lo expresado por la Corte en la Sentencia C-169 de 2001, 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", con prescindencia de que tal afectación presentase un efecto positivo o negativo, es decir, incluso en aquellos casos en los cuales se pudiese creer que la medida le resulta conveniente a los integrantes de la minoría étnica.

Respecto a las condiciones de modo, tiempo y lugar en que debe realizarse la consulta, la Corte consideró lo siguiente:

"En cuanto a las condiciones de tiempo, modo y lugar en que debe producirse la consulta a la que se ha venido aludiendo, es preciso señalar que en la medida en que el Convenio 169 no establece unas reglas de procedimiento y en tanto que las mismas no hayan sido fijadas en la ley, debe atenderse a la flexibilidad que sobre el particular consagra el Convenio y al hecho de que, de acuerdo con el mismo, el trámite de la consulta se somete al principio de la buena fe, lo cual quiere decir, por un lado, que corresponde a los Estados definir las condiciones en las que se desarrollará la consulta, y por otro, que la misma, para que resulte satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional, debe realizarse de manera que sea efectiva y conducente, pero sin que quepa hablar, en ese contexto, de términos perentorios para su realización, ni de condiciones ineludibles para el efecto. Se trata de propiciar espacios de participación, que sean oportunos en cuanto permitan una intervención útil y con voceros suficientemente representativos, en función del tipo de medida a adoptar. Así, por ejemplo 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,

también por vía de ejemplo, 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. (negrillas agregadas).

(…)

Por otra parte, al margen de los criterios generales que puedan decantarse en torno a la manera como debe surtirse la consulta para que pueda entenderse cumplido el compromiso derivado del Convenio 169 y que resulte satisfactorio con el derecho de participación previsto en la Carta, observa la Corte 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. (negrillas agregadas).

Finalmente, en cuanto a la consecuencia jurídica que comporta la omisión de la consulta, la Corte señaló lo siguiente:

"Podría señalarse, en primer lugar, que tal como se dijo por la Corte en la Sentencia C-169 de 2001, en esta materia existe un compromiso internacional muy amplio del Estado colombiano, cuyo desconocimiento generaría una situación de incumplimiento susceptible de evaluación y control a través de las correspondientes instancias internacionales.

Sin embargo en la medida en que, como se ha dicho por la jurisprudencia constitucional, las normas sobre el deber de consulta del Convenio 169 de la OIT se integran a la Constitución y que, específicamente, el deber de consulta allí previsto ha sido considerado como una expresión de un derecho fundamental de participación, vinculado en este caso específico al también fundamental derecho a la integridad cultural, social y económica, la omisión de la consulta en aquellos casos en los que la misma resulte imperativa a la luz del convenio, tiene consecuencias inmediatas en el ordenamiento interno.

En primer lugar, ha sido reiterado por la jurisprudencia que ese derecho a la consulta es susceptible del amparo constitucional, vía a través de la cual las comunidades indígenas pueden obtener que no se hagan efectivas medidas que no hayan sido previa y debidamente consultadas y que se disponga la adecuada realización de las consultas que sean necesarias.

Tratándose de medidas legislativas, la situación puede tornarse compleja, porque como se señaló en precedencia, el ejercicio del control abstracto de constitucionalidad frente a la omisión de consulta previa a la adopción de una medida legislativa, comporta la verificación en torno a un procedimiento, cuya ausencia, sin embargo, se proyecta sobre la materialidad misma de la ley.

En ese evento, sería posible, en determinadas circunstancias, encontrar que la ley como tal es inconstitucional, pero también cabe que, en una ley que de manera general

concierne a los pueblos indígenas y tribales, y que los afecta directamente, la omisión de la consulta se resuelva en una decisión que excluya a tales comunidades del ámbito de aplicación de la ley; o puede ocurrir que, en un evento de esa naturaleza, lo que se establezca es la presencia de una omisión legislativa, de tal manera que la ley, como tal, se conserve en el ordenamiento, pero que se adopten las medidas necesarias para subsanar la omisión legislativa derivada de la falta de previsión de medidas específicamente orientadas a las comunidades indígenas y tribales. Si la ley no tiene esas previsiones específicas, habría un vacío legislativo, derivado de la necesidad de que, en una materia que si bien afecta a todos, lo hace con los indígenas en ámbitos propios de su identidad, contemple previsiones especiales y que las mismas sean previamente consultadas. En ese caso, en la medida en que la ley general estuviese llamada a aplicarse a los indígenas, se decretaría una omisión legislativa por ausencia de normas específicas y previamente consultadas.

Cabe igualmente señalar que la Corte en sentencia T- 154 de 2009, referente al caso de unos indígenas que alegaban vulneración de sus derechos fundamentales debido a que Corpoguajira había expedido una licencia ambiental sin consultarlos, sostuvo lo siguiente:

"Cuarta. La consulta previa. Reiteración de jurisprudencia.

La consulta previa es un proceso mediante el cual el Estado garantiza a las autoridades respectivas de los grupos étnicos y a las comunidades implicadas, directamente la participación y el acceso a la información sobre un programa o plan que se pretenda realizar en su territorio, buscando que participativamente sean identificados los impactos positivos o negativos del proyecto o programa respectivo, buscando salvaguardar la integridad étnica, cultural, social y económica de los pueblos indígenas y tribales que habitan en nuestro país.

Para alcanzar este objetivo, la participación activa y efectiva de las comunidades es clave para la toma de las decisiones que deban ser adoptadas, acordadas o concertadas en la medida de lo posible.

Más recientemente, la Corte en sentencia C- 175 de 2009, referente a una demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 1152 de 2007, "por la cual se dicta al Estatuto de

Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones", reiteró y precisó sus líneas jurisprudenciales referentes al mecanismo de la consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes.

En tal sentido, en relación con la naturaleza jurídica de la consulta previa, esta Corte señaló lo siguiente5

:

"Justificación constitucional del derecho fundamental a la consulta previa

La determinación de un marco jurídico del derecho a la consulta previa se obtiene a partir de las normas legales anotadas, las cuales son reforzadas por la regulación derivada del derecho internacional de los derechos humanos, en especial lo previsto por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo "sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes" aprobado por la Ley 21 de 1991, norma que en decisiones reiteradas de este Tribunal ha sido declarada parte integrante del bloque de constitucionalidad. El Convenio, como lo ha resaltado la Corte, es un instrumento que concurre en la salvaguarda de la identidad de las comunidades indígenas y tribales, la protección de su territorio y, de manera general, su subsistencia como grupo diferenciado. De este modo, se ha indicado que "el Convenio 169 de la OIT fue adoptado con base en una nueva aproximación a la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo, conforme a la cual era preciso eliminar la orientación hacia la asimilación que se había venido manejando, para, en su lugar, asentar el principio conforme al cual las estructuras y formas de vida de los pueblos indígenas y tribales son permanentes y perdurables, y la comunidad internacional tiene interés en que el valor intrínseco de sus culturas sea salvaguardado." De este modo, la Corte advierte que las finalidades del Convenio 169 de la OIT son concurrentes con la obligación constitucional, antes analizada, de garantizar la identidad de las comunidades diferenciadas, a partir del reconocimiento y salvaguarda de la integridad de las prácticas, usos y costumbres que la conforman. Así, en términos del Preámbulo del Convenio, la normativa tiene como propósito la consecución de herramientas que permitan (i) lograr las aspiraciones de los pueblos indígenas y tribales a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas

y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven; y (ii) superar esquemas predominantes en muchas partes del mundo, en que dichos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión.

La jurisprudencia constitucional ha destacado cómo las estipulaciones del Convenio 169 de la OIT, establecen dos modalidades de obligaciones a cargo de los Estados signatarios, las cuales se muestran útiles para delimitar sus responsabilidades en cuanto a la protección de los derechos de las comunidades indígenas y tribales. El primer grupo de obligaciones, "referido a las medidas que deben impulsar para obtener los fines propios del convenio en los distintos aspectos que son objeto del mismo, que, como se ha dicho, de una manera amplia, se orienta a promover las condiciones que permitan el desarrollo de los pueblos indígenas y tribales de un modo que respete la diversidad étnica y cultural, asegure los espacios de autonomía requeridos para ello y se desenvuelva en un marco de igualdad, y que específicamente se refiere a su relación con las tierras o territorios; a las condiciones de trabajo; a aspectos relacionados con la formación profesional, la artesanía y las industrias rurales; a salud y seguridad social; a educación y medios de comunicación y a contactos y cooperación a través de las fronteras, y el segundo que alude a la manera como deben adoptarse y ponerse en ejecución esas medidas y que tienen como elemento central la participación y el respeto por la diversidad y la autonomía."6

(…)

"Según lo expuesto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la preservación de la identidad diferenciada de los pueblos indígenas y tribales y, de esta manera, la eficacia del mandato superior de reconocimiento y protección de la diversidad étnica, se logra a través de, entre otros mecanismos, la consulta previa. Para el caso particular de las medidas legislativas, la consulta se predica sólo de aquellas disposiciones legales que tengan la posibilidad de afectar directamente los intereses de las comunidades. Por lo tanto, aquellas medidas legislativas de carácter general, que afectan de forma igualmente uniforme a todos los ciudadanos, entre ellos los miembros de las comunidades tradicionales, no están prima facie sujetas al deber de consulta,

excepto cuando esa normatividad general tenga previsiones expresas, comprendidas en el ámbito del Convenio 169 de la OIT, que sí interfieran esos intereses. Debe aclararse, por supuesto, que en los casos en que la medida legislativa no afecte directamente a las comunidades indígenas y tribales, la participación de las mismas no se ve restringida, sino que se conduce a través de los mecanismos generales de participación

De igual manera, en lo atinente a la omisión de la realización de la consulta previa en tanto que vicio de inconstitucionalidad, la Corte señaló lo siguiente:

Conforme a lo expuesto, se tiene que la omisión del deber de consulta previa es un vicio de inconstitucionalidad que concurre con anterioridad al trámite legislativo y que se proyecta sobre el contenido material de la norma objeto de examen. A partir de la necesidad de preservar correlativamente el derecho fundamental a la consulta a las comunidades indígenas y afrodescendientes y el principio de conservación del derecho legislado, la Corte ha considerado que si bien el incumplimiento del deber de consulta lleva prima facie a la inexequibilidad de la norma acusada, esta circunstancia debe evaluarse a la luz del grado de mayor o menor generalidad de la medida legislativa y el grado de incidencia de los contenidos de la disposición en los intereses que atañen a las comunidades indígenas y tribales.

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

En relación con el caso concreto, la Corte consideró que, dado el contenido del Estatuto de Desarrollo Rural, se trataba de una normatividad que debió surtir el procedimiento de

consulta previa. Lo anterior por cuanto "con base en dos criterios diferenciados: (i) El hecho que la norma acusada sea un régimen integral que regule el tema del desarrollo rural y, por ende, las relaciones entre los individuos y la tierra; y (ii) la existencia en el EDR de disposiciones que prescriben, de manera puntual y específica, tópicos que afectan directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes.

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

De igual manera consideró que, en el caso concreto, se había omitido la realización de la consulta a las comunidades indígenas y afrodescendientes, antes de la radicación en el Congreso del proyecto de ley, por parte del Gobierno Nacional. En palabras de la Corte:

"A partir de este relato fáctico la Corte encuentra que los procedimientos de consulta previa realizados respecto del proyecto de ley que originó el EDR, no cumplieron con los requisitos fijados por el ordenamiento constitucional, en especial respecto a sus condiciones de oportunidad. En efecto, se observa que tanto para el caso de las comunidades indígenas como el de grupos afrodescendientes, los acercamientos con miras a efectuar la consulta previa se iniciaron con posterioridad a la radicación de la iniciativa ante el Congreso, actuación que se surtió el 24 de julio de 2006, como consta en la Gaceta del Congreso 246 de 2006. En ese sentido, la Sala considera que el Gobierno Nacional incumplió con su deber constitucional de ofrecer a las autoridades representativas escenarios específicos de participación, previos a la radicación del proyecto de ley, en el cual fuera viable discutir el contenido de la iniciativa, con miras a

lograr un consenso o una concertación sobre la misma. Para la Corte, conforme a los argumentos anteriormente planteados, el adelantamiento de la consulta previa por parte de las autoridades gubernamentales con posterioridad a la radicación del proyecto de ley, disminuye el grado de incidencia de la participación de las comunidades tradicionales en la determinación del contenido concreto de la medida legislativa que las afecta directamente. En tal sentido, el procedimiento efectuado por el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, no constituye un trámite adecuado para el cumplimiento del deber de consulta previa, habida cuenta que la oportunidad en que se llevó a cabo limita desproporcionadamente la capacidad de las comunidades de incidir en el contenido del EDR. Ello debido a que la vigencia de los principios de unidad de materia, consecutividad e identidad flexible hace que el proyecto de ley constituya un marco de referencia temático, impuesto por el Gobierno a las comunidades y modificable sólo conforme a las estrictas reglas del procedimiento legislativo.

Así mismo, estimó que la consulta no podía ser realizada una vez iniciado el trámite legislativo, ni tampoco podía ser considerado como un vicio de procedimiento subsanable:

"Considerar lo contrario, esto es, que el procedimiento de consulta previa de medidas legislativas, puede realizarse en una etapa posterior a la radicación del proyecto de ley, llevaría a resultados incompatibles con las características esenciales del trámite citado. En efecto, de obtenerse un consenso entre las comunidades tradicionales y las autoridades gubernamentales, su eficacia estaría supeditada al desarrollo del procedimiento legislativo correspondiente; de modo que los asuntos discutidos en debates surtidos previamente, al igual que la definición de la materia de la iniciativa en las sucesivas discusiones parlamentarias, impedirían que las propuestas alternativas derivadas del proceso de consulta fueran válidamente integradas al contenido definitivo de la ley correspondiente. En últimas, el procedimiento de consulta previa, en este escenario, se tornaría en un formalismo intrascendente, lo que resulta incompatible con las obligaciones estatales a ese respecto, descritas en apartados anteriores de esta decisión.

En suma, la Corte Constitucional ha considerado que, en materia de consulta previa de medidas legislativas o administrativas, la consulta previa a las comunidades indígenas

(i) constituye un derecho fundamental; (ii) el Convenio 169 de la OIT hace parte del bloque de constitucionalidad; (iii) su pretermisión, en el caso del trámite legislativo, configura una violación a la Carta Política; (iv) existe un claro vínculo entre la realización de la consulta previa y la protección de la identidad cultural de las minorías étnicas; (v) la realización del mecanismo de participación se torna obligatorio cuando la medida, sea legislativa o administrativa, afecta directamente a la comunidad indígena; (vi) la consulta debe realizarse de manera tal que sea efectiva y garantice la participación real de las comunidades afectadas; (vii) el desconocimiento de la consulta previa puede ser invocado en sede de tutela; y (viii) el Gobierno tiene el deber de promover la consulta cuando se trate de proyectos de ley que sean de su iniciativa.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional ha sentado unas claras líneas jurisprudenciales relacionadas con la naturaleza jurídica de la consulta previa a las comunidades indígenas (aspecto material), así como el tiempo, el lugar y la manera de realizarla (aspecto procedimental).

5.3. Particularidades de la consulta previa en el caso de leyes aprobatorias de tratados internacionales.

El tema de la realización de la consulta previa a las comunidades indígenas en materia de leyes aprobatorias de tratados internacionales es novedoso en la jurisprudencia constitucional colombiana. Así, al momento de examinar la constitucionalidad del "´Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América´, sus ´cartas adjuntas´ y sus ´entendimientos´, suscritos en Washington el 22 de noviembre de 2006" y la Ley aprobatoria No. 1143 de 4 de julio de 2007, la Corte consideró, en sentencia C- 750 de 2008, que en el caso concreto no era necesario surtirse la consulta previa, como quiera que el tratado internacional no afectaba directamente a las comunidades indígenas, específicamente, en el tema medioambiental. En palabras de la Corte:

"Finalmente cabe recordar, en relación con el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa de las medidas legislativas y administrativas que los afectan, como garantía de su derecho de participación, de conformidad con lo previsto en los artículos 329 y 330 de la Constitución, y que se refuerza con lo dispuesto en el Convenio número 169

de la OIT, aprobado mediante Ley 21 de 1991, y que ha sido considerado por esta corporación como parte del bloque de constitucionalidad, ha considerado la Corte que es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura y que, cuando procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en razón a la importancia política del mismo, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación.

Sin embargo, también ha considerado esta corporación, que tratándose específicamente de medidas legislativas, es claro que el deber de consulta no surge frente a toda medida legislativa que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas directamente, evento en el cual, a la luz de lo expresado por la Corte en la Sentencia C-169 de 2001, 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. (negrillas fuera del texto original).

También ha precisado la Corte que, [En principio, las leyes, por su carácter general y abstracto, no generan una afectación directa de sus destinatarios, la cual sólo se materializa en la instancia aplicativa. Sin embargo, puede señalarse que hay 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.

En el presente caso, no se requería adelantar la consulta previa del Acuerdo a las comunidades indígenas y tribales, por cuanto las normas del Capítulo Dieciocho sobre medio ambiente, así como todas las del Acuerdo, han sido expedidas de manera uniforme para la generalidad de los colombianos, y no contienen disposiciones que afecten a éstos grupos de manera específica y directa en su calidad de tales; es decir, ninguna de ellas les impone restricciones o gravámenes o les confiere beneficios a éstos grupos étnicos.

Lo anterior no obsta, para que las disposiciones de orden legislativo o administrativo que se expidan en desarrollo y aplicación del Acuerdo surtan la consulta previa

obligatoria respecto de las comunidades indígenas y tribales si alguna de ellas es susceptible de afectarles de manera específica y directa. (negrillas agregadas).

Ahora bien, la pregunta que se plantea la Corte es si, dadas las particularidades que ofrece la incorporación de las normas internacionales en Colombia, de conformidad con un paradigma de monismo moderado, se pueden aplicar todas las líneas jurisprudenciales sentadas por esta Corporación en materia de leyes ordinarias y medidas administrativas; o si, por el contrario, es preciso introducir algunos matices, tomando precisamente en cuenta la complejidad que ofrece el proceso de recepción de las disposiciones internacionales en el orden interno colombiano.

Para tales efectos, la Corte (i) analizará el carácter complejo que ofrece la incorporación de los tratados internacionales en Colombia; y (ii) la incidencia que puede tener su carácter bilateral o multilateral.

5.3.1. El carácter complejo de la incorporación de los tratados en Colombia.

La incorporación de disposiciones internacionales en Colombia precisa el cumplimiento de un conjunto de operaciones distintas y sucesivas, en cabeza de diferentes ramas del poder público, con diferentes objetivos; regidas por la Constitución y el derecho internacional público, que conforman un todo indisoluble.

Se trata, en esencia, de un acto jurídico complejo, vale decir, sometido a un procedimiento riguroso, que en el caso colombiano se encuentra regulado por la Constitución de 1991, los "principios de derecho internacional aceptados por Colombia" (art. 9 Superior); la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969; el Reglamento Interno del Congreso, así como por algunas leyes particulares como lo es la Ley 7 de 1944 "sobre vigencia en Colombia de los tratados internacionales y de su publicación".

En este orden de ideas, el proceso de incorporación se conforma por las siguientes etapas: (i) negociación del tratado a cargo Jefe de Estado o su representante; (ii) suscripción del instrumento internacional; (iii) aprobación congresional; (iv) control de constitucionalidad sobre la ley aprobatoria y el tratado a cargo de la Corte; (v) ratificación; (vi) entrada en vigencia en el orden internacional; y (vii) entrada en vigor en

el orden interno mediante la publicación de la ley en el Diario Oficial. Adicionalmente, es usual que los tratados internacionales requieran de la posterior adopción de medidas administrativas o legislativas internas, a efectos de ejecutar los compromisos internacionales asumidos, medidas todas ellas que son de simple ejecución, no pudiendo modificar las obligaciones internacionales originalmente contraídas, siendo además susceptibles de ser controladas de conformidad con las vías procesales pertinentes.

Siendo ello así, la pregunta es: en materia de leyes aprobatorias de tratados internacionales, ¿en qué momento debe adelantarse la consulta a la comunidad indígena directamente afectada?. Como punto de partida, debe tenerse en cuenta que ni la Constitución, la Convención de Viena de 1969 sobre derecho de los tratados o el Convenio 169 de la OIT aportan una respuesta normativa a tal interrogante. Sin embargo, con base en los principios de buena fe y de eficacia que debe orientar la realización de la consulta, y con propósito de que se pueda realmente adelantar un verdadero diálogo intercultural, se puede afirmar que ésta debe llevarse a cabo antes del sometimiento del instrumento internacional, por parte del Presidente de la República, al Congreso de la República.

En efecto, antes del sometimiento del tratado al Congreso de la República para su aprobación, tienen lugar la negociación y suscripción de aquél, fases que configuran el ejercicio de la soberanía estatal, y al mismo tiempo, los compromisos asumidos internacionalmente constituyen límites al ejercicio de aquélla. En nuestro caso, el Presidente de la República “dirige las relaciones internacionales” (art. 189.2 Superior), lo cual implica que adelante la correspondiente negociación y suscripción del tratado internacional, bien sea directamente o mediante un representante con plenos poderes, en los términos de los artículos 7 a 10 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados de 19697.

En tal sentido, a lo largo de la negociación, los representantes de las Partes acuerdan unos objetivos generales por cumplir, delimitan el objeto y el alcance del tratado internacional, precisan deberes y obligaciones entre los contratantes, indican la duración del compromiso, prevén mecanismos de solución de controversias, deciden la inclusión de cláusulas de salvaguardia, y en últimas, redactan el clausulado. Posteriormente, suscriben o firman el texto acordado, quedando así claro el articulado del

instrumento internacional. De tal suerte que, en materia de conclusión de tratados internacionales, las fases de negociación y suscripción o aprobación, ocupan un lugar protagónico.

Siendo ello así, la eficacia de la consulta a las comunidades indígenas dependerá de si ésta tiene lugar antes de que el Jefe de Estado someta el tratado internacional a la aprobación congresional, pudiendo por tanto realizarse o bien durante la negociación, mediante la creación por ejemplo de mesas de trabajo, o ya cuando se cuente con un texto aprobado por las Partes, es decir, luego de la firma del tratado. Si se realiza durante la negociación, las comunidades indígenas podrán aportar insumos a la discusión del articulado del instrumento internacional o manifestar sus preocupaciones frente a determinados temas que los afectan (vgr. territorio, conocimientos ancestrales, biodiversidad, recursos naturales, etc); o igualmente ser consultadas una vez se cuente con un texto aprobado, discusión que, dado el caso, podría llevar a la necesidad de renegociar el tratado.

Lo anterior no significa, por supuesto, que las comunidades indígenas no puedan servirse de los espacios que suelen abrirse durante los debates parlamentarios, con el propósito de ilustrar a los congresistas acerca de la conveniencia del instrumento internacional, o que igualmente intervengan ante la Corte al momento de analizarse la constitucionalidad de aquél.

De igual manera, el adelantamiento de una consulta previa durante las fases anteriores al sometimiento del proyecto de ley aprobatoria al Congreso de la República, no obsta para que, si con posterioridad a la incorporación de aquél al orden interno colombiano se precisa la adopción de medidas legislativas o administrativas concretas que afecten igualmente a las comunidades indígenas, deba igualmente surtirse el trámite de la consulta previa en relación con aquéllas.

A decir verdad, puede suceder, como lo consideró la Corte en sentencia C- 750 de 2008 que, prima facie, el acuerdo internacional no afectaba a las comunidades indígenas, y que en consecuencia, no se precisaba, en aquel entonces, el adelantamiento de la consulta; pero que, podía no suceder lo mismo con futuras "disposiciones de orden legislativo o administrativo que se expidan en desarrollo y aplicación del Acuerdo", frente a las cuales sí se debía surtir "la consulta previa

obligatoria respecto de las comunidades indígenas y tribales si alguna de ellas es susceptible de afectarles de manera específica y directa".

De igual manera, puede suceder que el instrumento internacional sí afecte directamente a las comunidades indígenas, y que por ende, se precisa la realización de la consulta previa. El adelantamiento de ésta no implicará que si en el futuro se adoptan medidas nacionales de ejecución del tratado internacional, bien sean de carácter legislativo o administrativo, estas últimas deban igualmente ser consultadas con las comunidades indígenas; tanto más y en cuanto se trata de medidas de carácter específico, las cuales, se insiste, no pueden modificar los compromisos iniciales y pueden ser sometidas a control judicial por las vías procesales pertinentes.

5.3.2. El carácter bilateral o multilateral del tratado internacional.

El carácter bilateral o multilateral del tratado internacional puede tener una cierta incidencia en la manera como deba realizarse la consulta a las comunidades indígenas.

En efecto, por su propia dinámica, la negociación de los tratados bilaterales, en especial aquellos de comercio, suelen realizarse en diversas rondas, a lo largo de las cuales se discuten capítulos específicos del acuerdo. Siendo ello, cuando quiera que se aborden temas que afecten directamente a los indígenas, éstos deberán ser consultados, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia constitucional.

Por el contrario, la negociación de tratados internacionales multilaterales, traduce las técnicas legislativas del derecho interno. A decir verdad, el proceso de negociación suele encontrarse institucionalizado, a la manera de las asambleas parlamentarias nacionales8, mediante la realización de conferencias internacionales desarrolladas, en numerosas ocasiones, en el seno de organizaciones internacionales.

En tal sentido, una vez convocada la conferencia internacional, se suelen conformar comisiones encargadas de examinar determinados temas, cuyos textos aprobados deberán ser luego sometidos al Plenario. Al respecto, el artículo 9 de la Convención de Viena de 1969 dispone lo siguiente:

"Adopción del texto. 1. La adopción del texto de un tratado se efectuara por

consentimiento de todos los Estados participantes en su elaboración, salvo lo dispuesto en el párrafo 2.

2. La adopción del texto de un tratado en una conferencia internacional se efectuara por mayoría de dos tercios de los Estados presentes y votantes, a menos que esos Estados decidan por igual mayoría aplicar una regla diferente.

De igual manera, la historia diplomática enseña que determinadas conferencias internacionales suelen durar varios años. Por ejemplo, el Protocolo II de Ginebra de 1977, fue precedido por una conferencia internacional que tardó más de tres años en llegar a un acuerdo sobre el texto final del tratado; en otros casos, en materia de comercio internacional, las diversas rondas del GATT, y luego de la OMC, se han caracterizado por su complejidad y duración.

Siendo ello así, la Corte considera que la consulta previa a las comunidades indígenas deberá llevarse a cabo antes de que el Presidente de la República remita el tratado y su ley aprobatoria al Senado. En tal sentido, los indígenas podrán ser consultados al momento de construir la posición negociadora colombiana ante el respectivo foro internacional, con el propósito de que las minorías aporten valiosos elementos de juicio al respecto y como expresión del cambio de paradigma respecto de las relaciones de los Estados con las minorías étnicas existentes dentro de su territorio; pero en todo caso la consulta obligatoria será la que se realice con posterioridad a la suscripción del acuerdo pero antes de aprobación congresional, con el propósito de que los parlamentarios conozcan las consecuencias que, en materia de preservación de los derechos de las minorías, puede implicar la aprobación del tratado internacional. Al respecto, es preciso recordar que el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT establece la obligación, por parte del Gobierno, de realizar este tipo de consulta, pero deja abiertas distintas alternativas respecto de otros elementos que resultan esenciales al momento de configurarla como una institución operante dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

En este orden de ideas, queda claro que, en materia de leyes aprobatorias de tratados internacionales, los aspectos materiales de la consulta previa a las comunidades indígenas se aplican, por cuanto no existen razones constitucionales que justifiquen un trato distinto; por el contrario, en materia de procedimientos, la realización de la

consulta deberá ajustarse a la lógica de incorporación de las normas internacionales en el ordenamiento jurídico colombiano.

6. Análisis en el caso concreto en cuanto al requisito de la consulta previa.

La suscripción del "Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela", llevada a cabo el 3 de mayo de 1990, fue precedida por la adopción de varios documentos como son (i) la Declaración de Ureña, firmada por los Presidentes de ambos Estados, el día 28 de marzo de 1989 en el Puente Internacional General Francisco de Paula Santander; (ii) las conclusiones de la reunión de la Comisión Binacional de Integración Fronteriza colombo-venezolana, celebrada en Maracaibo los días 25 y 26 de agosto de 1989 y ratificadas en la reunión celebrada en Cúcuta los días 29 y 30 de septiembre de 1989; y (iii) la declaración firmada por los Presidentes de Colombia Virgilio Barco y de Venezuela Carlos Andrés Pérez, en el Puente Internacional General Francisco de Paula Santander el 5 de octubre de 1989.

Ahora bien, la Coordinadora del Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia, de conformidad con oficio recibido en la Secretaría General de la Corte el 25 de junio de 2009, certificó lo siguiente:

"No se encuentra en nuestra base de datos información sobre proceso de consulta previa alguno que se haya realizado con el pueblo Wayúu durante el trámite de la ley 1214 de 2008, aprobatoria del "Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela", firmado en Caracas a los tres (3) días del mes de mayo de mil novecientos noventa (1990). (negrillas agregadas).

Con base en la anterior certificación se pregunta la Corte si el acuerdo de cooperación suscrito entre Colombia y Venezuela debía ser consultado con las comunidades Wayúu.

Una respuesta apunta a afirmar que, dada la materia regulada en el instrumento internacional, resulta evidente que la realización de un conjunto de planes, programas y proyectos "tendientes a mejorar las condiciones de vida de sus respectivas poblaciones indígenas Wayúu ubicadas en las zonas adyacentes a las fronteras de la República de

Venezuela y de la República de Colombia en atención a las necesidades de dichas poblaciones", en los términos del artículo 1º del Acuerdo, presentan un impacto importante, así sea eventualmente positivo en el desarrollo económico de la comunidad indígena, y por ende, la celebración del tratado internacional debía ser consultada previamente con las comunidades Wayúu, quienes son, por lo demás, los destinatarios directos de los compromisos asumidos por los Estados contratantes.

Al respecto, cabe agregar que la Corte en sentencia T- 704 de 2006 examinó en detalle el tema del desarrollo económico de las comunidades Wayúu, precisando lo siguiente:

"El Preámbulo del Convenio 169 de la OIT evoca, en primer lugar, el papel que han desempeñado tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos así como otros numerosos instrumentos internacionales orientados a impedir la discriminación, en relación con la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo y cómo, gracias a ello, a partir de 1957 comenzaron a adoptarse medidas dirigidas a que los pueblos indígenas asuman por sí mismos "el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico [para poder]mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven." (Énfasis añadido).

En este orden de ideas, dado que se pretermitió la realización de la consulta a las comunidades Wayúu, antes del sometimiento del proyecto de ley aprobatoria al Congreso de la República, fuerza concluir que la ley aprobatoria debe ser declarada inexequible por la Corte.

Así pues, dado que la consulta no se adelantó antes del sometimiento del proyecto de ley aprobatoria al Congreso de la República, la Corte la declarará inexequible por haberse incurrido en un vicio de inconstitucionalidad, no siendo necesario examinar si se incurrieron en más vicios durante el procedimiento de aprobación de la citada ley.

VII. DECISION

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

RESUELVE

Declarar INEXEQUIBLE la ley 1214 de 2008, por medio de la cual se aprueba el "Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela".

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

NILSON ELIAS PINILLA PINILLA

Presidente

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

Ausente en comision

JUAN CARLOS HENAO PEREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Salvamento de voto

JORGE IVAN PALACIO PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Sentencia C-927 de 2007

2 Ver por ejemplo, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, sentencia del 10 de diciembre de 1981, control de constitucionalidad automático del decreto legislativo 2932 del 19 de octubre de 1981, Gaceta Judicial, 1981, p. 509.

3 Corte Constitucional, sentencia C- 400 de 1998.

4 Sentencia C-169 de 2001.

5 Acerca de la naturaleza jurídica de la consulta previa, en el salvamento parcial de voto a la sentencia C- 175 de 2009, suscrito por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla y Humberto Antonio Sierra Porto, se afirma lo siguiente:

"A manera de resumen respecto de la Consulta puede decirse:

i. Que es fruto del cambio de paradigma respecto de las relaciones de los Estados con las minorías étnicas existentes dentro de su territorio.

ii. Que la misma resulta ser la concreción de muchos principios esenciales a cualquier orden estatal con pretensiones de avance en el camino de la democracia y, por consiguiente, con pretensiones de ser reconocido como democrático.

iii. El carácter de derecho fundamental que tiene esta actuación deviene de que a su través se actúan y protegen elementos básicos de las minorías étnicas dentro de un Estado pluralista, como pueden ser la propiedad, la participación en las decisiones estatales y el respeto de su cosmovisión al momento de determinar políticas públicas o tomar decisiones administrativas5.

iv. Que tan importante es su significación sustancial, como el procedimiento por el cual se lleve a cabo, ya que al realizarlo se están protegiendo principios constitucionales y derechos fundamentales.

v. Que dicho procedimiento debe determinarse teniendo en cuenta el objetivo principal: alcanzar, en un contexto de buena fe, un consenso que involucre a los actores sociales relevantes para la toma de esa decisión.

vi. Que a través de ella se crea un diálogo intercultural, que se rompe cada vez que la Consulta no tiene lugar o se desarrolla de forma deficiente.

vii. Que, por tener implicaciones de tipo constitucional, puede afectar la validez de una política pública o una decisión administrativa.

6 Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-030/08.

7 El artículo 7° de la citada Convención dispone que la representación de un Estado para todo lo relativo a la celebración de un tratado es válida en cualquiera de los siguientes casos: (1) cuando la persona delegada presenta los adecuados plenos poderes (7.1-a); (2) si de la práctica del Estado, o de otras circunstancias, se deduce que existe la intención de considerar a la persona que participa en la negociación como la representante del Estado para esos efectos, prescindiendo de la presentación de plenos poderes (7.1-b); o (3) cuando se deduce de las funciones que cumple la persona delegada, sin tener que presentar plenos poderes (7.2). En este último caso, el mismo artículo considera que, por razón de sus funciones, representan a su Estado para los efectos de negociar y adoptar el texto de un tratado: (i) los jefes de Estado, jefes de Gobierno y ministros de relaciones exteriores (7.2-a); (ii) el jefe de la misión diplomática ante el Estado con el cual se va a celebrar (7.2-b) y (ii) el representante acreditado por el Estado ante una conferencia internacional o ante una organización internacional o uno

de los órganos de ésta (7.2-c).Verificada la ocurrencia de alguna de las circunstancias descritas, debe entenderse cumplido el requisito de representación del Estado para cada una de las diversas etapas dentro de la celebración de un tratado internacional.

8 A. Pellet y P. Dailler, Droit Internacional Públic, París, 2008.