

T-110-16

Sentencia T-110/16

ESTADO COLOMBIANO-Carácter democrático

PRINCIPIO DEMOCRATICO-Carácter participativo del Estado colombiano

ESTADO COLOMBIANO-Naturaleza democrática y pluralista

MODELO CONSTITUCIONAL DE FRENOS Y CONTRAPESOS-Propósitos fundamentales

El sistema de frenos y contrapesos, que ha sido conocido bajo el nombre de checks and balances, le confiere así un papel relevante al control y a la fiscalización interorgánica recíproca, pero también a la colaboración entre las entidades públicas para servir a la comunidad, promover la prosperidad y garantizar los principios y deberes consagrados en la Carta.

PRINCIPIO DE COLABORACION ARMONICA ENTRE ORGANOS DEL ESTADO-Objeciones gubernamentales

El Gobierno Nacional puede formular objeciones a un proyecto de ley por razones de inconveniencia o de inconstitucionalidad, ya sea total o parcialmente.

PRINCIPIO DE COLABORACION ARMONICA ENTRE ORGANOS DEL ESTADO-Acción pública de inconstitucionalidad

Como ejemplo de colaboración armónica, se encuentra la acción pública de inconstitucionalidad, la cual obedece a un mecanismo de control jurisdiccional para garantizar la integridad y supremacía de la Carta. Le otorga a la Corte Constitucional la competencia para decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación. El sistema de frenos y contrapesos también se encuentra ligado, en tratándose de la acción pública de inconstitucionalidad, a la interacción de varios actores. Así, quien decide es la Corte Constitucional, al mismo tiempo que en su trámite participan el ciudadano que promovió el juicio, la Procuraduría General de la Nación con su

concepto, las entidades públicas o privadas que se hagan partícipes y las personas que coadyuven la demanda o defiendan la constitucionalidad de las normas que se cuestionan. Además, existe la posibilidad de que se realicen audiencias para discutir el asunto.

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES ETNICAS-Naturaleza y alcance

La consulta previa ha sido categorizada como un derecho fundamental de carácter colectivo, que tiene por finalidad la apertura de espacios de diálogo y que se desarrolla con el objeto de alcanzar, en lo posible, el consentimiento o aquiescencia de los pueblos étnicos respecto de una medida. Por ello, y de manera uniforme, la jurisprudencia ha relacionado su alcance normativo con los conceptos de participación y autonomía.

CONSULTA PREVIA DE MEDIDAS LEGISLATIVAS-Elementos fundamentales

Una característica de la consulta previa en el trámite legislativo supone comprenderla como un mecanismo de carácter preventivo, en el que se busca la generación de sinergias a partir de la participación de las comunidades étnicas en los asuntos que directamente les conciernen. Su despliegue busca evitar que, por ausencia de diálogo, se generen tensiones que puedan conllevar al desconocimiento de los mandatos de la Carta, por lo que al operar como una herramienta que canaliza el ejercicio del poder en favor del pluralismo y de la diversidad cultural de la Nación, se entiende que su desenvolvimiento se torna en una expresión concurrente de control, cuya garantía en una última instancia puede lograrse a través de la intervención de las autoridades judiciales, en un contexto en el que su salvaguarda activa los fines propios del sistema de frenos y contrapesos mencionado en el acápite anterior.

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA CONTRA ACTOS DE CARACTER GENERAL, IMPERSONAL Y ABSTRACTO-Procedencia excepcional contra proyectos de ley que se tramitan en el Congreso

DERECHO A LA PARTICIPACION Y A LA CONSULTA PREVIA EN EL TRAMITE LEGISLATIVO-Improcedencia de la acción de tutela por cuanto los debates realizados en el Congreso transcurrieron conforme a los mandatos del sistema de frenos y contrapesos

ACCION DE TUTELA RESPECTO DEL TRAMITE LEGISLATIVO ADELANTADO EN EL CONGRESO-

Improcedencia por cuanto no se vulneraron las facultades mínimas de los congresistas y tampoco se desconoció el núcleo esencial de las garantías y obligaciones vinculadas con el ejercicio de las funciones congresionales

No resulta procedente la intervención del juez de tutela, en primer lugar, porque no se avizora una afectación grave y evidente respecto del derecho de participación de las comunidades indígenas; y en segundo lugar, porque una intromisión de su parte desconocería la lógica y el valor con el que operan los mecanismos con que, de ordinario, se adelanta el debate parlamentario y que permiten el funcionamiento del Congreso como un órgano autónomo e independiente del resto de poderes públicos. A lo anterior se agrega que, incluso una vez surtidos los debates reglamentarios, el Gobierno Nacional no encontró que fuese necesario objetarlo por razón de la vulneración alegada.

Referencia: expediente T-5.196.392

Acción de Tutela instaurada por Wilson Galindo Hernández y Nelson Gálviz, miembros del pueblo indígena Sikuani, contra el Congreso de la República y los Ministerios del Interior y de Agricultura y Desarrollo Rural

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá DC, cuatro (4) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Alejandro Linares Cantillo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de tutela dictado por la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

Los señores Wilson Galindo Hernández, miembro del resguardo Santa Teresita Tuparro (Cumaribo-Vichada)[1] y Nelson Gálviz Guacarapare, miembro del resguardo Ríos Mucho Guarrojo (Cumaribo-Vichada), instauraron acción de tutela en contra del Congreso de la República y los Ministerios del Interior y de Agricultura y Desarrollo Rural, al considerar que se transgredieron sus derechos al territorio y a la consulta previa con ocasión del trámite del Proyecto de Ley No. 223 de 2015 (Cámara), por virtud del cual se crean y desarrollan las Zonas de Interés de Desarrollo Rural, Económico y Social (ZIDRES).

1.1. Hechos relevantes

La acción de tutela fue presentada el 25 de agosto de 2015 y en ella se destacan los siguientes hechos:

1.1.1. A través del Ministerio del Interior, el 16 de abril de 2015, el Gobierno Nacional presentó ante el Congreso de la República el Proyecto de Ley No. 223 de 2015 (Cámara), con el propósito de crear e impulsar las Zonas de Interés de Desarrollo Rural, Económico y Social (ZIDRES)[2].

1.1.2. El Representante a la Cámara, Inti Asprilla, quien presentó ponencia negativa para segundo debate, solicitó un concepto de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, con el fin de establecer la necesidad o no de iniciar un proceso de consulta previa respecto de la citada iniciativa.

1.1.3. En oficio del 7 de julio de 2015, la Dirección de Consulta Previa dio respuesta al concepto solicitado, en el sentido de señalar que sí era necesario adelantar el proceso de consultar, en virtud de que en el proyecto se observaban algunas disposiciones que podían incidir “de manera directa y específica sobre las comunidades étnicas asentadas en la zona donde se habrá de implementar actividades de monocultivos en la altillanura colombiana; disposiciones, que precisamente deben ser objeto de consulta[,] para que con la participación de las comunidades se determine si estas pueden alterar su estatus”[3].

1.1.4. A través de un concepto rendido el 10 de julio de 2015, la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios sostuvo que para efectos de determinar si era necesario adelantar el proceso de consulta previa se debía tener en cuenta el contexto histórico, social y económico de las regiones en que se pretendían consolidar las ZIDRES.

Sobre el particular, llamó la atención respecto de varias irregularidades en la adjudicación de baldíos por parte del INCODER, aunado a la demora en el trámite de los procesos de constitución y ampliación de resguardos, especialmente en los departamentos de Vichada y Meta. Por lo anterior, recomendó someter a consulta el proyecto ZIDRES, siempre que dichas zonas se constituyan en los departamentos mencionados[4].

1.1.5. El 24 de julio de 2015, luego de examinar nuevamente el contenido del proyecto de ley, la Dirección de Consulta Previa rindió un nuevo concepto, en el que señaló que existió una imprecisión en el oficio enviado el 7 de julio, por lo que se hacía necesario rectificar dicho pronunciamiento. Con tal propósito, destaca que el proyecto tiene un carácter general dirigido a las comunidades campesinas, al mismo tiempo que enfatiza que la regulación de las ZIDRES es de utilidad pública e interés social, por lo que no se hace exigible agotar el proceso de consulta previa, “toda vez que este aplica cuando en la ejecución de un proyecto, obra o actividad se generan impactos directos susceptibles de afectar a comunidades étnicas, no a comunidades campesinas y/o trabajadores agrarios”[5]. Por lo demás, señala que el proyecto incluye un artículo 19, en el que se dispone que “No podrán constituirse las ZIDRES en territorios que comprendan, siquiera parcialmente, zonas de reserva campesina, resguardos indígenas y territorios colectivos titulados. Tampoco podrán constituirse en territorios que, de conformidad con la ley, no pueden ser objeto de explotación económica”[6]. Esta circunstancia reafirma que no se produce una afectación directa en ninguna comunidad étnica, en términos de intromisión en su calidad de vida y costumbres, lo que torna innecesario el proceso de consulta[7].

1.1.6. Con sujeción a este último pronunciamiento, el proceso legislativo siguió su curso, siendo aprobada la iniciativa en la Cámara de Representantes. Para el momento de interposición de la acción de tutela, se habían iniciado las etapas de deliberación y aprobación en la Comisión Quinta y en la Plenaria del Senado de la República (Proyecto de Ley No. 174 de 2015 Senado).

1.1.7. Finalmente, los accionantes exponen que las ZIDRES se crearán en zonas especiales de aptitud agropecuaria, que se encuentren aisladas de centros urbanos significativos y que exijan elevados costos de adaptación productiva por sus características agrológicas y climáticas. De igual manera, las zonas en que se consolidarán deberán tener baja densidad poblacional, altos índices de pobreza e insuficiencia de infraestructura para el transporte y

comercialización de los productos. Por ello, en su criterio, las ZIDRES tan sólo podrán localizarse en departamentos como Vichada, Guainía, Arauca, Meta, Caquetá y Putumayo.

1.2. Solicitud de amparo constitucional

1.2.1. Con fundamento en los hechos relatados, los demandantes solicitan al juez constitucional, en primer lugar, que como medida provisional y como quiera que para el momento de instauración de la acción de tutela ya se habían surtido los debates en la Cámara de Representantes, que se ordenara a la Mesa Directiva del Senado abstenerse de incluir en las sesiones el debate del referido proyecto[8]. Y, en segundo lugar, solicitaron que, tras amparar sus derechos a la consulta previa y al territorio, se ordenara al Congreso de la República el archivo del proyecto en mención, y al Gobierno Nacional retirarlo y abstenerse de adelantar cualquier iniciativa legislativa o reglamentaria relacionada con el mismo asunto, hasta tanto no se cumpla con dicha exigencia.

1.2.2. En lo relativo a la procedencia de la acción de tutela, los accionantes manifiestan que no existe otro mecanismo de defensa judicial para solventar el conflicto mencionado, pues es claro que el proyecto incide en las aspiraciones territoriales que tienen los pueblos indígenas. En su criterio, si bien el artículo 19 de la iniciativa pretende “blindar” el trámite de la ley, en todo caso existe la obligación de consulta, si se tiene en cuenta los territorios preseleccionados para adelantar los proyectos ZIDRES, esto es, los departamentos de Vichada, Meta, Caquetá y Putumayo.

En este orden de ideas, reclama que en este proceso legislativo debe exigirse la consulta previa, por las siguientes razones: “(1) ser [los territorios preseleccionados] históricamente habitados y manejados según sus usos y costumbres por pueblos indígenas, derivando su subsistencia física y espiritual de la relación cultural que mantienen con estos territorios; (2) existir aspiraciones territoriales de los pueblos indígenas para la constitución, ampliación, reestructuración y saneamiento de resguardos indígenas; (3) ser territorios en los cuales habitan pueblos indígenas que se encuentran incluidos por la Corte Constitucional en el Auto 04 de 2009 de ‘Protección de los derechos fundamentales de las personas y los pueblos indígenas desplazados por el conflicto armado o en riesgo de desplazamiento forzado, en el marco de la superación del estado de cosas inconstitucional

declarado en la Sentencia T-025 de 2004”[9].

1.3. Contestación de las partes demandadas e intervención de tercero

1.3.1. Contestación del Congreso de la República[10]

El Secretario General del Congreso de la República intervino dentro del término otorgado por la autoridad judicial de primera instancia e indicó que el proyecto mencionado fue producto de la iniciativa del Gobierno Nacional. En lo que atañe a las funciones del Congreso de la República, expuso que las mismas se venían cumpliendo conforme a lo establecido en las normas y procedimientos legales, consultado la justicia y el bien común. Como se deriva de lo expuesto, no existió un pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de la demanda.

1.3.2. Contestación del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural[11]

El Coordinador del Grupo de Atención de Procesos Judiciales de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural solicitó declarar la improcedencia de la acción, básicamente por considerar que carece de legitimación por pasiva. Ello es así, por una parte, porque el proyecto fue presentado por el Ministerio del Interior y no por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural; y por la otra, porque las pretensiones formuladas no guardan relación con las actuaciones o decisiones que puede adoptar dicha dependencia.

Adicionalmente, en lo que respecta al análisis de fondo, advirtió que la acción de tutela no está llamada a prosperar, pues la creación de las ZIDRES apunta a beneficiar a los trabajadores del campo que, por mandato de la Constitución, gozan de un trato diferencial[12].

Por último, mencionó que la consulta previa solo opera frente a aquellas iniciativas legislativas que afecten directamente a las comunidades indígenas, circunstancia que no ocurre en el asunto sub-judice, como fue expresamente mencionado por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior.

1.3.3. Contestación de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior[13]

El Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior solicitó que las pretensiones de la demanda sean desestimadas y que, como consecuencia de ello, se declare la improcedencia del amparo. Para comenzar, manifestó que el proyecto de ley no tiene como destinatarios a las comunidades tribales sino a la población campesina, la cual requiere, de manera urgente, una política para el agro que genere oportunidades y riqueza. En este sentido, apuntó que la lectura que se hace por los accionantes del artículo que excluye la constitución de las ZIDRES en resguardos indígenas y territorios colectivos es desacertada, pues lejos de ser una herramienta para “brindar el trámite de la ley”, corresponde a un instrumento para proteger, precisamente, dichos territorios.

A continuación resaltó que el proyecto de ley debía ser entendido en clave de respeto e inclusión social, conforme al despliegue de competencias de entidades que tienen la obligación de promover y respaldar el desarrollo rural, en los términos establecidos en el artículo 80 de la Constitución. Por lo anterior, en criterio del Ministerio, es claro que se trata de una política de alcance nacional cuyo objetivo es fortalecer los territorios campesinos, que excluye los espacios de los pueblos tribales, y cuya regulación se propone con un alcance general, impersonal y abstracto, alejado de la obligación de realizar la consulta previa, máxime cuando se está en presencia de una iniciativa cuyas propuestas todavía no constituyen una norma jurídica, careciendo del atributo necesario para causar beneficios o perjuicios a los demandantes o a sus comunidades.

Aunado a lo expuesto, señaló que el argumento propuesto por los demandantes incurre en el error de inferir anticipadamente los territorios en donde quedarán ubicadas las ZIDRES, hecho que todavía no ha sido objeto de definición y que, de ser el caso, corresponderá al desarrollo administrativo de la iniciativa. De ser válido el raciocinio propuesto, se tendría que llegar al absurdo de consultar todo proyecto que se refiera en general a una política sobre el territorio de Colombia, ya que existiría una expectativa de afectación al momento en que las autoridades competentes procedan a su ejecución. Finalmente, agregó que si una autoridad emite un concepto que no se ajusta a derecho, como ocurrió en su caso, tiene la obligación funcional de enmendarlo y aclararlo.

1.3.4. Contestación de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior[14]

El Director de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior solicitó que se declarara la improcedencia de la acción de tutela, por carecer de legitimación por pasiva frente a las pretensiones de los demandantes. A pesar de lo anterior, reiteró que el proyecto se encuentra dirigido a las comunidades campesinas en general, como una medida de utilidad pública e interés social, que no requiere consulta previa, por no afectar directamente a los pueblos indígenas.

Al respecto, enfatizó que la iniciativa excluye a los territorios indígenas en la conformación de las ZIDRES, y que si bien expresamente no se señala como zonas vedadas a los terrenos en trámites de adjudicación o ampliación del título colectivo y/o con presencia de comunidades étnicas, su protección se deriva de lo previsto en otras disposiciones como la Ley 21 de 1991 (artículo 14), la Ley 70 de 1993 (capítulo III, reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva, artículos 4 a 18), la Ley 160 de 1994 (Capítulo XIV, resguardos indígenas, artículos 85, 86 y 87), el Decreto 2613 de 2014 (Capítulo II, certificación de presencia de comunidades étnicas, artículos 4, 5 y 6), el Decreto 2333 de 2013 (Título II, medidas de protección de la posesión de territorios ancestrales y/o tradicionales, procedimiento de medidas de protección de la posesión, artículos 5 al 9) y la Directiva Presidencial 190 de 2013 (pasos 1 al 6).

1.3.5. Intervención del Representante Inti Asprilla[15]

1.3.5.1. El Representante a la Cámara por Bogotá, Inti Asprilla, coadyuvó la demanda presentada por los accionantes, al considerar que la aprobación de la iniciativa involucraba un desconocimiento de los derechos a la consulta previa y al territorio[16]. Los argumentos planteados por el interviniente se resumen en consideraciones vinculadas con la procedencia de la acción y con el examen del asunto de fondo.

1.3.5.2. En lo que atañe al primer punto, esto es, en relación con la viabilidad procesal de la acción de tutela, sostuvo que se observa la ocurrencia de una situación apremiante que convoca la intervención del juez constitucional, ya que la aprobación de la ley incide en el núcleo esencial de los derechos fundamentales previamente mencionados. A continuación, expuso que por tratarse de un acto de carácter general y abstracto, en principio, el amparo no estaría llamado a prosperar contra el proyecto de ley. Sin embargo, conforme a la jurisprudencia, en la medida en que el legislativo desconozca las garantías mínimas que se

derivan de la Constitución, como ocurre en el asunto bajo examen, la acción de tutela podría ser instaurada[17].

1.3.5.3. Por su parte, en relación con el asunto de fondo, el interviniente sostiene que el proyecto afecta directamente a los pueblos indígenas, ya que modifica el régimen normativo que los protege al incidir en el acceso a la tierra y de allí en el derecho al territorio. En su criterio, es actualmente exigible la consulta previa sin perjuicio de que en el futuro y respecto de cada decisión administrativa llegase a ser necesario el ejercicio de este mecanismo de participación.

A continuación resaltó la existencia de dos conceptos diferentes expedidos por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior. Uno en el que se señala la importancia de la consulta y otro que se adopta en un sentido totalmente contrario. Para el interviniente esta contradicción evidencia el irrespeto hacia el citado derecho fundamental, con el único propósito de lograr la aprobación de la iniciativa en perjuicio de la diversidad cultural. En este punto enfatizó que la Procuraduría General de la Nación también expidió un concepto, en el cual resaltó la exigibilidad de adelantar la consulta previa, bajo la consideración de que los pueblos que habitan los departamentos de Meta y Vichada han sido víctimas de la violencia, se encuentran dentro del listado de comunidades en riesgo de exterminio y el Estado no ha sido diligente en el trámite de los procesos de constitución y ampliación de resguardos a su favor, frente a lo cual existe incluso una relación con el desplazamientos forzado[18].

Adicional a lo expuesto, el Representante Asprilla hizo referencia al Plan de Salvaguardia del Pueblo Sikuani, a la noción de territorio que tienen y a las problemáticas que enfrentan, entre ellas, el ejercicio del derecho al territorio y a la propiedad colectiva, pues muchos de sus sitios sagrados no han sido reconocidos como parte de los resguardos y otros necesitan saneamiento o ampliación por superpoblación. A juicio del interviniente, este pueblo se vería afectado con la expedición de la ley, ya que gran parte de su territorio coincide con el departamento de Vichada. Por último, señaló que propuso la aprobación de un párrafo cuando las ZIDRES colindaran con resguardos indígenas o territorios colectivos exigiendo el procedimiento de consulta previa, el cual fue rechazado por la mayoría.

II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN Y ELEMENTOS DE PRUEBA RELEVANTES APORTADOS AL

PROCESO

2.1. Sentencia de primera y única instancia

La Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró la improcedencia del amparo solicitado. Para sustentar su decisión, el a-quo argumentó que la pretensión de la parte actora tiene como propósito excluir al Proyecto de Ley No. 223 de 2015 del debate legislativo. Dicha solicitud es contraria a la autonomía e independencia del Congreso, en virtud de las cuales “durante la discusión de [una iniciativa legislativa] no se permite la injerencia de otro órgano estatal y, específicamente, no [hay] oportunidad alguna de control judicial”[19].

No obstante, en la medida en que no puede existir una cláusula de inmunidad absoluta, el ordenamiento jurídico dispone que para cuestionar el resultado del proceder legislativo, esto es, una ley aprobada, sancionada y promulgada, se establece la acción pública de inconstitucionalidad, como mecanismo idóneo para dilucidar la situación que aqueja a los demandantes, más aún cuando se está en presencia de un acto de carácter general, impersonal y abstracto, frente al cual resulta improcedente el amparo constitucional, en los términos del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991.

Finalmente, el a-quo sostuvo que la existencia del otro medio de defensa judicial resalta el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela, especialmente “si se tiene en cuenta que en el presente asunto tampoco procede la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, por cuanto no existe en el expediente prueba ni elemento de juicio fundado que acredite, válidamente, la presencia de una situación de esa precisa naturaleza, ni las condiciones de gravedad, inminencia y urgencia que la caracterizan que, harían impostergable la protección mediante la acción de tutela”[20].

2.2. Pruebas relevantes aportadas al proceso

a. Copia del texto de Proyecto de Ley No. 223 de 2015 (Cámara), aprobado en las sesiones ordinarias de la Comisión Quinta Constitucional Permanente, por el cual se crean las ZIDRES. En virtud del texto sometido al proceso de aprobación legislativa, ellas se definen como las “zonas especiales de aptitud agropecuaria, ubicadas en el territorio nacional, que integral y complementariamente cumplan lo siguiente: se encuentren aisladas

de los centros urbanos más significativos; demanden elevados costos de adaptación productiva por sus características agrológicas y climáticas; tengan baja densidad poblacional; presenten altos índices de pobreza; carezcan de infraestructura mínima para el transporte y comercialización de los productos”[21].

Entre los objetivos de las ZIDRES se encuentran (i) el aumento de la productividad y competitividad de la tierra, (ii) la promoción del desarrollo social, económico y sostenible de la zona, (iii) la conservación del ambiente y las mejoras en las condiciones agrológicas; (iv) el acceso y regularización de la propiedad de los trabajadores agrarios, (v) la promoción de la seguridad alimentaria y el empleo rural; y (vi) la inversión sin poner en riesgo la seguridad y la autonomía alimentaria de los colombianos.

De acuerdo con el texto aprobado, las personas jurídicas o naturales o las empresas asociativas que decidan adelantar proyectos productivos en las ZIDRES deberán inscribir su respectivo proyecto en el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, incluyendo –entre otros– el esquema de viabilidad, el plan que asegure la seguridad alimentaria y un estudio de títulos de los predios que se requieran para el proyecto. Por lo demás, se consagran normas que autorizan el uso de bienes inmuebles de la Nación a cargo de una contraprestación dineraria, así como estímulos y medidas de protección para el campesino o trabajador agrario.

En todo caso, en el artículo 12 se establece que “La identificación de las áreas potenciales para declarar una ZIDRES, será establecida por la UPRA [Unidad de Planificación Rural Agropecuaria] de conformidad con el artículo 1º, y de acuerdo a criterios de planeación territorial, desarrollo rural, estudios de suelo a escala apropiada, información catastral actualizada y estudios de evaluación de tierras de conformidad a la metodología establecida por esta entidad”[22], con la salvedad que se dispone en el artículo 19, conforme a la cual: “No podrán constituirse las ZIDRES en territorios que comprendan, siquiera parcialmente, zonas de reserva campesina, resguardos indígenas y territorios colectivos titulados o en trámite de constitución. Tampoco podrán constituirse en territorios que, de conformidad con la ley, no pueden ser objeto de explotación económica”[23] (Cuaderno 1, folios 8 a 13).

b. Copia del informe de ponencia negativa al Proyecto de Ley No. 223 de 2015 presentado por el Representante a la Cámara por Bogotá, Inti Asprilla. En dicho informe

señala que la iniciativa es contraria a la Constitución, entre otras razones, porque su contenido pone en riesgo la soberanía alimentaria de los colombianos, al entender que se autoriza la compra de tierras por parte de países extranjeros y multinacionales que invierten en agro-combustibles.

A continuación refiere que el modelo de producción agrícola de las ZIDRES parte de la base de proyectos asociativos entre empresarios y trabajadores agrícolas, para que se puedan generar economías de escala, en los cuales el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural actuará como garante de los derechos de los campesinos. Sin embargo, cuestiona que no se fijen parámetros normativos claros, como aquellos relativos a la distribución de beneficios para los campesinos, o los tipos de subsidios y estímulos que se darán. Con todo, a su juicio, la inconveniencia del proyecto se encuentra en la insuficiente información y evidencia científica que lo justifica, incluyendo la ausencia de un estudio sobre el estado actual de los baldíos en el país. A lo anterior se agrega la realidad del contexto actual, en especial frente a los diálogos en La Habana entre el Gobierno Nacional y las FARC, que tiene dentro de su agenda política el desarrollo agrario.

Posteriormente, menciona que el proyecto es inconstitucional porque no se adelantó el proceso de consulta previa. Sobre el particular, apunta que si bien la iniciativa excluye las ZIDRES de los resguardos indígenas y territorios colectivos, omite tener en cuenta que la población étnica también tiene un número importante de trabajadores agrarios, que debieron ser consultados y tenidos en cuenta como destinatarios de la ley.

Aunado a lo anterior, sostiene que pueden existir tensiones entre las pretensiones de los pueblos indígenas y la constitución de las ZIDRES. Para ello, como ejemplo, menciona a la etnia Sikuani en el departamento de Vichada y al grupo indígena Mapayerri, frente a quienes no se han dado respuestas oportunas de titulación por parte del INCODER. Por lo demás, el proyecto puede incidir en la destinación de los baldíos, según lo previsto en la Ley 160 de 1994, desconociendo que los mismos igualmente se deben utilizar para dotar de tierras a las comunidades indígenas y no solo campesinas.

Por último, alega que el proyecto reproduce disposiciones de la Ley 1450 de 2012, que fue declarada inexecutable por esta Corporación, al mismo tiempo que introduce normas regresivas en detrimento de los derechos de sujetos de especial protección constitucional,

como son los campesinos, quienes deben acceder progresivamente a la tierra[24].

c. Oficio del 7 de julio de 2015 del Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior, en el que concluye que en el proyecto se observaban algunas disposiciones que podían incidir “de manera directa y específica sobre las comunidades étnicas asentadas en la zona donde se habrá de implementar actividades de monocultivos en la altillanura colombiana; disposiciones, que precisamente deben ser objeto de consulta[,] para que con la participación de las comunidades se determine si estas pueden alterar su estatus”[25].

d. Concepto firmado el 24 de julio de 2015 por el Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior, en el que señaló que existió una imprecisión en el oficio enviado el 7 de julio, por lo que se hacía necesario rectificar dicho pronunciamiento. En este se concluyó que la iniciativa no requería de consulta previa, por tratarse de una regulación general y abstracta cuyo destinatario son las comunidades campesinas. Por lo demás, se resaltó que el proyecto no implica “la ejecución de un proyecto, obra o actividad [que] generan impactos directos susceptibles de afectar a comunidades étnicas”, más aún cuando se excluyen de las áreas ZIDRES a los resguardos indígenas y territorios colectivos.

e. Concepto elaborado el 10 de julio de 2015 por la Procuraduría Delegada para asuntos Ambientales y Agrarios, en el que –como ya se dijo– se sostuvo que, para efectos de determinar si era necesario adelantar el proceso de consulta previa, se debía tener en cuenta el contexto histórico, social y económico de las regiones en que se pretendían consolidar las ZIDRES. Sobre el particular, llamó la atención respecto de varias irregularidades en la adjudicación de baldíos por parte del INCODER, aunado a la demora en el trámite de los procesos de constitución y ampliación de resguardos, especialmente en los departamentos de Vichada y Meta. Por lo anterior, recomendó someter a consulta el proyecto ZIDRES, siempre que dichas zonas se constituyan en los departamentos mencionados.

f. Plan de Salvaguarda Sikuaní que, según consta en la introducción, obedece a las órdenes proferidas por la Corte Constitucional en el Auto 004 de 2009. En el capítulo 1 se abordan generalidades del contexto regional que habita este pueblo (departamentos de Arauca, Casanare, Meta y Vichada). A continuación, se explica el proceso de poblamiento de la Orinoquia por parte de comunidades indígenas y cómo éste se dio siguiendo las cuencas

de varios ríos, influenciado por la llegada de varios grupos sociales, como comunidades religiosas, conquistadores, colonos y actores armados.

También se refiere al contexto económico de la región y a la perspectiva de políticas económicas en materia de desarrollo de la agroindustria, de la que hacen parte los cultivos de palma en el país. Además, se alude a la existencia de tensiones entre las inversiones económicas y los pueblos indígenas que habitan la zona.

En el documento sólo se caracteriza a la población Sikuani debido a la mayor afectación padecida. En este orden de ideas, se afirmó que además de los actores armados otras circunstancias amenazan la supervivencia de los pueblos amerindios, como los megaproyectos agrícolas y de explotación de recursos naturales. Lo anterior en un escenario de sucesos que marcan su historia y que, entre otros, giran en torno a lo que denominan “la expropiación de nuestro territorio”[26], por fenómenos relacionados con la colonización, la violencia y los conflictos sobre la tierra.

De forma paralela se mencionan problemas actuales como la invisibilidad de su situación, el saneamiento básico y la contaminación de aguas por actividades económicas y urbanas, así como de residuos que en ellas se generan. En este sentido, también se traen a colación vulneraciones de derechos humanos (como el desplazamiento forzado), que se relacionan con la afectación de su entorno, tanto por actividades lícitas (explotación petrolera) como ilícitas (cultivos de uso ilícito) y enfatizan que la problemática que afecta hoy en día al Pueblo Sikuani radica en la pérdida o riesgo de privación del territorio ancestral[27].

Se agrega que otro problema radica en que la titulación de los resguardos no tuvo en cuenta la cultura sikuani, la idoneidad de las tierras para la agricultura, caza y pesca, y la ubicación de los sitios sagrados[28]. En este sentido, también mencionan actuaciones irregulares en la titulación de baldíos y megaproyectos agrarios (palma, soya, maíz, sorgo, caucho, azúcar y animales de engorde) que producen cambios ambientales en el uso del suelo.

Por último, sobre la economía del pueblo Sikuani, el documento refiere que siguen actividades tradicionales, como el cultivo en conucos, la caza y la recolección, pero también el comercio de algunos productos a cambio de dinero. En este orden de ideas, se destaca que dentro de su Plan de Salvaguarda se busca asegurar su fortalecimiento social,

territorial, socioeconómico y sociocultural[29] (Cuaderno 1, folio 65, CD único).

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

3.1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida en la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política. El expediente fue seleccionado por medio de Auto del 28 de octubre de 2015, proferido por la Sala de Selección número Diez.

3.2. Delimitación del caso, problema jurídico y esquema de definición

3.2.1. El Gobierno Nacional presentó al Congreso de la República un proyecto de ley con el fin de crear las Zonas de Interés de Desarrollo Rural, Económico y Social (ZIDRES). Durante su trámite, la Dirección de Consulta Previa rindió dos conceptos. En el primero de ellos mencionó la necesidad de adelantar la consulta previa, por cuanto en la iniciativa se observaban algunas disposiciones que podían incidir de manera directa y específica sobre las comunidades étnicas asentadas en las zonas en donde se busca implementar, como consecuencia de este proyecto, actividades de monocultivo en la altillanura colombiana. Por su parte, en el segundo, se destacó la existencia de una imprecisión en el concepto anterior, enfatizando que no era necesaria la consulta, entre otras razones, porque (i) el objetivo de la ley son las comunidades campesinas, (ii) su regulación es de carácter general y abstracto, sin que se disponga la ejecución de un proyecto, obra o actividad que tenga un impacto directo sobre los pueblos étnicos; y (iii) su ámbito regulatorio excluye de manera directa las zonas de resguardos y territorios colectivos titulados como susceptibles de comprender las áreas de las ZIDRES. Con todo, se mencionó la importancia de eliminar las zonas que están en trámite de adjudicación o ampliación de títulos colectivos, con el propósito de otorgarle una mayor claridad al proyecto.

Para la misma época, la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios sostuvo que, para efectos de determinar si era o no necesario llevar a cabo el proceso de consulta previa, se debía tener en cuenta el contexto social, histórico, político y económico de las regiones en las que se pretendían consolidar las ZIDRES. En este sentido, enfatizó que en algunos departamentos en los cuales podía llevarse su ejecución, como lo son Meta

y Vichada, habitan comunidades indígenas que habían sido víctimas de disímiles trasgresiones y violaciones a sus derechos, por lo que recomendó adelantar el proceso de consulta, en la medida en que dichas zonas se llegasen a ver afectadas por el alcance de la iniciativa. Aunado a lo anterior, apuntó la existencia de varias irregularidades en la adjudicación de baldíos, que coincide con el desplazamiento forzado de etnias indígenas, al igual que con demoras en la titulación y ampliación de resguardos por parte del INCODER.

3.2.2. En su calidad de ponente, el Representante a la Cámara por Bogotá, Inti Raúl Asprilla, presentó ponencia negativa en el trámite del Proyecto de Ley de las ZIDRES, tanto por razones de inconveniencia como de inconstitucionalidad, en relación con este punto su examen se enfocó principalmente en controvertir la falta de consulta previa. Por lo demás, presentó un escrito de coadyuvancia a la demanda, en el que destaca la importancia de la tutela para dar respuesta a una situación apremiante configurativa de un perjuicio irremediable, no solo frente al citado derecho a la consulta sino también frente al derecho al territorio. En lo relativo al fondo del asunto, apuntó que existía una afectación directa a los pueblos indígenas, ya que se modificaba el régimen normativo que permitía acceder a la tierra y, por lo mismo, se afectaba su potestad de decidir en torno a su desarrollo. Finalmente, destacó el Plan de Salvaguardia del Pueblo Sikuni, el cual, en su opinión, se ve afectado con la iniciativa en trámite.

3.2.3. Con fundamento en lo anterior, los demandantes solicitaron al juez de tutela, en primer lugar, que como medida provisional y como quiera que para el momento de instauración de la acción ya se habían surtido los debates en la Cámara, se ordenara a la Mesa Directiva del Senado abstenerse de incluir en las sesiones el debate del referido proyecto. Y, en segundo lugar, tras amparar sus derechos a la consulta previa y al territorio, ordenar al Congreso el archivo del proyecto y al Gobierno Nacional, además de retirarlo, abstenerse de adelantar cualquier iniciativa normativa relacionada con el mismo asunto, hasta tanto no se llevara a cabo dicho proceso de consulta.

Para sustentar su pretensión, adujeron la inexistencia de mecanismos judiciales de defensa que resguardaran los bienes jurídicos en tensión, como lo es el derecho de participación (consulta previa) y el derecho al territorio. En este sentido, indicaron que las ZIDRES serían establecidas en zonas que habitan las comunidades o en donde se hallan sus sitios

sagrados. Por lo demás, enfatizaron que la difícil situación en la que viven ha sido descrita por esta Corporación en el Auto 004 de 2009, que dio origen a un plan de salvaguardia.

3.2.4. Las autoridades demandadas se opusieron en general a la prosperidad del amparo, entre otras razones, al considerar (i) que el ámbito regulatorio del Proyecto de Ley ZIDRES no recae en las comunidades étnicas sino en la población campesina; (ii) que se trata de una política de alcance nacional dirigida a impulsar el desarrollo rural; (iii) que no existe certeza sobre la ubicación de las ZIDRES, por lo que el impacto territorial que se alega no es concreto ni demostrable; y finalmente, (iv) que el proyecto excluye expresamente a los resguardos indígenas y a los territorios colectivos, como áreas susceptibles de ser afectadas por las ZIDRES.

3.2.5. El juez de tutela de instancia declaró la improcedencia del amparo, al concluir que la pretensión solicitada, desde una perspectiva general, es contraria a la autonomía e independencia del legislativo. Por lo demás, lo procedente es cuestionar la ley por medio de la acción pública de inconstitucionalidad, frente a la cual no cabe la acción de tutela, por tratarse de un acto general, impersonal y abstracto. Por último, recalcó que no se observa la existencia de un perjuicio irremediable, en la medida en que no se acreditó una afectación real, grave y urgente, sobre todo cuando se trata de una iniciativa en curso.

3.2.6. De lo relatado se infieren dos escenarios. Por una parte, es claro que la tutela tiene como objetivo primordial el amparo del derecho a la consulta previa, pues se entiende por los accionantes que la iniciativa tiene un impacto directo en los pueblos étnicos, más allá de la exclusión que se propone respecto a la no conformación de las ZIDRES con áreas correspondientes a territorios colectivos y resguardos indígenas. Para ello, se alude a la afectación de la tierra, a las deficiencias en titulación que podrían impactar en territorios que se reclaman y a la destinación de los baldíos. Por la otra, se invoca una afectación del derecho al territorio, sin que se especifique cuál o cuáles son las conductas que conducen a su vulneración, por fuera del incumplimiento del citado deber de consulta.

En este sentido, esta Corporación entiende que el debate que realmente se suscita se relaciona con la protección del derecho a la consulta previa en el trámite de una iniciativa legislativa. Por tal motivo, el problema jurídico y las consideraciones apuntarán en dicho sentido, no sin antes advertir que el amparo del citado derecho de participación adquiere

precisamente el carácter de una garantía fundamental, en la medida en que se constituye en un medio para preservar un conjunto amplio de derechos de los cuales depende la subsistencia y preservación de la integridad étnica y cultural de los pueblos tribales. Así, en varias oportunidades, esta Corporación ha resaltado el vínculo que existe entre la consulta y los derechos a la identidad e integridad cultural, a conservar sus usos, costumbres e instituciones propias, a la tierra y al territorio, y a decidir sus prioridades y estrategias para el desarrollo[30].

3.2.7. En todo caso, antes de plantear el problema jurídico, es preciso advertir la existencia de dos circunstancias adicionales. La primera se vincula con la definición de la medida cautelar solicitada, y la segunda con el trámite que siguió la iniciativa sobre las ZIDRES.

3.2.7.1. En cuanto al primer punto, conforme se destacó con anterioridad, los accionantes solicitaron a la autoridad judicial de primera instancia, en virtud del artículo 7 del Decreto 2591 de 1991, que se ordenara a la Mesa Directiva del Senado abstenerse de incluir en el orden del día el Proyecto de Ley ZIDRES, hasta tanto se resolviera la acción impetrada[31]. Básicamente, como se advierte, se solicitó la suspensión de los debates relacionados con la iniciativa en la citada cámara congresional, para lo cual se argumentó que la misma “deslegitimaba las aspiraciones territoriales de los pueblos indígenas”[32], circunstancia frente a la cual se hacía indispensable agotar con anterioridad el trámite de la consulta previa.

Sobre el particular, al momento de admitir la demanda y en su calidad de juez de instancia, la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca decidió abstenerse de decretar la medida cautelar, pues no se observaban elementos fácticos de los que pudieran desprenderse circunstancias de inminencia, gravedad y urgencia que conllevaran a su adopción[33].

En relación con este tema, cabe resaltar que el citado artículo 7 del Decreto 2591 de 1991[34] confiere amplios poderes al juez constitucional para adoptar medidas que eviten que su decisión, en caso de amparar el derecho, resulte inane. Precisamente, entre otras, el inciso primero le otorga competencia al juez de tutela para suspender la aplicación del acto concreto que amenace o vulnere un derecho fundamental. No obstante, el mismo inciso condiciona la adopción de esta medida a la demostración de unos supuestos de

necesidad y urgencia[35], evidenciados a partir de las circunstancias del caso[36], sin perjuicio de que más allá de su procedencia formal se mantenga la ejecución del acto, con el propósito de “evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público”[37].

De los elementos de prueba aportados por los accionantes, como lo sostuvo el juez de instancia, efectivamente no se evidenciaba la necesidad y urgencia de suspender los debates en el Congreso respecto de la iniciativa cuestionada, más aún cuando una decisión en tal sentido tendría el efecto de lesionar un interés público prioritario dentro de la estructura constitucional del Estado, como lo es la preservación de la autonomía e independencia del órgano legislativo y la realización del principio democrático.

En efecto, si bien esta Corporación –como se mencionará más adelante– ha señalado que excepcionalmente cabe la acción de tutela para garantizar los derechos fundamentales de las minorías que se ven afectadas como resultado de los procedimientos legislativos, dicha modalidad de control no puede conducir a una intromisión o interferencia tal que impida el funcionamiento mismo del órgano legislativo, en especial cuando el asunto que se reclama hace parte de los argumentos expuestos en el debate para buscar que la iniciativa no sea aprobada. Así se manifestó por los accionantes, al hacer referencia a la ponencia negativa elaborada por el Representante Inti Asprilla, en cuyas consideraciones se señaló la necesidad de adelantar el proceso de consulta previa, cuestión que no fue compartida por el resto de los miembros de la Cámara de Representantes.

En este sentido, la Sala ha de insistir en que el debate en el Congreso de la República y el despliegue de la democracia que en ese recinto se materializa es un interés público de altísimo valor, por lo que la eventual adopción de una medida cautelar vinculada con el ejercicio de las funciones a su cargo, además de demostrar la necesidad y urgencia de proteger un derecho fundamental y de no afectar el núcleo esencial de la actividad legislativa, debe estar sustentada en elementos fácticos suficientes que acrediten efectivamente la configuración de un perjuicio, asunto que no se da en este caso, máxime cuando lo que se alega es la supuesta existencia de unas zonas preseleccionadas, que en principio y materialmente no podrían existir, por no haber sido sancionada –en ese momento– la ley que les daría sustento.

En casos como el expuesto, es claro que la intervención del juez de tutela dentro de un

debate político, como es aquél que se despliega en la rama legislativa, es en extremo excepcional, pues de por medio se encuentra el deber de respetar de la autonomía e independencia de la que debe gozar el Congreso, como expresión básica del Estado de Derecho.

Por lo anterior, se concluye que no cabe ningún reparo a la decisión adoptada sobre este particular por el juez de instancia, más allá de la insistencia de los accionantes, conforme al escrito remitido a esta Corporación en el mes de noviembre de 2015, en el que tan solo acompañaron un mapa de las supuestas zonas preseleccionadas como potenciales áreas ZIDRES.

3.2.7.2. En cuanto al segundo punto, esto es, el trámite que siguió la iniciativa sobre las ZIDRES, se destaca por esta Sala de Revisión que en la actualidad el proyecto concluyó con sus cuatros debates reglamentarios y que fue sancionado por el Gobierno Nacional, sin presentar objeción alguna, a través de la Ley 1776 del 29 de enero de 2016.

3.2.8. A partir de lo expuesto y de acuerdo con la delimitación de la controversia realizada, le corresponde a esta Corporación resolver los siguientes problemas jurídicos. En primer lugar, se deberá establecer si la acción de tutela resulta procedente durante el trámite de un proyecto de ley, con el fin de precaver una posible trasgresión del derecho fundamental a la consulta previa. Y, en segundo lugar, se analizará si el amparo resulta procesalmente viable cuando el referido trámite culminó y el proyecto fue sancionado y promulgado convirtiéndose así en una ley de la República.

Con el fin de dar respuesta a estos problemas jurídicos, la Sala se pronunciará sobre algunas de (i) las características de la democracia en Colombia; (ii) la colaboración armónica y los elementos del sistema de frenos y contrapesos; (iii) el derecho a la participación y a la consulta previa en el proceso legislativo; y (iv) los supuestos de procedencia excepcional de la acción de tutela en relación con el trámite de proyectos de ley, así como las consecuencias que se producen a partir de su sanción y promulgación. Con sujeción a los temas expuestos, (v) se resolverá el caso concreto.

3.3. Algunas características de la democracia en Colombia

3.3.1. Como Estado Social de Derecho, una de las características de la República de

Colombia es ser democrática, participativa y pluralista[38]. Esta última tiene una de sus principales manifestaciones en el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana[39], así como en la guarda de sus riquezas culturales[40], pero también en la existencia de múltiples posturas políticas que pueden manifestarse dentro del espectro normativo de la Constitución.

En este sentido, por ejemplo, la Carta reconoce el derecho de todo ciudadano a constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna, formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas[41]. Igualmente y de manera ilustrativa, otra manifestación del pluralismo se da en la posibilidad con que cuentan los partidos y movimientos políticos con personería jurídica de declararse en oposición al gobierno, a quienes deberá garantizárseles –entre otros– el acceso a la información y a la documentación oficial, y el uso de los medios de comunicación del Estado[42].

En este orden de ideas, en cuanto al carácter democrático, participativo y pluralista del Estado colombiano, la Constitución consagra, sin distinción, el derecho de todos los ciudadanos a concurrir en la conformación, ejercicio y control del poder político. Esta potestad se halla prevista como derecho fundamental (CP art. 40) y obedece también a uno de los fines estatales plasmados en el artículo 2 del Texto Superior[43], en el que se impone como uno de los objetivos de la organización estatal el de “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación (...)”.

3.3.2. El ejercicio de los derechos políticos, además de realizar el mandato de participación democrática, encuentra un claro sustento en el reconocimiento que el Constituyente hace a la soberanía popular, cuyo propósito apunta a ampliar los espacios de incidencia directa del pueblo en la toma de decisiones que repercuten tanto a nivel nacional como regional y local. En términos del artículo 3 de la Constitución, esta soberanía puede ejercerse de forma directa por el pueblo o por medio de sus representantes[44]. En el primer caso, por ejemplo, los ciudadanos pueden hacer uso del voto o de los mecanismos de participación, como ocurre con la revocatoria del mandato, sin perjuicio de la interposición de las acciones públicas para la defensa de la Constitución (CP arts. 40, 103 y 241); mientras que, cuando se actúa por intermedio de representantes, estos últimos pueden desarrollar un amplio abanico de acciones dirigidas a realizar la justicia y el bien común (CP art. 133), como

ocurre con la presentación de iniciativas legislativas o el uso de medios de control político, como lo son las mociones de censura o de observaciones (C.P. arts. 114, 135.9, 200.5 y 208).

3.3.3. Ahora bien, en tratándose del despliegue de la democracia por medio de los representantes y, particularmente, de aquellos que conforman la Rama Legislativa, la Constitución es clara en establecer que los miembros de los cuerpos colegiados (para este caso el Congreso) representan al pueblo y, por lo mismo, deberán actuar consultando la justicia y el bien común[45]. Con todo, internamente y como lo ha señalado esta Corporación, opera una lógica de mayorías políticas sometida, en todo caso, como poder constituido, a los designios de la Carta.

Precisamente, en la Sentencia T-983A de 2004[46], este Tribunal expuso que el “hecho de limitar el uso del poder conduce a que se produzcan diversas tensiones constitucionales. Quizás la más relevante, debido a su génesis constitucional, es aquella en la cual el *modus operandi* en el cumplimiento de las funciones de un órgano constitucional, entra en conflicto con algunos de los valores, principios o derechos previstos en la Carta Política. [Lo anterior] (...) es el caso de los órganos políticos que actúan conforme a la regla de las mayorías y que, por tal motivo, su actividad suele entrar en tensión con los derechos de las minorías, garantizados en el Texto Superior”.

Esta tensión fue objeto de una distinción expresa por el legislador en la Ley 5ª de 1992[47], en la que se consagra las reglas de la mayoría y las minorías como dos principios que regulan la interpretación del Reglamento. En cuanto a la primera, esto es, la regla de la mayoría, se entiende que “debe aplicarse en forma tal que toda decisión refleje la voluntad de las mayorías presentes en la respectiva sesión y consulte, en todo momento, la justicia y el bien común”; mientras que, por su parte, la regla de las minorías refleja la imperiosa necesidad de garantizar “el derecho de las minorías a ser representadas, a participar y a expresarse tal como lo determina la Constitución”[48]. Como se verá más adelante, ambos principios encuentran desarrollo tanto en el Texto Constitucional, como en la referida ley.

3.3.4. A pesar de que será abordado más adelante, dentro de nuestro sistema constitucional la limitación del poder y sobre todo de las dinámicas mayoritarias opera, principalmente, a través de la regulación. Esta puede adquirir diversos matices, pero lo cierto es que, para los

efectos de esta providencia, resulta pertinente indicar, por ejemplo, que el número de debates necesarios, el quórum requerido (sea deliberativo o decisorio) y los lapsos que han de respetarse entre las deliberaciones de cada Cámara y las decisiones que en ellas se adopten hace parte de los controles que se imponen a la regla de la mayoría, cuando, de manera primordial, su ejercicio apunta a que un proyecto de ley se torne en norma de la República.

En este orden de ideas, de manera ilustrativa, puede mencionarse que el artículo 157 de la Constitución exige, para que un proyecto sea ley, que sea publicado oficialmente por el Congreso antes de darle curso en la comisión respectiva; que haya sido aprobado en todos los debates en cada una de las cámaras y comisiones, y que haya sido sancionado por el Gobierno Nacional[49]. En el desarrollo del debate pueden intervenir –entre otros– todos los congresistas, los ministros y funcionarios invitados, de conformidad con lo previsto en el artículo 96 de la Ley 5ª de 1992[50].

Por lo demás, en dichos debates el uso de la palabra está regulado. En efecto, se requiere la autorización previa de la Presidencia, que ha de delimitar el tiempo de cada intervención. En este sentido, de especial relevancia resulta la regulación que se consagra en el artículo 97 de la ley en comento, relativa al uso de la palabra, pues la discusión sobre la aprobación de un proyecto de ley inicia con la presentación del informe de ponencia por los congresistas designados para tal efecto, seguido por los voceros y miembros de las bancadas, y por último una apertura general para los demás oradores, entre los cuales generalmente se encuentran los restantes miembros del Congreso[51]. Cabe destacar que, según el artículo 150 de la Ley 5ª de 1992, la Mesa Directiva de la respectiva comisión está facultada para designar a los ponentes[52], lo que implica que –como sucedió en este caso– no necesariamente sea elegido quien acompañe el proyecto. Aunado a lo anterior, es claro que en el desarrollo de los debates podrán existir interpelaciones a los oradores mediante preguntas o solicitudes de aclaración[53] y, en todo caso, en relación con quien se controvierta sus argumentaciones, se consagra el derecho a replicar o rectificar su posición[54].

Como parte de la regulación que canaliza la regla de la mayoría, el artículo 160 de la Carta contempla como requisito, entre el primero y el segundo debate en cada cámara, un lapso no inferior a ocho días, y entre la aprobación en esa cámara y la iniciación de los debates

en la otra, al menos quince días[55]. Por su parte, la Ley 5ª de 1992 establece que, en relación con este tiempo, entre el primero y el segundo debate deberá mediar un lapso no inferior a ocho días[56].

Finalmente, el artículo 145 de la Carta exige que, para poder deliberar, se requiere la presencia de al menos una cuarta parte de los miembros, ya sea en las cámaras o en las comisiones, mientras que –por regla general y salvo las excepciones que la Constitución contempla– se requiere de la asistencia de la mayoría de los integrantes para adoptar decisiones[57]. En este sentido, según el artículo 116 de la Ley 5ª de 1992, se entiende por quórum “el número mínimo de miembros asistentes que se requieren en las Corporaciones legislativas para poder deliberar o decidir”. A su vez, el mismo artículo determina dos clases de quórum: (i) el deliberatorio, que exige la presencia de por lo menos la cuarta parte de los miembros de la respectiva corporación o comisión permanente; y (ii) el decisorio, que implica la presencia de un número mínimo de congresistas para poder adoptar una determinación. Este último puede ser ordinario, calificado o especial. Para los efectos de esta providencia, vale señalar que el primero de ellos se presenta cuando se requiere la asistencia de la mayoría de los integrantes de la respectiva Corporación para adoptar una decisión[58].

3.3.5. Como se observa de los párrafos precedentes, si bien existe dentro del Congreso la regla de la mayoría para adoptar las decisiones, lo cierto es que también se reconoce la importancia de las minorías, que, entre otras, encuentra protección a través de mecanismos que regulan los debates que se adelantan en estos cuerpos colegiados de representación popular. Entre ellos se encuentran la posibilidad de intervenir en los debates, de ser designados ponentes de una iniciativa[59] o el establecimiento de quórum tanto decisorio como deliberativo, en el cual su participación puede llegar a ser determinante con miras a lograr la aprobación de un proyecto. Todos estos mecanismos brindan canales deliberativos para que dentro de la Rama Legislativa se actúe en consideración del bien común y los fines del Estado, que incluyen la protección de las minorías, no sólo étnicas, sino también políticas.

3.3.6. Ahora bien, como se señaló en líneas precedentes, una característica de la democracia colombiana es su condición de pluralista. En parte esto obedece al reconocimiento y protección de la diversidad étnica de la Nación colombiana propia de su

heterogeneidad cultural, pero también de la existencia de diferentes vertientes políticas en el seno de la sociedad.

Haciendo énfasis en la pluralidad étnica, el Texto Superior consagra un conjunto de reglas dirigidas precisamente a garantizar la participación de las comunidades indígenas y tribales en la definición de los asuntos públicos y en la defensa directa de sus intereses. Estas reglas se concretan tanto en la existencia de las circunscripciones especiales de minorías étnicas, como en el reconocimiento de la representatividad de los partidos y movimientos políticos de dichas comunidades, en cuya obtención de la personería se consagran parámetros disímiles frente al resto de expresiones políticas[60].

Para los efectos de esta sentencia, resulta pertinente mencionar que el artículo 171 de la Carta Política, en lo atinente a la circunscripción especial de minorías étnicas en el Senado de la República, dispone que: “Habrán un número adicional de dos senadores (...) por [las] comunidades indígenas”, cuya asignación de curules se regirá “por el sistema de cuociente electoral”. En todo caso, para poder participar en dicho proceso de elección, se requiere haber ejercido un cargo de autoridad tradicional en su respectiva comunidad o haber sido líder de alguna organización indígena, calidad que se acredita mediante certificado de dicha organización, refrendado por el Ministerio del Interior. Por otra parte, respecto de la Cámara de Representantes, el inciso 4 del artículo 176 de la Constitución contempla expresamente la posibilidad de que la ley establezca una circunscripción especial para asegurar la participación, entre otros, de los grupos étnicos[61] y, en tratándose de las comunidades indígenas, se reconoce específicamente una curul.

Estas reglas guardan coherencia con los compromisos internacionales suscritos por Colombia. En este sentido, el Convenio 169 de 1989 de la OIT[62] establece, en el artículo 6, algunos elementos relevantes en torno a la participación de las comunidades indígenas. Así, para los efectos de esta sentencia, cabe destacar que el mencionado artículo comprende tres facetas diferentes. La primera, descrita en el literal a), que contempla la consulta previa[63], ampliamente desarrollada por la jurisprudencia de esta Corporación, como se verá en uno de los acápite siguientes de esta providencia. La segunda, consagrada en el literal b), que le impone al Estado el deber de brindar a los pueblos indígenas y comunidades tribales –por lo menos– el mismo nivel de participación que se otorga a otros sectores de la población[64]. Y, la tercera, prevista en el literal c), que apunta

a exigir la consagración de medios apropiados para asegurar el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de dichos pueblos[65].

3.3.7. Según se deriva de lo expuesto, como mínimo de protección internacional, la segunda faceta no sólo se limita a exigir el otorgamiento de un mismo nivel de participación a los pueblos indígenas y comunidades tribales, sino que incluso al hacer uso de la expresión “por lo menos”, insta a que se adopten medidas que permitan conferir un trato especial, en respuesta a la necesidad de asegurar su intervención en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de formular políticas y programas que les conciernan. Ello en respuesta a los deberes genéricos de garantía y promoción del Estado[66], respecto de una población que históricamente se encuentra en situación debilidad manifiesta[67].

3.3.8. De allí que, además de los canales deliberativos que la Constitución y el Reglamento del Congreso contemplan, para que la dinámica propia de la regla de la mayoría impere sin desmedro de la participación de las minorías, se halla también el reconocimiento expreso de la circunscripción indígena, que obedece a los mandatos de inclusión derivados de instrumentos internacionales –como el Convenio 169 de la OIT– al igual que de normas contenidas en la Carta. Todo lo cual apunta, precisamente, a que la pluralidad de la sociedad colombiana en general y en especial de los grupos étnicos, cuente con espacios para intervenir en los quehaceres del Estado.

3.4. La colaboración armónica y el sistema de frenos y contrapesos en el trámite legislativo, y con posterioridad a la adopción de la ley. La objeción gubernamental y la acción pública de inconstitucionalidad[68]

3.4.1. El artículo 113 de la Constitución establece que “los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas[,] pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”. Esto significa que se asume como punto de partida que no existe una separación rígida de funciones, en la medida en que la materialización de los fines del Estado, entre ellos la satisfacción de los derechos de los ciudadanos, requiere de un cierto nivel de complementación por parte de las autoridades y de la posibilidad de que entre ellas se consagren herramientas de control.

En este orden de ideas, el sistema de frenos y contrapesos, que ha sido conocido bajo el

nombre de checks and balances, le confiere así un papel relevante al control y a la fiscalización interorgánica recíproca, pero también a la colaboración entre las entidades públicas para servir a la comunidad, promover la prosperidad y garantizar los principios y deberes consagrados en la Carta. Al respecto, en la ya citada Sentencia T-983A de 2004[69], se afirmó que:

“[El] modelo constitucional del checks and balances de origen norteamericano, no presupone el equilibrio entre los órganos que detentan las funciones clásicas del poder público como consecuencia espontánea de una adecuada delimitación funcional. Por el contrario, el balance de poderes es un resultado que se realiza y reafirma continuamente, y que no puede relegarse a un control político contingente, eventual o accidental, cuyo resultado natural y obvio tiende a ser la reafirmación del poder en los órganos, autoridades o funcionarios que se estiman política y popularmente más fuertes.

Esto significa que los derechos de los ciudadanos, se someten a la existencia de diversos controles concurrentes y concomitantes que impiden la superposición de un poder sobre otro, y esto sólo puede llevarse a cabo, cuando el mismo ordenamiento jurídico, otorga los medios suficientes para poner en funcionamiento dichos controles. En este contexto, es pertinente resaltar que los mecanismos de control pueden provenir del actuar directo del pueblo soberano, por ejemplo, a través del ejercicio de una acción pública (v.gr. la acción de tutela), de un referendo revocatorio o de una revocatoria de mandato (C.P. arts. 3, 40, 86, 259 y 377); o a través de la actuación de los organismos constitucionalmente establecidos, verbi gracia, por intermedio de la moción de censura”.

3.4.2. Desde esta óptica, este modelo de separación de poderes está revestido cualitativamente de la característica que emana de la colaboración armónica, la cual propugna por la interacción entre las diferentes entidades públicas –sin excluir la participación ciudadana– con el propósito de obtener sinergias que permitan materializar los fines del Estado Social de Derecho. Precisamente, en la sentencia en cita se expuso que:

“(…) es preciso aclarar que la [eventual] parálisis del Estado no es una consecuencia del control entre los diferentes órganos que lo componen, sino de su inadecuada articulación. Por ello, es indispensable interpretar los controles constitucionales, no sólo como restricciones o contrapesos al ejercicio de una función, sino también como aportes a la

actividad de un órgano, que le permiten ampliar su perspectiva analítica, consolidar su respaldo institucional dentro del Estado y la sociedad, y contribuir al aumento de la eficiencia institucional”.

3.4.3. Existen múltiples ejemplos a través de los cuales se desarrolla la colaboración armónica entre los órganos del Estado y, en especial, el sistema de frenos y contrapesos, que, como se deriva de las líneas precedentes, incluye en muchos casos la intervención de la ciudadanía. De hecho, como se mencionó con anterioridad, la existencia de múltiples debates en el Congreso de la República, desarrollados en cámaras disímiles, son una manifestación de este sistema[70]. Con todo, para los efectos de esta providencia, la Sala abordará dos ejemplos adicionales de la colaboración armónica: las objeciones gubernamentales y la acción pública de inconstitucionalidad, pues –para los efectos de resolver el asunto puesto a consideración– permiten observar facetas de cómo el principio de frenos y contrapesos se despliega en el procedimiento legislativo y en el principio de conservación del derecho que surge una vez una iniciativa se convierte en ley de la República.

3.4.3.1. En cuanto a la primera, esto es, las objeciones gubernamentales, su regulación se encuentra principalmente consagrada en los artículos 165 y siguientes de la Constitución. De acuerdo con el modelo adoptado por el Constituyente, el Gobierno Nacional puede formular objeciones a un proyecto de ley por razones de inconveniencia o de inconstitucionalidad, ya sea total o parcialmente. Esta distinción es relevante, ya que la objeción motivada por inconveniencia supone la devolución del proyecto a las Cámaras a segundo debate. En caso de ser reconsiderado y aprobado por la mitad más uno de los miembros de una y otra Cámara, el Presidente de la República deberá sancionar el proyecto, sin que pueda realizar una nueva oposición a su contenido normativo. En cambio, si el móvil de la objeción es la trasgresión de la Carta, los mecanismos de control se amplían para dirimir la tensión existente, pues si las Cámaras insisten, será la Corte Constitucional la encargada de resolver la controversia, caso en el cual, a través de un proceso judicial en el que participa el Procurador y pueden intervenir diferentes autoridades y los ciudadanos[71], se resolverá si las normas objetadas se ajustan o no a la Constitución.

En efecto, el numeral 8 del artículo 241 de la Carta le otorga la competencia a esta Corporación para “decidir definitivamente sobre la constitucionalidad de los proyectos de

ley que hayan sido objetados por el Gobierno como inconstitucionales (...) tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación”. Esta competencia también se consagra en los incisos 3 y 4 del artículo 167 de la Constitución, en los siguientes términos: “(...) si las Cámaras insistieren, el proyecto pasará a la Corte Constitucional para que ella, dentro de los seis días siguientes[,] decida sobre su exequibilidad”. En todo caso y como expresión de la generación de sinergias que subyace al sistema de frenos y contrapesos, se establece en ese mismo artículo que: “si la Corte considera que el proyecto es parcialmente inexecutable, así lo indicará a la Cámara en que tuvo su origen para que, oído el Ministro del ramo, rehaga e integre las disposiciones afectadas en términos concordantes con el dictamen de la Corte”.

Como se observa, el despliegue del sistema de frenos y contrapesos, específicamente en lo atinente a la objeción gubernamental originada en una discusión en torno a la constitucionalidad de un proyecto de ley, se sustenta en la interacción de al menos cinco actores: el Gobierno, el Congreso, el Procurador, la Corte Constitucional y los ciudadanos que intervengan en el proceso adelantado ante esta última. En virtud de lo anterior, se evidencia que incluso antes de que un proyecto de ley se convierta en una norma de la República existen mecanismos participativos y plurales para resguardar la integralidad de la Carta.

3.4.3.2. Como segundo ejemplo de colaboración armónica, según se manifestó previamente, se encuentra la acción pública de inconstitucionalidad, la cual obedece a un mecanismo de control jurisdiccional para garantizar la integridad y supremacía de la Carta[72]. Sin perjuicio de su naturaleza judicial, es bien sabido que la consagración de esta acción responde igualmente a una categorización como derecho político, conforme se dispone en el artículo 40 del Texto Superior[73]. A su vez, el artículo 241, tras disponer a cargo de la Corte Constitucional el deber de asegurar la integridad y supremacía de la Constitución, le otorga al citado Tribunal la competencia para “decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación”[74].

En este orden de ideas, cuando se cuestiona la constitucionalidad de una ley, es requisito sine qua non la actuación de los ciudadanos a través de la formulación de una demanda, la cual no solo expresa el desenvolvimiento del derecho de acción, sino también el impulso

de un derecho político por medio del cual se busca consagrar una herramienta de control al ejercicio del poder[75]. Además, de conformidad con el artículo 7 del Decreto 2067 de 1991, una vez admitida la demanda, “se ordenará fijar en lista las normas acusadas por el término de diez días para que (...) cualquier ciudadano las impugne o defienda”, lo que implica la creación de un espacio de participación democrática dirigido a la ciudadanía en general.

Durante el trámite adelantado ante esta Corporación, adicionalmente y de acuerdo con el artículo 7 del Decreto 2067 de 1991, se correrá traslado al Procurador General de la Nación para que rinda el concepto a su cargo. Lo anterior sin que se excluya el deber de comunicar “al Presidente de la República o al Presidente del Congreso, según el caso, la iniciación de cualquier proceso que tenga por objeto el examen de constitucionalidad de las normas dictadas por ellos (...)”, en los términos consagrados en el artículo 244 del Texto Superior. Adicionalmente, el artículo 12 del decreto en mención contempla la posibilidad de convocar a una audiencia pública[76], mientras que el artículo 13 establece la potestad del magistrado sustanciador de invitar a entidades públicas, a organizaciones privadas y a expertos en las materias relacionadas con el tema del proceso a presentar por escrito un concepto[77].

Como se observa de lo expuesto, el sistema de frenos y contrapesos también se encuentra ligado, en tratándose de la acción pública de inconstitucionalidad, a la interacción de varios actores. Así, quien decide es la Corte Constitucional, al mismo tiempo que en su trámite participan el ciudadano que promovió el juicio, la Procuraduría General de la Nación con su concepto, las entidades públicas o privadas que se hagan partícipes y las personas que coadyuven la demanda o defiendan la constitucionalidad de las normas que se cuestionan. Además, como previamente se advirtió, existe la posibilidad de que se realicen audiencias para discutir el asunto. Con lo anterior, no cabe duda de que en esta materia también se presentan sinergias que subyacen al modelo de checks and balances y que se despliegan con el fin de proteger la integralidad de la Carta.

3.4.4. En suma, ambas herramientas, esto es, tanto el régimen de objeciones gubernamentales como la acción pública de inconstitucionalidad, suponen de manera obligatoria o de forma optativa, la intervención de los ciudadanos en el proceso dirigido a defender o controvertir la constitucionalidad de un proyecto de ley o de una ley de la

República, sin perjuicio de la participación de otros actores, sean públicos o privados. Esta circunstancia evidencia, por una parte, que la actuación del juez constitucional obedece a la dinámica propia del sistema de frenos y contrapesos, en el que el ejercicio de sus competencias requiere, ya sea la discusión previa de otras entidades del Estado –como sucede con el régimen de objeciones– o el ejercicio del derecho de acción –como ocurre con el control que se promueve por vía ciudadana–. Y, por la otra, que estas dos expresiones de control suponen una amplia participación de diversos sectores de la sociedad en el debate constitucional que se suscite, ya sea sustentando la trasgresión al orden constitucional o defendiendo la exequibilidad de la norma que se revise. Por ello, se advierte que se trata de mecanismos concurrentes y concomitantes que propugnan por la generación sinergias para la materialización de los fines del Estado.

3.5. El derecho a la participación y a la consulta previa en el trámite legislativo, y su relación con el sistema de frenos y contrapesos

3.5.1. Como se señaló en la Sentencia T-646 de 2014[78], la consulta previa ha sido objeto de estudio en varias providencias de esta Corporación[79], por lo que en el presente caso su examen se limitará a aquellos aspectos necesarios para resolver el asunto sub-judice, vinculado con el procedimiento legislativo y con el contenido de un proyecto de ley que, en consideración de los demandantes, afecta directamente a las comunidades étnicas.

En este orden de ideas, es bien sabido que la consulta previa se fundamenta en una visión del pluralismo cultural como riqueza, que superó la perspectiva de asimilación que primaba antes de la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT y de la Constitución Política de 1991. En este sentido, resulta pertinente enfatizar que en su consagración subyace un principio de interés general relativo a que estas culturas sobrevivan y sean amparadas por el Estado. De igual manera, se trata de una obligación internacional contemplada en normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad, ya que el citado Convenio 169 establece que “(...) los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (...)”[80].

En este orden de ideas, la consulta previa ha sido categorizada como un derecho

fundamental de carácter colectivo, que tiene por finalidad la apertura de espacios de diálogo y que se desarrolla con el objeto de alcanzar, en lo posible, el consentimiento o aquiescencia de los pueblos étnicos respecto de una medida. Por ello, y de manera uniforme, la jurisprudencia ha relacionado su alcance normativo con los conceptos de participación y autonomía.

3.5.3. Cabe destacar que, en consonancia con los acápites anteriores de esta providencia, la consulta previa no es el único mecanismo de participación democrática con que cuentan las comunidades étnicas en el país. En efecto, a manera de ejemplo, el literal b) del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, establece que: “al aplicar [sus] disposiciones, los gobiernos deberán: (...) 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 (...)”. En virtud de este mandato, y teniendo en cuenta el pluralismo que inspira al sistema democrático, se dispuso en la Constitución la creación de una circunscripción especial indígena en el Senado y en la Cámara de Representantes, con el fin de que los elegidos se conviertan en voceros de las distintas comunidades que se encuentran en el territorio colombiano, más allá de que formalmente no todas ellas puedan llegar a tener un representante. Lo importante es que, de manera amplia y con un claro enfoque de integración, puedan expresar su particular cosmovisión y constituir efectivos canales de comunicación entre las células legislativas y los pueblos que representan.

3.5.4. Dicho lo anterior, en lo atinente a la exigibilidad de la consulta previa, la jurisprudencia de la Corte ha sido uniforme en exponer que ella depende de la incidencia directa que la medida legislativa tenga en los grupos étnicos. Así, por ejemplo, en la Sentencia C-030 de 2008[81], se señaló que “existe una afectación directa, cuando la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios. Esto significa que, para efectos de la consulta previa, es indiferente el efecto positivo o negativo de la medida legislativa propuesta”. Esto se debe a que dicha institución, además de ser una manifestación directa del derecho a la participación, es también una vía a través de la cual las comunidades expresan sus intereses y protegen los asuntos que de manera específica les importa.

Así las cosas, se entiende que las normas jurídicas que afectan de manera general a la población colombiana no requieren consulta y deben ser sometidas a los escenarios ordinarios de participación y deliberación democrática, en donde, como se ha reiterado, cuentan con una especial representación. En este orden de ideas, como se señaló en la Sentencia T-646 de 2014[82], al ser un mecanismo específico en el orden constitucional, en los casos en que se discute la aprobación de decisiones legislativas, solo resulta obligatoria la consulta previa cuando las mismas afectan directamente a las comunidades. Esto último sucede “en las siguientes hipótesis: (i) cuando la medida regula un asunto que, por expresa disposición constitucional, debe estar sometido a participación directa de las comunidades étnicas[83]; (ii) cuando la medida se encuentra estrechamente vinculada con el ethos o identidad étnica de los pueblos indígenas; (iii) cuando el objeto principal de la regulación son una o varias comunidades o pueblos tribales o el desarrollo concreto de un derecho previsto en el Convenio 169 de 1989 de la OIT; y (iv) cuando a pesar de tratarse de una medida general, (a) ésta tiene mayores efectos en las comunidades indígenas que en el resto de la población, o (b) regula sistemáticamente materias que conforman la identidad de dichas comunidades, por lo que puede generarse bien una posible afectación, un déficit de protección de sus derechos o una omisión legislativa relativa que las discrimine”[84].

3.5.5. El incumplimiento de este deber en el trámite legislativo, en aquellos casos en que dicho proceder resulta obligatorio, constituye una violación directa de la Carta Política, la cual, a menos que se adopte una formula especial que permita la subsistencia de la norma, conlleva a la declaratoria de inexecutable de la totalidad de la ley, o si es del caso, de los artículos específicos correspondientes a los temas que afectan directamente a los grupos étnicos. En términos de la citada Sentencia T-646 de 2014[85]:

“(…) el incumplimiento del deber de adelantar la consulta previa en el trámite legislativo, en aquellos casos en que dicho proceder resulta obligatorio, constituye una violación directa de la Carta Política[86]. De ahí que, a juicio de este Tribunal, se presenta ‘un vicio [que] impide declarar executable la ley’[87], ya sea que el control provenga del uso de la acción pública de inconstitucionalidad o de algunas de las modalidades de control automático que se consagran en la Constitución. No obstante, en ciertos casos, dependiendo del nivel de afectación de la ley o de las materias que son objeto de regulación, es posible adoptar otras fórmulas que preserven el principio democrático o la supremacía e integridad del Texto Superior, como lo sería suspender la aplicación de las normas hasta tanto se surta el

proceso de consulta respecto de ellas[88]. En este sentido, salvo la adopción de una fórmula especial que permita la existencia de la norma que omite el deber de consulta, su incumplimiento conlleva a la declaratoria de inexecutable de la totalidad de la ley, o si es del caso, de los artículos específicos correspondientes a los temas que afecten directamente a los grupos étnicos”.

3.5.6. En cuanto a las particularidades de la consulta, se ha advertido que ni el Convenio 169, ni la Constitución, ni la ley, ni algunas normas de carácter reglamentario, establecen reglas de procedimiento para llevarla a cabo[89]. Incluso en el citado Convenio se le otorga a los Estados la posibilidad de señalar, por vía del derecho interno, los mecanismos idóneos para hacer efectiva la participación de las comunidades, conforme a un amplio margen de discrecionalidad[90]. En todo caso, mientras ello no ocurra, acorde con el criterio de flexibilidad que se deriva del referido instrumento internacional, en cada proceso de consulta previa, se puede adoptar los cánones, trámites y directrices que mejor permitan adelantar el proceso de concertación sobre los intereses de los pueblos étnicos que se encuentran en juego. Lo anterior, por ejemplo, excluye los acercamientos que se hacen a través de miembros que no representan efectivamente a la comunidad[91], las simples reuniones informativas que no cumplen con el fin de la consulta[92], o los procesos que se adelantan sin una debida convocatoria previa.

3.5.7. La jurisprudencia constitucional ha identificado varios elementos característicos de la consulta previa. Para los efectos de esta sentencia, la Sala referirá sucintamente a los siguientes: (i) su trámite debe ser adelantado por personas que representen realmente a la comunidad, (ii) previo agotamiento de un proceso preconsultivo, cuyo fin es delimitar la manera como se adelantará o llevará a cabo el proceso de concertación con los grupos étnicos[93]. Por lo demás, (iii) su desenvolvimiento debe estar fundado en el respeto mutuo y regirse por el principio de la buena fe, lo que conlleva a que debe existir una real voluntad de las partes y claridad en el proceso. Finalmente, (iv) la consulta ha de tener la posibilidad de generar efectos sobre la decisión acordada y responder al enfoque diferencial que la caracteriza[94].

3.5.8. Una característica de la consulta previa en el trámite legislativo supone comprenderla como un mecanismo de carácter preventivo, en el que se busca la generación de sinergias a partir de la participación de las comunidades étnicas en los asuntos que directamente

les conciernen. Su despliegue busca evitar que, por ausencia de diálogo, se generen tensiones que puedan conllevar al desconocimiento de los mandatos de la Carta, por lo que al operar como una herramienta que canaliza el ejercicio del poder en favor del pluralismo y de la diversidad cultural de la Nación, se entiende que su desenvolvimiento se torna en una expresión concurrente de control, cuya garantía en una última instancia puede lograrse a través de la intervención de las autoridades judiciales, en un contexto en el que su salvaguarda activa los fines propios del sistema de frenos y contrapesos mencionado en el acápite anterior.

Lo anterior se evidencia en la exigencia expuesta por la jurisprudencia que propugna por la existencia de procesos preconsultivos para adelantar el trámite de consulta, en los cuales se deben realizar conversaciones preliminares para identificar las instancias de gobierno local, la socialización de la medida y la metodología que se seguirá[95]. Así mismo, se observa en la condición relativa a que la mera información o notificación de un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales[96], o de un trámite legislativo, no agota el deber de adelantar la consulta[97]. Igualmente, se vislumbra en el hecho de que se reivindiquen las fórmulas de concertación con las comunidades, a través de quienes la representan de manera legítima, con el propósito de que puedan manifestar sus inquietudes con la medida que se pretende adoptar.

Esta característica preventiva de la consulta también se presenta en la exigencia relacionada con la búsqueda de que su práctica tenga la potencialidad de generar efectos en la decisión adoptada, pues las autoridades públicas deben darle valor a la palabra de las comunidades[98], brindando previamente la información necesaria que les permita evaluar la situación[99]. Pero, sobre todo, la característica preventiva se evidencia en el hecho de que la consulta debe realizarse antes de que se formule el proyecto, pues las actuaciones posteriores no gozan del mismo nivel de efectividad en procura de asegurar los derechos que pueden verse comprometidos con una decisión que impacta directamente a una comunidad étnica, sin que por ello este trámite pueda ser entendido como un poder de veto de las medidas legislativas por parte de los pueblos indígenas y tribales[100].

3.6. Elementos relativos a la procedencia excepcional de la acción de tutela en relación con proyectos de ley y qué sucede cuando la iniciativa es sancionada y se transforma en una ley de la República

3.6.1. Como se indicó con anterioridad, la cuestión que se discute en esta oportunidad supone una tensión entre el derecho a la participación de las comunidades étnicas, materializado a través de la consulta previa, y el desarrollo de los debates en el Congreso de la República, recinto en el cual se despliega la democracia representativa como expresión de la soberanía popular. Se trata entonces de un problema en el que se entrelazan dos mandatos de especial relevancia constitucional, que caracterizan al Estado Social de Derecho como democrático, participativo y pluralista.

A lo anterior subyace una cuestión procedimental relacionada con el ejercicio de acción de tutela, a través de la cual se busca amparar el derecho a la consulta previa, ya que se omitió su práctica en el trámite de una iniciativa legislativa que, en criterio de los accionantes, impacta de manera directa a las comunidades indígenas.

3.6.2. En criterio de esta Corporación, a partir de los principios de autonomía e independencia del órgano legislativo, por virtud de las cuales la discusión de un proyecto de ley no permite la injerencia de otra autoridad pública, con excepción de aquellas que deben intervenir en su trámite por mandato constitucional o legal (v.gr. en materia de iniciativa legislativa[101] o de aval a las propuestas congresionales[102]), se considera que la acción de tutela –por regla general– resulta improcedente para cuestionar la forma como se adelanta la labor de producción normativa, al menos, por las siguientes dos razones:

3.6.2.1. En primer lugar, en el trámite legislativo adelantado en el Congreso, como fue señalado en líneas precedentes, se encuentra representada la totalidad del pueblo colombiano, que en ese recinto y bajo el modelo de la representación, opera según las dinámicas de la regla de la mayoría. No obstante lo anterior, el proceso de creación normativa también debe ser respetuoso de las minorías, brindando la oportunidad para que éstas participen y formulen sus propuestas con miras a impactar en el desarrollo del citado proceso[103]. Con tal fin, como previamente se expuso, todo congresista puede intervenir en los debates de la comisión que integra y de la plenaria, señalando sus inquietudes o proponiendo discusiones que conduzcan a negar la aprobación de un proyecto. De igual manera, existe la posibilidad de que un parlamentario que representa a las minorías sea designado como ponente (v.gr., en las ponencias colectivas), caso en el cual su propuesta puede conducir al archivo de una iniciativa. Incluso, la exigencia de superar por lo menos cuatro debates, como requisito ordinario de aprobación de las leyes, torna imperioso la

generación de acuerdos entre las distintas expresiones políticas que integran el parlamento, con miras a lograr la obtención del quorum y de las mayorías requeridas para su aprobación. Por último, y no menos importante, se contempla la existencia en el régimen constitucional de las circunscripciones especiales, como ocurre con la indígena, a través de la cual dicho grupo étnico puede formular su postura respecto del contenido de la iniciativa y de las exigencias de forma que le acompañan.

De allí que resulte claro que, en principio, estos elementos –que obedecen a la lógica del sistema de frenos y contrapesos– resguarden a las minorías y a sus intereses, ya que la estructura del trámite legislativo contiene elementos a través de los cuales pueden ventilarse controversias como aquella relativa a una eventual trasgresión del derecho de participación de las comunidades indígenas, materializado en este caso en la falta de realización de la consulta previa. Así, por ejemplo, podría debatirse internamente si se dan las condiciones que permiten su exigibilidad, y las mayorías en las plenarias o en las respectivas comisiones improbar el proyecto por no haberse realizado su práctica como mecanismo preventivo, pese a tener elementos que alteran el estatus de las comunidades.

De esta manera, el principio democrático que se expresa a través de la voluntad de las mayorías y que exige el respeto de las minorías destaca la improcedencia del amparo en el trámite legislativo, pues una eventual intervención del juez de tutela en el proceso de creación de las normas desconocería la lógica con la que operan los mecanismos que, de ordinario, existen en el debate parlamentario, a través de los cuales se expresa el Congreso y permiten su funcionamiento como órgano separado y autónomo del resto de poderes públicos. Lo anterior tampoco es ajeno a la participación ciudadana, ya que la misma Ley 5ª de 1992 regula una instancia para su intervención, mediante la formulación de observaciones que deben ser dirigidas a los ponentes o a la Mesa Directiva[104], las cuales podrán ser publicadas en la Gaceta del Congreso[105], sin perjuicio de que su contenido se relacione en el informe de ponencia[106], garantizando su pleno conocimiento por los demás integrantes de la plenaria o de la comisión respectiva.

3.6.2.2. En segundo lugar, la acción de tutela también resulta improcedente en virtud del carácter subsidiario que la caracteriza. Para el efecto, (i) se observa que una iniciativa legislativa tradicionalmente envuelve un contenido general, impersonal y abstracto, por lo

que se activa la causal de improcedencia que se consagra en el numeral 5 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991[107]. Adicional-mente, (ii) las discusiones vinculadas con la salvaguarda de la consulta previa, como exigencia procedimental que acompaña el trámite de un proyecto de ley, es susceptible de protección a través de otro medio de defensa judicial, que resulta compatible con las reglas de funcionamiento que le otorgan autonomía al Congreso. Así las cosas, una vez la iniciativa se convierte en una ley de la República, se habilita a todo ciudadano para cuestionar su constitucionalidad, a través del ejercicio de la acción pública dispuesta en el artículo 241 del Texto Superior, en cuyo trámite existen amplias oportunidades de participación en un escenario democrático, en el que puede intervenir cualquier ciudadano para defender o cuestionar la exequibilidad de las normas que se hayan apartado de la obligación de consulta[108].

3.6.3. Sin embargo, lo expuesto tampoco da lugar a la consagración de un criterio absoluto que proscriba totalmente la utilización de la acción de tutela. En efecto, en la Sentencia T-382 de 2006[109] se señaló que: “En un sistema de poderes organizado bajo el paradigma de los controles recíprocos para el cumplimiento de los fines señalados en el artículo 2 de la Constitución, no es razonable rechazar de manera absoluta la ejecución de mecanismos de control frente a la labor legislativa. El parlamento, como órgano democrático, no es inmune a la capacidad normativa de la Constitución ni al conjunto de principios previstos en ésta y, de manera excepcional, puede ser sujeto pasivo de la acción de tutela cuando quiera que desconozca las potestades mínimas o el núcleo esencial de las garantías u obligaciones previstas para el ejercicio de cualquiera de sus funciones”.

Desde esta perspectiva, la procedencia de la acción de tutela en relación con una iniciativa legislativa que se encuentra en curso se halla condicionada (i) no solo a la vulneración de las potestades mínimas de los congresistas, sino también (ii) al desconocimiento del núcleo esencial de las garantías u obligaciones vinculadas con el ejercicio de sus funciones.

En relación con el primer punto, esto es, con las potestades mínimas de los congresistas, la Corte ha dicho que sería excepcionalmente procedente la acción de tutela para proteger el derecho de participación y de consulta previa de las comunidades indígenas, cuando se limiten los privilegios y poderes esenciales asignados a los parlamentarios, en especial, a aquellos que representan a dicha minoría étnica, para intervenir e impactar en el curso de la iniciativa, sin que el juez tenga competencia para “inmiscuirse en los términos o

conclusiones [del] debate o para influir en la regla de mayorías que gobierna las decisiones del legislativo”[110]. En este caso, el amparo consistirá en salvaguardar las facultades asignadas por la Constitución y la ley a los congresistas, de acuerdo con lo dispuesto en el reglamento del Congreso.

Por su parte, en cuanto al segundo punto, o lo que es lo mismo, en lo referente al desconocimiento del núcleo esencial de las garantías u obligaciones vinculadas con el ejercicio de sus funciones, es claro que la acción de tutela tan solo resultaría procedente cuando de manera grave y evidente se observe una posible trasgresión del derecho de participación de los pueblos étnicos materializado en la consulta previa, cuando la realización de la misma haya sido advertida por los interesados (v.gr. a través de las observaciones ciudadanas reguladas en el artículo 230 de la Ley 5ª de 1992) y siempre que el Congreso de la República no se haya pronunciado expresamente sobre su procedencia, con ocasión del desarrollo del trámite legislativo a su cargo. En efecto, en términos de protección a la autonomía e independencia de la Rama Legislativa, y conforme al sistema de frenos y contrapesos, si el Congreso considera que una petición en tal sentido es improcedente, la única vía para propiciar un debate sobre su exigibilidad por la vía del control ciudadano, sin perjuicio del régimen de las objeciones, lo constituye la acción pública de inconstitucionalidad.

Lo que resulta objeto de amparo en una hipótesis como la expuesta, son los espacios de participación a los que tienen derecho las comunidades y que son omitidos de forma deliberada en el Congreso, afectando con ello la oportunidad que brinda el reglamento para impactar en el desarrollo de sus labores. En este escenario, el fin del amparo se limita exclusivamente a obtener el despliegue del procedimiento legislativo, acorde con una exigencia imperativa para poder adelantar su curso, sin que se pueda suspender el trámite de la iniciativa o realizar un pronunciamiento de fondo sobre la exequibilidad de las normas que todavía se encuentran en proceso de creación.

Esto implica, necesariamente, que el proyecto de ley debe versar sobre un asunto que los afecte directamente, ya sea -por ejemplo- porque incide en el ethos de la comunidad, o porque se trata de algunos de los temas que implican un desarrollo concreto del Convenio 169 de la OIT. De lo contrario, la acción de tutela no resultaría procesalmente viable, ya que no se evidenciaría una posible trasgresión del derecho en comento, cuya exigibilidad

constituye un supuesto básico para el ejercicio de la función legislativa, sino un asunto que tendría que ser solventado a través de los mecanismos ordinarios que existen en el trámite legislativo, al amparo del principio de autonomía que envuelve al órgano legislativo.

En este orden de ideas, y se insiste en ello, en el evento en que el amparo resultare procedente, el juez de tutela no tendría competencia para examinar la validez en abstracto de las normas que se proponen, entre otras, porque se trata todavía de un proyecto de ley, sino que su análisis se deberá circunscribir a la ausencia de realización de la consulta previa, en el que la medida de protección tan solo podría implicar la advertencia acerca del deber de adelantar dicho procedimiento, mientras se mantenga la misma regulación propuesta, sin que pueda el juez ordenar el archivo de la iniciativa o la suspensión del trámite congresional, pues una decisión en tal sentido impacta en la autonomía e independencia que la Carta le otorga al órgano legislativo.

3.6.4. Satisfecho el examen sobre la viabilidad excepcional de la acción de tutela surge otra cuestión y es la relativa a lo que sucede una vez el proyecto ha sido sancionado por el Gobierno y se convierte en una ley de la República. Al respecto, es necesario indicar que una vez ocurre lo anterior, la iniciativa se transforma en un conjunto de normas de carácter general, impersonal y abstracto, respecto de la cual resulta improcedente la acción de tutela, en los términos del numeral 5 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, conforme al cual: “La acción de tutela no procederá: (...) 6. Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto”.

Lo anterior también fue expuesto en la Sentencia T-382 de 2006[111], en la que se señaló que una vez la ley es sancionada, “conforme al artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela (...) es improcedente contra los actos de carácter general, impersonal y abstracto proferidos en el Congreso de la República. La jurisprudencia constitucional ha precisado que, como se vio, ello esta (sic) justificado por la existencia de la acción de inconstitucionalidad, que constituye el medio o mecanismo idóneo para controvertir las actuaciones legislativas (...), a través del organismo encargado de la guarda y supremacía de la constitución”.

4. Resolución del caso objeto de estudio

4.1. De conformidad con los elementos demostrados en la causa, es necesario distinguir entre dos momentos disímiles que, en este caso, inciden en la discusión en torno a la eventual viabilidad procesal de la acción de tutela. En efecto, por una parte, se encuentra que al momento de presentarse la solicitud de amparo todavía se hallaba en trámite el Proyecto de Ley No. 223 de 2015 (Cámara); y por la otra, como se resaltó en el acápite 3.2 de esta providencia, con ocasión de la improcedencia de la medida cautelar solicitada, dicha iniciativa prosiguió su curso, por lo que finalizó con sus cuatros debates reglamentarios y, sin presentar objeción alguna, se produjo su respectiva sanción y promulgación a través de la Ley 1776 del 29 de enero de 2016[112].

4.2. Respecto del primer escenario propuesto, se advierte que los accionantes acudieron ante el juez de tutela para cuestionar el trámite legislativo que se adelantaba en el Congreso de la República, en atención a que –en su criterio– el Proyecto de Ley No. 223 de 2015 (Cámara), por medio del cual se pretendían crear las Zonas de Interés de Desarrollo Rural, Económico y Social (ZIDRES), incidía en el estatus de las comunidades indígenas. Puntualmente, los actores indicaron que dicha iniciativa incluía aspectos que les afectaban directamente y de manera diferencial frente al resto de la población, pues las potenciales zonas destinadas a los megaproyectos agrícolas se llevarían a cabo en los territorios que habitan.

Aun cuando la acción de tutela se promovió por dos miembros que hacen parte de resguardos indígenas ubicados en el municipio de Cumaribo (Vichada), se observa que la misma fue coadyuvada por el Representante a la Cámara por Bogotá, Inti Asprilla, quien expuso similares razones para justificar el amparo, a través de una especie de unidad de criterio en la alegación formulada, al punto que el material probatorio que se acompañó con la solicitud corresponde en esencia a piezas que integran el proceso legislativo, a saber: (i) el texto del proyecto de ley; (ii) el informe de ponencia elaborado por el citado congresista y que concluye con una proposición de archivo, entre otras razones, porque no se adelantó la consulta previa; (iii) los dos conceptos sobre el tema elaborados por el Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior, así como el oficio que sobre el mismo punto fue presentado por la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios; y finalmente, (iv) el video de la sesión de la Cámara de Representantes, en la que se planteó la exigibilidad o no de la consulta. El único elemento de juicio que se aparta del trámite legislativo es el Plan de Salvaguarda Sikuani.

Del análisis en conjunto del material expuesto, es claro que dentro de los trámites adelantados en el Congreso de la República, por lo menos en la Cámara de Representantes, se ventiló el tema de la necesidad de realizar la consulta previa. Ello es así, como ya se dijo, por cuanto el propio Representante por Bogotá, Inti Asprilla, quien fue designado como ponente, presentó una ponencia negativa al proyecto por razones de inconveniencia e inconstitucionalidad, entre las cuales mencionó la falta de participación de las comunidades étnicas[113]. Esta postura se sustentó, entre otras, en el concepto elaborado por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior del 10 de julio de 2015, en el cual se indicaba que en el proyecto se observaban disposiciones que podían incidir de manera directa y específica en las etnias asentadas en las zonas en las que se implementarían las ZIDRES[114]; al igual que en el concepto proyectado por la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios, en el que se señalaba que se recomendaba someter a consultar el proyecto ZIDRES, siempre que dichas zonas se constituyan en los departamentos de Vichada y Meta, en los que existen procesos de ampliación de resguardos, irregularidades en la adjudicación de baldíos y prácticas vinculadas con el desplazamiento forzado de grupos indígenas[115].

Adicionalmente, y sin que esta descripción deba interpretarse como una postura de esta Sala en relación con la discusión relativa a la necesidad o no de realizar la consulta previa, otros hechos demuestran que el asunto fue considerado en el Congreso de la República. Precisamente, lo anterior se evidencia en el accionar del Presidente de la Cámara de Representantes que, en una de las sesiones de plenaria de ese organismo, refirió a que el Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior rectificó el primer concepto emitido, señalando que luego de realizar un examen integral de la iniciativa no se daban las condiciones para exigir la práctica de la consulta. A pesar de que no consta en el expediente que se haya abierto una amplia discusión sobre dicho concepto, lo cierto es que en el acervo probatorio se evidencia que en ese momento se leyó su parte conclusiva[116], la cual descartaba la obligatoriedad de la consulta para el proyecto en mención, ya que se trataba de una futura regulación de carácter general dirigida a las comunidades campesinas, en la que expresamente se prohibía configurar las ZIDRES sobre territorios que integran resguardos indígenas[117].

De lo anterior puede concluirse, sin que sea necesario efectuar un juicio en torno a la obligatoriedad para este caso de la consulta previa, que los debates realizados en el

Congreso de República transcurrieron conforme a los mandatos del sistema de frenos y contrapesos y que, incluso, existió el conocimiento de los diferentes sectores representados en el mencionado recinto, sobre la cuestión relativa a la necesidad o no de realizar dicha consulta respecto del proyecto de ley que se tramitaba para crear las ZIDRES. La respuesta adoptada conforme a la regla de la mayoría, como parámetro que rige la creación normativa al amparo del principio democrático, fue la de considerar que la iniciativa no requería adelantar tal proceso consultivo, a partir de las razones previamente expuestas.

Teniendo en cuenta las hipótesis en las que cabe la acción de tutela respecto del trámite legislativo adelantado en el Congreso de la República, la Corte advierte que no se presentan los supuestos excepcionales que legitiman su procedencia. En efecto, por una parte, no se encuentra que se hayan vulnerado las facultades o potestades mínimas de los congresistas, aspecto que además de no haber sido alegado, se contrapone a la realidad de una participación activa del Congresista Inti Asprilla, quien incluso planteó una ponencia en la que se solicitaba el archivo de la iniciativa, entre otras razones, por desconocer el deber de consulta previa. Y, por la otra, tampoco se aprecia que se haya desconocido el núcleo esencial de las garantías y obligaciones vinculadas con el ejercicio de las funciones congresionales, toda vez que el proyecto estuvo sometido a las sinergias propias del sistema de frenos y contrapesos, en el que las mayorías parlamentarias consideraron que no era necesario realizar la consulta previa. De esta manera, no resulta procedente la intervención del juez de tutela, en primer lugar, porque no se avizora una afectación grave y evidente respecto del derecho de participación de las comunidades indígenas; y en segundo lugar, porque una intromisión de su parte desconocería la lógica y el valor con el que operan los mecanismos con que, de ordinario, se adelanta el debate parlamentario y que permiten el funcionamiento del Congreso como un órgano autónomo e independiente del resto de poderes públicos. A lo anterior se agrega que, incluso una vez surtidos los debates reglamentarios, el Gobierno Nacional no encontró que fuese necesario objetarlo por razón de la vulneración alegada.

4.3. En cuanto al segundo escenario, esto es, el materializado luego de la decisión de instancia, por virtud del cual la iniciativa finalizó su trámite y fue sancionada y promulgada a través de la Ley 1776 del 2016, se encuentra que, según las consideraciones generales de esta providencia, el debate sobre la necesidad o no de realizar la consulta previa pierde su naturaleza preventiva, para pasar a ser una cuestión relativa al desconocimiento de un

mandato constitucional que ha de realizarse dentro del procedimiento legislativo, siempre y cuando incida de manera directa en el estatus de las comunidades, y que, al no hacerse, se constituye en un vicio de trámite.

En este orden de ideas, en la actualidad, la cuestión relativa a la consulta previa trasmutó, pues ya no puede predicarse de ella el carácter preventivo previa-mente descrito, sino que su desconocimiento -en caso de resultar obligatorio- se convierte en un defecto procedimental que habilita el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, como único mecanismo para cuestionar en términos abstractos la validez de una ley de la República. Por lo mismo, no es la acción de tutela el instrumento llamado a dilucidar esta cuestión, no solo porque el debate supera el objeto de esta acción constitucional, sino también porque de conformidad con el numeral 5, del artículo 6, del Decreto 2591 de 1991, el citado mecanismo de protección no resulta procesalmente viable cuando se trate de cuestionar actos de carácter general, impersonal y abstracto.

Por lo anterior, en este momento, la acción de tutela instaurada por los señores Wilson Galindo Hernández y Nelson Gálviz Guacarapare[118] contra el Ministerio del Interior, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y el Congreso de la República resulta improcedente, ya que el objeto de la causa trasmutó y, en la actualidad, la acción constitucional idónea para dilucidar la situación no es el amparo constitucional, sino la acción pública de inconstitucionalidad.

Por lo demás, la Sala se abstendrá de analizar si el contenido normativo de la Ley 1776 de 2016 incide de manera directa en el estatus de la comunidad indígena previamente expuesta, en atención a que este debate -en la actualidad- puede ser desarrollado y dilucidado a través de esta última acción que, de acuerdo con el sistema de frenos y contrapesos, permite un diálogo democrático y plural ante la Sala Plena de esta Corporación.

4.4. Por las razones expuestas, esta Sala de Revisión confirmará la decisión del a-quo relativa a la improcedencia del amparo, pero por las razones planteadas en esta providencia.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- Por las razones expuestas en esta providencia, CONFIRMAR la decisión adoptada el 8 de septiembre de 2015 por la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la cual declaró IMPROCEDENTE el amparo solicitado por los señores Wilson Galindo Hernández y Nelson Gálviz Guacarapare, miembros del pueblo indígena Sikuani, contra los Ministerios del Interior y de Agricultura y Desarrollo Rural y el Congreso de la República.

Segundo.- Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Con salvamento de voto

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

A LA SENTENCIA T-110/16

ACCION DE TUTELA PARA PROTEGER DERECHOS FUNDAMENTALES DE COMUNIDADES INDIGENAS-Procedencia/CONSULTA PREVIA-Exigibilidad frente a medidas legislativas y administrativas que afecten directamente a comunidades indígenas (Salvamento de voto)

La jurisprudencia constitucional ha sido enfática en manifestar que no existe en la legislación colombiana un mecanismo distinto de la acción de tutela para que los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes reclamen ante los jueces la protección inmediata de su derecho a ser consultados. En numerosas sentencias ha señalado esta Corte que la consulta previa procede respecto de las decisiones administrativas y legislativas del Estado que afecten o comprometan intereses de las comunidades indígenas, “destacándose la obvia circunstancia del trámite respectivo debe anteceder la decisión de que se trate.

ACCION DE TUTELA RESPECTO DEL TRAMITE LEGISLATIVO ADELANTADO EN EL CONGRESO- Se debió declarar la procedencia como mecanismo definitivo por cuanto se observa una afectación de las comunidades diferenciadas (Salvamento de voto)

En el caso sub examine, la acción de tutela resultaba procedente como mecanismo definitivo, pues asuntos como el que nos ocupa, de un lado, tienen relevancia constitucional y del otro, el análisis de la procedencia de la consulta previa requiere de una rápida y expedita solución en la medida en que el paso del tiempo puede tener consecuencias irreversibles, respecto de la efectiva protección del derecho fundamentaban cuestión

Referencia: expediente T-5.196.392

Acción de tutela instaurada Wilson Galindo Hernández y Nelson Gálviz, miembros del Pueblo Indígena Sikuani, contra el Congreso de la República y los Ministerios del Interior y de Agricultura y Desarrollo Rural.

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Con el respeto que siempre profeso por las decisiones de esta Corte, me permito discrepar

de la decisión de la mayoría, en cuanto declaró improcedente la presente acción de tutela, por las siguientes razones:

1. Debo iniciar por reiterar que la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en manifestar que no existe en la legislación colombiana un mecanismo distinto de la acción de tutela para que los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes reclamen ante los jueces la protección inmediata de su derecho a ser consultados[119]. En numerosas sentencias ha señalado esta Corte que la consulta previa procede respecto de las decisiones administrativas y legislativas del Estado que afecten o comprometan intereses de las comunidades indígenas,”[120] destacándose la obvia circunstancia de el trámite respectivo debe anteceder la decisión de que se trate.

2. Ahora bien, el problema jurídico en el presente asunto se circunscribe a determinar si procede la consulta previa durante el trámite de una iniciativa legislativa, pues se considera que el proyecto de ley en curso, afecta y tiene un impacto directo en los pueblos étnicos que presentan la presente acción de tutela. Considero que frente al tema la Corporación ha asumido una posición uniforme y reiterada en cuanto a la procedencia de la consulta previa antes del trámite legislativo. Es así como se hace exigible dicho mecanismo, en caso de existir una afectación directa que recaiga sobre las comunidades étnicas. Por consiguiente, este debería surtirse en el momento previo a la radicación del proyecto. Consulta que debe ser guiada por principios como el de oportunidad y buena fe.[121] Ha dicho la Corte: “Así pues, frente a las diferentes funciones encomendadas al Congreso, la acción de tutela podría ejercerse cuando quiera que se desconozcan los derechos fundamentales que conforman el procedimiento legislativo y que tengan efectos relevantes sobre la función representativa, de acuerdo a las normas orgánicas aplicables a esa Corporación”.[122] De otra parte, también fue señalado que: “Parecería necesario que, en tal caso, el gobierno, tan pronto advierta que cursa un proyecto de ley en relación con el cual debe darse el proceso de consulta, acuda a las instancias que para ese efecto se hayan previsto en la legislación, como la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas creada por el Decreto 1397 de 1996, o a otras que se estimen pertinentes, para definir en ese escenario, cuales serían las instancias y los mecanismos de consulta más adecuados.

En la Sentencia C-891 de 2002 la Corte fijó unas pautas para la consulta que debe realizarse

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

Expresó la Corte que ese proceso de consulta puede entenderse cumplido cuando exista evidencia de que antes de radicar el proyecto de ley en el Congreso de la República, su texto se haya divulgado entre las comunidades interesadas, se haya avanzado en la ilustración de tales comunidades sobre su alcance, y se hayan abierto los escenarios de discusión que sean apropiados[123].

3. Por otro lado, la mayoría de la Sala arribó a la conclusión de que la consulta “tan solo resultaría procedente cuando de manera grave y evidente se observe una posible trasgresión al derecho de participación de las comunidades indígenas materializado en la consulta previa, respecto de la cual no se haya activado con anterioridad la discusión sobre su exigibilidad en el propio Congreso de la República, siempre que dicha circunstancia haya sido advertida por los interesados, a través de las observaciones ciudadanas reguladas en el artículo 230 de la Ley 5ª de 1992, y en el entendido de que el fin del amparo es obtener exclusivamente el despliegue del procedimiento legislativo; acorde con una exigencia imperativa para poder adelantar su curso”. A mi juicio, no podía la Sala de Revisión desconocer la precedente línea jurisprudencial y omitir en esta acción de tutela el examen sobre la procedencia o no de la consulta previa, planteando que, por las particularidades del caso, como que la ley ya se promulgó, esa discusión deberá darse en un juicio de constitucionalidad de control abstracto, como si esa fuera la vía para la invocación de los derechos fundamentales. Nada obsta para que la consulta tenga una finalidad preventiva, y se pueda proteger este derecho fundamental, siempre y cuando el acto legal de que se trate afecte directamente a una comunidad étnica.

En el caso concreto, según el concepto elaborado por la Procuraduría Delegada, existía la

necesidad de adelantar la consulta previa, inclusive, a pesar del artículo 19 del proyecto de ley en el cual se restringe la constitución de las ZIDRES en los resguardos indígenas. Advirtió el órgano de control que se observaba una afectación de las comunidades diferenciadas, aspecto este último que el fallo de mayoría debió dilucidar y resolver de acuerdo con lo que haya encontrado establecido. En el caso sub examine, la acción de tutela resultaba procedente como mecanismo definitivo, pues asuntos como el que nos ocupa, de un lado, tienen relevancia constitucional y del otro, el análisis de la procedencia de la consulta previa requiere de una rápida y expedita solución en la medida en que el paso del tiempo puede tener consecuencias irreversibles, respecto de la efectiva protección del derecho fundamentaban cuestión.

Fecha ut supra

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

[1] El señor Galindo menciona que es Consejero de los Planes de Vida de la Organización Indígena de Colombia (ONIC).

[2] A pesar de que los demandantes indican que la iniciativa del Gobierno se llevó a cabo a través del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, lo cierto es que en los antecedentes legislativos se observa que quien presentó el proyecto fue el Ministro del Interior. Gaceta del Congreso No. 204 de 2015.

[4] Para justificar el deber de consulta de los proyectos ZIDRES cuando impactan dichas zonas se exponen dos razones: en primer lugar, la violencia que han padecido los indígenas que habitan esos departamentos y que ha sido ilustrada por la Corte en el Auto 004 de 2009; y en segundo lugar, la poca gestión que se ha adelantado para concluir con los procesos de constitución y ampliación de resguardos, que suman alrededor de 54 iniciativas.

[5] Folio 52 del cuaderno 1.

[6] Énfasis según el texto original.

[7] En todo caso, la Dirección sugiere que para mayor claridad en el proyecto no sólo se excluyan los territorios titulados, sino también aquellos que se encuentran en trámites de adjudicación y ampliación de título colectivo y/o áreas de presencia de comunidades étnicas.

[8] Cabe destacar que la Subsección B de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó la medida cautelar solicitada, pues –en su criterio– no se observaban circunstancias de inminencia, urgencia o gravedad que justificaran su adopción. Este asunto será abordado con mayor atención más adelante.

[9] Folio 3 del cuaderno 1.

[10] Cuaderno 1, folios 81 a 86.

[11] Cuaderno 1, folios 87 a 90.

[12] CP. arts. 65, 333 y 334.

[13] Cuaderno 1, folios 97 a 101,

[14] Cuaderno 1, folios 118 a 123.

[15] Cuaderno 1, folios 143 a 157.

[16] De acuerdo con la información suministrada por el Representante en su escrito, sostiene que en su calidad de integrante de la Comisión V de la Cámara fue designado ponente del proyecto de la referencia. Alega que presentó ponencia negativa, tanto en la Comisión como en la Plenaria de la Cámara de Representantes, al estimar que, entre otras cosas, se incurrió en el vicio de inconstitucionalidad derivado de la falta de realización de la consulta previa (Cuaderno 1, folio 144, respaldo).

[17] Se citan las sentencias T-382 de 2006 y T-983A de 2004.

[18] Se trata del concepto relacionado en el párrafo 1.1.4 del acápite de hechos.

[19] Sustentó esta premisa en la Sentencia T-382 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[20] Cuaderno 1, folio 235.

[21] Cuaderno 1, folio 8.

[22] Cuaderno 1, folios 11 (respaldo) a 12.

[23] Cuaderno 1, folio 13.

[24] Cuaderno 1, folios 14 a 49.

[25] Folio 51 del cuaderno 1.

[26] *Ibíd.*, p. 66.

[27] *Ibíd.*, p. 127.

[28] *Ibíd.*, p. 136.

[29] *Ibíd.*, p. 153.

[30] Sentencia C-068 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[31] Cuaderno 1, folios 1 y 2.

[32] Cuaderno 1, folio 2.

[33] Cuaderno 1, folios 69 a 71.

[34] De conformidad con los incisos 1 y 2 del aludido artículo: “Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere. // Sin embargo, a petición de parte o de oficio, podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público (...)”.

[35] Inciso 1º, art. 7º Decreto 2591 de 1991.

[36] Inciso 5º, artículo 7º, Decreto 2591 de 1991.

[37] Inciso 2º, artículo 7º, Decreto 2591 de 1991.

[38] En este sentido, el artículo 1 del Texto Superior dispone que: “Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

[40] El artículo 8 de la Constitución establece: “Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación”.

[41] El numeral 3, del artículo 40, de la Constitución, establece que una de las manifestaciones del derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político implica la posibilidad de “Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas”.

[42] El inciso 1 del artículo 112 del Texto Superior contempla que: “Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica que se declaren en oposición al Gobierno, podrán ejercer libremente la función crítica frente a este, y plantear y desarrollar alternativas políticas. Para estos efectos, se les garantizarán los siguientes derechos: el acceso a la información y a la documentación oficial, con las restricciones constitucionales y legales; el uso de los medios de comunicación social del Estado o en aquellos que hagan uso del espectro electromagnético de acuerdo con la representación obtenida en las elecciones para Congreso inmediatamente anteriores; la réplica en los mismos medios de comunicación (...)”.

[43] De conformidad con el artículo mencionado, “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. // Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

[44] El artículo 3º de la Constitución dispone que: “La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece”.

[45] El inciso 1 del artículo 133 de la Carta consagra lo siguiente: “Los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común. El voto de sus miembros será nominal y público, excepto en los casos que determina la ley”.

[46] M.P. Rodrigo Escobar Gil. En esta providencia, la Corte se pronunció sobre el caso de un senador que instauró una acción de tutela contra la mesa directiva y el Presidente del Senado, alegando que se trasgredían sus derechos democráticos por la manera en que se había manejado el debate que pretendía realizar frente a la administración del fondo para la reconstrucción del Eje Cafetero y que fue interrumpido en varias ocasiones por motivos disímiles. Un elemento a destacar de la providencia supone el estudio que se efectuó en torno al ius officium, comprendido como el quehacer de los parlamentarios en función de la misión que, como representantes del pueblo, han de cumplir. En este sentido, se expuso que aquél también cuenta con un núcleo esencial que puede ser protegido dentro de las lógicas propias de un cuerpo político que opera según las dinámicas de la mayoría. Lo anterior se materializa, por ejemplo, a través de los procedimientos propios del trámite que se adelanta en el Congreso o, excepcionalmente, a través de la acción de tutela. En este orden de ideas, la Sala de Revisión determinó que, si bien se observaban algunas irregularidades en el procedimiento para la realización del debate, lo cierto era que el actor había contado con los medios suficientes para controvertir la manera como se había desplegado y no los ejerció a tiempo. Por lo anterior, en criterio de este Tribunal, se dejó de emplear los mecanismos internos que permitían solventar cualquier irregularidad, circunstancia que condujo al incumplimiento del requisito de subsidiariedad de la acción de tutela. Con todo, cabe destacar que la Corte enfatizó que, en caso de que las actuaciones de estas directivas incidieran en el núcleo esencial del derecho de participación política, al tratarse de un bien constitucional de aplicación inmediata conforme al artículo 85 de la Constitución, la acción de tutela podía ser utilizada como mecanismo judicial de defensa de carácter excepcional.

[47] Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de

Representantes.

[48] Ley 5ª de 1992, art. 2.

[49] La norma en cita dispone que: “Ningún proyecto será ley sin los siguientes requisitos: 1. Haber sido publicado oficialmente por el Congreso, antes de darle curso en la comisión respectiva. 2. Haber sido aprobado en primer debate en la correspondiente comisión permanente de cada Cámara. El reglamento del Congreso determinará los casos en los cuales el primer debate se surtirá en sesión conjunta de las comisiones permanentes de ambas Cámaras. 3. Haber sido aprobado en cada Cámara en Segundo debate. 4. Haber obtenido la sanción del Gobierno”.

[50] El inciso 1º del artículo en cita contempla que: “En los debates que se cumplan en las sesiones plenarias y en las Comisiones, además de sus miembros y los Congresistas en general, podrán los Ministros y funcionarios invitados intervenir sobre temas relacionados con el desempeño de sus funciones y las iniciativas legislativas por ellos presentadas. Así mismo, podrán hacerlo por citación de la respectiva Cámara”.

[51] De conformidad con el inciso 1º del artículo 97 de la Ley 5ª de 1992, “Para hacer uso de la palabra se requiere autorización previa de la Presidencia. La mesa Directiva fijará el tiempo de las intervenciones de cada uno de los oradores teniendo en cuenta la extensión del proyecto y la complejidad de la materia”. Por su parte, los primeros tres numerales establecen que el uso de la palabra se concederá de la siguiente manera: “1. Al (los) proponente (s) para que sustente (n) su informe, con la proposición o razón de la citación. 2. A los voceros y los miembros de las bancadas (...)”. 3. A los oradores en el orden en que se hubieren inscrito ante la Secretaría (...)”.

[52] De conformidad con el inciso primero del artículo 150 de la Ley 5ª de 1992, “La designación de los ponentes será facultad de la Mesa Directiva de la respectiva Comisión. Cada proyecto de ley tendrá un ponente, o varios, si las conveniencias lo aconsejan. En todo caso habrá un ponente coordinador quien además de organizar el trabajo de la ponencia ayudará al Presidente en el trámite del proyecto respectivo”.

[53] El inciso primero del artículo 98 de la norma en comento establece: “En uso de la palabra los oradores sólo podrán ser interpelados cuando se trate de la formulación de

preguntas o en solicitud de aclaraciones de algún aspecto que se demande (...)."

[54] El inciso primero del artículo 100 de la norma en cuestión dispone que: "En todo debate quien fuera contradicho en sus argumentaciones por otro u otros intervinientes, tendrá derecho a replicar o rectificar por una sola vez y por tiempo máximo de cinco (5) minutos".

[55] De conformidad con el inciso 1 del artículo 160 de la Constitución, "Entre el primero y el segundo debate deberá mediar un lapso no inferior a ocho días, y entre la aprobación del proyecto en una de las Cámaras y la iniciación del debate en la otra, deberán transcurrir por lo menos quince días"

[56] Ley 5ª de 1992, art. 168.

[57] El artículo 145 de la Carta dispone que: "El Congreso pleno, las Cámaras y sus comisiones no podrán abrir sesiones ni deliberar con menos de una cuarta parte de sus miembros. Las decisiones solo podrán tomarse con la asistencia de la mayoría de los integrantes de la respectiva corporación, salvo que la Constitución determine un quórum diferente". En el mismo sentido, el artículo 146 establece que: "En el Congreso pleno, en las Cámaras y en sus comisiones permanentes, las decisiones se tomarán por la mayoría de los votos de los asistentes, salvo que la Constitución exija expresamente una mayoría especial". Esta última hipótesis se presenta, por ejemplo, en el artículo 153 de la Constitución, en el cual se exige que la aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias debe realizarse por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso.

[58] Ley 5ª de 1992, art. 116.

[59] La Ley 974 de 2005 exige que, por ejemplo, cuando una ponencia sea colectiva, la Mesa Directiva debe garantizar la representación de las diferentes bancadas.

[60] Este asunto fue tratado recientemente en la Sentencia T-117 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. En esta providencia, la Corte se pronunció sobre un caso en el cual las autoridades electorales le negaban a miembros de un partido, que obtuvo su personería en virtud de la representación alcanzada en el Congreso por la circunscripción especial de minorías étnicas, la inscripción para la elección de congresistas para dicha

circunscripción. Lo anterior, con fundamento en que había sido declarada inexecutable la norma que preveía la forma de inscripción para aspirar a tal representación en el Congreso. En concreto, este Tribunal consideró que la interpretación efectuada desconocía mandatos previstos en los artículos 108 y 171 de la Constitución, conforme a los cuales se busca asegurar que los movimientos o partidos políticos que adquieren su personería jurídica dentro de un régimen especial están precisamente habilitados para inscribir candidatos a dicha circunscripción, sin que fuese necesaria la existencia de una regulación concreta y específica.

[61] El aludido inciso contempla que: “La ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la cámara de Representantes de los grupos étnicos y de las minorías políticas”.

[62] Incorporado al ordenamiento jurídico interno mediante la Ley 21 de 1991.

[63] “Artículo 6. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”.

[64] “Artículo 6. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: (...) b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que los 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 concernían”.

[66] Convenio 169 de 1989, art. 2.

[67] Una lectura similar se deriva de los pronunciamientos realizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otras, en sentencia del 23 de junio de 2005, en donde afirmó que: “La Corte entiende que, de conformidad con los artículos 23, 24, 1.1 y 2 de la Convención, el Estado tiene la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos, lo cual implica que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes al principio de igualdad y no discriminación, y debe adoptar las medidas

necesarias para garantizar su pleno ejercicio. Dicha obligación de garantizar no se cumple con la sola expedición de [la] normativa que reconozca formalmente dichos derechos, sino que requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad (...) en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales (...)”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 23 de Junio de 2005, Caso Yatama vs. Nicaragua.

[68] La Sala enfatiza que dentro de este acápite solo se referirá a aspectos relevantes de la colaboración armónica y del sistema de frenos y contrapesos, necesarios para resolver el asunto objeto de revisión.

[69] Cabe destacar que en la sentencia se elabora un estudio detallado sobre dos modelos arquetípicos de separación de poderes: el de separación funcional rigurosa y el de checks and balances. Para los efectos de esta providencia, la Sala se limita a reiterar aspectos de este segundo arquetipo.

[70] Particularmente, en la Sentencia C-225 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño, se expuso que: “El diseño institucional colombiano, que prevé un Congreso bicameral con orígenes representativos diferenciados, contrae consecuencias de primer orden desde la perspectiva constitucional, especialmente en lo que tiene que ver con su incidencia en las formas de representación democrática y el balance de poderes entre las cámaras legislativas. // Como lo ha identificado la doctrina, el bicameralismo es funcional a la representación de intereses distintos en cada una de las cámaras, en la medida que el origen democrático de cada una de ellas suele ser distinto. Del mismo modo, la existencia de dos cámaras permite el ejercicio de un sistema de pesos y contrapesos al interior del Congreso, en tanto una de las células legislativas está facultada para ejercer control político sobre la otra, de suerte que opera como barrera de los excesos en que pudiese incurrir. // La existencia de dos cámaras, que concurren en el trámite de los proyectos de ley a través del ejercicio de idénticas competencias, es un instrumento que permite el mejoramiento de la actividad de producción legislativa, en tanto cada cámara funciona como instancia de control de las iniciativas discutidas y aprobadas por la otra. Por último, el bicameralismo permite la producción de resultados legislativos más estables, en tanto obliga que la aprobación de los proyectos de ley esté precedida de un trámite deliberatorio complejo, lo que estimula a que las iniciativas aprobadas tengan vocación de permanencia.”

[71] Decreto 2067 de 1991, art. 32.

[72] La Sala únicamente analizará algunos elementos de la acción pública de inconstitucionalidad relevantes para resolver el asunto objeto de estudio. Por ello, no entrará a exponer otros factores como el origen de la acción, su sustento filosófico o el conjunto integral de normas que la regulan.

[73] La norma en cita consagra que: “Todo derecho tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: (...) 6. Interponer acciones pública en defensa de la Constitución (...)”.

[74] CP, art. 241, núm. 4.

[75] Auto 242 de 2015, M.P. María Victoria Calle Correa.

[76] El inciso 1 del artículo en cita dispone que: “Cualquier magistrado podrá proponer hasta 10 días antes del vencimiento del término para decidir, que se convoque una audiencia para que quien hubiera dictado la norma o participado en su elaboración, por sí o por intermedio de apoderado, y el demandante, concurren a responder preguntas para profundizar en los argumentos expuestos por escrito o aclarar hechos relevantes para tomar la decisión. La Corte, por mayoría de los asistentes, decidirá si convoca la audiencia, fijará la fecha y hora en que habrá de realizarse y concederá a los citados un término breve pero razonable para preparar sus argumentos. Las audiencias serán públicas”.

[77] El inciso 1 del artículo mencionado establece: “El magistrado sustanciador podrá invitar a entidades públicas, a organizaciones privadas y a expertos en las materias relacionadas con el tema del proceso a presentar por escrito que será público, su concepto sobre puntos relevantes para la elaboración del proyecto de fallo. La Corte podrá, por mayoría de sus asistentes, citarlos a la audiencia de que trata el artículo anterior”.

[78] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[79] Al respecto, entre muchas otras, pueden consultarse las Sentencias T-693 de 2011, T-129 de 2011, T-116 de 2011, C-702 de 2010, T-547 de 2010, T-154 de 2009, T-973 de 2009, T-769 de 2009, C-175 de 2009, C-461 de 2008, C-038 de 2008, T-880 de 2006, C-742 de 2006, T-737 de 2005, SU 383 de 2003, T-652 de 1998, SU-039 de 1997, T-342 de 1994,

T-380 de 1993, T-257 de 1993 y T-188 de 1993.

[80] Convenio 169 de la OIT, art. 6, lit. a).

[81] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[82] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[83] Constitución Política, artículos 329 y 330 (parágrafo). Sobre la materia también se puede consultar la Sentencia C-196 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.

[84] Sentencia C-068 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[85] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[86] Sentencia C-615 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

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

[88] Así, por ejemplo, mientras que en la Sentencia C-030 de 2008 se declaró la inconstitucionalidad de la totalidad de la Ley Forestal General por omitir la realización de la consulta previa; en la Sentencia C-461 de 2008, por el contrario, el fallo se limitó a suspender la ejecución de los proyectos previstos en la Ley del Plan Nacional de Desarrollo (Ley 1151 de 2007), que afectaban en forma directa y específica a los grupos indígenas y comunidades afrodescendientes de las zonas donde se pretendían implementar. En esta última providencia, se dispuso que: “considera la Sala Plena que en el presente proceso es posible, en aplicación del principio de conservación del derecho, proteger los valores y derechos constitucionales afectados por la inclusión en la Ley del Plan de disposiciones cuya consulta previa era obligatoria y se omitió, sin necesidad de recurrir a una declaratoria de inexecutable de toda la ley ni de todos los artículos de sus partes general y específica. Es procedente en este caso declarar que la Ley 1151 de 2007 es executable, siempre y cuando se entienda que se suspenderá la ejecución de los proyectos –y de los respectivos programas o presupuestos plurianuales– incluidos en la misma que tengan la potencialidad de incidir de manera directa y específica sobre pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes, hasta tanto se realice en forma integral y completa la consulta previa específica exigida por el bloque de constitucionalidad, de conformidad con las pautas

trazadas para ello por la doctrina constitucional reiterada en la presente providencia.”
Sombreado por fuera del texto original.

[89] Para ahondar en este punto, puede consultarse la Sentencia C-068 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, en la que se mencionó que: “Ni la Constitución ni la ley definen el procedimiento para llevar a cabo la consulta previa de las medidas legislativas que afectan directamente a los pueblos indígenas. Sobre la materia se han proferido el Decreto 1320 de 1998, por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y afrodescendientes para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio; y el Decreto 1397 de 1996, por el cual se crea la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas. El primero, como lo ha señalado la Corte, limita su ámbito de aplicación a las materias allí previstas, más allá de que sus mandatos –en ciertos casos– han sido inaplicados por parte de esta Corporación. El segundo, por su parte, ha sido acogido como una importante instancia de concertación, en desarrollo de los procesos de consulta previa”.

[90] En este sentido, la Corte ha dicho que: “De conformidad con el artículo 6, numeral 1, literal a) del Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ratificado por Colombia a través de la Ley 21 de 1991, los Estados Partes tienen la obligación de consultar a los grupos étnicos que habiten en sus territorios, ‘mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente’. (...) De esta manera, existe, en principio, un compromiso internacional de gran amplitud, que obliga al Estado colombiano a efectuar el aludido proceso de consulta previa cada vez que se prevea una medida, legislativa o administrativa, que tenga la virtud de afectar en forma directa a las etnias que habitan en su territorio. Al mismo tiempo, el artículo 34 del mismo tratado estipula: ‘La naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, tomando en cuenta las condiciones propias de cada país’. Es decir, el instrumento otorga a los Estados Partes un importante margen de discrecionalidad para determinar las condiciones en que habrán de dar cumplimiento a los deberes internacionales que allí constan; ello, por supuesto, en la medida en que las Partes hagan uso de dicha flexibilidad sin dejar de cumplir con el objeto esencial de sus obligaciones que, en este caso, consiste en asegurar la efectiva participación de los grupos

étnicos en las decisiones que les conciernan: de lo contrario, se estaría dando al artículo 34 citado un alcance que riñe con las normas más elementales sobre interpretación de tratados, como la que consta en el artículo 31-1 de la Convención de Viena de 1969, según la cual ‘un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin’ (...)” .Sentencia C-891 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería. Subrayado por fuera del texto original.

[91] Sobre este punto se puede consultar la Sentencia T-769 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[92] Un ejemplo se presentó en la Sentencia T-880 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[93] Sobre este punto, en la Sentencia C-461 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, se expresó que: “La manera en la que se habrá de realizar cada proceso de consulta previa, habrá de ser definida en forma preliminar con las autoridades de cada comunidad indígena o afrodescendiente, a través de un proceso pre-consultivo específicamente orientado a sentar las bases del procedimiento a seguir en ese caso en particular, respetando a las autoridades de cada comunidad y las especificidades culturales de la comunidad (...)”

[94] En la Sentencia T-129 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, se dijo que: “Es obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento, sino que dicho término se adopte bajo una estrategia de enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres.”

[95] Sentencia C-461 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[96] Sentencia T-693 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[97] Sentencia C-175 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[98] Ibídem.

[99] Sentencia T-547 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[100] En la Guía para la Aplicación del Convenio 169 se afirma que: “ningún segmento de

la población nacional de cualquier país tiene derecho a vetar las políticas de desarrollo que afecte a todo el país. Durante las discusiones encaminadas a la adopción del Convenio, algunos representantes indígenas afirmaban que esto permitiría a los gobiernos hacer lo que quisieran. La Conferencia no entendió de esta manera el contenido de este artículo del Convenio. // El artículo 7 exige a los gobiernos realizar verdaderas consultas en las que los pueblos indígenas y tribales tengan el derecho de expresar su punto de vista y de influenciar el proceso de toma de decisiones. Lo anterior significa que los gobiernos tienen la obligación de crear las condiciones que permitan a estos pueblos contribuir activa y eficazmente en el proceso de desarrollo. En algunos casos, esto puede traducirse en acciones dirigidas a ayudar a los referidos pueblos a adquirir el conocimiento y las capacidades necesarias para comprender y decidir sobre las opciones de desarrollo existentes". Subrayado y sombreado por fuera del texto original. Adicional a lo expuesto, la Corte de manera reiterada ha señalado que, cuando no sea posible llegar a un acuerdo o concertación con las comunidades indígenas, o éstas por algún motivo se nieguen a participar en los procesos de consulta previa, las autoridades preservan la competencia para tomar una determinación final sobre la imposición de una medida. Al respecto, en la Sentencia C-175 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, se expuso que: "cuando luego de agotado un procedimiento previamente definido, con pretensión de incidencia en la medida a adoptar y llevado a cabo bajo los postulados de la buena fe, las comunidades tradicionales no prestan su consentimiento, no por ello el Estado se ve inhabilitado para proferir la medida legislativa." Esta misma doctrina se reiteró en la Sentencia C-068 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, al sostener que: "la Corte considera que las entidades gubernamentales encargadas de la organización de los distintos escenarios de discusión del proyecto de ley de regalías (Ley 1530 de 2012), cumplieron con su obligación constitucional de someter a consideración de las comunidades indígenas dicho proyecto de ley, acorde con el principio de la buena fe y de manera libre e informada, con el propósito de que éstas pudieran intervenir activamente en la redacción final de su articulado, al tiempo que se observa la renuencia a participar y la decisión autónoma por parte de los pueblos indígenas de apartarse del proceso de consulta, con fundamento en varias razones que -más allá de la especial protección que demandan del Estado- exteriorizan su derecho a decidir sobre sus prioridades y estrategias de desarrollo. // Por consiguiente, en criterio de la Corte, está acreditado que el Gobierno Nacional facilitó y procuró los espacios para lograr la consulta previa del proyecto de ley de regalías, conforme a los principios fundamentales de

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

[101] El artículo 154 del Texto Superior dispone las leyes que están sujetas a exclusiva reserva de iniciativa gubernamental.

[102] El artículo 341 de la Constitución, en lo referente a la aprobación de la ley del plan, señala que el incremento en las autorizaciones de endeudamiento o la inclusión de proyectos de inversión no contemplados en la versión original radicada por el Gobierno, requerirán el visto bueno de este último.

[103] Ley 5ª de 1992, artículo 2, numeral 4.

[104] Ley 5ª de 1992, art. 230.

[105] Ley 5ª de 1992, art. 231.

[106] Ley 5ª de 1992, art. 232.

[107] La norma en cita dispone que: “La acción de tutela no procederá: (...) 5.- Cuando se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto”.

[108] Lo anterior, como ya se advirtió, sin perjuicio de la posibilidad que le asiste al Gobierno Nacional para formular una objeción por motivos de inconstitucionalidad, pues la falta de realización de la consulta conlleva indefectiblemente al desconocimiento de la Carta, por lo que se puede invocar dicho defecto para oponerse a la sanción del proyecto. En caso de que las Cámaras insistan, el asunto será dirimido por esta Corporación, previo debate democrático, en el que también puede intervenir cualquier ciudadano para defender o cuestionar la constitucionalidad del proyecto.

[109] M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[110] Sentencia T-382 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Lo anterior también fue expuesto en la Sentencia T-983A de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil, citada con anterioridad, de la siguiente manera: “(...) Para garantizar entonces que los instrumentos de protección frente al abuso del poder protejan efectivamente a los representantes minoritarios y, por ende, cristalicen los intereses de sus electores, el artículo 85 de la Carta establece que el derecho de participación, consagrado en el artículo 40 de la Constitución es de aplicación inmediata y, por lo mismo, susceptible de amparo a través de la acción de tutela”.

[111] M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[113] Cuaderno 1, folios 14 a 49.

[114] Cuaderno 1, folios 50 a 51.

[115] Cuaderno 1, folios 57 a 64.

[116] Cuaderno 1, folio 103, CD único.

[117] Cuaderno 1, folios 52 a 56.

[118] Miembros del pueblo indígena Sikuani.

[119] T-547-2010

[120] T-698 de 2011

[121] Así las cosas, a manera de conclusión podemos señalar que, para los efectos del presente asunto, el derecho de consulta previa tiene carácter fundamental y debe aplicarse, conforme a los usos y costumbres

de cada etnia, no solo a los trámites administrativos, sino también al procedimiento legislativo. No obstante lo anterior, es necesario precisar, dada la trascendencia que la discusión parlamentaria tiene en nuestro sistema jurídico, que los términos bajo los cuales éste se hace efectivo, obedecen a las condiciones

propias de cada país, definidas por el constituyente o el legislativo.(...) Así pues conforme al mencionado contexto, fácilmente se deduce que el derecho fundamental de consulta previa tiene asidero dentro del trámite legislativo. Sin embargo, la influencia que el derecho pudiera ejercer sobre tal potestad está condicionada a los instrumentos que haya fijado la Constitución o la ley para intervenir en las iniciativas parlamentarias, siempre que éstos permitan cumplir con el objeto esencial de la consulta previa. Al respecto la jurisprudencia constitucional ha precisado que el gobierno puede echar mano de, por ejemplo, talleres preparatorios que tengan por objeto forjar el consentimiento completo, libre, previo e informado de las comunidades indígenas afectadas, a partir de los cuales se procure y gestione, de buena fe, un consenso real y lo más universal posible alrededor de la medida legislativa, (T-3 82-2006).

[122] T-3 82-2006.

[123]C-702-2010.