

CREACIÓN DE MUNICIPIOS EN TERRITORIOS INDÍGENAS SIN EL LLENO DE REQUISITOS GENERALES-Deber de consulta previa cuando afecte directamente a las comunidades indígenas

CREACIÓN DE MUNICIPIOS EN TERRITORIOS INDÍGENAS SIN EL LLENO DE REQUISITOS GENERALES-Deber de respetar derechos a la autodeterminación y la autonomía territorial de las comunidades indígenas

(...) el hecho de que la norma demandada no prohíba crear municipios sin el lleno de los requisitos generales en territorios indígenas no autoriza al Estado para desconocer la autonomía de esos territorios ni para imponer en ellos formas de administración y gobierno ajenas a las costumbres y cosmovisiones de los pueblos que los habitan. De lo contrario, se desconocería el régimen constitucional especial que les confiere a dichos territorios el carácter de entidades territoriales y les atribuye específicas funciones dirigidas a materializar sus derechos a la autodeterminación y la autonomía territorial. La Sala insiste en que, independientemente de que la disposición demandada no lo establezca de manera expresa, es indiscutible la obligación, en cabeza del Estado, de respetar y garantizar el derecho a la autonomía territorial de las comunidades indígenas.

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL-Procedencia frente a norma que no se encuentra vigente ni está produciendo efectos jurídicos

(...) al haber sido subrogado por el artículo 16 de la Ley 617 de 2000, el artículo 2 de la Ley 177 de 1994 no se encuentra produciendo efectos jurídicos. En efecto, la norma que lo

sustituye varió las condiciones bajo las cuales las asambleas departamentales pueden crear municipios sin el lleno de los requisitos generales. En esa medida, no es necesario interpretar ambas normas para determinar cuál de ellas rige, pues es evidente que, actualmente, esta forma excepcional de creación de municipios (i) obedece únicamente a razones de defensa nacional o a la necesidad de elevar ciertos corregimientos a la categoría de municipios y (ii) no está condicionada a que no se trate de territorios indígenas. Bajo ese orden, un pronunciamiento de constitucionalidad sobre la norma modificada carecería de objeto.

SUBROGACION-Concepto/SUBROGACION-Efectos

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Inexistencia por cargos distintos

MUNICIPIO-Entidad fundamental

MUNICIPIO-Capacidad para asunción de responsabilidades y prestación de servicios

ÁREAS NO MUNICIPALIZADAS-Definición

Si bien el territorio nacional se encuentra dividido en departamentos y estos, en municipios, no todo el territorio del departamento hace parte de un municipio, pues algunas áreas no han sido incluidas dentro del territorio de ningún municipio. Inicialmente estas zonas se denominaron “corregimientos departamentales”. Actualmente se conocen como “áreas no municipalizadas” y son entidades que no se enmarcan dentro de la lógica territorial establecida por la Constitución, en la medida en que no reúnen los requisitos legales para su creación como municipios, en particular los requisitos de población y recursos.

TERRITORIO INDIGENA-Concepto y conformación

RESGUARDO INDIGENA-Definición

(...) de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, los resguardos indígenas, al no haberse constituido en entidades territoriales indígenas, no son consideradas como personas de derecho público. Ahora, si bien esto no obsta para que a estas comunidades se les garanticen sus derechos constitucionales, el hecho de no ser reconocidas como personas de derecho público solo se superaría con la expedición de una ley orgánica de ordenamiento territorial que tenga como fin crear las ETI, que son figuras político-administrativas propias de la estructura territorial descentralizada del Estado colombiano.

ENTIDADES TERRITORIALES INDIGENAS-Conformación mediante ley orgánica de ordenamiento territorial

AUTONOMIA TERRITORIAL-Núcleo esencial/NUCLEO ESENCIAL DE LA AUTONOMIA-Indisponible por el legislador

DERECHO A LA AUTONOMIA DE COMUNIDAD INDIGENA-Protección constitucional

AUTONOMIA Y AUTOGOBIERNO DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS-Reiteración de jurisprudencia

PROPIEDAD COLECTIVA DE LOS PUEBLOS INDIGENAS SOBRE SUS TIERRAS Y TERRITORIOS-

Derechos que comprende

(...) el derecho de las comunidades indígenas a la propiedad colectiva sobre sus territorios es una garantía que permite hacer efectivos sus derechos fundamentales, entre ellos, la autonomía y la autodeterminación y, especialmente, la integridad, la identidad étnica y cultural, el abastecimiento económico y, por ende, la supervivencia. Esto, en cuanto posibilita acceder a medios de subsistencia tradicionales y desarrollar prácticas ancestrales. Esta garantía tiene sustento en los artículos 58, 63, 286, 329 y 330 de la Constitución; en los artículos 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19 del Convenio 169 de la OIT, así como en el artículo 21 de la CADH.

DERECHO A LA PROPIEDAD COLECTIVA DE GRUPOS ETNICOS SOBRE TERRITORIOS-Protección constitucional y marco normativo internacional

DERECHO AL TERRITORIO COLECTIVO-Deberes del Estado

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA COMO MANIFESTACION DEL DERECHO A LA AUTODETERMINACION DE LOS PUEBLOS INDIGENAS Y DE LA PARTICIPACION EN LAS DECISIONES QUE LOS AFECTAN

CONSULTA PREVIA-Principios rectores

CONSULTA PREVIA-Criterios utilizados para identificar en qué casos procede por existir una afectación directa de los grupos étnicos

(...) la Corte ha desarrollado un conjunto de estándares que permiten evaluar si una norma, programa, proyecto, plan o política es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas: (i) la afectación directa hace alusión a la intervención que una medida determinada (norma, política, plan, programa o proyecto) tiene sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (ii) el hecho de que la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT; (iii) la imposición de cargas o la atribución de beneficios a una comunidad, de tal manera que modifique su situación o posición jurídica; (iv) la interferencia en elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo involucrado y (v) si se trata de una medida general que, sin embargo, afecta con especial intensidad o de manera diferenciada a los pueblos étnicamente diferenciados. Evidentemente, se trata de criterios de apreciación que no cierran de manera definitiva la vaguedad del concepto de afectación directa. Por tanto, es importante llevar a cabo una evaluación caso a caso de la obligatoriedad de la medida.

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y PROHIBICION DE RETROCESO EN MEDIDAS ADOPTADAS POR EL ESTADO PARA GARANTIZAR FACETAS PRESTACIONALES DE DERECHOS CONSTITUCIONALES-Jurisprudencia constitucional

MEDIDA REGRESIVA-Escrutinio constitucional/JUICIO DE NO REGRESIVIDAD-Exigencias

JUICIO DE PROGRESIVIDAD Y NO REGRESIVIDAD DE DERECHOS SOCIALES PRESTACIONALES-Juicio de proporcionalidad en sentido estricto

CREACIÓN DE MUNICIPIOS EN TERRITORIOS INDÍGENAS SIN EL LLENO DE REQUISITOS GENERALES-Necesidad de verificar los niveles de intensidad de la afectación directa a las comunidades indígenas

Referencia: Expediente D-14027

Asunto: Demanda de inconstitucionalidad contra del artículo 16 de la Ley 617 de 2000, “Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional”, y el artículo 2 de la Ley 177 de 1994, “Por la cual se modifica la Ley 136 de 1994 y se dictan otras disposiciones”.

Demandantes: Julio César López Jamioy y otros

Magistrado sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil veintidós (2022)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, en particular de la prevista en el artículo 241-4 de la Constitución, y previo agotamiento del procedimiento establecido en el Decreto 2067 de 1991, decide sobre la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 16 de la Ley 617 de 2000 y 2 de la Ley 177 de 1994, cuyos textos son del siguiente tenor:

I. LAS DISPOSICIONES DEMANDADAS

“Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional”

[...]

ARTÍCULO 16. Modificase el artículo 9o. de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 2o. de la Ley 177 de 1994, el cual quedará así:

“ARTÍCULO 9o. EXCEPCIÓN. Sin el lleno de los requisitos establecidos en el artículo anterior, las asambleas departamentales podrán crear municipios cuando, previo a la presentación de la ordenanza, el Presidente de la República considere su creación por razones de defensa nacional. También podrán las asambleas departamentales elevar a municipios sin el lleno de los requisitos generales los corregimientos creados por el Gobierno Nacional antes de 1991 que se encuentren ubicados en las zonas de frontera siempre y cuando no hagan parte de ningún municipio, previo visto bueno del Presidente de la República.

Los concejales de los municipios así creados no percibirán honorarios por su asistencia a las sesiones”.

Ley 177 de 1994

“Por la cual se modifica la Ley 136 de 1994 y se dictan otras disposiciones”

[...]

ARTÍCULO 2o. Modifícase el artículo 9o. de la Ley 136 de 1994, el cual quedará así:

“ARTÍCULO 9o. EXCEPCIÓN. Sin el lleno de los requisitos establecidos en el artículo anterior, las asambleas departamentales podrán crear municipios cuando, previo a la presentación del proyecto de ordenanza, el Presidente de la República considere su creación como de conveniencia nacional, por tratarse de una zona de frontera o de colonización o por razones de defensa nacional, siempre y cuando no se trate de territorios indígenas, salvo que mediere acuerdo previo con las autoridades indígenas”.

II. LA DEMANDA

1. A juicio de los demandantes, los artículos 16 de la Ley 617 de 2000 y 2 de la Ley 177 de 1994, deben ser declarados inexecutable porque desconocen los fines esenciales del Estado

social de derecho y la diversidad e integridad étnica y cultural de la Nación, en específico, los artículos 1, 2, 4, 7, 8, 13, 246, 286 y 330 de la Constitución. A su vez, los principios de progresividad y no regresividad establecidos tanto en la Carta Fundamental como en el derecho internacional de los derechos humanos.

Violación de la regla de prohibición de regresividad que hace parte del principio de progresividad de los derechos fundamentales

2. En primer lugar, sostienen que los artículos demandados, al referirse a la creación excepcional de municipios en territorios indígenas, fueron desmontando la protección que se había establecido en la Ley 136 de 1994 en favor de los pueblos étnicos en cumplimiento de los artículos 1, 7, 246, 286, 287, 329, 330 y 56 Transitorio de la Constitución. Igualmente, desconocen las garantías previstas en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (en adelante PIDESC), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) y el Convenio 169 de la OIT.

3. Luego de hacer referencia a lo establecido por la jurisprudencia constitucional sobre el principio de progresividad, señalan que la Constitución dispone que los departamentos, distritos y municipios, hacen parte de la “estructura convencional del Estado”. A su vez, en relación con los territorios indígenas, sostienen que la Carta le confiere al legislador la facultad para que, mediante una “ley orgánica de ordenamiento territorial”, precise lo correspondiente a la conformación de dichos territorios, teniendo en cuenta que estos deben ser gobernados por consejos conformados y reglamentados según los respectivos usos y costumbres de los pueblos étnicos.

4. En línea con lo anterior, afirman que, en garantía de los derechos fundamentales de estas comunidades, la Ley 136 de 1994, en su artículo 9, prohibía la creación excepcional de

municipios en territorios indígenas. Sin embargo, aducen que esta protección, que tiene un origen constitucional, se flexibilizó con la Ley 177 de 1994, para luego ser desmontada totalmente mediante la Ley 617 de 2000, lo que constituye una evidente acción regresiva que desconoce las normas superiores.

5. Bajo ese orden, sostienen que el Decreto Ley 2274 de 1991 y la Ley 136 de 1994 no solo materializaban una protección efectiva de los derechos de las comunidades indígenas a participar en el ejercicio del poder público y garantizaban los principios de diversidad étnica y cultural y el pluralismo en la organización político-administrativa del Estado, sino que además representaban un límite para el legislador en relación con el principio de progresividad y la prohibición de regresividad.

Sin embargo, a su juicio, el legislador fue permeando las mencionadas garantías hasta eliminarlas completamente, sin que mediara participación alguna de las comunidades indígenas y contrariando lo establecido en la Constitución, al expedir las normas que se demandan. Como sustento de lo expuesto, presentan una tabla en la que se compara el Decreto 2274 de 1991 y las leyes 136 y 177 de 1994 y 617 del 2000.

6. Adicionalmente, consideran que las normas acusadas no superan las cargas que, según la jurisprudencia constitucional, deben demostrar las autoridades estatales para que una medida no sea considerada regresiva, a saber:

(i) no pretenden satisfacer una finalidad constitucional imperativa, pues el efecto que tienen las normas demandadas es limitar la efectividad de los derechos políticos de las comunidades indígenas, dado que dificultan una configuración pluralista del Estado;

(ii) su expedición no fue producto de una evaluación juiciosa, puesto que de los antecedentes legislativos de la Ley 617 de 2000, se observa que no hubo consideración alguna frente a las implicaciones que la reforma tendría en relación con los territorios indígenas y una posible infracción al principio de progresividad;

(iii) no se realizó una ponderación de distintas alternativas, en la medida en que ni en las ponencias ni en los debates respectivos se abordaron opciones asociadas a la conformación de los pueblos étnicos o la manera en que se verían afectados por la creación de municipios en sus tierras;

(iv) Las normas demandadas afectan de manera desproporcionada el núcleo esencial del derecho de los pueblos indígenas a la participación en la configuración político-administrativa del Estado, la cual debe ser respetuosa de la diversidad étnica. Lo anterior, toda vez que obligan a las comunidades a ser sometidas a formas de organización extrañas a su identidad, tradición y cultura y;

(v) en lugar de comportar algún beneficio, implican un alto costo en términos de reconocimiento y fortalecimiento de la diversidad étnica y cultural del país, al desproteger territorios indígenas y prolongar la conformación de figuras “monolíticas” de administración que afectan gravemente los derechos de estos pueblos, en desconocimiento de la Constitución.

7. Finalmente, manifiestan que es necesario que esta Corte realice un exhorto al Congreso de la República, a fin de que no se aplaze más la expedición de la regulación necesaria para la conformación de las Entidades Territoriales Indígenas y, de esa manera, se garanticen plenamente los derechos políticos de estas comunidades.

III. INTERVENCIONES

8. Durante el término de fijación en lista, intervinieron las entidades e instituciones que seguidamente se enlistan. Asimismo, de manera oportuna, se recibió el concepto de la procuradora general de la Nación. El sentido de las intervenciones y los conceptos fue el siguiente:

(i) Autoridades que participaron en la elaboración o expedición de la disposición demandada

9. En respuesta al Auto del 26 de enero de 2021, los secretarios generales del Senado de la República y la Cámara de Representantes se limitaron a manifestar que no se ha presentado ningún proyecto de ley que pretenda regular la conformación de Entidades Territoriales Indígenas (ETI). Sin embargo, el secretario general de la Cámara de Representantes, por considerar que tenía relación con el asunto bajo estudio, informó que, a la fecha de su intervención, cursaba en la Cámara el Proyecto de Ley No. 485 de 2020, “por medio de la cual se modifica la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007” y adjuntó la respectiva gaceta.

10. El Ministerio del Interior se pronunció sobre los dos cargos planteados en la demanda inicial. Sin embargo, debido a que esta Corte solo admitió el relacionado con la vulneración del principio de progresividad y la regla de no regresividad, se hará referencia únicamente a lo que dicha cartera expuso al respecto.

Según el ministerio, las leyes 177 de 1994 y 617 de 2000 establecen las normas para consolidar el principio de la descentralización del Estado, sin que ello conlleve la afectación de la autonomía de las comunidades étnicas o la posibilidad de constituir o regular posteriormente las entidades territoriales indígenas.

Bajo esa línea, sostiene que los artículos demandados tienen como fin facilitar la creación de municipios en aquellos casos que expresamente el legislador dispuso como excepcionales, debido a la particularidad de ser territorios fronterizos o en protección de la defensa nacional. En ese sentido, afirma que dichas normas no tienen como propósito desconocer la protección y garantía de los derechos de las comunidades indígenas.

11. Afirma que, contrario a lo expuesto por los demandantes, las normas en cuestión se ajustan al principio de progresividad y garantizan los derechos de los habitantes de estos territorios, en la medida en que facilitan la presencia del Estado. Considera que aceptar los argumentos de la demanda implicaría desconocer las particularidades del territorio, que también es ocupado por quienes no se identifican como indígenas y cuyos derechos también deben ser protegidos. Así, a su juicio, el proceso de municipalización tiene como objetivo generar una estructura administrativa en lugares en los que no existe, a fin de consolidar acciones que suplan las necesidades básicas de sus habitantes.

12. Aduce a su vez que las normas demandadas tienen un carácter general cuyo objeto es el bienestar común y no identifican territorios específicos. Aunado a ello, el proceso de municipalización no excluye la posibilidad de que las comunidades indígenas puedan “construir” cabildos o resguardos indígenas en dichos lugares, aun cuando estos se ubiquen dentro de un municipio, pues ambas figuras administrativas pueden coexistir.

13. Adicionalmente, afirma que el ámbito específico de aplicación de los artículos cuestionados no siempre coincide con los límites geográficos de los territorios indígenas, aunque esto se podría dar en zonas de frontera o de difícil acceso. Sin embargo, estima que flexibilizar los requisitos para la creación excepcional de municipios en terrenos de estas comunidades no implica la eliminación de su protección constitucional, pues esta se seguirá garantizando.

Sostiene que, en caso de que se pretenda municipalizar zonas que son territorios indígenas o en donde haya presencia de estas comunidades, resulta imperativo llevar a cabo la consulta previa. En esa medida, el proceso de municipalización, aun en casos excepcionales, no vulnera la autonomía de los pueblos étnicos. En efecto, expone que la consulta previa opera como derecho fundamental que permite su participación efectiva en la toma de decisiones que podrían afectarlos.

14. En relación con el test de no regresividad, manifiesta que, si bien las normas demandadas implican un cambio normativo que busca un mayor desarrollo en la organización territorial, lo cierto es que las comunidades indígenas se encuentran protegidas por otras disposiciones. Cita como ejemplo el Decreto 1953 de 2014, el cual creó “un régimen especial” con el objetivo de poner en funcionamiento “los territorios indígenas respecto de la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas, reconoció (sic) la autonomía en materia de administración del sistema de educación, salud, agua potable, saneamiento básico, justicia y recursos de asignación especial del SGP para Resguardos Indígenas”. También, el Decreto 632 de 2018, mediante el cual se reglamentó parcialmente el funcionamiento administrativo de territorios indígenas en áreas no municipalizadas de Amazonas, Guainía y Vaupés.

15. Insiste en que las normas acusadas son constitucionales, dado que pretenden afianzar la presencia político-administrativa del Estado en zonas que no cuentan con una oferta de servicios institucionales y garantizan la defensa de la soberanía y la integridad del territorio, de conformidad con los artículos 2 y 365 de la Constitución.

16. Aduce que, si bien los demandantes sostienen que los artículos demandados se expidieron sin una evaluación juiciosa por parte del legislador, lo cierto es que, como garantía de la separación de poderes, el Congreso es autónomo en el desarrollo de su función legislativa según el procedimiento establecido en la Ley 5 de 1992. Sin embargo, ello no quiere decir que las normas expedidas no puedan ser objeto de control constitucional.

17. En razón de lo expuesto, solicita a la Corte descartar los argumentos planteados en la demanda.

(ii) Entidades públicas, organizaciones privadas y expertos invitados

18. La Asamblea Departamental del Amazonas, por medio de su presidente, informa que desde la promulgación de la Ley 134 de 1994 a la fecha, no había sido radicado ningún proyecto con el objeto de crear municipios en los territorios correspondientes a los corregimientos departamentales, hoy áreas no municipalizadas.

A su vez, informa que en dichos corregimientos existen 26 pueblos indígenas, y en todas estas áreas hay resguardos. “En dos corregimientos existen cascos urbanos que no corresponden a comunidad indígena ni resguardos indígenas las cuales se encuentran ubicadas en zona de reserva forestal o Ley segunda de 1959, ellos son: Tarapacá ubicada sobre la margen del río Putumayo, el resto del territorio son resguardos indígenas, Parques Nacionales y zona de reserva forestal”.

20. La Asamblea de Guainía, a través del vicepresidente primero, encargado de las funciones de presidente de dicha corporación, expone que desde la promulgación de la Ley 134 de 1994 hasta el momento de la intervención, se habían presentado dos proyectos de Ordenanza, a saber: (i) el No. 304 de 2019, por medio de la cual se crean los municipios de Barrancominas y San Felipe, pero fue retirado; (ii) el No. 309 de 2019, por medio de la cual se crea el municipio de Barrancominas, el cual fue aprobado y pasó a ser la Ordenanza 248 de 2019.

Aunado a ello, informa que en ambos territorios hay presencia de comunidades y resguardos indígenas. A su vez, que consultado el archivo documental, se encontró dentro del expediente del proyecto de Ordenanza No. 309 mencionado, un acta de consulta previa en etapa de preconsulta y apertura en el marco del proyecto municipalización del corregimiento de Barrancominas, realizado entre el departamento de Guainía y los pueblos étnicos convocados, “cuyo fin fue obtener la aprobación para la creación del Municipio de Barrancominas y de esta manera presentar ante la Asamblea Departamental del Guainía, el proyecto de Ordenanza, para tal fin, infiriéndose que, esta fue la única consulta previa realizada dentro del proceso de aprobación de la ordenanza”.

También, anexa un listado en el que se relacionan los resguardos y comunidades indígenas y los corregimientos en que se encuentran ubicados.

21. El departamento del Vaupés, por medio del director administrativo de la Dirección Departamental de Asuntos Jurídicos y Judiciales, manifiesta que existen tres corregimientos o áreas no municipalizadas: Pacoa, Yavaraté y Papunagua. En el primero, se encuentran las comunidades indígenas de Buenos Aires, Cachiporro, Villareal Mutanacua, Morroco, San José del Cananari y Villa Gladys. En el segundo, Teresita, Olinda, Monforth, San Joaquín de Tiburón, Wanambi, Yavaraté, Florida y Piracuara, y en el tercero, Sardina Puerto Solano e Ipanore.

22. En escrito allegado posteriormente, el director departamental de Asuntos Jurídicos y Judiciales presentó concepto técnico en relación con la demanda. Sostiene que para resolver lo planteado por los accionantes se debe realizar un test de proporcionalidad ajustado a las siguientes reglas: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Considera que las normas demandadas son idóneas, puesto que se fundan en razones de interés general como la conveniencia y defensa nacional y, en esa medida, deben prevalecer.

A su vez, persiguen fines constitucionales legítimos que permiten la salvaguarda y seguridad del territorio.

23. En relación con el artículo 2 de la Ley 177 de 1994, sostiene que si bien la norma original contenía una prohibición expresa de creación de municipios en territorios indígenas, la modificación introducida resulta más garantista y democrática, dado que permitió realizar un acuerdo previo con las comunidades indígenas para que estas participaran dentro del proceso de municipalización.

24. En lo que tiene que ver con el artículo 16 de la Ley 617 de 2000, afirma que si bien la norma no dispone una concertación o acuerdo previo con las comunidades indígenas, lo cierto es que el objetivo que persigue, a saber, la seguridad del territorio, es un asunto de gran importancia para todos los habitantes del país, por lo que se cumple una finalidad superior al principio de progresividad y no regresividad y, por esta razón, no se vulneran los derechos de los pueblos étnicos.

A su vez, expone que el inciso final de la norma mencionada es claro en establecer la constitución excepcional de municipios en corregimientos creados por el Gobierno nacional antes de 1991. En el departamento del Vaupés no se presentaría esta situación, puesto que este se conformó después del citado año.

25. Al referirse al requisito de necesidad, aduce que este se cumple, dado que la intención de la norma es la defensa nacional, la cual, por interés general, debe primar. Asimismo, afirma que supera la proporcionalidad en sentido estricto, toda vez que lo que se busca es garantizar la presencia institucional en zonas alejadas y limítrofes. Añade que, previa consulta con las comunidades indígenas, se garantizaría su autonomía y autodeterminación.

26. Finalmente, señala que es deber del Estado garantizar una convivencia pacífica como interés general y que la creación de municipios mejora la calidad de vida de los habitantes. Por tales motivos, considera que las normas demandadas se ajustan a la Constitución.

27. La Defensoría Delegada para Grupos Étnicos de la Defensoría del Pueblo, de un lado, manifiesta que ha conocido un total de tres quejas relacionadas con la vulneración de derechos de los pueblos indígenas por la creación del municipio de Barrancominas en el departamento del Guainía, dirigidas principalmente al Ministerio del Interior y a la Gobernación y la Asamblea Departamental.

28. La primera queja fue presentada el 17 de octubre de 2018 por la Asociación de Cabildos y Autoridades Tradicionales Unión de Indígenas de Guainía y Vichada -Asocauniguvi-, que expresó su inconformidad con el trámite del proyecto de ordenanza que se adelantaba con el fin de crear los municipios de Barrancominas y San Felipe y solicitó que se desistiera del proceso. La Defensoría afirma que inició el seguimiento del caso y, después de distintas actuaciones, se acordó desarrollar una agenda de trabajo en la que, entre otras, se previó la socialización del Decreto 632 de 2018, principal preocupación de las comunidades.

29. Una segunda queja presentada el 10 de abril de 2019 por las mismas autoridades mencionadas, denunció que no habían sido convocadas al proceso de consulta previa que se iba a llevar a cabo para la municipalización del corregimiento de Barrancominas. Adicionalmente, señaló que la información allegada por el Ministerio del Interior para el respectivo proyecto era parcial e incompleta en relación con los impactos de dicha medida administrativa.

30. La defensoría delegada también informa que conoció una denuncia presentada por la misma asociación con el apoyo de la Organización de Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana -OPIAC-, en la que consideraban como un acto de discriminación las

afirmaciones públicas realizadas por un congresista “frente a la buena decisión de la creación del municipio de Barrancominas” y que “el Decreto 632 de 2018 es un obstáculo para quienes se encuentran en áreas no municipalizadas”.

En relación con lo anterior, expone que a pesar de que la Constitución es la base para la garantía de los derechos de los pueblos indígenas, la conformación de las Entidades Territoriales Indígenas aún es una deuda que tiene el Estado colombiano.

31. De otro lado, afirma que dicha entidad acompañó la consulta previa convocada por el Ministerio del Interior en el 2019 para el proyecto de municipalización de los corregimientos de Barrancominas y San Felipe, que se llevó a cabo el 7 y 14 de mayo de ese año. Al respecto, indica: “Es importante señalar que la Defensoría del Pueblo evidenció que aunque la medida administrativa susceptible de afectar a los pueblos indígenas en el departamento del Guanía (sic) correspondía al proyecto de ordenanza, dicho proyecto de acto administrativo, no fue nunca puesto en su conocimiento, ni para su análisis de las autoridades propias consultadas. En lugar de ello, la Gobernación del Guainía, junto con el delegado de la entonces dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, se limitaron a presentar información relativa a proyecciones económicas en un escenario de eventual municipalización, presentación que no incorporó la de un marco normativo suficiente, que a juicio de esta delegada hubiera debido incluir el Decreto 632 de 2018”.

Sin embargo, no menciona cual fue el resultado de dicho proceso de consulta previa.

32. Por su parte, la Defensoría Delegada para los Asuntos Constitucionales y Legales de la Defensoría de Pueblo, luego de relacionar los estándares internacionales y constitucionales de los derechos de las comunidades indígenas y su relación con la propiedad y el territorio, a partir de la normativa y la jurisprudencia internacional y local, hace un análisis del cargo formulado por los demandantes. Así, sostiene que las normas cuestionadas reformaron la

posibilidad de crear municipios por parte de las asambleas departamentales en el sentido de que, si bien la Ley 136 de 1994 prohibía la municipalización en territorios indígenas, el artículo 2 de la Ley 177 de ese año la permitió en el evento en el que mediara acuerdo con las autoridades étnicas. Sin embargo, el artículo 16 de la Ley 617 de 2000 eliminó cualquier limitación a estos procesos, suprimiendo la participación de autoridades indígenas cuando estos se llevaran a cabo en sus territorios.

33. Considera que, en virtud de las obligaciones internacionales que debe cumplir el Estado y en garantía de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico interno, el proceso de creación de municipios debe contar necesariamente con la participación efectiva de los pueblos indígenas involucrados y ser acorde con sus valores, usos y costumbres, por lo que no es suficiente que se celebre un acuerdo previo como lo establece el artículo 2 de la Ley 177 de 1994.

34. En igual sentido, sostiene que la permisión absoluta del Estado para crear municipios en territorios indígenas, sin previo consentimiento de las autoridades ancestrales, vulnera el núcleo esencial del derecho a la consulta previa y demás garantías conexas a la propiedad colectiva. En consecuencia, la entidad solicita la declaratoria de exequibilidad condicionada “del artículo 16 de la Ley 617 de 2000, bajo el entendido que: siempre y cuando no se trate de territorios indígenas, salvo que mediare consulta previa con las autoridades indígenas, que no se suple con la simple autorización de (sic) mencionada autoridad”.

35. El subsecretario de Asistencia Técnica de la Gobernación de Nariño manifiesta que en el territorio del departamento se encuentran 68 resguardos indígenas y relaciona un cuadro en el que se identifica en qué municipio se ubica cada uno de ellos.

36. La Comisión Nacional de Territorios Indígenas -CNTI-, en primer lugar, manifiesta que no incurre en conflicto de intereses dado que, si bien OPIAC figura como uno de los demandantes y hace parte de la mencionada comisión, el concepto se emite en calidad de

representante de la Secretaría Técnica.

37. En segundo lugar, respecto a las Entidades Territoriales Indígenas (ETI), sostiene que el Decreto 1953 de 2014 creó un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los territorios indígenas en relación con la administración de los sistemas propios de dichos pueblos en materia de educación, salud, agua, justicia y saneamiento básico, entre otros. Por su parte, el Decreto 632 de 2018 definió las competencias de ordenamiento territorial administrativo de las ETI.

Sin embargo, afirma que este último solo se aplica a nivel regional y que la Ley 1454 de 2011 se limitó a establecer los principios sobre la materia, pero no conformó las ETI. Por tanto, señala que la falta de creación de dichas entidades desconoce la autonomía de los pueblos indígenas, establecida en el artículo 7 del Convenio 169 de la OIT.

38. Aduce que para saber si la municipalización de zonas con presencia de comunidades indígenas vulnera sus derechos, se tiene que evaluar cada caso “considerando elementos fundamentales del enfoque intercultural, como son la existencia de un diálogo igualitario que se tenga con las comunidades y pueblos indígenas de los territorios que se pretenden municipalizar, la efectiva participación de las comunidades afectadas y en general, la necesidad de ver a los Pueblos Indígenas como sujetos igualitarios de derecho”. Esto, dado que existen pueblos en aislamiento voluntario o con un alto grado de conservación cultural que pueden verse afectados en mayor medida con el proceso de creación de municipios.

39. En tercer lugar, expone que debe hacerse un test de ponderación que respete el derecho a la autonomía y autodeterminación de los pueblos étnicos, por lo que se debe verificar si la municipalización “(i) está fundamentada en la Constitución y la Ley, (ii) si ésta es útil y necesaria para la protección de derechos fundamentales o colectivos involucrados y (iii) debe ser la medida menos gravosa para la autonomía política de estos colectivos”. Teniendo en

cuenta lo anterior, sostiene que este tipo de procesos no son los medios idóneos para proteger las garantías de las comunidades indígenas, pues figuras como las ETI son las que cumplen con tal objetivo.

40. En cuarto lugar, manifiesta que el contenido de la autonomía en materia territorial de las comunidades indígenas y su relación con la descentralización político administrativa debe tener en cuenta cinco elementos: (i) los planes de vida propios que deben ser la hoja de ruta al momento de desarrollar proyectos sobre ordenamiento territorial; (ii) el reconocimiento del ejercicio del gobierno propio, el cual es fundamental para entender una relación entre iguales, y el desarrollo del principio de diversidad étnica y cultural de la nación; (iii) el reconocimiento de su autoridad en materia ambiental; (iv) los procesos de colonización e imposición de ordenamientos, en donde el alcance de la descentralización administrativa debe ponderarse con el principio de diversidad étnica en toda su extensión, y (v) las regalías como una forma de tutelar a los pueblos indígenas, puesto que los requisitos impuestos para que estas sean reconocidas directamente a las comunidades limitan seriamente su autonomía.

41. En quinto lugar, afirma que la falta de reglamentación total del artículo 329 de la Constitución implica una autonomía parcial de las comunidades indígenas que no se adecúa a los preceptos constitucionales que dieron origen a la creación de la ETI. Por lo tanto, es una amenaza a los derechos de estos pueblos.

42. Bajo esa línea, informa que han acompañado en dos oportunidades a comunidades indígenas que han visto amenazados sus territorios por procesos de municipalización. Primero, a pueblos del departamento del Guainía, por la intención de creación de los municipios de Barrancominas y San Felipe, puesto que estos procesos han obstaculizado la formalización de la titulación de tierras. Segundo, intervino ante esta Corte en la tutela presentada por el Consejo Territorial Indígena del Pirá Paraná, que buscaba la protección de sus derechos al debido proceso y la autodeterminación, entre otros, que se estaban viendo

afectados por exigencias adicionales a las establecidas en el Decreto 632 de 2018 para el registro de Consejos Indígenas y el funcionamiento de territorios como entidades territoriales.

43. Finalmente, sobre la constitucionalidad de las normas demandadas, sostiene que además de ir en contra de la regla de no regresividad, estas desconocen la diversidad étnica y cultural de la nación y, por tanto, los derechos que la Constitución les otorga a las comunidades indígenas en relación con su autonomía y control territorial.

44. El Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –Dejusticia– presenta intervención apoyando la demanda instaurada. Como sustento de ello, se refiere en primer lugar al contenido y alcance del derecho a la autonomía territorial indígena, partiendo de la autodeterminación de los pueblos, para luego relacionarlos con las Entidades Territoriales Indígenas (ETI).

45. Respecto de esto último, sostiene que los territorios indígenas, que se encuentran en un régimen transitorio por falta de una ley orgánica que los regule, tienen funciones excluyentes frente a los municipios, lo que implica que sus jurisdicciones no sean compatibles. Como ejemplo, afirma que en caso de que se cree un municipio dentro de un territorio indígena, se imponen instituciones ajenas a su gobierno propio, lo que vulnera sus derechos étnicos. Esto, si se tiene en cuenta que, por tener funciones análogas, la jurisdicción municipal y la de los territorios indígenas no podrían funcionar dentro de un mismo espacio.

46. En esa línea, de un lado, afirma que las normas demandadas son contrarias al principio de progresividad y la prohibición de regresividad de los derechos, pues establecen medidas regresivas en materia de autonomía territorial indígena y libre determinación de los pueblos. De otro lado, aduce que no se supera el test de proporcionalidad, puesto que si bien los artículos cuestionados son legítimos, dado que pretenden consolidar la presencia político-

administrativa del Estado y las reformas se pueden considerar idóneas, estas no satisfacen el requisito de necesidad, pues existían medios alternativos para la obtención de dichos fines. Así, sostiene que, por ejemplo, la Ley 617 de 2000 pudo mantener la exigencia de un acuerdo con las autoridades indígenas para crear municipios en sus territorios. De igual manera, la Ley 177 de 1994 debió incentivar la creación de figuras territoriales que promovieran los derechos de las comunidades indígenas. Tampoco superan la proporcionalidad en sentido estricto, dado que se trata de asuntos que afectan cada vez más el núcleo de los derechos de dichas comunidades.

47. Finalmente, manifiesta que “la falta de regulación de las ETI ha perjudicado y puesto en entredicho la autonomía territorial de los pueblos indígenas, lo que se ha traducido también en el déficit instrumental de la eficacia de su autodeterminación jurídica, política y ontológica, es decir, de su entendimiento en el orden social y de su forma de ser y relacionarse con el mundo”. En consecuencia, sostiene que el funcionamiento efectivo de las ETI contribuiría a ordenar el territorio nacional alrededor de la inclusión y respeto de los pueblos indígenas.

48. El Observatorio de Territorios Étnicos y Campesinos de la Facultad de Estudios Ambientales y Rurales de la Pontificia Universidad Javeriana sostiene que, a partir de la Constitución de 1991, la autonomía se convirtió en uno de los núcleos fundamentales para el aseguramiento de derechos diferenciados de los pueblos étnicos. En esa medida, para entender el alcance efectivo que puede tener la autonomía territorial dentro de un Estado que se reconoce multicultural, se debe partir de “la capacidad que pueda llegar a tener el Estado colombiano para garantizar el ejercicio pleno de los derechos territoriales de las comunidades étnicas”. Agrega que “[p]reservar y proteger la integridad de los grupos étnicos en Colombia implica asegurar la tenencia jurídica de sus tierras y garantizar la administración efectiva de ellas”.

49. En ese sentido, afirma que para cumplir con lo anterior, se exige que la descentralización

del Estado tenga en cuenta que las comunidades indígenas deben tener un tratamiento que reconozca su diferencia y, por tanto, minimizar el riesgo de afectar su ejercicio jurisdiccional en sus territorios. En consecuencia, el proceso de municipalización amenaza directamente las formas de vida de estos pueblos y su autonomía ecológica.

50. En efecto, aduce que mediante las normas demandadas, el legislador “restringió a las comunidades indígenas de ejercer la autonomía y las formas de gobierno propio que desarrollan en las zonas no municipalizadas por medio de sistemas tradicionales de autoridad, tal restricción se sustenta en que se desconoció que las relaciones de los pueblos indígenas con los territorios exceden la espacialidad de los resguardos”. Afirmo que dichas medidas vulneran también sus derechos al territorio, a la autonomía y a la participación, pues les impiden tomar decisiones sobre sus tierras y, por ende, la ausencia de regulación de las ETI contribuye al desconocimiento de dichas garantías.

51. Finalmente, anexa una serie de mapas y tablas en los que se pueden observar las áreas no municipalizadas de la Amazonía, las zonas de deforestación, de títulos mineros y de hidrocarburos asignadas, entre otras, para demostrar la afectación de los territorios indígenas en el lugar.

53. De un lado, expone que si bien la intervención del Estado por lo general se plantea para el bienestar de las comunidades, en la mayoría de las veces se generan políticas descontextualizadas y centralizadas que no se ajustan a las realidades culturales de los lugares en los que se implementan ni a las necesidades de los respectivos pueblos, desconociendo el principio de autodeterminación. En ese orden, señala que “la autonomía indígena se debe pensar como una autonomía relacional, es decir, como la capacidad de los pueblos indígenas para ejercer autodeterminación y gobernabilidad en sus territorios a partir de las relaciones de negociación confrontación y articulación con el Estado y diversos actores

locales, nacionales y transnacionales en la búsqueda de reconocimiento e implementación de su autonomía política y territorial; aun cuando adopten, reproduzcan e incorporen políticas o procesos estatales o transnacionales en la búsqueda de la consolidación de su autonomía”.

54. De otro lado, luego de referirse al contexto amazónico, indica que la existencia de territorios indígenas es un reto para las concepciones estatales sobre el territorio, si se tiene en cuenta que no se pueden equiparar a los municipios del país. Esto, debido a los vínculos ancestrales de los pueblos indígenas con el espacio ocupado y con el significado material, simbólico, sagrado, cultural y ambiental que este representa.

55. El director ejecutivo de la Federación Colombiana de Municipios sostiene que se debe resaltar que de las normas demandadas solo se encuentra vigente el artículo 16 de la Ley 617 de 2000, puesto que el artículo 2 de la Ley 177 de 1994 fue modificado por la primera.

56. Así, en relación con el artículo 16 mencionado, plantea dos teorías sobre el surgimiento de los municipios, a saber: si estos se crean o simplemente se reconocen. Al respecto, sostiene que el legislador entendió que las asambleas crean estas figuras administrativas, pero no de manera unilateral, pues se debe contar con la voluntad popular.

57. Bajo ese orden, considera que la norma demandada no es contraria a la Constitución, en la medida en que la asamblea correspondiente solo podrá crear un municipio si concurre la voluntad popular. Así, en caso de que el proceso de municipalización se presente en un lugar que cuente con presencia de territorios indígenas, serán sus mismos habitantes quienes impidan la creación a través de su participación en la consulta. Por tanto, solicita que se declare la exequibilidad del artículo cuestionado.

58. El Departamento Nacional de Planeación, al referirse a las ETI, sostiene que el Ministerio del Interior se encuentra adelantando el proceso de preparación y estructuración de una medida legislativa que regule la conformación y funcionamiento de estas entidades territoriales para el efectivo reconocimiento de sus territorios, en cumplimiento del artículo 329 de la Constitución. Actualmente, la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías se encuentra a la cabeza del asunto, para llevar a cabo todo lo relacionado con los procesos de consulta y concertación.

59. Aunado a ello, afirma que, de un lado, con el fin de adelantar acciones previas a la expedición de la respectiva regulación, se expidió el Decreto 1953 de 2014, el cual crea un régimen especial cuyo objeto es poner en funcionamiento los territorios indígenas respecto de la administración de sus sistemas propios. Este decreto reconoció la autonomía de dichos pueblos en materia de educación, salud y saneamiento básico, entre otros.

60. De otro lado, aduce que en cumplimiento del Decreto 632 de 2018, que reglamenta parcialmente el funcionamiento administrativo de territorios indígenas en áreas no municipalizadas del Amazonas, Guainía y Vaupés, la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías ha realizado el registro de siete Consejos de Territorios Indígenas ubicados en esa zona.

61. En relación con lo señalado, sostiene que “[e]s oportuno tener en cuenta que dada la importancia de contar con un instrumento que regule íntegramente el ordenamiento territorial, que permita el desarrollo de la autonomía de los pueblos y las comunidades, se requiere la convergencia de múltiples entidades del Gobierno nacional y de los diferentes actores sociales, entre ellos los mismos grupos étnicos, unidad que no se ha logrado en el estudio de los proyectos de ley que se han presentado ante el Congreso de la República, razón por la que de cara al trámite del proyecto de ley que actualmente desarrolla este Ministerio, se ha priorizado el proceso consultivo ante la Mesa Permanente de Concertación, el que garantizará no solo el ejercicio del derecho fundamental de consulta previa, sino que favorecerá también el trámite legislativo que se adelantará con posterioridad”.

62. En otro orden de ideas, manifiesta que desde la perspectiva ambiental, de desarrollo sostenible y de ordenamiento territorial, existen corregimientos que se traslapan con territorios indígenas y sobre los cuales se ha evidenciado un interés de municipalización. En esa medida, sugiere que esta situación sea abordada partiendo de criterios que aseguren la autonomía y los derechos constitucionales de los pueblos étnicos.

Esto, si se tiene en cuenta que la transformación de estos lugares hacia municipios puede conllevar el desarrollo formal de modos de vida que pueden generar relaciones conflictivas entre las actividades socioeconómicas y la naturaleza, lo que afectará a las comunidades y acelerará el desequilibrio ambiental. Lo anterior, aunado a que estos pueblos desempeñan un rol fundamental en la conservación y protección de los recursos naturales y de las áreas protegidas. En esa medida, afirma que la creación de municipios en estos territorios, desde la perspectiva ambiental, no es conveniente, dado que podría tener como consecuencia el desplazamiento y afectación de prácticas culturales necesarias para la preservación.

63. No obstante, también sostiene que, en concepto del Ministerio del Interior, el proceso de municipalización no vulnera la autonomía de los territorios indígenas, pues para que este se adelante es imperativo que se lleve a cabo el proceso de consulta previa. Aunado a ello, la creación de municipios no excluye la posibilidad de que las comunidades puedan constituir cabildos o resguardos en dicha zona, pues ambas figuras pueden coexistir, de conformidad con los Decretos 1953 de 2014 y el 632 de 2018.

64. Adicionalmente, indica que el hecho de que el Estado le haya reconocido a las comunidades indígenas su organización social, económica y político-administrativa, su sistema propio de justicia y seguridad, así como la posibilidad de determinarse y autogobernarse, es una muestra de la descentralización como principal objetivo de la Constitución.

66. El Observatorio de Intervención Ciudadana de la Universidad Libre, luego de referirse a la concepción e importancia del territorio para los pueblos indígenas, sostiene que cuando se crea un nuevo municipio, este realizará gestiones de ordenamiento del territorio, definición de los usos del suelo y los recursos naturales, así como la constitución de una estructura de gobierno y el diseño e implementación de nuevos planes de desarrollo. A su juicio, todas estas funciones se traslapan con las de las comunidades indígenas que han desarrollado una forma de manejar su territorio y funcionamiento interno. Así, para coordinar las dos figuras se debe recurrir a la consulta previa, por lo tanto, suprimir esta última como requisito para los procesos de municipalización afecta los derechos de autodeterminación de los pueblos étnicos.

67. Al referirse en concreto a las normas demandadas, afirma que la respuesta que proponen los demandantes para llenar el vacío que se generó luego de la expedición de la Sentencia C-141 de 2001 “es una ‘doble revivicencia’. La pretensión de los demandantes consiste en que la Corte Constitucional declare inexecutable el art. 16 de la Ley 617 de 2000; después de ello piden a la Corte que reviva el art. 2do de la Ley 177 de 1994 y que también lo declare inexecutable, y finalmente, después de declaradas inexecutables dos normas, que vuelva y reviva y nuevamente declare, como norma vigente y actualmente aplicable, el art. 9 de la Ley 136 de 1994. Esto sencillamente es imposible. La Corte Constitucional no tiene competencia para revivir automáticamente normas que ya no están vigentes en el ordenamiento jurídico”. Para evitar el “problema” expuesto, propone que solo se estudie el artículo 16 de la Ley 617 de 2000 que es el actualmente vigente.

68. Así, respecto de esta última norma, considera que debe ser declarada inexecutable, puesto que desconoce los derechos territoriales de las comunidades indígenas, al permitirle al Estado liberalizar la propiedad étnica en cabeza de los entes territoriales, sin que medie consulta previa. Esto, agravando la situación de vulnerabilidad y discriminación estructural

en la que se encuentran estos pueblos y permitiendo, a su vez, el acaparamiento forzado de la propiedad ancestral.

69. La Federación Nacional de Departamentos plantea que las normas demandadas no desconocen la Constitución, en vista de que, como lo ha afirmado esta Corte, el principio de progresividad no es absoluto y, en esa medida, el legislador podrá expedir normas regresivas, siempre que cumpla con los criterios jurisprudenciales para ello. Bajo ese orden, afirma que un fin como la seguridad y defensa nacional, pretendido en las normas cuestionadas, no puede verse afectado por la falta de acuerdo con comunidades indígenas.

(iii) Intervenciones ciudadanas

70. Oswaldo Muca, en su calidad de secretario técnico de la Mesa Regional Amazónica -MRA-, luego de referirse a la concepción y la importancia del territorio para las “sociedades amazónicas”, afirma que querer superponer figuras administrativas como los municipios vulnera los derechos de las comunidades indígenas, en específico, lo relacionado con su propia gobernanza. En ese sentido, sostiene que las ETI, además de erigirse como forma de reivindicación, permiten que los pueblos étnicos ejerzan su legítimo derecho a decidir y determinar libremente sus planes de vida y destinos. Sin embargo, expone que mientras otras entidades territoriales se fortalecen, el legislador omite su deber de poner en funcionamiento las Entidades Territoriales Indígenas.

71. Sostiene que la creación del municipio de Barrancominas ha generado una crisis social y de gobernabilidad en el Guainía, causada por la modificación regresiva de los derechos de las comunidades indígenas. A su vez, sienta un precedente que amenaza el funcionamiento de los territorios étnicos, pues el régimen municipal conlleva una forma distinta a sus maneras de gobierno y desconoce el papel fundamental de sus autoridades. En esa medida, considera indispensable corregir la actual discriminación estatal, con el cumplimiento del artículo 329

de la Constitución y la aplicación del principio de diversidad étnica y cultural.

72. José Homero Mutumbajoy, en representación de la Organización Zonal Indígena del Putumayo -OZIP-, manifiesta que la municipalización de los territorios indígenas va en abierta contradicción con lo establecido en la Constitución respecto de la puesta en funcionamiento de las ETI. Lo anterior, toda vez que el Congreso no solo ha omitido legislar sobre esto último, sino que además impone la creación de municipios en zonas con presencia de comunidades étnicas, coartando sus derechos al autogobierno, la autonomía y la autodeterminación, entre otros.

73. Harold Eduardo Sua Montaña se limitó a señalar que esta Corte debe (i) inhibirse de pronunciarse sobre la vulneración del artículo 286 de la Constitución; (ii) declarar la inexequibilidad del artículo 16 de la Ley 617 de 2000 y (iii) la exequibilidad del artículo 2 de la Ley 177 de 1994 en general, pero también (iv) condicionarla respecto al cargo por vulneración de los artículos 2 del PIDESC y 7, 246, 329 y 330 de la Constitución, en el entendido de que las autoridades indígenas conservarán el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales dentro de los municipios creados con acuerdo previo entre ellas y las asambleas departamentales.

74. En resumen, el sentido de los conceptos y las intervenciones fue el siguiente:

EXEQUIBILIDAD

EXEQUIBILIDAD

CONDICIONADA

INEXEQUIBILIDAD

INHIBICIÓN

Ministerio del Interior

Departamento del Vaupés

Defensoría delegada para los Asuntos Constitucionales y Legales de la Defensoría de Pueblo

Comisión Nacional de Territorios Indígenas

-CNTI-

Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –Dejusticia–

Observatorio de Territorios Étnicos y Campesinos de la Facultad de Estudios Ambientales y Rurales de la Pontificia Universidad Javeriana

Federación Colombiana de Municipios

Federación Colombiana de Municipios (artículo 2 de la Ley 177 de 1994)

Departamento Nacional de Planeación

Observatorio de Intervención Ciudadana de la Universidad Libre

Observatorio de Intervención Ciudadana de la Universidad Libre (artículo 2 Ley 177 de 1994)

Federación Nacional de Departamentos

Ciudadano Oswaldo Muca, en su calidad de secretario técnico de la Mesa Regional Amazónica
-MRA-

Ciudadano José Homero Mutumbajoy, en representación de la Organización Zonal Indígena
del Putumayo -OZIP-

Ciudadano Harold Sua Montaña (artículo 2 Ley 177 de 1994 artículos 2 del PIDESC y 7, 246,
329 y 330 de la Constitución)

Ciudadano Harold Sua Montaña (artículo 16 de la Ley 617 de 2000)

Ciudadano Harold Sua Montaña (artículo 286 de la Constitución)

IV. CONCEPTO DE LA PROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN

75. Mediante escrito radicado en la oportunidad procesal correspondiente, la procuradora

general de la Nación aduce, de un lado, que de conformidad con el artículo 241 de la Constitución, esta Corte debe inhibirse de pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 2 de la Ley 177 de 1994, pues este fue derogado por el artículo 16 de la Ley 617 de 2000, que modificó su contenido, por lo que no produce efectos jurídicos en la actualidad.

76. De otro lado, en relación con el artículo 16 de la Ley 617 de 2000, expone que en el marco del principio de descentralización político-administrativa del país, la Constitución creó las ETI, condicionando su conformación a la expedición de una ley orgánica de ordenamiento territorial. A su vez, que en ese escenario, las comunidades indígenas cuentan con los derechos a gobernarse por autoridades propias, ejercer la competencia que les corresponda, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y a participar de las rentas nacionales, en virtud de los artículos 287, 288, 329 y 330 de la Carta.

77. Sostiene que la misma Constitución previó un régimen transitorio (artículo 56 transitorio), frente al cual esta Corte ha sido enfática en afirmar que no tiene un carácter temporal limitado, sino que permanecerá vigente hasta que se expida la correspondiente ley orgánica de las ETI.

78. En otras palabras, afirma que una vez nazca a la vida jurídica la ley a la que hace referencia el artículo 329 superior, los pueblos étnicos podrán conformarse como ETI. Sin embargo, mientras ello ocurre, pueden funcionar como territorios indígenas, independientemente de que se encuentren ubicados en municipios o en áreas no municipalizadas, puesto que su régimen especial basa su desarrollo en la armonización y coordinación con las demás entidades territoriales, a fin de que dichas comunidades puedan ejercer los derechos ya mencionados. Esto, siendo consultadas previamente respecto de aquellas medidas legislativas y administrativas que directamente afecten o beneficien sus intereses.

79. Adicionalmente, plantea que para evaluar si una medida es regresiva, se debe adelantar un juicio de no regresión, de conformidad con la jurisprudencia constitucional. Bajo ese orden, en primer lugar, considera que el artículo 16 de la Ley 617 de 2000 comporta una finalidad legítima, importante e imperiosa, pues pretende garantizar la presencia del Estado en todo el territorio nacional mediante la consolidación del modelo de descentralización político-administrativa.

80. En segundo lugar, señala que el medio escogido por el legislador es adecuado y conducente para alcanzar, con agilidad, el fin estipulado. Al respecto, sostiene que el hecho de que la norma no contemple la exigencia de contar con un acuerdo previo de las autoridades indígenas para la municipalización de la zona no implica que el medio deje de ser idóneo, dado que existen otras disposiciones constitucionales y legales que garantizan transitoriamente el funcionamiento de los territorios étnicos como organización político-administrativa, independientemente de si se encuentran en zona municipalizada o no.

81. En tercer lugar, expone que la medida es necesaria, máxime cuando no existen otros medios alternativos menos lesivos para habilitar la creación excepcional de los respectivos municipios. Además, afirma que los procesos de municipalización en zonas en las que se ubiquen comunidades indígenas exigen, en todo caso, la realización de una consulta previa, de conformidad con los tratados internacionales sobre la materia.

82. Finalmente, considera que la medida legislativa es proporcionada en sentido estricto, pues el hecho de que no obligue a que medie acuerdo previo con las autoridades indígenas para la creación de los municipios no puede considerarse regresivo. Esto, toda vez que los decretos 1953 de 2014 y 632 de 2018 establecen los parámetros para el funcionamiento de los territorios étnicos, lo que genera equilibrio entre la descentralización y el reconocimiento de la diversidad cultural. Además, a su juicio, es posible que coexistan la municipalización y

la puesta en marcha de territorios indígenas o de conformación futura de ETI.

83. Así las cosas, indica que el artículo 16 de la Ley 617 de 2000 no desconoce la Constitución, por lo que se debe declarar su exequibilidad simple.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. 1. Competencia

84. De conformidad con el artículo 241.4 de la Constitución Política, esta Corte es competente para ejercer el control de constitucionalidad de las disposiciones demandadas.

2. Cuestiones previas

85. Como se mencionó anteriormente, algunos intervinientes y la procuradora general de la Nación consideran que esta Corte debe declararse inhibida para emitir un pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad del artículo 2 de la Ley 177 de 1994. Lo anterior, toda vez que, al haber sido modificado por el artículo 16 de la Ley 617 de 2000, perdió su vigencia y no se encuentra surtiendo efectos jurídicos. En otras palabras, sostienen que, en esta oportunidad, la Corte solo debe analizar la constitucionalidad del artículo 16 de la Ley 617 de 2000, puesto que es la disposición que se encuentra vigente.

86. Así mismo, algunas de las intervenciones presentadas en tiempo solicitan que la Corte se inhiba de proferir un pronunciamiento de fondo porque, en su criterio, la demanda no cumple los requisitos mínimos exigidos por la jurisprudencia constitucional. En igual sentido se

manifestaron dos organizaciones privadas y algunos expertos invitados a rendir concepto técnico.

87. Así, el hecho de que, en el marco de un proceso público y participativo, en varias de las intervenciones presentadas, a partir de argumentos prima facie razonables, se solicite un fallo inhibitorio, lleva a la Sala a estudiar nuevamente la aptitud sustantiva de la demanda.

2.1. El artículo 2 de la Ley 177 de 1994 no está vigente

88. La Sala advierte que el artículo 16 de la Ley 617 de 2000 modificó el artículo 2 de la Ley 177 de 1994. En ese orden, debe evaluar si existe mérito para pronunciarse sobre la constitucionalidad de este último.

89. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que, en principio, “[p]ara adelantar el estudio de constitucionalidad de una norma que ha sido derogada o modificada por voluntad del legislador, se requiere que la misma continúe produciendo efectos jurídicos. De lo contrario, el pronunciamiento de constitucionalidad resulta innecesario, por carencia actual de objeto” (negrilla fuera de texto). En tales casos, en la medida en que la disposición demandada ha desaparecido del ordenamiento jurídico por voluntad expresa del legislador y no se encuentra produciendo efecto jurídico alguno, “carece de objeto la definición acerca de su constitucionalidad; [y] por sustracción de materia, deberá producirse un fallo inhibitorio”.

90. Ahora bien, existen casos en los cuales una nueva norma no señala expresamente que deroga la anterior. En dichos eventos, es necesario determinar si se presenta el fenómeno de la derogatoria tácita o si, por el contrario, se presenta una subrogación de la norma en cuestión.

91. En la Sentencia C-688 de 2008, reiterada en las sentencias C-241 de 2014 y C-019 de 2015, la Corte indicó que:

“Los artículos 71 y 72 del Código Civil, autorizan la derogatoria tácita, especificando que existe y opera, cuando la norma anterior sobre una misma materia es contraria a las disposiciones de la nueva ley. Los artículos 2 y 3 de la Ley 153 de 1887, de otro modo, imponen a las autoridades judiciales en materia de interpretación legal, reconocer que la ley posterior prevalece sobre la ley anterior y que en caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior. A su vez, que una ley puede derogarse por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería.

También puede producirse la sustitución de una norma por otra posterior que es una forma de derogación que se ha llamado por la teoría jurídica, subrogación.

Es claro entonces que las leyes nuevas derogan las anteriores que les sean contrarias, y que la derogatoria es tácita cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

La derogatoria, tácita o expresa, por lo tanto, es un fenómeno de teoría legislativa donde no sólo juega lo jurídico sino la conveniencia político-social. El Congreso tiene competencia para derogar las normas precedentes de acuerdo a la atribución que expresamente le confiere la Carta (Art. 150 C.P) así como en atención al propio principio democrático y en la soberanía popular (Art. 1 y 3 C.P), que hacen que las potestades legislativas, siempre y cuando no violen normas superiores, sean inagotables. En ese sentido, es la propia libertad política del

legislador la que le permite a ese órgano, expulsar del ordenamiento una norma que hasta ese momento era totalmente válida, ya sea para sustituirla por otra disposición o para regular toda una materia”.

92. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que la subrogación se entiende como el acto de sustituir una norma por otra. En otras palabras, cuando ocurre este fenómeno, no se elimina una disposición del ordenamiento, sino que se pone un texto normativo en lugar de otro. Con todo, la norma subrogatoria puede reproducir apartados normativos incluidos en el la norma subrogada o sustituida.

93. En el caso bajo estudio, las disposiciones demandas prevén lo siguiente:

Artículo 2 de la Ley 177 de 1994 (que modificó el artículo 9 de la Ley 134 de la Ley 1994)

Artículo 16 de la Ley 617 de 2000 (que modificó el artículo 9 de la Ley 134, modificado por el artículo 2 de la Ley 177 de 1994)

Sin el lleno de los requisitos establecidos en el artículo anterior, las asambleas departamentales podrán crear municipios cuando, previo a la presentación del proyecto de ordenanza, el Presidente de la República considere su creación como de conveniencia nacional, por tratarse de una zona de frontera o de colonización o por razones de defensa nacional, siempre y cuando no se trate de territorios indígenas, salvo que mediere acuerdo previo con las autoridades indígenas.

Sin el lleno de los requisitos establecidos en el artículo anterior, las asambleas departamentales podrán crear municipios cuando, previo a la presentación de la ordenanza, el Presidente de la República considere su creación por razones de defensa nacional.

También podrán las Asambleas Departamentales elevar a municipios sin el lleno de los

requisitos generales los corregimientos creados por el Gobierno Nacional antes de 1991 que se encuentren ubicados en las zonas de frontera siempre y cuando no hagan parte de ningún municipio, previo visto bueno del Presidente de la República.

Los concejales de los municipios así creados no percibirán honorarios por su asistencia a las sesiones.

94. La Sala observa que, con respecto a lo previsto en el artículo 2 de la Ley 177 de 1994, el artículo 16 de la Ley 617 de 2000: (i) mantuvo la posibilidad de que las asambleas departamentales creen municipios sin el lleno de los requisitos generales; (ii) limitó los motivos por los cuales el presidente de la República puede considerar la creación de municipios sin el cumplimiento de esos requisitos a razones de defensa nacional; (iii) eliminó la condición de que no se trate de territorios indígenas salvo que exista acuerdo con sus autoridades (que es justamente lo que se cuestiona como regresivo en la demanda), y (iv) agregó dos nuevos incisos: uno relacionado con la conversión en municipios de los corregimientos creados antes de 1991 ubicados en zonas de frontera y otro, con la imposibilidad de que los concejales de estos municipios perciban honorarios. En otras palabras, el artículo 16 antes citado sustituyó el contenido normativo del artículo 2 de la Ley 177 de 1994.

95. En esa medida, es claro que, al haber sido subrogado por el artículo 16 de la Ley 617 de 2000, el artículo 2 de la Ley 177 de 1994 no se encuentra produciendo efectos jurídicos. En efecto, la norma que lo sustituye varió las condiciones bajo las cuales las asambleas departamentales pueden crear municipios sin el lleno de los requisitos generales. En esa medida, no es necesario interpretar ambas normas para determinar cuál de ellas rige, pues es evidente que, actualmente, esta forma excepcional de creación de municipios (i) obedece únicamente a razones de defensa nacional o a la necesidad de elevar ciertos corregimientos a la categoría de municipios y (ii) no está condicionada a que no se trate de territorios indígenas. Bajo ese orden, un pronunciamiento de constitucionalidad sobre la norma

modificada carecería de objeto.

96. Así las cosas, la Corte se declarará inhibida para pronunciarse de fondo sobre la constitucionalidad del artículo 2 de la Ley 177 de 1994.

1.2. En el asunto bajo examen no existe cosa juzgada constitucional

97. Si bien la demanda, las intervenciones y el concepto de la procuradora general de la Nación no se refirieron a la posible configuración del fenómeno de la cosa juzgada constitucional en el asunto bajo examen, la Sala advierte que, en la Sentencia C-579 de 2001, esta Corte estudió dos demandas de inconstitucionalidad dirigidas en contra de distintos artículos de la Ley 617 de 2000, entre ellos, el artículo 16 que se cuestiona en esta oportunidad.

98. La jurisprudencia constitucional ha precisado que la cosa juzgada es una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia de constitucionalidad el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Lo anterior implica la pérdida de competencia de la Corte para emitir un nuevo pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad de una norma previamente examinada.

99. Ahora bien, no todas las sentencias proferidas por la Corte Constitucional tienen los mismos efectos y consecuencias normativas. Por tanto, a fin de establecer si en un caso concreto se configura la cosa juzgada, corresponde determinar: (i) el tipo de decisión adoptada en el pasado, concretamente, si se declaró la exequibilidad simple de la disposición cuestionada, su exequibilidad condicionada o su inexequibilidad; (ii) la norma objeto de control y (iii) el parámetro de control constitucional, constituido por los cargos de

constitucionalidad formulados en la demanda y su relación con el problema jurídico previamente resuelto.

100. En el caso decidido mediante la Sentencia C-579 de 2001, los demandantes argumentaron que los artículos 15, 16, 17 y 19 de la Ley 617 de 2000 desconocían los artículos 1, 151 y 287 de la Constitución, pues “las condiciones para la creación, subsistencia y supresión de los entes territoriales forman parte del núcleo reservado a la ley orgánica de ordenamiento territorial”.

101. Esa vez, la Sala Plena decidió agrupar los problemas jurídicos en cuatro categorías, dentro de las cuales se encontraban los cuestionamientos relacionados con las materias que, a juicio de los demandantes, hacían parte del núcleo de reserva de ley orgánica de ordenamiento territorial. Bajo este grupo, se estudió la constitucionalidad del artículo 16 de la Ley 617 de 2000.

102. Tras adelantar el análisis respectivo, la Corte concluyó que los artículos 15, 16, 17 y 19 de la citada ley, referidos a la creación y fusión de municipios, eran exequibles “ya que el establecimiento de su régimen jurídico, a diferencia de la región, los departamentos, los territorios indígenas y las áreas metropolitanas, fue deferido al legislador ordinario”.

103. De lo anterior se concluye que, en el asunto de la referencia, no se configuró el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, pues el cargo formulado por los demandantes no está relacionado con la vulneración de la reserva de ley orgánica, sino con la presunta vulneración los derechos constitucionales reconocidos a las comunidades indígenas, derivada del supuesto desconocimiento del principio de progresividad y la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. En otras palabras, no existe identidad en el parámetro de control constitucional, ya que el cargo analizado por la Corte en la Sentencia C-579 de 2001 y el propuesto en esta oportunidad son distintos.

1.3. La demanda satisface los requisitos de aptitud sustantiva

104. La jurisprudencia constitucional ha señalado que la admisión de la demanda de inconstitucionalidad por parte del magistrado sustanciador no es óbice para que, al momento de dictar sentencia, la Sala Plena se pronuncie sobre su aptitud sustantiva, en aras de determinar si emite un fallo de fondo o, por el contrario, se inhibe de hacerlo.

105. En esa medida, la etapa que se surte ante el magistrado sustanciador, en la que de manera preliminar se constata que la demanda cumpla con los requisitos legales y jurisprudenciales para su estudio, no resulta vinculante para la Sala Plena, que conserva su competencia para llevar a cabo el análisis de procedencia.

106. Esto es así, ya que, de manera posterior a la admisión de la demanda, se cuenta con mayores elementos de juicio como, por ejemplo, las intervenciones ciudadanas y el concepto del procurador general de la Nación. Es precisamente mediante dichas intervenciones y concepto que el proceso de constitucionalidad se convierte en un escenario de diálogo ciudadano, incluso con la intervención de expertos en algunos casos, que permite ilustrar la valoración que posteriormente realizará la Corte y, por tanto, precisar o fijar la litis constitucional.

107. El artículo 2 del Decreto Ley 2067 de 1991, por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional, señala los requisitos que deben cumplir las demandas de inconstitucionalidad, así:

“Las demandas en las acciones públicas de inconstitucionalidad se presentarán por escrito,

en duplicado, y contendrán:

1. El señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas;
2. El señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas;
4. Cuando fuere el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado; y
5. La razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda”.

108. La exposición de las razones por las cuales se considera que las normas demandadas vulneran el ordenamiento superior, lo que usualmente se conoce como el concepto de la violación, exige del demandante una carga argumentativa especial, que permita efectuar una confrontación entre la disposición acusada, los argumentos de la demanda y las disposiciones constitucionales presuntamente vulneradas.

109. Así las cosas, la demanda debe cumplir unos parámetros mínimos que pongan en duda la constitucionalidad de la disposición acusada y le permitan a la Corte decidir de fondo el asunto. La jurisprudencia constitucional ha cualificado las exigencias legales y ha identificado cinco requisitos que deben cumplir con los cargos de constitucionalidad: claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia.

Análisis de aptitud del cargo formulado contra el artículo 16 de la Ley 617 de 2000

110. Los demandantes sostienen que el artículo demandado, referido a la creación excepcional de municipios sin el llenó de los requisitos generales, desmontó la protección que se había establecido en la Ley 136 de 1994 en favor de los pueblos étnicos en

cumplimiento de los artículos 1, 7, 246, 286, 287, 329, 330 y 56 transitorio de la Constitución. Igualmente, sostienen que desconoce las garantías previstas a favor de estos pueblos en el PIDESC, el PIDCP, la CADH y el Convenio 169 de la OIT.

111. La demanda explica que, en garantía de los derechos fundamentales de estas comunidades, el artículo 9 de la Ley 136 de 1994 prohibía la creación excepcional de municipios en territorios indígenas. No obstante, esa protección, que tiene un origen constitucional, se flexibilizó con el artículo 2 de la Ley 177 de 1994, para, finalmente, ser desmontada mediante el artículo 16 de la Ley 617 de 2000, lo que constituye una evidente acción regresiva que desconoce las normas superiores.

112. La Sala observa que la argumentación de los demandantes cumple con el requisito de claridad, en tanto tiene un hilo conductor lógico y las ideas expuestas son fácilmente comprensibles.

113. A su vez, los demandantes señalan que el artículo demandado permite la creación excepcional de municipios sin en el lleno de los requisitos generales, con independencia de que se trate de territorios indígenas y sin que exista un acuerdo previo con sus autoridades. Esto, en su criterio, vulnera los derechos de las comunidades étnicas, tales como el territorio, la autonomía y la autodeterminación, entre otros, previstos en las normas superiores que consideran infringidas. En efecto, la demanda sostiene que el legislador fue permeando dichas garantías, hasta eliminarlas completamente, sin que mediara participación alguna de las comunidades indígenas y contrariando lo establecido en la Constitución. Por tanto, la demanda satisface las exigencias de certeza y especificidad.

114. Así mismo, los demandantes advierten que el desmonte gradual de las garantías previstas originalmente en el artículo 9 de la Ley 136 de 1994, por medio de las leyes 177 de 1994 y 617 de 2000, constituye una evidente acción regresiva que desconoce el

ordenamiento superior, concretamente, el principio de progresividad y la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. De manera que los argumentos que exponen son de carácter constitucional, y no legales o de simple conveniencia. Además, no parten de interpretaciones subjetivas de los accionantes, por lo que se entiende satisfecho el requisito de pertinencia.

115. Finalmente, al referirse a distintas decisiones de este tribunal sobre la protección de los derechos de las comunidades indígenas, en específico al territorio y la autodeterminación, y a cómo, en su criterio, estos derechos son desconocidos cuando se imponen medidas forzadas que los afectan, el cargo aporta elementos de juicio que, al menos, generan una duda sobre la constitucionalidad de la norma demandada, por lo que se encuentra acreditado el requisito de suficiencia.

116. En consecuencia, la Sala constata que la demanda cumple los requisitos de aptitud sustantiva y, por lo tanto, procede a examinar la constitucionalidad del artículo 16 de la Ley 617 de 2000.

2. Delimitación del caso, problema jurídico y metodología de decisión

117. Le corresponde a la Sala determinar si el artículo 16 de la Ley 617 de 2000 desconoce el principio de progresividad y la regla de prohibición de regresividad de los derechos sociales y, en consecuencia, vulnera los artículos 1, 7, 246, 286, 287, 329, 330 y 56 transitorio de la Constitución Política y los artículos 1 y 2, numeral 1, del PIDESC; 26 de la CADH; 1 del PIDCP y 2 y 4 del Convenio 169 de la OIT.

118. Los demandantes advierten que, mediante el artículo 16 de la Ley 617 de 2000, el

legislador adoptó una medida regresiva en materia de derechos de las comunidades étnicas, pues eliminó la prohibición de constituir municipios sin el lleno de los requisitos generales en territorios indígenas, prevista en el artículo 2 de la Ley 177 de 1994, que solo permitía la constitución flexible de esas entidades territoriales, si mediaba acuerdo previo con las autoridades indígenas. Con ello, a su juicio, desconoció los derechos constitucionales referidos a la participación de estas comunidades en las decisiones que las afectan, la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación, el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de las autoridades indígenas dentro de su ámbito territorial, la autonomía y los derechos de los territorios indígenas, la conformación de entidades territoriales indígenas, el gobierno de los territorios indígenas según sus usos y costumbres y el funcionamiento de los territorios indígenas y su coordinación con las demás entidades territoriales.

120. En consecuencia, la Sala advierte que los derechos presuntamente vulnerados con la medida cuestionada son, en esencia, la consulta previa y la autonomía territorial indígena, estrechamente ligada al derecho a la autodeterminación de estos pueblos, que a su vez involucra el respeto por su identidad étnica y cultural.

121. Teniendo en cuenta lo anterior, para resolver el problema jurídico expuesto la Sala se referirá previamente a: (i) el régimen legal de los municipios, los territorios indígenas y las entidades territoriales indígenas -ETI-; (ii) la autonomía territorial y los territorios indígenas; (iii) los derechos al territorio y a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas; (iv) el derecho fundamental de los pueblos indígenas a la participación y, en particular, a la consulta previa, y (v) el principio de progresividad y la regla de no regresividad de los derechos. Finalmente, analizará la constitucionalidad de la disposición de mandada.

3. El régimen legal de los municipios, los territorios indígenas y las entidades territoriales

indígenas

3.1. Los municipios

122. El artículo 311 de la Constitución reconoce al municipio como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado. En virtud de dicha norma, a esta entidad territorial le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, ordenar el desarrollo de su territorio, construir obras para el progreso local, promover la participación de la comunidad, el mejoramiento social y cultural de los habitantes, y dar cumplimiento a las demás funciones que le asignen la Constitución y la ley.

123. Cada municipio cuenta con un concejo municipal al que, de acuerdo con el artículo 313 superior, le corresponde: (i) reglamentar las funciones y la eficiente prestación de los servicios a cargo del municipio; (ii) adoptar los planes y programas de desarrollo económico y social y de obras públicas; (iii) autorizar al alcalde para celebrar contratos y ejercer pro tempore precisas funciones de las que corresponden al concejo; (iv) votar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos y los gastos locales; (v) dictar las normas orgánicas del presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos; (vi) determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta; (vii) reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda; (viii) elegir personero para el período que fije la ley y los demás funcionarios que esta determine; (ix) dictar las normas necesarias para el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio, y (x) las demás que la Constitución y la ley le asignen.

124. Así mismo, el artículo 314 de la Constitución prescribe que en cada municipio habrá un alcalde elegido popularmente, quien será el jefe de la administración local y representará legalmente a esa entidad territorial. Sus funciones, según el artículo 315 superior, son: (i) cumplir y hacer cumplir la Constitución, la ley, los decretos del gobierno, las ordenanzas, y los acuerdos del concejo; (ii) conservar el orden público en el municipio, de conformidad con la ley y las instrucciones y órdenes que reciba del presidente de la República y del respectivo gobernador (el alcalde es la primera autoridad de policía del municipio); (iii) dirigir la acción administrativa del municipio; asegurar el cumplimiento de las funciones y la prestación de los servicios a su cargo y representarlo judicial y extrajudicialmente; (v) presentar oportunamente al concejo los proyectos de acuerdo sobre planes y programas de desarrollo económico y social, obras públicas, presupuesto anual de rentas y gastos y los demás que estime convenientes para la buena marcha del municipio; (vi) sancionar y promulgar los acuerdos que hubiere aprobado el concejo y objetar los que considere inconvenientes o contrarios al ordenamiento jurídico; (vii) colaborar con el concejo para el buen desempeño de sus funciones, presentarle informes generales sobre su administración y convocarlo a sesiones extraordinarias, en las que sólo se ocupará de los temas y materias para los cuales fue citado, y (ix) ordenar los gastos municipales de acuerdo con el plan de inversión y el presupuesto.

125. El artículo 1º de La Ley 136 de 1994, en desarrollo de las anteriores disposiciones constitucionales, le reconoce al municipio autonomía política, fiscal y administrativa, y señala que su finalidad es el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población en su respectivo territorio.

126. De acuerdo con el artículo 3 de esa ley, son funciones del municipio: (i) administrar los asuntos municipales y prestar los servicios públicos que determine la ley; (ii) ordenar el desarrollo de su territorio y construir las obras que demande el progreso municipal; (iii) promover la participación comunitaria y el mejoramiento social y cultural de sus habitantes; (iv) planificar el desarrollo económico, social y ambiental de su territorio, de conformidad con la ley y en coordinación con otras entidades; (v) solucionar las necesidades insatisfechas de

salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, servicios públicos domiciliarios, vivienda, recreación y deporte, con especial énfasis en la niñez, la mujer, la tercera edad y los sectores discapacitados, directamente y en concurrencia, complementariedad y coordinación con las demás entidades territoriales y la Nación, en los términos que defina la ley; (vi) velar por el adecuado manejo de los recursos naturales y del medio ambiente, de conformidad con la ley; (vii) promover el mejoramiento económico y social de los habitantes; (viii) hacer cuanto pueda adelantar por sí mismo, en subsidio de otras entidades territoriales, mientras estas proveen lo necesario, y (ix) las demás que señale la Constitución y la ley.

Las áreas no municipalizadas

127. Si bien el territorio nacional se encuentra dividido en departamentos y estos, en municipios, no todo el territorio del departamento hace parte de un municipio, pues algunas áreas no han sido incluidas dentro del territorio de ningún municipio. Inicialmente estas zonas se denominaron “corregimientos departamentales”. Actualmente se conocen como “áreas no municipalizadas” y son entidades que no se enmarcan dentro de la lógica territorial establecida por la Constitución, en la medida en que no reúnen los requisitos legales para su creación como municipios, en particular los requisitos de población y recursos.

128. En efecto, luego de la creación de los departamentos en la Constitución de 1991, se intentó que los llamados corregimientos departamentales se convirtieran en una entidad territorial o hicieran parte de ella. El artículo 21 del Decreto 2274 de 1991 dispuso que dichos corregimientos se mantuvieran como divisiones departamentales. Sin embargo, este artículo fue declarado inexecutable mediante la Sentencia C-141 de 2001, por cuanto “tiene vocación permanente, ya que ese cuerpo normativo en ningún lugar establece que esos corregimientos, en un determinado momento, serán transformados en municipios, o serán incorporados en un municipio”.

129. La Corte sostuvo que la permanencia indefinida de los corregimientos departamentales derivaba en la inconstitucionalidad de la norma analizada. Ello por cuanto, si bien era una herramienta de transición que permitía la adaptación de las antiguas intendencias y comisarías a la nueva estructura impuesta por la Constitución de 1991, “no sólo la norma acusada no estableció un límite en el tiempo a la figura, sino que [...] no ha existido una estrategia deliberada destinada a incorporar, en un tiempo razonable, todas estas zonas en el régimen municipal previsto por la Carta, la cual autoriza, gracias a la existencia de categorías de municipios (CP art. 320), una flexibilidad suficiente para que ese proceso se lleve a cabo, de manera paulatina pero sin pausa”.

130. El artículo 21 del Decreto 2274 de 1991 fue excluido del ordenamiento jurídico con efectos diferidos, con el fin de que el Congreso, en el término máximo de dos legislaturas, expidiera el régimen que permitiera la transformación progresiva de los corregimientos departamentales en municipios o los incorporara a los municipios existentes. Sin embargo, esto no se ha cumplido y dichas zonas siguen existiendo, solo que ahora se conocen como áreas no municipalizadas.

3.2. Los territorios indígenas

131. El artículo 286 de la Constitución reconoce como entidades territoriales a los territorios indígenas. De acuerdo con el artículo 287, estas entidades, junto con los departamentos, los distritos y los municipios, gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley, y tienen derecho a (i) gobernarse por autoridades propias, (ii) ejercer las competencias que les correspondan, (iii) administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y (iv) participar en las rentas nacionales.

132. El artículo 2.14.7.1.2. del Decreto 1071 de 2015, que compiló entre otros el Decreto

2164 de 1995, definió los territorios indígenas como “las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígenas y aquellas que, aunque no se encuentren poseídas en esa forma, constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas y culturales”.

134. Este decreto se divide en seis títulos que desarrollan diferentes materias relacionadas con el funcionamiento de tales territorios. De esa manera, define su alcance, objeto, ámbito de aplicación y los principios generales que rigen su funcionamiento; las competencias generales de los territorios indígenas y de sus autoridades; la administración del sistema educativo indígena; el sistema indígena de salud propio intercultural; el agua potable y el saneamiento básico, y los mecanismos para el fortalecimiento a la jurisdicción especial indígena.

135. De otro lado, en virtud de lo previsto en el artículo 56 transitorio de la Constitución, el Gobierno expidió el Decreto 632 de 2018, que facultó a las comunidades indígenas de la región amazónica para diseñar y poner en marcha políticas económicas y sociales, de conformidad con sus tradiciones. En las consideraciones de dicho decreto, se reconoció la necesidad de desarrollar un régimen específico para los departamentos de Vaupés, Guainía y Amazonas, debido a sus particularidades geográficas, su alta diversidad cultural y la importancia ambiental de sus territorios, con el fin de garantizar los derechos de las comunidades indígenas de la zona. Este decreto es de especial relevancia, pues, si bien dicha región ha sido gobernada por las comunidades indígenas de acuerdo con sus sistemas de salud, educación, manejo ambiental, entre otros, estas no habían sido reconocidas formalmente por el Estado.

Los resguardos indígenas

136. El artículo 2.14.7.5.1 del Decreto 1071 de 2015 define los resguardos indígenas como

“una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una o más comunidades indígenas, que con un título de propiedad colectiva que goza de las garantías de la propiedad privada, poseen su territorio y se rigen para el manejo de éste y su vida interna por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio”. Así mismo, señala que estos resguardos “son propiedad colectiva de las comunidades indígenas en favor de las cuales se constituyen y conforme a los artículos 63 y 329 de la Constitución Política, tienen el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables”.

137. Cabe anotar que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, los resguardos indígenas, al no haberse constituido en entidades territoriales indígenas, no son consideradas como personas de derecho público. Ahora, si bien esto no obsta para que a estas comunidades se les garanticen sus derechos constitucionales, el hecho de no ser reconocidas como personas de derecho público solo se superaría con la expedición de una ley orgánica de ordenamiento territorial que tenga como fin crear las ETI, que son figuras político-administrativas propias de la estructura territorial descentralizada del Estado colombiano .

138. En efecto, esta Corte ha precisado que “si bien las comunidades y grupos indígenas son titulares de derechos fundamentales, y se les garantiza no sólo una autonomía administrativa, presupuestal y financiera dentro de sus territorios, como puede suceder con los departamentos, distritos y municipios, al no haberse conformado los resguardos indígenas como entidades territoriales indígenas no son personas jurídicas de derecho público, requiriendo por ésta circunstancia, y para efectos fiscales, la intermediación de los municipios en relación con los recursos del Sistema General de Participaciones”.

3.3. Las entidades territoriales indígenas – ETI

139. El artículo 329 de la Constitución dispone que “[l]a conformación de las entidades

territoriales indígenas [ETI] se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial”.

140. En consonancia con esta disposición, el parágrafo 2 del artículo 37 de la Ley 1454 de 2011 impuso al Gobierno nacional la obligación de presentar ante el Congreso, dentro de los diez meses siguientes a la vigencia de dicha ley, un proyecto de ley especial que reglamente la conformación de las ETI, acogiendo los principios de participación democrática, autonomía y territorio, y en estricto cumplimiento de los mecanismos de consulta previa, con la participación de los pueblos indígenas y de las comunidades que puedan verse afectadas o beneficiadas.

141. Las ETI tienen como finalidad garantizar que las autoridades tradicionales administren los territorios legalmente constituidos o ancestralmente ocupados por los pueblos indígenas; salvaguardar la supervivencia de estos últimos y preservar sus cosmovisiones. A diferencia de otras entidades territoriales, gozan de una autonomía especial, ya que, además de las garantías previstas en el artículo 287 de la Constitución a favor de los territorios indígenas, gozan de la protección de los derechos constitucionales propios de estas comunidades a la autonomía y a la libre determinación, entre otros.

142. Debido a las finalidades que persigue, la creación de las ETI reviste gran utilidad para fortalecer los derechos de las comunidades indígenas, en especial la autonomía territorial y las garantías que le son propias. Además, al tratarse de una figura político-administrativa, implica que estos pueblos tengan pleno control sobre sus territorios, lo que permite, a su vez, reforzar su autodeterminación, en particular, su organización y sus visiones económicas, sociales, políticas y ambientales. En otras palabras, permite consolidar sus planes de vida como grupo étnico.

143. Con todo, la Ley 1454 de 2011 no señaló unas condiciones mínimas para poner en funcionamiento las ETI, pues se limitó a establecer los principios y reglas que se deben seguir en la expedición de las respectivas leyes, a prever la posibilidad de asociación entre entidades territoriales y a delimitar el alcance de ciertas competencias asignadas a la Nación y a otras entidades territoriales, esto es, a los departamentos, municipios y distritos.

144. Tal como lo indicó esta Corte en la Sentencia C-617 de 2015, “[l]as referencias en ella contenidas a las comunidades y territorios indígenas son reducidas, limitándose a indicar (i) que la Ley constituye un marco normativo general de principios rectores, que deben ser desarrollados y aplicados por el legislador en cada materia específica, para departamentos, municipios, entidades territoriales indígenas y demás normas que afecten, reformen o modifiquen la organización político administrativa del Estado en el territorio -Art. 2º-; (ii) que uno de los principios del ordenamiento territorial es la Multietnicidad orientado a que los pueblos indígenas, las comunidades afrodescendientes, los raizales y la población ROM ejerzan su derecho de planeación y gestión dentro de la entidad territorial respectiva en armonía y concordancia con las demás comunidades y entidades territoriales -Art. 3.17-; (iii) que una de las competencias de los departamentos en materia de ordenamiento territorial consiste en integrar y orientar la proyección espacial de los planes sectoriales departamentales, los de sus municipios y entidades territoriales indígenas -Art. 29.2.d-; y (iv) que el Gobierno Nacional debería presentar al Congreso de la República, dentro de los diez (10) meses siguientes a la vigencia de la ley, el proyecto de ley especial que reglamente lo relativo a la conformación de las Entidades Territoriales Indígenas, acogiendo los principios de participación democrática, autonomía y territorio, en estricto cumplimiento de los mecanismos especiales de consulta previa, con la participación de los representantes de las comunidades indígenas y de las comunidades afectadas o beneficiadas en dicho proceso - Art.37”.

145. De manera que las normas de dicha ley referidas a los territorios indígenas no configuran un régimen jurídico que permita su funcionamiento como entidades territoriales.

Para que esto sea así, se requiere una regulación legal que establezca las condiciones para su conformación, las competencias a su cargo y las reglas para la administración de recursos públicos. De hecho, la ley en comento resalta la inexistencia de la regulación requerida sobre la materia, razón por la cual impone al Gobierno la obligación de presentar el respectivo proyecto de ley.

146. La sentencia C-489 de 2012, que examinó la constitucionalidad de la Ley 1454 de 2011, se refirió a esta ausencia de regulación. Al respecto, señaló:

“Teniendo en cuenta lo anterior se verifica que en la Ley 1454 de 2011, se omite de manera absoluta un desarrollo directo de las regiones como entidades territoriales del artículo 307 de la C.P., así como de las entidades territoriales indígenas previstas en el artículo 329 de la C.P., ya que solo se establecen normas que remiten a una posterior regulación de dichos deberes constitucionales. Por tal motivo, se advierte que en el presente caso lo que se presenta en el caso concreto es una ausencia total de legislación produciéndose de esta manera una omisión legislativa absoluta no sujeta de control por parte de esta Corte”.

147. En dicha oportunidad, la Corte exhortó al Congreso y al Gobierno, a fin de que se “regule lo concerniente a las regiones como entidades territoriales y expidan el proyecto de ley especial que reglamente lo relativo a la conformación de las Entidades Territoriales Indígenas”. Sin embargo, a pesar de que desde el 2012 se evidenció la inexistencia de la regulación a la que se refiere el artículo 329 de la Constitución, casi diez años después, dicho exhorto no se ha cumplido.

4. La autonomía territorial y los territorios indígenas

148. Como se mencionó anteriormente, el artículo 286 de la Constitución reconoce como entidades territoriales a los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. Según el artículo 287 superior, estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley, y tienen derecho a (i) gobernarse por autoridades propias, (ii) ejercer las competencias que les correspondan, (iii) administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, y (iv) participar en las rentas nacionales.

149. Esta Corte ha sostenido que la organización del Estado como república unitaria, a la que se refiere el artículo 1º de la Constitución, garantiza la descentralización y, a su vez, la autonomía de las entidades territoriales para gestionar sus intereses. Lo anterior implica que, con el fin de garantizar la armonía entre los principios de unidad y autonomía territorial, el legislador debe establecer una distribución de competencias entre “la Nación y las entidades territoriales y [determinar] un sistema de limitaciones recíprocas”.

150. En esa línea, la jurisprudencia constitucional ha precisado que la autonomía territorial encuentra su límite en el principio de centralización política. Por su parte, el principio unitario está limitado por el núcleo esencial de la autonomía de las entidades territoriales, contenido mínimo que es indisponible por el legislador.

151. La Corte ha reconocido que dicho núcleo esencial se compone por “aquellos elementos indispensables a la propia configuración del concepto, y especialmente por los poderes de acción de que gozan las entidades territoriales para poder satisfacer sus propios intereses” . En esa medida, las entidades territoriales cuentan con la garantía constitucional de ejercer las competencias y facultades previstas en el artículo 287 de la Constitución.

152. En suma, si bien es el legislador el que establece las condiciones básicas de la autonomía territorial, en garantía del principio unitario, está obligado a respetar siempre su núcleo esencial. Un elemento fundamental de esta salvaguarda es la facultad que tienen las entidades territoriales de gestionar sus propios asuntos y actuar mediante sus órganos de administración. Por ende, en la correspondiente distribución de competencias, el Congreso debe abstenerse de establecer normas que afecten la capacidad de las entidades territoriales de darse su propia administración u organización, o su poder para ejercer sus funciones a través de sus propias autoridades.

4.2. El derecho a la autonomía territorial indígena

153. El artículo 7º de la Constitución señala que el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación. En concordancia con dicha disposición, el artículo 8º establece la obligación estatal y de los particulares de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación. Por su parte, el artículo 330 superior dispone que, de conformidad con la Constitución y la ley, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados de conformidad con los usos y costumbres de sus comunidades.

154. En línea con lo previsto en el ordenamiento superior, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que las comunidades indígenas son titulares de derechos fundamentales. En la sentencia T-380 de 1993, esta Corte precisó que la protección de las garantías de los pueblos étnicos es imprescindible para garantizar la supervivencia y permanencia de su cultura como parte de la identidad nacional.

155. En igual sentido, la Corte ha establecido la necesidad de reforzar la protección de las comunidades étnicas, debido a la discriminación de la cual han sido objeto históricamente; las distintas presiones e intervenciones sobre sus territorios, a causa de intereses económicos de la sociedad mayoritaria; el desconocimiento y, en ocasiones, la falta de respeto por sus costumbres, cosmovisión, organización social y percepción de desarrollo y

bienestar, y el impacto del conflicto armado, entre otros factores.

156. Así, es claro el reconocimiento que la Constitución brinda a la diversidad étnica como manifestación de la multiculturalidad y el pluralismo de la sociedad colombiana, a través de la integración de las comunidades indígenas, sus usos y sus costumbres, a las visiones y los procesos de las mayorías; la garantía de su participación en las decisiones que los afectan de manera directa y la protección de sus derechos al crecimiento y al desarrollo, de acuerdo con sus propias costumbres y valores.

157. Al respecto, el Convenio 169 de la OIT establece el deber del Estado de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática para asegurar a los miembros de las comunidades indígenas los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres, sus tradiciones y sus instituciones.

158. Además, la Corte ha resaltado la importancia de los territorios en los que se asientan las comunidades indígenas como elemento esencial para su existencia, dado que les permiten desarrollarse plenamente como cultura y expresar su identidad de manera diferenciada. Así, de conformidad con el Convenio 169 de la OIT, ha destacado que, para estos grupos étnicos, la percepción de la tierra no se limita a la porción ubicada dentro de los linderos que los entes estatales les han reconocido como propia, sino que se extiende a todo el espacio que utilizan, que puede incluir cuerpos de agua, montañas y bosques, entre otros componentes de gran relevancia para su subsistencia económica y su bienestar espiritual y cultural. De igual manera, ha reconocido que, en aras de la protección de sus territorios, los pueblos indígenas tienen derecho a gobernarlos de conformidad con sus usos y costumbres.

159. Esta autonomía territorial, que tiene relación directa con el derecho a la libre determinación de los pueblos, encuentra fundamento tanto en los artículos 7 y 330 de la

Constitución, como en el Convenio 169 de la OIT, el PIDESC y el PIDCP. Además, está regulada en la Declaración de las Naciones Unidas para los Derechos de los Pueblos Indígenas, que, en su artículo 3, prevé que las comunidades pueden determinar libremente su condición política y su desarrollo económico, social y cultural.

160. La jurisprudencia constitucional ha entendido el principio de autonomía y autodeterminación de los pueblos indígenas como la garantía que tienen estas comunidades de señalar sus autoridades e instituciones, a fin de determinar sus procesos y preservar sus usos y costumbres, de conformidad con su propia cosmovisión, de tal manera que se salvede su supervivencia.

161. Así, la autonomía de los pueblos indígenas debe ser reconocida y respetada por las autoridades estatales, como parte del pluralismo, adoptando las medidas necesarias para preservar las tradiciones, los valores y la identidad de dichas comunidades como sujetos de especial protección constitucional.

162. Desde sus primeros pronunciamientos al respecto, esta Corte ha reconocido que la autonomía de las comunidades indígenas es un elemento fundamental para su conservación cultural. En efecto, en la Sentencia T-254 de 1994, sostuvo lo siguiente:

“La realidad colombiana muestra que las numerosas comunidades indígenas existentes en el territorio nacional han sufrido una mayor o menor destrucción de su cultura por efecto del sometimiento al orden colonial y posterior integración a la ‘vida civilizada’ (Ley 89 de 1890), debilitándose la capacidad de coerción social de las autoridades de algunos pueblos indígenas sobre sus miembros. La necesidad de un marco normativo objetivo que garantice seguridad jurídica y estabilidad social dentro de estas colectividades, hace indispensable distinguir entre los grupos que conservan sus usos y costumbres -los que deben ser, en principio, respetados-, de aquellos que no los conservan, y deben, por lo tanto, regirse en

mayor grado por las leyes de la República, ya que repugna al orden constitucional y legal el que una persona pueda quedar relegada a los extramuros del derecho por efecto de una imprecisa o inexistente delimitación de la normatividad llamada a regular sus derechos y obligaciones”.

El respeto por la autonomía de los territorios indígenas

163. La jurisprudencia constitucional ha precisado que la estructura de mando que rige a las comunidades indígenas se basa en normas propias acordes a sus tradiciones y jerarquías, ajustadas a sus usos, costumbres y cultura. Por tanto, es claro que la autodeterminación es un principio elemental para la preservación de los grupos étnicos y, en consecuencia, el Estado está obligado a adoptar todas las medidas que se consideren necesarias y efectivas para que las comunidades indígenas asuman y mantengan sus instituciones y fortalezcan su identidad. En esa medida, es esencial que estas comunidades adopten sus propias decisiones sin la interferencia de terceros, lo que además se ajusta a la protección que se les ha reconocido a nivel internacional. Ejemplo de ello es el amparo que otorga el Convenio 196 de la OIT al autogobierno y a la autodeterminación de los pueblos, en concordancia con los artículos 3º, 4º y 5º de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

164. Ahora bien, esta corporación ha sostenido que, en respeto a los derechos de las comunidades indígenas, el Estado no puede imponerles una forma de organización ajena a sus costumbres, pues ello implicaría desconocer su estructura política y social. En efecto, al referirse a la imposición de figuras extrañas a las comunidades indígenas, en concreto, a la constitución de veedurías en sus territorios, la Corte advirtió que:

“[...] no puede el legislador imponer una forma de organización determinada de veedurías a las comunidades indígenas. Serán ellas, de acuerdo a su particular cosmovisión, quienes determinen si éstas se constituyen de manera democrática -bajo una concepción típicamente

occidental de democracia- o acogen un sistema que asegure, de manera compatible con sus propias costumbres, que la organización responda a los intereses de la comunidad en la vigilancia de la gestión pública.

Ello no implica que cualquier esquema organizativo resulte válido, pues el Estado colombiano tiene la obligación de velar por los intereses de todos los asociados, razón por la cual sistemas que conduzcan a la degradación de la persona y otras conductas incompatibles con el ordenamiento constitucional y los principios fundantes del sistema, deberán ser rechazados.

Por lo tanto, el legislador desconoce la autonomía de las comunidades indígenas y su derecho a la autodeterminación, al imponer una forma de organización y un procedimiento específico de inscripción, que implica, además, una tarea del Ministerio del Interior.

[...]

De otra parte, habida consideración del carácter de titular de derechos fundamentales que ostentan las comunidades indígenas, bien pueden ser ellas mismas -como una totalidad-, las interesadas en realizar las funciones de veeduría sobre la gestión de órganos públicos y privados. En tal caso, estima la Corte que habrán de ser las autoridades propias quienes asuman la función de veedores.”

165. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que, por ejemplo, la configuración de municipalidades en áreas indígenas por cuenta de decisiones de las autoridades administrativas, dificulta la aplicación de las normas constitucionales y legales sobre la protección de los territorios indígenas, pues da origen a una jurisdicción distinta que

erosiona su soberanía y, por tanto, deriva en fricciones entre las autoridades de la población étnica y las foráneas. En su criterio, es posible que se interfiera en la comunidad para lograr que algunos de sus miembros hagan parte de la nueva estructura estatal, lo que desconoce las formas políticas y sociales de la etnia local y provoca su escisión. De igual manera, se abriría paso a que en dichos territorios se asienten personas ajenas a la comunidad étnica y se afecte su supervivencia.

166. Para evitar situaciones como las descritas y preservar la cultura, las tradiciones y la cosmovisión, entre otros valores de los pueblos indígenas, resulta fundamental garantizar la consulta con sus instituciones representativas, cuando se pretenda constituir una forma de organización externa dentro de los territorios que aquellas gobiernan, pues se trata de decisiones susceptibles de interferir en el desarrollo económico, social o cultural de dichos pueblos.

167. En consecuencia, con el objeto de garantizar la autonomía de los pueblos indígenas para decidir acerca de sus prioridades y, en esa medida, controlar su desarrollo económico, social y cultural (artículos 330 de la Constitución y 7 del Convenio 169 de la OIT), en concordancia con la finalidad esencial del Estado de garantizar el derecho de las comunidades indígenas a la participación en las decisiones que los afecten (artículo 2 de la Constitución), la conveniencia para su propio desarrollo, como criterio para autorizar la constitución o modificación de la organización y dirección de los territorios indígenas, solo puede ser decidida de manera autónoma por los consejos que gobiernan dichos territorios.

168. Así las cosas, la autoridad competente para autorizar la constitución de estructuras territoriales deberá consultar con dichas instancias la correspondiente actuación administrativa, con el fin de que las comunidades indígenas hagan valer su derecho a decidir sobre la conveniencia que, para su propio desarrollo, tiene la creación de figuras extrañas de organización y administración. Lo anterior, en aplicación del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, que establece el derecho a la consulta previa en cabeza de estas comunidades. Cabe

recordar, igualmente, que la ejecución de cualquier proyecto de desarrollo en los territorios indígenas requiere la consulta previa de las instancias representativas que gobiernan dichos territorios, pues no basta con la decisión sobre su conveniencia. Esto, a fin de evitar injerencias externas en el proceso de desarrollo de estas comunidades.

5. Los derechos al territorio y a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas

169. En línea con lo expuesto, el derecho de las comunidades indígenas a la propiedad colectiva sobre sus territorios es una garantía que permite hacer efectivos sus derechos fundamentales, entre ellos, la autonomía y la autodeterminación y, especialmente, la integridad, la identidad étnica y cultural, el abastecimiento económico y, por ende, la supervivencia. Esto, en cuanto posibilita acceder a medios de subsistencia tradicionales y desarrollar prácticas ancestrales. Esta garantía tiene sustento en los artículos 58, 63, 286, 329 y 330 de la Constitución; en los artículos 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19 del Convenio 169 de la OIT, así como en el artículo 21 de la CADH.

170. De acuerdo con la Constitución, el derecho al territorio implica la protección estatal a formas de propiedad diversas a la individual o privada (artículo 58); la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de las tierras de los grupos étnicos (artículo 63) y el respeto por la autonomía y la autodeterminación de las poblaciones en el ámbito territorial donde se desenvuelve su cultura y se definen sus intereses políticos, religiosos, económicos y jurídicos, así como el derecho a administrar sus recursos (artículos 287, 329 y 330).

171. En efecto, esta Corte ha sostenido que “[s]iendo este el caso de la mayoría de las comunidades indígenas en el país, la Corte Constitucional ha reiterado el carácter fundamental del derecho a la propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre sus territorios, no solo por lo que significa para la supervivencia de los pueblos indígenas y raizales el derecho de dominio sobre el territorio que habitan, sino porque él hace parte de las cosmogonías amerindias y es substrato material necesario para el desarrollo de sus formas

culturales características”.

172. En el marco internacional, el Convenio 169 de la OIT prevé que el Estado debe respetar la especial importancia que la relación con la tierra o el territorio tiene para las comunidades indígenas (artículo 13). En consecuencia, les asiste, entre otras garantías, el respeto por los derechos a la propiedad y la posesión de las áreas que han ocupado tradicionalmente (artículo 14); a participar en la utilización, explotación y conservación de los recursos naturales renovables que existan en las mismas (artículo 15.1); a participar en los beneficios derivados del aprovechamiento de los recursos que se encuentren en sus territorios (artículo 15.2) y a ser indemnizadas de forma equitativa por los daños causados por la explotación de los recursos existentes en sus tierras (artículo 15.2). Adicionalmente, los programas agrarios nacionales deben garantizar a las poblaciones interesadas condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la población (artículo 19).

173. Aunado a ello, se debe impedir que personas extrañas a los pueblos indígenas se aprovechen de sus costumbres o de su desconocimiento de las leyes, para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras que les pertenecen (artículo 17.3). Además, estas comunidades deben ser protegidas contra toda intrusión o uso no autorizado en sus tierras. Bajo esta premisa, la ley debe prever sanciones apropiadas ante la ocurrencia de estos hechos y los gobiernos deben adoptar medidas para impedirlos (artículo 18).

174. En el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), al referirse al derecho a la propiedad privada previsto en el artículo 21 de la CADH, según el cual toda persona tiene derecho al uso y goce de bienes, ha destacado las notas especiales que tiene la propiedad colectiva de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios.

175. Desde el punto de vista material, el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad colectiva implica una especial relación con la tierra, a la que se han referido el Convenio 169

de la OIT, la jurisprudencia de la Corte IDH y la jurisprudencia de esta corporación. Esa relación involucra a sus antepasados, sus cultivos, sus creencias y la interdependencia entre el territorio, la autonomía, la subsistencia y la cultura.

176. La especial relación de los pueblos indígenas con sus territorios también ha sido reconocida por esta Corte. En efecto, la Sentencia C-371 de 2014 indicó que, de acuerdo con los artículos 13 y 14.1 del Convenio 169 de la OIT, la protección constitucional del territorio no se restringe a los terrenos adjudicados de forma colectiva a los grupos étnicos, sino que abarca los lugares de significación religiosa, ambiental o cultural, así como la totalidad del hábitat que ocupan o utilizan, aunque esté por fuera de los límites físicos de los títulos colectivos (efecto expansivo del territorio).

177. Asu vez, la Sentencia T-693 de 2011 señaló el conjunto de derechos que se derivan de la propiedad colectiva de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios, a saber: (i) el derecho a la constitución de resguardos; (ii) el derecho a la protección de las áreas sagradas o de especial importancia ritual y cultural que las comunidades han ocupado tradicionalmente, incluso si están ubicadas por fuera de los resguardos; (iii) el derecho a disponer y administrar sus territorios; (iv) el derecho a participar en la utilización, explotación y conservación de los recursos naturales renovables existentes en el territorio, y (v) el derecho a la protección de las áreas de importancia ecológica.

178. Así, según la jurisprudencia constitucional, las notas definitorias del derecho fundamental a la propiedad colectiva del territorio en cabeza de las comunidades indígenas son su carácter imprescriptible, inalienable e inembargable, y la ancestralidad de la posesión como “título” de propiedad. Además, el concepto de territorio no se restringe a la ubicación geográfica de una comunidad o un resguardo indígena, sino que se asocia al concepto de ámbito cultural de la comunidad. Ello, aunado a las obligaciones que, en este tema particular, adquirió el Estado colombiano en virtud de los convenios 107 y 169 de la OIT y de la Convención Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.

179. Ahora bien, existen territorios que no han sido objeto de posesión permanente por razones ajenas a los pueblos indígenas, como la violencia (especialmente, el desplazamiento forzado), la ocupación de los territorios por agentes económicos o el carácter nómada o seminómada de ciertas comunidades. En estos eventos, no es posible negar los derechos asociados al territorio, pues ello supondría una nueva violación a los derechos fundamentales de estas comunidades, que afectaría particularmente a quienes se encuentran en circunstancias de mayor debilidad.

180. Así, pese a los avanzados reconocimientos constitucionales incorporados en nuestro sistema jurídico, la causa indígena persiste, pues las comunidades étnicas continúan pretendiendo el efectivo respeto de su autonomía, de su territorio, de su derecho a la participación en la toma de decisiones que los afectan y de la aceptación de sus normas, instituciones, costumbres, ritos, tradiciones, usos, valores y cosmovisión. Estas reclamaciones se han llevado a cabo con mayor ahínco en algunos departamentos del país, donde, a través de acciones, denuncias, entre otros medios, se ha buscado el restablecimiento de los derechos territoriales indígenas.

6. El derecho fundamental de los pueblos indígenas a la participación y, en particular, a la consulta previa

181. El Convenio 169 de la OIT, instrumento internacional que estableció la consulta previa como mecanismo específico de participación de los pueblos tribales e indígenas, tiene como ejes esenciales el respeto por la integridad de sus valores, prácticas e instituciones; la garantía de su derecho a decidir sus propias prioridades de desarrollo; el respeto de su relación con los territorios que ocupan o utilizan, y su participación en la adopción de decisiones por parte de los organismos públicos responsables de las políticas y programas que les conciernan, elementos que permean todo el articulado del convenio y se convierten en herramientas centrales para su interpretación.

182. En este marco, la participación y, en particular, la consulta previa como mecanismo específico de aquella, no es una garantía aislada, sino un elemento transversal al convenio, en tanto condición de eficacia de los derechos de los pueblos tribales e indígenas a controlar, en la medida de lo posible, su desarrollo económico, social y cultural, y a participar en todas las decisiones que les conciernan.

183. Esta Corte ha sostenido, de manera reiterada y uniforme, que la consulta previa tiene el carácter de derecho fundamental. La Sentencia SU-039 de 1997 precisó que esta calificación surge de la forma en que la consulta concreta mandatos constitucionales, como el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecten y el respeto por la diversidad cultural y los compromisos adquiridos por el Estado en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, frente a los pueblos étnica o culturalmente diversos.

184. En el caso de los pueblos indígenas y de las comunidades afrodescendientes, la garantía de la participación, consagrada en el artículo 2º de la Constitución, se ve reforzada por su relación con otros mandatos constitucionales. En efecto, el artículo 330 superior prevé la obligación estatal de propiciar la participación de las comunidades indígenas en las decisiones relacionadas con la explotación de los recursos naturales en sus territorios. Dicha obligación está enmarcada en un amplio conjunto de deberes estatales asociados a la protección y promoción de la integridad de sus valores, prácticas e instituciones, a la garantía de su derecho a decidir sus prioridades de desarrollo y al ejercicio del derecho a la propiedad sobre las tierras y los territorios colectivos.

185. Por eso, esta Corte ha señalado que “la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que puedan afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales (...), a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad

étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social”.

186. El literal a) del numeral 1º del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT se refiere a la consulta previa en los siguientes términos:

“Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: || a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; || b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; [y] || c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin”.

187. Por su parte, el numeral 2º del artículo 6 ibidem señala los elementos centrales de la consulta, como la aplicación del principio de buena fe, la flexibilidad de la consulta, entendida como adaptabilidad al pueblo concernido, y la finalidad de obtención del consentimiento de los pueblos interesados.

188. Tal como lo explicó la Sentencia T-376 de 2012, el artículo 6 del Convenio 169 de 1989 debe leerse en armonía con el conjunto de disposiciones del mismo instrumento que se dirigen a asegurar la participación de las comunidades indígenas en toda decisión susceptible de afectarlos directamente en sus derechos y modo de vida, y a fomentar relaciones de diálogo y cooperación entre los pueblos interesados y el Estado, algunas de las cuales se destacan a continuación.

189. El artículo 4 establece la obligación genérica de adoptar medidas para la protección de los derechos e intereses de los pueblos interesados sin contrariar sus deseos “expresados de forma libre”. A su turno, al artículo 5 ordena reconocer y proteger los valores sociales, culturales y religiosos de los pueblos interesados, tomar en consideración sus problemas colectivos e individuales y adoptar medidas para “allanar” sus dificultades al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo, con su “participación y cooperación”. De otro lado, el artículo 7 prevé la obligación de garantizar la participación de estos pueblos en los planes de desarrollo nacionales y regionales, con miras al mejoramiento de sus condiciones de salud, trabajo y educación, y la obligación de realizar estudios sobre el impacto de las medidas propuestas en la forma de vida y el medio ambiente de sus territorios, con su participación y cooperación directa.

190. En relación con los territorios, el artículo 15 se refiere a la obligación de consultar a los pueblos concernidos, antes de emprender programas de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras, con el fin de determinar si sus intereses serán perjudicados. Además, se refiere al derecho a participar de los beneficios que reporten esas actividades y a recibir indemnizaciones equitativas por los daños que estas les ocasionen. Por su parte, el artículo 16 establece la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos siempre que el Estado pretenda trasladarlos de las tierras ancestrales que ocupan y de concertar medidas de reparación adecuadas ante tales eventos.

191. Estas disposiciones demuestran la importancia de enmarcar la participación en un espectro más amplio de normas destinadas a asegurar la intervención de los pueblos indígenas, bajo mecanismos como la consulta, la cooperación, el consentimiento de la comunidad, la participación en los beneficios y la indemnización en determinados eventos. Todos estos derechos y garantías constituyen un continuum de protección de los pueblos indígenas y tribales, pues cumplen las funciones de (i) proteger y promover su derecho a decidir sus prioridades de desarrollo, en la medida en que este afecte sus vidas, creencias, instituciones, bienestar espiritual y las tierras que ocupan o utilizan, y controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural; (ii) asegurar que su punto de

vista sea tenido en cuenta por las autoridades del orden nacional, y (iii) propiciar la defensa de sus demás derechos.

6.1. Alcance de la consulta previa y principios que orientan su realización

192. Las normas de derecho internacional relevantes y la jurisprudencia constitucional han definido los contornos de la consulta previa mediante un conjunto de principios y criterios que pueden ser concebidos como guías para los órganos encargados de adelantarla, los pueblos interesados y los particulares inmersos en el proceso consultivo. La Sentencia SU-123 de 2018 sintetizó los principios que orientan la realización de las consultas, en los siguientes términos:

“6.2. Entre otras, en las sentencias T-129 de 2011, C-389 de 2016, SU-133 de 2017, SU- 217 de 2017, T-298 de 2017 y T-103 de 2018, esta Corte ha explicado que el objetivo de la consulta es intentar genuinamente lograr un acuerdo con las comunidades indígenas y afro descendientes sobre medidas que las afecten directamente (esto es, normas, políticas, planes, programas, etc.). Así mismo se ha decantado que el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes, condición imprescindible para su entendimiento y confianza y, por lo tanto para la eficacia de la consulta y que por medio de las consultas se debe asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados. Sobre este tópico la jurisprudencia ha explicado que el significado de la participación activa es que no pueda admitirse como tal a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas. Que esa participación sea efectiva significa que el punto de vista de los pueblos debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas.

6.3. La Corte igualmente ha señalado que la consulta constituye un proceso de diálogo intercultural entre iguales, en el entendido de que esto significa que ni los pueblos indígenas tienen un derecho de veto que les permita bloquear decisiones estatales, ni el Estado tiene

un derecho a la imposición sobre los pueblos indígenas para imponerles caprichosamente cualquier decisión sino que opera un intercambio de razones entre culturas que tiene igual dignidad y valor constitucional (CP art 70). Esto no significa que, desde el punto de vista fáctico, los pueblos indígenas o las comunidades afro descendientes tengan un igual poder a los particulares o al Estado en este proceso de consulta pues usualmente se encuentran en una situación de desventaja frente a ellos por la discriminación a que han sido sometidos. Por eso el Estado tiene el deber de tomar las medidas compensatorias necesarias para reforzar la posición de estos pueblos en estos procesos de consulta para que efectivamente opere ese diálogo intercultural entre iguales.

6.4. La jurisprudencia también ha indicado que la consulta debe ser flexible de manera que se adapte a las necesidades de cada asunto, sin que esto se pueda desconocer con la simple alusión del interés general, pues debe atenderse a la diversidad de los pueblos indígenas y de las comunidades afro descendientes. Además, la consulta debe ser informada, por lo cual no puede tratarse de un asunto de mero trámite formal sino de un esfuerzo genuino del Estado y los particulares implicados por conocer las perspectivas de los pueblos afectados y por efectivamente lograr un acuerdo. Es entonces imperativo respetar la diversidad étnica y cultural lo que permitirá encontrar mecanismos de satisfacción para ambas partes”.

193. En la mencionada sentencia se pueden advertir algunas reglas específicas para el desarrollo de la consulta, tales como: (i) la consulta debe ser previa a la medida objeto de examen, pues de otra forma no tendrá incidencia en la planeación e implementación de la medida; (ii) es obligatorio que los Estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla (preconsulta o consulta de la consulta); (iii) debe adelantarse con los representantes legítimos del pueblo o comunidad interesada; (iv) en caso de no llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales deben estar desprovistas de arbitrariedad, aspecto que debe evaluarse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, y (v) cuando resulte pertinente en virtud de la naturaleza de la medida, es obligatorio realizar estudios sobre su impacto ambiental y social.

6.2. Ámbito material de procedencia de la consulta. El concepto de afectación directa

194. De acuerdo con el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de esta Corte, el ámbito material de aplicación de la consulta no se ciñe a determinados supuestos hipotéticos. Si bien los eventos explícitamente mencionados en la Constitución Política y algunos documentos del derecho internacional de los derechos humanos deben considerarse relevantes, estos no agotan la obligación estatal, pues el concepto clave para analizar la procedencia de la consulta previa es el de la afectación directa.

195. Esta expresión, por supuesto, es amplia e indeterminada, lo que puede ocasionar disputas interpretativas. Sin embargo, la Corte ha desarrollado un conjunto de estándares que permiten evaluar si una norma, programa, proyecto, plan o política es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas: (i) la afectación directa hace alusión a la intervención que una medida determinada (norma, política, plan, programa o proyecto) tiene sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (ii) el hecho de que la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT; (iii) la imposición de cargas o la atribución de beneficios a una comunidad, de tal manera que modifique su situación o posición jurídica; (iv) la interferencia en elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo involucrado y (v) si se trata de una medida general que, sin embargo, afecta con especial intensidad o de manera diferenciada a los pueblos étnicamente diferenciados.

“La afectación directa es un concepto jurídico indeterminado que hace referencia al impacto positivo o negativo que tiene una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica. En el caso concreto, la afectación directa por proyectos de exploración y explotación de recursos no renovables incluye: (i) el impacto en el territorio de la comunidad tradicional; o (ii) el impacto en el ambiente, la salud o la estructura social, económica, así

como cultural del grupo”.

197. En línea con lo anterior, en la sentencia SU-123 de 2018, la Corte sostuvo que pueden existir distintos niveles de afectación, en virtud de los cuales se tienen distintas opciones de participación, a saber, la consulta previa o el consentimiento libre e informado. De acuerdo con esta sentencia, “[e]sa diversificación por escalas es el resultado de una comprensión de los derechos de las comunidades indígenas en clave del principio de proporcionalidad. Se trata entonces de establecer límites en la aplicación de los derechos fundamentales, entre ellos los de los grupos étnicos diversos en materia de autodeterminación, autonomía, territorio, recursos naturales y participación, a partir del balance adecuado entre los principios”.

198. En esa oportunidad, la Corte precisó que cuando no exista una afectación directa de la comunidad étnica, su participación se garantizará mediante un estándar de intervención básico, que consiste en la inclusión de estos pueblos en órganos de decisión o en la mediación de sus organizaciones en escenarios que sean de su interés. Por el contrario, en caso de que se configure una afectación directa, se deben cumplir todas las reglas de deliberación con las comunidades indígenas, de conformidad con la consulta previa, con el fin de llegar a un acuerdo con estas. Si no se logra dicho acuerdo, la medida en cuestión será implementada por la administración, pero deberá ajustarse a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Finalmente, la Corte advirtió que:

“La afectación directa intensa aplica cuando una medida amenace la subsistencia de la comunidad tradicional, por lo cual, en principio, la ejecución de la medida requiere el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades tradicionales y en caso de no llegar a un acuerdo, prevalecerá la protección de las comunidades tradicionales. Se da en estos tres casos excepcionales, conforme a los desarrollos jurisprudenciales y del derecho internacional: (i) Traslado o reubicación del pueblo indígena o tribal de su lugar de asentamiento; (ii) el almacenamiento o depósito de materiales peligrosos o tóxicos en sus

territorios; (iii) medidas que impliquen un alto impacto social, cultural y ambiental que pone en riesgo su subsistencia”.

7. El principio de progresividad y la regla de no regresividad de los derechos

199. Como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corte, el principio de progresividad, establecido por el PIDESC, la CADH y el Protocolo de San Salvador, adicional a la CADH, es parte estructural y definitoria de un Estado social de derecho, pues se refiere a la manera en la que el Estado debe garantizar la plena efectividad de los derechos sociales.

200. En efecto, de conformidad con dicho principio, la eficacia y cobertura de estos derechos debe ampliarse de manera gradual, atendiendo la capacidad económica e institucional del Estado. La Sentencia C-046 de 2018 precisó “que dicho principio se predica de algunos aspectos de [la faceta prestacional de los derechos sociales], pues existen otros que aun cuando tienen un componente prestacional son exigibles de forma inmediata. Estos se refieren, principalmente, a aquellos relacionados con el principio de no discriminación y con el contenido esencial de cada derecho, que suponen mínimos de protección”.

201. El principio de progresividad se compone de dos obligaciones, a saber: (i) ampliar cada vez más el ámbito de realización del derecho, y (ii) no disminuir el nivel de satisfacción que se haya alcanzado. Esto último se ha reconocido como el deber de no retroceso, que implica la prohibición de regresión sin una justificación de su necesidad.

202. Según los criterios de interpretación del referido principio, establecidos mediante las observaciones generales del Comité Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, “la progresividad no priva de contenido la obligación estatal,

y por ello las medidas regresivas, que disminuyen una protección [...] ya alcanzada, se presumen contrarias al Pacto”. Ahora bien, en caso de que se requiera implementar una medida de este tipo, el Estado debe demostrar que esta es necesaria y que ha superado un examen exhaustivo en el que se evaluaron todas las alternativas posibles.

203. Bajo ese orden, se ha afirmado que el principio de progresividad implica “(i) la satisfacción inmediata de niveles mínimos de protección; (ii) el deber de observar el principio de no discriminación en todas las medidas o políticas destinadas a ampliar el rango de eficacia de un derecho; (iii) la obligación de adoptar medidas positivas, deliberadas, y en un plazo razonable para lograr una mayor realización de las dimensiones positivas de cada derecho, razón por la cual la progresividad es incompatible, por definición, con la inacción estatal; y (iv) la prohibición de retroceder por el camino iniciado para asegurar la plena vigencia de todos los derechos”

204. En un principio, la progresividad y la prohibición de regresividad se predicaban de los derechos económicos, sociales y culturales, de conformidad con la teoría de las generaciones de los derechos. Sin embargo, como se mencionó, ciertas obligaciones sobre la materia no pueden ser exigidas de manera inmediata, puesto que su satisfacción depende de la disposición de recursos del Estado. Por tanto, la garantía opera gradualmente, pero siempre con la imposibilidad de retroceder en los avances alcanzados sin una justificación.

205. Así, esta Corte ha sostenido que, una vez se llega a determinado nivel de protección de un derecho social, todo retroceso se presume inconstitucional, lo que conlleva la necesidad de realizar un juicio de constitucionalidad más severo cuando se trata de normas regresivas. Al respecto, la Sentencia C-038 de 2004 precisó:

“El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección

alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad. Como los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta sino que debe ser entendida como una prohibición *prima facie*. Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social”.

206. Recientemente, esta Corte señaló que la aplicabilidad de este principio no es exclusiva de los derechos económicos, sociales y culturales, sino que se extiende a todos los derechos constitucionales, ya que toda garantía fundamental puede tener una faceta prestacional. En consecuencia, el deber del Estado de respetar, proteger y garantizar los derechos fundamentales no se debe limitar a una obligación de abstención, sino que, a su vez, debe haber una intervención de carácter prestacional para una efectiva garantía.

207. En efecto, como se mencionó, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que “la exigibilidad del mandato de progresividad y de la prohibición de retroceso no depende de que la prestación analizada encuadre en alguna de las “generaciones” de derechos que ha empleado la doctrina y la jurisprudencia para clasificarlos. Según precisó este tribunal “todos los derechos tienen contenidos de carácter positivo y negativo, razón por la cual el principio sería aplicable también a las facetas positivas de los derechos tradicionalmente considerados civiles y políticos, cuya aplicación inmediata suele considerarse fuera de discusión”^{30F}. Teniendo en cuenta su doble fundamento internacional y constitucional la Corte encuentra que tales exigencias se predicen, en general, de los derechos referidos en los tratados públicos que lo consagren y de los derechos previstos en la Carta Política”³

208. Asimismo, este Tribunal precisó que si bien el principio de progresividad y la regla de no

regresividad guardan una evidente relación, son categorías que se pueden separar, pues son jurídicamente diferenciables. En esa línea señaló que entre las mismas existe una relación de género a especie, en la que la regla, es decir, la no regresividad es una manifestación del principio e implica una obligación de no hacer para el Estado, pero sobre todo se desprende del principio de interdicción de la arbitrariedad. Por otro lado, el principio de progresividad supone obligaciones de hacer con miras a garantizar, gradual y sucesivamente la plena efectividad de los derechos, en el contexto de las capacidades económicas e institucionales del Estado.

209. En ese sentido, el principio de progresividad y la regla de no regresividad han sido tratados como un parámetro de constitucionalidad. Y si bien su desarrollo ha sido distinto respecto de cada derecho, la jurisprudencia constitucional ha establecido unos criterios generales que permiten verificar el cumplimiento tanto del principio de progresividad como de la regla de no regresividad, a saber:

“(i) las medidas que constituyan un retroceso en la protección de los derechos sociales, económicos y culturales son prima facie inconstitucionales; (ii) la libre configuración del Legislador se reduce en materia de estos derechos, en tanto que cuando éste adopte una medida que produzca una disminución en el nivel de protección alcanzado, tiene el deber de justificación conforme al principio de proporcionalidad, aun cuando exista un amplio margen de configuración; (iii) la prohibición de regresividad también es aplicable a la Administración; (iv) en virtud de este principio no es posible avalar la inactividad del Estado en su tarea de implementar acciones para lograr la protección integral de los derechos; y (v) en relación con las facetas prestacionales de los derechos que no son exigibles de forma inmediata, es posible solicitar judicialmente ‘(1) la existencia de una política pública, (2) orientada a garantizar el goce efectivo del derecho y (3) que contemple mecanismos de participación de los interesados”.

210. Esta Corte ha advertido que se pueden presentar situaciones en las que, debido a condiciones históricas o de racionalización de recursos, es necesario adoptar una medida que, en principio, puede resultar regresiva de ciertas garantías. No obstante, para verificar si

lo anterior tiene origen en alguna arbitrariedad, la medida debe ser analizada a la luz de la razonabilidad y la proporcionalidad, lo que lleva a concluir que la regla de regresividad no es absoluta.

211. Al respecto, la Sentencia C-271 de 2021 precisó que “[v]arios criterios, reconocidos y aplicados por esta Corporación, deben tenerse en cuenta antes de afirmar que se ha producido una infracción a la prohibición de retroceso. Ellos pueden enunciarse de la siguiente forma: (i) las medidas que impliquen un retroceso en el grado de protección se presumen regresivas y, en consecuencia, inconstitucionales; (ii) ningún retroceso puede desconocer el contenido básico o mínimo del derecho constitucional comprometido; y (iii) la activación de la presunción impone a las autoridades la carga de presentar razones que puedan justificar el retroceso y, de no hacerlo, deberán ser declaradas contrarias a la Constitución. A partir de tales criterios, la jurisprudencia de este tribunal ha definido que la prohibición ‘no es absoluta, pues se entiende que existen situaciones que de conformidad con determinaciones de racionalización de recursos y con el momento histórico de cada Estado admiten el retroceso de la efectividad de algunas garantías, sin que ello suponga necesariamente una arbitrariedad, lo cual se verifica mediante el análisis de razonabilidad y proporcionalidad de la medida’.

212. Dicho análisis se compone de tres pasos. En primer lugar, se debe verificar si la medida que se estudia afecta el ámbito de exigibilidad inmediata del derecho, según lo ha establecido la Constitución, el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia. En otras palabras, se debe evaluar si se desconoce el principio de no discriminación y el contenido esencial del derecho. En segundo lugar, para determinar que la medida disminuye el nivel de satisfacción previamente alcanzado, se debe analizar si (i) se ha recortado o limitado el ámbito sustantivo de protección del respectivo derecho, (ii) se han aumentado sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al derecho, o (iii) se han disminuido o desviado sensiblemente los recursos públicos destinados a la satisfacción del mismo. Finalmente, en caso de que se constate lo anterior, se debe recurrir a la aplicación del test de progresividad y no regresión, a fin de verificar si la medida es razonable.

213. Ahora bien, en relación con el margen de configuración del legislador, esta Corte ha advertido que las medidas regresivas respecto de la garantía y eficacia de los derechos se presumen inconstitucionales. Sin embargo, existen excepciones, que se presentan cuando: “(i) las medidas no fueron tomadas inopinadamente sino que se basaron en un estudio cuidadoso, y (ii) [...] el Congreso analizó otras alternativas, pero consideró que no existían otras igualmente eficaces que fueran menos lesivas, en términos de la protección del derecho [...]. Y (iii) finalmente debe el juez constitucional verificar que la medida no sea desproporcionada en estricto sentido, esto es, que el retroceso en la protección del derecho [...] no aparezca excesivo frente a los logros [alcanzados]”.

8. Análisis de constitucionalidad de la disposición demandada

215. Los demandantes cuestionan la constitucionalidad del artículo 16 de la Ley 617 de 2000, que modificó el artículo 2 de la Ley 177 de 1994, normas que a su vez modificaron el artículo 9 de la Ley 136 de 1994, “[p]or la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”.

216. El artículo 16 de la Ley 617 de 2000 faculta a las asambleas departamentales para (i) crear municipios sin el lleno de los requisitos previstos en el artículo 8 de la misma ley, cuando el presidente de la República lo considere necesario por razones de defensa nacional, y (ii) elevar a la categoría de municipios, sin el lleno de los requisitos generales, a los corregimientos creados por el Gobierno nacional antes de 1991, ubicados en zonas de frontera que no hagan parte de ningún municipio, previo visto bueno del presidente de la República. Además, (iii) señala que los concejales de los municipios así creados no percibirán honorarios por su asistencia a las sesiones.

217. Los demandantes cuestionan que, en estos casos, la facultad otorgada a las asambleas ya no está condicionada a que “no se trate de territorios indígenas, salvo que mediere acuerdo previo con las autoridades indígenas”, como lo preveía el artículo 2 de la Ley 177 de 1994, y, por lo tanto, el legislador adoptó una medida regresiva en la garantía de los derechos de esas comunidades.

218. Para mayor claridad sobre las modificaciones introducidas a la norma original, se presenta el siguiente cuadro:

Artículo 9 de la Ley 134 de 1994

Artículo 2 de la Ley 177 de 1994 (que modificó el artículo 9 de la Ley 134 de la Ley 1994)

Artículo 16 de la Ley 617 de 2000 (que modificó el artículo 9 de la Ley 134, modificado por el artículo 2 de la Ley 177 de 1994)

Sin el lleno de los requisitos establecidos en el numeral 2o., del artículo anterior, las Asambleas Departamentales podrán crear municipios cuando, previo a la presentación del proyecto de ordenanza, el Presidente de la República considere su creación como de conveniencia nacional, por tratarse de una zona de frontera o de colonización o por razones de defensa nacional siempre y cuando no se trate de territorios indígenas

Sin el lleno de los requisitos establecidos en el artículo anterior, las asambleas departamentales podrán crear municipios cuando, previo a la presentación del proyecto de ordenanza, el Presidente de la República considere su creación como de conveniencia nacional, por tratarse de una zona de frontera o de colonización o por razones de defensa nacional, siempre y cuando no se trate de territorios indígenas, salvo que mediere acuerdo previo con las autoridades indígenas

Sin el lleno de los requisitos establecidos en el artículo anterior, las asambleas departamentales podrán crear municipios cuando, previo a la presentación de la ordenanza, el Presidente de la República considere su creación por razones de defensa nacional. También podrán las Asambleas Departamentales elevar a municipios sin el lleno de los requisitos generales los corregimientos creados por el Gobierno Nacional antes de 1991 que se encuentren ubicados en las zonas de frontera siempre y cuando no hagan parte de ningún municipio, previo visto bueno del Presidente de la República.

Los concejales de los municipios así creados no percibirán honorarios por su asistencia a las sesiones

219. Como se puede observar, el original artículo 9 de la Ley 134 de 1994 permitía que las asambleas departamentales crearan municipios sin el cumplimiento de los requisitos previstos en el numeral 2o., del artículo 8, cuando el presidente de la República considerara su creación como un asunto de conveniencia nacional, por tratarse de una zona de frontera o de colonización o por razones de defensa nacional. Sin embargo, prohibía que dicha acción se adelantara en territorios indígenas. Posteriormente, Ley 177 de 1994 mantuvo la autorización de crear municipios sin el cumplimiento, esta vez, de los requisitos previstos en el artículo 8, con la prohibición antes mencionada, pero introdujo la posibilidad de crear municipios en dichos territorios, siempre y cuando mediara acuerdo previo con las autoridades indígenas.

220. Hoy, la legislación vigente (esto es, el artículo 16 de la Ley 617 de 2000) permite la creación de municipios sin el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 8 cuando, previo a la presentación de la ordenanza, el presidente de la República considere su creación, pero no hace mención alguna a la prohibición de constituir estas entidades territoriales en territorios indígenas ni al acuerdo previo que debía existir con sus autoridades para que dicha creación se pudiera llevar a cabo de forma excepcional por razones de defensa nacional.

Aplicación del test de progresividad y no regresión al caso concreto

221. Como se mencionó anteriormente, para determinar si una medida es contraria al principio de progresividad y la prohibición de regresividad de los derechos, (i) es necesario verificar si afecta el ámbito de exigibilidad inmediata del derecho en cuestión, es decir, se debe evaluar si se desconoce el principio de no discriminación y el contenido esencial de ese derecho. A su turno, para determinar si la medida disminuye el nivel de satisfacción previamente alcanzado, (ii) se debe analizar si esta (a) recorta o limita el ámbito sustantivo de protección del respectivo derecho, (b) aumenta sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al derecho, o (c) disminuye o desvía sensiblemente los recursos públicos destinados a la satisfacción del mismo. Constatado lo anterior, (iii) se debe aplicar un test de proporcionalidad en sentido estricto, a fin de verificar si la medida es razonable.

222. Los demandantes advierten que, mediante el artículo 16 de la Ley 617 de 2000, el legislador adoptó una medida regresiva en materia de derechos de las comunidades étnicas, pues eliminó la prohibición de constituir municipios sin el lleno de los requisitos generales en territorios indígenas, prevista en el artículo 2 de la Ley 177 de 1994, que solo permitía la constitución flexible de esas entidades territoriales si mediaba acuerdo previo con las autoridades indígenas. Con ello, a su juicio, desconoció los artículos 1, 7, 246, 286, 287, 329, 330 y 56 transitorio de la Constitución, referidos a la participación de todos en las decisiones que los afectan, la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación, el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de las autoridades indígenas dentro de su ámbito territorial, la autonomía y los derechos de los territorios indígenas, la conformación de entidades territoriales indígenas, el gobierno de los territorios indígenas según sus usos y costumbres y el funcionamiento de los territorios indígenas y su coordinación con las demás entidades territoriales.

223. La Sala advierte que un elemento transversal en los argumentos planteados en la demanda es la presunta vulneración del derecho a la participación de las comunidades indígenas en los procesos de constitución de municipios en sus territorios sin el lleno de los requisitos generales. En efecto, los demandantes (i) sostienen que las normas anteriores sobre la materia garantizaban el derecho de los pueblos a participar en el ejercicio del poder público. Además, (ii) afirman que el legislador fue permeando las garantías constitucionales anteriormente señaladas, hasta eliminarlas por completo, sin que mediara participación alguna de los grupos étnicos. Igualmente, (iii) señalan que la disposición demandada afecta de manera desproporcionada el núcleo esencial del derecho de los pueblos indígenas a la participación en la configuración político-administrativa del Estado.

224. De esta manera, la Sala advierte que los derechos presuntamente vulnerados con la medida cuestionada son, en esencia, la consulta previa y la autonomía territorial indígena, estrechamente ligada al derecho a la autodeterminación de estos pueblos, que a su vez involucra el respeto por su identidad étnica y cultural.

La medida no afecta la autonomía territorial de las comunidades indígenas

225. La Sala advierte que, como se expuso previamente, el principio de progresividad y, en consecuencia, el test de progresividad o de no regresividad procede para analizar contenidos constitucionales de realización progresiva. En esa medida, los contenidos constitucionales que no son de realización progresiva, en tanto no corresponden a la faceta prestacional de un derecho constitucional, no pueden ser analizadas mediante dicho test. Tal es el caso de las denominadas garantías constitucionales, dentro de las cuales se enmarca el derecho a la autonomía territorial de las comunidades indígenas.

226. En efecto, si bien la autonomía de las comunidades indígenas también puede conceptualizarse como un derecho, en el presente asunto, los argumentos de la demanda

examinan dicho concepto como una garantía institucional, y no como un derecho constitucional. De hecho, los demandantes sostienen que la disposición acusada restringe la capacidad de autodeterminación y autogobierno de los territorios indígenas, a pesar de que la Constitución garantiza dicha competencia de manera expresa.

227. Por tanto, dado que el reproche de los accionantes versa sobre la presunta restricción que la disposición demandada impone a la autonomía de las comunidades indígenas como garantía institucional, el test de progresividad no es la metodología apropiada para analizar la presunta vulneración de esa garantía.

228. Lo anterior no quiere decir que no sea posible llevar a cabo un análisis de constitucionalidad de la disposición demandada, ya que esta puede ser estudiada bajo parámetros de razonabilidad y proporcionalidad o a partir del principio de maximización de la autonomía de las comunidades indígenas. De conformidad con este principio, las restricciones a dicha autonomía solo son admisibles cuando (i) sean necesarias para salvaguardar un interés de mayor jerarquía, en las circunstancias del caso concreto, y (ii) sean las menos gravosas, frente a cualquier medida alternativa, para el ejercicio de esa autonomía. Además, (iii) la evaluación de esos elementos debe llevarse a cabo teniendo en cuenta las particularidades de cada comunidad.

229. Con base en lo expuesto, la Sala considera que la norma demandada, en lo que respecta a la presunta vulneración de la autonomía territorial indígena, se ajusta al ordenamiento superior. Ello es así, en la medida que: (i) tiene por objeto salvaguardar un interés de mayor jerarquía, pues la creación excepcional de municipios sin el lleno de los requisitos generales obedece únicamente a razones de defensa nacional; (ii) no existen medidas alternativas para habilitar la creación excepcional de municipios sin el lleno de los requisitos generales, precisamente, por obedecer a razones de defensa nacional, y (iii) la medida es excepcional y, en todo caso, no tiene por finalidad regular la faceta prestacional de algún derecho constitucional.

La medida no afecta el ámbito de exigibilidad inmediata del derecho a la consulta previa ni desconoce su contenido esencial

230. Como se expuso en los acápites anteriores, el Convenio 169 de la OIT estableció la consulta previa como mecanismo específico de participación de los pueblos indígenas. Sus ejes esenciales son el respeto por la integridad de sus valores, prácticas e instituciones; la garantía de su derecho a decidir sus prioridades de desarrollo; el respeto de su relación con los territorios que ocupan o utilizan, y su participación en la adopción de decisiones a cargo de los organismos públicos responsables de las políticas y programas que les conciernan.

231. Así, en la medida que garantiza la eficacia de los derechos de los pueblos tribales e indígenas a controlar, en lo posible, su desarrollo económico, social y cultural, la consulta previa concreta mandatos constitucionales como facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y el respeto por la diversidad étnica y cultural, compromisos adquiridos por el Estado, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, frente a los pueblos étnica o culturalmente diversos.

232. Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala aplicará el test de progresividad y no regresión al caso concreto, para determinar si la medida adoptada por el legislador en el artículo 16 de la Ley 617 de 2000 es regresiva del derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa. Para ello, en primer lugar, verificará si la medida en cuestión afecta el ámbito de exigibilidad inmediata de este derecho y si se desconoce su contenido esencial.

233. Tal como lo advierten los demandantes, la disposición bajo examen no proscribe la creación de municipios sin el lleno de los requisitos legales en los territorios indígenas, ni advierte sobre la posibilidad de llevarla a cabo únicamente cuando medie acuerdo con las autoridades indígenas, como lo preveía el artículo 2 de la Ley 177 de 1994, modificado por la norma en cuestión. Por tanto, en principio, se podría afirmar que el artículo 16 de la Ley 617

de 2000 afecta la exigibilidad del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.

234. Sin embargo, la Sala advierte que el hecho de que la disposición demandada no se refiera de manera expresa a la necesidad de consultar a las comunidades indígenas no implica que el Estado y, concretamente, las asambleas departamentales, estén autorizados para adelantar el correspondiente proceso de constitución de municipios sin realizar dicha consulta, cuando involucre territorios indígenas. En efecto, una interpretación integral y sistemática de la disposición demandada permite concluir que el derecho a la consulta previa está garantizado por instrumentos internacionales ratificados por el Estado colombiano, que hacen parte del bloque de constitucionalidad y establecen un régimen especial de protección de la autonomía de las comunidades étnicas que no puede ser desconocido por las autoridades administrativas.

235. Así, no es posible afirmar que, en el asunto bajo examen, el ámbito de protección del derecho a la consulta previa se vea limitado o recortado, pues la obligación de consultar a las comunidades indígenas permanece, con independencia de que la norma en cuestión la prevea o no. En otras palabras, el hecho de que la disposición cuestionada no señale expresamente que se debe adelantar la consulta previa de ninguna manera excusa al Estado del cumplimiento de esa obligación constitucional, en los términos previstos por el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de esta Corte. Por tanto, se entiende que es imperativo llevar a cabo la consulta previa, cuando la constitución de municipios sin el cumplimiento de los requisitos generales afecte de manera directa a las comunidades indígenas que habitan en la zona.

236. Ahora bien, en tales eventos, es necesario evaluar cada caso particular, para determinar la intensidad de esa afectación, pues el grado de afectación derivado de la aplicación de la disposición demandada puede no resultar equivalente en todos los casos. En efecto, la creación de un municipio en territorios indígenas tiene la aptitud de desencadenar impactos diversos que se deben tener en cuenta al momento de dar aplicación práctica a la norma

demandada. Así, es posible que la creación de un municipio -considerando las características organizativas de la comunidad indígena- tenga repercusiones más o menos intensas. Por tanto, las autoridades deberán tener en cuenta los niveles de intensidad de la afectación señalados de la Sentencia SU-123 de 2018, al momento de aplicar la disposición en cuestión.

237. Toda vez que, como se indicó, la medida cuestionada no afecta el ámbito de exigibilidad inmediata del derecho a la consulta previa ni desconoce su contenido esencial, la Sala concluye que esta no es regresiva y, en consecuencia, se ajusta al ordenamiento superior, sin que sea necesario agotar el examen de los demás elementos que componen el test de progresividad y no regresión. Esto, bajo el entendido de que, para su aplicación práctica, se mantiene la obligación de llevar a cabo la consulta previa en aquellos casos que afecten directamente a las comunidades indígenas, de conformidad con el Convenio 169 de la OIT y los artículos 287, 329, 330 y 56 transitorio de la Constitución.

238. Ahora bien, la Sala no desconoce que la norma demandada resulta problemática, en la medida en que permite inferir que las asambleas departamentales están autorizadas para crear municipios sin el lleno de los requisitos generales, cuando el presidente de la República así lo considere por razones de defensa nacional, en zonas en donde existen territorios indígenas. Esto, sumado a que, anteriormente, el legislador estableció una prohibición expresa de crear municipios por razones excepcionales en esos territorios.

239. Con todo, se advierte que de conformidad con lo previsto en los artículos 286, 329, 330 y 56 transitorio de la Constitución, los territorios indígenas y los municipios pueden coexistir, sin que esto implique necesariamente que los derechos y las facultades que les atribuyen la Constitución, la ley y los reglamentos entren en conflicto ni que, de plano, su coexistencia desconozca el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas. Ello, en la medida que las entidades territoriales cuentan con la garantía constitucional de ejercer las competencias y facultades previstas en el artículo 287 superior, que les permiten gestionar sus propios asuntos y actuar mediante sus órganos de administración. En otras palabras,

conservan su capacidad de administración u organización, así como su poder para ejercer sus funciones a través de sus propias autoridades.

240. Es decir, el hecho de que la norma demandada no prohíba crear municipios sin el lleno de los requisitos generales en territorios indígenas no autoriza al Estado para desconocer la autonomía de esos territorios ni para imponer en ellos formas de administración y gobierno ajenas a las costumbres y cosmovisiones de los pueblos que los habitan. De lo contrario, se desconocería el régimen constitucional especial que les confiere a dichos territorios el carácter de entidades territoriales y les atribuye específicas funciones dirigidas a materializar sus derechos a la autodeterminación y la autonomía territorial. La Sala insiste en que, independientemente de que la disposición demandada no lo establezca de manera expresa, es indiscutible la obligación, en cabeza del Estado, de respetar y garantizar el derecho a la autonomía territorial de las comunidades indígenas.

241. Así las cosas, a juicio de la Sala, con independencia de lo previsto en la norma en cuestión, no es constitucionalmente posible imponer una forma de administración y gobierno ajena a las costumbres, tradiciones y cosmovisión de los pueblos indígenas, mediante la creación de municipios sin el lleno de los requisitos generales en sus territorios, pues, de lo contrario, se afectaría su derecho a la autodeterminación. Dicho de otro modo, si bien los municipios y los territorios indígenas pueden coexistir dentro del territorio nacional como entidades territoriales autónomas, no es posible imponer el régimen de los municipios a los territorios indígenas, que, en todo caso, conservan su facultad de gobernarse por sus propias autoridades y ejercer las competencias que les correspondan, en los términos del artículo 287 superior. Tales límites, derivados de los derechos a la autodeterminación y la autonomía territorial de los pueblos indígenas, como sujetos de especial protección constitucional, deben ser tenidos en cuenta por las asambleas departamentales cuando ejerzan su facultad de crear municipios sin el lleno de los requisitos generales, en los eventos previstos en la disposición demandada.

242. Con base en las anteriores consideraciones, la Sala declarará la exequibilidad

condicionada del artículo 16 de la Ley 617 de 2000, en el entendido de que se deberá realizar consulta previa en los casos en que la creación del municipio afecte directamente a comunidades indígenas asentadas en el territorio del nuevo municipio.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- Declararse INHIBIDA para pronunciarse de fondo sobre la constitucionalidad del artículo 2 de la Ley 177 de 1994, por las razones expuesta en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Declarar la EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA el artículo 16 de la Ley 617 de 2000 “Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional”, en el entendido de que se deberá realizar consulta previa en los casos en que la creación del municipio afecte directamente a comunidades indígenas asentadas en el territorio del nuevo municipio, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase,

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Presidenta

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

Con aclaración de voto

Magistrado

Con aclaración de voto

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con aclaración de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con aclaración de voto

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Con aclaración de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

A LA SENTENCIA C-047/22

CREACIÓN DE MUNICIPIOS EN TERRITORIOS INDÍGENAS SIN EL LLENO DE REQUISITOS GENERALES-Necesidad de verificar los niveles de intensidad de la afectación directa a las comunidades indígenas (Aclaración de voto)

(...) si bien en algunos eventos de creación de municipios se activará el deber de adelantar el proceso de consulta previa, no puede descartarse que en otros el efecto sea tan agudo -afectación directa intensa- que imponga la obligación de obtener el consentimiento previo, libre e informado en los términos en los que la jurisprudencia lo ha definido. Considerar esa distinción es fundamental para asegurar la protección de la diversidad cultural reconocida en los artículos 7, 8, 246, 329 y 330 de la Constitución. Al no decirlo en la parte resolutive, la Corte lo ha debido advertir con mayor contundencia en las consideraciones de esta sentencia y, por ello, he estimado necesario insistirlo en esta aclaración.

1. 1. No obstante que comparto la decisión, la Sala Plena ha debido destacar de forma más precisa los efectos diferenciados que la creación de municipios -en las condiciones previstas en la disposición acusada- puede tener en la autonomía de las comunidades indígenas.

2. Es cierto que la sentencia reconoce tal circunstancia al señalar -fundamento jurídico 236- que “es necesario evaluar cada caso particular, para determinar la intensidad de esa afectación, pues el grado de afectación derivado de la aplicación de la disposición demandada puede no resultar equivalente en todos los casos”. Advierte también que “la creación de un municipio en territorios indígenas tiene la aptitud de desencadenar impactos diversos que se deben tener en cuenta al momento de dar aplicación práctica a la norma demandada” de manera que “es posible que la creación de un municipio -considerando las

características organizativas de la comunidad indígena- tenga repercusiones más o menos intensas". Así las cosas, concluye que "las autoridades deberán tener en cuenta los niveles de intensidad de la afectación señalados de la Sentencia SU-123 de 2018, al momento de aplicar la disposición en cuestión".

3. Las formas de vida y organización que adoptan en sus territorios dichas comunidades no son iguales. En consecuencia y como lo indica la sentencia, el impacto debe ser analizado en cada situación concreta. Ese análisis es imprescindible a fin de definir las condiciones bajo las cuales debe tener lugar el diálogo con los integrantes de la comunidad.

4. Esta premisa tiene como efecto inevitable el reconocimiento de diferentes posiciones jurídicas que amparan a las comunidades indígenas en virtud de los derechos a la autonomía y participación. Un significativo esfuerzo para identificar dichas posiciones fue realizado en la sentencia SU-123 de 2018 -referida en varios lugares de la providencia- en la que la Corte precisó el tipo de interferencias -afectaciones- y a partir de ello, estableció las garantías que surgen cuando se producen. Señaló:

"Cuando la medida no afecte directamente al pueblo étnico (...), la participación corresponderá al estándar de intervención básico que se relaciona con la inclusión de las comunidades en los órganos decisorios nacionales o la mediación de sus organizaciones en cualquier escenario que les interese (...).

Cuando la medida sea susceptible de afectación directa al pueblo étnico, se aplican todas las reglas de deliberación con las comunidades tradicionales, conforme al derecho a la consulta previa y con el propósito genuino de llegar a un acuerdo. En caso de que la consulta sea adecuadamente realizada pero no conduzca a un acuerdo, la administración deberá implementar la medida con base en los principios de razonabilidad y proporcionalidad (...).

La afectación directa intensa aplica cuando una medida amenace la subsistencia de la comunidad tradicional, por lo cual, en principio, la ejecución de la medida requiere el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades tradicionales y en caso de no llegar a un acuerdo, prevalecerá la protección de las comunidades tradicionales. Se da en estos tres casos excepcionales, conforme a los desarrollos jurisprudenciales y del derecho internacional (...): (i) Traslado o reubicación del pueblo indígena o tribal de su lugar de asentamiento (...); (ii) el almacenamiento o depósito de materiales peligrosos o tóxicos en sus territorios (...); (iii) medidas que impliquen un alto impacto social, cultural y ambiental que pone en riesgo su subsistencia” (negritas no hacen parte del texto).

5. En suma, si bien en algunos eventos de creación de municipios se activará el deber de adelantar el proceso de consulta previa, no puede descartarse que en otros el efecto sea tan agudo -afectación directa intensa- que imponga la obligación de obtener el consentimiento previo, libre e informado en los términos en los que la jurisprudencia lo ha definido. Considerar esa distinción es fundamental para asegurar la protección de la diversidad cultural reconocida en los artículos 7, 8, 246, 329 y 330 de la Constitución. Al no decirlo en la parte resolutive, la Corte lo ha debido advertir con mayor contundencia en las consideraciones de esta sentencia y, por ello, he estimado necesario insistirlo en esta aclaración.

Ut supra,

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

A LA SENTENCIA C-047/22

No obstante haber sustanciado la presente sentencia he considerado necesario aclarar mi voto en relación con el condicionamiento en el sentido de que se deberá realizar consulta previa en los casos en que la creación del municipio afecte directamente a comunidades indígenas asentadas en su territorio.

En mi opinión tal condicionamiento resultaba innecesario pues, incluso sin el condicionamiento, conforme al ordenamiento jurídico las autoridades estatales están obligadas a garantizar los derechos de las comunidades indígenas. En ese sentido, el hecho de que la norma cuestionada no previera ninguna medida específicamente dirigida a garantizar tales prerrogativas no eximía a las asambleas departamentales de sus deberes consistentes en (i) garantizar el derecho a la participación de dichas comunidades, y (ii) respetar su autonomía territorial y sus formas de gobierno, en los eventos de creación excepcional de municipios, pues ninguna autoridad puede desconocer el régimen constitucional especial de protección de los pueblos étnicos. Por lo tanto, era innecesario condicionar la exequibilidad de la norma demandada en los términos adoptados por la mayoría de la Sala Plena.

De otro lado, considero que dicho condicionamiento resulta problemático, pues podría dar a entender que la consulta previa solo es necesaria cuando se requiera crear municipios sin el lleno de los requisitos legales por razones de defensa nacional, lo que constituye una excepción, pero no así cuando la creación de municipios se surta de conformidad con las condiciones previstas en el artículo 8 de la Ley 136 de 1994, que es la regla general y no contempla ni se encuentra condicionada a la consulta.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

A LA SENTENCIA C-047/22

Ref.: Expediente D-14027

Demanda de inconstitucionalidad contra del artículo 16 de la Ley 617 de 2000, “[p]or la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional”, y el artículo 2 de la Ley 177 de 1994, “[p]or la cual se modifica la Ley 136 de 1994 y se dictan otras disposiciones”.

Magistrado ponente:

Antonio José Lizarazo Ocampo

En esta oportunidad, comparto la decisión adoptada por la Sala Plena: por un lado, la inhibición para pronunciarse de fondo sobre la constitucionalidad del artículo 2° de la Ley 177 de 1994 y, por otro, la declaratoria de la exequibilidad condicionada del artículo 16 de la Ley 617 de 2000, en el entendido de que se deberá realizar una consulta previa en los casos en los que la creación del municipio afecte directamente a las comunidades indígenas asentadas en el territorio. No obstante, de manera respetuosa me permito aclarar mi voto con el propósito de precisar una situación en particular relacionada con la aplicación del Convenio 169 de la OIT, ratificado por la Ley 21 de 1991.

En mi criterio, debido a que el artículo 16 de la Ley 617 de 2000 examinado no obliga a las asambleas departamentales a la creación explícita de municipios ubicados en territorios indígenas, el eventual análisis sobre una vulneración al derecho de consulta previa de las comunidades aledañas y el posible desconocimiento al Convenio 169 de la OIT, solo se activará si en el trámite de su creación, se observe la existencia de una afectación directa a los intereses de la comunidad étnica que se encuentre ubicada en el territorio del nuevo municipio. Sobre el particular, en la sentencia C-348 de 2021, se incluyó un resumen de los niveles de participación de las comunidades indígenas y tribales según el grado de afectación de la medida en cuestión. Dicho resumen, retoma las consideraciones realizadas por la Corte en la sentencia SU-123 de 2018, las cuales si bien se mencionan en la sentencia C-047 de 2022, considero que existen unos vacíos frente a escenarios diferentes a la consulta previa, y que deben ser tenidos en cuenta, así:

Intensidad de la afectación y los niveles correspondientes de participación de los grupos étnicos

Intensidad de la afectación

Consideraciones generales respecto del tipo de participación

Carencia de afectación directa

- * Participación de la colectividad en igualdad de condiciones al resto de ciudadanos.
- * La participación corresponderá al estándar de intervención básico; la inclusión de las comunidades étnicas en los órganos decisorios nacionales o la mediación de sus organizaciones en cualquier escenario que les interese.

Susceptible de afectación directa

□ Derecho a la consulta previa: ser consultados ante medidas (legislativa o administrativa) que los afecten de manera directa.

□ La Corte ha explicado que, entre otros, existe afectación directa a las minorías étnicas cuando: (i) se perturban las estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales; (ii) existe un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la minoría étnica; (iii) se imposibilita realizar los oficios de los que se deriva el sustento; (iv) produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto de su territorio. Igualmente, según la jurisprudencia, la consulta previa también procede (v) cuando una política, plan o proyecto recaiga sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (vi) cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio; (vii) si se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o posición jurídica; (viii) o por la interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido. En particular, en relación con leyes o medidas de orden general, la consulta procede si la medida general afecta con especial intensidad o de manera diferenciada a los pueblos étnicos (ver supra, numeral 129).

□ Se aplican todas las reglas de deliberación con las comunidades tradicionales, conforme al derecho a la consulta previa y con el propósito genuino de llegar a un acuerdo.

Afectación directa intensa

□ Necesidad de la obtención del consentimiento previo libre e informado, cuando una medida amenace la subsistencia de la comunidad tradicional, en estos tres casos excepcionales, conforme a los desarrollos jurisprudenciales y del derecho internacional: (i) Traslado o reubicación del pueblo indígena o tribal de su lugar de asentamiento; (ii) el almacenamiento

o depósito de materiales peligrosos o tóxicos en sus territorios: (iii) medidas que impliquen un alto impacto social, cultural y ambiental que pone en riesgo su subsistencia.

□ En principio sólo se tiene la facultad de implementar la medida si obtiene el consentimiento, previo, libre e informado de la comunidad indígena, y en caso de no llegar a un acuerdo, prevalecerá la protección de las comunidades tradicionales (ver fundamento 17.15 de la sentencia SU-123 de 2018).

En ese orden de ideas, dependerá del caso concreto y de las circunstancias particulares de cada municipio creado en territorio indígena, lo que deba determinar el análisis de una eventual vulneración del derecho fundamental a la consulta previa o de cualquier otro de los mecanismo previstos para garantizar la participación de los grupos étnicos. Dichos niveles obedecen a la aplicación del principio de proporcionalidad y ni regresividad, y deben ser tenidos en cuenta en la implementación de esta normatividad, con el fin de maximizar la garantía de autonomía territorial y libre determinación de las comunidades potencialmente afectadas. Para ello, el ente creador deberá determinar el nivel de afectación de los intereses de la respectiva comunidad, conforme a las reglas jurisprudenciales definidas por esta corporación en la sentencia SU-123 de 2018, y establecer la ruta a seguir en cada caso.

En los anteriores términos, con el acostumbrado respeto por las decisiones de la mayoría, dejo consignada mi aclaración de voto a la sentencia C-027 de 2022.

Fecha ut supra,

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado