

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA-Vulneración

Las normas impugnadas se exponen altamente restrictivas del derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas, al impactar zonas de sus territorios en las cuales desarrollan sus prácticas culturales, autogobierno e instituciones propias, con carácter persistente e intenso y que se relacionan de manera inescindible con los derechos reconocidos en la Constitución y en el Convenio 169 de la OIT. La ausencia de una LOOT no se puede constituir en una excusa para que se desconozca el artículo 329 y el régimen transitorio (art. 56) de la Constitución, que ha permitido poner en funcionamiento territorios indígenas, como son los que se ubican en las ANMs de los departamentos del Amazonas, Guainía y Vaupés. En este sentido, se termina afectando de manera directa e intensa a las comunidades indígenas localizadas en las áreas no municipalizadas, lo que hacía imperioso la consulta previa, libre e informada -no posterior- de las medidas legislativas aprobadas, atendiendo la forma en que los pueblos indígenas perciben el territorio, que exige el mayor nivel de protección que se les pueda otorgar.

ENTIDADES TERRITORIALES INDÍGENAS-Exhorto al Gobierno Nacional y al Congreso para que, en orden a sus competencias, impulsen, tramiten y expidan la legislación orgánica

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES INDIGENAS Y GRUPOS ETNICOS-Contenido y alcance

CONVENIO 169 DE LA OIT Y BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Fundamento del derecho a la consulta previa

CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ETNICOS-Procede cada vez que se vayan a adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecte directamente

CONSULTA PREVIA DE MEDIDAS LEGISLATIVAS A LAS COMUNIDADES ETNICAS-Reiteración de jurisprudencia

CONSULTA PREVIA-Afectación directa para determinar su procedencia

CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ETNICOS EN MEDIDAS LEGISLATIVAS-Oportunidad para su realización

La Corte ha sostenido que en materia de medidas legislativas la consulta previa se debe realizar con anterioridad a la radicación del proyecto de ley en el Congreso de la República, lo cual obedece a la exigencia de oportunidad de la consulta, ya que una vez adoptadas “la participación de las comunidades étnicas no tendría ninguna utilidad”. En este escenario, se trataría, entonces, no de un proceso de consulta, sino de una mera notificación de algo que ya ha sido decidido, situación que resultaría contraria a los criterios para la aplicación de la consulta”.

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA Y AL TERRITORIO COLECTIVO DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS-Relación

TERRITORIO ETNICO-Concepto

CONCEPTOS DE AUTONOMIA Y UNIDAD NACIONAL-Deben entenderse en forma armónica

AUTONOMIA TERRITORIAL-Contenido y alcance

La autonomía territorial se expresa de manera medular “en los derechos de las entidades territoriales a gestionar sus asuntos propios y a actuar a través de sus órganos de gobierno para la administración de las materias de interés regional o local. En consecuencia, para la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales, el legislador no puede establecer normas que socaven la capacidad de las unidades territoriales para determinar su administración, organización y funcionamiento o menguar el poder de decisión o las competencias asignadas a las autoridades locales”.

MUNICIPIO-Entidad fundamental

ÁREAS NO MUNICIPALIZADAS-Definición

Aunque el país se encuentra dividido administrativa y políticamente en departamentos y estos en municipios, no todo el territorio del departamento hace parte de un municipio, ya que algunas áreas geográficas no han sido incluidas dentro del territorio de ningún municipio. Inicialmente tales zonas se denominaron “corregimientos departamentales” y actualmente se conocen como “áreas no municipalizadas”, al corresponder a “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

La Constitución establece que los “territorios indígenas” constituyen también entidades territoriales (art. 286) y, por tanto, gozan de autonomía para la gestión de sus intereses dentro de los límites de la Constitución y de la ley (art. 287). El artículo 2.14.7.1.2. del Decreto 1071 de 2015 define 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”.

RESGUARDO INDIGENA-Definición

ENTIDADES TERRITORIALES INDIGENAS-Finalidad

Las ETIs tienen por 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”.

DERECHO A LA LIBRE DETERMINACION O AUTONOMIA DE LAS COMUNIDADES ETNICAS- Alcance

Una de las principales garantías de los pueblos indígenas es la autonomía o libre determinación, al fundamentarse en el reconocimiento de la coexistencia de diversas concepciones del mundo (pluralismo), además del carácter instrumental que tiene al

permitirles que mediante el control de sus estructuras sociales, formas de organización, creencias y costumbres preserven los elementos que las identifican y, de esta forma, se garantice su supervivencia. Entonces, la autodeterminación de los pueblos indígenas corresponde al derecho a establecer “[...] sus propias instituciones y autoridades de gobierno; a darse o conservar sus normas, costumbres, visión del mundo y opción de desarrollo o proyecto de vida; y de adoptar las decisiones internas o locales que estime más adecuadas para la conservación o protección de esos fines”.

COMUNIDADES INDIGENAS-Reconocimiento de estatus especial por la Constitución Política y Convención 169 de la OIT

Las comunidades indígenas gozan de un estatus constitucional especial, toda vez que forman una circunscripción especial para la elección de senadores y representantes (arts. 171 y 176 CP); ejercen funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y la ley (art. 246 CP); se gobiernan por Consejos Indígenas según sus usos y costumbres, de acuerdo con la Carta y la ley (art. 330 CP); y sus territorios o resguardos son de propiedad colectiva y de naturaleza inalienable, imprescriptible e inembargable (arts. 63 y 329 CP).

DERECHO A LA PROPIEDAD COLECTIVA DE GRUPOS ETNICOS SOBRE TERRITORIOS-Fundamental

DERECHO A LA PARTICIPACION DE COMUNIDADES INDIGENAS-Protección constitucional y alcance

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

SENTENCIA C-054 DE 2023

Referencia: expediente D-14817

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 6º y 151 de la Ley 2200 de 2022, “[p]or la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los departamentos”.

Accionantes: Julio César López Jamioy y Gabriel Vanegas Torres

Magistrado Ponente:

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS.

Bogotá, D.C., ocho (8) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, una vez cumplidos los requisitos y trámites establecidos en el Decreto ley 2067 de 1991,

profiere la siguiente

I. ANTECEDENTES

1. En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad¹ los ciudadanos Julio César López Jamioy y Gabriel Vanegas Torres demandaron la integralidad de los artículos 6º y 151 de la Ley 2200 de 2022. Mediante Auto de 12 de julio de 2022, el magistrado sustanciador admitió la demanda², decretó la práctica de pruebas³, comunicó la iniciación del asunto⁴, fijó en lista para la intervención ciudadana y corrió traslado a la Procuraduría General de la Nación, invitando además a expresar su opinión a las entidades públicas y privadas⁵, así como a la academia⁶.

II. TEXTO DE LAS NORMAS DEMANDADAS

1. Las disposiciones acusadas establecen lo siguiente:

“LEY 2200 DE 2022⁷

(febrero 8)

Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los departamentos

El Congreso de Colombia

DECRETA:

(...)

ARTÍCULO 6. Áreas no municipalizadas. El Gobernador ejercerá la administración sobre las áreas no municipalizadas hasta tanto se surta el proceso de municipalización de conformidad con el artículo 9º de la Ley 136 de 1994 o estas áreas se transformen en otra entidad territorial.

(...)

ARTÍCULO 151. El artículo 9º de la Ley 136 de 1994 quedará así:

´Artículo 9º. Excepción. Sin el lleno de los requisitos generales para la creación de municipios, las Asambleas Departamentales podrán elevar a municipios las áreas no municipalizadas de su jurisdicción o podrá hacerlo el Presidente de la República mediante decreto.

Una o varias áreas no municipalizadas pertenecientes al mismo departamento podrán conformar un nuevo municipio.

Para erigir las áreas no municipalizadas en municipios, se deberá contar con previo concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto ley 2274 de 1991.

Los departamentos, cuando a ello hubiere lugar, deberán adelantar las actuaciones para llevar a cabo la consulta previa del respectivo proyecto de ordenanza.

La ordenanza deberá establecer expresamente las medidas necesarias para garantizar la continuidad de la prestación de los servicios básicos en el nuevo municipio por parte del departamento, de conformidad con lo previsto en los parágrafos 2º y 3º del artículo 87 de la Ley 715 de 2001.

La ordenanza deberá disponer las medidas necesarias para que los departamentos garanticen el funcionamiento de los nuevos municipios durante la vigencia fiscal en que fueren creadas, de conformidad con lo previsto en el inciso 5º del artículo 87 de la Ley 715 de 2001.

Una vez aprobada y en firme la ordenanza, la Registraduría Nacional del Estado Civil en coordinación y apoyo del respectivo departamento adelantará lo referente al proceso para la elección de los alcaldes y los concejales en los nuevos municipios.

La adhesión de áreas no municipalizadas a municipios existentes se regirá por lo dispuesto en este artículo, siempre y cuando, las áreas no municipalizadas y los municipios existentes hagan parte del mismo departamento.

En los procesos de municipalización de áreas no municipalizadas que a la entrada en vigencia de la presente ley se haya realizado la consulta previa, continuarán conforme a lo dispuesto en este artículo.

Las entidades competentes para adelantar la consulta previa tendrán un término de máximo seis (6) meses para llevarla a cabo, contados a partir de la comunicación del proyecto de ordenanza por parte de la Asamblea Departamental o del departamento.

III. LA DEMANDA

1. Los accionantes⁸ consideran que las normas acusadas en su integralidad infringen los artículos 1º, 7º, 40 y 330 de la Constitución, así como el artículo 6º del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), por “omisión de la consulta previa y la violación del autogobierno indígena”⁹. Como fundamento señalan que si bien es cierto que la ley orgánica acusada se caracteriza por tener un alcance general, los artículos demandados hacen referencia a las “áreas no municipalizadas” (ANMs), por lo cual sus efectos se concretan en especial en los departamentos de Amazonas, Vaupés y Guainía, que son principalmente ámbitos territoriales indígenas, porque están tituladas como resguardos casi en su totalidad o sobre ellas se adelanta un proceso de puesta en funcionamiento como entidades territoriales indígenas (ETIs).

1. Evocan que antes de la promulgación de la Constitución importantes porciones del país, que integraban los “territorios nacionales” en los departamentos de Amazonas, Vaupés y Guainía, no pasaron a integrar ningún municipio en el nuevo ordenamiento político del país. Con la expedición de la Carta se estableció un régimen de transición para las antiguas intendencias y comisarias. Hasta entonces se había considerado que por la escasa densidad poblacional, falta de actividades económicas y razones de orden público, estas áreas no se podían constituir en municipios y su administración dependía directamente de las autoridades encargadas del manejo de los territorios nacionales.

1. Bajo las facultades extraordinarias del artículo transitorio 39 de la Constitución, el Gobierno nacional expidió el Decreto 2274 de 1991¹⁰ que organizó esos ámbitos, equivalentes al 33% del territorio nacional, como “corregimientos departamentales”. Tales corregimientos, precisan, se justificaban de manera transitoria y excepcional mientras se ponían en funcionamiento los nuevos departamentos creados por la Constitución, sin

embargo, como el decreto les quiso dar carácter permanente, en la Sentencia C-141 de 2001 la Corte declaró contraria a la Constitución dicha figura, por lo que quedó un vacío jurídico, “realidad frente a la cual la puesta en funcionamiento de los territorios indígenas es una alternativa no solo pertinente (estas áreas son a la vez territorios indígenas) sino válida (las entidades territoriales indígenas están previstas constitucionalmente en el artículo 286 y su gobierno determinado en el artículo 330)”¹¹.

1. Encuentran que dichas ANMs “no se pueden asimilar ni se pueden configurar como municipios, por sus particularidades étnicas, socio culturales y territoriales. En su lugar, los territorios indígenas allí existentes están facultados para constituirse como entidades territoriales indígenas”. La ley orgánica de ordenamiento territorial (LOOT) para las ETIs, aún no se ha expedido a pesar de haber transcurrido 30 años. Después se profirió el Decreto 632 de 2018¹², que integra en forma transitoria estas áreas al ordenamiento territorial con la categoría de territorios indígenas a nivel de entidades territoriales. En la actualidad hay 18 áreas no municipalizadas en los departamentos de Amazonas, Vaupés y Guainía, todas ellas traslapadas sobre territorios indígenas formalizados por el Estado:

Áreas no municipalizadas en la Amazonía oriental

Departamento

Año de creación

Acto administrativo de creación

Amazonas

El Encanto

1953

Decreto 274 de mayo 28 de 1953

La Chorrera

1953

Decreto 274 de mayo 28 de 1953

La Pedrera

1953

Decreto 274 de mayo 28 de 1953

La Victoria

1996

Ordenanza 12 de julio 9 de 1996

Mirití Paraná

1953

Decreto 274 de mayo 28 de 1953

Puerto Alegría

1997

Ordenanza 24 de agosto 1 de 1997

Puerto Arica

1997

Ordenanza 23 de agosto 1 de 1997

1953

Decreto 274 de mayo 28 de 1953

Tarapacá

1953

Decreto 274 de mayo 28 de 1953

Guainía

Cacahual

1988

Resolución 83 de 1988

La Guadalupe

1988

Resolución 83 de 1988

Morichal Nuevo

1988

S/I

Pana Pana

1988

Resolución 83 de 1988

Puerto Colombia

1988

Resolución 83 de 1988

San Felipe

1988

Resolución 83 de 1988

Vaupés

Pacoa

1967

S/I

Papunaua

1977

S/I

Yavaraté

1914

Decreto nacional 1510 de 29 de diciembre de 2014

Fuente: elaboración propia con base en información del Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC)¹³

1. Manifiestan que de acuerdo con las cifras oficiales que la Fundación GAIA Amazonas consultó en las bases de datos del IGAC y la ANT, la superposición de las áreas no municipalizadas con los resguardos indígenas es ostensible. Un total de 14,88 millones de hectáreas de las ANMs se traslapa con resguardos indígenas formalmente constituidos por el Estado, esto es, el 89,6% de la superficie de todas las áreas no municipalizadas. Asimismo, de acuerdo con información oficial del DANE la población total es de 34.700 personas y la indígena asciende a 29.370 personas, es decir, el 84% se auto reconoce como indígena:

Departamento

Población total

Población indígena

%

Amazonas

El Encanto

1.885

1.437

76%

La Chorrera

2.537

2.049

87%

La Pedrera

3.781

3.144

83%

La Victoria

166

160

96%

Mirití Paraná

1.023

773

Puerto Alegre

681

584

86%

Puerto Arica

794

525

66%

Puerto Santander

1.450

1.209

83%

Tarapacá

3.179

2.786

88%

Guainía

Cacahual

839

800

95%

La Guadalupe

222

196

88%

Mapiripana

1.011

757

75%

Morichal

812

742

91%

Pana Pana

1.182

803

68%

Puerto Colombia

1.643

1.515

92%

San Felipe

1.411

1.196

85%

Vaupés

Pacoa

3.956

3.584

Papunaua

432

379

88%

Yavaraté

756

670

89%

Fuente: elaboración propia con base en censo nacional de población y vivienda 2018 DANE

1. De esta manera, observan que las normas acusadas inciden directamente en la dimensión social, económica, política y jurídica de los pueblos y territorios indígenas, razón por la cual antes de su trámite legislativo debían surtir la garantía del derecho fundamental a la consulta previa, libre e informada. Anotan que “no se pueden regular las condiciones de gobierno y administración de unas secciones geográficas del país eminentemente indígenas, negando que esa legislación, por sí misma, produzca afectaciones, positivas o negativas, sobre quienes están ahí”.

1. La afectación directa no solo se contrae a que las ANMs son en su casi totalidad territorios indígenas, sino también a que contaban antes de la emisión de la legislación orgánica con una regulación normativa¹⁴ que fue consultada con los pueblos indígenas, como lo es el Decreto 632 de 2018¹⁵, cuyo propósito es poner en funcionamiento los territorios indígenas, en desarrollo de las disposiciones constitucionales que prescriben que los territorios indígenas son entidades territoriales y están gobernados por los Consejos Indígenas. Informan que un total de 14 territorios indígenas ubicados en los tres departamentos tienen conformados y registrados sus Consejos Indígenas y adelantan procesos de consolidación de delimitación territorial, régimen administrativo, plan de vida y cuantificación de población (art. 9º del decreto)¹⁶:

Gobiernos indígenas conformados y registrados en las ANMs (a mayo 2022)

Consejo indígena

Ubicación (departamento)

Fecha conformación Consejo Indígena

Fecha

Solicitud

Registro

Resolución y fecha Registro

Río Pirá Paraná

Vaupés

3 al 5 may./19

26 sept./19

105 de 22 jul./21

Mirití Paraná

Amazonas

26 al 28 agost./19

26 sept./19

1402 de 30 nov./20

Medio Río Guainía

16 agost./19

26 sept./19

104 de 22 jul./21

Yaigojé Apaporis

Amazonas/Vaupés

3 y 4 nov./19

13 dic./19

145 de 19 oct./21

Unido de los Ríos Isana y Surubí TIURUS

Vaupés/Guainía

8 nov./19

13 dic./19

146 de 19 oct./21

Bajo Río Caquetá

Amazonas

15 al 17 nov./19

16 dic./19

Registrado OfI2020-1195 de 28 abr./20

Alto Río Guainía

Guainía

8 oct./19

13 dic./19

144 de 19 oct./21

Curripaco Nheengatú del Bajo Río Guainía y Negro

Guainía

7 marz./20

18 sept./20

15 de 21 feb./22

Unidad, Pensamiento y Sabiduría de la Palabra de Vida para el cuidado de las generaciones del territorio Arica

Amazonas

22 marz./20

10 dic./20

13 de 15 febr./22

Riό Tiquié

Vaupés

5 y 6 feb./21

12 de 11 feb./22

PANI

Amazonas

7 al 9 abr./21

29 jul./21

10 de 4 feb./22

Mayor de Tarapacá CIMTAR

Amazonas

29 al 31 ener./21

3 agost./202(sic)

23 de 7 marz./22

Multiétnico del territorio ancestral del los Ríos Atabapo Inírida CIMENTARAI

Guainía

7 jul./21

13 agost./202 (sic)

11 de 4 feb./22

Autoridades tradicionales indígenas de Tarapacá Territorio Uitiboc ASOAIMTAM

Amazonas

5 al 7 febr./21

21 sept./21

19 de 1 marz./22

Fuente: Elaboración propias con base en información del Ministerio del Interior

1. Según lo mencionado consideran que el artículo 6º al determinar que las ANMs en un contexto de promoción de la municipalización de estas serán administradas por el Gobernador Seccional y el artículo 151 al promover, regular y flexibilizar la conversión de estas áreas en municipios y atribuir facultades al Presidente de la República en contra de la cláusula general de competencias, para crear municipios mediante decreto y, sobre todo, al regular condiciones de tiempo y modo para el ejercicio del derecho a la consulta previa; “se produce una innegable transformación regulatoria que rige sobre estas áreas, que se proyecta, inevitable y directamente, sobre los derechos de los pueblos y territorios indígenas

que se ubican allí, sobre su integridad. Dicho en otras palabras, se afecta a los pueblos indígenas, pese a lo cual estos no fueron consultados antes de la expedición de la Ley 2200 de 2022". Con ello se altera unilateralmente y de forma inconsulta el estatus de estas ANMs, sobre las cuales gobierna ahora una nueva autoridad que no es la indígena sino el gobernador seccional, además de la facultad presidencial orgánica de crear municipios a discreción y, finalmente, los procesos de consulta previa quedan regulados en su duración (6 meses).

1. En relación con el artículo 6º acusado, afirman que al trasladarse la atribución de gobierno de estas áreas al gobernador seccional, aunque lo fuera de manera transitoria, "interfiere materialmente, esto es, afecta directamente, el derecho al autogobierno de los pueblos indígenas, el cual ya venía siendo efectivamente ejercido por los 14 Consejos Indígenas conformados y registrados para el momento de expedición de la norma (...) [E]l criterio de la transitoriedad no tiene la vocación ni virtualidad de remediar la no realización de consulta previa si está comprobada la afectación directa (...). [L]o que configura una afectación directa (...)".

1. Respecto al artículo 151 demandado señalan que afecta directamente a los pueblos indígenas, ya que al imponer que las eventuales consultas previas para la creación de municipios deben desarrollarse en un término máximo de 6 meses, "interfiere o altera uno de los aspectos más sensibles para el ejercicio de este derecho y que refleja pluralidad jurídica y cultural: la cuestión de los tiempos y plazos". Encuentran que se está regulando el derecho a la consulta previa, asunto que se debe desarrollar por ley estatutaria. Así mismo, se "introduce una nueva facultad orgánica (...) y es que el Presidente de la República, de forma permanente, en aquellos casos en que ya se hubiera adelantado la consulta previa, podrá crear municipios en áreas no municipalizadas, es decir, formas ajenas de gobierno y administración de los pueblos indígenas que, por si fuera poco, automáticamente condenan a la inaplicación [del] Decreto ley 632 de 2018, por cuanto el mismo solo aplica en áreas que no hagan parte de ningún municipio".

1. De otra parte, subrayan que el hecho de realizar una eventual consulta previa ex post, cuando se prevé que los departamentos, cuando hubiere lugar, deberán adelantar las actuaciones para la consulta previa del respectivo proyecto de ordenanza; “no justifica ni constituye razón constitucionalmente válida para haber soslayado la obligación de realizar la consulta previa, máxime, porque así no se hubiese contemplado esta obligación de consultar, en la sentencia C-047 de 2022 la Corte Constitucional manifestó que la creación de municipios requiere consulta previa”.

1. A su vez comentan que las gacetas legislativas¹⁷ que reflejan el trámite del proyecto de ley orgánica 486 de 2020 Cámara y 183 de 2021 Senado, permiten concluir que fue iniciativa del Gobierno nacional, aunque se propició la participación de gobernadores y diputados¹⁸, mas no de los pueblos indígenas. Así mismo, los escenarios de participación genéricos para la ciudadanía en el Congreso se concretaron en dos sesiones virtuales los días 20 de abril y 30 de mayo de 2021, donde algunos intervinientes mencionaron que tendría incidencia en las comunidades indígenas.

1. Añaden que en la formulación del proyecto de ley se presentó el MEM2020-14799-DCP-2500 de 17 de junio de 2020 por la Autoridad Nacional de Consulta Previa, que concluyó que para este asunto que “no es una medida administrativa sujeta al desarrollo de consulta previa”, lo cual muestra la falta de rigor, además que este tipo de concepto administrativo no tiene carácter vinculante al no atender los parámetros del Convenio 169 de la OIT para identificar la afectación directa¹⁹. Lo anterior evidencia, según la demanda, que no se realizó la consulta previa en la formulación del proyecto de ley por el Gobierno ni en el trámite cumplido por el Congreso, tampoco existió la intención de garantizar la participación específica de los pueblos indígenas, máxime cuando ha sido catalogado como una salvaguarda al Acuerdo de Paz y un principio del derecho internacional.

1. Hallan así la violación del artículo 1º superior en relación con el derecho al autogobierno y a la consulta previa de pueblos indígenas, al tiempo que se retrocede en la descentralización

del poder público al situarse el ejercicio de la administración de las ANMs en cabeza del gobernador seccional; del artículo 7º en materia de diversidad étnica de los pueblos indígenas asentados en las ANMs, que obstaculiza la puesta en funcionamiento de los territorios indígenas como entidades territoriales, además de condicionar el ejercicio de la consulta previa para que se ejerza en un plazo perentorio de 6 meses; del artículo 40 al no tener la oportunidad de participar durante la formulación del proyecto de ley por el Gobierno ni durante el trámite en el Congreso; del artículo 330 al imponer formas de gobierno ajenas a la identidad cultural de los pueblos indígenas y, particularmente, a la figura de los Consejos Indígenas, que son una realidad política, jurídica y cultural en las ANMs; y del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT al establecerse regulaciones inconsultas sobre las ANMs que están conformadas casi completamente por territorios indígenas materialmente y por comunidades indígenas poblacionalmente.

1. En conclusión, estiman que se está ante disposiciones que “no solo carece[n] de respaldo constitucional sino que desconoce[n] también precedentes constitucionales²⁰ en relación al ejercicio del derecho a la autonomía y autodeterminación de los pueblos indígenas en sus territorios, y que impide además la efectividad de los derechos políticos fundamentales y colectivos de los pueblos y de los territorios indígenas a determinarse libremente en sus territorios para el ejercicio de funciones político administrativas de orden constitucional como expresión de diversidad étnica y cultural, y el pluralismo jurídico, obviando el deber fundamental de realizar la consulta previa, libre e informada como requisito imperativo para su trámite legislativo”.

1. Como pretensiones formulan: i) la inexecutable de las disposiciones demandadas; ii) exhortar nuevamente al Congreso de la República, y al Gobierno nacional adelantar la consulta previa respectiva, para expedir la regulación orgánica del artículo 329 superior, que posibilite la conformación de los territorios indígenas como entidades territoriales; y iii) ordenar al Congreso adecuarse institucionalmente en sus reglas orgánicas de funcionamiento (Ley 5ª de 1992), conforme a los estándares constitucionales y convencionales relativos al deber estatal de consulta previa, evitando que se siga transgrediendo esta garantía

fundamental.

IV. PRUEBAS, INTERVENCIONES Y CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA

1. Pruebas. Conforme al auto de decreto de pruebas, se obtuvo la siguiente información:

Secretarías de la Cámara y del Senado

1. Comisión primera de la Cámara informó que se realizaron dos audiencias públicas (30 de abr. y 20 de may./21)²², para escuchar diferentes percepciones académicas, institucionales, personas jurídicas y naturales invitadas²³.

2. Plenaria de la Cámara señaló que no se confirmó la realización de consulta previa con las comunidades indígenas en las ANMs en relación con las disposiciones acusadas, ni se implementaron otras formas de participación diferentes a la consulta previa²⁴.

3. Comisión primera del Senado indicó que durante el trámite en dicha célula legislativa no se encontró documento alguno sobre el cumplimiento o no de la consulta previa²⁵.

Ministerio del Interior²⁶

1. Expuso²⁷ que no se encontró que se haya solicitado concepto alguno sobre la procedencia de la consulta previa para el proyecto de ley 486/20 Cámara y 183/21 Senado.

2. Manifestó²⁸ que de acuerdo con información del DANE existen las siguientes ANMs: El Encanto, La Chorrera, La Pedrera, la Victoria, Miriti-Paraná, Puerto Alegría, Puerto Arica, Puerto Santander y Tarapacá en el departamento del Amazonas; Cacahual, La Guadalupe, Morichal Nuevo, Pana Pana, Puerto Colombia y San Felipe en el departamento del Guainía; y Pacoa, Papunaua y Yavarate en el departamento del Vaupés; y San Andrés y Providencia (el

Decreto 632 de 2018 solo es para los departamentos del Amazonas, Guainía y Vaupés).

3. Acompaña un cuadro de los Consejos Indígenas Registrados en los años 2020 (2 del Amazonas), 2021 (5 del Amazonas, Guainía y Vaupés) y 2022 (7 del Amazonas, Guainía y Vaupés).

DANE29

1. Precisa que las ANMs corresponden a las divisiones territoriales de los departamentos de Amazonas, Vaupés y Guainía (actualmente 18 municipios), que actualmente no forman parte de ningún distrito, municipio o ETI (nomenclatura DIVIPOLA).

2. Acompaña tabla sobre población auto reconocida como indígena en las ANMs de Amazonas, Guainía y Vaupés³⁰.

3. En archivos Excel adjunta proyecciones de población 2022 y 2023 para las ANMs y de población indígena en resguardos formalmente constituidos en las ANMs de Amazonas, Guainía y Vaupés 2022 y 2023.

Universidad de los Andes³¹

1. La autonomía indígena sería menoscabada al tener que ceder a las reglamentaciones territoriales de municipios contenidas en la Ley 2200. Las potestades al Gobierno, así sean transitoriamente, implica negar la autoridad de los pueblos indígenas sobre su territorio.

2. Se desconoce que el régimen municipal no es el régimen territorial que el Constituyente de 1991 precisó para los pueblos indígenas. Una medida adecuada sería el reconocimiento de la autonomía indígena a través de una ley orgánica que los consulte previamente y establezca después de más de 30 años las entidades territoriales indígenas.

3. Los territorios indígenas se traslapan con zonas no municipalizadas (departamentos de Amazonas, Guainía y Vaupés). Se vulneran postulados como los derechos bioculturales, la protección de las comunidades, la autonomía para la administración de territorios y el derecho a la consulta previa frente a políticas públicas y marcos de regulación sobre temas que les conciernen.

4. Establecer un tiempo máximo para la consulta con un pueblo indígenas vulnera el principio de buena fe y el propósito de generar espacios de acuerdos. Poner en cabeza del gobernador seccional la administración de las ANMs, pese a que hay conformados y registrados 14 Consejos Indígenas como instancias de gobierno, socava de manera directa sus derechos fundamentales. Por ello, solicita se declaren inexecutable los artículos demandados.

5. Pide la inexecutable de las disposiciones acusadas.

1. Intervenciones ciudadanas. De las diez intervenciones (incluye invitaciones) presentadas una solicitó la executable, otra propuso la executable condicionada y las ocho restantes coincidieron en la inexecutable, como se pasa a explicar.

Federación Nacional de Departamentos³²

1. Respecto al artículo 6º señala que la organización administrativa colombiana y los derechos de autogobierno y autodeterminación de los territorios indígenas no son excluyentes. Para la municipalización de las áreas deberá realizarse la consulta previa, una vez se adelante el proyecto de ordenanza por la Asamblea Departamental.

2. Replica que las normas consolidan el principio de descentralización del Estado sin que conlleve afectación de la autonomía indígena, al facilitar la creación de municipios, ya que lo contrario sería desconocer las particularidades del territorio que también es ocupado por quienes no se identifican como indígenas³³.

3. No se evidencia que la Ley 2200 se refiera a las comunidades étnicas. No se comprende de dónde proviene la presunta afectación directa cuando se está ante una regulación política y administrativa de los municipios del país.

4. En cuanto al artículo 151 observa que la imposición de una limitación temporal no desconoce el derecho a la consulta previa, puesto que responde a razones procesales como es garantizar la celeridad para mayor seguridad jurídica en el procedimiento de creación de municipios.

Exequibles

Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente AIDA -amicus curiae-34

1. La falta de reglamentación de los territorios indígenas como entidades territoriales no puede ser usada como un impedimento para el ejercicio del derecho a la autonomía y al autogobierno de los pueblos indígenas, pues son consustanciales a su existencia, a vivir de acuerdo con sus sistema cultural, social, económico, y sus sistemas jurídicos y políticos.
2. La administración de las ANMs, aunque sea temporal, socava la autodeterminación de los pueblos indígenas, creando estructuras que debilitan el liderazgo tradicional comunal, facilitan el despojo y la usurpación de sus tierras y otros recursos naturales.
3. Los artículos cuestionados afectan directamente la libre determinación de estos pueblos y, por tanto, deben ser consultados sobre tales medidas en materia de ordenamiento territorial.
4. La efectividad de los derechos territoriales indígenas asegura la preservación de la biodiversidad y de los bosques de la Amazonía, minimizando el impacto de los cambios climáticos. Tales pueblos no tuvieron la oportunidad real de pronunciarse sobre la iniciativa legislativa y el Gobierno nacional no propició espacios de participación dirigidos a lograr su consentimiento.

Inexequibles

1. Se desconoce la presencia mayoritaria de población indígena, el desarrollo de procesos orientados a la constitución de territorios indígenas³⁶ y la existencia de Consejos Indígenas como formas de gobierno.
2. Un procedimiento como la creación de un municipio en un área no municipalizada de la Amazonía, con presencia mayoritaria de pueblos y territorios indígenas, por el impacto que en el largo plazo significa para los derechos de estos, debe llevar a la obtención del consentimiento previo, libre e informado. Una consulta previa limitada temporalmente de manera arbitraria por el legislador no es garantía de los derechos de los pueblos indígenas.

-Inexequibles

-Requerir (plazo y reglas) al Gobierno y al Congreso para que expida proyecto de ley sobre ETIs

Mesa Regional Amazónica MRA37

1. Se presenta una afectación directa desproporcionada y se altera el estatus jurídico de los pueblos indígenas y sus autoridades en relación con la autonomía, autodeterminación, autogobierno y propiedad colectiva.
2. La realización de la consulta previa en el contexto de la excepción del artículo 151 acusado (borrador de ordenanza), no tiene la capacidad jurídica de contener el proceso de municipalización iniciado. La mayoría de los territorios indígenas correspondientes a las ANMs se hallan en algún momento de la conformación hacia los territorios y Consejos Indígenas (Decreto 632 de 2018).
3. A la fecha no se han cumplido por vías de ley orgánica o estatutaria, los exhortos de la Corte al Congreso para que incorpore la procedencia de la consulta previa tratándose de medidas legislativas.

Inexequibles

Derecho, Justicia y Sociedad Dejusticia38

1. Se afecta directamente a las comunidades étnicamente diferenciadas por lo que era necesario que las medidas legislativas se consultarán previamente. A pesar de la vocación de generalidad de las normas acusadas, las ANMs se encuentran dentro de zonas que mayoritariamente hacen parte de territorios indígenas. Además, se desarrolla un componente estricto del derecho fundamental, al preverse en el artículo 151 demandado que los procesos consultivos se deben realizar dentro de seis meses, sometiéndolos a un término perentorio no previsto en la Constitución, ni al Convenio 169 de la OIT, y que según la jurisprudencia constitucional constituye una afectación directa que debe ser previamente consultada, pues es la regulación de instituciones propias de la consulta previa y a su vez materia de reserva de ley estatutaria.

2. Las normas demandadas refuerzan el centralismo y con ello desconocen los principios de autonomía y autogobierno de las comunidades, así como el régimen de los territorios indígenas. Al municipalizar áreas que corresponden a territorios indígenas, se afectan las prácticas de gobierno tradicionales realizadas por las comunidades étnicamente diferenciadas, debido a que las reglas de gobierno serán las que establezca la ley y no las costumbres de gobierno. Además, se otorga un tratamiento privilegiado a la creación de municipios sobre los territorios indígenas. Si bien las ANMs se pueden constituir territorialmente en esta figura, las disposiciones acusadas crean facultades a los gobernadores, a las asambleas departamentales y al Presidente de la República para convertir tales áreas en municipios, vulnerando las formas propias de gobierno de las comunidades.

3. Se quebrantan escenarios de protección reconocidos por la Corte, que han establecido la posibilidad de que las ANMs puedan convertirse en territorios indígenas como ETIs, que es una expresión de los principios de autogobierno y autonomía indígena. Esto genera una medida regresiva en materia de autonomía territorial indígena y, en consecuencia, del derecho a la libre determinación de los pueblos. Por tal razón, se crean figuras que afectan los escenarios de protección, pues permite la creación de municipios en áreas que deberían constituirse en territorios indígenas.

-Inexequibles por desconocer la consulta previa y la autonomía territorial de comunidades étnicamente diferenciadas

-Exhortar nuevamente al Congreso para que expida la regulación orgánica (art. 329 superior), que posibilite la conformación y puesta en marcha de territorios indígenas como entidades territoriales

Universidad Externado³⁹

1. La posibilidad de elevar a municipio las ANMs y que el gobernador ejerza su administración, termina afectando directamente a las comunidades indígenas de los departamentos del Amazonas, Guainía y Vaupés en los ámbitos de la autonomía y autogobierno de sus territorios, por lo que era obligatorio adelantar la consulta previa.

2. Adicionalmente, es contrario al diseño constitucional de nuestro ordenamiento territorial que justamente para esta parte del país ordena la creación de las ETIs, que responda a la

pluralidad étnica.

3. El gobierno temporal de estas zonas va en detrimento del derecho al autogobierno indígena, al desconocer la autoridad de los Consejos Indígenas conformados y registrados.

4. Considerando el marco constitucional que desarrolla la autonomía territorial de los pueblos indígenas y propende por la creación de ETIs, el Estado debería facilitar su creación y abstenerse de interferir en la conformación. Aun cuando esta decisión se sometiere a consulta previa de los pueblos indígenas, se debería explicar que la municipalización de sus territorios es restrictiva para su autonomía territorial y que cuentan con otra alternativa como son las ETIs.

5. Se va en contra de la organización territorial dispuesta por la Constitución que busca garantizar el pluralismo y la autonomía indígena. La falta de una ley orgánica de ordenamiento territorial (LOOT) que regule la conformación de las ETIs, no es excusa para desconocer el régimen transitorio constitucional que ha permitido el funcionamiento de los territorios indígenas.

-Inexequibles

-Advertir al Gobierno y Congreso que el contenido normativo es contrario a la Constitución y de insistir solo sería procedente siempre que promueva la creación de las ETIs para esas zonas

Universidad Javeriana⁴⁰

2. Aunque el último aparte del artículo 6º impugnado refiere a la posibilidad de que las ANMs se transformen también en otra entidad territorial, finalmente toma como principal opción al municipio, no se refiere a los territorios indígenas y podría tratarse de otras categorías de ordenamiento territorial. El artículo 151 desconoce el régimen de los territorios indígenas como entidades territoriales.

3. No solo se vulnera los artículos 286, 287, 288, 329 y 330, sino también el artículo transitorio 56, al contradecir el Decreto 632 de 2018 y generar un efecto contrario. Con ello se retrocede frente al avance existente y se pone en riesgo a los territorios indígenas para que no se constituyan como entidades territoriales.

4. Se presenta una afectación directa porque se generan efectos jurídicos (formales y materiales) sobre los pueblos indígenas que habilitan las ANMs y que se encuentran en proceso de constitución como entidades territoriales. La regla de temporalidad (art. 151) es una restricción al derecho a la consulta previa al estar dirigida a desarrollar el Convenio 169 de la OIT y, por tanto, debía haberse consultado. Finalmente, realizan una limitación desproporcionada (tiempo muy corto), regresiva (reduce ejercicio) e inadecuada (desarrollado apropiado a las circunstancias de cada caso) del derecho a la consulta previa.

Inexequibles

Tomar una decisión más efectiva que el exhorto, para que el Congreso cumpla con el artículo 329 de la Constitución, que 31 años después sigue sin cumplirse

Universidad Libre⁴¹

1. Se vulnera la identidad cultural al imponerse a los pueblos indígenas concepciones del territorio representadas en formas de división y administración de este, que pueden contrariar las maneras como han organizado su vida y se han relacionado con el territorio, en zonas de la Orinoquía y Amazonía. Las comunidades que habitan estas regiones han establecido relaciones socio culturales que pueden ser afectadas si las asambleas declaran ANMs como municipios, en particular cuando se encuentran traslapadas con resguardos indígenas.

2. Se omitió consultar a las comunidades indígenas el contenido y alcance de las normas demandadas, que tienen impactos profundos a nivel social, cultural y ambiental, al poner en manos de autoridades externas (gobernación y asamblea) a tales pueblos.

Inexequibles

Fabio Valencia, Alfredo Yucuna, Javier Gutiérrez y Gonzalo Macuna⁴²

1. Más que una intervención ciudadana, expresan que su actuación emana del ejercicio de gobierno que detentan los Consejos Indígenas basadas en la ley de origen (directamente

afectados por los artículos acusados).

2. El Congreso no puede continuar soslayando que la igualdad representa el deber más notorio del Estado respecto a la efectividad de los derechos políticos, económicos, sociales, culturales y territoriales de los pueblos indígenas a partir de la diversidad cultural. Se trata de la efectividad del derecho político fundamental a que sus territorios sean y funcionen como entidades territoriales.

3. Destacan la importancia del Decreto 632 de 2018 para los pueblos y territorios indígenas de la Amazonía oriental. A la fecha se han constituido 53 resguardos indígenas. De expedirse la LOOT se habría avanzado en el tránsito constitucional para el funcionamiento efectivo del ordenamiento político administrativo del Estado.

4. La creación de formas ajenas de administración y de gobierno sobre sus territorios, como los municipios, suele legitimarse si se comprueba la realización de la consulta previa con las comunidades afectadas. Consideran que no se requeriría solamente consulta, sino que exigirían la procedencia del derecho al consentimiento previo, libre e informado, por la intensidad de la afectación al derecho a la libre determinación, el autogobierno y la integridad cultural.

5. La consulta no debería usarse institucionalmente para impulsar o cohonestar la renuncia de sus derechos al autogobierno o la integridad cultural. La consulta previa no puede seguir siendo empleada inopinadamente y ante la indiferencia institucional como un mecanismo para desmontar o conducir la renuncia de nuestros derechos sustantivos.

Inexequibles

Harold Eduardo Sua Montaña⁴³

1. Conforme a las pruebas que figuran en el expediente una de las normas acusadas proviene del pliego de modificaciones en el informe de ponencia de la plenaria de la célula de origen y la otra del debate en comisión de la receptora, sin figurar intervención de la comunidad ancestral en las audiencias celebradas ni en los debates del articulado, tampoco documento alguno que certifique el haberse consultado.

2. Bajo el acápite de confluencia del vicio procedimental alegado señala que el artículo 6º

“permite exegéticamente un acontecer eventual de la vulneración alegada pero esta puede cercenarse restringiendo su alcance a efectos de evitar su ejecución en áreas no municipalizadas donde habiten uno o varios miembros de una comunidad nativa ancestral (...) salvo cuando a través de consulta previa (...) lo permitan mientras la segunda (...artículo 151...) modifica una norma recientemente condicionada por esta corporación (... C-047 de 2022) acompañada de una serie de preceptos procedimentales frente a una situación específica del precepto objeto de esa condición (...)”.

3. El artículo 151 “no conlleva a la vulneración alegada al implicar el mismo un cambio normativo donde la declaratoria de constitucionalidad de determinado precepto es textualmente incorporada junto con unas indicaciones generales para llevarla a cabo en un aspecto concreto y el 6 tampoco ocasiona una vulneración cuya consecuencia sea expulsarla del ordenamiento colombiano vigente sino una aplicación contraria a las normas señaladas como infringidas capaz de proscribir esta corporación a través de una condicionalidad en su margen de acción”.

-Exequible art. 151 por vulnerar arts. 1º, 7º, 40 y 330 C. Pol. en el entendido que la administración de las ANMs donde habiten uno o varios miembros de una comunidad ancestral es competencia de autoridades de dicha comunidad “salvo consulta previa a favor de dársele al gobernador del departamento”-Exequible art. 151 respecto de arts. 1º, 7º, 40 y 330 C. Pol.

1. Procuraduría General de la Nación. Por su parte el Ministerio Público conceptuó que las normas acusadas resultan inexecutable:

1. La demanda está llamada a prosperar porque las normas acusadas regulan materias previstas en los artículos 329 y 330 de la Constitución, y el Convenio 169 de la OIT, que no fueron objeto de consulta previa con las comunidades afectadas.

2. Se ordenan aspectos asociados al ordenamiento de los territorios indígenas porque se regula la administración de las ANMs por gobernadores, así como su transformación en

entidades territoriales, además existen 20 ANMs, 19 de los cuales se encuentran en los departamentos del Amazonas, Guainía y Vaupés, con una población indígena superior al 85%, administradas en su mayoría por Consejos Indígenas. El artículo 151 reglamenta parcialmente el proceso de consulta previa en los casos de transformación de las ANMs en municipios al ordenarse el modo para adelantarla ante las asambleas departamentales y el término para su desarrollo. No consta en el expediente legislativo que se hubiere acreditado la realización de la consulta previa o se implementaran otras formas de participación. Por ello, son inexecutable las disposiciones demandadas al pretermittir tal acto de consulta que resultaba indispensable al pretender desarrollarse los derechos y la autonomía indígena.

3. El Decreto 632 de 2018 estuvo precedido del proceso de consulta previa con las comunidades étnicas diferenciadas. Comparte la posición de los intervinientes que sostienen que se desconoce el derecho a la autonomía y autogobierno de sus territorios.

VI. CONSIDERACIONES

Competencia

1. La Corte Constitucional es competente para conocer de la demanda de inconstitucionalidad presentada contra dos disposiciones que hacen parte de una ley, en virtud del numeral 4 del artículo 241 de la Constitución.

Problema jurídico y metodología de decisión

1. Conforme a los planteamientos de la demanda y el alcance de las intervenciones presentadas, la Sala Plena encuentra como interrogante constitucional central a resolver si ¿los artículos 6º y 151 -en su integralidad- de la Ley 2200 de 2022, desconocen los artículos

1º, 7º, 40 y 330 de la Constitución, y 6º del Convenio 169 de la OIT, por omitir la realización de la consulta previa, libre e informada de las comunidades indígenas como requisito para su trámite legislativo, cuando ello compromete la autonomía territorial, la libre determinación y la diversidad étnica y cultural de la Nación?

1. No existiendo una solicitud de inhibición -ni observándose que se deba examinar oficiosamente- la Corte formula el siguiente orden metodológico de esta decisión. La dogmática en orden a la problemática constitucional involucrada reiterará la jurisprudencia constitucional vigente sobre: i) el derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades indígenas y las medidas a consultar previamente derivadas de las leyes; ii) la autonomía territorial y la libre determinación de los pueblos indígenas, y la diversidad étnica y cultural de la Nación; y iii) las áreas no municipalizadas y su regulación legal vigente. Luego, se examinará iv) la constitucionalidad de los artículos demandados, a partir del alcance de las normas acusadas, los antecedentes legislativos y los elementos de juicio acopiados.

El derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades indígenas y las medidas a consultar previamente derivadas de las leyes. Reiteración de jurisprudencia constitucional

1. Uno de los principales cambios que introdujo la Carta Política fue el reconocimiento del carácter pluralista y participativo del Estado (art. 1º); el facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación (art. 2º); el deber de las autoridades de proteger y respetar la diversidad étnica y cultural de la Nación, y la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país (arts. 7º y 70); el derecho que tiene todo ciudadano a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (art. 40); y el propiciar la participación de los representantes de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas, estableciendo que tal explotación se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas (art. 330 parág.).

1. También se han expedido instrumentos jurídicos internacionales como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (1989)⁴⁴, sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, que hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto⁴⁵. De otra parte, se encuentran la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007) y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Organización de los Estados Americanos (OEA, 2016).

1. Derecho fundamental a la consulta previa. Como se expuso en la Sentencia C-348 de 2021⁴⁶, desde la SU-039 de 1997 la Corte ha reconocido que la consulta previa “es un derecho fundamental autónomo⁴⁷, que permite proteger ‘la pervivencia y preservación de (...) comunidades culturalmente diferenciadas (...) [garantizando] su identidad como minoría étnica y cultural, organizadas y reguladas mediante sus prácticas tradicionales’⁴⁸”⁴⁹.

1. Medidas que se deben consultar derivada de las leyes. Puntualmente, el artículo 6.1 del Convenio 169 de la OIT dispone que los gobiernos tienen la obligación al aplicar las disposiciones de este instrumento de: i) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y, en particular, por medio de sus instituciones representativas, cada vez que se contemplen medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente -literal a)-; ii) instituir 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 -literal b)-; y iii) 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 -literal c)-⁵⁰.

1. Concepto de afectación directa tratándose de medidas legislativas o administrativas. En este orden de ideas, el concepto determinante para analizar la procedencia de la consulta previa es el de afectación directa, que ha sido definido en la SU-123 de 2018 como “el impacto positivo o negativo que puede tener una medida⁵¹ sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica”. Esta decisión, como se había sostenido en la sentencia C-348 de 2021, “recogió ejemplos de eventos en los que existen afectaciones directas a las comunidades étnicas⁵² y precisó que hay situaciones en las que, a pesar de no existir evidencia razonable de una afectación directa, procede la consulta”, enunciando cuatro supuestos: “(i) cuando una política, plan o proyecto recaiga sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (ii) cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT; (iii) cuando se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o posición jurídica; (iv) por la interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido”⁵³.

1. Este tribunal ha precisado que las medidas legislativas objeto de consulta previa “son aquellas (...) susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos”⁵⁴. Igualmente, ha referido que se encuentran comprendidas por el deber de adelantar la consulta previa las “medidas susceptibles de generar un impacto directo, particular y concreto sobre las comunidades tradicionales” puesto que en esos casos el “carácter diferenciado”⁵⁵, así como “la necesidad de proteger su identidad cultural diversa”⁵⁶ exige el establecimiento “de espacios concretos de participación”⁵⁷⁵⁸.

1. Afectación directa por intervención del territorio. De igual manera, la Corte ha vinculado el territorio con la afectación directa, anotando que el concepto de territorio “(i) va más allá de una extensión física de tierra, pues (ii) se encuentra ligado a elementos culturales, ancestrales y/o espirituales de la comunidad étnica y, en esa medida, (iii) exige reconocer la ocupación del territorio, desde las circunstancias de la comunidad, el uso de las fuentes hídricas o de los suelos, los lazos espirituales o ceremoniales, las costumbres de cultivo, caza

o pesca con las que la comunidad étnica, a lo largo del asentamiento, ha subsistido”⁵⁹.

1. La sentencia SU-121 de 2022⁶⁰ hizo algunas precisiones a la línea jurisprudencial en torno a las calificaciones de las afectaciones con base en las que se determina el tipo de participación. Recuerda que los niveles de afectación diferenciados en la SU.123 de 2018 se corresponden con los tres niveles de participación, a saber, i) la afectación directa intensa - requiere el consentimiento previo, libre e informado-⁶¹, ii) la afectación directa⁶² y iii) la afectación indirecta -leve-⁶³. En efecto, en tal decisión se señaló que cuando un pueblo étnico que ocupa un territorio lo hace con intensidad, permanencia y exclusividad, se hace necesario el establecimiento de unos criterios sustantivos⁶⁴ y adjetivos⁶⁵ que lleven a la definición de tales criterios, sin que se entiendan agotados solamente con dicha clasificación.

La autonomía territorial y la libre determinación de los pueblos indígenas, y la diversidad étnica y cultural de la Nación. Reiteración de jurisprudencia

1. Principios de unidad nacional y de autonomía territorial. La Constitución en el artículo 1º organiza el Estado colombiano como república unitaria⁶⁶, descentralizada⁶⁷ y con autonomía de sus entidades territoriales⁶⁸, lo cual busca “fortalecer la unidad desde la diversidad, mediante el reconocimiento de la variedad biológica, política, jurídica, territorial, religiosa. Es la concepción de la unidad como el todo que necesariamente se integra por las partes y no la unidad como bloque monolítico”⁶⁹.

1. El modelo concebido por el Constituyente del 91 difiere del Estado unitario centralizado, ya que pretende “hacer efectivo el respeto de la identidad comunitaria local a través de su autodeterminación, pero sin desconocer su sujeción al ordenamiento superior, que le da cohesión al Estado”⁷⁰. La unidad nacional y la autonomía territorial “no son, pues, conceptos antagónicos; por el contrario, se implican mutuamente”⁷¹.

1. La Carta Política en su 286 establece como entidades territoriales: i) los departamentos, ii) los distritos, iii) los municipios y iv) los territorios indígenas; además prevé que la ley también podrá darles tal carácter a las regiones y provincias. Por su parte, el artículo 287 determina que esas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus intereses dentro de los límites de la Constitución y la ley, por lo que tienen derecho a gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les corresponden, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, y participar en las rentas nacionales⁷².

1. Sin embargo, la autonomía de las entidades territoriales no se debe entender en términos absolutos⁷³. De allí que el artículo 288 de la Constitución prevea que las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, en los términos de ley⁷⁴. A su vez, el legislador “no puede, so pretexto de diseñar el régimen de ordenamiento territorial, establecer normas que limiten la autonomía de las entidades territoriales hasta el punto de que la capacidad para gestionar sus intereses llegue a ser simplemente nominal o formal”⁷⁵.

1. Recientemente la Sentencia C-047 de 2022⁷⁶ se ocupó del alcance de la autonomía territorial⁷⁷. En esa medida, la Corte reiteró que la conciliación de los principios de unidad, descentralización y autonomía “corresponde al legislador mediante la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales, y la determinación de un sistema de limitaciones recíprocas”⁷⁸. La autonomía “se encuentra limitada por el principio de centralización política”⁷⁹, mientras que el principio unitario “está limitado por el núcleo esencial o contenido mínimo de la autonomía de las entidades territoriales, el cual es irreductible e indisponible para el legislador”⁸⁰.

1. Se concluye que la autonomía territorial se expresa de manera medular “en los derechos de las entidades territoriales a gestionar sus asuntos propios y a actuar a través de sus órganos de gobierno para la administración de las materias de interés regional o local⁸¹. En

consecuencia, para la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales, el legislador no puede establecer normas que socaven la capacidad de las unidades territoriales para determinar su administración, organización y funcionamiento o menguar el poder de decisión o las competencias asignadas a las autoridades locales”⁸².

1. Municipios y departamentos. Como se ha afirmado dentro de las entidades territoriales se encuentran los municipios. En el capítulo del régimen municipal, el artículo 311 de la Constitución les reconoce como entidades fundamentales de la división político-administrativa del Estado, por lo que les corresponde prestar los servicios públicos que establezca la ley, construir las obras para el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural y las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes. De igual forma, cada municipio cuenta con un concejo municipal (art. 312 superior)⁸³ y un alcalde, jefe de la administración local y representante legal del municipio, elegido popularmente (art. 314 superior)⁸⁴.

1. De otro lado, en el capítulo del régimen departamental previsto en el estatuto fundamental se establecen que los departamentos tienen autonomía para la administración de los asuntos seccionales y la planificación y promoción del desarrollo económico y social⁸⁵ (art. 298). Del mismo modo, en cada departamento habrá una corporación político-administrativa de elección popular que se denominará asamblea departamental⁸⁶ (art. 299 superior)⁸⁷ y un gobernador que será el jefe de la administración seccional y representante legal del departamento, elegido popularmente (art. 303 superior)⁸⁸. Adicionalmente, erige en departamentos las intendencias de Arauca, Casanare, Putumayo, San Andrés, Providencia y Santa Catalina y las comisarías del Amazonas, Guaviare, Guainía, Vaupés y Vichada (art. 309 superior). Por su parte, la Ley 136 de 1994 dicta “normas tendientes a modernizar la organización y funcionamiento de los municipios”⁸⁹, la cual ha sido objeto de modificaciones legales, entre estas la prevista en la Ley orgánica 2200 de 2022 que profiere “normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los departamentos”⁹⁰.

1. Territorios indígenas y entidades territoriales indígenas. La Constitución establece que los “territorios indígenas” constituyen también entidades territoriales (art. 286) y, por tanto, gozan de autonomía para la gestión de sus intereses dentro de los límites de la Constitución y de la ley (art. 287). El artículo 2.14.7.1.2. del Decreto 1071 de 2015⁹¹ define 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”⁹².

1. De forma posterior, el Decreto 1953 de 2014⁹³ crea un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los territorios indígenas respecto de la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas hasta cuando el Congreso expida la ley descrita en el artículo 329 de la Carta Política (ley orgánica que crea las ETIs)⁹⁴. Luego se expidió el Decreto 632 de 2018⁹⁵, entre cuyas consideraciones estuvo: “Que aun cuando el Decreto número 1953 de 2014 constituye el reconocimiento de un régimen especial para poner en funcionamiento los territorios indígenas, se requiere desarrollar un régimen específico para los departamentos de Amazonas, Guainía y Vaupés, en razón de las particularidades dadas por su dispersión geográfica, la alta diversidad cultural y los valores ambientales de sus territorios (...)”⁹⁶.

1. Tratándose de los resguardos indígenas⁹⁷ la Carta de 1991 los constitucionaliza⁹⁸, sin que pueda confundirse su concepto con el de territorio ya que éste es solo uno de sus componentes, pues hace referencia al lugar donde los grupos étnicos ejercen el derecho fundamental a la propiedad colectiva⁹⁹. El artículo 2.14.7.5.1 del Decreto 1071 de 2015 los define (naturaleza jurídica) 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 este y su vida interna por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio”. Así mismo, parte de establecer que estos resguardos “son propiedad colectiva de las comunidades indígenas en favor de las cuales se

constituyen (...)".

1. Por su parte, el artículo 329 superior determina que la conformación de las “entidades territoriales indígenas”¹⁰⁰ se hará con sujeción a la ley orgánica de ordenamiento territorial y su delimitación por el Gobierno nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial. Además, estableció que los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable, correspondiendo a la ley definir las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte¹⁰¹.

1. El artículo 37¹⁰² (parág. 2) de la Ley 1454 de 2011¹⁰³ ordenó al gobierno nacional, con fundamento en lo establecido en el artículo 329 de la Constitución, que presentara al Congreso de la República, dentro de los diez meses siguientes a la vigencia de dicha ley, un proyecto de ley especial que reglamente la conformación de las ETIs, bajo los principios de participación democrática, autonomía y territorio, en cumplimiento de los mecanismos de consulta previa, con la participación de las comunidades indígenas y afectadas o beneficiadas en tal proceso.

1. La Sentencia C-617 de 2015¹⁰⁴, al referir a dicha Ley 1454 de 2011, encontró que de ella “no se desprende un régimen que establezca las condiciones mínimas para hacer posible el funcionamiento de los territorios indígenas. Se trata de una ley que se limita a establecer principios y reglas generales que gobernarán la expedición posterior de otras leyes, a prever algunas posibilidades de asociación entre entidades territoriales y a precisar el alcance de algunas de las competencias que pueden ser ejercidas por la Nación y las otras entidades territoriales, en particular los departamentos, los distritos y los municipios”¹⁰⁵.

1. Ya en la Sentencia C-489 de 2012¹⁰⁶, que estudió la constitucionalidad de la Ley 1454 de 2011 por omisión legislativa al no desarrollar el artículo 329 superior (conformación de ETIs)

después de más de veinte años de vigencia de la Constitución, la Corte concluyó que “se verifica que (...) se omite de manera absoluta un desarrollo directo (...) 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 (...) una ausencia total de legislación produciéndose de esta manera una omisión legislativa absoluta no sujeta de control por parte de esta Corte”.

1. Agregó que la omisión absoluta implica un desconocimiento de la autonomía y la descentralización de las entidades territoriales, que a su vez afectan el pluralismo y la multiculturalidad dispuestos como principios constitucionales. Por ende, se declaró inhibida y atendiendo a que existe un deber constitucional incumplido se dispuso exhortar al Gobierno nacional y al Congreso de la República para que expidan el proyecto de ley especial que regule la conformación de las entidades territoriales indígenas¹⁰⁷.

1. Autonomía territorial y libre determinación de los pueblos indígenas, y diversidad étnica y cultural de la Nación. La Corte ha señalado que uno de los temas que mereció especial atención del Constituyente del 91 fue el de la protección de los pueblos indígenas. Con base en ello, en la Sentencia C-579 de 2001 rememoró:

“De esta preocupación surgió la propuesta de crear un régimen especial para los territorios indígenas, que reconociera sus formas de organización y gobierno, y garantizara la conservación de sus territorios:

‘Toda vez que el propósito fundamental de la propuesta de autonomía es el fundamento de la democracia. En este sentido consideramos que es el mejor reconocimiento que la Nación colombiana puede hacer a su población indígena después de quinientos años de experimentos con diversas políticas del Estado, que van desde el exterminio descarado hasta el integracionismo con apariencia humanitaria, pasando por la encomienda, el

reduccionismo, la evangelización y desarrollismo. (...) En la nueva Colombia no debe haber lugar para la dependencia ni el centralismo hegemónico¹⁰⁸”.

1. Desde sus primeros pronunciamientos esta corporación ha manifestado que “las comunidades indígenas son sujetos colectivos ‘ (...) y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos (C.P. art. 88)’¹⁰⁹. La jurisprudencia constitucional ha entendido que las comunidades indígenas “son verdaderas organizaciones, sujetos de derechos y obligaciones, que, por medio de sus autoridades, ejercen poder sobre los miembros que las integran hasta el extremo de adoptar su propia modalidad de gobierno y de ejercer control social”¹¹⁰.

1. Particularmente, esta corporación ha destacado la relevancia de los territorios indígenas como elemento esencial para la existencia de las comunidades asentadas, al permitirles desarrollarse plenamente como cultura y expresar su identidad de manera diferenciada¹¹³. En conjunción ha reconocido que “en aras de la protección de sus territorios, los pueblos indígenas tienen derecho a gobernarse de conformidad con sus usos y costumbres”¹¹⁴, existiendo una relación directa entre autonomía territorial y libre determinación de los pueblos, que encuentran fundamento en las disposiciones constitucionales e internacionales mencionadas.

1. De esta manera, una de las principales garantías de los pueblos indígenas es la autonomía¹¹⁵ o libre determinación, al fundamentarse en el reconocimiento de la coexistencia de diversas concepciones del mundo (pluralismo), además del carácter instrumental que tiene al permitirles que mediante el control de sus estructuras sociales, formas de organización, creencias y costumbres preserven los elementos que las identifican y, de esta forma, se garantice su supervivencia¹¹⁶. Entonces, la autodeterminación de los pueblos indígenas corresponde al derecho a establecer “[...] sus propias instituciones y autoridades de gobierno; a darse o conservar sus normas, costumbres, visión del mundo y opción de desarrollo o proyecto de vida; y de adoptar las decisiones internas o locales que

estime más adecuadas para la conservación o protección de esos fines”¹¹⁷.

1. También este tribunal, desde sus decisiones iniciales, ha llamado la atención sobre la normatividad objetiva a expedir en materia de autonomía de los pueblos étnicos para su conservación cultural¹¹⁸. Ello le permitió subrayar en la Sentencia C-047 de 2022 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 esta medida, resulta esencial que puedan adoptar sus decisiones sin la interferencia indebida de terceros¹¹⁹, como puede desprenderse del Convenio 169 de la OIT que ampara el autogobierno y autodeterminación de los pueblos, y de la Declaración de Organización de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (arts. 31²⁰, 41²¹ y 51²²).

1. Ahora bien, las comunidades indígenas gozan de un estatus constitucional especial, toda vez que forman una circunscripción especial para la elección de senadores y representantes (arts. 171 y 176 CP); ejercen funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y la ley (art. 246 CP); se gobiernan por Consejos Indígenas según sus usos y costumbres, de acuerdo con la Carta y la ley (art. 330 CP); y sus territorios o resguardos son de propiedad colectiva y de naturaleza inalienable, imprescriptible e inembargable (arts. 63 y 329 CP).

1. Esta corporación en la Sentencia T-063 de 2019¹²³ sostuvo que el derecho a la propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre sus territorios “es una garantía fundamental¹²⁴ que permite hacer efectivos los derechos fundamentales de las comunidades indígenas, entre estos, la autonomía y la autodeterminación y, especialmente, la integridad, la identidad

étnica y cultural¹²⁵, el abastecimiento económico y, por ende, para preservar la supervivencia de estos pueblos¹²⁶, debido a que implica la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales y desarrollar sus prácticas ancestrales¹²⁷". Lo anterior encuentra fundamento en los artículos 58, 63, 286, 329 y 330 de la Constitución, 13 a 19 del Convenio 169 de la OIT y 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)¹²⁸.

1. Tempranamente este tribunal reconoció la relevancia que tiene el derecho de propiedad colectiva sobre los territorios indígenas¹²⁹. Luego en la Sentencia C-371 de 2014, reiterando la T-693 de 2011, señaló que, conforme a los artículos 13 y 14.1 del Convenio 169 de la OIT, la protección constitucional del territorio no se restringe a los adjudicados de forma colectiva a los grupos étnicos, sino que "también abarca los lugares de significación religiosa, ambiental o cultural para ellos, así como la totalidad del hábitat que ocupan o utilizan de alguna otra manera, aunque estén por fuera de los límites físicos de los títulos colectivos" (efecto expansivo del territorio)¹³⁰.

1. En la sentencia C-389 de 2016 se reiteró que "las notas definitorias del derecho fundamental a la propiedad colectiva del territorio por parte de las comunidades indígenas son el carácter imprescriptible, inalienable e inembargable del territorio; y la ancestralidad de la posesión, como 'título' de propiedad¹³¹. 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 comunidad¹³²"¹³³.

1. De esta manera, los derechos territoriales de los pueblos indígenas merecieron especial atención con la expedición de la Constitución de 1991. Algunos constituyentes¹³⁴ hicieron expresa la solicitud de tratamiento prioritario de tales colectivos al manifestar que "los territorios indígenas que se propone crear son compatibles con las demás entidades que existen o se propone constituir, es decir, podrían articularse a los departamentos de la misma forma que los municipios (...)"¹³⁵.

1. Más adelante, en materia de ordenamiento territorial del Estado, se reconoció¹³⁶ en esa instancia “el estado de atraso en que han vivido las comunidades indígenas colombianas desde hace 500 años en razón al centralismo y hegemonía de un Estado que no ha reconocido sus derechos al desarrollo. (...) [L]a importancia de garantizar para el país un Estado unitario que reconozca la diversidad y se le de paso a la autonomía, el desarrollo autogestionario de estas comunidades y la posibilidad de participar en el desarrollo del país. (...). Diferenció la concepción de desarrollo que tienen las comunidades indígenas de la sociedad capitalista, (...) señalando que esto se debe a que la filosofía del mundo indio es diferente a la filosofía occidental (...). [L]a nueva Constitución debe darle reconocimiento a los 326 resguardos existentes y a las tierras que a lo largo y ancho del país están ocupando comunidades indígenas (...)”¹³⁷.

1. Entonces, el llamado de los pueblos indígenas, a través de sus delegatarios en la Asamblea Nacional Constituyente, estuvo dado en el establecimiento de un ordenamiento político-administrativo que desarrollara los principios acordados de autonomía territorial, pluralismo y diversidad étnica y cultural de la Nación, para la superación de lo que se presentó como un reformismo institucional, que implicaba un orden solamente municipal, que aun cuando se encaminaba a la descentralización, implicaba un paradigma homogenizante, monocultural e integracionista¹³⁸, que tenía en el Gobierno nacional el punto superior desde el que se direccionaba lo que se ejecutaba en el escenario local (municipal)¹³⁹.

1. La Corte ha señalado que las comunidades indígenas “tienen derecho a tomar las decisiones de sus propios asuntos en material cultural, política e incluso jurídica, sin interferencia del Estado más allá de las que imponga la Constitución y la ley”¹⁴⁰. Ello con fundamento en los artículos 7º, 10, 63, 70, 171, 176, 246, 286, 329 y 330 de la Constitución Política y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

1. Finalmente, la Corte ha referido al principio de diversidad étnica y cultural de la Nación¹⁴¹. En la Sentencia C-047 de 2022 se dijo al respecto: “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 valores¹⁴². 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 instituciones¹⁴³”.

Las áreas no municipalizadas y su regulación legal vigente

1. La Constitución de 1991 estableció que son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas (art. 286). Así mismo, determinó que la conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a la ley orgánica de ordenamiento territorial y su delimitación por el Gobierno nacional, con participación de las comunidades indígenas (art. 329). Y mientras se expide esta ley, dispuso que el Gobierno podrá dictar normas fiscales necesarias y las demás relativas al funcionamiento de los territorios indígenas y su coordinación con las demás entidades territoriales (art. 56 transitorio). Ha dicho la Corte que todo cambio constitucional ocasiona problemas complejos relacionados con la manera en que debe ocurrir la mutación entre el régimen previo y el posterior, por lo que el propio Constituyente establece normas jurídicas, como las transitorias, para facilitarlas¹⁴⁴.

1. Aunque el país se encuentra dividido administrativa y políticamente en departamentos y

estos en municipios, no todo el territorio del departamento hace parte de un municipio, ya que algunas áreas geográficas no han sido incluidas dentro del territorio de ningún municipio¹⁴⁵. Inicialmente tales zonas se denominaron “corregimientos departamentales” y actualmente se conocen como “áreas no municipalizadas”, al corresponder a “entidades que no se enmarcan dentro de la lógica territorial establecida por la Constitución, en la medida en que no reúnen los requisitos legales¹⁴⁶ para su creación como municipios, en particular los requisitos de población y recursos¹⁴⁷”¹⁴⁸.

1. Una vez erigidos en departamentos las antiguas intendencias y comisarias (art. 309 superior) y previsto un régimen de transición (art. 39 transitorio constitucional), se expidió el Decreto 2274 de 1991, cuyo artículo 21 estableció que para el cumplimiento de las funciones y servicios a cargo de los nuevos departamentos, en aquellas áreas que no formen parte de un determinado municipio, los corregimientos de las antiguas intendencias y comisarias se mantendrán como divisiones departamentales, dentro de las cuales habrá un corregidor, que será agente del Gobernador y una Junta Administradora. Esta disposición fue declarada inexecutable en la Sentencia C-141 de 2001, al tener “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”¹⁴⁹.

1. Ahora bien, según se ha explicado, han sido expedido varios decretos¹⁵², entre estos, en lo concerniente a las áreas no municipalizadas, el 632 de 2018, pudiendo igualmente citarse el 1454 de 2018¹⁵³. En la Sentencia T-072 de 2021¹⁵⁴ esta corporación manifestó que el Decreto 632 “ha sido reconocido como ‘el avance más significativo en la reglamentación del funcionamiento de las ETIs como figuras político-administrativas en igualdad de condiciones con los municipios y los departamentos’¹⁵⁵. Lo anterior, en la medida que permite a las comunidades indígenas diseñar y ejecutar sus propias políticas económicas y sociales¹⁵⁶. (...). De ahí que la adopción del Decreto 632 marcara ‘un hito para los pueblos indígenas amazónicos y su lucha por el reconocimiento de sus territorios ancestrales’¹⁵⁷”.

1. En lo que respecta a la configuración de municipalidades en áreas indígenas por decisiones de autoridades administrativas, la Corte se ha fundamentado en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha considerado que ello “dificulta la aplicación de las normas constitucionales y legales sobre la protección de los territorios indígenas¹⁵⁸, 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 foráneas¹⁵⁹. 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 supervivencia¹⁶⁰”¹⁶¹.

1. En la Sentencia C-047 de 2022 al estudiar el artículo 16 de la Ley 617 de 2000, que modificó el artículo 2º de la Ley 177 de 1994, los cuales a su vez modificaron el artículo 9º de la Ley 136 de 1994¹⁶² se señaló que la medida no afecta la autonomía territorial indígena¹⁶³ 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”.

1. De igual modo, en tal decisión se indicó que “toda vez que (...) 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 [asambleas departamentales], 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”¹⁶⁴.

1. Finalmente, ante la preocupación de que la norma acusada permita inferir que las asambleas departamentales están autorizadas para crear municipios sin el lleno de los requisitos generales, cuando el Presidente de la República lo considere por razones de defensa nacional, en zonas donde existen territorios indígenas, la Sala Plena precisó: “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”¹⁶⁵.

1. En otras palabras, para la Corte conservan su capacidad de administración u organización, y su poder para ejercer sus funciones a través de sus propias autoridades: “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”¹⁶⁶.

La inexecutable de las normas demandadas por violación del derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas respecto de las medidas legislativas adoptadas

1. Alcance de las normas acusadas y forma de análisis constitucional. La Sala Plena debe empezar por señalar que los accionantes demandaron expresamente la integralidad de las dos normas acusadas (arts. 6º y 151, Ley 2200/22)¹⁶⁷, como además fueron transcritas en el libelo¹⁶⁸. Aun cuando del artículo 151 son los incisos cuarto, décimo y undécimo los que conciernen exclusivamente a la consulta previa, ello no es óbice para que el análisis de constitucionalidad atienda el contexto integral en que se inserta la disposición acusada, que responde a los cargos presentados (acápites de la demanda y el problema jurídico) y el relacionamiento con los demás contenidos normativos demandados que en opinión de los accionantes generan una yuxtaposición de gobiernos.

1. De igual modo, aunque la demanda exponga múltiples disposiciones constitucionales presuntamente infringidas, la Corte entiende que el cargo de inconstitucionalidad gira en torno -central- a la omisión de consulta previa, libre e informada de las comunidades indígenas para el trámite de la ley, al comprometer la autonomía territorial, la libre determinación y la diversidad étnica y cultural de la Nación, tal como se planteó en el problema jurídico. De este modo, la dogmática constitucional desarrollada en esta decisión responde a la demanda presentada.

1. De otra parte, los accionantes señalan que los artículos acusados hacen referencia a las ANMs, por lo que sus efectos se concretan en los departamentos de Amazonas, Guainía y Vaupés, los cuales son resguardos indígenas casi en su totalidad o se encuentran pendientes de su funcionamiento como ETIs, anotando que en la actualidad hay 18 áreas en tales departamentos.

1. De las pruebas recaudadas en el expediente el DANE expone que “el nivel denominado ‘Áreas No Municipalizadas’ corresponde a las divisiones territoriales de los departamentos de Amazonas, Vaupés y Guainía que actualmente no forman parte de ningún distrito,

municipio o entidad territorial indígenas legalmente constituida”. De esta forma, siguiendo la nomenclatura DIVIPOLA¹⁶⁹ acompaña la tabla 1 que suministra la cantidad de personas censadas que se auto reconocieron como indígenas¹⁷⁰ y su proporción respecto al total de la población censada en el CNPV 2018, precisando que son actualmente 18 las ANMs, dado que la Ordenanza 248 de 2019 de la Asamblea de Guainía creó el municipio de Barrancominas conformado por las áreas de Barrancominas y Mapiripán (por ello la tabla registra inicialmente 20 áreas):

Departamento

Código DIVIPOLA

Áreas No Municipalizada

Población Indígena

Población sin información de pertenencia étnica

Población total

Porcentaje de población Indígena

Amazonas

91263

EL ENCANTO

1.437

217

1.885

86,2 %

Amazonas

91405

LA CHORRERA

2.049

146

2.537

92,7%

Amazonas

LA PEDRERA

3.144

261

3.781

89,3%

Amazonas

91460

MIRITI PARANA

773

225

1-023

96,9%

Amazonas

91530

PUERTO ALEGRÍA

584

53

681

93,0%

Amazonas

91536

PUERTO ARICA

525

124

794

78,4%

Amazonas

91669

PUERTO SANTANDER

1.209

51

1.450

86,4%

Amazonas

91789

TARAPACA

2.786

104

90,6%

Amazonas

91430

LA VICTORIA

160

1

166

97,0%

Guainía

94343

BARRANCOMINAS

6.068

222

7.027

86,9%

Guainía

94883

SAN FELIPE

1.196

106

1.411

91,6%

Guainía

94884

PUERTO COLOMBIA

1.515

55

1.643

95,4%

Guainía

94885

LA GUADALUPE

196

14

222

94,2%

Guainía

94886

CACAHUAL

800

7

839

Guainía

94663

MAPIRIPANA

757

58

1.011

79,4%

Guainía

94887

PANA PANA

803

304

1.182

91,5%

Guainía

94888

MORICHAL

742

12

812

92,8%

Vaupés

97777

PAPUNAUUA

379

20

432

92,0%

Vaupés

97889

YAVARATE

670

26

756

91,8%

Vaupés

97511

PACOA

132

3.956

93,7%

1. Adicionalmente, el DANE acompaña lo que denomina como “03-Certificación Población Indígena en Resguardos vigencias 2022-2023”.

1. El Ministerio del Interior, al responder el auto de pruebas, brindó información similar al respecto. Tratándose de los Consejos Indígenas que se encuentran en ANMs y han sido registrados, acompañó la siguiente tabla:

2020-2021-2022

Consejo indígena

Ubicación

Fecha conformación Consejo Indígena

Fecha

Solicitud de

Registro

Resolución y fecha Registro

Mirití Paraná

Amazonas

26 al 28 agost./19

26 sept./19

1402 de 30 nov./20

Bajo Río Caquetá

Amazonas

15 al 17 nov./19

16 dic./19

Registrado OfI2020-1195 de 28 abr./20

Río Pirá Paraná

Vaupés

3 al 5 may./19

26 sept./19

104 de 22 jul./21

Medio Río Guainía

Guainía

16 agost./19

26 sept./19

104 de 22 jul./21

Yaigojé Apaporis

Amazonas/Vaupés

13 dic./19

145 de 19 oct./21

Unido de los Ríos Isana y Surubí TIURUS

Vaupés/Guainía

8 nov./19

13 dic./19

146 de 19 oct./21

Alto Río Guainía

Guainía

8 oct./19

13 dic./19

144 de 19 oct./21

Curripaco Nheengatú del Bajo Río Guainía y Negro

Guainía

7 marz./20

18 sept./20

15 de 21 feb./22

Unidad, Pensamiento y Sabiduría de la Palabra de Vida para el cuidado de las generaciones del territorio Arica

Amazonas

22 marz./20

10 dic./20

13 de 15 febr./22

Riío Tiquié

Vaupés

5 y 6 feb./21

25 jun./21

12 de 11 feb./22

PANI

Amazonas

7 al 9 abr./21

29 jul./21

10 de 4 feb./22

Mayor de Tarapacá CIMTAR

Amazonas

29 al 31 ener./21

3 agost./202(sic)

23 de 7 marz./22

Multiétnico del territorio ancestral del los Ríos Atabapo Inírida CIMENTARAI

7 jul./21

13 agost./202 (sic)

11 de 4 feb./22

Autoridades tradicionales indígenas de Tarapacá Territorio Uitiboc ASOAINAM

Amazonas

5 al 7 febr./21

21 sept./21

19 de 1 marz./22

1. Conforme a la información reportada, la Corte entiende que inicialmente son 18 las áreas no municipalizadas en Colombia, que se encuentran ubicadas en los departamentos de Amazonas, Guainía y Vaupés. Así mismo, es factible desprender que tales ANMs tienen un alto porcentaje de población indígena, a saber, en el Amazonas oscila entre el 78,4 % (Puerto Arica) y el 97 % (La Victoria); en Guainía, entre el 79,34 % (Mapiripán) y 96,2 % (Cacahual); y en Vaupés, entre el 91,8 % (Yavaraté) y el 93,7 % (Pacoa). También puede afirmarse que existen resguardos indígenas en tales territorios. Finalmente, se encuentra registrados 14 Consejos Indígenas.

2. Ahora bien, en cuanto a los territorios indígenas y resguardos indígenas se establece

normativamente lo siguiente. El Decreto 1953 de 2014¹⁷¹ refiere a aquellos casos en que el territorio indígena a poner en funcionamiento recae sobre áreas que están en posesión de comunidades indígenas o sobre resguardos (arts. 3º y 5º); que el ejercicio de competencias y funciones públicas asignadas a los territorios indígenas se financiará con cargo a los recursos del sistema general de participaciones (resguardos indígenas, art. 8º); que los recursos se percibirán por los territorios indígenas o resguardos indígenas que administren y ejecuten recursos de la asignación especial (art. 23); que son beneficiarios de los recursos de la asignación especial del SGP los resguardos indígenas legalmente constituidos y reportados por el Ministerio del Interior al DANE y al Departamento Nacional de Planeación (art. 25), entre otros. Y el Decreto 632 de 2018¹⁷² establece normas transitorias para la puesta en funcionamiento de los territorios indígenas ubicados al interior de los resguardos en ANMs de los departamentos de Amazonas, Guainía y Vaupés, reconociendo que el beneficiario de la asignación especial del SGP es el resguardo indígena (art. 1º); la administración de los recursos de la Asignación Especial del SGP para resguardos indígenas por los territorios indígenas ubicados en ANMs (capítulo VI, art. 24 y ss); entre otros.

1. Adicionalmente, estudios territoriales¹⁷³ evidencian como proporción territorial de las áreas no municipalizadas el 93 % en el Amazonas, el 78 % en Guainía y el 45 % en Vaupés. Por último, la intervención en este asunto de representantes de pueblos indígenas ubicados en la amazonía oriental y en los Consejos Indígenas de Pira Paraná, Mirití Paraná, Cimtarai y Yaigoje Apaporis, trae a colación la siguiente tabla sobre áreas de resguardos constituidos en la amazonía oriental:

Departamento

Km2

Hectáreas

Núm. de resguardos

Km2

Hectáreas

Porcentaje resguardos respecto área departamental

Amazonas

109.665

10.966.500

23

92.092

9.209.245

84%

Guainía

72.238

7.223.800

28

66.900

9.209.245

93%

54.135

5.413.500

2

36.399

3.639.925

67%

Fuente: Manual de Herramientas para la gestión territorial en contextos amazónicos. Modulo 8: territorios indígenas como entidades territoriales de carácter especial. Decreto ley 632 de 2018. Fundación GAIA 2021.

1. Antecedentes legislativos. El proyecto de ley orgánica 183 de 2021 Senado y 486 de 2020 Cámara, “por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los departamentos”, es de iniciativa gubernamental¹⁷⁴. El 18 de marzo de 2021 se radicó ante la Mesa Directiva de la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, proposición de audiencia pública. El 30 de abril se celebró dicha diligencia con los gobernadores¹⁷⁵ y la Federación Nacional de Departamentos, mientras que el 20 de mayo con los diputados y la Confederación Nacional de Asambleas y Diputados¹⁷⁶.

2. El texto fue publicado en la Gaceta del Congreso 1526 de 2020¹⁷⁷. Como objeto de la ley en la exposición de motivos se expuso que:

“el presente proyecto moderniza la organización y funcionamiento al dotar a los departamentos de un régimen específico político y administrativo que garantice el cumplimiento de las competencias y atribuciones que les asigna la Constitución y la ley (...): Gobierno-Territorio. A partir de la iniciativa legislativa los gobernadores podrán actuar como nivel intermedio de Gobierno entre la Nación y los municipios, en el ejercicio de los principios de coordinación, concurrencia, complementariedad y subsidiariedad. Esta iniciativa contempla la especificación de las competencias básicas del departamento, la clarificación de las relaciones con los demás niveles de gobierno y con el nivel nacional. Este es un proyecto normativo que consolida la competitividad e integración del nivel territorial para la gerencia regional, control político y planificación del desarrollo y del ordenamiento territorial. Asimismo, esta propuesta normativa busca llenar vacíos en el diseño institucional, adoptar herramientas efectivas de gobernanza multinivel, provocar definiciones en materia de

desarrollo y ordenamiento territorial, y otorgar estatus jurídico y unas herramientas que les permitan al departamento asumir y cumplir su rol en el sistema político y en la dinámica socioeconómica del país de manera más eficiente”.

1. En el informe de ponencia para primer debate en la comisión primera de la Cámara de Representantes se contiene un acápite denominado “concepto sobre la no necesidad de consulta previa”, del cual se extrae que “mediante MEM2020-14799-DCP-2500 de 17 de junio de 2020, el Subdirector Técnico de la Autoridad Nacional de Consulta Previa determino que: ‘(...) en consecuencia, desarrollado el análisis jurisprudencial y fáctico del proyecto de ley del asunto, esta autoridad administrativa concluye que el mismo no es una medida administrativa sujeta al desarrollo de consulta previa (...)’”.

1. Visto el proyecto de ley orgánica presentado al Congreso se observa que las normas acusadas en el presente asunto (arts. 6º y 151, Ley 2200 de 2022) no hicieron parte inicialmente del mismo¹⁷⁸. En efecto, en el pliego de modificaciones contenido en el informe de ponencia para primer debate en la comisión primera de la Cámara se propuso¹⁷⁹:

Texto nuevo

Justificación

Artículo 5. Áreas no municipalizadas. El Gobernador ejercerá la administración sobre las áreas no municipalizadas, hasta tanto se surta el proceso de municipalización de conformidad con la normatividad vigente. En los departamentos en lo que haya presencia de comunidades étnicas, se atenderá a lo dispuesto en el Decreto 632 de 2018 y las disposiciones complementarias.

De acuerdo con las recomendaciones realizadas por los departamentos de Guainía y Vaupés en audiencia pública se incorpora un artículo nuevo respecto de la competencia de los gobernadores en las áreas no municipalizadas, para preservar la competencia de la

administración departamental en las decisiones administrativas que correspondan mientras se surte la respectiva municipalización.

1. En cumplimiento del encargo hecho por la mesa directiva de la Comisión Primera de la Cámara, la subcomisión ante las proposiciones presentadas realizó el siguiente ajuste¹⁸⁰:

Texto propuesto

Proposición modificativa

Artículo 5. Áreas no municipalizadas. El Gobernador ejercerá la administración sobre las áreas no municipalizadas, hasta tanto se surta el proceso de municipalización de conformidad con la normatividad vigente. En los departamentos en lo que haya presencia de comunidades étnicas, se atenderá a lo dispuesto en el Decreto 632 de 2018 y las disposiciones complementarias.

Agregar un párrafo transitorio: Los departamentos que tengan bajo su jurisdicción municipios PDET, según disposición del Decreto ley 893 de 2017 o la norma que lo modifique, adicione o sustituya; integrarán en los planes de desarrollo, los proyectos y programas contenidos en los proyectos derivados de los planes de acción para la transformación regional o la hora de ruta que los incorpore.

1. En el informe de ponencia para segundo debate (plenaria de la Cámara), el pliego de modificaciones consistió respecto de esta disposición¹⁸¹:

Texto propuesto en plenaria

Se ajusta redacción y numeración:

Artículo 6. Áreas no municipalizadas. El Gobernador ejercerá la administración sobre las áreas no municipalizadas, hasta tanto se surta el proceso de municipalización de

conformidad con la normatividad vigente. En los departamentos en lo que haya presencia de comunidades étnicas, se regirán conforme a lo dispuesto en el Decreto 632 de 2018 y las disposiciones complementarias. Parágrafo transitorio. Los departamentos que tengan bajo su jurisdicción municipios PDET, según lo dispuesto en el Decreto ley 893 de 2017 o la norma que lo modifique, adicione o sustituya; integrarán en los planes de desarrollo, los proyectos y programas contenidos en los proyectos derivados de los planes de acción para la transformación regional o la hora de ruta que los incorpore.

1. En el tercer debate cumplido ante la comisión primera del Senado, el informe de ponencia tuvo como pliego de modificaciones (además del art. 6, se introduce una nueva disposición que constituye el art. 151)¹⁸²:

Texto propuesto

Justificación

Artículo 6. Áreas no municipalizadas. El Gobernador ejercerá la administración sobre las áreas no municipalizadas, hasta tanto se surta el proceso de municipalización de conformidad con el artículo 9 de la Ley no 136 de 1994 o estas áreas se transformen en otra entidad territorial. Los territorios indígenas ubicados al interior de los resguardos que se encuentren ubicados en áreas no municipalizadas se regirán conforme a lo dispuesto en el Decreto no 632 de 2018 y las disposiciones complementarias.

Se ajusta el artículo. Lo anterior teniendo en cuenta que el Decreto no 632 de 2018 se expidió para territorios indígenas y no para comunidades étnicas. Las áreas no municipalizadas no podrán convertirse en municipios, sino bajo la excepción planteada en el artículo 9 de la Ley no 136 de 1994, por tanto, se precisa que sea esa la norma que guía los procesos de municipalización de ANMs. Sin embargo, las áreas no municipalizadas podrán también convertirse en otras entidades territoriales diferentes al municipio, por tanto, se deja abierta esa posibilidad.

Texto propuesto

Justificación

Nuevo. El artículo 9 de la Ley 136 de 1994 quedará así:

Artículo 9. Excepción. Sin el lleno de los requisitos generales para la creación de municipios, las Asambleas Departamentales podrán elevar a municipios las áreas no municipalizadas de su jurisdicción.

Una o varias áreas no municipalizadas pertenecientes al mismo departamento podrán conformar un nuevo municipio. Para erigir las áreas no municipalizadas en municipios, se deberá contar con previo concepto favorable del Departamento Nacional de Planeación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto ley 2274 de 1991. Los departamentos, cuando a ello hubiere lugar, deberán adelantar las actuaciones para llevar a cabo la consulta previa del respectivo proyecto de ordenanza. La ordenanza deberá establecer expresamente las medidas necesarias para garantizar la continuidad de la prestación de los servicios básicos en el nuevo municipio por parte del departamento, de conformidad con lo previsto en los párrafos 2º y 3º del artículo 87 de la Ley 715 de 2001. La ordenanza deberá disponer las medidas necesarias para garantizar la continuidad de la prestación de los servicios básicos en el nuevo municipio por parte del departamento, de conformidad con lo previsto en los párrafos 2 y 3 del artículo 87 de la Ley 715 de 2001. La ordenanza deberá disponer las medidas necesarias para que los departamentos garanticen el funcionamiento de los nuevos municipios durante la vigencia fiscal en que fueren creadas, de conformidad con lo previsto en el inciso 5 del artículo 87 de la Ley 715 de 2001. Una vez aprobada y en firme la ordenanza, mientras se realizan las primeras elecciones municipales, la gobernación nombrará y posesionará alcaldes ad hoc para estos nuevos municipios. Las personas que sean alcaldes ad hoc deberán cumplir con los requisitos que la ley exige para poder ser elegido alcalde. El salario de los alcaldes ad hoc será asumido por el respectivo departamento. El respectivo departamento realizará todas las actuaciones necesarias para poner en funcionamiento los nuevos municipios. Una vez aprobada y en firme la ordenanza, la Registraduría Nacional del Estado Civil en coordinación y apoyo del respectivo departamento adelantará lo referente al proceso para la elección de los alcaldes y los concejales en los nuevos municipios. La adhesión de áreas no municipalizadas a municipios

existentes se registrará por lo dispuesto en este artículo, siempre y cuando, las áreas no municipalizadas y los municipios existentes hagan parte del mismo departamento. En los procesos de municipalización de áreas no municipalizadas que a la entrada en vigencia de la presente ley se haya realizado la consulta previa, continuarán conforme a lo dispuesto en este artículo.

Las entidades competentes para adelantar la consulta previa tendrán un término de máximo seis (6) meses para llevarla a cabo, contados a partir de la comunicación del proyecto de ordenanza por parte de la Asamblea Departamental o del departamento.

Una vez se hizo referencia a los artículos 309 (erige en departamentos), 39 transitorio (facultades extraordinarias para la organización y funcionamiento de los departamentos) y 311 (municipio como entidad fundamental del Estado) de la Constitución; la expedición del Decreto ley 2274 de 1991 (organización y funcionamiento de entidades territoriales erigidas como departamentos), cuyo art. 21 fue declarado inexecutable con efectos diferidos en la C-141 de 2001; y la aprobación de la Ley 1551 de 2012 (organización y funcionamiento de municipios), siendo declarado inexecutable el artículo 44 por la C-100 de 2013; se señala que el artículo 16 de la Ley 617 de 2000 establece como excepción que sin el lleno de requisitos las asambleas podrán elevar a municipios los corregimientos departamentales ubicados en las zonas de frontera, previo visto bueno del Presidente de la República por razones de defensa nacional), no obstante tal disposición a juicio del actual legislador establece requisitos innecesarios que impiden el esencial tránsito de las ANMs a hacer parte de la división político-administrativa establecida en la Constitución. Por ejemplo, el previo visto bueno del Presidente de la República y el señalamiento que solo podrá hacerse por razones de defensa nacional o por estar ubicados en zonas de frontera limitan la posibilidad para que las ANMs en las que no se cumplan estas razones puedan convertirse en municipio. Asimismo, la disposición que se pretende mejorar (art. 16, Ley 617/00), de un lado, no plantea requisitos como adelantar la consulta previa en dónde esta sea necesaria, de otro lado, unifica el procedimiento para adelantar la municipalización de las ANMs, el cual se encuentra disperso, generando la ambigüedad para que entidades competentes exijan requisitos adicionales que las mismas normas jurídica no lo han establecido. Por lo anterior, entre ello, la pluralidad cultural que habita en ANMs y la necesidad de ajustar la legislación a las disposiciones constitucionales, se justifica la modificación propuesta.

1. En la plenaria del Senado (cuarto debate), el pliego de modificaciones expuso respecto del texto nuevo aprobado en comisión¹⁸³:

Texto propuesto y justificación

Se realiza modificación para dejar alternativa para la creación de municipios mediante decreto por parte del Presidente de la República. Se elimina la expresión ad-hoc por técnica legislativa.

Artículo 153. El artículo 9 de la Ley 136 de 1994 quedará así: (...)

1. Los informes de conciliación aprobados en plenarias de la Cámara¹⁸⁴ y del Senado¹⁸⁵, permiten advertir:

Texto definitivo Cámara

Texto definitivo Senado

Texto acogido

Art. 6. Áreas no municipalizadas. El Gobernador ejercerá la administración sobre las áreas no municipalizadas, hasta tanto se surta el proceso de municipalización de conformidad con la normatividad vigente. En los departamentos en los que haya presencia de comunidades étnicas, se regirán conforme a lo dispuesto en Decreto 632 de 2018 y las disposiciones complementarias.

Art. 6. Áreas no municipalizadas. El Gobernador ejercerá la administración sobre las áreas no municipalizadas, hasta tanto se surta el proceso de municipalización de conformidad con el artículo 9 de la Ley 136 de 1994 o estas áreas se transformen en otra entidad territorial.

Senado

Texto definitivo Cámara

Texto definitivo Senado

Texto acogido

Nuevo.

Artículo 153. El artículo 9 de la Ley 136 de 1994 quedará así: (...)

1. En suma, de los antecedentes legislativos reseñados se puede extraer por esta corporación las siguientes conclusiones a efectos de la resolución del presente asunto. En primer lugar, el proyecto de ley orgánica tendiente a modernizar la organización y el funcionamiento de los departamentos fue de iniciativa gubernamental. En segundo lugar, las normas demandadas no hicieron parte del texto original, sino que fueron introducidas en el primer (art. 6º) y tercer debate (art. 151). En tercer lugar, hizo parte del texto inicial (incorporado en el trámite) del hoy artículo 6º aunque finalmente no fue aprobado, el cual disponía que “en los departamentos en lo que haya presencia de comunidades étnicas, se atenderá a lo dispuesto en el Decreto 632 de 2018 y las disposiciones complementarias”.

1. Y, en cuarto lugar, la justificación a la introducción del artículo 151 estuvo dada en que “a juicio del actual legislador [se] establece[n] requisitos innecesarios que impiden el esencial tránsito de las ANMs a hacer parte de la división político-administrativa establecida en la Constitución. Por ejemplo, el previo visto bueno del Presidente de la República y el señalamiento que solo podrá hacerse por razones de defensa nacional o por estar ubicados en zonas de frontera limitan la posibilidad para que las ANMs en las que no se cumplan estas razones puedan convertirse en municipio. Asimismo, la disposición que se pretende mejorar

(art. 16, Ley 617/00), de un lado, no plantea requisitos como adelantar la consulta previa en dónde esta sea necesaria, de otro lado, unifica el procedimiento para adelantar la municipalización de las ANMs, el cual se encuentra disperso, generando la ambigüedad para que entidades competentes exijan requisitos adicionales que las mismas normas jurídicas no lo han establecido”.

1. Examen constitucional. La demanda formulada expone transversalmente el cargo por desconocimiento del derecho a la consulta previa, libre e informada de las comunidades indígenas en relación con las disposiciones acusadas. Observadas conjuntamente las disposiciones demandadas (arts. 6º y 151), se establecen de manera interrelacionada atribuciones a distintas autoridades departamentales (gobernadores y asambleas), como al presidente de la república, para asumir el control administrativo de las áreas no municipalizadas, instituyendo además el procedimiento que se habrá de observar para su configuración como municipios. En esa medida, los contenidos normativos cuestionados en esta oportunidad no resultan separables, al instituir requisitos expeditos y unificados para municipalizar tales áreas, que al encontrarse altamente interconectados con los límites a la consulta previa de las comunidades indígenas -condiciones de la propia consulta-, deben entenderse a partir de su conjunto de manera unívoca.

1. Ingresando al análisis del cargo asisten razones poderosas para concluir que se está ante el desconocimiento del derecho a la consulta previa, libre e informada al presentarse una afectación directa intensa, representada en el alto impacto de las medidas legislativas sobre las comunidades indígenas, que involucra la restricción y eventual anulación de la autonomía y libre determinación de los pueblos indígenas, con graves implicaciones sobre su identidad cultural, que termina por incidir en la supervivencia de los mismos.

1. Por tales razones, la Corte enfatiza que el problema constitucional de los artículos acusados no radica fundamentalmente en una forma específica de organización territorial, sino a la imposición inconsulta de las medidas legislativas adoptadas. De allí, lo que genera

fundamentalmente la inconstitucionalidad es la ausencia y falta de efectividad de la consulta previa como exigencia del orden constitucional e internacional. Además, ella se produce porque al no existir ley orgánica consultada sobre las ETIs, la municipalización no puede convertirse en regla ni imponerse.

1. Las medidas legislativas aprobadas aunque tengan una vocación de generalidad como es convertir -procedimiento expedito y unificado- en municipios las ANMs, terminan por definir reglas sobre la conversión en la figura del municipio como entidad territorial, obviando que en dichas áreas existe una presencia significativa de territorios indígenas y resulte necesario su conformación como entidades territoriales indígenas, como figura de ordenación territorial establecida por la Constitución y en garantía del autogobierno e instituciones propias, y la diversidad cultural¹⁸⁶.

1. Afectación directa intensa que no se solventa con el hecho de realizar la consulta ex post -departamentos la adelantan, sobre el proyecto de ordenanza-, al finalmente haber soslayado la obligación de realizarla previamente a su aprobación por el legislador. La Corte ha sostenido que en materia de medidas legislativas la consulta previa se debe realizar con anterioridad a la radicación del proyecto de ley en el Congreso de la República, lo cual obedece a la exigencia de oportunidad de la consulta, ya que una vez adoptadas “la participación de las comunidades étnicas no tendría ninguna utilidad”¹⁸⁷. En este escenario, se trataría, entonces, no de un proceso de consulta, sino de una mera notificación de algo que ya ha sido decidido¹⁸⁸, situación que resultaría contraria a los criterios para la aplicación de la consulta¹⁸⁹.

1. Es de anotar que aun cuando las medidas legislativas aprobadas no tuvieron presentes en el proyecto de ley original, sino que fueron introducidas en el primer (art. 6º) y tercer (art. 151) debate cumplido¹⁹⁰, en todo caso su proposición en el trámite del proyecto de ley ante el Congreso de la República no lo eximía del deber constitucional de agotar previamente la consulta o brindar garantías de participación, ya que de lo contrario se haría nugatorio el

ejercicio de este derecho fundamental y, con ello, transgrediendo la Constitución (art. 330) y el Convenio 169 de la OIT (art. 6º)¹⁹¹. Menos se puede sostener que las dos audiencias públicas celebradas con gobernadores y diputados en el primer debate cumplido ante la comisión primera de la Cámara suplen la consulta previa o constituyen espacios de participación, toda vez que no satisfacen el procedimiento y condiciones propias que se exigen¹⁹².

1. Las normas impugnadas se exponen altamente restrictivas del derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas, al impactar zonas de sus territorios en las cuales desarrollan sus prácticas culturales, autogobierno e instituciones propias¹⁹³, con carácter persistente e intenso y que se relacionan de manera inescindible con los derechos reconocidos en la Constitución y en el Convenio 169 de la OIT. La ausencia de una LOOT no se puede constituir en una excusa para que se desconozca el artículo 329 y el régimen transitorio (art. 56) de la Constitución, que ha permitido poner en funcionamiento territorios indígenas, como son los que se ubican en las ANMs de los departamentos del Amazonas, Guainía y Vaupés. En este sentido, se termina afectando de manera directa e intensa a las comunidades indígenas localizadas en las áreas no municipalizadas, lo que hacía imperioso la consulta previa, libre e informada -no posterior- de las medidas legislativas aprobadas, atendiendo la forma en que los pueblos indígenas perciben el territorio, que exige el mayor nivel de protección que se les pueda otorgar.

1. De la información acopiada en este asunto se ha podido observar que las hoy denominadas áreas no municipalizadas corresponden en gran medida a ámbitos territoriales indígenas, al estar tituladas como resguardos o sobre ellas adelantarse la configuración de entidades territoriales indígenas. De este modo, para este tribunal las normas impugnadas tienen un impacto directo e intenso sobre los territorios y la libre determinación de los pueblos indígenas, así como sobre la identidad cultural, cuando recae sobre el Estado el compromiso constitucional de conformar las entidades territoriales indígenas y garantizar las condiciones sociales, económicas, políticas, jurídicas y culturales para que los pueblos étnicos puedan ejercer el poder público y la función administrativa en sus territorios.

1. Específicamente, el artículo 6º le atribuye al Gobernador la competencia para administrar las ANMs hasta tanto se surta el proceso de municipalización de que trata el artículo 9º de la Ley 136 de 1994 (disposición que la misma Ley 2200 de 2022 modifica) o tales áreas se transformen en otra entidad territorial¹⁹⁴. Según se ha explicado, el Constituyente de 1991 estableció como entidades territoriales no solo a los municipios -al que se le reconoce como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado, art. 311, siendo la regla general-, sino también a los territorios indígenas -excepción constitucional expresa-, como lo ha venido reconociendo la Corte en las sentencias C-100 de 2013 y C-141 de 2001 (listado taxativo). Así mismo, determinó la conformación de las entidades territoriales indígenas sujeta a la expedición de una ley orgánica, con participación de las comunidades indígenas y mientras se expide esta ley dispuso que el Gobierno podría dictar normas fiscales necesarias y las demás relativas al funcionamiento de los territorios indígenas y su coordinación con las demás entidades territoriales.

1. Esta medida legislativa exigía el agotamiento de la consulta previa debido a sus implicaciones para las comunidades indígenas, ya que compromete asuntos de territorio y gobierno, excluyente de la construcción intercultural del Estado, que no da lugar a duda sobre el impacto directo y el carácter particular sobre los destinatarios de la norma. Para la Corte carece de respaldo constitucional que el legislador hubiere entregado, así fuera de manera temporal, a los gobernadores la atribución de administrar las áreas no municipalizadas, mientras se cumple el proceso de municipalización, toda vez que en dichas áreas están presentes en buena medida territorios indígenas.

1. El criterio de la transitoriedad no tiene la vocación de remediar la afectación directa e intensa -consulta previa- que se genera sobre los pueblos indígenas. La interferencia es evidente -tanto como requisito para el trámite legislativo como derecho en sí mismo-, máxime cuando, como se ha explicado, el Gobierno nacional, en virtud del artículo 56 transitorio constitucional, venía abonando el camino con la expedición de decretos -con carácter de ley- como el 1953 de 2014, el cual crea un régimen especial para poner en

funcionamiento los territorios indígenas respecto de la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas hasta cuando el Congreso expida la ley orgánica que crea las ETIs. Igualmente, el Decreto 632 de 2018 dictó normas fiscales y otras necesarias para el funcionamiento de los territorios indígenas ubicados ANMs de los departamentos de Amazonas, Guainía y Vaupés.

1. Además, aunque el artículo 6º alude a la posibilidad de que las ANMs se transformen también en otra entidad territorial, se debe recabar que la inexequibilidad no deviene principalmente de una forma específica de organización territorial -la del municipio, departamento, distrito o territorio indígena-, sino de la imposición inconsulta de disposiciones legales -ausencia de consulta previa-, que termina por comprometer el espectro de la autonomía y libre determinación, así como la diversidad cultural, y que no han contado con el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas. De manera que, a pesar de la pretendida generalidad de la norma, la misma tiene un impacto específico e intenso en las comunidades étnicamente diferenciadas.

1. Por su parte, el artículo 151 (excepción) viene a modificar el artículo 9º de la Ley 136 de 1994, pudiendo destacarse de su contenido normativo i) que sin el lleno de requisitos generales para la creación de municipios, las asambleas podrán elevar a municipios las ANMs o podrá hacerlo el Presidente de la República mediante decreto; ii) los departamentos, cuando a ello hubiere lugar, deberán adelantar las actuaciones para llevar a cabo la consulta previa del proyecto de ordenanza; iii) mientras se realizan las elecciones municipales, la gobernación nombrará y posesionará alcaldes para los nuevos municipios; iv) la continuidad del proceso de municipalización en aquellos lugares donde se hubiere realizado la consulta previa; y v) que las entidades para adelantar la consulta previa tendrán un término máximo de 6 meses para llevarla a cabo. El resto de la disposición refiere a la forma de conformación de un municipio, el procedimiento legal a observar, las medidas para garantizar la prestación de los servicios y el funcionamiento durante la vigencia fiscal en que son creados, y el adelantamiento por la Registraduría del proceso de elección de alcaldes y concejales¹⁹⁸.

2. Esta disposición, a la cual reenvía el artículo 6º a efectos de surtir el proceso de municipalización de que trata el artículo 9º de la Ley 136 de 1994, instituye, entonces, facultades a los gobernadores, a las asambleas departamentales y al Presidente de la República, así como determina el procedimiento que se debe desarrollar, las medidas de funcionamiento que se han de adoptar y la elección de autoridades a realizar, para convertir las ANMs en municipios; por lo cual, siguiendo las consideraciones vertidas en esta decisión, es factible desprender que las comunidades indígenas que allí habiten deban ser objeto de consulta previa, libre e informada, al impactar intensamente la preservación de sus usos y costumbres, así como las zonas de sus territorios en las cuales han desarrollado sus prácticas culturales de manera permanente y con pretensión de exclusividad.

1. De igual modo, el artículo 151 termina por regular un asunto propio del derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos étnicos, al establecer un plazo perentorio de 6 meses no previsto en la Constitución, ni en el Convenio 169 de la OIT para realizar procesos consultivos¹⁹⁹. De esta manera, la jurisprudencia constitucional expone que las reglamentaciones que tengan la finalidad de desarrollar contenidos propios del Convenio 169 de la OIT deben ser consultados a las comunidades étnicamente diferenciadas, pues contienen asuntos que afectan directamente los derechos de las comunidades indígenas. De igual modo, ha indicado que es inconstitucional imponer un término perentorio para la realización de estas consultas con las comunidades, pues ello conlleva imponerles criterios que les son ajenos a sus procesos culturales.

1. De esta manera, a pesar de la generalidad de las normas acusadas es evidente el impacto que tienen de forma directa e intensa en las comunidades étnicamente diferenciadas. Las áreas no municipalizadas están mayoritariamente ocupadas por territorio y población indígena. En consecuencia, no se podía omitir el deber de consulta previa, libre e informada, pues estas medidas legislativas las afectaba directamente y de manera intensa.

1. Se debe señalar por la Corte que la Carta Política incluyó a las entidades territoriales

indígenas como una posibilidad para el nivel local y, así, robustecer la autonomía territorial y la libre determinación de los pueblos indígenas²⁰⁰. Sin embargo, esta tarea continúa pendiente, ya que la ley orgánica de ordenamiento territorial que habría de desarrollarla no la ha incluido o no ha sido expedida a la fecha²⁰¹. La existencia de ANMs expone problemáticas que trascienden los vacíos en el diseño normativo, ya que los cambios que se han generado, a pesar de que el Constituyente del 91 buscó que escalaran de posición, han sido más bien formales, al continuar presentes las diferencias del pasado en la dinámica de los nuevos departamentos, cuyas áreas no municipalizadas se componen en un alto porcentaje de poblaciones indígenas, además de estar conformadas por territorios principalmente agrestes, que dificultan el desarrollo económico en similares condiciones a las del resto de los departamentos en el país²⁰².

1. Las áreas no municipalizadas y, primordialmente, los departamentos en los que se encuentran, se caracterizan por disponer de amplias zonas de bosques, humedales y de reserva ambiental (DNP, 2017), tener niveles de densidad poblacional por debajo del promedio nacional (no alcanzan 1 habitante por Km²) y concentrar mayores proporciones de poblaciones indígenas. Esta característica es propia, entre otros, de los departamentos de Amazonas, Guainía y Vaupés, que cuentan con poblaciones indígenas por encima del 60% del total de habitantes²⁰³. Por tales razones, las ETIs constituyen una tipología territorial dentro del modelo político y administrativo del Estado, por lo cual gozan de autonomía para la gestión de sus intereses dentro de los límites establecidos por la Constitución. De este modo, aunque los territorios indígenas aún no han sido constituidos en ETIs por la falta de una ley orgánica, la Corte ha destacado su carácter suprallegal.

1. La Sentencia C-047 de 2022 fue ilustrativa al respecto, al expresar que las ETIs tienen por 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”.

1. En virtud de tal propósito se sostuvo que “la creación de las ETIs 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”²⁰⁴. En esta medida, como lo ha sostenido esta corporación “el Estado colombiano tiene la altísima responsabilidad de adoptar un papel activo en el propósito de lograr que las comunidades indígenas (...) que habitan en el territorio nacional puedan asumir el control de sus instituciones, formas de vida y desarrollo económico, dotándolas de los instrumentos que permitan el fortalecimiento de su identidad, educación, lengua y religión, para así asegurar la supervivencia de las comunidades tradicionales, las personas que la integran, su cultura, sus bienes y los territorios que ocupan”²⁰⁵.

1. Menos podría endilgarse a esta decisión una postura contraria a la sostenida en la Sentencia C-047 de 2022, toda vez que el litigio constitucional que ocupa la atención de la Corte difiere en sus aspectos fundamentales del examinado en la anterior decisión y, por ello, las razones de la decisión igualmente exponen sus diferencias. En efecto, dicha decisión estuvo precedida del análisis de una disposición anterior (subrogación)²⁰⁶ a la hoy vigente, cuyo contenido normativo²⁰⁷, a pesar de su similitud, difiere en sus aspectos esenciales del examinado en esta oportunidad -creación excepcional de municipios por razones de defensa nacional o ubicados en zonas de frontera, donde pueden existir territorios indígenas-. En otras palabras, dicha decisión atendió el interrogante constitucional planteado²⁰⁸, a partir de las particularidades del contenido normativo acusado y los principios y derechos constitucionales considerados infringidos, todos los cuales se exponen, a pesar de algunas coincidencias, disímiles al que tiene objeto de atención central en esta ocasión.

1. Con base en ello, en tal decisión se determinó que la medida “no afecta la autonomía territorial de las comunidades indígenas”²⁰⁹ y que “no afecta el ámbito de exigibilidad inmediata del derecho a la consulta previa, ni desconoce su contenido esencial”²¹⁰, resolviendo la exequibilidad de la disposición demandada “en el entendido de que se debe 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 esa providencia”.

1. Finalmente, en la Sentencia C-047 de 2022 este tribunal dejó en claro que “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”²¹¹.

1. También se debe tener en cuenta que las medidas aprobadas en la Ley 2200 de 2022 con carácter transitorio y permanente implican un retroceso frente a los decretos con carácter de ley que hasta el momento se han expedido, es decir, el 1953 de 2014 que crea un régimen especial para poner en funcionamiento los territorios indígenas respecto de la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas hasta que el Congreso expida la ley orgánica que crea las entidades territoriales indígenas y el 632 de 2018 que dicta normas fiscales y demás necesarias para poner en funcionamiento los territorios indígenas ubicados en áreas no municipalizadas de los departamentos de Amazonas, Guainía y Vaupés. Regulaciones legales expedidas en virtud de las facultades de los artículos 56 transitorio y 329 de la Constitución.

1. Las normas demandadas retroceden frente al avance existente y expone a los territorios indígenas que se encuentran en proceso de constitución como entidades territoriales indígenas. El Gobierno nacional y el Congreso de la República deben expedir la ley orgánica de ordenamiento territorial (territorios indígenas-conformación de ETIs). El incumplimiento de los deberes del Estado termina por exponer los principios de descentralización administrativa y autonomía territorial de tales comunidades étnicas. De allí que la decisión a adoptar sea indefectiblemente de inexecuibilidad, sin lugar a una exequibilidad condicionada o la inexecuibilidad solo de algunos apartes de las normas acusadas (principalmente del artículo 151). Ello se condice con la construcción de un Estado que resulte armónico con los principios de participación y de pluralismo cultural, representados en la intensidad de la afectación directa como se ha evidenciado, que hacía imperioso el camino de la consulta previa de las comunidades indígenas.

1. Han pasado más de 30 años sin que el Estado colombiano haya expedido la ley orgánica exigida por el artículo 329 de la Constitución y, con ello, ponga fin al déficit de protección. No hay razón constitucional válida para la Corte que justifique una omisión legislativa tan prolongada en el tiempo y relacionada con el mandato constitucional del artículo 329 sobre las entidades territoriales indígenas. Tal silencio absoluto no solo genera un vacío en el ordenamiento jurídico, sino que altera significativamente la eficacia del diseño constitucional territorial y de gobernanza contemplado para las comunidades indígenas.

1. Como se afirmó en la parte dogmática de esta decisión, la Corte en la Sentencia C-489 de 2012, atendiendo la existencia de un deber constitucional incumplido, realizó un exhorto al Gobierno nacional y al Congreso de la República para que “expidan el proyecto de ley especial que reglamente lo relativo a las entidades territoriales indígenas”²¹², empero ello no ha sido observado por sus destinatarios, prolongando la vulneración de los derechos de los pueblos indígenas a la autonomía y a la libre determinación, además de su identidad cultural, que termina comprometiendo indefinidamente el carácter normativo y la supremacía de la Constitución²¹³. La ausencia de una ley orgánica, la cual deberá consultarse previamente con las comunidades indígenas en virtud de los artículos 330 de la

Constitución y 6º del Convenio 169 de la OIT, que conforme las entidades territoriales indígenas ante la no actuación del Gobierno nacional y el silencio del legislador durante más de tres décadas, compromete el efectivo cumplimiento de las obligaciones del Estado social de derecho, democrático, participativo y pluralista.

1. Este llamado a las autoridades concernidas para que en ejercicio de sus competencias procedan a hacer efectivos los deberes que le ha impuesto la Constitución -omisión legislativa absoluta-²¹⁴, no ha sido extraño a la jurisprudencia constitucional. Así, en el Auto 558 de 2019 reiteró que el exhorto al Congreso debe ser visto “‘como una expresión de colaboración (...) para la realización de los fines del Estado, en particular para la garantía de la efectividad de los derechos (...)’²¹⁵. En este sentido, este mecanismo permite la ‘cooperación entre los órganos del Estado a fin de asegurar la fuerza expansiva de los derechos constitucionales’²¹⁶. (...) [L]o que pretende es proteger ‘los derechos constitucionales afectados por el déficit’ de protección evidenciado por el juez constitucional”.

1. Por lo anterior, como lo solicitaron en su mayoría las intervenciones y lo conceptuó la Procuradora General de la Nación, se procederá a declarar la inexequibilidad de las normas legales acusadas, así como a exhortar al Gobierno nacional y al Congreso para que se expida la correspondiente ley orgánica de conformación de las entidades territoriales indígenas, previa consulta con los pueblos indígenas.

Síntesis de la decisión

1. La Sala Plena abordó como problema jurídico si los artículos 6º y 151 de la Ley 2200 de 2022, desconocen los artículos 1º, 7º, 40 y 330 de la Constitución, y 6º del Convenio 169 de la OIT, por omitir la realización de la consulta previa, libre e informada como requisito para su trámite legislativo, que termina por comprometer la autonomía territorial.

1. Al respecto, la Corte determinó, por unanimidad, la existencia de una afectación directa sobre las comunidades indígenas, toda vez que las normas expedidas, aun cuando tuvieran una vocación de generalidad como es convertir en municipios las áreas no municipalizadas, terminan por definir reglas que omiten que en dichas áreas pueda haber presencia de territorios indígenas. De igual modo, sostuvo que la afectación directa no se solucionaba con el hecho de realizar la consulta posterior, al finalmente haber desconocido la obligación de realizarla previamente. En este escenario, no se trataría de un proceso de consulta previa, sino de una mera notificación de algo que ha sido decidido, lo cual resulta contrario a los criterios requeridos para la aplicación de la figura.

1. Adicionalmente, encontró que las medidas legislativas aprobadas constituyen un retroceso frente a los decretos con carácter de ley expedidos hasta el momento, esto es, el 1953 de 2014 que crea un régimen especial para poner en funcionamiento los territorios indígenas respecto de la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas hasta cuando el Congreso expida la ley orgánica que crea las entidades territoriales indígenas y el 632 de 2018 que dicta normas fiscales y otras necesarias para poner en funcionamiento los territorios indígenas ubicados en áreas no municipalizadas de los departamentos de Amazonas, Guainía y Vaupés, regulaciones legales proferidas en virtud de los artículos 56 transitorio y 329 de la Constitución.

1. Finalmente, la Corte dispuso el exhortar al Gobierno nacional y al Congreso de la República para que en el menor tiempo posible, en orden a sus competencias, impulsen, tramiten y expidan la legislación orgánica para la conformación de las entidades territoriales indígenas, en los términos de la Constitución. Ello dado que ha transcurrido un lapso irrazonablemente extenso -más de tres décadas-, sin que el Estado colombiano haya expedido la ley orgánica exigida por el artículo 329 de la Constitución, para poner fin al déficit de protección ante la omisión legislativa absoluta presentada. Lo anterior no es óbice para que se pueda seguir haciendo uso del artículo 56 transitorio constitucional.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero. Declarar inexecutable los artículos 6º y 151 de la Ley 2200 de 2022.

Segundo. Exhortar al Gobierno Nacional y al Congreso de la República a que en el menor tiempo posible, en orden a sus competencias, impulsen, tramiten y expidan la ley orgánica para la conformación de las entidades territoriales indígenas, en los términos de la Constitución, la cual debe ser previamente consultada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase y archívese el expediente.

DIANA FAJARDO RIVERA

Presidenta

NATALIA ÁNGEL CABO

Magistrada

Ausente con comisión

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

Magistrado

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Presentada el 11 de mayo de 2022.

2 Esta fue previamente inadmitida el 15 de junio al no lograr estructurar un cargo que cumpliera las exigencias mínimas de certeza, especificidad y suficiencia.

3 Solicita i) a las secretarías del Senado y la Cámara como al Ministerio del Interior informar si antes de la radicación del proyecto de ley 486/20 Cámara y 183/21 Senado, se adelantó un proceso de consulta previa con las comunidades indígenas que residen en las áreas no municipalizadas o si se implementaron otras formas de participación; ii) al Ministerio del Interior cuáles son las áreas no municipalizadas del país, extensión y número de habitantes; iii) al Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) el porcentaje de población indígena que reside en las áreas no municipalizadas; y iv) a las facultades de derecho de las universidades de los Andes y Nacional emitan su concepto al respecto.

4 A la Presidencia del Congreso de la República, a la Presidencia de la República y al Ministerio del Interior.

5 A la Defensoría del Pueblo -Delegada para Grupos Étnicos-, al Ministerio del Interior -Dirección de Autoridad Nacional de Consulta Previa-, a la Federación Nacional de

Departamentos, a la Organización Indígena de Colombia (ONIC) y a Dejusticia.

6 A las facultades de derecho de las universidades del Rosario, Javeriana, Externado de Colombia, de la Amazonía, de Caldas y de Manizales.

7 Publicada en el Diario Oficial No. 51.942 de 8 de febrero de 2022.

8 Aducen que también actúan como Coordinador General de la Organización Nacional de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana (OPIAC) e integrante del Laboratorio Jurídico para la Innovación de lo Público de la Fundación GAIA Amazonas.

9 Traen a colación sentencias de la Corte Constitucional, entre otras, en control abstracto: C-030 de 2008, C-175 de 2009, C-366 de 2011, C-253 de 2013 y C-369 de 2019, y en control de tutela: T-129 de 2011, T-704 de 2016, T-201 de 2017, SU.217 de 2017, SU.123 de 2018 y T-072 de 2021.

10 “Por el cual se dictan normas tendientes a asegurar la debida organización y funcionamiento de las entidades territoriales erigidas como departamentos en la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

11 Advierten el carácter constitucional de los territorios indígenas como entidades territoriales, aún en ausencia de la ley orgánica a la que refiere el artículo 329 constitucional, las cuales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses dentro de los límites de la Constitución y de la ley, por lo que tienen derechos a gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les corresponden, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, y participar en las rentas nacionales.

12 “Por el cual se dictan las normas fiscales y demás necesarias para poner en funcionamiento los territorios indígenas ubicados en áreas no municipalizadas de los departamentos de Amazonas, Guainía y Vaupés”.

13 Precisan que se acudió a estas fuentes como quiera que el IGAC y la Agencia Nacional de Tierras (ANT) no respondieron los derechos de petición que formularon en el trámite de la formulación de la demanda.

14 Cfr. parte considerativa del decreto.

15 Artículo 3º. Naturaleza jurídica.

16 Presentación de solicitud [de poner en funcionamiento los territorios indígenas en ANM de los departamentos de Amazonas, Guainía y Vaupés].

17 Aluden a las gacetas 626 y 992 de 2021 Cámara y 1223, 1633 y 1749 de 2021 Senado, respecto a los informes de ponencia en los cuatro debates.

18 En la audiencia pública del 30 de abril de 2021, la delegada de la Gobernación del Vaupés expresó: “(...) Administrativamente se presentan muchos vacíos frente a las áreas no municipalizadas. Esta oportunidad es importante para las comunidades indígenas, para revisar esa normatividad dentro de los departamentos. El departamento del Vaupés presenta muchas afectaciones en las necesidades de las comunidades”.

19 Traen a colación las sentencias SU.123 de 2018, T-298 de 2017 y T-693 de 2011.

20 Ver sentencia T-063 de 2019.

22 Gacetas del Congreso 479 y 761 de 2021.

23 Oficio C.P.C.P.3.1-002-22 recibido el 26 de julio de 2022.

24 Oficio S.G.2-1167/22 recibido el 1 de agosto de 2022.

25 Oficio recibido el 21 de julio de 2022.

26 Oficio 2022-2-001401-016218 recibido el 25 de agosto de 2022.

27 Conforme a lo manifestado por la Dirección de la Autoridad Nacional de Consulta Previa del Ministerio del Interior.

28 Según lo señalado por la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior.

29 Oficio 20222320003781T recibido el 29 de julio de 2022.

30 Censo Nacional de Población y Vivienda CNPV 2018. Metodología empleada en cuanto a la pertenencia étnica es el autorreconocimiento.

31 Oficio recibido el 29 de julio de 2022. Facultad de Derecho: Clínica Jurídica de Medio Ambiente y Salud Pública MASP y Área de Público Administrativo – Consultorio Jurídico.

32 Oficio recibido el 15 de septiembre de 2022. El término de fijación en lista venció el 16 de septiembre de 2022, según informe de la Secretaría General de la Corte de 12 de octubre de 2022.

33 Se trae a colación intervención del Ministerio del Interior en relación con la sentencia C-047 de 2022, que resolvió una demanda contra los artículos 16 de la Ley 617 de 2000 y 2º de la Ley 177 de 1994. La Federación recuerda que en dicha decisión se concluyó que no se vulneraba la autonomía territorial indígena al salvaguardarse un interés de mayor jerarquía, pues obedece la creación de municipios por razones de defensa nacional, tener carácter excepcional y no regular la faceta prestación de algún derecho fundamental.

34 Oficio recibido el 14 de septiembre de 2022.

35 Oficio recibido el 16 de septiembre de 2022.

36 Bajo el Decreto 632 de 2018.

37 Oficio recibido el 16 de septiembre de 2022.

38 Oficio recibido el 16 de septiembre de 2022.

39 Oficio recibido el 16 de septiembre de 2022.

40 Oficio recibido el 23 de agosto de 2022.

41 Oficio recibido el 16 de septiembre de 2022.

42 Oficio recibido el 15 de septiembre de 2022 Informan que actúan en representación de los pueblos y territorios indígenas y, en especial, de los Consejos Indígenas del Pira Paraná, Mirití Paraná, Cimtarai y Yaigoje Apaporis.

43 Oficio recibido el 16 de septiembre de 2022.

44 Aprobado por la Ley 21 de 1991.

45 Sentencia C-348 de 2021.

46 Resolvió una demanda en contra del Acto Legislativo 02 de 2020, “por el cual se modifica el artículo 325 de la Constitución Política de Colombia y se dictan otras disposiciones”, bajo el cargo, entre otros, de omisión de consulta previa.

47 La sentencia C-369 de 2016 indica que la consulta previa es un derecho fundamental porque materializa normas constitucionales como: la participación de grupos particularmente vulnerables; la diversidad cultural; y los compromisos adquiridos por el Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, frente a los pueblos étnicos o culturalmente diversos. En sentido similar, la sentencia T-151 de 2019, estableció que el carácter de derecho fundamental obedece a que la consulta previa “garantiza la participación de un colectivo que ha sido históricamente discriminado y, además, asegura la protección de la cultura nacional”.

48 Sentencia T-151 de 2019 reiterando la C-175 de 2009. Con respecto a los derechos de estos sujetos de titularidad colectiva, la Sentencia T-485 de 2015 recogió los derechos de las comunidades étnicas de la siguiente manera: “(i) tener su propia vida cultural, (ii) profesar y practicar su propia religión como manifestación cultural, (iii) preservar, practicar, difundir y reforzar otros valores y tradiciones sociales, culturales, religiosas y espirituales, así como sus instituciones políticas, jurídicas, sociales, culturales, etc. (iv) emplear y preservar su propio idioma, (v) no ser objeto de asimilaciones forzadas; (vi) conservar, acceder privadamente y exigir la protección de los lugares de importancia cultural, religiosa, política, etc. para la comunidad; (vii) conservar y exigir protección a su patrimonio cultural material e inmaterial; (viii) utilizar y controlar sus objetos de culto; (ix) revitalizar, fomentar y transmitir a las generaciones presentes y futuras sus historias, tradiciones orales. Filosofía, literatura, sistema de escritura y otras manifestaciones culturales; (x) emplear y producir sus medicinas tradicionales y conservar sus plantas, animales y minerales medicinales; (xi) participar en la vida cultural de la Nación; (xii) seguir un modo de vida según su cosmovisión y relación con los recursos naturales; (xiii) preservar y desarrollar su modos de producción y formas económicas tradicionales; y (xiv) exigir protección de su propiedad intelectual relacionada

con obras, creaciones culturales y de otra índole”.

49 De igual manera, en la sentencia C-348 de 2021 se sostiene que la Corte ha reconocido el ámbito de protección del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas, comunidades negras, raizales y Rom, a partir del carácter de sujetos de especiales protección constitucional y la calidad de minorías y/o grupos históricamente discriminados. En relación con las comunidades negras o afrodescendientes se precisa que la Ley 70 de 1993 desarrolló el artículo 55 transitorio constitucional.

50 Sentencia C-290 de 2017. Cfr. C-348 de 2021.

51 [En] relación con las leyes o las medidas de orden general, esta Corte ha señalado que la consulta previa procede cuando la medida general afecta con especial intensidad o de manera diferenciada a los pueblos étnicos. Bajo esta óptica, la sentencia C-075 de 2009 estableció que “las leyes, por su carácter general y abstracto, no generan una afectación directa de sus destinatarios, la cual sólo se materializa en la instancia aplicativa”. De modo que contra leyes o actos generales, impersonales y abstractos no procede la consulta previa, salvo que “la ley contenga disposiciones susceptibles de dar lugar a una afectación directa a los destinatarios, independientemente de que tal efecto sea positivo o negativo, aspecto éste que debe ser, precisamente, objeto de la consulta”.

52 Sentencias T-1045A de 2010, T-256 de 2015, SU-133 de 2017 (perturbación de estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y/o ocupacionales), T-733 de 2017 (se impactan las fuentes de sustento ubicadas dentro del territorio de la comunidad étnica), T-1045A de 2010 (se imposibilitan los oficios de los que depende la comunidad para su subsistencia), y T-256 de 2015 (se reubica la comunidad en un territorio diferente al que tiene su arraigo).

53 Cfr. Sentencia C-047 de 2022. Esta decisión sostuvo que tales supuestos de apreciación “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. Con todo, (...) constituyen una orientación suficiente para el ejercicio de dicha tarea, en consonancia con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, y en el marco de la jurisprudencia constitucional”.

54 Sentencia C-030 de 2008.

55 Sentencia C-1051 de 2012.

56 Ibid.

57 Esta Corte también ha referido que existen algunos supuestos en los cuales por expresa disposición del Convenio es exigible la consulta previa. A estas hipótesis se refirió en la sentencia C-077 de 2017: “Dentro de ese catálogo se encuentran aquellas que: i) involucran la prospección o explotación de los recursos existentes en las tierras de los pueblos indígenas o tribales (...); ii) las que implican su traslado o reubicación de las tierras que ocupan (...); iii) las relativas a su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir sus derechos sobre estas fuera de su comunidad (...); iv) las relacionadas con la organización y el funcionamiento de programas especiales de formación profesional (...); v) la determinación de las condiciones mínimas para crear instituciones de educación y autogobierno (...) y vi) las relacionadas con la enseñanza y la conservación de su lengua. (...)”.

58 Cfr. Sentencia C-348 de 2021.

59 Cfr. C-348 de 2021. Adicionalmente, esta corporación ha reconocido el territorio en dos sentidos: uno, el geográfico, como extensión legalmente reconocida donde están los resguardos u otras figuras como los territorios colectivos y, otro, el amplio, que incluye zonas de ocupación habitual en los que las comunidades étnicas desarrollan sus actividades sociales, económicas, espirituales o culturales, cuyo reconocimiento exige que las autoridades tomen en consideración la intensidad y permanencia efectiva, el grado de exclusividad de la ocupación y sus particularidades culturales, sociales y económicas de la comunidad. También se ha relacionado la afectación directa con la perturbación al ambiente, la salud o la estructura social, espiritual, cultural o económica de la comunidad étnica, que deben demostrar la degradación real al estilo de vida de las colectividades o el riesgo para su supervivencia cultural y económica (C-348 de 2021).

60 Salvamento de voto de las magistradas Diana Fajardo Rivera y Karen Caselles Hernández (e.) y aclaración de voto del magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo.

61 Esta reclama como nivel de participación el consentimiento previo, libre e informado y se

da en los siguientes tres casos excepcionales: i. el traslado o reubicación del pueblo indígena y tribal de su lugar de asentamiento; ii. el almacenamiento o depósito de materiales peligrosos o tóxicos en sus territorios; y iii. las medidas que impliquen un alto impacto cultural, así como social y ambiental que pone en riesgo su subsistencia.

62 Esta afectación implica el nivel de participación de consulta previa. Prima facie 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. con ocasión del POA se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto a su territorio; v. cuando una política, plan o proyecto recaiga sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas y tribales; vi. cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT; vii. si se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o posición jurídica; viii. por la interferencia en los elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido; ix. el territorio de la comunidad tradicional; o x. en el ambiente, la salud o la estructura social, económica y cultural del grupo.

63 Esta conlleva la simple participación, 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.

64 “Los siguientes criterios permitirán establecer el grado de ‘afectación directa’, prima facie, a menos que se presenten razones en contrario: i. cuando la preservación de los usos y costumbres de la comunidad étnica se hace evidente y la medida examinada se relaciona directamente con ellos; ii. cuando la medida impacta zonas de un territorio en las cuales las comunidades étnicas han desarrollado sus prácticas culturales de manera permanente, intensa y con pretensión de exclusividad; iii. cuando el relacionamiento de la comunidad étnica con la sociedad mayoritaria es históricamente reducido y la medida tiene una incidencia específica en las actividades de la comunidad; iv. cuando la medida que se examina tiene un impacto persistente o continuo en la comunidad; v. cuando la medida degrada el medio ambiente en general y los efectos adversos del cambio climático impacta el goce de derechos de la comunidad; y vi. tratándose de la afectación directa que se presenta “i) cuando una política, plan o proyecto recaiga sobre cualquiera de los derechos de los

pueblos indígenas o tribales”, “ii) cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT” y “iii) si se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad, de tal manera que modifiquen su situación o posición jurídica”; debe entenderse que se refiere a medidas que se relacionan de manera inescindible con los derechos específicamente reconocidos en el Convenio 169 de la OIT y los establecidos como criterio auxiliar en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas , entre los que se encuentran, la vida, la integridad física y mental, la igualdad, la libre determinación, la nacionalidad”.

65 “La corporación estima necesario la inclusión de unos criterios referidos a la forma de identificar el grado de afectación de una medida. Así, para efectos de establecer el grado de afectación se deben tener en cuenta las siguientes pautas: i. la determinación del grado de afectación debe ser el resultado de una cuidadosa consideración y valoración de los diferentes factores en juego en cada caso, teniendo en cuenta lo establecido como criterios sustantivos; ii. la perspectiva de las comunidades étnicas sobre la caracterización del grado de afectación resulta especialmente importante y, en consecuencia, debe presumirse cierta cuando aporten, en el marco de un diálogo intercultural, elementos y fundamentos mínimos que permitan identificar el sustento de dicha caracterización; iii. en caso de que se aporten los elementos y fundamentos mínimos que sustenten la caracterización, corresponde a las autoridades responsables atenerse a dicha caracterización, a menos que se aporte evidencia objetiva, contrastable y significativa acerca de que el grado de afectación es diferente; y iv. en caso de duda irresoluble acerca de la intensidad de la afectación deberá preferirse el mecanismo de participación más amplio. En consecuencia: i) si existe una duda irresoluble acerca de si la medida implica una ‘afectación directa intensa’ o una ‘afectación directa’ deberá resolverse exigiendo el consentimiento previo, libre e informado; y ii) si existe una duda irresoluble acerca de si la medida implica una ‘afectación directa’ o ‘afectación indirecta’, deberá resolverse exigiendo la realización de la consulta previa”.

66 Implica que “existe un solo legislador”. Sentencia C-1051 de 2001.

67 Significa la “facultad que se otorga a entidades diferentes al Estado para gobernarse por sí mismas a través de la radicación de ciertas funciones”. Además, existen varios tipos de descentralización: la territorial, la funcional o por servicios, por colaboración y por estatuto de personal. Sentencia C-1051 de 2001.

68 Consiste en “la capacidad de gestión independiente de los asuntos propios”. Sentencia C-1051 de 2001.

69 Sentencia C-478 de 1992.

70 Sentencia C-1051 de 2001 y C-506 de 1995.

71 Sentencia C-506 de 1995.

72 En palabras de la Corte dicho reconocimiento involucra: “autonomía política, esto es, la capacidad de elegir a sus gobernantes (...), autonomía administrativa, es decir, la facultad de manejar los asuntos de su jurisdicción (...) y, finalmente, autonomía fiscal, que implica la potestad para fijar tributos, participar en las rentas nacionales y administrar sus recursos”. Sentencia C-1051 de 2001.

73 Esta corporación ha sostenido que “descentralización y autonomía se desenvuelven en perfecta compatibilidad con la unidad nacional, de modo que no resulta jurídicamente atendible que, en razón de una interpretación separada de las normas que consagran estos principios, cada uno de ellos sea tomado en términos absolutos, porque al proceder de esa manera se priva de todo contenido al principio que no es tenido en cuenta y, además, se propicia una errada comprensión del que es considerado, por cuanto su adecuado y cabal sentido no proviene de su entendimiento aislado, sino de su ineludible compenetración sistemática con los restantes”. Sentencia C-1051 de 2001.

74 El artículo 27 de la Ley 1454 de 2011 define estos principios. Cfr. sentencias SU.411 de 2020 y C-978 de 2010.

76 Resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2º de la Ley 177 de 1994 y 16 de la Ley 617 de 2000. Salvamento parcial de voto del magistrado Alberto Rojas Ríos y aclaraciones de voto de la magistrada Diana Fajardo Rivera y los magistrados Jorge Enrique Ibañez Najar, Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y José Fernando Reyes Cuartas.

77 Decisión que tiene como fundamento principal la sentencia C-380 de 2019.

78 Sentencia C-380 de 2019.

79 “[S]e traduce, entre otros elementos, en (i) la subordinación del ejercicio de las competencias territoriales a la ley, (ii) la asignación de competencias a la Nación para la definición de políticas que tengan aplicación en todo el territorio nacional, (iii) la posibilidad de intervenciones excepcionales en asuntos que ordinariamente son del resorte de las entidades territoriales –cuando las circunstancias así lo ameritan o exista un interés nacional de relevancia superior–, y (iv) en una administración de justicia común”. Sentencia C-380 de 2019, que cita la C-579 de 2001.

80 Sentencia C-380 de 2019, con base en la C-937 de 2010, C-579 de 2001 y C-535 de 1996. También se afirma que el núcleo esencial de la autonomía territorial “representa un rango variable, que se expresa en límites mínimos y máximos fijados por la Constitución. Mientras el límite mínimo está dado por [el] núcleo esencial reconocido en el texto superior, el quebrantamiento del límite máximo ‘rompe los principios de organización del Estado para convertirse en independiente, en algo diferente de aquella unidad a la cual pertenecen las entidades territoriales’” (C-380 de 2019, que menciona la C-1258 de 2001).

81 Sentencias C-894 de 2003, reiterada en la Sentencia C-978 de 2010.

82 Sentencia C-380 de 2019. Cfr. C-047 de 2022.

83 Corresponde a los concejos (art. 313): (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 del concejo; (iv) votar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos y 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 de 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 de la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda; (viii) elegir personero para el período que fije la ley y los demás funcionarios; (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, entre otras.

84 Según el artículo 315 superior, sus atribuciones 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; representarlo judicial y extrajudicialmente; y nombrar y remover a sus funcionarios bajo su dependencia y a los gerentes y directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales de carácter local; (iv) suprimir o fusionar entidades y dependencias municipales; (v) presentar 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; (vi) sancionar y promulgar los acuerdos que hubiere aprobado el concejo y objetar los que considere inconvenientes o contrarios al ordenamiento; (vii) crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y fijar sus emolumentos; (viii) colaborar con el concejo para el buen desempeño de sus funciones, presentarle informes generales sobre su administración y convocarlo a sesiones extraordinarias; y (ix) ordenar los gastos municipales de acuerdo con el plan de inversión y el presupuesto.

85 Ejercen funciones administrativas, de coordinación, de complementariedad de la acción municipal, de intermediación entre la Nación y los municipios y de prestación de los servicios.

86 Goza de autonomía administrativa y presupuesto propio, y podrá ejercer control político sobre la administración departamental.

87 Corresponde a las asambleas (art. 300), por medio de ordenanzas: (i) reglamentar el ejercicio de las funciones y prestación de los servicios a cargo del departamento; (ii) expedir disposiciones sobre planeación, desarrollo económico y social, apoyo financiero y crediticio a los municipios, turismo, transporte, ambiente, etc.; (iii) adoptar los planes y programas de desarrollo económico y social y los de obras públicas; (iv) decretar los tributos y contribuciones necesarias para el cumplimiento de las funciones departamentales; (v)

expedir normas orgánicas del presupuesto departamental y el presupuesto anual de rentas y gastos; (vi) con sujeción a los requisitos que señale la ley, crear y suprimir municipios, segregar y agregar territorios municipales, y organizar provincias; (vii) determinar la estructura de la administración departamental, las funciones de sus dependencias, entre otras; (viii) dictar normas de policía; (ix) autorizar al gobernador para celebrar contratos, negociar empréstitos, etc.; (x) entre otras.

88 Conforme al artículo 305 superior, sus atribuciones son: (i) Cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes, los decretos del Gobierno y las ordenanzas; (ii) dirigir y coordinar la acción administrativa del departamento y actuar en su nombre como gestor y promotor del desarrollo integral de su territorio; (iii) presentar a la asamblea los proyectos de ordenanza sobre planes y programas de desarrollo económico y social, etc.; (iv) nombrar y remover a los gerentes o directores de establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del departamento, entre otras; (v) suprimir o fusionar las entidades departamentales; (vi) ejercer las funciones administrativas que le delegue el Presidente de la República; entre otras.

89 Está conformada por los siguientes capítulos: 1. Principios generales sobre la organización y el funcionamiento de los municipios; 2. Requisitos para la creación de municipios; 3. Concejos municipales; 4. Concejales; 5. Acuerdos; 6. Alcaldes; 7. Comunas y Corregimientos; 8. Participación comunitaria; 9. Asociación de municipios; 10. Control fiscal; 11. Personeros municipales; 12. Disposición varias.

90 Está conformada por los siguientes títulos: 1. Del objeto, definición, principios rectores de la administración departamental y competencias; 2. De las asambleas departamentales; 3. De los gobernadores.

91 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural”. Este decreto compiló el Decreto 2164 de 1995, “por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el territorio nacional” (art. 2º).

92 Cfr. Sentencia T-001 de 2019.

93 Expedido por el Presidente de la República en uso de sus facultades conferidas por el artículo 56 transitorio de la Constitución. Esta disposición transitoria constitucional señala: “Mientras se expide la ley a que se refiere el artículo 329, el Gobierno podrá dictar las normas fiscales necesarias y las demás relativas al funcionamiento de los territorios indígenas y su coordinación con las demás entidades territoriales”.

94 El artículo 1º establece su objeto: “Para ello se establecen las funciones, mecanismos de financiación, control y vigilancia, así como el fortalecimiento de la jurisdicción especial indígena; con el fin de proteger, reconocer, respetar y garantizar el ejercicio y goce de los derechos fundamentales de los Pueblos Indígenas al territorio, autonomía, gobierno propio, libre determinación, educación indígena propia, salud propia, y al agua potable y saneamiento básico, en el marco constitucional de respeto y protección a la diversidad étnica y cultural. En virtud de lo anterior, el presente decreto dispone las condiciones generales con sujeción a las cuales los Territorios Indígenas, en los términos aquí señalados, ejercerán las funciones públicas que les son atribuidas, y administrarán y ejecutarán los recursos dispuestos para su financiación”. Así mismo, el artículo 2º sobre el ámbito de aplicación señala que “para efectos del presente decreto se reconoce a los territorios indígenas su condición de organización político administrativa de carácter especial, que les permite el ejercicio de las competencias y funciones públicas establecidas en el presente decreto, a través de sus autoridades propias (...). Y el artículo 3º concerniente al funcionamiento de los territorios indígenas establece: “los territorios indígenas podrán ponerse en funcionamiento, de manera transitoria, de conformidad con las disposiciones del presente decreto, mientras el Congreso expide la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial que crea las entidades territoriales indígenas. Dichos territorios podrán entrar en funcionamiento en los siguientes casos: (...)”. El Decreto 1953 de 2014 está conformado por los siguientes títulos: 1. Objeto, ámbito de aplicación y los principios generales para el funcionamiento de los territorios indígenas; 2. Competencias generales de los territorios indígenas y de sus autoridades propias; 3. De la administración del sistema educativo indígena propio; 4. Sistema indígena de salud propio intercultural; 5. Agua potable y saneamiento básico; 6. Mecanismos para el fortalecimiento a la jurisdicción especial indígena. Cfr. Sentencia T-001 de 2019.

95 “Por el cual se dictan normas fiscales y demás necesarias para poner en funcionamiento los territorios indígenas ubicados en áreas no municipalizadas de los departamentos de Amazonas, Guainía y Vaupés”. Este decreto fue expedido por el Presidente de la República

en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 56 transitorio de la Constitución.

96 El artículo 1º señala su objeto: “El presente decreto establece las normas transitorias relativas a (...); los mecanismos para el relacionamiento entre los gobiernos propios de los pueblos indígenas ubicados en estos territorios y las disposiciones para su organización fiscal y su coordinación con las entidades territoriales, en tanto se expide la ley de que trata el artículo 329 de la Constitución Política. En todo caso reconociendo, que el beneficiario de la Asignación Especial del Sistema General de Participaciones es el resguardo indígena de conformidad con la establecido en el artículo 356 de la Constitución Política”. El Decreto 632 de 2018 está conformado por los siguientes capítulos: 1. Objeto, ámbito de aplicación, naturaleza jurídica y principios; 2. Funciones de los territorios indígenas ubicados en ANMs de los departamentos de Amazonas, Guainía y Vaupés; 3. Conformación, registro e inscripción de los Consejos Indígenas de los territorios indígenas ubicados en ANMs de los departamentos de Amazonas, Guainía y Vaupés; 4. Solicitud para poner en funcionamiento los territorios indígenas en ANMs de los departamentos de Amazonas, Guainía y Vaupés; 5. Fuentes de financiamiento; 6. Administración de los recursos de la asignación especial del Sistema General de Participaciones para resguardos indígenas por los territorios indígenas ubicados en ANMs; 7. Disposiciones generales.

97 En la Sentencia C-921 de 2007 esta corporación recordó que los resguardos indígenas se remontan a la época de la colonización española siendo creados por Cédula Real y su nombre obedece al propósito de “resguardar” a las comunidades indígenas del desalojo, el despojo y el exterminio al que estaban siendo sometidas por los denominados conquistadores.

99 Sentencia C-921 de 2007.

100 Han sido definidas como “el espacio político y jurídico que tienen los pueblos indígenas en Colombia para desarrollar, diseñar e implementar nuevas estructuras de gobierno propio para sus pueblos. Son la oportunidad histórica para eludir la imposición de formas administrativas ajenas implementadas por la sociedad mayoritaria” (cfr. Biviany Rojas. https://www.territorioindigenaygobernanza.com/web/col_06/)

101 El párrafo de esta disposición establece: “En el caso de un territorio indígena que comprenda el territorio de dos o más departamentos, su administración se hará por los Consejos Indígenas en coordinación con los gobernadores de los respectivos departamentos.

En caso de que este territorio decida constituirse como entidad territorial, se hará con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso primero de este artículo”.

102 Desarrollo y armonización de la legislación territorial.

103 “Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones”.

104 Dio respuesta al siguiente problema jurídico: ¿La expedición del Decreto 1953 de 2014 encontrándose vigente la Ley 1454 de 2011, desconoció los artículos 150, 329 y 56 transitorio de la Constitución, debido a que ya se había extinguido la competencia del Gobierno nacional para regular las materias relativas al funcionamiento de los territorios indígenas? En esta decisión se señaló que el análisis conjunto de los artículos 329 y 56 transitorio de la Constitución permite concluir que las disposiciones que se expidan al amparo de las facultades allí previstas y, de manera particular, el Decreto 1953 de 2014, tienen fuerza de ley por expresa disposición constitucional. Así mismo, precisó que la competencia establecida en el artículo 56 transitorio constitucional tiene como características que es amplia, cualificada, condicionada y no se encuentra limitada temporalmente. Esta sentencia tuvo salvamento de voto del magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez y aclaraciones de voto de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado y los magistrados Luis Ernesto Vargas Silva y Jorge Iván Palacio Palacio.

105 Concluyó dicha decisión que las menciones que se hacen a los territorios indígenas “no constituyen un régimen jurídico que haga posible su funcionamiento en tanto entidades territoriales según lo que prescribe el artículo 286, requieren una delimitación normativa que establezca, entre otras cosas, las condiciones para su conformación y existencia, las competencias normativas y no normativas a su cargo, así como las reglas relativas a la percepción y administración de recursos públicos. De hecho, la misma ley hace una declaración de la inexistencia de la regulación básica en la materia, al establecer a cargo del Gobierno la obligación de presentar un proyecto de ley que reglamente lo relativo a la conformación de las entidades territoriales”. Sentencia C-617 de 2015.

106 En esta decisión se itera en cuanto a las materias sujetas a reserva de ley orgánica de ordenamiento territorial, que el Constituyente del 91 estableció en el artículo 151 que el Congreso expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad

legislativa y por medio de ellas se establecerán las normas relativas a la asignación de competencias normativas a las entidades territoriales. De igual modo, se señaló que los artículos 150.4, 286, 288, 297, 307, 319, 321 y 329 de la Constitución, han establecido de forma literal la reserva de ley orgánica (aspectos relacionados con la organización territorial). Esta sentencia tuvo salvamento parcial de voto del magistrado Luis Ernesto Vargas Silva y aclaraciones de voto de los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Humberto Antonio Sierra Porto.

107 Sentencia C-489 de 2012. Por su parte, en la Sentencia C-617 de 2015 se había concluido que: “Sin desconocer la complejidad que se anuda a la adopción de las leyes relativas al ordenamiento territorial, resulta ciertamente problemático que pasado tanto tiempo desde la promulgación de la Constitución de 1991, continúe vigente una competencia extraordinaria fijada por el derecho transitorio de la Constitución. Las normas transitorias no deben cobrar vigencia indefinida en tanto, por regla general, constituyen una excepción al régimen constitucional ordinario. Su extensión en el tiempo constituye una situación atípica que el Congreso (...) debería considerar de cara al ejercicio de la atribución establecida en el artículo 329 de la Carta Política”.

108 Gaceta Constitucional 40 de 8 de abril de 1991. Ponencia sobre grupos indígenas presentada por Orlando Fals Borda y Lorenzo Muelas.

109 Sentencia T-380 de 1993.

110 Sentencia T-254 de 1994. El Decreto 1071 de 2015 constitutivo del decreto único reglamentario del sector administrativo agropecuario, pesquero y de desarrollo rural, trae las siguientes definiciones para los fines exclusivos del título: “Artículo 2.14.7.1.2. (...) 1. Territorios Indígenas. Son 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. 2. Comunidad o parcialidad indígena. Es el grupo o conjunto de familias de ascendencia amerindia, que tienen conciencia de identidad y comparten valores, rasgos, usos o costumbres de su cultura, así como formas de gobierno, gestión, control social o sistemas normativos propios que la distinguen de otras comunidades, tengan o no títulos de propiedad, o que no puedan acreditarlos legalmente, o que sus resguardos fueron disueltos,

divididos o declarados vacantes. (...) 4. Autoridad tradicional. Las autoridades tradicionales son los miembros de una comunidad indígena que ejercen, dentro de la estructura propia de la respectiva cultura, un poder de organización, gobierno, gestión o control social. (...) 5. Cabildo Indígena. Es una entidad pública especial, cuyos integrantes son miembros de una comunidad indígena, elegidos y reconocidos por ésta, con una organización socio política tradicional, cuya función es representar legalmente a la comunidad, ejercer la autoridad y realizar las actividades que le atribuyen las leyes, sus usos, costumbres y el reglamento interno de cada comunidad”.

111 Sentencia T-172 de 2019. Cfr. C-047 de 2022.

112 Sentencia C-047 de 2022, que cita la T-315 de 2019.

113 Ibidem.

114 Sentencia C-047 de 2022.

115 La Corte en la Sentencia T-661 de 2015 refirió al principio de maximización de la autonomía de las comunidades indígenas al manifestar: “(...) la autonomía de las comunidades debe respetarse al máximo y (...) solo puede ser limitada frente a lo verdaderamente intolerable, a partir de un consenso intercultural de la mayor amplitud posible. 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”. En la T-349 de 1996 había expresado: “(...) el desarrollo del principio de la diversidad cultural en las normas constitucionales citadas, y considerando que solo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural, puede concluirse como regla para el intérprete la de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía”. En la sentencia SU.510 de 1998 señaló: “En la esfera de las libertades, las soluciones dadas por la Corte a los problemas a que da lugar su ejercicio se han resuelto dentro de una línea que privilegia su máximo despliegue posible (principio pro libertate), también la doctrina de la Corte se ha inclinado por maximizar su radio de acción,

claro está, dentro de lo límites trazados por la Constitución (principio pro communitas)”).

116 Sentencia T-172 de 2019. En la Sentencia T-072 de 2021 se refirió al alcance del derecho a la autonomía de los pueblos a través de la identificación de tres ámbitos de aplicación: “i) la participación en las decisiones que involucren sus derechos e intereses (ámbito externo); ii) la participación en la toma de decisiones políticas; y iii) el autogobierno de los pueblos. Este se manifiesta en la jurisdicción especial indígena, la identificación de los territorios indígenas como entidades territoriales, y el gobierno propio mediante consejos conformados de acuerdo con sus usos y costumbres (ámbito interno, artículo 330 de la Constitución)”.

117 Sentencia T-514 de 2009. Cfr. Sentencia C-047 de 2022.

118 En la Sentencia T-254 de 1994 se expresó: “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”.

119 Sentencias T-601 de 2011 y T-973 de 2009 (Cfr. C-047 de 2022). En la Sentencia T-315 de 2019 se indicó que no le es permitido a las entidades estatales imponer una forma de organización (juntas de acción comunal), ya que implica un desconocimiento de su garantía a desarrollar su propia estructura política y social. De igual modo, en la sentencia C-292 de 2003 se declaró inconstitucional la imposición efectuada por el legislador en el sentido de constituir veedurías dentro de los territorios indígenas, al constituir una figura extraña dentro de las comunidades indígenas.

120 “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo

económico, social y cultural”.

121 “Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas”.

122 “Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado”.

123 Cfr. Sentencia C-047 de 2022.

124 En la Sentencia T-188 de 1993 se reconoció por primera vez el carácter fundamental de este derecho.

125 T-188 de 1993. T-387 de 2013.

126 CIDH. Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 diciembre 2009. Disponible en: <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Indice.htm>.

127 Sentencia T-652 de 1998.

128 Aprobada por la Ley 16 de 1972. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en Sentencia de 31 de agosto de 2001, caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, hizo algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas: “Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de esta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del

que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”. Cfr. Sentencia C-047 de 2022.

129 En la Sentencia T-188 de 1993 se indicó: “(...) reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Esta circunstancia es reconocida en convenios internacionales aprobados por el Congreso, donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes. Adicionalmente, el Constituyente resaltó la importancia fundamental del derecho al territorio de las comunidades indígenas. || ‘Sin este derecho los anteriores (derechos a la identidad cultural y a la autonomía) son sólo reconocimientos formales. El grupo étnico requiere para sobrevivir del territorio en el cual está asentado, para desarrollar su cultura. Presupone el reconocimiento al derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales ocupados y los que configuran su hábitat’”.

130 Asu vez, hizo expreso un 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, 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.

131 Se utiliza el término “título” entre comillas porque no es del todo posible categorizar la propiedad del territorio colectivo con un vocablo propio del derecho civil de corte romano; en realidad, los atributos del territorio colectivo se derivan de ese continuum entre cultura, autonomía y territorio que ha sido puesto de presente en los apartes jurisprudenciales citados.

132 “Al respecto, en sentencia T-617 de 2010 explicó la Sala Novena: “(...) el factor territorial [de la jurisdicción especial indígena] debe entenderse en armonía con la idea de ámbito territorial de la comunidad, definida por la Corte Constitucional en otras providencias, de acuerdo con el cual el territorio es el lugar en donde se desarrolla la vida social de la comunidad indígena: ‘Como dentro de la juridicidad occidental, es un contrasentido que la

tierra sea sujeto del derecho, entonces, hay que inferir que la Constitución le otorga “derechos” es al territorio del resguardo como una entidad que en su identidad no solo expresa parte de nuestra nacionalidad colombiana, sino que es un concepto que también se ubica en el terreno de la cultura. [...] es importante resaltar que el ámbito territorial de una comunidad es el espacio donde se ejercen la mayor parte de los derechos de autonomía de las comunidades indígenas; que la titularidad de ese territorio, de acuerdo con jurisprudencia de la corporación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, deriva de la posesión ancestral por parte de las comunidades y no de un reconocimiento estatal; y que, de conformidad con el fallo citado, el territorio debe considerarse tanto desde el punto de vista físico-geográfico como desde el punto de vista cultural, lo que implica que, excepcionalmente, puede tener un efecto expansivo, lo que ocurriría cuando una conducta punible ocurre por fuera del espacio físico que demarca el territorio colectivo, pero puede ser remitida a él en virtud de sus connotaciones culturales’”.

133 Cfr. Sentencia C-047 de 2022. En esta decisión se concluyó que “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”.

134 Lorenzo Muelas, Francisco Rojas Birry y Alfonso Peña Chepe.

135 Gaceta Constitucional 99 de 15 de junio de 1991. Ya en la Gaceta Constitucional 40 de 8 de abril de 1991 se expresaba: “(...) [P]artimos de la conveniencia de aplicar un régimen especial a los territorios indígenas en materia político-administrativa. Régimen que tome en cuenta sus peculiaridades ecológicas, socio-culturales y socio-demográficas, considerando que las comunidades indígenas existen y tienen derecho a seguir existiendo. (...) [B]uscamos un esquema que asegure al mismo tiempo la articulación al sistema político-administrativo general de la República (...)”. De esta manera, en primer debate fue aprobada la siguiente disposición: “Entidades territoriales. Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios en que se dividen aquellos y los territorios indígenas. (...) Las

entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, en los términos que establece la Constitución” (Gaceta Constitucional 109 de 27 de junio de 1991).

136 Delegatarios Lorenzo Muelas y Orlando Fals Borda. Actas de comisión.

138 Sobre el integracionismo y lo que es la etapa integracionista en Colombia véase: Pérez Portillo, Soraya. La otredad indígena en los procesos constituyentes en Colombia 1991, Venezuela 1999, Ecuador 2008 y Bolivia 2009. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020. p. 104 y ss

139 Borja, Miguel. Estado, sociedad y ordenamiento territorial en Colombia. Bogotá: Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, IEPRI, Universidad Nacional de Colombia; CEREC, 1996. p. 98 y ss.

140 Cfr. sentencias T-172 de 2019, T-650 de 2017, T-201 de 2016 y T-155 de 2015.

141 “El reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural responde a una nueva visión del Estado, en la que ya no se concibe a la persona humana como un individuo abstracto, sino como un sujeto con características particulares, que reivindica para sí su propia conciencia ética. Valores como la tolerancia y el respeto por lo diferente, se convierten en imperativos dentro de una sociedad que se fortalece en la diversidad, en el reconocimiento de que en su interior cada individuo es un sujeto único y singular, que puede hacer posible su propio proyecto de vida. En este nuevo modelo, el Estado tiene la especial misión de garantizar que todas las formas de ver el mundo puedan coexistir pacíficamente, labor que no deja de ser conflictiva, pues estas concepciones muchas veces son antagónicas e incluso incompatibles con los presupuestos que él mismo ha elegido para garantizar la convivencia. (...) En otras palabras, aun siendo clara la dificultad para entender algunas culturas desde una óptica que se define como universal, el Estado tiene que hacer compatible su deber de preservar la convivencia pacífica dentro de su territorio, garantizando los derechos de sus asociados en tanto ciudadanos, con el reconocimiento de sus necesidades particulares, como miembros de grupos culturales distintos. En esta tarea, además, le está vedado imponer una concepción del mundo particular, así la vea como valiosa, porque tal actitud atentaría contra el principio de respeto a la diversidad étnica y cultural y contra el trato igualitario para las diferentes culturas, que el mismo ha reconocido” (Sentencia T-523 de 1997).

142 Sentencia T-315 de 2019.

143 Ibidem.

144 Sentencia C-617 de 2015, que abordó en su parte dogmática el artículo 56 transitorio y su relación con el artículo 329 de la Constitución.

145 Sentencia C-047 de 2022, que refirió a las áreas no municipalizadas.

146 Ver el artículo 11 de la Ley 1551 de 2012.

147 <https://recyt.fecyt.es/index.php/CyTET/article/view/81340/50765>, p. 5

148 Sentencia C-047 de 2020.

149 No se establece ningún límite en el tiempo para el mantenimiento de los corregimientos departamentales por lo que la medida en la práctica se torna permanente.

150 Lo destacado es al margen de la decisión transcrita. Sentencia C-141 de 2001.

151 Sentencia C-141 de 2001. En otra decisión, sentencia C-100 de 2013, la Corte declaró la inexecutable del artículo 44 de la Ley 1551 de 2012 (normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios), que preveía, de conformidad con el artículo 285 superior, la creación de territorios especiales biodiversos y fronterizos en las zonas no municipalizadas correspondientes a los antiguos corregimientos departamentales, para que en los términos de su reglamentación, el Estado pueda cumplir las funciones y servicios a su cargo. Al resolver el problema jurídico consistente en si la creación legal de los territorios diversos y fronterizos constituye una violación del artículo 286 de la Constitución, al establecer una entidad territorial diferente de las allí previstas, concluyó esta corporación que la disposición acusada “ha establecido una nueva denominación y ordenación de los corregimientos departamentales, cuyo reconocimiento (...) fue considerado contrario a la Carta [C-141 de 2001]. Teniendo en cuenta tal punto de partida, a juicio de la Corte la norma (...) desconoce el artículo 286 de la Constitución, debido a que establece una nueva entidad territorial no prevista por tal disposición y, en consecuencia, desconoce su carácter taxativo. (...) [L]o que se hace es identificar un nuevo nivel territorial dotado de algunos de los derechos y responsabilidades de los municipios, pero sin establecer un régimen equiparable

al de estos, en tanto, por ejemplo, no se prevé la existencia de un concejo municipal, ni la forma de participación en las rentas nacionales o la posibilidad de fijar tributos”.

152 1071 de 2015, 1953 de 2014 y 632 de 2018.

153 “Por el cual se emite visto bueno para la creación de los municipios de Barrancominas y San Felipe en el Departamento de Guainía”. Proferido por el Presidente de la República en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 9º de la Ley 136 de 1994.

154 Abordó como problema jurídico: ¿la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior, vulneró los derechos al debido proceso, al autogobierno y a la autodeterminación de los pueblos indígenas, al imponer exigencias no contempladas en el artículo 8º del Decreto 632 de 2018 para culminar el trámite de registro de los Consejos Territoriales del Pirá Paraná y del Medio Río Guainía?

155 Organización Nacional de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana (OPIAC) con el apoyo de la Agencia Noruega para Cooperación al Desarrollo (NORAD) y la Iniciativa Internacional de Clima y Bosques de Noruega (NICFI). Territorios indígenas amazónicos: contribución al cumplimiento de los compromisos internacionales en materia de cambio climático.

156 Ibidem.

157 Ibidem.

158 Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil, presentado el 29 de septiembre de 1997. Ver también, Sentencia T-315 de 2019.

159 Cfr. <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Cap.V-VI.htm>. Ver, también T-315 de 2019.

160 Cfr. <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Cap.V-VI.htm> “Dicha creación de municipalidades actúa de hecho como un instrumento de división de los pueblos indígenas locales, ya que a través de ella se atrae o soborna a algún líder local para participar en el gobierno municipal, desconociendo la estructura de gobierno interna indígena y provocando su escisión. Igualmente, la estructura de municipalidad y sus relaciones de poder tienden a

favorecer el afincamiento de esas áreas indígenas de personas no-indígenas, y de autoridades y servicios públicos que compiten con los provistos o consentidos por las autoridades indígenas.” Ver, también T-315 de 2019.

161 Sentencia C-047 de 2022.

162 Esta disposición 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. Los demandantes cuestionaron 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 2º de la Ley 177 de 1994 y, por tanto, el legislador adoptó una medida regresiva. 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, ligada estrechamente a la autodeterminación de los pueblos, que a su vez involucra la identidad étnica y cultural.

163 Es una garantía institucional y no un derecho constitucional, por lo que el test de progresividad no es la metodología apropiada para analizar la presunta vulneración.

164 Sentencia C-047 de 2022.

165 Ibidem.

166 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”. Por tanto, declaró la exequibilidad 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. Sentencia C-047 de 2022.

167 De la demanda presentada se extraen los siguientes apartes: “La presente demanda, se dirige contra la integralidad de los artículos 6º y 151 de la Ley 2200 de 2022, (...), específicamente por infringir los artículos 1º, 7º, 40 y 330 del texto directo de la Constitución Política, así como el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT (...).” P. 4 de la demanda inicial. “Los dos artículos demandados de la Ley 2200 de 2022, debieron ser consultados previamente con los pueblos indígenas, en los términos del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, el cual prevé que es obligatorio para el Estado someter al tamiz de la consulta previa con los pueblos indígenas, aquellas medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectarlos directamente”. P. 5. “Los artículos 6º y 151, directa y negativamente, en los derechos y dinámicas sociales, económicas, culturales, jurídicas y políticas de los pueblos y territorios indígenas de la amazonía oriental (...), ha debido ser consultado previamente a su expedición (...)”. P. 7. “Declarar la inconstitucionalidad de los artículos 6º y 151 de la Ley 2200 de 2022”. P. 22

168 Pp. 3 y 4 de la demanda inicial.

169 La Divipola es un estándar nacional que codifica y lista las entidades territoriales a saber: departamentos, municipios, corregimientos departamentales, así como los centros poblados, tanto inspecciones de policía, como caseríos y corregimientos municipales en el área rural (<https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/divipola/divipola2007.pdf>).

170 La Corte ha referido al derecho a auto identificarse e identificar a sus semejantes como parte de la comunidad indígena (cfr. Sentencia T-172 de 2019)

171 Crea un régimen especial para poner en funcionamiento los territorios indígenas respecto de la administración de los sistemas propios hasta que el Congreso expida la ley orgánica.

172 Dicta normas fiscales y necesarias para poner en funcionamiento los territorios indígenas ubicados en áreas no municipalizadas de los departamentos de Amazonas, Guainía y Vaupés.

173 Ciudad y Territorio. Áreas no municipalizadas y autonomía de los pueblos indígenas en Colombia. Naidú Duque-Cante. Profesora investigadora. 2020. Datos que tienen como fuente: elaboración propia con base en la Ley 1551 de 2012, Hurtado, 2010 y Contaduría General de la Nación, 2018.

174 Radicado por la entonces Ministra del Interior, Dra. Alicia Arango Ramos.

175 L@s delegad@s de las gobernaciones del Vaupés y del Guainía, luego de aludir a la relevancia de la modernización, señalaron que “administrativamente se presentan muchos vacíos frente a las áreas no municipalizadas. Esta oportunidad es importante para las comunidades indígenas, para revisar esa normatividad dentro de los departamentos”. Gaceta del Congreso 626 de 2021.

176 Gaceta del Congreso 626 de 2021.

177 En la exposición de motivos se señala: “el presente proyecto moderniza la organización y funcionamiento al dotar a los departamentos de un régimen específico político y administrativo que garantice el cumplimiento de las competencias y atribuciones que les asigna la Constitución y la ley (...) : Gobierno-Territorio. A partir de la iniciativa legislativa los gobernadores podrán actuar como nivel intermedio de Gobierno entre la Nación y los municipios, en el ejercicio de los principios de coordinación, concurrencia, complementariedad y subsidiariedad. Esta iniciativa contempla la especificación de las competencias básicas del departamento, la clarificación de las relaciones con los demás niveles de gobierno y con el nivel nacional. Este es un proyecto normativo que consolida la competitividad e integración del nivel territorial para la gerencia regional, control político y planificación del desarrollo y del ordenamiento territorial. Asimismo, esta propuesta normativa busca llenar vacíos en el diseño institucional, adoptar herramientas efectivas de

gobernanza multinivel, provocar definiciones en materia de desarrollo y ordenamiento territorial, y otorgar estatus jurídico y unas herramientas que les permitan al departamento asumir y cumplir su rol en el sistema político y en la dinámica socioeconómica del país de manera más eficiente”.

178 Cfr. Gaceta del Congreso 1526 de 2020.

179 Gaceta del Congreso 626 de 2021.

180 Gaceta del Congreso 648 de 2021.

181 Gaceta del Congreso 992 de 2021.

182 Gaceta del Congreso 1223 de 2021.

183 Gaceta del Congreso 1633 de 2021.

184 Gaceta del Congreso 1827 de 2021.

185 Gaceta del Congreso 1820 de 2021.

186 En la Sentencia C-047 de 2022 se manifestó al respecto: “(...) 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”.

187 Sentencia C-196 de 2012.

189 Sentencia C-369 de 2019.

190 Esta afirmación derivada del trámite legislativo concuerda con la aseveración del interviniente Harold Eduardo Sua Montaña.

191 A partir de la Sentencia C-030 de 2008 le es exigible al legislador la obligación de realizar un procedimiento no previsto en la Constitución, ni en la ley orgánica del Congreso - consulta previa de pueblos étnicos-, como requisito para tramitar las medidas legislativas. En efecto, en la Sentencia C-253 de 2013 se sostuvo: “(...) consolidado el precedente en el 2008 [C-030), el legislador ciertamente no puede ignorar la existencia de este parámetro de control de constitucionalidad de las leyes y debe ir más allá incorporándolo en la ley orgánica del Congreso o a través de una ley estatutaria. En consecuencia y por las razones aludidas la Corte adopta una línea jurisprudencial en materia de exigibilidad de la consulta previa, respecto de medidas legislativas o administrativas anteriores a la Sentencia C-030 de 2008. En adelante, este parámetro de control de constitucionalidad se aplicará exclusivamente a aquellas leyes y medidas tramitadas con posterioridad a la citada sentencia”.

192 Como se expuso, en el informe de ponencia para primer debate (comisión primera de la Cámara) del proyecto de ley, se contiene un ítem que se denomina “concepto sobre la no necesidad de la consulta previa” expedido el 17 de junio de 2020 por la Autoridad Nacional de Consulta Previa, la cual concluye no que no se está ante una medida administrativa sujeta al desarrollo de tal mecanismo. En correspondencia con ello, las pruebas decretadas y obtenidas por el despacho sustanciador ante las secretarías de las comisiones y plenarias del Congreso también evidencian que no se procedió a la consulta previa de los pueblos indígenas, ni se desarrollaron otras formas diferentes de participación. De igual forma, el Ministerio del Interior informó que no se encontró que se haya solicitado concepto alguno sobre la procedencia de la consulta previa respecto de la ley acusada.

193 En algunas ocasiones representantes de pueblos indígenas han informado a la CIDH que la libre determinación es un derecho inherente y preexistente desde sus cosmovisiones, historias y derecho propio: “Nosotros no dependemos de una ley normativa, sino una ley de origen, que nos fue legada desde antes; [...] La libre determinación, desde nuestra concepción, no se puede limitar solamente a un documento escrito, impuesto desde las comprensiones y el derecho no indígena [...] [N]osotros estamos y habitamos los territorios antes de la creación de los ‘Estados’; nos regimos por leyes y códigos diferentes, nuestros mandatos vienen desde el origen del mundo, los cuales nos orientan nuestro comportamiento en los territorios donde nos dejó el padre creador, así como establecen las formas de interrelación con todos los seres existentes en el mundo [...]. Nosotros nos regimos por la palabra, por los sueños, por signos, por otras formas de ser y estar en el

mundo. Todo este estado de cosas que fortalecen nuestra espiritualidad y cultura, se apoyan en el uso de las plantas sagradas (...)” (Organización Nacional de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana y Gaia Amazonas. Respuesta al cuestionario de CIDH para el Informe Temático sobre el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales 2021. Cfr. Derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y tribales. El origen de la libre determinación desde la perspectiva de los pueblos indígenas y tribales, pp. 31 y 32.)

194 Como se explicó, de los antecedentes legislativos se extrae que el texto inicial del hoy artículo 6º preveía que en los departamentos en lo que hubiere presencia de comunidades étnicas se atendería lo dispuesto en el Decreto 632 de 2018 y las disposiciones complementarias.

195 Considerando 3.

196 En la Sentencia C-047 de 2022 se aludió al “régimen constitucional especial”, que confiere a los territorios indígenas el carácter de entidades territoriales indígenas, atribuyéndoles funciones específicas encaminadas a materializar sus derechos a la autonomía territorial y la autodeterminación.

197 Cfr. Sentencia T-072 de 2021.

198 Como se explicó, de los antecedentes normativos del artículo 151 se extrae que se pretendió superar requisitos innecesarios que impedían el esencial tránsito de las ANMs a hacer parte de la división político-administrativa. El previo visto bueno del Presidente de la República y el señalamiento que solo podrá hacerse por razones de defensa nacional o por estar ubicados en zonas de frontera, se estimó que limitan la posibilidad para que las ANMs en las que no se cumplan estas razones puedan convertirse en municipio. Igualmente, se pretende mejorar (art. 16, Ley 617/00), de un lado, que no planteaba requisitos de cómo adelantar la consulta previa cuando es necesaria y, de otro, se busca unificar el procedimiento para la municipalización de las ANMs, el cual se encuentra disperso, generando la ambigüedad y exigencias de requisitos adicionales.

199 En la Sentencia T-052 de 2017 se expuso que: “(...) corresponde al Estado definir las condiciones específicas en que se cumplirá la consulta ´de manera que sea efectiva y conducente, pero sin que quepa hablar, en ese contexto, de términos perentorios para su

realización, ni de condiciones ineludibles para el efecto”. Ya en la T-129 de 2011 se había sostenido: “no es plausible pensar en la determinación de un tiempo único para la materialización de la consulta previa y la búsqueda del consentimiento, ya que homogenizar este tipo de procesos desconocería el respeto por las diferencias y circunstancias de las distintas comunidades étnicas”.

200 Esta corporación ha reconocido que el derecho a la autonomía territorial es la condición para la realización del derecho a la libre determinación (T-693 de 2011).

201 Cfr. Ciudad y Territorio (estudios territoriales). 2020. Áreas no municipalizadas y autonomía de los pueblos indígenas en Colombia. Naidú Duque-Cante. P. 310. Cita texto de Baena Carrillo, S. 2015. La autonomía de las entidades territoriales indígenas. Revista digital de Derecho Administrativo, no 13, primer trimestre/2015. Pp. 99-133. Disponible en: <https://doi.org/10.37230/CyTET.2020.204.08>

202 Ibidem. Menciona texto de González, L. 2010. Conocimiento y control en los confines del territorio nacional: hacia la construcción de un saber territorial, 1850-1950. Historia y sociedad (Colombia), (19), 123-143. Disponible en: <https://doi.org/10.37230/CyTET.2020.204.08>

203 Ibidem. Entre otras fuentes cita texto de Carmona, C & Supelano, D & Osejo, I. 2014. Tipologías departamentales y municipales: una propuesta para comprender las entidades territoriales colombianas. Grupo de estudios territoriales. Disponible en: <https://doi.org/10.37230/CyTET.2020.204.08>

204 Sentencia C-047 de 2022.

205 Sentencia C-208 de 2007.

206 Artículo 16 de la Ley 617 de 2000, que modificó el artículo 9º de la Ley 136 de 1994.

207 “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”.

208 Los demandantes cuestionaron: i) “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” (párraf. 217); y ii) “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”. Por su parte, la Corte advirtió 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”.

209 Párrafos 225 y ss.

210 Párrafos 230 y ss.

211 Con base en lo anterior, la Corte declaró la exequibilidad del artículo 16 de la Ley 617 de 2000, en el entendido de que se deberá realizar consulta previa [para su aplicación práctica] en los casos en que la creación del municipio afecte directamente a comunidades indígenas asentadas en el territorio del nuevo municipio

212 Por su parte, en la Sentencia C-617 de 2015 se concluyó que: “Sin desconocer la

complejidad que se anuda a la adopción de las leyes relativas al ordenamiento territorial, resulta ciertamente problemático que pasado tanto tiempo desde la promulgación de la Constitución de 1991, continúe vigente una competencia extraordinaria fijada por el derecho transitorio de la Constitución. Las normas transitorias no deben cobrar vigencia indefinida en tanto, por regla general, constituyen una excepción al régimen constitucional ordinario. Su extensión en el tiempo constituye una situación atípica que el Congreso (...) debería considerar de cara al ejercicio de la atribución establecida en el artículo 329 de la Carta Política”. Recientemente en la C-047 de 2022, luego de referir a la C-489 de 2012, se aludió en la parte motiva: “(...) 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”.

213 Cfr. Auto 558 de 2019.

214 En el Auto 560 de 2016 se sostuvo: “(...) excepcionalmente esta corporación ha acudido a la figura del exhorto cuando comprueba la existencia de vacíos legislativos absolutos. No obstante, es preciso recordar que la palabra ‘exhortar’ en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, está definida como ‘incitar a alguien con palabras a que haga o deje de hacer algo’, es decir, que en sede de control abstracto de constitucionalidad esta fórmula se circunscribe a instar al Congreso para que ejerza su competencia para legislar sobre determinado asunto. En todo caso, la posibilidad que tiene la Corte para hacer este llamado (...), no puede confundirse con una orden judicial, pues la característica de esta última es que presupone la existencia de instrumentos que permitan su cumplimiento coercitivamente, los cuales están ausentes en sede de control abstracto (...)”.

215 Sentencia C-473 de 1994.

216 Ibidem.