

Sentencia T-001/19

ACCION DE TUTELA PARA PROTEGER DERECHOS FUNDAMENTALES DE COMUNIDADES INDIGENAS-Caso donde se consideran vulnerados derechos ante la negativa de suscribir convenios interadministrativos, al sostener que el resguardo indígena no es entidad territorial ni persona jurídica de derecho público

COMUNIDADES INDIGENAS COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL Y TITULARES DE DERECHOS FUNDAMENTALES-Reiteración de jurisprudencia

COMUNIDADES INDIGENAS-Legitimación por activa en los casos que reclaman protección de sus derechos fundamentales por medio de acción de tutela

La jurisprudencia de esta Corte ha reconocido no solo el estatus de sujetos colectivos de derechos fundamentales a las comunidades étnicas, sino que adicionalmente ha establecido que tanto los dirigentes como los miembros individuales de estas comunidades se encuentran legitimados para incoar la acción de tutela con el fin de perseguir la protección de los derechos de la comunidad, así como también “las organizaciones creadas para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas y la Defensoría del Pueblo”.

ACCION DE TUTELA PARA PROTEGER DERECHOS FUNDAMENTALES DE COMUNIDADES INDIGENAS-Procedencia por cuanto concepto de la Administración no puede considerarse como acto administrativo, por lo cual no proceden acciones contencioso administrativas

Para esta Sala el concepto jurídico emitido por la administración no es un acto administrativo en sentido estricto, pues da una orientación y no modifica situaciones jurídicas por lo cual no proceden las acciones contencioso administrativas para atacarlo. Adicionalmente, y en forma relevante es de precisar que dadas las condiciones de sujetos de especial protección constitucional de las comunidades indígenas no existen otros mecanismos administrativos o judiciales que puedan ser usados con la finalidad de salvaguardar los derechos fundamentales del Resguardo Indígena Dachi Agore Drua

RECONOCIMIENTO DE COMUNIDADES INDIGENAS-Criterios subjetivos y objetivos para identificarlos como población étnica y cultural, según parámetros establecidos en el

Convenio 169 de la OIT

DERECHO FUNDAMENTAL A LA DIVERSIDAD E IDENTIDAD CULTURAL DE COMUNIDADES Y GRUPOS ÉTNICOS-Protección constitucional

DECLARACION DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHOS DE PUEBLOS INDÍGENAS-Ejes centrales

DERECHO AL TERRITORIO COLECTIVO DE COMUNIDAD INDÍGENA-Alcance

DECLARACION DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHOS DE PUEBLOS INDÍGENAS-Fuente de derecho o de obligaciones concretas para el Estado, respecto a la protección del derecho a la propiedad colectiva

TERRITORIO DE COMUNIDADES INDÍGENAS-Protección y reconocimiento internacional

TERRITORIO DE COMUNIDADES INDÍGENAS-Reconocimiento constitucional y legal

El ordenamiento jurídico constitucional contiene protecciones relevantes y específicas para los pueblos indígenas otorgando derechos de estos sobre sus territorios y definiendo en forma sobresaliente las figuras de los resguardos y de los territorios indígenas, estos últimos, como entidades territoriales con autonomía para la gestión de sus intereses, derechos, funciones propias y competencias que deben ser definidas por el legislador a través de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y transitoriamente por el Gobierno mientras se expide dicha ley orgánica, de conformidad con el artículo 151 superior

RESGUARDO INDÍGENA-Definición

Son instituciones organizadas con prerrogativas especiales para su funcionamiento y con autoridades propias que los diferencian de cualquier otra institución de carácter étnico; así, la jurisprudencia constitucional ha estudiado la importancia de la diversidad étnica y cultural, del territorio para los pueblos indígenas y de instituciones como los territorios, los resguardos y los cabildos indígenas."(...) El resguardo se concibe como un ámbito territorial, entendido como el espacio en el que se ejercen los principales derechos de autonomía del resguardo, especialmente aquellos relacionados con la regulación social y la autonomía política

DERECHO A LA PROPIEDAD COLECTIVA DE GRUPOS ETNICOS SOBRE TERRITORIOS-Marco normativo y jurisprudencial del reconocimiento

DERECHOS DE COMUNIDAD INDIGENA A RECIBIR LOS RECURSOS NECESARIOS COMO PRESUPUESTO DEL RESPETO A SU AUTONOMIA E IDENTIDAD ETNICA Y EL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES-Reiteración de jurisprudencia

DIVERSIDAD Y AUTONOMIA-Elemento imprescindible para adecuada interpretación y aplicación de normas y principios para protección, respeto y garantía de derechos de comunidades cultural o étnicamente diversas

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Definición

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Garantías mínimas

DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-No se vulnera por cuanto no se negó acceso a la administración o se incurrió en imparcialidad, publicidad, moralidad o contradicción

CONVENIO INTERADMINISTRATIVO-Naturaleza jurídica

DERECHO FUNDAMENTAL A LA DIVERSIDAD E IDENTIDAD CULTURAL DE COMUNIDADES Y GRUPOS ETNICOS-Desde una perspectiva de enfoque diferencial, se ordena al Departamento del Quindío suscribir los convenios interadministrativos a que haya lugar

Referencia: Expediente T-6.577.482.

Magistrada Ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá, catorce (14) de enero de dos mil diecinueve (2019).

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, profiere la siguiente,

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la decisión de única instancia emitida el once (11) de octubre de dos mil diecisiete (2017) por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Armenia, Quindío, que negó el amparo invocado y consideró que no existió ninguna conducta por parte de la entidad accionada que vulnerara los derechos deprecados por la parte accionante.

En virtud de lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Dos de la Corte Constitucional seleccionó para efectos de revisión el asunto de la referencia[1].

I. ANTECEDENTES

1. El expediente seleccionado contiene la acción de tutela interpuesta el día 27 de septiembre de 2017 por José Erney Ramírez González en calidad de Gobernador del Resguardo Indígena Dachi Agore Drua, perteneciente al pueblo Embera Chamí, ubicado en el Municipio de Calarcá, Departamento del Quindío, en la que solicitó la protección de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso que adujo le fueron vulnerados por la Gobernación del Quindío que negó la suscripción de convenios interadministrativos al sostener que el resguardo indígena no es entidad territorial ni tampoco persona jurídica de derecho público.

Hechos, argumentos y solicitud

El día 27 de septiembre de 2017 José Erney Ramírez González en calidad de Gobernador del Resguardo Indígena Dachi Agore Drua, perteneciente al pueblo Embera Chamí, ubicado en el corregimiento de Quebrada Negra, Vereda Vista Hermosa, Municipio de Calarcá, Departamento del Quindío, instauró acción de tutela en contra del Departamento del Quindío y solicitó la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso.

Adujo que sus derechos fundamentales les fueron vulnerados por la Gobernación del Quindío que negó la suscripción de convenios interadministrativos al sostener que el resguardo indígena no es entidad territorial ni tampoco persona jurídica de derecho público. Agregó que el Departamento del Quindío desconoció que el Resguardo pertenece al Pueblo Embera Chamí el cual fue reconocido en el Auto 004 de 2009 de la Corte Constitucional,

como uno de los más afectados por el conflicto armado colombiano y en peligro de extinción.

Además indicó que como pueblo indígena conservan su lengua ancestral, medicina tradicional a través de los jaibanas (médicos tradicionales) y tienen usos y costumbres propios, arte y cultura tradicional Embera, y que como Resguardo Indígena cuentan con reconocimiento como entidad de derecho público de carácter especial, patrimonio propio, autonomía administrativa y financiera y goza de especial protección constitucional en el marco de disposiciones constitucionales y otras integradas al bloque constitucional como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo -OIT-, ratificado por la Ley 21 de 1991, la Ley 80 de 1993 y el Decreto 1953 de 2014, entre otra normativa.

Manifestó que el Resguardo Indígena Dachi Agore Drua ha estado imposibilitado por un periodo de un (1) año y nueve (9) meses para suscribir convenios interadministrativos en razón del desconocimiento y errada interpretación de las normas que protegen a las comunidades indígenas, pese a que como Resguardo Indígena Dachi Agore Drua suscribió en años anteriores convenios interadministrativos con entidades públicas.

Agrega que, existe una vulneración de sus derechos como pueblo indígena pese a que dentro de la dinámica estatal se reconoció a la comunidad como resguardo indígena en el Plan de Desarrollo Departamental “Plan Quindío Si Para Ti 2016 – 2019” que contiene una estrategia de inclusión social, en el programa de género, poblaciones vulnerables y con enfoque diferencial, que tiene como objetivo “sensibilizar y fortalecer a la población vulnerable en el Departamento de Quindío (mujeres, indígenas, afrodescendientes, migrantes y población LGTBI), promoviendo el cumplimiento de los derechos y garantizando las condiciones de vida” y que cuenta con un subprograma de “pervivencia de los pueblos indígenas en el marco de la paz” para apoyar sus planes de vida y/o pervivencia y para ello definió como meta “apoyar el plan de vida para el Resguardo Indígena Dachi Agore Drua del Municipio de Calarcá”.

Sostuvo que el actuar de la Gobernación de Quindío vulneró su reconocimiento como pueblo indígena pues la no suscripción de convenios interadministrativos con el resguardo restringen las dinámicas necesarias para la reivindicación de los derechos que les han sido arrebatados en el marco del conflicto armado.

2. Admisión, traslado y contestación de la demanda.

El 27 de septiembre de 2017 el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Armenia, Quindío, admitió la acción de tutela y solicitó a la parte accionada informara los motivos por los que se negó la posibilidad al Resguardo Indígena Dachi Agore Drua de suscribir convenios interadministrativos con el Departamento del Quindío y si en otras ocasiones celebró dichos convenios interadministrativos con el Resguardo accionante.

Señaló que el Resguardo Indígena Dachi Agore Drua no conforma una entidad territorial, ni es una persona jurídica de derecho público y que la ley de ordenamiento territorial no contiene una reglamentación referente a los territorios indígenas.

Adicionalmente, indicó que el Departamento Nacional de Planeación remitió al Departamento del Quindío un escrito denominado orientaciones para la programación, administración y ejecución de los recursos de la Asignación Especial del Sistema General de Participaciones para los Resguardos Indígenas -AESGPRI- en el que señaló que el artículo 83 de la Ley 715 de 2001 establece de manera expresa e imperativa que para la ejecución de los recursos del AESGPRI deberá celebrarse un contrato entre la entidad territorial y las autoridades del resguardo, antes del 31 de diciembre de cada año, en la que se determine el uso de los recursos en el año siguiente. Agregó que en el mismo concepto se expuso que los miembros de las comunidades indígenas sí pueden participar como particulares en las convocatorias que la Alcaldía o la Gobernación correspondiente adelanten para la ejecución de proyectos para el resguardo indígena.

Aunado a lo anterior, agregó que de acuerdo a lo dispuesto por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en diciembre de 2000 “La ley no ha concedido capacidad contractual a los cabildos indígenas y por lo mismo ni los gobernadores de éstos, ni los cabildantes, están habilitados para celebrar ningún tipo de contrato, entre ellos interadministrativos, que solo se celebran entre entidades estatales a las que se refieren los artículos 2 de la Ley 80 de 1993 y 95 de la ley 498 de 1998, especie contractual no reglamentada aún de manera general. Una vez sean reglamentados los territorios indígenas por la ley de ordenamiento territorial, éstos podrán celebrar todo tipo de contratos, pues están clasificados como entidades estatales con capacidad contractual”[3].

En lo relacionado con el proyecto de inversión y los recursos disponibles por la Secretaría de

Familia advirtió que ésta “tiene a su cargo el proyecto de inversión No. 121 “fortalecimiento del plan de vida del Resguardo Dachí Agore Drua del Municipio de Calarcá” el cual tiene por meta “apoyar el plan de vida para el resguardo indígena dachi agore drua del Municipio de Calarcá” y que los recursos disponibles son cuarenta millones m/cte (\$40.000.000) de la vigencia 2016 y treinta y cinco millones (\$35.000.000) de la vigencia 2017, que corresponden a recursos ordinarios”.

Para finalizar, explicó que el Departamento del Quindío no violó los derechos fundamentales del Resguardo Dachí Agore Drua, pues no es una persona jurídica de derecho público y por ello no es posible suscribir con éste un convenio interadministrativo que solo se celebra entre entidades estatales. Por ello, el Departamento del Quindío se encuentra en la obligación de adelantar todos los procesos contractuales con sujeción a lo dispuesto en la normatividad vigente.

3. Decisión de primera instancia.

El 11 de octubre de 2017 el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Armenia, Quindío, negó el amparo invocado y consideró que no existió ninguna conducta por parte de la entidad accionada que vulnerara los derechos deprecados por la parte accionante y que el Resguardo Indígena Dachi Agore Drua no detenta los requisitos establecidos por la ley para que sean reconocidos como entidad de derecho público de carácter especial y en consecuencia no les es posible celebrar convenios interadministrativos.

El Juez de primera instancia afirmó que no existe en el ordenamiento jurídico un desarrollo legislativo del artículo 329 de la Constitución Política en cuanto a la regulación de resguardos indígenas y que el Decreto 1953 de 2014[4] si bien creó un régimen especial de funcionamiento de los territorios indígenas, no contiene disposiciones que faculden o entreguen competencias a resguardos indígenas en materia de contratación estatal.

El fallo de primera instancia no fue impugnado.

5. Actuaciones en Sede de Revisión

El día 29 de mayo de 2018 la Magistrada Sustanciadora profirió auto de pruebas con el fin de obtener información adicional sobre (i) la legitimación en la causa del Gobernador del

Resguardo Indígena Dachi Agore Drua – José Erney Ramírez González, para validar y verificar su condición actual de representante del resguardo ; (ii) información del Resguardo en las bases de datos del Ministerio del Interior y, iii) la posición y las directrices del Ministerio del Interior respecto a la suscripción de convenios interadministrativos entre el Ministerio del Interior y/o entidades de naturaleza pública y resguardos indígenas con la normativa que motiva la suscripción de tales actos

6. Pruebas relevantes que obran dentro del expediente.

1. Constancia del 23 de junio de 2017 de registro del Resguardo Indígena Dachí Agore Drua constituido legalmente por el INCODER (hoy Agencia Nacional de Tierras) mediante Acuerdo No. 226 del 26 de octubre de 2010, expedida por la Coordinación del Grupo de Investigación y Registro de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior[5].

2. Acta de Posesión del 20 de febrero de 2017 de los integrantes del Cabildo Mayor Indígena Embera Chamí del Resguardo Dachí Agore Drua ante la Alcaldía del Municipio de Calarcá, Quindío.[6]

3. Oficio del 21 de junio de 2017 de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior en respuesta al derecho de petición radicado por el Gobernador del Departamento del Quindío.[7]

4. Concepto jurídico del 20 de junio de 2017 de la Secretaría Jurídica y de Contratación de la Gobernación del Departamento del Quindío[8] en el que se indica que “La Secretaría de Familia tiene a su cargo el proyecto de inversión No. 121 “fortalecimiento del plan de vida del Resguardo Indígena Dachí Agore Drua del Municipio de Calarcá. El cual tiene por meta “apoyar el plan de vida para el resguardo indígena dachí drua del Municipio de Calarcá”

Los recursos disponibles son, cuarenta millones m/cte (\$40.000.000) de la vigencia 2016 y treinta y cinco millones m/cte (\$35.000.000) de la vigencia 2017 que corresponden a recursos ordinarios”.

Además, se concluye en el concepto que:

– “los resguardos indígenas no conforman entidades territoriales, ni son personas

jurídicas de derecho público.

- Al no constituir personas jurídicas de derecho público, esta Secretaría Jurídica de Contratación, considera que no es viable jurídicamente, proceder a la suscripción de convenios interadministrativos. Toda vez que el Consejo de Estado ha manifestado que la “Ley no ha concedido capacidad contractual a los Cabildos Indígenas y por lo mismo ni los gobernadores de estos, ni los cabildantes, están habilitados para celebrar ningún tipo de contrato, entre ellos los interadministrativos, que sólo se celebran entre las entidades estatales a que se refieren los artículos 2 de la Ley 80 de 1993 y 95 de la Ley 489 de 1998. Una vez estos podrán celebrar todo tipo de contratos pues están clasificados como entidades estatales con capacidad contractual[9]”.

- Para la implementación del proyecto de inversión denominado “FORTALECIMIENTO DEL PLAN DE VIDA DEL RESGUARDO INDÍGENA DACHI AGORE DRUA DEL MUNICIPIO DE CALARCÁ” se recomienda que desde la Secretaría de Familia del Departamento, se adelante el procedimiento correspondiente, para que el Gobernador del Resguardo Indígena DARÍ AGORE DRUA, determine el mejor uso de los recursos con los que cuenta el Departamento del Quindío para fortalecer el resguardo, con fundamento a las necesidades que priorice la citada comunidad”.

5. Solicitud de concepto jurídico del 12 de junio de 2017 de la Secretaría de Familia a la Secretaría Jurídica y de Contratación de la Gobernación del Departamento del Quindío en el que se indicaron los convenios suscritos entre el Departamento del Quindío y el Resguardo Indígena Dachí Agore Drua:

i) convenio interadministrativo 092 de 2012 con el objeto de “coadyuvar el fortalecimiento y desarrollo de los pueblos indígenas a través de la transferencia de recursos para el fortalecimiento de la cultura, la gobernabilidad, la justicia indígena, el plan de vida del Resguardo Indígena Dachí Agore Drua del Municipio de Calarcá, Quindío; Valor: \$51.500.000.

ii) convenio interadministrativo 200 de 2013 con el objeto de “fortalecer procesos de seguridad alimentaria y etnoemprendimiento”, Valor: \$30.681.055.

iii) convenio interadministrativo 048 de 2015 con el objeto de “fortalecer procesos de

seguridad alimentaria y autoconstrucción. Valor: \$54.778.000”[10].[11]

6. Respuesta a consulta # 415120000686 No de radicado 216130001422 de Colombia Compra Eficiente en el que se indicó que los cabildos indígenas no tienen capacidad de contratación con el Estado y no están habilitados para celebrar ningún tipo de contrato.[12]

7. Detalle de los convenios interadministrativos No. 092 de 2012, 065 de 2012, 048 de 2015 y 200 de 2013 suscritos entre el Cabildo Mayor Indígena del Resguardo Indígena Dachí Agore Drua y el Municipio de Calarcá, Quindío.[13]

8. Acta de reunión del 21 de septiembre de 2017 suscrita entre la Gobernación del Departamento de Quindío y el Ministerio del Interior en la que el asesor jurídico de esta última entidad sostuvo que de acuerdo a la Ley 80 de 1993, el Decreto 1082 de 2015, la Ley 489 de 1998, el Decreto 1088 de 1993 y el Decreto 1953 de 2014 es viable jurídicamente contratar con cabildos indígenas como autoridades y representantes del Resguardo Dachí Agore Drua en aplicación del principio de enfoque diferencial.[14]

9. Respuesta del Ministerio del Interior al Auto de Pruebas proferido por la Corte Constitucional en el que se indica que los resguardos indígenas son una institución legal y socio política de carácter especial que pueden estar representados por los cabildos los cuales son entidades públicas especiales de acuerdo con el Convenio 169 de la OIT, el artículo 2 del Decreto 2164 de 1995 sustituido por el Decreto 1071 de 2015 y el artículo 2 de la Ley 80 de 1993.[15]

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional es competente para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, que fue escogida para revisión por medio de Auto del 16 de febrero de 2018, proferido por la Sala de Selección Número Dos, con fundamento en lo prescrito por el inciso 2º del artículo 86, y el numeral 9º del artículo 241, ambos de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Procedencia de la acción de tutela como mecanismo de protección de los derechos de comunidades indígenas.

La Constitución Política de Colombia define en su artículo 86 el mecanismo de acción de tutela para que toda persona pueda reclamar ante los jueces la protección de sus derechos fundamentales constitucionales cuando éstos se vean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de alguna autoridad pública. En tal contexto, ésta Corporación en su jurisprudencia ha sostenido que las comunidades étnicas, y por ello los pueblos indígenas, son sujetos colectivos titulares de derechos fundamentales por su condición de sujetos de especial protección constitucional en situación de vulnerabilidad[16], por lo que es procedente que acudan a la acción de tutela en el objeto de demandar la protección de sus derechos, por ejemplo a la autodeterminación, territorio, consulta previa, entre otros.

Lo expuesto tiene fundamento en los artículos constitucionales 1, 7, 10, 70, 246, 286, 330, principalmente, que definen el Estado colombiano como pluriétnico y multicultural y establecen prerrogativas para las comunidades étnicas del país. En tal sentido, la jurisprudencia de esta Corte “ha reconocido no solo el estatus de sujetos colectivos de derechos fundamentales a las comunidades étnicas, sino que adicionalmente ha establecido que tanto los dirigentes como los miembros individuales de estas comunidades se encuentran legitimados para [incoar] la acción de tutela con el fin de perseguir la protección de los derechos de la comunidad, así como también “las organizaciones creadas para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas y la Defensoría del Pueblo”[17].

Bajo este supuesto, es procedente analizar en el caso concreto el cumplimiento de los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela interpuesta por el Gobernador del Resguardo Indígena Dachí Agore Drua. En primer lugar, respecto a la legitimidad por activa, el inciso primero del artículo 86 constitucional dispone que toda persona, podrá ejercer la acción de tutela en nombre propio o mediante apoderado para obtener la protección inmediata de sus derechos fundamentales; así, la acción de tutela bajo estudio fue interpuesta por el señor José Erney Ramírez González quien de acuerdo a la información que obra en el expediente es el Gobernador Mayor del Cabildo Indígena según el acta de elección No. 14 del 31 de diciembre de 2016 y el acta de posesión del 20 de febrero de 2017 suscritas ante la Alcaldía del Municipio de Calarcá, Quindío, elegido para el periodo comprendido entre el 1 de enero al 31 de diciembre de 2017, como también el acta de

elección del 31 de diciembre de 2017 y el acta de posesión del 16 de marzo de 2018 suscritas ante la Alcaldía del Municipio de Calarcá, Quindío, para el periodo comprendido entre el 1 de enero al 31 de diciembre de 2018.

En segundo lugar, en lo concerniente a la legitimidad por pasiva, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991, la Gobernación del Departamento del Quindío es la autoridad pública a la cual se le endilga la vulneración de derechos fundamentales, puesto que es quien se niega a suscribir contratos con el Cabildo.

En tercer lugar, el asunto bajo examen en la acción de tutela interpuesta constituyó un asunto de relevancia constitucional por tratarse de derechos de una comunidad indígena que por su condición merece un tratamiento diferencial y una protección constitucional prevalente.

En cuarto lugar, la acción de tutela cumple con el requisito de inmediatez ya que como se evidencia en el material probatorio del expediente, las decisiones y conceptos de la Gobernación del Departamento del Quindío que se cuestionan fueron proferidos en los meses de junio y septiembre de 2017 y la acción de tutela fue interpuesta el 27 de septiembre de 2017, por lo que solamente habrían transcurrido días para que se hiciera uso del mecanismo de protección de derechos fundamentales.

En quinto lugar, y con referencia al requisito de que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados, la Sala identifica que el Gobernador del Resguardo Indígena sostiene que se han visto vulnerados y amenazados sus derechos constitucionales a la igualdad, el debido proceso y la autonomía y reconocimiento de la identidad étnica y cultural, por la negativa a la suscripción los convenios.

En último lugar, respecto del requisito de subsidiariedad, en el caso de la presentación de la acción de tutela ésta es procedente en la medida en que no existen otros recursos judiciales ordinarios o extraordinarios que protejan los derechos constitucionales del Resguardo Indígena Dachí Agore Drua en su calidad de sujeto de especial protección constitucional y dada la relevancia de proteger sus derechos la diversidad étnica, la autonomía indígena y el territorio lo que convierte a la acción de tutela en el mecanismo judicial idóneo para dicho objetivo.

Adicionalmente, es de precisar que el Departamento del Quindío para la negativa de suscripción del convenio interadministrativo con el Resguardo Indígena Dachi Agore Drua se fundó en un concepto jurídico emitido el 20 de junio de 2017 por la Secretaría Jurídica y de Contratación de dicha entidad, y en respuesta a la solicitud elevada el 12 de junio de 2017 por la Secretaria de Familia y que se entiende expedido en desarrollo del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo[18] que establece como alcances de los conceptos que: “Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución”.

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-951 de 2014, reiteró lo dispuesto en la sentencia T-091 de 2007 en la que se sostuvo:

“La jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado ha señalado que como regla general los conceptos que se expiden a instancia del interesado no son obligatorios, no crean situaciones jurídicas, y por tanto, no comprometen la responsabilidad de la entidad pública que los expide. Sólo en situaciones excepcionales, cuando el concepto cree o modifique situaciones jurídicas, éste debe considerarse un acto administrativo, frente a los cuales caben las acciones contencioso administrativas”.

Y en sentido similar en la misma sentencia C-951 de 2014 se reiteró lo dispuesto por la jurisdicción de lo contencioso administrativo[19], ratificando los anteriores postulados, al considerar que: “Como todo pronunciamiento no obligatorio jurídicamente, se trata de una opinión o apreciación que no es capaz de tener un efecto jurídico directo sobre el asunto de que trata, pues solo sirve para orientar a quien hace la consulta (...).”

De acuerdo a los argumentos precedentes, para esta Sala el concepto jurídico emitido por la administración no es un acto administrativo en sentido estricto, pues da una orientación y no modifica situaciones jurídicas por lo cual no proceden las acciones contencioso administrativas para atacarlo. Adicionalmente, y en forma relevante es de precisar que dadas las condiciones de sujetos de especial protección constitucional de las comunidades indígenas no existen otros mecanismos administrativos o judiciales que puedan ser usados con la finalidad de salvaguardar los derechos fundamentales del Resguardo Indígena Dachi Agore Drua.

2. Asunto objeto de revisión y planteamiento del problema jurídico

Problema Jurídico

Con base en los elementos fácticos descritos, encuentra la Sala que el problema jurídico consiste en determinar, desde una perspectiva de enfoque diferencial, si una entidad pública vulnera los derechos fundamentales a la diversidad e identidad étnica y cultural y a la autodeterminación y la efectivización de los mismos de un resguardo indígena al negar la suscripción de convenios interadministrativos por considerar que los resguardos indígenas no son entidades territoriales ni tampoco personas jurídicas de derecho público.

A fin de resolver el asunto, la Sala Séptima de Revisión hará referencia al marco constitucional, legal y jurisprudencial respecto de: (i) el reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural y la autodeterminación de las comunidades y resguardos indígenas y, (ii) los territorios y resguardos indígenas: efectividad de sus derechos y recepción de los recursos necesarios para el respeto de su autonomía e identidad étnica y cultural. Normativa y jurisprudencia.

Disposiciones constitucionales y jurisprudencia para el reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural y la autodeterminación de las comunidades y resguardos indígenas.

El ordenamiento jurídico define al Estado como Social de Derecho, pluriétnico y multicultural protegiendo con ello la diversidad étnica y cultural del país. En tal sentido, tanto normas constitucionales como tratados internacionales que integran el bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia reconocen los derechos de las minorías étnicas dándoles el rango de sujetos de especial protección constitucional[20], con fundamento en diversos artículos constitucionales de acuerdo a los cuales se: i) define a Colombia como un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana[21], que garantiza y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (Artículos 1 y 7 C.P.); ii) otorga al Estado y a las personas la obligación de proteger la riqueza cultural de la nación (Artículo 8 C.P.); iii) señala que las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios (Artículo 10 C.P.) y, iv) dispone que la cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la

nacionalidad y que el Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. (Artículo 70 C.P.).

En la misma línea, otras disposiciones constitucionales definen en forma específica obligaciones del Estado frente a la protección de los pueblos indígenas y establecen: i) la jurisdicción especial indígena, y en consecuencia que las autoridades de los pueblos indígenas puedan ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos (Artículo 246 C.P.); ii) que los territorios indígenas son entidades territoriales que gozan de autonomía para la gestión de sus intereses (Artículo 286 C.P.) y, iii) que los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercen funciones que están definidas en la misma carta constitucional (Artículo 330 C.P.).

Al respecto, en cuanto a las prerrogativas culturales y territoriales para los pueblos indígenas la Carta Política señala que las tierras comunales de grupos étnicos y las tierras de resguardo son inalienables, imprescriptibles, inembargables, de propiedad colectiva y no enajenables (Artículos 63 y 329 C.P.) y que en ese contexto la conformación de las entidades territoriales indígenas se sujetará a lo dispuesto en la ley orgánica de ordenamiento territorial y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial[22].

Los referidos mandatos constitucionales tienen como finalidad preservar la diversidad y autonomía culturales y en ese contexto defender y proteger la cosmovisión, cultura, costumbres, valores y creencias tradicionales, de los pueblos indígenas. En igual sentido, y como parte del bloque de constitucionalidad en aplicación del artículo 93 de la Constitución, diversos instrumentos internacionales han definido derechos y mecanismos de respeto, protección y garantía de los pueblos indígenas, como son la Declaración Universal de Derechos Humanos[23], el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[24], el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[25] y otros instrumentos internacionales dirigidos a vedar la discriminación, en relación con la situación de los pueblos indígenas y tribales en diversas regiones del mundo con el objeto de que estos pueblos asuman por sí mismos “el control de sus propias instituciones y formas de

vida y de su desarrollo económico [para poder] mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven[26].”

En la misma línea de tales instrumentos internacionales el Convenio 169[27] de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) “Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”, ratificado mediante la Ley 21 de 1991, reconoce que en múltiples países los pueblos indígenas no gozan de la garantía y protección de sus derechos humanos en comparación con toda la población y que en efecto sus valores, costumbres, cosmovisiones y su cultura han sido con frecuencia violentadas y erosionadas, pese a su contribución a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales.

Seguidamente, el Convenio referido define en forma específica lineamientos y derechos de los pueblos indígenas en cuanto a la participación (Artículos 6, 7 y 15), el territorio (Artículos 13 al 19) [28], la educación, la cultura, el desarrollo y a la protección de su identidad, y en tal sentido, instituye la obligación para los Estados firmantes de desarrollar acciones coordinadas y sistémicas con las comunidades indígenas, dirigidas a proteger los derechos de las comunidades étnicas – o tribales como las denomina el Convenio- entre las que se encuentran las comunidades indígenas[29] (Artículo 2). Lo anterior con el fin de propender hacia una justicia social bajo dos premisas fundamentales como son el derecho de los pueblos indígenas a mantener y fortalecer sus culturas, formas de vida e instituciones propias, y su derecho a participar de manera efectiva en las decisiones que les afectan.

Por lo anterior, el Convenio 169 establece que las acciones de los Estados y sus Gobiernos deben incluir medidas: “a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida” (Se subraya), postulados que implican que los Estados partes reconocen a los pueblos indígenas y tribales como sujetos de derechos y agentes políticos relevantes de cada sociedad

Es pertinente resaltar lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio que señala que los gobiernos “deben establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de los pueblos indígenas, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin” y para ello es relevante que se faciliten a éstos pueblos escenarios e instrumentos para el desarrollo de sus propias instituciones e iniciativas.

Por lo expuesto, el Convenio de la OIT se convierte en un instrumento esencial para el respeto, protección y garantía de los derechos de los pueblos indígenas que se reforzó con la Declaración Universal de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007 como referente que expresa la opinión jurídica global[30] de protección y reconocimiento de la diferencia étnica y su existencia como elemento positivo y fundamental en una democracia. Al respecto, la Corte Constitucional consideró como ejes centrales de la Declaración los siguientes: “(i) el principio de no discriminación, de acuerdo con el cual (i.1) las personas indígenas gozan de iguales derechos al resto de la población y (i.2) el goce de sus derechos especiales, asociados a la diversidad étnica, no debe convertirse en obstáculo para el ejercicio de los demás derechos humanos; (ii) el derecho a la autodeterminación, principio fundacional de los derechos de los pueblos indígenas; (iii) la relevancia del principio de no asimilación, considerado como derecho fundamental de las comunidades; y (iv) la participación, la consulta previa y el consentimiento libre e informado frente a las medidas que los afecten.”[31] (Se subraya).

En forma precisa la Declaración Universal de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas dispone que éstos “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 y 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.” (Se subraya). (Artículos 4 y 5).

Así, la Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, como lo ha indicado este Tribunal, es un referente importante de protección de los derechos de estos pueblos y un instrumento sustancial para fijar el sentido y alcance del derecho al reconocimiento y debida protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos

indígenas en Colombia, sobre los cuales se ha reconocido internacionalmente que tienen derecho como colectividades y como individuos a gozar de los derechos humanos y libertades en su integridad, a determinarse de manera autónoma; preservar y fortalecer sus propias instituciones sociales, culturales, económicas, políticas y a participar de manera informada, activa y plena en la toma de decisiones y en las políticas –legales o administrativas que pueden afectar sus intereses[32].

Bajo tales consideraciones, en la jurisprudencia constitucional se han reforzado las protecciones y garantías de los pueblos indígenas reconociéndolos como sujetos de derechos fundamentales, al indicar desde los inicios de la Corte Constitucional que “La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser ‘sujeto’ de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a ‘la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana’”

En tal sentido, la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas es amparada desde la dimensión colectiva e igualmente desde la dimensión individual, por lo que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ampara a la comunidad indígena como sujeto de derecho y protege también a los individuos que integran la comunidad, pues sin tal protección no sería posible la materialización de la protección de los derechos colectivos radicados en cabeza de la comunidad[33] como bien lo dispone el Convenio 169 de la OIT que estipula que los Estados firmantes expresamente admitieron el derecho a la autodeterminación y en consecuencia los pueblos indígenas tienen derecho al autogobierno lo que representa la posibilidad de “(a) decidir su forma de gobierno, (artículo 330 C.P.); (b) ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (artículo 330 C.P.); y (c) ejercer el derecho de propiedad de sus resguardos y territorios, con los límites consagrados en la Constitución y la legislación”[34].

Por lo expuesto, el Estado y el gobierno colombiano tienen la obligación de garantizar que las comunidades indígenas del país puedan en forma autónoma tener el control de sus instituciones, formas de vida y desarrollo económico, y con ello desplieguen su derecho a la

autodeterminación, entendida ésta como la capacidad para darse su propia organización social, económica y política, es decir, el derecho que tienen a decidir sobre asuntos culturales, espirituales, políticos y jurídicos.

Territorios y resguardos indígenas: Efectividad de sus derechos y recepción de los recursos necesarios para el respeto de su autonomía e identidad étnica y cultural. Normativa y jurisprudencia.

Disposiciones e instrumentos internacionales.

Una vez expuestos los postulados constitucionales fundamentales de protección de los derechos de los pueblos indígenas, esta Sala estudiará lo concerniente a los territorios y resguardos indígenas, su relevancia en el contexto de su cultura y cosmovisión, y de la significancia de la efectividad de sus derechos fundamentales.

De acuerdo con la Constitución Política y los instrumentos internacionales referidos en el acápite anterior, el territorio es un elemento importante para el desarrollo autónomo de las comunidades étnicas. En tal sentido, el Convenio 169 de la OIT define una protección reforzada respecto a territorios de pueblos tribales, estableciendo que los Estados tienen la obligación de “respetar el carácter colectivo de los territorios de estos pueblos, por el valor cultural y espiritual que este representa y la relación que tiene con su pervivencia, por lo que establece el derecho de estas comunidades a decidir el proceso de desarrollo que afecte a las tierras que ocupan, y de salvaguardar otras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. (Artículos 13, 14, 19 a, 7.1). Es así como, el Convenio 169 define un lineamiento de proteger los territorios indígenas que tengan una estrecha relación con la pervivencia colectiva y la cosmovisión de las comunidades”.[35] (Se subraya).

El reconocimiento anterior ocurre, en razón a que históricamente el territorio para los pueblos indígenas ha sido un elemento esencial para su pervivencia pues en este confluyen, convergen y se materializa su relación comunitaria y colectiva en diversas dimensiones como la cultural y la espiritual. Por ello, los instrumentos internacionales reconocen la relación de los pueblos indígenas con la tierra, por lo que también la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007) resalta en su

preámbulo que estos pueblos minoritarios han “sido desposeídos de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses” por lo que la protección y garantía de las tierras, territorios y recursos de comunidades indígenas se convierte en una necesidad preponderante para la protección de derechos[36], con la finalidad, de acuerdo con la Declaración, de “mantener y reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones y promover su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades”.[37]

En el mismo sentido, la citada Declaración desarrolla en forma explícita el derecho al territorio colectivo indicando que los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado, y para ello es necesario asegurar el reconocimiento y protección jurídicos de sus derechos, a través de diferentes mecanismos e instrumentos. (Artículos 25.1, 25.2, 25.3, 27, 28, 29 y 30).

Por su parte, la Constitución Política contiene mandatos taxativos que garantizan y protegen los territorios indígenas en el país (artículos 286, 287, 288, 321, 330 y 56 transitorio) y los resguardos (artículos 63, 329 y 356 C.P.). En efecto, el artículo 286 superior define que son entidades territoriales los territorios indígenas, y seguidamente el artículo 287 determina que las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley detentan derechos a: i) Gobernarse por autoridades propias; ii) Ejercer las competencias que les correspondan; iii) Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y, iv) participar en las rentas nacionales.

Aunado a lo anterior, el artículo 288 establece que la ley orgánica de ordenamiento territorial establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales y que las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, en los términos que establezca la ley; lo cual se complementa con el artículo 329 constitucional que señala que la conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial. Agrega tal artículo

constitucional, que los resguardos indígenas son de propiedad colectiva y no enajenable y que la ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte.

Resulta importante mencionar que seguidamente el artículo 330 señala que de conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones: 1) Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios; 2) Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo; 3) Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución; 4) Percibir y distribuir sus recursos; 5) Velar por la preservación de los recursos naturales; 6) Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio; 7) Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional; 8) Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren y, 9) Las que les señalen la Constitución y la ley.

Las normas constitucionales señaladas permiten identificar que los resguardos indígenas son instituciones organizadas, con estructuras sociales definidas que pretenden que existan medios para hacer efectiva su autonomía y posible su autogobierno.

Finalmente, con relación a la regulación constitucional, el artículo transitorio 56 ordena que 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.

A la luz de dichas disposiciones, se hace evidente que el ordenamiento jurídico constitucional contiene protecciones relevantes y específicas para los pueblos indígenas otorgando derechos de éstos sobre sus territorios y definiendo en forma sobresaliente las figuras de los resguardos y de los territorios indígenas, estos últimos, como entidades territoriales con autonomía para la gestión de sus intereses, derechos, funciones propias y competencias que deben ser definidas por el legislador a través de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y transitoriamente por el Gobierno mientras se expide dicha ley

orgánica, de conformidad con el artículo 151 superior.

Desarrollo en el ordenamiento jurídico de los postulados constitucionales.

En virtud de la normativa constitucional, el ordenamiento jurídico contiene regulaciones en materia de resguardos y territorios indígenas, que han sido respuesta a las dinámicas sociales y al enfoque diferencial étnico definido en la reforma constitucional de 1991, siendo por ello relevante señalar las principales regulaciones en la materia[38]. Es de precisar, que con antelación a la Constitución Política de 1991 y en razón de la significancia histórica que han tenido para el país los pueblos indígenas, por muchos años en la materia rigió en el país la Ley 89 de 1890 que se encuentra vigente a la fecha como un ordenamiento centenario y que fue denominada el “estatuto indígena” y que como lo ha dicho ésta Corporación “esa ley tuvo una importancia histórica notable para la reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas, a partir de una recepción hermenéutica promovida por los propios líderes de estas comunidades, lo que explica que sea continuamente invocada para efectos de defender derechos territoriales o de autonomía, junto con normas recientes, de rango constitucional y de derecho internacional”. [39] Dicha Ley 89 de 1890 se encuentra vigente en el país, como se reiteró en la sentencia C-463 de 2014[40], y establece en el artículo 3 que “En todos los lugares en que se encuentre establecida una parcialidad de indígenas habrá un pequeño Cabildo nombrado por éstos conforme a sus costumbres. El período de duración de dicho Cabildo será de un año, de 1. de Enero a 31 de Diciembre. Para tomar posesión de sus puestos no necesitan los miembros del Cabildo de otra formalidad que la de ser reconocidos por la parcialidad ante el Cabildo cesante y a presencia del Alcalde del Distrito”.

Conforme a lo anterior, el Decreto 2001 de 1988, derogado por el Decreto 2164 de 1995, regulaba lo relacionado a la constitución de los resguardos de tierras, y disponía que el Cabildo Indígena era una entidad pública especial, conformada por miembros indígenas elegidos y reconocidos por una parcialidad localizada en un territorio determinado, encargado de representar legalmente a su grupo y ejercer las funciones que le designara la ley, así como sus usos y costumbres. Dicha norma, refería que los cabildantes debían ser miembros de la comunidad que los elegía de acuerdo al artículo 3° de la Ley 89 de 1890 o a propias formas de organización tradicional.

Pese a la derogatoria en el año 1995 del referido Decreto 2001 de 1988 la Corte Constitucional señaló en la sentencias T-634 de 1999 y T-514 de 2009 que dicha norma fue expedida en el marco de programas de devolución de tierras a sus originales moradores con la pretensión de regular el trámite para la constitución de los resguardos y que por ello “En ese compendio normativo se propusieron algunas definiciones sobre las principales instituciones jurídicas, sociales y legales relacionadas con los pueblos aborígenes. A pesar de estar contenidas en una regulación previa a la Carta de 1991, estas definiciones han sido aceptadas por la Corte Constitucional como una guía adecuada para la comprensión de la naturaleza jurídica y la determinación del lugar constitucional de los resguardos”. Por lo que de conformidad con el decreto referido, una comunidad indígena es el “conjunto de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborígen, manteniendo rasgos y valores propios de su cultura tradicional, así como formas de gobierno y control social internos que los distinguen de otras comunidades rurales”, y por su parte un “resguardo indígena” es “una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una comunidad o parcialidad indígena, que con un título de propiedad comunitaria, posee su territorio y se rige para el manejo de éste y de su vida interna por una organización ajustada al fuero indígena o a sus pautas y tradiciones culturales”. [41]

En tal sentido, los conceptos anteriores fueron precisados en el Decreto 2164 de 1995, contenido en el Decreto unificador 1074 de 2015, en el que se indican las siguientes definiciones, en el 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. (...)”

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”.

Además, el artículo 2.14.7.5.1 señala sobre los resguardos indígenas que son propiedad colectiva de las comunidades indígenas en favor de las cuales se constituyen y conforme a los artículos 63 y 329 de la Constitución Política, tienen el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables y son una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una o más comunidades indígenas, que con un título de propiedad colectiva que goza de las garantías de la propiedad privada, poseen su territorio y se rigen para el manejo de éste y su vida interna por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio.

A lo anterior, se suma el artículo 2.14.7.5.2. que dispone que las áreas que se constituyan con el carácter de resguardo indígena serán manejadas y administradas por los respectivos cabildos o autoridades tradicionales de las comunidades, de acuerdo con sus usos y costumbres, la legislación especial referida a la materia y a las normas que sobre este particular se adopten por aquellas.

En este contexto normativo, se concluye que los resguardos indígenas son instituciones organizadas con prerrogativas especiales para su funcionamiento y con autoridades propias que los diferencian de cualquier otra institución de carácter étnico; así, la jurisprudencia constitucional ha estudiado la importancia de la diversidad étnica y cultural, del territorio para los pueblos indígenas y de instituciones como los territorios, los resguardos y los cabildos indígenas. Así, en las sentencias T-188 de 1993, T-380 de 1993, T-514 de 2009, C-463 de 2014, entre otras, la Corte refirió que: “el elemento central del resguardo es la forma de propiedad, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 329 de la Carta Política (...) como un reconocimiento a la especial relación entre los pueblos indígenas y su territorio; a la posesión ancestral de la tierra; y con el fin de proteger los territorios indígenas de las amenazas a su integridad provenientes de actores sociales legales e ilegales. (...) el resguardo se concibe como un ámbito territorial, entendido como el espacio en el que se ejercen los principales derechos de autonomía del resguardo, especialmente, aquellos relacionados con la regulación social y la autonomía política”[42].

En desarrollo de los postulados internacionales[43], constitucionales y normativos, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el territorio colectivo de las comunidades indígenas es un derecho fundamental para la protección de su diversidad étnica y cultural, pues éste es su principal medio de subsistencia y forma parte de su cosmovisión y

religiosidad e implica una importancia fundamental para sus valores espirituales, obteniendo con el desarrollo de la jurisprudencia, un contenido importante en lo que tiene que ver con la ancestralidad de conformidad con los desarrollos de la jurisprudencia y los postulados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, de acuerdo con los pronunciamientos de la Corte Constitucional los resguardos indígenas son una institución de carácter especial, que tiene la condición de dar a los cabildos el carácter de autoridades en aplicación del principio de enfoque diferencial[44].

Efectivización de los derechos de los pueblos indígenas.

Una vez revisados los postulados fundamentales de la diversidad étnica y cultural, de la autonomía y autogobierno de los pueblos indígenas, y la relevancia del territorio y de la institución de los resguardos indígenas, la Sala de acuerdo con lo expuesto, encuentra que las premisas constitucionales de protección a las comunidades indígenas y de su territorio han sido reforzadas con jurisprudencia referente a la materialización y efectividad de los derechos fundamentales. Al respecto, ha indicado la Corte Constitucional que la protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas, desde una perspectiva de igualdad y de dignidad humana, “tiende a hacer efectivos derechos que se estiman fundamentales, no meramente programáticos, sino ciertos y reales, que se consideran medulares para la supervivencia y [su] desarrollo socio-cultural”. [45] Así, los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, como sujetos de especial protección constitucional, además del reconocimiento por parte del Estado, implican para éste el “despliegue de todo un conjunto de medidas, tareas y actuaciones por parte del Estado – tanto en el nivel nacional como en el territorial – orientadas a garantizar la plena efectividad de estos derechos en la práctica (...) En esta misma línea de argumentación es deber del Estado garantizar la disponibilidad de recursos, emitir un grupo de medidas y realizar un conjunto de tareas y actuaciones dirigidas a asegurar que se cumplan las condiciones para hacer efectivos los derechos constitucionales fundamentales (...) [que exigen] que el Estado proporcione a las comunidades indígenas los recursos suficientes [y] que tanto en el ámbito nacional como en el territorial se adopten las medidas pertinentes y se desplieguen actuaciones conducentes a asegurar una efectiva participación de las comunidades indígenas en los asuntos que puedan afectar sus intereses y puedan hacerlo de manera autónoma, sin imposiciones, del modo que mejor concuerde con sus propias tradiciones e instituciones”. [46]

En ese orden de ideas, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha insistido en la importancia de ir más allá del reconocimiento de los derechos fundamentales hasta lograr su efectivización, pues el reconocimiento programático y la observación formal de las instituciones y procedimientos existentes para la garantía y supervisión de los mismos no es suficiente. Así, lo que ha denominado la doctrina y la jurisprudencia como derechos positivos, que implican a su vez un componente importante de todo tipo de derechos, debe significar la creación de garantías mediante las cuales se asegure su efectividad, con el objeto de que se responda a la necesidad de materializar las obligaciones que surgen de reconocer derechos.

En tal sentido, se ha indicado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (CESCR) que “(...) las normas internacionales sobre derechos humanos jurídicamente vinculantes deben operar directa e inmediatamente en el sistema jurídico de cada Estado parte. (...) [Así,] la existencia y el desarrollo de los procedimientos internacionales para atender las reclamaciones individuales es importante, pero en última instancia tales procedimientos sólo vienen a complementar los recursos nacionales efectivos”. [47]

De tal forma, se ha sostenido por la Corte Constitucional que garantizar el libre ejercicio de los derechos supone que el Estado implemente todas las medidas necesarias y pertinentes para que los derechos se cristalicen en la realidad, es decir en la práctica, lo que involucra el cumplimiento de obligaciones de orden positivo [48].

Desarrollo normativo de los principios constitucionales de garantía y protección de los derechos de los pueblos indígenas.

Con la finalidad de contar con mecanismos e instrumentos que materialicen la normativa del bloque de constitucionalidad, el ordenamiento jurídico colombiano prevé disposiciones en las que establece mecanismos mediante los cuales se efectivizan los derechos fundamentales de las comunidades indígenas, bajo la premisa constitucional de que para la protección y garantía de tales derechos es indispensable contar con recursos (en el sentido amplio) que permitan la materialización de los derechos más allá de su carácter programático.

Es así como, el Decreto 1386 de 1994, en desarrollo de disposiciones contenidas en la Ley

60 de 1993 que dictó normas respecto a los artículos 356 y 357 constitucionales, estableció que los recursos a que tenían derecho los resguardos indígenas por su participación en los ingresos corrientes de la Nación eran de su propiedad y sus autoridades decidirán sobre su destinación, de acuerdo con sus usos y costumbres y adicionalmente definió lineamientos y parámetros para la administración, manejo, vigilancia y control de los recursos de la participación de cada resguardo indígena en los ingresos corrientes de la Nación, de que tratan los artículos 25 de la Ley 60 de 1993 y 2º del Decreto 1809 de 1993[49], así como criterios para la celebración de los contratos o convenios marco para la ejecución de dichos recursos.

Tales normas fueron derogadas con la expedición del Acto Legislativo No. 01 de 2001, reformativo de la Constitución, que señaló entre muchas temáticas que del Sistema General de Participaciones “serán beneficiarias las entidades territoriales indígenas, una vez constituidas. Así mismo, la ley establecerá como beneficiarios a los resguardos indígenas, siempre y cuando estos no se hayan constituido en entidad territorial”. Tal disposición fue implementada en el ordenamiento constitucional mediante la Ley 715 de 2001, parcialmente modificada por la Ley 1450 de 2011.

De acuerdo con tal acto reformativo de la Constitución, la Ley 715 de 2001 en su Título V establece disposiciones comunes al Sistema General de Participaciones, señalando que en la medida en que todavía no hayan sido constituidas las entidades territoriales indígenas, los resguardos que estén instituidos legalmente y hayan sido reportados tanto al Ministerio del Interior, al Departamento Nacional de Estadísticas (DANE), como al Departamento Nacional de Planeación en el año inmediatamente anterior a la vigencia para la cual fueron programados los recursos, serán los beneficiarios del Sistema General de Participaciones (Artículo 82).

Adicionalmente la Ley 715 regula la distribución y administración de los recursos del SGP para los resguardos indígenas, en razón de su población e indicando funciones para que los Municipios administren tales recursos, en caso de que no se hayan constituido las entidades territoriales indígenas, para lo cual debe celebrarse un contrato entre la entidad territorial y las autoridades indígenas del resguardo antes del 31 de diciembre de cada año, con la finalidad de lograr la ejecución de los recursos asignados; en caso de los resguardos se ordena que las autoridades de los resguardos recibirán y administrarán de manera directa

la transferencia, cuando los resguardos se erijan como Entidades Territoriales Indígenas. (Artículo 83).

El artículo 13 de la Ley 1450 de 2011 modificó parcialmente el referido artículo 83 estableciendo que los recursos de la participación asignados a los resguardos indígenas serán de libre destinación para la financiación de proyectos de inversión debidamente formulados, e incluidos en los planes de vida o de acuerdo con los usos y costumbres de los pueblos indígenas y que los proyectos de inversión deberán estar incluidos en el contrato de administración celebrado con el respectivo municipio o departamento, en concordancia con la clasificación de gastos definida por el Decreto-Ley 111 de 1996.

Además, se establece que en relación con los bienes y servicios adquiridos con cargo a los recursos de la asignación especial del Sistema General de Participaciones para los resguardos indígenas, los alcaldes deberán establecer los debidos registros administrativos especiales e independientes para oficializar su entrega a las autoridades indígenas y que con el objeto de mejorar el control a los recursos de la asignación especial del Sistema General de Participaciones para los resguardos indígenas, el Gobierno Nacional fortalecerá la estrategia de monitoreo, seguimiento y control al SGP, establecida por el Decreto 28 de 2008”.

De tal modo, los artículos 82 y 83 de la Ley 715 efectivizan los derechos fundamentales de las comunidades indígenas, pues en forma precisa disponen de la entrega de recursos para la protección y garantía de sus necesidades desde su autonomía y en respeto de su cultura y cosmovisión.

Adicionalmente, disposiciones adicionales de la Ley 715 definen parámetros para la asesoría, seguimiento y control de los recursos asignados a los resguardos indígenas por lo que se otorgan funciones de apoyo y consulta a las Secretarías Departamentales de Planeación las cuales a partir de ese momento deben, entre otras cosas, desarrollar programas de capacitación y asesoría (artículo 85) y funciones de seguimiento y control fiscal de los recursos del Sistema General de Participaciones a los Departamentos, Distritos y Municipios, sin perjuicio de los controles fiscales y otros controles previstos por la legislación, como es el caso de las competencias de la Contraloría General de la República. (Artículo 89).

En este sentido, la Corte Constitucional en su jurisprudencia ha analizado y definido el alcance y contenido de la Ley 715 de 2001, respecto a los recursos de los resguardos indígenas y así a través de las sentencias T-704 de 2006[50], C-921 de 2007[51], T-514 de 2009[52] y T-155 de 2015, entre otras, ha referido la importancia de que el Estado en sentido amplio garantice la disponibilidad de recursos, medidas, tareas y acciones que conduzcan a asegurar que se hagan efectivos los derechos constitucionales fundamentales, bajo la premisa de que las omisiones del Estado al respecto pueden conducir al desconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.

En forma específica, y como pronunciamiento relevante en la materia, la Corte Constitucional en la sentencia T-704 de 2006, estudió una acción de tutela interpuesta por las comunidades indígenas Wayuu Araurayuu de la Alta y Media Guajira en la que demandaron a la Alcaldía de Uribia, Departamento de la Guajira, al considerar que ésta no les había permitido recibir y ejecutar los recursos por concepto del Sistema General de Participaciones correspondientes a los años 1999, 2000, 2001 y 2002. En la revisión de la acción de tutela, ésta Corporación resaltó la relevancia de que las entidades nacionales y territoriales tomaran las medidas necesarias para asegurar la disposición efectiva de los recursos en beneficio de las comunidades indígenas por lo que decidió amparar los derechos de la Asociación de Jefes Familiares Wayuu de la Zona Norte de la Alta Guajira (Wayuu Araurayuu) y ordenó, entre otros aspectos a: i) a la Nación, al Departamento de la Guajira y a la Alcaldía de Uribia fijar el monto de los recursos que por concepto de la participación en los Ingresos Corrientes de la Nación correspondían al Resguardo Wayuu Araurayuu de la Zona Norte de la Alta y Media Guajira para las vigencias 1999, 2000, 2001, 2002 y que fueron dejados de invertir en beneficio del Resguardo y, ii) al Resguardo suscribir convenios interadministrativos con la Alcaldía de Uribia, de conformidad con lo establecido en la Ley 715 de 2001 y sus disposiciones reglamentarias.

En este aspecto tan importante, la Corte Constitucional señaló en la sentencia que: “De lo que se trata, en realidad, es de lograr una acción estatal eficaz en todos los niveles – nacional y territorial – de manera que se asegure que estos recursos lleguen al lugar a donde por Constitución y por Ley están destinados, esto es, a los Resguardos Indígenas. Desde esta perspectiva, el derecho constitucional fundamental al reconocimiento y debida protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas envuelve:

(i) Que se garantice a los Resguardos la posibilidad de conocer cuál es el monto de los recursos de que disponen.

(ii) Que se asegure a los Resguardos su derecho a participar de manera libre, informada y activa en el diseño del Plan de Inversiones y en el control sobre la forma en que la Alcaldía administra y ejecuta esos recursos.

(iii) Que las entidades nacionales y territoriales permanezcan atentas respecto de los destinos de estos recursos por cuanto existe en su cabeza un grupo de obligaciones que no se restringe únicamente a la distribución y pago oportuno de los mismos. Esta obligación se extiende también a tareas de apoyo, asesoría, seguimiento, evaluación y control sin el cumplimiento de las cuales el derecho a participar de modo libre, informado y activo en aquellos asuntos que puedan afectar el derecho constitucional fundamental de los pueblos indígenas al reconocimiento y debida protección de su diversidad étnica y cultural se hace imposible.

(iv) Que el trabajo de apoyo, asesoría, seguimiento y evaluación por parte de las entidades nacionales y territoriales sea de naturaleza preventiva y se efectúe de manera continua y no sólo esporádicamente. Esta actividad está relacionada, por tanto, con varios aspectos dentro de los cuales se destaca, de un lado, la necesidad de elaborar planes de divulgación de la legislación vigente así como la obligación de capacitar a los Resguardos y a las Entidades involucradas con el manejo de los recursos que les pertenecen para que estos se inviertan de modo efectivo y se garantice con ello la realización de la metas propuestas por el Resguardo. Implica, de otro lado, exigir balances periódicos de avances y resultados así como respuestas orientadas a cumplir con la realización de los derechos constitucionales fundamentales en juego. Con ello se busca que las distintas entidades participen de manera activa en la realización de los derechos así como evitar que los recursos necesarios para tales efectos se desvíen o se inviertan de manera irregular[53].

Como corolario de lo anterior, la Corte Constitucional en la sentencia T-704 de 2006 concluyó que la disposición y entrega de recursos económicos a los resguardos indígenas son fundamentales para el logro de los fines del Estado Social de Derecho en el marco de las disposiciones constitucionales y los Tratados Internacionales en lo atinente al respeto y protección de los pueblos indígenas y sus derechos por lo que “El Estado puede ser

descentralizado pero la Nación y las Entidades Territoriales deben cumplir de manera concurrente con un conjunto de acciones frente a las cuales no les es factible evadir su responsabilidad” [54].

En el mismo año, ésta Corporación en la sentencia C-921 de 2007[55] estudió una demanda de inconstitucionalidad en la que fueron demandados los incisos segundo y tercero del artículo 83 de la Ley 715 de 2001 bajo el argumento de que la intervención de los municipios prevista en la norma desconoce los derechos fundamentales a la autonomía y la participación de las comunidades indígenas. Al respecto la Corte, determinó que la intervención de los municipios resulta necesaria pues las disposiciones cuestionadas, tendientes a regular la distribución y administración de los recursos asignados a los resguardos indígenas, se ciñe a lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2001, en relación con el derecho que tienen tales resguardos indígenas a ser beneficiarios del sistema general de participaciones, a pesar de no tener aún la condición jurídica de entidades territoriales indígenas.

La Corte Constitucional declaró exequible los incisos segundo y tercero del artículo 83 de la Ley 715 de 2001, en el entendido de que, dentro del marco de la Constitución y la ley, en el proceso de celebración y suscripción del contrato se debe asegurar el respeto de los derechos a la identidad étnica y cultural y a la participación de los resguardos; y, en caso de discrepancia sobre el uso de los recursos, prevalecerá la decisión adoptada por las autoridades del respectivo resguardo. La Corte indicó que “la constitucionalidad de la disposición se halla sujeta a determinadas condiciones, como su carácter transitorio y la garantía de los derechos fundamentales a la autonomía y la participación de las comunidades en la ejecución de los recursos. (...) “[concluyendo que] (i) Las entidades territoriales indígenas son beneficiarias directas de los recursos del Sistema General de Participaciones; (ii) los resguardos aún no se han constituido en entidades territoriales indígenas y no son personas de derecho público; (iii) esa situación no puede erigirse en un obstáculo insalvable para garantizar el derecho de los resguardos a ser reconocidos como beneficiarios del Sistema General de Participaciones[56]; (iv) en ese orden de ideas, el contenido normativo del artículo demandado, al prever la intervención de los municipios en la administración de los recursos de los resguardos es una medida necesaria para garantizar su derecho a la participación en los recursos de la Nación, y no una limitación de la autonomía de las comunidades”. [57] (Se subraya).

Posteriormente, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional en la sentencia T-514 de 2009 estudió el amparo solicitado por un miembro de la comunidad indígena Chenche Buenos Aires Tradicional, organizada como Resguardo en el municipio de Coyaima, Tolima, quien interpuso una acción de tutela contra el Gobernador del Resguardo, con el fin de obtener protección constitucional a sus derechos fundamentales al debido proceso, la igualdad, la integridad étnica y cultural, la identidad indígena, el derecho adquirido a participar de los beneficios del Sistema General de Participaciones y la Jurisdicción Especial Indígena. En aquella oportunidad, la Corte señaló que “a partir de lo expuesto sobre el Sistema General de Participaciones, los recursos se ejecutan mediante convenios administrativos suscritos entre los resguardos y las alcaldías municipales [y que] (...) Desde la lógica del Sistema General de Participaciones y del ordenamiento territorial, los recursos que la Nación destina a las entidades territoriales son una manifestación de la autonomía y la descentralización territorial, por lo que resulta natural que los proyectos que se adelanten con tales recursos se lleven a cabo de forma prioritaria en el territorio”. [58]

Ahora bien, recientemente en la sentencia T-155 de 2015 [59] la Corte analizó el caso en el que la Asociación de Autoridades Tradicionales Indígenas Wayúu Shipia Wayúu presentó acción de tutela invocando los derechos a la autonomía indígena, participación, diversidad étnica, dignidad humana e igualdad, contra los municipios de Manaure y Uribia, en el departamento de La Guajira, por la administración y ejecución que éstos han realizado sobre los recursos del Sistema General de Participaciones con asignación específica a los Resguardos Indígenas, al argüir que los contratos de administración de tales recursos no responden a las necesidades y prioridades establecidas por la comunidad, ni han originado beneficio alguno dentro de la población. En su decisión, esta Corporación tuteló los derechos invocados pues encontró que si bien se garantizó el derecho a la participación de las comunidades lo que se evidencia con la celebración de asambleas con las autoridades tradicionales y de la suscripción de contratos de administración y ejecución de al menos parte de los recursos, se identificaba por la información entregada por los órganos de control la ocurrencia de irregularidades e inconsistencias continuas y permanentes, que amenazaban de manera cierta e inminente el goce efectivo de los derechos. [60]

La Corte reiteró en dicha decisión que “la disponibilidad de los recursos del Sistema General de Participaciones -SGP- que son girados en beneficio de los resguardos indígenas resulta indispensable para el goce efectivo y la garantía de los derechos a la autonomía,

autogobierno y autodeterminación de estas comunidades, complementado ello a que si bien los recursos del SGP son administrados por los municipios, deben destinarse para la financiación de los proyectos de inversión como los planes de vida y de acuerdo a las prioridades definidas por las comunidades para el ejercicio de sus derechos constitucionales” pues esto se convierte en una herramienta práctica y eficiente para permitir que las comunidades ejerzan su autonomía y participen y controlen su propio desarrollo[61].

Actual régimen especial que pone en funcionamiento los Territorios Indígenas – Sistema General de Participaciones. Desarrollo del artículo 56 transitorio constitucional.

Una vez revisada la jurisprudencia de la Corte Constitucional con relación a lo que prevé el ordenamiento jurídico respecto a los recursos del Sistema General de Participaciones para entregar a resguardos indígenas, esta Sala revisará la reciente regulación en aplicación del artículo 56 transitorio constitucional, que como se indicó en forma precedente establece que mientras se expide la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial 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.

Así, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1953 de 2014 en el que indicó que han transcurrido más de 20 años de la promulgación de la Constitución Política de Colombia y de la expedición del Decreto 1088 de 1993, sin que el Congreso de la República haya expedido la ley que crea los Territorios Indígenas conforme al artículo 329 de la Carta, como lo reconoció la Sentencia C-489 de 2012 al pronunciarse sobre la constitucionalidad de la Ley 1454 de 2011, al establecer que existe una omisión legislativa absoluta en relación con la creación de los Territorios Indígenas.

El decreto establece que el desarrollo de los Territorios Indígenas requiere un marco jurídico que permita que los pueblos y comunidades indígenas desarrollen la autonomía que les otorga la Constitución y el Convenio 169 de 1989, adoptado mediante la Ley 21 de 1991, mediante la atribución de competencias para prestar los servicios y ejercer las funciones públicas de manera directa dentro de su territorio. Bajo tales presupuestos el Decreto 1953 de 2014 creó un régimen especial para poner en funcionamiento los Territorios Indígenas

respecto de la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas y con ello establecer funciones, mecanismos de financiación, control y vigilancia, que conducen a la protección de sus derechos y del respeto y protección a la diversidad étnica y cultural; dicha norma indica las condiciones generales con sujeción a las cuales los Territorios Indígenas ejercen las funciones públicas que les son atribuidas, y administran y ejecutan los recursos dispuestos para su financiación.

El Decreto 1953 de 2014 -según su epígrafe- tiene por objeto crear un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los territorios indígenas en lo relativo a la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas; se divide en seis títulos que desarrollan diferentes materias afines con el funcionamiento de tales territorios. De tal modo define su alcance, objeto, ámbito de aplicación y los principios generales para el funcionamiento de los territorios indígenas (Título I); las competencias generales de los territorios indígenas y de sus autoridades propias (Título II); la administración del sistema educativo indígena (Título III); el sistema indígena de salud propio intercultural (Título IV); el agua potable y saneamiento básico (Título V); y los mecanismos para el fortalecimiento a la jurisdicción especial indígena (Título VI).

Por su parte el artículo 5 del Decreto indicado, referente a la puesta en funcionamiento de los territorios indígenas, establece que “los Resguardos Indígenas constituidos por el Incora o el Incoder podrán administrar y ejecutar los recursos de la asignación especial del SGP sin que surtan el trámite de puesta en funcionamiento como Territorios Indígenas”. (Se subraya).

Además el artículo 9 prescribe que “los Territorios y Resguardos Indígenas que hayan sido autorizados para administrar recursos del SGP conforme a lo dispuesto por este decreto serán considerados entidades estatales de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2o de la Ley 80 de 1993. Dicha capacidad será ejercida a través de su representante legal”, conforme a lo dispuesto en el decreto.[62]

La Corte Constitucional se pronunció sobre el Decreto 1953 de 2014 que fue demandado con el argumento de que la habilitación al Gobierno Nacional para la expedición de las normas sobre la conformación de las entidades territoriales indígenas conferida por el artículo 56 transitorio superior era temporal, hasta tanto se expidiera la ley de

ordenamiento territorial, la cual fue expedida por el Congreso de la Republica a través de la Ley 1454 de 2011 “por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones” por lo que el Gobierno no podía apoyarse en la habilitación extraordinaria prevista en el artículo 56 transitorio.[63]

La Corte concluyó en la sentencia C-617 de 2015 que el Decreto 1953 de 2014 tiene fuerza de ley por expresa disposición constitucional pues el artículo 56 transitorio confiere una habilitación extraordinaria al Gobierno Nacional para ocupar temporalmente la posición del Legislador y las temáticas del artículo se encuentran sometidas, por expresa disposición constitucional, a reserva legislativa, de acuerdo con el artículo 329 superior. Bajo tal premisa, la Corte hizo referencia a la sentencia C-489 de 2012 que concluyó que la Ley 1454 de 2011, incurrió en una omisión legislativa absoluta con relación al desarrollo directo de las entidades territoriales indígenas previstas en el artículo 329 Constitucional, por lo que decidió exhortar al Gobierno Nacional y al Congreso de la República para que preparen y tramitaran el proyecto de ley especial que reglamente lo relativo a la conformación de las Entidades Territoriales Indígenas.

En este sentido, la Corte en la sentencia C-617 de 2015 declaró exequible el Decreto analizado por los cargos propuestos y concluyó que: “La adopción del Decreto 1953 de 2014 por el Gobierno Nacional no vulnera los artículos 150, 329 y 56 transitorio de la Constitución: (i) el Decreto se ocupa de regular las materias a las que alude el artículo 56 transitorio a fin de hacer posible el funcionamiento de los territorios indígenas ofreciendo un marco normativo que abarca diferentes dimensiones de dichos territorios y (ii) su expedición se produjo en vigencia de la competencia establecida en el referido artículo 56 transitorio dado que no ha sido expedida, según se demostró, la Ley a la que se refiere el artículo 329. En consecuencia, (iii) el Gobierno Nacional no invadió o interfirió en las atribuciones que en esta materia los artículos 150 y 329 le confieren al Gobierno Nacional”. [64]

De lo expuesto la Sala encuentra que el ordenamiento jurídico ha reconocido la importancia de que los pueblos indígenas, y específicamente los resguardos indígenas, cuenten con recursos que efectivicen la protección y garantía de sus derechos fundamentales, y por ello en la Ley 715 de 2001 y en el Decreto 1953 de 2014 se reconoce a los resguardos indígenas como receptores de recursos para el respeto de sus derechos fundamentales, en

aplicación de los instrumentos internacionales y los artículos constitucionales que dan prerrogativas a las comunidades indígenas como sujetos de especial protección constitucional.

III. CASO CONCRETO.

El Gobernador del Resguardo Indígena Dachi Agore Drua, perteneciente al pueblo Embera Chamí, ubicado en el Municipio de Calarcá, Departamento del Quindío, instauró acción de tutela en contra del Departamento del Quindío y solicitó la protección de su derecho fundamental a la igualdad y al debido proceso, al considerar que esta entidad pública vulneró dichos derechos al negarse a suscribir con el resguardo indígena convenios interadministrativos por considerar que éste no es entidad territorial ni tampoco persona jurídica de derecho público.

En tal sentido, alegó que la Gobernación del Quindío desconoció disposiciones contenidas en la Ley 21 de 1991 (que ratifica el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo -OIT-), la Ley 80 de 1993 y el Decreto 1953 de 2014, entre otra normativa. Adicionalmente, precisó que el Resguardo Indígena Dachi Agore Drua ha estado imposibilitado por un periodo de un (1) año y nueve (9) meses para suscribir convenios interadministrativos en razón del desconocimiento y errada interpretación de las normas que protegen a las comunidades indígenas, pese a que el resguardo suscribió en años anteriores convenios interadministrativos con entidades públicas, incluido el Departamento del Quindío.

Por su parte, el Departamento del Quindío se opuso a las pretensiones y solicitó la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela por contar el accionante con otros medios de defensa judicial y no presentarse en el caso la existencia de un perjuicio irremediable. Expuso que el Resguardo Indígena Dachi Agore Drua no conforma una entidad territorial, ni es una persona jurídica de derecho público y que la ley de ordenamiento territorial no contiene una reglamentación referente a los territorios indígenas, pues de acuerdo a lo dispuesto por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en diciembre de 2000 “La ley no ha concedido capacidad contractual a los cabildos indígenas y por lo mismo ni los gobernadores de éstos, ni los cabildantes, están habilitados para celebrar ningún tipo de contrato, entre ellos interadministrativos, que solo se celebran

entre entidades estatales a las que se refieren los artículo 2 de la Ley 80 de 1993 y 95 de la ley 498 de 1998”[65].

Con base en lo expuesto, el Gobernador solicita la protección de los derechos del Resguardo Indígena Dachí Agore Drua, y su reconocimiento como pueblo indígena y entidad de carácter especial con capacidad, experiencia, legalidad e idoneidad para celebrar contratos con entidades públicas.

Ahora bien, con la finalidad de resolver el problema jurídico planteado, la Sala Séptima de Revisión estudiará las siguientes temáticas: (i) la decisión del Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Armenia, Quindío, como juez de única instancia; (i) el reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural y la autodeterminación de las comunidades y resguardos indígenas; (ii) la efectividad de sus derechos y recepción de los recursos necesarios para el respeto de su autonomía e identidad étnica y cultural y, (vi) la decisión y el alcance de sus efectos.

De forma preliminar, esta Sala debe señalar lo siguiente respecto a los derechos a la igualdad y al debido proceso, que solicita el Gobernador indígena del Resguardo Dachí Agore Drua sean amparados. En primer lugar del análisis de las disposiciones del ordenamiento jurídico colombiano, así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el enfoque diferencial respetuoso de la diversidad étnica y cultural permite la materialización y efectivización del derecho a la igualdad de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 constitucional que estipula la prohibición de discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica y que además determina la obligación positiva de fomentar condiciones para la igualdad real y efectiva. Al respecto, la Corte ha establecido que “Estas disposiciones salvaguardan la diversidad étnica y cultural de las comunidades y permiten la protección de sus usos y costumbres en un marco plural. Además, se ha identificado a las comunidades indígenas y a sus miembros como sujetos de protección constitucional reforzada, esto con el fin de promover condiciones de igualdad real y efectiva[66]. [67]

Adicionalmente, se ha indicado por la Corte Constitucional que: “Derivado de este mandato de trato favorable, surge la posibilidad para el Estado de establecer mecanismos de acción afirmativa, o discriminación positiva en favor de las comunidades indígenas[68], con

ánimo de equilibrar circunstancias desfavorables, realizando así el mandato de adoptar medidas en favor de grupos discriminados o marginados establecido en los incisos 2 y 3 del artículo 13 constitucional”.[69]

Bajo estas consideraciones, esta Sala estudiará el derecho a la igualdad mediante la protección diferencial de las comunidades indígenas lo que implica la protección del derecho constitucional fundamental al reconocimiento y garantía de la diversidad étnica, y cultural de los pueblos indígenas con la finalidad de que “el enfoque diferencial garantice “una atención integral de la población indígena bajo estricto respeto de sus derechos individuales y colectivos tal como lo establece la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.[70]

En segundo lugar, respecto al derecho al debido proceso es de señalar que de acuerdo con las circunstancias fácticas del caso no hay lugar a su protección, teniendo en cuenta que éste es un derecho fundamental de acuerdo con el artículo 29 de la Constitución Política aplicable a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas “con el fin de que todos los integrantes de la comunidad nacional, en virtud del cumplimiento de los fines esenciales del Estado, puedan defender y preservar el valor de la justicia reconocida en el preámbulo de la Constitución[71].

Respecto al debido proceso administrativo esta Corporación ha definido el debido proceso administrativo como[72]:

“(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal”. Ha precisado al respecto, que con dicha garantía se busca “(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados” (sin negrillas en el texto original). (Sentencia C-214 de 1994).

Del mismo modo ha señalado que existen unas garantías mínimas en virtud del derecho al debido proceso administrativo, dentro de las cuales encontramos las siguientes: “(i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a

que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso.” (Sin negrillas en el texto original)”.

Bajo tales consideraciones, y de la información que reposa en el expediente de tutela, esta Sala concluye que en este caso no se presenta una vulneración del derecho al debido proceso, pues no se negó el acceso a la administración o se incurrió en imparcialidad, publicidad, moralidad o contradicción.

Por lo anterior, la Sala estudiará el caso desde una perspectiva de protección constitucional de la diversidad étnica y cultural en relación con la efectividad del enfoque diferencial que incluye la materialización del derecho a la igualdad.

De acuerdo con lo expuesto, la Sala examinará las temáticas propuestas, así para iniciar se pronunciará sobre la decisión del Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Armenia, Quindío, como juez de única instancia el cual negó el amparo invocado y consideró que no existió ninguna conducta por parte de la entidad accionada que vulnerara los derechos deprecados por la parte accionante y que el Resguardo Indígena Dachi Agore Drua no detenta los requisitos para que los resguardos sean reconocidos como entidad de derecho público de carácter especial y en consecuencia no les es posible celebrar convenios interadministrativos.

Bajo tal consideración, esta Sala evidencia que el juez de instancia realizó una lectura parcial del ordenamiento jurídico constitucional, al considerar que no existe un desarrollo legislativo del artículo 329 de la Constitución Política en cuanto a la regulación de territorios indígenas y que el Decreto 1953 de 2014,[73] si bien creó un régimen especial de funcionamiento de los territorios indígenas no contiene disposiciones que faculden o entreguen competencias a resguardos indígenas en materia de contratación estatal. Adicionalmente, esta Sala advierte que el juez de única instancia no tuvo en cuenta ni analizó en su integridad el bloque de constitucionalidad, y en consecuencia los tratados

internacionales que reconocen y protegen los derechos de los pueblos indígenas, como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración Universal de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ni tampoco la jurisprudencia proferida por la Corte Constitucional en la materia.

De tal modo, y como se dejó claro en la parte considerativa de esta sentencia, es indispensable para el análisis del caso tener presentes las disposiciones constitucionales que reconocen a los pueblos indígenas derechos como sujetos de especial protección constitucional, en el marco del Estado Social de Derecho organizado en forma de República unitaria y pluralista, que protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, y que establecen obligaciones de protección de los derechos indígenas mediante la regulación de la jurisdicción especial indígena, los territorios indígenas como entidades territoriales y la connotación de inalienables, imprescriptibles, inembargables, de propiedad colectiva y no enajenables de los resguardos indígenas. (Artículos 1, 7, 8, 10, 63, 70, 246, 286, 329, 330 C.P.).

Por su parte, instrumentos internacionales reconocen y fortalecen las garantías para los derechos de los pueblos indígenas a través del Convenio 169 de la OIT, ratificado mediante la Ley 21 de 1991 y la Declaración Universal de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), que además señalan la importancia de los territorios para éstos, por su carácter colectivo y el valor cultural y espiritual que éstos representan y la relación que tiene con su pervivencia[74]. En armonía con las normas referidas, diversas disposiciones constitucionales, legales, reglamentarias y decisiones jurisprudenciales señalan la importancia del territorio para éstas comunidades, por su connotación ancestral, y en consecuencia la institución histórica de los resguardos indígenas como sujetos colectivos de derechos fundamentales. Así pues, la normativa y jurisprudencia constitucional reiteran que el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas requiere de forma indispensable su protección y garantía, lo que implica su efectivización mediante acciones materiales que permitan que los derechos sean reconocidos y salvaguardados más allá de su carácter programático.

Para ello, el ordenamiento jurídico ha previsto la disposición de recursos a los grupos étnicos y específicamente en el caso de las comunidades indígenas a los resguardos, que tienen titulación colectiva de tierra, y que se encuentran organizados políticamente de

acuerdo a lo indicado en la Ley 89 de 1890, el Decreto 2001 de 1988, derogado por el Decreto 2164 de 1995 – contenido en el Decreto unificador 10741 de 2015-, entre otras normas, y la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En tal contexto, el Acto Legislativo No. 01 de 2001, reformativo de la Constitución, y la Ley 715 de 2001 definen que los territorios indígenas serán los beneficiarios del Sistema General de Participaciones (Artículos 82 y 83) y con ello efectivizan los derechos fundamentales de las comunidades indígenas, pues en forma precisa disponen de la entrega de recursos para la protección y garantía de sus necesidades desde su autonomía y en respeto de su cultura y cosmovisión.

Con base en lo expuesto, la Sala considera que las acciones del Estado, en sus diferentes niveles nacional y territorial, deben asegurar la garantía y protección de la diversidad étnica y cultural y de la autonomía de los pueblos indígenas, a que definan en forma libre su propio desarrollo, y para ello es indispensable que estas comunidades, específicamente los resguardos indígenas cuenten con recursos como lo ha dicho la Corte Constitucional en anteriores oportunidades[75]..

De lo anterior, la Sala hace una interpretación sistemática de la Constitución y una lectura integral de la Ley 715 de 2001 y del Decreto 1953 de 2014 a la luz del bloque de constitucionalidad y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, reconociendo la prevalencia de que los resguardos indígenas cuenten con los recursos para la efectivización de sus derechos y la plena garantía de la diversidad étnica y cultural y de su autonomía y con ello retomando lo dispuesto por dicho decreto en el que se señala que “los Resguardos Indígenas constituidos por el Incora o el Incoder podrán administrar y ejecutar los recursos de la asignación especial del SGP sin que surtan el trámite de puesta en funcionamiento como Territorios Indígenas” (artículo 5), disposición que para la Sala se cimienta en lo indicado en los artículos constitucionales en materia de pueblos indígenas, el Convenio 169 de la OIT, la Declaración Universal de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la jurisprudencia de la Corte Constitucional referida en el acápite de consideraciones de la presente sentencia, con el objeto de lograr una acción estatal eficaz en todos los niveles – nacional y territorial – de manera que se asegure que los recursos necesarios para los pueblos indígenas lleguen al lugar a donde por Constitución y por Ley están destinados, es decir, a los Resguardos Indígenas.

De tal manera, esta Sala observa que el Departamento del Quindío realizó una interpretación limitada del ordenamiento jurídico con relación a los derechos de los pueblos indígenas, sin tener en cuenta el reconocimiento constitucional de éstos y la importancia de que se efectivicen sus derechos, por lo que la conclusión de que el Resguardo Indígena Dachi Agore Drua no conforma una entidad territorial, ni es una persona jurídica de derecho público y que la ley de ordenamiento territorial no contiene una reglamentación referente a los territorios indígenas, no es razón suficiente para desconocer los principios y postulados constitucionales de respeto y garantía de la diversidad étnica y cultural de la nación.

En esa misma línea, esta Sala identifica que la Gobernación del Quindío vulneró los derechos a la diversidad e identidad étnica y cultural y a la autodeterminación de los resguardos indígenas, así como la efectivización de éstos, al negar la suscripción del convenio interadministrativo para la ejecución de los recursos cargo de la Secretaría de Familia Departamental, en el marco del proyecto de inversión No. 121 para el “fortalecimiento del plan del vida del Resguardo Indígena Dachí Agoré Drua del Municipio de Calarca”, con fundamento en el concepto jurídico emitido el 20 de junio de 2017 por la Secretaría Jurídica y de Contratación del Departamento.

Es por ello que, desde una interpretación sistemática e integral del ordenamiento jurídico colombiano, esta Sala reconocerá el derecho del Resguardo Indígena Dachi Agore Drua a suscribir convenios interadministrativos con entidades públicas teniendo presente que: i) la Constitución Política establece en los artículos 1, 7, 8, 10, 63, 70 y 246 prerrogativas y derechos para las comunidades indígenas, en el artículo 286 que los territorios indígenas son entidades territoriales que gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, en el artículo 330 que los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercen funciones que están definidas en la misma carta constitucional, y que de forma prioritaria en los artículos 63 y 329 superiores dispone que las tierras comunales de grupos étnicos y las tierras de resguardo son inalienables, imprescriptibles, inembargables, de propiedad colectiva y no enajenables y que, en ese contexto la conformación de las entidades territoriales indígenas se sujetará a lo dispuesto en la ley orgánica de ordenamiento territorial y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial[76]; ii) los referidos mandatos constitucionales tienen como finalidad preservar la diversidad y autonomía

culturales y en ese contexto defender y proteger la cosmovisión, cultura, costumbres, valores y creencias tradicionales, de los pueblos indígenas; iii) actualmente la Ley de Ordenamiento Territorial vigente, no ha previsto aún la definición de los resguardos indígenas como entidades territoriales, pese a que la Constitución Política sí previó que deben constituirse como tales, razón por la cual existe hoy una omisión legislativa en la materia, reconocida por la Corte Constitucional en el sentencia C-489 de 2012; iv) que existen en el ordenamiento jurídico vigente disposiciones como las contenidas en el Decreto 1953 de 2014, que reconocen a los resguardos indígenas como entidades territoriales y, v) que el Resguardo Indígena Dachí Agore Drua fue constituido legalmente por el INCODER, mediante Acuerdo No. 226 del 26 de octubre de 2010.

El reconocimiento dado con la finalidad de garantizar, proteger y efectivizar los derechos fundamentales a la diversidad étnica y cultural y a la autodeterminación de los resguardos indígenas, en aplicación de la normativa y la jurisprudencia constitucional, citada en la parte considerativa de esta sentencia, para que de tal forma desplieguen su derecho a la autodeterminación, entendida ésta como la capacidad para darse su propia organización social, económica y política, es decir, el derecho que tienen a decidir sobre los asuntos culturales, espirituales, políticos y jurídicos de la comunidad, de acuerdo a su cultura y cosmovisión.

En este contexto, esta Sala reitera la premisa de que “una comunidad indígena que no tenga a su disposición los recursos básicos para realizar sus derechos constitucionales fundamentales a la salud, a la vivienda digna, a la educación, a disponer de agua potable, no está recibiendo un trato digno y se está desconociendo el derecho constitucional fundamental de la colectividad”[77].

Adicionalmente, es de señalar que la disposición y entrega de recursos económicos a resguardos indígenas, a través de la figura del convenio interadministrativo, debe igualmente reconocer la autonomía que otorga el artículo 329 superior a las entidades territoriales y lo previsto en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, que tienen como fin esencial proteger a los pueblos indígenas, mediante los territorios indígenas, y que al no estar ésta figura de entidad territorial regulada por el legislador, no es posible restringir los derechos de los resguardos indígenas y dar primacía a las formas sobre el derecho sustancial.

Aunado a lo anterior, es de señalar que la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 1082 de 2015 definen las modalidades de selección y establecen como una de ellas la de contratación directa aplicable a los contratos interadministrativos, siempre que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos, por lo que la decisión de suscripción de un convenio interadministrativo está en cabeza de la entidad ejecutora de los recursos públicos, quien tiene la potestad de definir sobre su vía de ejecución en forma autónoma e independiente, con fundamento en el ordenamiento jurídico vigente.

En sentido similar, el artículo 95 de la Ley 489 de 1998 preceptúa que las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos. Es de resaltar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado que: “El convenio interadministrativo constituye un consenso de voluntades entre entidades públicas y es generador de obligaciones entre las partes que lo suscriben (...) y hacen parte de la actividad contractual del Estado, mediante la cual se obligan, de manera subjetiva, las entidades que lo suscriben, con fines comunes y de interés público”[78]. En ese mismo sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha señalado que la finalidad de la celebración de convenios interadministrativos es “la de cumplir en forma conjunta con las funciones a cargo de ambas entidades, o prestar servicios públicos que le han sido encomendados”[79] y la Sección Primera del Consejo de Estado[80] ha insistido en que éstos convenios son la expresión colegiada de voluntad encaminada a crear obligaciones para cada una de las partes que lo suscriben.

Por lo anterior, se identifica que los convenios interadministrativos tienen el carácter de coordinación, cooperación y colaboración para la realización de funciones administrativas de interés común a las partes que los suscriben, postulado que se armoniza con la importancia de proteger, garantizar y sobre todo efectivizar los derechos de los pueblos indígenas, por parte de todo el Estado colombiano. De tal modo, la disposición de recursos al Resguardo Indígena Dachi Agore Drua mediante un convenio interadministrativo suscrito con el Departamento del Quindío es viable jurídicamente, en el marco del bloque de constitucionalidad, los artículos 1, 7, 8, 10, 63, 70, 246, 286, 329, 330 de la Constitución Política, el Convenio 169 de la OIT[81] y la Declaración Universal de las Naciones Unidas

sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pues los resguardos indígenas han sido reconocidos como entidades con prerrogativas en el ordenamiento jurídico, sin que a la fecha exista una regulación en la Ley de Ordenamiento territorial sobre territorios indígenas, lo que requiere de protecciones constitucionales en aplicación de la primacía del derecho sustancial, de acuerdo con el artículo 228 superior.

El fin último de este convenio interadministrativo debe ser la efectivización de los derechos del Resguardo Indígena Dachi Agore Drua, con el objetivo de aunar esfuerzos en pro de aportar a la garantía de la dignidad de este pueblo indígena, y que se pueda respetar y proteger su derecho a la autonomía y a su libre determinación, mediante una participación activa y de contar con recursos para en forma positiva hacer uso de sus derechos fundamentales, ya que la efectiva disponibilidad de recursos se hace necesaria para el ejercicio de los derechos de la población indígena.

En el mismo sentido de los preceptos constitucionales citados, es importante que tratándose de recursos públicos, se realice un apoyo y asesoría constante por parte del Departamento del Quindío al Resguardo Indígena Dachi Agore Drua para que el objeto que se defina en el convenio interadministrativo se cumpla cabalmente, y se apoye en debida forma al resguardo indígena en la ejecución de los recursos públicos. Así, existe una obligación por parte del Estado, que en este caso debe acatarse por parte del Departamento del Quindío y todas sus autoridades y funcionarios, de apoyar técnicamente al Gobernador y los integrantes del cabildo indígena, como autoridades políticas y representantes del resguardo.

Igualmente, debe ejercerse un monitoreo, seguimiento y control integral de la ejecución del convenio interadministrativo, para verificar el cumplimiento de las obligaciones pactadas, ello por parte de las entidades públicas competentes en aplicación de la función de control fiscal definida en el artículo 267 de la Constitución Política, y de los controles definidos constitucionalmente.

En ese orden de ideas, desde una interpretación sistemática y armónica la jurisprudencia ha destacado que “Desde esta perspectiva, el derecho constitucional fundamental al reconocimiento y debida protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos

indígenas envuelve: (...)

(iii) Que las entidades nacionales y territoriales permanezcan atentas respecto de los destinos de estos recursos por cuanto existe en su cabeza un grupo de obligaciones que no se restringe únicamente a la distribución y pago oportuno de los mismos. Esta obligación se extiende también a tareas de apoyo, asesoría, seguimiento, evaluación y control sin el cumplimiento de las cuales el derecho a participar de modo libre, informado y activo en aquellos asuntos que puedan afectar el derecho constitucional fundamental de los pueblos indígenas al reconocimiento y debida protección de su diversidad étnica y cultural se hace imposible.

(iv) Que el trabajo de apoyo, asesoría, seguimiento y evaluación por parte de las entidades nacionales y territoriales sea de naturaleza preventiva y se efectúe de manera continua y no sólo esporádicamente. Esta actividad está relacionada, por tanto, con varios aspectos dentro de los cuales se destaca, de un lado, la necesidad de elaborar planes de divulgación de la legislación vigente así como la obligación de capacitar a los Resguardos y a las Entidades involucradas con el manejo de los recursos que les pertenecen para que estos se inviertan de modo efectivo y se garantice con ello la realización de la metas propuestas por el Resguardo. Implica, de otro lado, exigir balances periódicos de avances y resultados así como respuestas orientadas a cumplir con la realización de los derechos constitucionales fundamentales en juego. Con ello se busca que las distintas entidades participen de manera activa en la realización de los derechos así como evitar que los recursos necesarios para tales efectos se desvíen o se inviertan de manera irregular. [82]

Por todo lo anterior, con base en las razones expuestas, en la parte resolutive de esta decisión la Sala revocará la sentencia proferida el 11 de octubre de 2017 por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Armenia, Quindío, que negó el amparo invocado por el Gobernador del Resguardo Indígena Dachi Agore Drua. En su lugar concederá el amparo solicitado y como consecuencia de ello ORDENARÁ al Departamento del Quindío que con relación a los recursos que se presupuesten y se vayan a ejecutar en el Resguardo Indígena Dachi Agore Drua suscriba con éste último el o los Convenio/s Interadministrativo/s a que haya lugar, teniendo en cuenta su condición de sujeto de especial protección constitucional.

IV. 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 Política,

RESUELVE:

PRIMERO.- LEVANTAR LA SUSPENSIÓN DE TÉRMINOS ordenada el 29 de mayo de 2017.

SEGUNDO.- REVOCAR la sentencia proferida el 11 de octubre de 2017 por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Armenia, Quindío, que negó el amparo invocado por el Gobernador del Resguardo Indígena Dachi Agore Drua. En su lugar CONCEDER EL AMPARO, desde una perspectiva de enfoque diferencial, a la efectivización de los derechos a la diversidad e identidad étnica y cultural y a la autodeterminación de los resguardos indígenas; con base en las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO.-En consecuencia, ORDENAR al Departamento del Quindío que con relación a los recursos que se presupuesten y se vayan a ejecutar en el Resguardo Indígena Dachi Agore Drua suscriba con éste último el o los Convenio/s Interadministrativo/s a que haya lugar, teniendo en cuenta desde la perspectiva del enfoque diferencial su condición de sujeto de especial protección constitucional y las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, comuníquese, notifíquese, publíquese, insértese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Sala de Selección Número Dos conformada por los Magistrados Cristina Pardo Schlesinger y Antonio José Lizarazo Ocampo.

[2] Folios 36 a 39.

[3] Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejo de Estado. Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce. Radicado: 1297, 14 de diciembre de 2000.

[4] Decreto 1953 de 2014. “Por el cual se 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 que el Congreso expida la ley de que trata el artículo 329 de la Constitución Política”.

[5] Cuaderno 1, Folio 8.

[6] Cuaderno 1, Folio 9.

[7] Cuaderno 1, Folios 10 a 12.

[8] Cuaderno 1, Folios 13 a 16.

[9] “Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce, Radicado 1297 del 14 de diciembre de 2000.

[10] En la solicitud de concepto se refirió que la Secretaría Jurídica y de Contratación de la Gobernación recomendó adelantar dos procesos de mínima cuantía para la adquisición de materiales para la autoconstrucción de viviendas tradicionales, compra de insumos agrícolas y guadañas para el sostenimiento y cuidado de cultivos existentes en territorio indígenas, lo cual fue rechazado por el Gobernador del Resguardo quien afirmó que como

resguardos están reconocidos como entidad territoriales e4ncuentran en condiciones de administrar los recursos establecidos por el departamento para su comunidad, motivo por el cual el presupuesto de las vigencias 2016 y 2017 no se había ejecutado al no haber obtenido un consenso para su ejecución, pues el Resguardo insistió en que solo aceptaran la ejecución a través de un convenio interadministrativo.

[11] Cuaderno 1, Folios 17 a 19.

[13] Cuaderno 1, Folio 23 a 26.

[14] Cuaderno 1, Folios 27 a 29.

[15] Cuaderno 2, Folios

[16] La Corte Constitucional ha reiterado tal posición en su jurisprudencia y así inicialmente en la Sentencia T-380 de 1993 dispuso: “La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos.”. Posteriormente, ésta Corporación en la Sentencia T-601 de 2011 consideró que los derechos de los pueblos indígenas “no son equivalentes a los derechos individuales de cada uno de sus miembros ni a la sumatoria de estos; y (...) los derechos de las comunidades indígenas no son asimilables a los derechos colectivos de otros grupos humanos” en cuanto son propiamente fundamentales, y seguidamente en la Sentencia T-973 de 2014 se indicó que, con el objetivo de proteger los principios de diversidad étnica y cultural consagrados en la Constitución “el Estado reconoce a estas comunidades no solo las prerrogativas que están garantizadas a todos los colombianos sino que también les confiere a estas comunidades derechos como entidades colectivas”; en el mismo sentido en la sentencia T-650 de 2017 se reiteró que “el Estado ha reconocido a las comunidades indígenas, en sí mismas consideradas, determinados derechos fundamentales como entidad colectiva y, a su vez, reconoce que los miembros de la misma gozan de todos los derechos que se garantizan a los colombianos”.

[17] Corte Constitucional, sentencia T-049 de 2013. M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

[18] Modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015.

[19] Sección Primera del Consejo de Estado en Sentencia del 7 de junio de 2007, Expediente

No. 11001032400020060012000.

[20] Corte Constitucional, sentencia T-387 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa: “Los pueblos indígenas son sujetos de especial protección constitucional. Esta Corte ha advertido que esta protección se deriva de “la existencia de patrones históricos de discriminación aún no superados frente a los pueblos y las personas indígenas; la presencia de una cultura mayoritaria que amenaza con la desaparición de sus costumbres, su percepción sobre el desarrollo y la economía y, en términos amplios, su modo de vida buena (lo que suele denominarse cosmovisión)”. (Sentencia T-235 de 2011 MP. Luis Ernesto Vargas Silva.) De igual manera, en el auto 004 de 2008, esta Corporación advirtió que los indígenas se encuentran expuestos en el desarrollo del conflicto armado a causa de: “(1) las confrontaciones que se desenvuelven en territorios indígenas entre los actores armados, sin involucrar activamente a las comunidades indígenas y sus miembros, pero afectándolos en forma directa y manifiesta; (2) los procesos bélicos que involucran activamente a los pueblos y comunidades indígenas, y a sus miembros individuales, en el conflicto armado; y (3) los procesos territoriales y socioeconómicos conexos al conflicto armado interno que afectan sus territorios tradicionales y sus culturas”. Y ha establecido que “no son menos de treinta las etnias que en este momento pueden considerarse como en estado de alto riesgo de exterminio cultural o físico por causa del conflicto armado y del desplazamiento forzado”. (Auto 004 de 2008 MP. Manuel José Cepeda Espinosa)”.

[21] Al respecto, la Corte Constitucional ha indicado en su jurisprudencia que: “es posible confirmar la garantía que la Constitución Nacional le brinda al derecho constitucional fundamental al reconocimiento y debida protección de la diversidad étnica y cultural cimentado sobre el respeto por la dignidad de todos los habitantes del territorio, independientemente, de la etnia a que pertenezcan o de la cosmovisión que defiendan” (Sentencia T-1105 de 2008. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto). (Se subraya).

En sentido similar ha dispuesto esta misma Corporación que: “la Carta Política, sobre la base de los principios de dignidad humana y pluralismo, reconoce un estatus especial de protección con derechos y prerrogativas específicas a las comunidades étnicas para que bajo sus usos y costumbres hagan parte de la Nación (...)

el principio de interpretación pro homine impone la aplicación de las normas jurídicas que

sean más favorables al ser humano y sus derechos; en otras palabras, la imposición de aquella interpretación que propenda por el respeto de la dignidad humana y consecuentemente por la protección, garantía y promoción de los derechos humanos y de los derechos fundamentales contemplados en la Constitución. Este principio está contemplado en los artículos 1º y 2º Superiores, puesto que en ellos se consagra el respeto por la dignidad humana como fundamento del Estado Social y Democrático de Derecho. Así mismo, es un fin esencial del Estado la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, por parte de todas las autoridades de la República en la protección de todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades”. (Sentencia T-129 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio). (Se subraya).

[22] Corte Constitucional, sentencia T-201 de 2016, M.P. Alberto Rojas Ríos.

[23] Artículo 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”.

[24] Artículo 2, inciso 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

[25] Artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”.

[26] El texto completo del Convenio 169 de 1989 se puede consultar en: www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/limapubl/conv-169/convenio.shtml

[27] La Corte Constitucional ha reiterado que el Convenio hace parte del bloque de constitucionalidad en las sentencias SU-037 de 1997, C- 418 de 2002, C-189 de 2002, SU-383 de 2003, C-401 de 2005, C-030 de 2008, C-461 de 2008, C-175 de 2009, C-366 de 2011, C-331 de 2012, T 155 de 2015 y T 052 de 2017.

[28] De la misma manera, el Sistema Interamericano ha señalado que la propiedad de la tierra de los pueblos indígenas es de carácter colectiva, y debe gozar de la protección de los Estados. Así, lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en múltiples fallos, entre los cuales podemos citar “La Comunidad de Moiwana vrs Suriname” o el caso de la Comunidad indígena Yakye Axa vrs Paraguay, de este fallo es necesario rescatar el carácter colectivo de los predios de las comunidades indígenas. En términos de la Corte Interamericana: “Al analizar el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención en el presente caso, la Corte tomará en cuenta, a la luz de las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 de la misma y como lo ha hecho anteriormente, la significación especial de la propiedad comunal de las tierras ancestrales para los pueblos indígenas, inclusive para preservar su identidad cultural y transmitirla a las generaciones futuras, así como las gestiones que ha realizado el Estado para hacer plenamente efectivo este derecho.”. La Corte Interamericana ha sostenido que entre el derecho a la propiedad del cual son titulares los ciudadanos occidentales, y el que ejercen las comunidades indígenas en relación con sus predios, existen diferencias fundamentales. Los territorios tradicionales de un pueblo indígena no solo son su principal medio de subsistencia, sino además constituyen un elemento integrante de su cosmovisión e identidad cultural. De lo anterior, es necesario dar relieve al hecho que las comunidades indígenas son titulares de un derecho de propiedad que está en cabeza de toda la colectividad, y cuyo fundamento es la tenencia y explotación colectiva.

[29] Convenio 169 de la OIT, Artículo 2.

[30] Corte Constitucional, sentencia T-376 de 2012. MP. María Victoria Calle Correa.

[31] Corte Constitucional, sentencia T- 376 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa.

[32] Corte Constitucional, sentencia T-704 de 2006. Humberto Antonio Sierra Porto.

[33] Corte Constitucional, sentencia T-704 de 2006. Humberto Antonio Sierra Porto.

[34] Corte Constitucional, sentencias T-973 de 2009, T-371 de 2013 y T-973 de 2014.

[35] Corte Constitucional, sentencia T-387 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa.

[36] Corte Constitucional, sentencia T-704 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: “Aquí es preciso recordar que la situación de abandono y de pobreza en que se encuentran por lo general los pueblos indígenas – durante siglos objeto de la imposición o de la indiferencia estatal – y la falta de realización en la práctica de sus derechos constitucionales fundamentales puede llegar a diezmar de manera considerable el derecho que tienen las comunidades indígenas a participar de manera activa y consciente en el manejo de los asuntos que los afectan y termina por desconocer de facto el derecho constitucional fundamental al reconocimiento y debida protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas. Puede, incluso, conducir a la extinción misma de los pueblos indígenas. Es quizá por esta razón que el Convenio 169 de 1989 en su artículo 30 pone énfasis en la necesidad de que los Gobiernos adopten: “medidas acordes a las tradiciones y culturas de los pueblos interesados, a fin de darles a conocer sus derechos y obligaciones, especialmente en lo que atañe al trabajo, a las posibilidades económicas, a las cuestiones de educación y salud, a los servicios sociales y a los derechos dimanantes del presente Convenio.”

[37] Al respecto el Preámbulo indica “Convencida de que si los pueblos indígenas controlan los acontecimientos que los afectan a ellos y a sus tierras, territorios y recursos podrán mantener y reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones y promover su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades”

[38] En la sentencia T-634 de 1999 la Corte presentó la historia de los resguardos indígenas en el país, y cómo pasaron de ser territorio en época de la Colonia, a ser tierra en la República, y volvieron a ser territorio a partir de los años 60; o, desde otra perspectiva, espacio cultural y forma comunitaria de la propiedad, bien inmueble y propiedad privada, y nuevamente ámbito cultural y propiedad colectiva

[39] Corte Constitucional, sentencia C-463 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa: “La Corte Constitucional ha hecho referencia a la Ley 89 de 1890 en más de 50 oportunidades, en diferentes sentencias”.

[40] Corte Constitucional, sentencia C-463 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa: “Esta Ley no ha sido objeto de derogación expresa, ni se ha dictado un estatuto integral que regule la materia sobre las competencias para dirimir conflictos internos de comunidades indígenas. En efecto, el artículo 246 de la Carta Política confiere a los pueblos indígenas la potestad de decidir sus asuntos de conformidad con normas y procedimientos propios, y ordena al Legislador promulgar una ley de coordinación para definir los conflictos que se susciten entre las jurisdicciones ordinaria y especial indígena.

(...)

El carácter especial de la Ley 89 de 1890, concebida como un código especial para las personas y las comunidades indígenas, el reconocimiento de la autonomía jurisdiccional indígena por parte del Constituyente de 1991, y la ausencia de una ley que haya decidido sentar reglas de competencia en materias internas de los pueblos indígenas, explican entonces que la Ley se encuentre aún vigente”.

[41] Además, el decreto citado precisó los conceptos de “territorio indígena”, que es definido como “aquellas áreas poseídas por una parcialidad, comprendiendo en ellas no sólo las habitadas y explotadas sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales”; en tanto que el “cabildo indígena” es aquella “entidad pública especial, cuyos miembros son indígenas elegidos y reconocidos por una parcialidad localizada en un territorio determinado, encargado de representar legalmente a su grupo y ejercer las funciones que le atribuye la ley y sus usos y costumbres”.

[42] Corte Constitucional, sentencia T-514 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[43] Del mismo modo, la Carta Democrática de la OEA establece: “Justamente en este sentido se habla de la dimensión objetiva de los derechos constitucionales fundamentales. Que los derechos constitucionales fundamentales se consignen en documentos jurídicos significa un gran paso en orden a obtener su cumplimiento, pero no es suficiente. Es preciso el despliegue de todo un conjunto de medidas, tareas y actuaciones por parte del Estado (...) orientadas a garantizar la plena efectividad de estos derechos en la práctica. La Carta Democrática (...) ha resaltado la necesidad de procurar las condiciones y de ambientar las circunstancias para lograr la efectividad de la democracia en la realidad...

En el Preámbulo así como en las diferentes disposiciones destaca la Carta Democrática Interamericana la estrecha conexión existente entre los derechos políticos y civiles, los derechos sociales, económicos y culturales y los derechos colectivos. Afirmar el Preámbulo que “la promoción y protección de los derechos humanos es condición fundamental para la existencia de una sociedad democrática” (...) “[y agrega que los derechos económicos, sociales y culturales] son reafirmados, desarrollados y protegidos con miras a “consolidar el régimen democrático representativo de gobierno”.

[44] Corte Constitucional, sentencias: T-188 de 1993, SU-510 de 1998, T-652 de 1998, T-634 de 1999 y T-387 de 2013.

[45] Corte Constitucional, sentencia T-007 de 1995 M.P. Antonio Barrera Carbonell, reiterada en la sentencia T 704 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[46] Corte Constitucional, sentencia T 704 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

“A juicio de la Sala, ninguna entidad estatal sea ella del nivel nacional o del nivel territorial puede permanecer indiferente en relación con la obligación que se desprende del artículo 7º superior y de los demás artículos constitucionales que desarrollan la exigencia constitucional de reconocimiento y debida protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas y que vincula a todas las autoridades públicas sin excepción. Las responsabilidades en cabeza de las entidades estatales tanto de orden nacional como territorial para efectos de cumplir con las participaciones de los Resguardos indígenas en los ingresos corrientes de la Nación deben interpretarse de conformidad con la Constitución en su conjunto. Han de ejecutarse esas obligaciones, de buena fe de acuerdo con lo prescrito por el Convenio 169 de 1989 de la OIT aprobado por la Ley 21 de 1991, por la Declaración Universal de los Pueblos Indígenas y en armonía con los principios constitucionales de concurrencia, coordinación, subsidiariedad y solidaridad. De ahí que ni las entidades del orden nacional ni las del orden territorial puedan permanecer indiferentes ante al hecho de que los recursos de los Resguardos se desvíen o se manejen de manera irregular o en contradicción con los objetivos constitucionales, legales y reglamentarios”.

[47] CESCR Observación General No. 9. La aplicación interna del pacto. E/C.12/1998/24 (03/12/1998).

[48] Corte Constitucional, sentencia T 704 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

“No es suficiente, por tanto, que la Constitución, los Pactos Internacionales aprobados y ratificados por Colombia establezcan un conjunto de derechos por medio de los cuales se afirme el reconocimiento y protección del derecho a la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas. Es preciso que se garanticen también las vías para hacer factible este derecho en la práctica. De lo contrario, el derecho constitucional fundamental al reconocimiento y debida protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas correría el riesgo de verse convertido en letra muerta. De ahí la estrecha conexión entre los derechos políticos y civiles, los derechos sociales económicos y culturales y los derechos colectivos. La realización efectiva de los derechos sociales es *conditio sine qua non* para garantizar el goce del derecho constitucional fundamental al reconocimiento y debida protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas. Para ponerlo en otros términos: sin la garantía de cumplimiento de los derechos sociales, el derecho constitucional fundamental al reconocimiento y debida protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas se vería por entero vaciado de contenido”.

[49] Al respecto el Decreto 1386 de 1994 decidió que para la celebración de los contratos o convenios marco para la administración y manejo de los recursos de la participación de cada resguardo indígena en los ingresos corrientes de la Nación, sujetaría a las siguientes disposiciones:

“ 1º El convenio o contrato será suscrito por el Gobernador del Cabildo o la autoridad indígena respectiva y el Alcalde del Municipio o Gobernador del Departamento donde se encuentre ubicado el resguardo indígena, según sea el caso.

2º Si en el resguardo existen dos o más cabildos y/o autoridades indígenas, y no existe un cabildo mayor, estas podrán, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1088 de 1993, conformar asociaciones para la celebración del convenio o contrato, o elegir su propio representante, para estos mismos efectos.

4º En desarrollo de los principios constitucionales de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, cuando un resguardo esté ubicado en la jurisdicción de dos o más municipios, o dos o más departamentos, según sea el caso, las autoridades de las entidades

territoriales y del resguardo podrán acordar, por motivos de conveniencia en la administración, que la celebración del convenio se realice con uno solo de los municipios o departamentos según sea el caso.

5º Por razones de conveniencia, eficiencia y eficacia, las autoridades de los resguardos indígenas podrán celebrar convenios de cooperación con las autoridades de otras entidades territoriales para la administración de los recursos a que tienen derecho. Para estos efectos, el representante legal de la entidad territorial requerida deberá manifestar su aceptación por escrito”.

[50] Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

[51] Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

[52] Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

[53] Corte Constitucional, sentencia T-704 de 2006, reiterada en las sentencias C-921 de 2007, T-514 de 2009 y T-155 de 2015. “Tanto la Ley 60 de 1993 como la Ley 715 de 2001 establecen en forma expresa esa acción orientada a realizar un rastreo permanente y no únicamente ocasional sobre la suerte de estos recursos – respecto del modo en que se administran y ejecutan – además de una tarea conectada con apoyar y asesorar a las comunidades indígenas en los aspectos que ellas consideren más importantes a fin de invertir en su beneficio tales recursos”.

[54] Corte Constitucional, sentencia T 704 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

“A juicio de la Sala, ninguna entidad estatal sea ella del nivel nacional o del nivel territorial puede permanecer indiferente en relación con la obligación que se desprende del artículo 7º superior y de los demás artículos constitucionales que desarrollan la exigencia constitucional de reconocimiento y debida protección de la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas y que vincula a todas las autoridades públicas sin excepción. Las responsabilidades en cabeza de las entidades estatales tanto de orden nacional como territorial para efectos de cumplir con las participaciones de los Resguardos indígenas en los ingresos corrientes de la Nación deben interpretarse de conformidad con la Constitución en su conjunto. Han de ejecutarse esas obligaciones, de buena fe de acuerdo con lo

prescrito por el Convenio 169 de 1989 de la OIT aprobado por la Ley 21 de 1991, por la Declaración Universal de los Pueblos Indígenas y en armonía con los principios constitucionales de concurrencia, coordinación, subsidiariedad y solidaridad. De ahí que ni las entidades del orden nacional ni las del orden territorial puedan permanecer indiferentes ante al hecho de que los recursos de los Resguardos se desvíen o se manejen de manera irregular o en contradicción con los objetivos constitucionales, legales y reglamentarios”.

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

[56] Publicada en el Diario Oficial No. 44.654 de 21 de diciembre de 2001. Cfr. artículos 82 y ss.

[57] Ver, T-704 de 2006. Fundamentos 6.4-6.6 y 6.9. “Sin embargo, aclaró la Corte que la intervención de los municipios en la administración de estos recursos se ajusta a la Constitución dentro del siguiente marco y condiciones: (i) debe respetarse el carácter transitorio de la norma, pues cuando se expida la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial los recursos deberán ser girados directamente a las entidades territoriales indígenas; (ii) los municipios deben manejar en cuentas separadas los dineros y los resguardos; (iii) no corresponde al municipio decidir sobre la destinación de estos, ni muchos menos “hacer un uso discrecional de los mismos” (iii) el uso de los recursos debe consultar el interés de los grupos y comunidades indígenas; por lo tanto, (v) la decisión sobre su destinación debe ser autónoma y previa a la celebración del contrato mencionado; y (vi), cualquier discrepancia entre las autoridades de la comunidad y las autoridades municipales debe resolverse en favor de las primeras”.

[58] La Sala no asume la posición según la cual esos dineros deben destinarse exclusivamente para planes que se adelanten al interior del resguardo, pues de esa forma podrían parecer vedadas otras formas legítimas de manejar los recursos; v. gr. el envío de miembros de la comunidad a otros ámbitos territoriales por motivos de intercambio cultural.

[59] M.P. Mauricio González Cuervo.

[60] Corte Constitucional, sentencia T-155 de 2015, M.P. Mauricio González Cuervo.

[61] Corte Constitucional, sentencia T-155 de 2015, M.P. Mauricio González Cuervo.

[62] A su vez el artículo 25 del Decreto 1953 de 2014 establece 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, DNP, en el año inmediatamente anterior a la vigencia para la cual se programan los recursos”.

[63] Se indicó en la sentencia C-617 de 2015, M.P. que: “Esta conclusión se apoya, adicionalmente, en el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de fecha 3 de octubre de 2012 en el que se advierte que “el Gobierno Nacional perdió la competencia que en forma condicional se le asignó en el artículo transitorio 56 de la Carta. Por tanto no es posible que, con la finalidad enunciada en la pregunta, el Gobierno Nacional, con fundamento en dicho artículo transitorio, modifique la Ley 715 de 2001.”

[64] C-617 de 2015

[65] Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejo de Estado. Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce. Radicado: 1297, 14 de diciembre de 2000.

[66] Cfr. Ver, entre otras, sentencias T-049 de 2013, T-387 de 2013 y T-461 de 2014, T-466 de 2016, entre otras.

[67] En lo concerniente la Corte Constitucional ha reiterado en la sentencia T-466 de 2016 que: “Derivado de esto último, surge como deber para las autoridades de “prodigar un trato especial (favorable) a grupos y personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad o en situación de debilidad manifiesta”[67], que atiende, en el caso de las comunidades indígenas a su situación de vulnerabilidad, originada en aspectos históricos, sociales y jurídicos como “la existencia de patrones históricos de discriminación aún no superados frente a los pueblos y las personas indígenas; [o] la presencia de una cultura mayoritaria que amenaza con la desaparición de sus costumbres, su percepción sobre el desarrollo y la economía y, en términos amplios, su modo de vida buena (lo que suele denominarse cosmovisión)” Ver, sentencia T-235 de 2011, reiterado en la sentencia T-387 de 2013”.

[68] Cfr. Ver, sentencia T-703 de 2008. Se dijo en esta providencia, por ejemplo, que

“cuando una universidad destina un porcentaje de sus cupos a miembros de comunidades indígenas, no vulnera el derecho a la igualdad de los demás aspirantes, en tanto dicha medida persigue el logro de una igualdad real y efectiva, a favor de grupos tradicionalmente discriminados o marginados (artículo 13 de la C.P.). Por tanto, la Corte prevé que con ello se ‘(...) recoge el singular tratamiento consagrado por parte del Estado a favor de la diversidad étnica cultural, el cual lejos de ser violatorio del artículo 13 de la Constitución Política, se ajusta a la misma, porque teleológicamente su búsqueda es la igualdad real -en favor de regiones marginadas y discriminadas de la patria- y en pro del enriquecimiento cultural de la Nación Colombiana.’”.

[69] En sentido similar se pronunció este Tribunal Constitucional en el Auto 382 de 2010 en el cual se estipuló: “La Corte resaltó el carácter de sujetos de especial protección constitucional de las personas y los pueblos indígenas, y en virtud de la cláusula de igualdad del artículo 13 constitucional, reiteró que los indígenas son uno de los grupos poblacionales más frágiles y excluidos dentro de los grupos vulnerables, por lo cual son merecedores de protección constitucional reforzada en los términos de los artículos 7, 63, 68 y 72 de la Constitución Política”.

[70] Ver sentencias: T-1105 de 2008 y T 049 de 2013.

[71] Sentencia C -214 de 1994 y T-010 de 2017.

[72] Sentencias C-214 de 1994 y T-051 de 2016.

[73] Decreto 1953 de 2014. “Por el cual se 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 que el Congreso expida la ley de que trata el artículo 329 de la Constitución Política”.

[74] Corte Constitucional, sentencia T-387 de 2013, M.P María Victoria Calle Correa.

[75] Corte Constitucional, sentencia T-704 de 2006, reiterada en las sentencias C-921 de 2007, T-514 de 2009 y T-155 de 2015. “Tanto la Ley 60 de 1993 como la Ley 715 de 2001 establecen en forma expresa esa acción orientada a realizar un rastreo permanente y no únicamente ocasional sobre la suerte de estos recursos – respecto del modo en que se

administran y ejecutan – además de una tarea conectada con apoyar y asesorar a las comunidades indígenas en los aspectos que ellas consideren más importantes a fin de invertir en su beneficio tales recursos”.

[76] Corte Constitucional, sentencia T-201 de 2016, M.P. Alberto Rojas Ríos.

[77] Corte Constitucional, sentencia T-704 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[78] Corte Constitucional, sentencia T 442 de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[79] Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de abril 30 de 2008. C. P. Enrique José Arboleda Perdomo. Rad. 1881.

[80] ACU- 1339, Sentencia de junio 6 de 2002, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente, María Elena Giraldo Gómez.

[81] Artículo 6 del Convenio 169 de la OIT que señala que los gobiernos “deben establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de los pueblos indígenas, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin”.

[82] Corte Constitucional, sentencia T-704 de 2006, reiterada en las sentencias C-921 de 2007, T-514 de 2009, T-155 de 2015. “Tanto la Ley 60 de 1993 como la Ley 715 de 2001 establecen en forma expresa esa acción orientada a realizar un rastreo permanente y no únicamente ocasional sobre la suerte de estos recursos – respecto del modo en que se administran y ejecutan – además de una tarea conectada con apoyar y asesorar a las comunidades indígenas en los aspectos que ellas consideren más importantes a fin de invertir en su beneficio tales recursos”.