

Bogotá D.C., diciembre de 2012

Honorables Magistrados y Magistrada
Corte Constitucional de Colombia
M.P. Luis Ernesto Vargas Silva
E.S.D.

Expediente: D- 9310
Ref: Intervención ciudadana en demanda de
inconstitucionalidad contra la ley 1551 de 2012

Nosotros, Rodrigo Uprimny Yepes, César Rodríguez Garavito, Carlos Andrés Baquero Díaz y Paula Rangel Garzón, miembros del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad –Dejusticia-; identificados como aparece al pie de nuestras firmas, atendiendo a la amable invitación de la Corte y obrando en calidad de ciudadanos y ciudadanas colombianas, respetuosamente nos permitimos presentar ante ustedes la presente intervención en relación con la demanda de la referencia.

La demanda solicita que se declare inconstitucional el artículo 44 de la ley 1551 de 2012¹ porque considera que la norma: i) constituyó territorios biodiversos en zonas donde debió haber hecho consulta previa a los pueblos indígenas que allí habitan, ii) viola el derecho de autogobierno del artículo 330 de la Constitución Política, iii) crea una nueva entidad territorial no contemplada en la Constitución, iv) desconoce la reserva de ley orgánica para este tipo de materias; y v) violó el principio de unidad de materia y de consecutividad.

En este escrito apoyamos la petición del demandante y nos concentraremos en dos cargos: el primero, demostrar que la creación de los nuevos territorios biodiversos y fronterizos

¹ El artículo 44 de la ley 1551 de 2012 dice: “De conformidad con el artículo 285 de la Constitución Nacional, créense los territorios especiales biodiversos y fronterizos en las zonas no municipalizadas correspondientes a los antiguos corregimientos departamentales, para que en los términos que reglamente el Gobierno nacional dentro del término de 6 meses a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, el Estado pueda cumplir las funciones y servicios que tiene a su cargo, así: 1. El Encanto – Amazonas, 2. La Chorrera – Amazonas, 3. La Pedrera – Amazonas, 4. La Victoria – Amazonas, 5. Mirití-Paraná – Amazonas, 6. Puerto Alegre – Amazonas, 7. Puerto Arica – Amazonas, 8. Puerto Santander – Amazonas, 9. Tarapacá – Amazonas, 10. Barrancominas – Guainía, 11. Cacahual – Guainía, 12. La Guadalupe – Guainía, 13. Mapiripán – Guainía, 14. Morichal – Guainía, 15. Pana Pana – Guainía, 16. Puerto Colombia – Guainía, 17. San Felipe – Guainía, 18. Pacoa – Vaupés, 19. Papunaua – Vaupés, 20. Yavaraté – Vaupés, 21. Jardines de sucumbios – Nariño. Estos territorios especiales tendrán una estructura institucional mínima, cuya autoridad político administrativa será de elección popular, para prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, garantizar los servicios de salud, educación y saneamiento básico, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes”.

exigía una consulta previa a los pueblos indígenas que allí habitan, y en tanto ésta no se hizo, la norma debe ser declarada inconstitucional; y segundo, expondremos que los nuevos territorios pretenden crear una entidad territorial similar al municipio, lo cual es inconstitucional, pues desconoce los tipos de entidades territoriales previstas en la Carta Política.

I. Violación de la consulta previa

En este apartado expondremos que el artículo 44 de la Ley 1551 de 2012 debe ser declarado inconstitucional porque, de acuerdo a los hechos presentados por el demandante, en el trámite de promulgación se violó el derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos indígenas que habitan los departamentos del Amazonas, Guanía, Vaupés y Nariño. Para esto, desarrollaremos algunos aspectos generales de la consulta previa y luego demostraremos en el caso concreto cómo se vulneró dicho derecho.

a. Aspectos generales de la consulta previa

El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas fue reconocido por el Estado colombiano con la Ley 21 de 1991, por la cual se ratificó el Convenio 169 de la OIT, el cual, como lo ha reconocido la Corte Constitucional, hace parte del bloque de constitucionalidad. Así, el derecho a la consulta previa es el derecho que tienen los pueblos a que se les consulten las medidas – administrativas y legislativas- que los afectan directamente. El numeral 1 del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT establece que los Gobiernos que ratifican el instrumento tienen la obligación de *“(...) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”*.

Este derecho se materializa en el procedimiento por medio del cual los representantes de los pueblos indígenas entablan un diálogo participativo, serio, intercultural, libre, informado y previo con los gobiernos sobre la toma e implementación de las medidas que los afecten de manera directa. El fin de la consulta previa es que las partes lleguen *“(...) a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”*².

De acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la consulta previa de los pueblos indígenas es un derecho fundamental³ del que depende la pervivencia física y cultural de los pueblos y la efectiva participación en las decisiones que los afectan directamente. Este derecho está directamente relacionado con otros derechos fundamentales tales como el

²Núm. 2, art. 6, Convenio 169 de la OIT

³ Corte Constitucional, sentencia C – 030 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil

derecho a la autonomía y a disfrutar libremente de su integridad territorial, cultural, económica, social y espiritual.⁴

Si la implementación de la medida administrativa o legislativa pone en riesgo la pervivencia física y cultural de los pueblos indígenas, es necesario contar con el consentimiento de los pueblos. El estándar del consentimiento fue incluido en el derecho internacional por la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁵. En dos ocasiones la Corte Constitucional colombiana ha establecido que es necesario obtener el consentimiento de los pueblos para que la medida pueda ser implementada. En el caso del Cerro Jaicatuma, la Corte señaló:

“(…) [c]uando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, previo e informado, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo y la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre muchas otras consecuencias”⁶

Esa posición ha sido reiterada en la sentencia T-129 de 2011 en la que la Corte Constitucional aclaró que se debía obtener el consentimiento de los pueblos en los casos en que “(…) (i) impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; (ii) estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (iii) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma, entre otros”⁷

La Constitución prevé dos tipos de participación para los pueblos indígenas, con el fin de que se cumpla el reconocimiento de los derechos a la igualdad, autonomía y multiculturalismo. El primer mecanismo de participación es frente a las normas que generan efectos generales. En éstas el ordenamiento constitucional ha establecido tres formas para garantizar que los intereses y posiciones de los pueblos indígenas sean tenidos en cuenta.

⁴ Ver las siguientes sentencias: Sentencias T- 188 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-342 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell; SU-039 de 1997, M.P. Antonio barrera Carbonell y C - 825 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

⁵ Artículos 10, 11, 19, 28, 29 y 32 Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos

⁶ Corte Constitucional, sentencia T- 769 DE 2009. M.P. Nilson Pinilla Pinilla

⁷ Corte Constitucional, sentencia T-129 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

En la sentencia C-030 de 2008 la Corte Constitucional determinó que en las medidas legislativas –de afectación general- los pueblos indígenas tienen tres mecanismos de participación. El primero de ellos es la posibilidad que tienen los pueblos indígenas de participar de los debates que se dan dentro del Congreso por medio de la elección de representantes a través del mecanismo de elección popular. La segunda forma es a través de la promoción de la discusión –como todos los ciudadanos- en los trámites legislativos pertinentes. Por último, la Constitución reconoció un mecanismo de participación especial para los pueblos étnicos a través de la estipulación de la jurisdicción especial. Los representantes elegidos por este sistema “(...) *son voceros, de manera amplia, de su particular cosmovisión y pueden constituir efectivos canales de comunicación entre las células legislativas y las autoridades representativas de las comunidades indígenas y tribales*”.⁸

No obstante, ninguno de estos mecanismos se refiere al derecho a la participación que tienen los pueblos indígenas en el caso de que el proyecto legislativo genere afectaciones directas dentro de la identidad y cosmovisión de los pueblos indígenas. La Corte Constitucional, en la sentencia C-366 de 2011, en desarrollo del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, ha establecido que los proyectos de ley que tengan efectos directos en los pueblos indígenas deben ser consultados antes de ser presentados ante el Congreso de la República. De lo contrario se está violando el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas. Por lo que se entiende que la consulta es extemporal, y por lo tanto viola el derecho a la consulta previa, cuando:

“(...) se intenta una vez se ha iniciado el trámite de debate y aprobación en el Congreso. Ello debido a que, en razón de los principios particulares del procedimiento legislativo colombiano, en especial la unidad de materia, la identidad flexible y la consecutividad, la participación de las comunidades diferenciadas resultaría reducida en gran medida en cuanto a los materias en que pudiera incidir”.⁹

Esta misma regla ha sido confirmada por la Corte Constitucional en la sentencia C-175 de 2009 en la que se estableció directamente que “(...) *la obligación de realizar este procedimiento con anterioridad a la radicación del proyecto de ley, es una condición imprescindible para dotar de efectividad e incidencia material a la participación de las comunidades indígenas y afrodescendientes en la determinación del contenido de las medidas susceptibles de afectarles directamente*”.¹⁰

La participación de los pueblos indígenas y sus representantes legítimos –autoridades tradicionales y organizaciones representativas- antes de que el proyecto de ley sea

⁸ Corte Constitucional, sentencia C-366 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas.

⁹ Corte Constitucional, sentencia C-366. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-175 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

presentado al Congreso de la República se justifica pues es la única manera para que los pueblos puedan influenciar directamente el texto que va a ser sometido a consideración del Congreso. En este proceso de consulta los pueblos tienen el derecho a presentar modificaciones y obtener acuerdos para que las mismas sean respetadas durante el trámite legislativo.

La condición para que el proyecto de ley sea consultado antes de que éste sea presentado al Congreso -y por lo tanto haya lugar al mecanismo de protección a la participación de los pueblos- es que éste genere una afectación directa. La Corte Constitucional ha precisado la regla determinando que la afectación directa depende de la evaluación independiente que se haga de cada uno de los casos. Sin embargo, la sentencia C-366 de 2001 expuso que la afectación directa tiene una característica común en todos los casos, la cual “(...) *se evalúa en términos de qué tanto incide la medida en la conformación de la identidad diferenciada del pueblo étnico*”. En esa misma sentencia se determinó específicamente que cuando la medida legislativa desarrolle los artículos 329 y 330 de la Constitución Política se entenderá que tiene efectos directos pues regula la conformación, delimitación y demás hechos que determinan la relación de los pueblos indígenas y sus autoridades representativas con las demás entidades locales y nacionales.

La Corte Constitucional también ha entendido que existe una afectación directa que genera el deber de consulta cuando se está tomando una decisión sobre los territorios titulados de los pueblos indígenas o aquellos que han habitado de manera ancestral. Frente a esto el artículo 7 del Convenio 169 de la OIT establece que se les deben consultar a los pueblos todas las decisiones que afecten “(...) *sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente*”. En ese sentido, siempre se deberá consultar con los pueblos cualquier medida legislativa que se tome sobre el territorio que ellos han habitado sin diferenciar entre el territorio que ya ha sido titulado y aquel que ha sido habitado ancestralmente.

- b. Necesidad de consulta previa en la creación del artículo 44 de la ley 1551 de 2012 y ausencia de dicha consulta.

Consideramos que el artículo 44 de la ley 1551 de 2012 debe ser declarado inconstitucional por la violación al derecho fundamental de los pueblos indígenas colombiana a la consulta previa. El proyecto de ley, que es una medida que afecta de manera directa a los pueblos indígenas, de acuerdo a los hechos presentados por el demandante, no fue consultado con las autoridades representativas de los pueblos que habitan en el Amazonas, Vaupés,

Guainía y Nariño antes ser presentado al Congreso de la República¹¹.

Como lo señala el demandante, el ámbito de aplicación de la norma demandada “(...) *se circunscribe a un área territorial de los departamento de Amazonas, Vaupés y Guanía en la cual no existen municipios, ni otro tipo de entidad territorial de nivel local. Está compuesta en su totalidad por territorios indígenas, poblados por miembros de diversas comunidades étnicas y gobernados por sus respectivos cabildos o autoridades tradicionales indígenas*”. De esa forma es posible concluir que el artículo 44 de la Ley 1551 de 2012, debió ser consultado con los pueblos indígenas, en cuanto es una medida que afecta de manera directa su identidad como grupo étnico pues genera una intervención dentro de sus territorios – titulados y ancestralmente habitados- y modifica la estructura de autoridades que se ejerce dentro de la región.

Como se mencionó anteriormente, la Corte Constitucional ha establecido que la afectación directa – que activa el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa- debe ser analizada caso a caso. Sin embargo, estableció una regla general en la que se entiende la configuración de una afectación directa cuando se interviene en la identidad de los pueblos indígenas.

En ese sentido, como lo señala el demandante, la identidad de los pueblos indígenas amazónicos depende de la relación que se genera entre ellos y el territorio que han habitado de manera ancestral. De la garantía de protección del territorio es que los pueblos indígenas pueden mantener su identidad colectiva en términos de su cultura y autonomía. Esa relación fue reconocida en el artículo 13 del Convenio 169 de la OIT pues en éste se establece que “(...) [a]l aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”. La implementación de la Ley entraría a afectar directamente la constitución de las Asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas que se han creado en la región de la Amazonía colombiana. Así la norma afecta tanto el territorio que ya ha sido reconocido por el Estado colombiano como aquel que habitan los pueblos de manera

¹¹ En la acción de inconstitucionalidad el demandante señala que en una reunión de la Mesa Regional Amazónica que se celebró en Villavicencio el 23 de mayo de 2012 los representantes de los pueblos indígenas rechazaron la propuesta del Proyecto de Ley y exigieron la realización de la consulta previa. Sin embargo, de acuerdo al relato de los hechos presentado por el demandante, la exigencia de los pueblos amazónicos no fue tomada en cuenta por el Congreso de la República. Por lo anterior el proyecto de ley fue aprobado sin surtir el proceso de consulta con los pueblos indígenas afectados de manera directa por la medida.

ancestral y que en términos del Convenio ocupan o utilizan de alguna manera¹².

En este caso también existe una afectación directa a los pueblos indígenas en el desarrollo de su derecho a la autonomía. En virtud del artículo 330 de la Constitución Política los pueblos indígenas tienen el derecho a ser gobernados por consejos conformados y reglamentados por sus propias normas. En la región en la que se pretenden conformar los “territorios especiales biodiversos y fronterizos”; las autoridades indígenas¹³ en conjunto con las autoridades estatales han conformado una instancia de garantía del derecho a la consulta y autonomía de los pueblos indígenas llamada Mesa Permanente de Coordinación Interadministrativa (MPCI). Ese espacio, como lo señala el demandante, es una “(...) instancia de interlocución y trabajo conjunto, abordando los sectores de educación, salud, medio ambiente y gobierno propio”. Como lo evaluó la Corte Constitucional en la sentencia SU -383 de 2003, esta mesa es el espacio en el que se ha mantenido el balance entre las decisiones que buscan implementar las autoridades del Estado y el consentimiento de los representantes legítimos de los pueblos indígenas.

La promulgación del artículo 44 de la Ley 1551 de 2012 sin garantizar el derecho a la consulta previa generó una violación al derecho a la autonomía de los pueblos indígenas – reconocidos en los artículos 40 y 330 de la Constitución Política y el numeral 1 del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT-. El artículo 4 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos ha previsto que el ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos incluye su derecho a la autonomía y el autogobierno en lo que respecta a sus territorios. En ese sentido las afectaciones que se toman sobre las formas organizativas de los territorios de los pueblos indígenas es una decisión que debe ser tomada de manera directa con los representantes de los pueblos indígenas. Tomar una decisión sin tener en cuenta el consentimiento de los pueblos constituye una violación del derecho a la autonomía y el autogobierno de los pueblos. Pues como lo reconoce el artículo 8 del Convenio 169 de la OIT, siempre que se quiera aplicar una legislación nacional que afecte a los pueblos indígenas se deben tener en cuenta sus costumbres materializadas, en este caso, en las formas de toma de decisión al interior de sus estructuras organizativas.

Como conclusión, el artículo 44 de la Ley 1551 de 2012 es inconstitucional por

¹² En la demanda se estipula que los pueblos indígenas que han habitado ancestralmente el Amazonas, Guainía y Vaupés son los Andoque, Uitoto, Nonuya, Mauinen, Borea, Miraña, Yuvuna, Matapi, Cubeo, Barazano, Macuna, Tanimuca, Letuama, Bara, Cabiari, Yujup-Makú, Yauna, Okaina, Muruy, Inga, Tuyuca, Piratapuyo, Puinave, Tucano, Desano, Yuruti, Eduría, Itano, Piapoco, Curripaco, Guanano, Carapana y Pisamira.

¹³ Las autoridades indígenas que se encuentran establecidas en el territorio en el que se pretende implementar el artículo 44 de la Ley 1551 de 2012 son, de acuerdo a la presentación realizada por el demandante: AATIS; CRIMA, PANI, AIZA, COINPA, AZACACHT, OIMA, ACIMA, ACIYA, AIPEAM, CIMTAR, ACAIPI, AIRAI, WAYURI y JAJLAMI.

promulgarse¹⁴ violando el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas que habitan en los departamentos del Amazonas, Guanía y Vaupés. En primer lugar por tratarse de un proyecto de ley, éste debió consultarse con las autoridades legítimas de los pueblos indígenas antes de que fuera presentado al Congreso de la República. Como lo prueba el demandante este artículo nunca fue consultado con los pueblos indígenas que ahora se ven afectados de manera directa por la norma.

Por lo anterior el artículo 44 de la Ley 1551 de 2012 afecta en dos sentidos directamente la identidad de los pueblos indígenas. En primer lugar, es una decisión sobre la forma organizativa institucional del territorio que les ha sido titulado y han habitado de manera ancestral. Por último, el artículo afecta el derecho a la autonomía de los pueblos indígenas pues varía la estructura organizativa que los representantes legítimos de los pueblos indígenas habían construido con las autoridades del Estado.

II. Violación al régimen de entidades territoriales

En este apartado apoyaremos los argumentos de los demandantes en relación con la imposibilidad de crear la figura de “territorios especiales biodiversos y fronterizos” porque esto desconoce la jurisprudencia constitucional sobre creación de entidades territoriales. Para ello, expondremos algunos aspectos generales sobre las entidades territoriales, analizaremos si en el caso concreto se crea una entidad territorial; y finalmente revisaremos si el artículo 44 de la ley 1551 de 2012 respeta los parámetros constitucionales.

a. Las entidades territoriales de la Constitución de 1991

La Constitución de 1991 reconoció la descentralización y la autonomía de sus entidades territoriales. Con este cambio en el ordenamiento territorial del país se dispuso que serán entidades territoriales: los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades territoriales indígenas;¹⁵ y por ley podrán ser entidades territoriales las regiones y las provincias. Si bien, el constituyente permitió la creación de provincias, regiones y diferentes categorías de municipios, la unidad básica del ordenamiento son los municipios. A partir de dicha organización, la Constitución determinó funciones de las entidades

14 La violación del derecho a la consulta previa de los pueblos amazónicas, se fundamenta, en el relato de los hechos que presentó el demandante del artículo 44 de la Ley 1551 de 2012. Según él, el proyecto de Ley nunca fue consultado con las autoridades legítimas de los pueblos indígenas amazónicos.

15 El artículo 286 constitucional dice: “Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley”

territoriales en la prestación de servicios públicos y promulgó derechos de participación política, entre otros.¹⁶

En la época, el cambio generó que las antiguas intendencias y comisarías desaparecieran y por mandato del artículo 309 constitucional¹⁷ se convertirían en departamentos. Además, la Constitución fijó en cabeza del Congreso el deber de promulgar la ley orgánica de ordenamiento territorial que regula el funcionamiento de las entidades territoriales. Para no hacer traumático el cambio, algunos artículos transitorios dotaban de facultades extraordinarias al Presidente, o ponían un plazo al Congreso para legislar al respecto.¹⁸ En ese sentido, puede decirse que el Constituyente delegó al Congreso y a la Presidencia para que de forma progresiva regularan el funcionamiento de las entidades territoriales, con el fin de que todo el país estuviera organizado en entidades territoriales.

Por lo tanto, dado que las entidades territoriales fueron expresamente creadas por el constituyente y éste dispuso fórmulas para el adaptamiento progresivo, no es posible crear entidades territoriales distintas, pues es un imperativo constitucional que el territorio tenga dicha organización político-administrativa.

Ahora bien, esta regla ha sido estricta y así lo ha señalado la Corte Constitucional cuando en 2001 con ocasión de una demanda contra la ley que mantenía como divisiones departamentales las zonas de las antiguas comisarías e intendencias que no hacían parte de municipios, dijo que toda porción del territorio del país debe hacer parte de un municipio, pues éste es *“la entidad básica de ordenamiento político administrativo y por ende, salvo que exista excepción constitucional expresa”*.¹⁹

En aquella ocasión la Corte señaló que si bien podían tomarse medidas progresivas para regular las zonas de las antiguas intendencias y comisarías sin convertirlas inmediatamente en municipios, estas medidas debían tener un límite temporal pues la meta fijada por la Constitución era que todo el territorio estuviera constituido como un municipio, en principio. Lo que no sucedía en el caso concreto, pues la división de antigua intendencia tenía vocación de permanencia, con lo cual se creaba o mantenía una nueva entidad territorial diferente a las constitucionales. Por lo tanto, la decisión de la Corte fue declarar la inconstitucionalidad de la ley en el año 2001 pero diferir sus efectos por dos años para

¹⁶ Ver artículo 106 y 67 de la Constitución

¹⁷ El artículo 309 de la Constitución dice: “Erígense en departamento las Intendencias de Arauca, Casanare, Putumayo, el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, y las Comisarías del Amazonas, Guaviare, Guainía, Vaupés y Vichada. Los bienes y derechos que a cualquier título pertenecían a las intendencias y comisarías continuarán siendo de propiedad de los respectivos departamentos”

¹⁸ Artículo 39 transitorio de la Constitución: “Revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, por un término de tres meses, para expedir decretos con fuerza de ley mediante los cuales se asegure la debida organización y el funcionamiento de los nuevos departamentos erigidos como tales en la Constitución.”

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-141 de 2001.

que el Congreso legislara al respecto y no se genera un daño mayor al que generaba la inconstitucionalidad.

En conclusión, por mandato constitucional solo existen cuatro entidades: departamentos, distritos, municipios y entidades territoriales indígenas. Y podrán crearse otros dos tipos de entidades territoriales, las regiones y las provincias. Fuera de esas categorías, la Constitución no permite otro tipo de entidades territoriales. Excepcionalmente, para facilitar la transición constitucional, eran admisibles otras entidades, como las intendencias y comisarías, pero sólo como medida transitoria, pues existe un deber de regulación del Congreso para incorporar todas las antiguas zonas no municipalizadas en las entidades territoriales de la Constitución de 1991.

b. La ley 1551 de 2011 crea una nueva entidad territorial.

La ley 1551 de 2011 “*Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.*” en su artículo 44 crea “territorios especiales biodiversos en zonas no municipalizadas de los antiguos corregimientos departamentales” y señala 21 zonas del país que están ubicadas en los departamentos del Amazonas, Vaupés, Guainía y Nariño. A su vez, determina que estos territorios tendrán una autoridad político administrativa de elección popular y se encargarán de la prestación de diversos servicios. Todo ello, en virtud del artículo 285 de la Constitución Política.

Para empezar vale señalar que el artículo 285 de la Constitución dice:

“Fuera de la división general del territorio, habrá las que determine la ley para el cumplimiento de las funciones y servicios a cargo del Estado”

Lo primero que hay que aclarar es que las divisiones que permite el artículo 285 son diferentes a las divisiones propias de las entidades territoriales, pues en el siguiente artículo de la Constitución, ella dice:

“Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas.”

Por lo tanto, sería contradictorio que pudiesen existir todo tipo de divisiones político administrativas, y al mismo tiempo la Constitución enuncie cuatro entidades territoriales de forma expresa. Estimamos entonces que las divisiones que permite el artículo 285 buscan cumplir funciones que no cumple una entidad territorial y en ese sentido, no puede por vía del artículo 285 crearse una nueva entidad territorial. Así, serán admisibles, las divisiones en virtud del artículo 285 siempre que se hagan sobre entidades territoriales o con fines diferentes a sustituirlas.

Por ejemplo, con base en la potestad del artículo 285 el Congreso ha creado: i) las Regiones de Planeación y Gestión²⁰ que son instancias de asociación de entidades territoriales para promover la *“complementariedad, concurrencia y subsidiariedad en el desarrollo y ejecución de las competencias asignadas a las entidades territoriales por la Constitución y la ley”*; ii) las áreas metropolitanas que están conformadas por dos o más municipios que tienen una relación económica y social muy estrecha y que se integran para prestar de mejor forma algunos servicios públicos;²¹ iii) las zonas de frontera que están conformadas por municipios o corregimientos especiales y áreas metropolitanas; y iv) las zonas especiales de exportación, de régimen aduanero, todas ellas con un fin económico para facilitar actividades económicas de ciertas entidades territoriales, entre otras.²² Igualmente, existe la posibilidad de que la división judicial del país no corresponda a su reparto en entidades territoriales.

Todas las anteriores, son divisiones que en general, están constituídas por municipios o departamentos. Aunque algunas están integradas por corregimientos especiales, integran también otros municipios y no tienen como fin suplir la función de entidad territorial. Es decir, las zonas creadas en virtud del artículo 285 si bien buscan la mejor prestación de servicios del Estado en las áreas en las cuales actúan, no tienen como fin reemplazar las funciones propias de una entidad territorial, sino que unen o especializan los esfuerzos de diversas entidades territoriales. Así pues el artículo 285 no es una forma de reemplazar las divisiones político administrativas del artículo 286 sino que son divisiones especiales con funciones específicas.

Dicho lo anterior, consideramos que esa es la primera razón por la cual los territorios biodiversos creados en la ley 1551 de 2011 son inconstitucionales, pues el legislador se extralimitó en las funciones que le otorga el artículo 285 de la Constitución dado que su objetivo era crear una entidad territorial. Esto se explica por dos razones: una, sobre las funciones que se otorgan a los nuevos territorios; y otra, histórica del régimen de dichas áreas.

Primero, las funciones que se entregan a los nuevos territorios no son específicas como las otras zonas creadas en virtud del 285 constitucional, sino que son generales y propias de una entidad territorial. Así pues, dice la ley que en dichos territorios:

²⁰ El artículo 19 de la ley 1454 de 2011 que dice: “En virtud de lo estipulado en el artículo 285 de la Constitución Política, créanse las Regiones de Planeación y Gestión (RPG). Para los efectos previstos en esta ley, se consideran regiones de Planeación y Gestión las instancias de asociación de entidades territoriales que permitan promover y aplicar de manera armónica y sostenible los principios de complementariedad, concurrencia y subsidiariedad en el desarrollo y ejecución de las competencias asignadas a las entidades territoriales por la Constitución y la ley.”

²¹ Ley 128 de 1994

²² Ley 191 de 1995

“(..) tendrán una **estructura institucional mínima**, cuya autoridad político administrativa será de elección popular, para prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, garantizar los servicios de salud, educación y saneamiento básico, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes.” (Negrilla propia)

De lo anterior se evidencia, que el artículo demandado busca crear una figura similar al municipio, que llama incluso “estructura institucional mínima”, mientras que ese lugar se ha dado al municipio considerado por la jurisprudencia constitucional como la “unidad básica”²³; por lo tanto, lo que hay en el fondo es la creación de una entidad territorial que busca asemejarse a un municipio, sin llegar a serlo. Lo anterior, no es aceptable, pues la idea de que sólo exista una unidad básica de ordenamiento tiene sentido para poder controlar el régimen territorial. Además, el objetivo de la creación es también disperso y muy general: servicios públicos, progreso local, desarrollo, participación comunitaria, todas ellas típicas funciones de un municipio; contrario a las divisiones que se han hecho en virtud del artículo 285 que tienen un objetivo específico. De hecho, la definición de funciones está tomada tal cual de la definición de régimen municipal del artículo 311 de la Constitución Política. El único cambio es que reemplaza la expresión “entidad fundamental de la división político-administrativa” por “estructura institucional mínima”. El artículo 311 constitucional dice:

“Al municipio como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes.”

Además, no existe una relación entre el título del territorio “biodiverso” con las funciones que cumpliría dicho territorio, pues no se trata de un plan especial para proteger la biodiversidad, sino que busca garantizar la prestación de servicios que hace un municipio, tales como salud y educación. Por lo tanto, consideramos que es obvio que se pretende crear un entidad territorial nueva, no prevista en la Constitución, pues ese nuevo esquema institucional desconoce la regulación constitucional del territorio en específicas entidades territoriales.

Segundo, geográficamente algunos de los nuevos territorios biodiversos corresponden con las antiguas intendencias no municipalizadas y que la Corte Constitucional declaró inconstitucionales en el año 2001. En la sentencia C-141 de 2001 la Corte demostró cómo

²³ Corte Constitucional, sentencia C 141 de 2001 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

algunos territorios del Amazonas, Guainía y Vaupés, que antes eran corregimientos, ahora no cumplen con el número mínimo de habitantes para constituirse en municipios. Estas zonas, coinciden en su mayoría con las mismas del artículo 44 de la ley 1551 de 2012.²⁴ Por lo tanto, es una medida cuyo objetivo último es municipalizar dichos territorios.

La conclusión evidente es entonces que se busca crear una entidad territorial similar a los municipios en estas zonas específicas. La pregunta que surge es: ¿Puede crearse una nueva entidad territorial para estas zonas, que sea denominada territorios biodiversos? Nuestra respuesta es no, pues esto es contrario a la Constitución. A continuación la desarrollaremos.

c. La inconstitucionalidad de la creación de territorios biodiversos

Consideramos que la creación de territorios biodiversos que hace la ley es inconstitucional porque está creando una nueva entidad territorial diferente a las que expresamente ordena la Constitución y desconoce la jurisprudencia constitucional al respecto, que en especial se pronunció respecto al mantenimiento de una entidad territorial diferente las constitucionales en los territorios que ahora buscan ser consagrados como territorios biodiversos.

Retomando la sentencia C-141 de 2001 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no puede haber porciones del territorio que no hagan parte de ninguna entidad territorial. En este caso, se adoptaría una división especial para crear una entidad territorial diferente a las permitidas en la Constitución, por lo tanto debe ser declarada inconstitucional.

Ahora bien, la única excepción a la regla anterior consiste en que la adaptación de los antiguos corregimientos e intendencias sea progresiva y para ello se adopten formas de organización territorial que no sean propiamente los municipios, o en este caso, entidades territoriales indígenas. Sin embargo, esta excepción no aplica para el caso del artículo 44 de la ley 1551 de 2012 pues éste tiene carácter de permanencia, no se trata de una medida provisional para la organización del territorio. Todo lo contrario, omite fijar un límite temporal y define a los territorios biodiversos con las mismas características que un municipio. En consecuencia, la conclusión se mantiene: la creación de territorios biodiversos de la ley objeto de revisión, es inconstitucional.

Asimismo, vale aclarar que la sentencia C-141 de 2001 que declaró inconstitucional mantener la figura de corregimientos e intendencias municipales versaba sobre los mismos territorios que hoy pretenden ser declarados biodiversos, por lo tanto, lo que existe de fondo es una omisión de regulación que se extiende por más de veinte años. Cuando la Corte conoció el caso en el año 2001 aceptó que como una medida transitoria se mantuvieran los

²⁴ En la primera ocasión al Corte señaló el ejemplo de: En Amazonas: El encanto, La Chorrera, La Pedrera, Mirití-Paraná, Puerto Santander, Tarapacá. En Guainía: Barranco Minas, San Felipe, Puerto Colombia, La Guadalupe, Cacahual, Pana-pana Morichal. Y en Vaupés: Carurú, Pacoa, Villa Fátima Tarairá Papunaua Acaricuara Yavaraté.

corregimientos e intendencias municipales porque esperaba que la adecuación al nuevo régimen territorial fuera progresiva y con la expedición de la ley orgánica de ordenamiento territorial se lograra la organización del territorio, y así, difirió los efectos de la inconstitucionalidad a dos años después. Pero hoy este caso es diferente por varias razones: primero, como se dijo antes, la figura de territorios biodiversos no es temporal; segundo, no es una medida transitoria pues han pasado más de veinte años de la expedición de la Constitución de 1991; y ya se expidió la ley orgánica de ordenamiento territorial y no se legisló sobre estos territorios.

Lo anterior demuestra que persiste una omisión del legislador en aplicar el régimen de organización territorial en los municipios que fueron declarados como territorios biodiversos. Y que aunque la Corte Constitucional ya dijo que no eran aceptables formas de organización territorial diferentes a las constitucionales de forma permanente, el Congreso ha revivido el Decreto 2274 de 1991 que mantenía las intendencias y corregimientos departamentales, pero ahora bajo la figura de territorios biodiversos.

Adicionalmente, dado que lo que busca el Congreso es crear nuevos municipios, está extralimitándose pues esto compete a las Asambleas Departamentales según el artículo 300 constitucional.²⁵

En conclusión, la creación de territorios biodiversos para municipalizar los antiguos corregimientos e intendencias de la Amazonía, Vaupés, Guainía y Nariño es inconstitucional.

d. La omisión de regular las entidades territoriales indígenas.

Vale decir que para los territorios indígenas, la propuesta que aprobó el constituyente fue la de adoptar entidades territoriales indígenas. Sin embargo, hoy no existe regulación al respecto. La misma Corte Constitucional ha señalado recientemente que existe una omisión absoluta por parte del Congreso porque en la ley 1454 de 2011 no se desarrolla el tema y sólo remite a futuros deberes constitucionales. Dijo entonces la Corte:

“Teniendo en cuenta lo anterior se verifica que en la Ley 1454 de 2011, se omite de **manera absoluta** un desarrollo directo de las regiones como entidades territoriales del artículo 307 de la C.P., así como de las entidades territoriales indígenas previstas en el artículo 329 de la C.P., ya que solo se establecen normas que remiten a una posterior regulación de dichos deberes constitucionales.”²⁶

²⁵ El artículo 300 de la Constitución dice: “Corresponde a las Asambleas Departamentales por medio de ordenanzas: (...) 6. Con sujeción a los requisitos que señale la ley, crear y suprimir municipios, segregar y agregar territorios municipales, y organizar provincias (...)”

²⁶ Corte Constitucional, sentencia C 489 de 2012. M.P. Adriana María Guillén Arango.

Esta situación ha generado que no haya una regulación clara y uniforme para los territorios indígenas y que subsistan en muchas partes del país entidades territoriales que no se ajustan a las constitucionales. Por lo tanto, consideramos que es importante que el Congreso se ocupe de la materia porque la conversión y puesta en marcha de las entidades territoriales indígenas no implica solamente un cambio de denominación, sino que permite la protección de otros derechos de los habitantes tanto de participación política, de desarrollo de su autonomía y gobierno propio, como de prestación de servicios públicos; y asegura además, que el Estado pueda ejercer un mayor y mejor seguimiento a las políticas públicas de diferentes zonas del país.

En el caso concreto, la entidad territorial que debería ser desarrollada es la de entidad territorial indígena, pues es la fórmula constitucional de división político administrativa para los territorios indígenas. Sin embargo, el Congreso ha omitido este deber y continúa proponiendo otro tipo de entidades territoriales contrario a lo dictado por la Constitución y la jurisprudencia constitucional.

Vale decir también que los efectos de la omisión de legislación no es menor, pues dado que dichos territorios no son municipios ni entidades territoriales, no se les hace seguimiento suficiente como se le hace a los municipios. Por ejemplo, las bases de datos de la Dirección Nacional de Planeación siguen tomando a los territorios como corregimientos, por lo tanto hay muchos datos sobre ellos que no existen.

Por todo lo anterior, solicitamos que el artículo 44 de la ley 1551 de 2012 sea declarado inconstitucional.

De los Honorables Magistrados y Magistrada,

Rodrigo Uprimny Yepes
C.C. No. 79.146.539 de Usaquén
Director
Centro de Estudios de Derecho, Justicia y
Sociedad –Dejusticia-

César Rodríguez Garavito
C.C. No 79.555.322 de Bogotá
Miembro Fundador
Centro de Estudios de Derecho, Justicia y
Sociedad –Dejusticia-

Paula Rangel Garzón
C.C. 1.032.401.057 de Bogotá
Investigadora
Centro de Estudios de Derecho, Justicia y
Sociedad –Dejusticia-

Carlos Andrés Baquero Díaz
C.C. 1.020.740.935 de Bogotá
Investigador
Centro de Estudios de Derecho, Justicia y
Sociedad –Dejusticia-