

Bogotá, D.C., 16 de septiembre de 2022

Honorable magistrado

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Corte Constitucional

Ciudad

E.S.D.

REFERENCIA: Intervención ciudadana de investigadores e investigadoras del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad -Dejusticia.

INTERVINIENTES: Diana Esther Guzmán Rodríguez, Paulo Ilich Bacca, Fabián Eduardo Mendoza Pulido y Édgar Valdeleón Pabón.

ASUNTO: Demanda de acción pública de inconstitucionalidad en contra de los artículos 6° y 151 de la Ley 2200 de 2022.

RADICADO: Expediente D-14817

Diana Esther Guzmán Rodríguez, Paulo Ilich Bacca, Fabián Mendoza Pulido y Édgar Valdeleón Pabón, subdirectora e investigadores del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia), mayores de edad e identificados como aparece al pie de nuestras firmas, presentamos la siguiente intervención ciudadana en el expediente de la referencia.

En este escrito apoyamos las solicitudes de los demandantes de declarar la inexecutable de los artículos 6° y 151 de la Ley 2200 de 2022. Como lo demuestran los accionantes, en el trámite legislativo no se realizó la consulta previa con las comunidades indígenas directamente afectadas, lo cual contraría los estándares constitucionales en materia de consulta previa y vulnera los derechos de los pueblos. Ello debido a que las normas demandadas, a pesar de dirigirse de manera general a las áreas no municipalizadas, las mismas coinciden con los territorios de las comunidades étnicamente diferenciadas. Igualmente, apoyamos el exhorto al Congreso de la República para que expida la regulación orgánica prevista en el artículo 329 de la Constitución, que trata sobre la conformación de las entidades territoriales indígenas -ETI-. La ausencia de esta regulación crea una posibilidad para que las autoridades territoriales asuman facultades que afectan la conformación y gobierno de las comunidades étnicamente diferenciadas.

Para argumentar la inconstitucionalidad, el presente documento se dividirá en tres secciones. La primera expone las reglas constitucionales y jurisprudenciales sobre la procedencia de la consulta previa en medidas legislativas. La segunda parte desarrolla el derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas, la autonomía territorial indígena y el funcionamiento reglamentario de las áreas no municipalizadas. Finalmente, argumentamos que las normas demandadas deben ser declaradas inexecutable porque afectan directamente a las comunidades étnicamente diferenciadas y, por tanto, la omisión de consulta previa dentro del trámite legislativo genera la inconstitucionalidad de la norma. Además, dichas normas desconocen las garantías básicas constitucionales del autogobierno de los pueblos y comunidades indígenas, pues otorgan la categoría de municipio a áreas que, de acuerdo con la Constitución, son consideradas territorios indígenas.

1. CONTEXTO DE LA DEMANDA

Los ciudadanos Julio César López Jamioy y Gabriel Vanegas Torres promovieron acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 6° y 151 de la Ley 2200 de 2022. Los demandantes alegan que las normas son inconstitucionales, debido a que: (i) no se realizó consulta previa dentro del trámite legislativo (art. 40 C.P.); (ii) las normas proponían un retroceso a la descentralización del poder público (art. 1° C.P.); (iii) las normas contrarían los principios de autonomía de gobierno indígena y las reglas de constitución de las entidades territoriales indígenas (art. 7° C.P.); (iv) las disposiciones demandadas imponen formas de gobierno y administración ajenas a los valores e identidad cultural de los pueblos indígenas (art. 330 C.P.); y, (v) las normas establecieron regulaciones inconsultas respecto a las denominadas “áreas no municipalizadas”, las cuales están conformadas mayoritariamente por comunidades étnicamente diferenciadas desde el punto de vista poblacional y, a su vez, se traslapan con territorios indígenas (art. 6, Convenio 169 OIT).

2. LA CONSULTA PREVIA EN MEDIDAS LEGISLATIVAS

La Corte Constitucional ha sostenido que la expresión “medidas legislativas” comprende además de las leyes en sentido formal, los actos reformativos de la Carta¹ y los decretos

¹ Corte Constitucional. Sentencia C-290 del 2017. La Corte decidió una acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 6° del Acto Legislativo 02 del 2015, el cual atribuía una representación en el Congreso de la República a los habitantes de la isla de San Andrés y Providencia. Entre otros cargos de inconstitucionalidad, se alegaba la omisión de la Consulta Previa. De acuerdo con la sentencia, aun cuando se

trate de actos legislativos -incluso de tratados internacionales- es procedente la Consulta Previa a partir del concepto amplio de “medidas legislativas” que establece el Convenio 169 de la OIT.

con fuerza de ley². Según la Corte, la expresión “medidas legislativas” no puede entenderse que concierne exclusivamente a las leyes en sentido formal. Al hacer exégesis de dicha expresión para determinar el alcance del derecho a la consulta previa, es necesario escoger la interpretación que permita hacer realidad el deber estatal del reconocimiento, garantía y promoción de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, así como lograr la efectividad del derecho a la consulta³.

Sobre la afectación directa de las medidas legislativas a los pueblos indígenas y a sus comunidades, la Corte ha desarrollado una línea jurisprudencial uniforme sobre su comprobación. En ella, ha sostenido dos reglas⁴. La primera, sostiene que no toda medida legislativa que afecte a los pueblos indígenas está sujeta a la Consulta Previa. Esta regla se refiere a las medidas relativas a asuntos que les conciernen a las comunidades indígenas, pero que no las afectan directamente⁵. Debido a que las medidas tienen incidencia equivalente en toda la población, se activa el deber establecido en el artículo 6° num.1 literal b del Convenio 169 de la OIT, el cual consiste en garantizar la existencia de instituciones y medios de participación suficientes⁶.

La segunda regla consiste en la identificación plena del concepto de afectación directa de la medida legislativa⁷. En ella, la Corte Constitucional inicialmente sostuvo que existe afectación directa cuando la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios. Esto significa que, para efectos de la consulta previa, es indiferente el efecto positivo o negativo de la medida legislativa propuesta⁸. Posteriormente, la Corte determinó⁹ que la afectación directa se presenta cuando una norma tiene como objeto principal la regulación de aspectos que conciernen a una o varias comunidades indígenas; o cuando la regulación planteada tiene mayores efectos en las comunidades indígenas que aquellos que tiene en el resto de la población.

² La sentencia C-702 del 2010 sostuvo que “Ahora bien, desde la perspectiva del derecho interno, cabe preguntarse si la expresión ‘medidas legislativas’ hace referencia en primer lugar a las leyes en sentido formal, pero también puede considerarse inclusiva de otras disposiciones normativas de carácter general, impersonal y abstracto, no expedidas por el Congreso de la República en el ejercicio de su función propiamente legislativa, como por ejemplo los decretos leyes o actos legislativos”.

³ Corte Constitucional. Sentencia C-882 del 2011 y C-290 del 2017.

⁴ Corte Constitucional. Sentencias C-030 del 2008, C-175 del 2009, C-063 del 2010, C-366 de 2011 y C-068 del 2013.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-290 del 2017.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-290 del 2017. La Corte Constitucional ha sostenido que aquellas medidas legislativas de carácter general, que afecten de forma igualmente uniforme a todos los ciudadanos, entre ellos los miembros de las comunidades tradicionales, no están prima facie sujetas al deber de consulta, excepto cuando esa normatividad general tenga previsiones expresas, comprendidas en el ámbito del convenio 169 de la OIT, que sí interfieran esos intereses. Véase: Corte Constitucional. C-175 del 2009.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-030 del 2008, C-253 del 2013 y C-371 del 2014.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-030 del 2008, C-068 del 2013.

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-175 del 2009.

Estos criterios han sido decantados por la jurisprudencia de la Corte¹⁰. En ese sentido, existe una afectación directa cuando a) la medida regula un asunto que, por expresa disposición constitucional debe estar sometido a participación directa de las comunidades étnicas¹¹; b) cuando la medida se encuentra estrechamente vinculada con el ethos o la identidad étnica de las comunidades indígenas¹²; c) cuando el objeto principal de la regulación son una o varias comunidades o pueblos indígenas o el desarrollo concreto de un derecho previsto en el Convenio 169 de la OIT¹³; y d) cuando a pesar de tratarse de una medida general, ésta tiene mayores efectos en las comunidades indígenas que en el resto de la población, o regula sistemáticamente materias que conforman la identidad de dichas comunidades, por lo que puede generarse bien una afectación posible¹⁴, un déficit de protección de sus derechos o una omisión legislativa relativa que las discrimine¹⁵. En todo caso, también puede colegirse de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que el concepto de afectación directa no se rige por una lista taxativa de medidas y, que en tal sentido, su alcance debe ser analizado en el caso concreto¹⁶.

Finalmente, la jurisprudencia constitucional ha precisado que aun cuando no existe el criterio de afectación directa en las medidas legislativas, de acuerdo con el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, el Estado debe garantizar que las oportunidades de participación sean al menos equivalentes a las que están al alcance de otros sectores de la sociedad¹⁷.

3. SOBRE LA AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS Y LA AUTONOMÍA TERRITORIAL INDÍGENA

a. La autodeterminación de los pueblos indígenas

Históricamente, las comunidades étnicamente diferenciadas han exigido la autonomía territorial. Esta autonomía ha sido entendida como el derecho humano fundamental sobre el cual descansa el conjunto de garantías jurídicas de las cuales son titulares.¹⁸ Según la jurisprudencia constitucional, la autodeterminación es un principio fundamental para la preservación de los pueblos étnicos.¹⁹ Por ello, el Estado está obligado a adoptar las

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-646 del 2014. ¹¹ Corte Constitucional. Sentencia T-646 del 2014. ¹² Corte Constitucional. Sentencia T-646 del 2014. ¹³ Corte Constitucional. Sentencia T-646 del 2014. ¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-646 del 2014.

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-196 del 2012, C-063 del 2010, C-418 del 2002, C-620 del 2003, entre otras.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU-123 de 2018.

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-030 del 2008.

¹⁸ Free, prior and informed consent: Annual study of the EMRIP on the Rights of indigenous peoples

(A/HRC/39/62).

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-047 de 2022.

medidas necesarias y efectivas para que las comunidades étnicamente diferenciadas asuman y mantengan sus instituciones y, a su vez, fortalezcan su identidad.²⁰

Esta garantía conlleva la facultad que tienen las comunidades para adoptar sus propias decisiones sin la interferencia de terceros.²¹ Por ejemplo, en materia de configuración de municipalidades en territorios indígenas por decisiones de las autoridades administrativas del Estado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que este poder impide la aplicación de normas convencionales y constitucionales sobre la protección de los territorios indígenas. Ello debido a que erosiona su soberanía y conlleva fricciones entre las autoridades de la población étnica.²²

Adicionalmente, la doctrina ha señalado que la naturaleza constitucional del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas : (a) integra un orden jurídico positivo que debe ser respetado por los poderes públicos, incluido el poder legislativo;²³ (b) es un programa normativo para el futuro²⁴, que conlleva la elaboración e implementación de técnicas idóneas que aseguren el máximo grado de efectividad; y, (c) su protección se extiende en diferentes direcciones: hacia la garantía de derechos individuales y sociales, como limitación a los poderes públicos y privados, y tanto a nivel estatal como a nivel internacional.²⁵

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-047 de 2022.

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-047 de 2022.

²² Comisión IDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil. Capítulo VI. Los derechos humanos de los pueblos indígenas en Brasil. Disponible en: http://www.cidh.org/countryrep/brasesp97/capitulo_6%20.htm. Al respecto, la CIDH expuso lo siguiente: “un nuevo problema que se superpone a la falta de demarcación y las invasiones de tierras indígenas es el de la creación de la sede de las municipalidades total o parcialmente al interior de las tierras reclamadas y/o demarcadas como áreas indígenas. De esta manera se establece una nueva jurisdicción que no sólo erode la limitada soberanía indígena reconocida por la Constitución, sino que además establece una fuente de fricción entre las autoridades indígenas y las municipalidades, ya que estas últimas dependen del sistema político estatal. (...) Dicha creación de municipalidades actúa de hecho como un instrumento de división de los pueblos indígenas locales, ya que a través de ella se atrae o soborna a algún líder local para participar en el gobierno municipal, desconociendo la estructura de municipalidad y sus relaciones de poder tienden a favorecer el afincamiento de esas áreas indígenas de personas no-indígenas, y de autoridades y servicios públicos que compiten con los provistos o consentidos por las autoridades indígenas.”

²³ Ferrajoli, Luigi. 2006. Sobre los derechos fundamentales. Cuestiones Constitucionales. Pág. 113-136. Tomado de:

<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5772/7599>.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Para Luigi Ferrajoli, que un derecho sea fundamental implica que está fundado en criterios axiológicos, como las condiciones vitales mínimas para la paz (el derecho a la vida y a la integridad personal, los derechos civiles y políticos, los derechos de libertad y los derechos sociales); la igualdad, tanto en el plano individual como en el plano social; y en la *ley del más débil*, conforme con la cual el derecho a la vida se impone contra

la ley de quien es más fuerte físicamente, el derecho a la libertad contra el arbitrio de quien es más fuerte políticamente, y los derechos sociales contra la ley de quien es fuerte social y económicamente.

Asimismo, desde la filosofía política se ha ofrecido tres argumentos teóricos por los cuales, específicamente, los pueblos indígenas deben ser titulares del derecho a la libre determinación.²⁶

En primer lugar, debido a su diferencia cultural y el principio liberal de igualdad. Así, el reconocimiento de la autodeterminación de los pueblos indígenas es una medida de protección frente a las vulnerabilidades asociadas a ser un miembro de un grupo minoritario y un deber propio de los regímenes democráticos liberales. En segundo lugar, a la historia de la desposesión y los reclamos de justicia reparadora por parte de los pueblos indígenas. Este argumento aplica cuando hay un grupo que está en desventaja en comparación con otros grupos sociales y hay una historia objetiva de discriminación y opresión que está conectada a las condiciones de desventajas actuales. Finalmente, el tercer argumento tiene que ver con el establecimiento de una autoridad jurisdiccional. Según este, la autodeterminación le permitirá a los pueblos indígenas, colonizados y desposeídos de su territorio a lo largo de la historia, tomar decisiones en función de sus propios intereses, sobre la base de un diálogo que obedezca a su constitución grupal y contra el supuesto de que el Estado tiene derecho a tomar decisiones sobre su forma de vida.

En todo caso, desde esta perspectiva, el derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas está fuertemente ligado al derecho sobre el territorio y la idea de jurisdicción, que envuelve la aspiración colectiva de crear y mantener instituciones que gobiernen las personas que allí se encuentran.²⁷

A nivel normativo, el derecho a la autodeterminación de los pueblos ha sido reconocido en diversos instrumentos internacionales, en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional.

Respecto al nivel internacional, la ONU reconoció este derecho en la Declaración sobre la concesión de independencia a los países y pueblos coloniales de 1960 (Resolución 1514), y en la Declaración relativa a los principios de derechos internacionales referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas de 1970 (Resolución 2625).

Posteriormente, tanto el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) establecieron en su artículo primero el derecho a la libre determinación de todos los pueblos, en virtud del cual estos: 1) establecen libremente su condición política y su

²⁶ Moore, M. (2013). The Right of Indigenous Peoples to Collective Self-determination. Disponible en: <https://ecpr.eu/Filestore/paperprosal/c6f67565-8402-444f-8e34-b76c31b1c3b2.pdf>.

²⁷ Moore, M. (2018). A political theory of Territory: an overview. *Critical Review of international social and political Philosophy*, 21:6, 770-773, DOI: 10.1080/13698230.2018.1430094

desarrollo económico, social y cultural; 2) pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales; 3) no se les puede privar de sus propios medios de subsistencia; y 4) se promueve su ejercicio, incluso en el caso de los Estados que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso.²⁸

Finalmente, la Declaración y Programa de Acción de Viena reconoció el derecho de los pueblos a adoptar cualquier medida legítima, a la luz de la Carta de las Naciones Unidas, dirigida a realizar el derecho inalienable a la libre determinación, así como que su denegación constituye una violación a los derechos humanos, y subrayó la importancia de su realización efectiva.²⁹

De manera concreta, frente a los pueblos indígenas, el derecho a la libre determinación está contenido de manera integral en el Convenio 169 de la OIT³⁰ y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.³¹ Estos instrumentos internacionales, tanto en lo relativo a la consulta previa, participación, el control de los recursos, la responsabilidad, la cooperación, entre otros asuntos, incorporan el derecho fundamental de los pueblos indígenas a determinar sus formas propias de desarrollo, bienestar y futuro conforme con sus modos de vida y culturas.

Paralelamente, las Directrices sobre las cuestiones relativas a los pueblos indígenas del Grupo de Naciones Unidas para el Desarrollo señalan que el derecho a la autodeterminación implica: autonomía en sus asuntos internos; respeto por el principio de consentimiento previo, libre e informado; participación plena y efectiva en los asuntos que les afecten directa o indirectamente; reconocimiento formal de sus instituciones y modos de organización sociopolíticas; y el mencionado derecho a perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural.

En el marco jurídico nacional, ya en diversas ocasiones la Corte Constitucional, ha desarrollado el principio y derecho fundamental de los pueblos indígenas a la libre determinación, con base en la Constitución y los instrumentos internacionales.³²

En la sentencia T-693 de 2011, señaló que este derecho tiene fundamento en los artículos 1, 7, 70, 171, 176, 246, 286, 329 y 330 constitucionales, los principios de diversidad étnica y cultural, pluralidad e igualdad y el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. A su vez, la Corte ha descrito los ámbitos de protección que este derecho comprende. En la sentencia T-973 de

²⁸ Organización de las Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 1. y Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Artículo 1.

²⁹ Declaración y Programa de Acción de Viena. Sección I, numeral 2.

³⁰ Organización Internacional del Trabajo. Convenio 169. Artículo 3.

³¹ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Artículo 3.

³² Corte Constitucional. Sentencia T-849 de 2014.

2009 señaló tres: i) el derecho general a participar en la toma de cualquier decisión que pueda afectarles; ii) el derecho a participar en la toma de decisiones políticas; y iii) el derecho al autogobierno de los pueblos indígenas. En la sentencia C-882 de 2011, la Corte expuso, además, que el derecho a la libre autodeterminación parte del reconocimiento de la pluralidad étnica y cultural de la Nación y potencia la faceta participativa de los pueblos étnicos (derecho a participar en los asuntos que los afecten y en las tomas de decisiones políticas) como su derecho a optar, desde su visión del mundo, por el modelo de desarrollo que mejor se adecúe a sus aspiraciones colectivas. Todo esto con la finalidad de asegurar su pervivencia cultural.

Bajo el anterior marco, la autonomía territorial resulta trascendental, pues, allí se sostiene la aspiración colectiva de los pueblos étnicos de desarrollar sus propias instituciones, administrar recursos y riquezas, contar con medios de subsistencia y darse su propio ordenamiento. En este sentido, se trata de ejercer una verdadera jurisdicción.

Este asunto se ha analizado por la doctrina autorizada en derechos indígenas que, en la última década, ha reevaluado las perspectivas del derecho internacional público que sitúa a la jurisdicción como mero apéndice de la soberanía. Así, si bien el control soberano es una condición previa para la creación de los Estados-Nación, la jurisdicción se encarga de impulsar los procedimientos para determinar la legitimidad del ejercicio de la autoridad en la vida cotidiana de los territorios indígenas.³³

b. El derecho a la autonomía territorial y a la conformación de las entidades territoriales indígenas

La Corte Constitucional ha reconocido que el derecho a la autonomía territorial es la condición para la realización del derecho a la libre determinación.³⁴ Por ello, y en concordancia con la descentralización del territorio, la Constitución (art. 329) creó las Entidades Territoriales Indígenas -ETI-. Esta figura tiene la finalidad de garantizar la administración de los territorios indígenas legalmente constituidos o ancestralmente ocupados por parte de las autoridades tradicionales. En consecuencia, se encuentran fundamentadas, por una parte, en los mandatos del Estado Social de Derecho y, por la otra, en la garantía del principio de diversidad étnica y cultural de la nación.

Las ETI, así previstas, son figuras territoriales dentro del modelo político y administrativo del Estado (art. 286). Ello implica que gozan de autonomía para la gestión de sus intereses dentro de los límites establecidos por la Constitución y la ley y, a su vez, cuentan con los siguientes derechos: (i) gobernarse por sus propias autoridades; (ii) ejercer las competencias que les correspondan; (iii) administrar los recursos y establecer los tributos

³³ Mariana Valverde, *Chronotopes of Law: jurisdiction, Scale and Governance*. (Routledge, 2015).

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-693 de 2011.

necesarios para el cumplimiento de sus funciones; o, (iv) participar en las rentas nacionales.

Asimismo, estas figuras tienen a su cargo funciones y servicios estatales y, a su vez, tienen la condición de personas jurídicas de derecho público, por tanto, sus funcionarios y empleados son servidores públicos.³⁵ En este sentido, las ETI responden a las finalidades de la Constitución de descentralizar los poderes estatales.³⁶

Al respecto, es necesario diferenciar entre los resguardos y las ETI.³⁷ Los primeros son propiedades colectivas de las comunidades indígenas que, conforme con los artículos 63 y 329 de la Constitución, tienen el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables. Por su parte, las ETI son figuras político administrativas propias de la estructura territorial descentralizada del Estado Colombiano. Estas tienen, a su vez, funciones y servicios estatales, que son ejecutadas en nombre propio y bajo su propia responsabilidad, y ostentan la condición de personas jurídicas de derecho público, siendo sus funcionarios y empleados servidores públicos.

En consecuencia, a pesar de que los territorios indígenas aún no han sido constituidos en ETIs por la ausencia de la ley orgánica que establece el artículo 329 de la Constitución, la Corte Constitucional ha subrayado el valor supralegal y retirado del ordenamiento jurídico normas que están en contravía de su reconocimiento.

Por ejemplo, la sentencia C-795 de 2000 declaró la inexecutable del artículo 7 de la Ley 388 de 1997 por desconocer las garantías constitucionales a la autonomía territorial de los pueblos indígenas y, en particular, la reserva de ley orgánica en materia de ordenamiento territorial. Igualmente, en la sentencia T-236 de 2012, la Corte expuso el derecho de los pueblos indígenas a autogobernarse, impartir justicia, administrar sus propios intereses y regular aquellas actividades que están dentro de las márgenes de su territorio. Especialmente, la Corte destacó el vínculo entre la soberanía territorial, autogobierno y libre determinación.³⁸

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-921 de 2007.

³⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-001 de 2019. La Corte Constitucional ha señalado que: “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.”

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-047 de 2022.

³⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-236 de 2012. Al respecto, la Corte expuso: “(i) El sentido del reconocimiento de jurisdicción, como capacidad de Autogobierno a los pueblos indígenas (territorio, normas y autoridades propias), implica siempre la convivencia de esta capacidad junto con las normas y autoridades nacionales; por lo cual no es razón suficiente para negar dicho reconocimiento, la existencia -precisamente- de normas y autoridades nacionales que regulen el caso frente a la cual se pretende reconocer competencia a la jurisdicción indígena. (ii) La competencia institucional y normativa en materia ambiental, aunque

insuficientemente regulada respecto de la convivencia de las jurisdicciones nacional e indígena, señala que los

Al mismo tiempo, la Corte ha reconocido que la mayoría de los pueblos indígenas tienen relaciones ancestrales con sus territorios y que esa continuidad histórica los hace titulares de derechos territoriales y de propiedad colectiva. En tal sentido, en la sentencia T-617 de 2010, la Corte Constitucional reconoció la originalidad constituyente de los pueblos indígenas anotando que “*es imposible limitar la propiedad colectiva de una comunidad indígena sin tener en cuenta sus usos y costumbres respecto al territorio ancestral, razón por la cual una entidad no puede establecer un límite a un territorio que ha sido constituido como tal, desde antes de la propia existencia del Estado*”.³⁹

Igualmente, en términos jurisdiccionales, en la sentencia T-002 de 2012, la Corte estableció como principio general de interpretación del alcance de la jurisdicción especial el de “*maximización de la autonomía de las comunidades indígenas*.” Este criterio se entiende como el mayor despliegue posible de la autonomía comunitaria (*principio pro libertate*), al igual que a la maximización de su radio de acción considerando los límites trazados por la Constitución (*principio pro communitas*).

En términos territoriales, estos principios se han traducido en tres interpretaciones constitucionales⁴⁰: **(i)** la noción de territorio no se agota en la acepción geográfica del término, pues debe cobijar también el ámbito donde la comunidad indígena despliega su cultura;⁴¹ **(ii)** el territorio abarca incluso el aspecto cultural, lo que le da un efecto expansivo al término;⁴² y, **(iii)** el espacio vital de las comunidades no coincide necesariamente con los límites geográficos de su territorio, por lo cual un hecho ocurrido por fuera de esos límites puede ser remitido a las autoridades indígenas por razones culturales.⁴³

Aunque la Corte ha resaltado el robusto catálogo de garantías constitucionales que respaldan los territorios indígenas, la ausencia de una norma de ordenamiento territorial que ponga en funcionamiento las ETIs ha puesto en entredicho la efectividad de tal derecho. Ante este vacío, las normas aquí demandadas juegan un rol importante, ya que profundizan el nivel de desprotección de los derechos constitucionales de las comunidades indígenas.

pueblos indígenas forman parte de las autoridades a cuyo cargo está la vigilancia y control relativo a recursos naturales y aprovechamiento de los mismos. Y (iii) aquello que subyace al reconocimiento constitucional de la capacidad de Autogobierno de los pueblos indígenas, es la pertenencia de un territorio para ejercer en él sus propias normas y desarrollar su cultura y sus costumbres. Si no fuera así, el otorgamiento del territorio sería un valor y una cláusula constitucional inocua.”

³⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-617 de 2010.

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencias T-849 de 2014, SU-123 de 2018, entre otras.

⁴¹ Corte Constitucional. Sentencia SU-123 de 2018.

⁴² Corte Constitucional. Sentencia SU-123 de 2018.

⁴³ Corte Constitucional. Sentencia SU-123 de 2018.

c. El funcionamiento de las áreas no municipalizadas.
El contenido del Decreto 632 de 2018

Debido a la inexistencia de una ley orgánica que desarrolle las ETI, el Congreso de la República autorizó al Gobierno Nacional para que expidiera decretos que le permitieran regular la materia, dentro de los cuales se encuentra el Decreto 632 de 2018. Este decreto ha sido reconocido como un avance importante para el funcionamiento de las ETI como entidades político administrativas en condiciones de igualdad con los municipios y los departamentos.⁴⁴

Concretamente, el decreto establece la necesidad de desarrollar un régimen específico para los departamentos de Amazonas, Guainía y Vaupés, debido a las particularidades de estas áreas, por su dispersión geográfica, la alta diversidad y los valores ambientales de sus territorios.⁴⁵

En la sentencia T-072 de 2021, la Corte Constitucional sostuvo que el decreto mencionado llenó un vacío legal de aproximadamente 27 años respecto a los pueblos de la Amazonía que, *“a pesar de estar gobernada, conservada y manejada por los pueblos indígenas, sus formas de gobierno, sus sistemas de educación, salud y manejo territorial y ambiental no estaban reconocidas formalmente por el Estado. De ahí que el Decreto 632 marcara ‘un hito para los pueblos indígenas amazónicos y su lucha por el reconocimiento de sus Territorios ancestrales’*.”⁴⁶

De acuerdo con este decreto, los territorios indígenas ubicados en las **áreas no municipalizadas** de los referidos departamentos serán organizaciones político-administrativas de carácter especial. Asimismo, serán gobernados a través de los Consejos Indígenas, los cuales son considerados como la forma de gobierno indígena, conformados y reglamentados de acuerdo con sus usos y costumbres, de acuerdo con el artículo 330 de la Constitución (artículo 6° Decreto 632 de 2018).

Igualmente, el funcionamiento de los territorios indígenas en estas áreas se lleva a cabo en tres etapas. La primera es la conformación del órgano de gobierno propio de los territorios indígenas. La segunda se relaciona con la delimitación territorial; en esta etapa, se busca determinar los territorios que no se encuentren dentro de la jurisdicción de un determinado municipio y, a su vez, que se encuentren dentro del área geográfica y de influencia del resguardo; esto se realiza a través del acuerdo intercultural entre el Consejo

⁴⁴ Organización Nacional de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana (OPIAC) con el apoyo de la Agencia Noruega para Cooperación al Desarrollo (NORAD) y la Iniciativa Internacional de Clima y Bosques de Noruega (NICFI). Territorios indígenas amazónicos: contribución al cumplimiento de los compromisos internacionales en materia de cambio climático, p. 23.

⁴⁵ Decreto 632 de 2018. Consideración 3.

⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-072 de 2021.

Indígena y el Ministerio del Interior, el IGAC y el DANE. Finalmente, la tercera etapa se trata estrictamente en la administración de las fuentes de financiamiento.

En este sentido, el decreto mencionado atendió a la necesidad de desarrollar un régimen específico para los departamentos del Amazonas, Guainía y Vaupés. Para esto, tuvo en cuenta las particularidades de su dispersión geográfica, alta diversidad cultural y los valores ambientales. Igualmente, buscó crear un mecanismo para el manejo de los recursos fiscales de los territorios indígenas en las áreas no municipalizadas que respondiera a sus propios sistemas de gobierno y funciones político administrativas, así como a la protección del derecho a la autonomía de los pueblos y las comunidades.

De conformidad con la información del Ministerio del Interior, hasta el momento se encuentran reconocidos y registrados 14 gobiernos territoriales indígenas, después de la expedición del Decreto 632 de 2018.⁴⁷

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

La Corte Constitucional ha definido el principio de progresividad y la prohibición de no regresividad como una faceta complementaria a la exigibilidad judicial de un derecho social. Dicha figura consiste en *“la posibilidad de conformar contenidos o estándares mínimos constituidos por prestaciones concretas, cuya garantía se pueda posicionar de manera general como un punto sobre el cual avanzar, y de no retorno en cuanto al carácter incuestionable de su satisfacción.”*⁴⁸ Si bien este principio constitucional se ha estudiado en escenarios constitucionales de derechos pensionales y de seguridad social, es de resaltar que su rango de acción es más amplio y abarca el conjunto de los DESC. Esto se hace patente en los diferentes tratados internacionales y en la jurisprudencia constitucional.

En cuanto a los tratados internacionales, el artículo 2 del PIDESC establece que “los Estados Parte deben emplear el máximo de recursos para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los aquí reconocidos”. Asimismo, el artículo 11.1 del PIDESC señala que *“Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuadas, y a una mejora continua en las condiciones de existencia.”*

⁴⁷ Actualmente existen reconocidos 14 gobiernos conformados y registrados de conformidad con lo establecido

en el Decreto 632 de 2018.

⁴⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2011.

En el Sistema Regional de Derechos Humanos, el principio de progresividad y prohibición de regresividad se encuentra en el artículo 26 de la CADH y en el artículo 4° del Protocolo de San Salvador. El primer instrumento señala que los Estados Parte del tratado se comprometen a avanzar progresivamente en las garantías de los derechos allí contenidos. Por su parte, en el Protocolo de San Salvador se establece, con respecto a la prohibición de regresividad de los derechos, que: *“No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, so pretexto de que el Presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado.”*

En la jurisprudencia constitucional son varias las sentencias donde se evidencia la recepción de este principio. En la sentencia SU-225 de 1997, la Corte Constitucional señaló que la progresividad de los derechos sociales implica el reconocimiento de prestaciones mayores y superiores de cada uno de dichos derechos y, por otro lado, que la no regresividad implica que, luego de alcanzado un determinado nivel de protección, no se puede retroceder frente al nivel de protección conseguido. Por su parte, en la sentencia C-038 de 2004, la Corte Constitucional consideró que una vez alcanzado un nivel determinado de protección, existe, en principio, una presunción de inconstitucionalidad de todo retroceso y la necesidad de realizar un juicio de constitucionalidad más severo en la situación que se expiden normas regresivas en cuanto la protección de estos derechos.⁴⁹

En la sentencia C-046 de 2018, la Corte Constitucional realizó una serie de aclaraciones que constituyen doctrina vigente con respecto al principio de progresividad y prohibición de no regresividad. Por un lado, señaló que la progresividad es un principio en tanto que la no regresividad es una regla que se deriva de él, por lo cual son categorías jurídicas diferenciables. Justamente, la relación que existe entre ambas es la de género y especie, siendo la no regresividad manifestación del principio. Además, expuso que la regla de no regresividad implica una obligación al Estado, que se desprende del principio de *interdicción de la arbitrariedad*.⁵⁰ En cambio, el principio de progresividad supone la obligación de hacer con el objetivo de garantizar, gradual y sucesivamente, la plena efectividad de los derechos, teniendo en cuenta las capacidades económicas e institucionales del Estado.

⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 2004. Al respecto, la Corte expuso lo siguiente: *“El mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad. Como los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta sino que debe ser entendida como una prohibición prima facie. Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social.”*

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-046 de 2018.

La Corte estableció en dicha oportunidad que existen, además, una serie de reglas generales con respecto al principio de progresividad, las cuales son:

“(i) las medidas que constituyan un retroceso en la protección de derechos sociales, económicos y culturales son prima facie inconstitucionales; (ii) la libre configuración del Legislador se reduce en materia de estos derechos, en tanto que cuando éste adopte una medida que produzca una disminución en el nivel de protección alcanzado, tiene el deber de justificación conforme al principio de proporcionalidad, aun cuando exista un amplio margen de configuración; (iii) la prohibición de regresividad también es aplicable a la Administración; (iv) en virtud de este principio no es posible avalar la inactividad del Estado en su tarea de implementar acciones para lograr la protección integral de los derechos; y (v) en relación con las facetas prestacionales de los derechos que no son exigibles de forma inmediata, es posible solicitar judicialmente (1) la existencia de una política pública, (2) orientada a garantizar el goce efectivo del derecho y (3) que contemple mecanismos de participación de los interesados.”⁵¹

En este sentido, el principio de progresividad y la regla de no regresividad se entiende como una herramienta conceptual y un mandato normativo que se aplica siempre que se deba analizar la validez de las medidas destinadas a aumentar el goce de los derechos constitucionales, así como aquellas que eventualmente constituyan un retroceso en esa misión. La aplicación de este juicio, que equivale a un test de proporcionalidad, se graduará, además, a partir de la complejidad de cada caso, siendo el juicio estricto cuando se vean involucrados sujetos de especial protección constitucional.⁵²

4. LAS NORMAS DEMANDADAS SON INCONSTITUCIONALES POR DESCONOCER EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES, VULNERAR EL PRINCIPIO DE AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS E INFRINGIR LA GARANTÍA DE AUTONOMÍA TERRITORIAL INDÍGENA

- a. Las normas demandadas afectan directamente a las comunidades étnicamente diferenciadas y, por tanto, se desconocieron el derecho a la consulta previa en materia legislativa

Las normas demandadas generan una afectación directa a las comunidades étnicamente diferenciadas que habitan en los departamentos del Vichada, Vaupés y Amazonas por dos razones.

⁵¹ Corte Constitucional. Sentencia C-046 de 2018.

⁵² Corte Constitucional. Sentencia C-046 de 2018.

La primera consiste en que dichas normas, a pesar de tener una vocación de generalidad, que hace referencia a la posibilidad de convertir en municipios las áreas no municipalizadas, su ámbito de aplicación necesariamente está vinculado a las áreas no municipalizadas de los Departamentos mencionados que están habitadas por comunidades indígenas y, por tanto, genera una afectación directa.

Las normas demandadas generan un impacto a las comunidades étnicamente diferenciadas que habitan en los departamentos del Guainía, Vaupés y Amazonas, pues son los territorios donde se encuentran las áreas no municipalizadas, y tienen la finalidad de definir reglas sobre la conversión -de las áreas no municipalizadas- en la figura del municipio como entidad territorial. De manera que, a pesar de la pretendida generalidad de la norma, la misma tiene un impacto específico en las comunidades étnicamente diferenciadas.

La segunda razón radica en que específicamente el artículo 151 de la Ley 2200 de 2022 establece un término para realizar los procesos de consulta previa en el marco de la municipalización de estas áreas. Sobre este particular, la jurisprudencia constitucional indica, por una parte, que las reglamentaciones que tengan la finalidad de desarrollar contenidos propios del Convenio 169 de la OIT deben ser consultados a las comunidades étnicamente diferenciadas, pues contienen asuntos que afectan directamente los derechos de las comunidades indígenas. Por otra parte, ha expuesto que, en todo caso, es inconstitucional imponer un término perentorio para la realización de estas consultas con las comunidades, pues ello conlleva imponerles criterios que les son ajenos a sus procesos culturales.

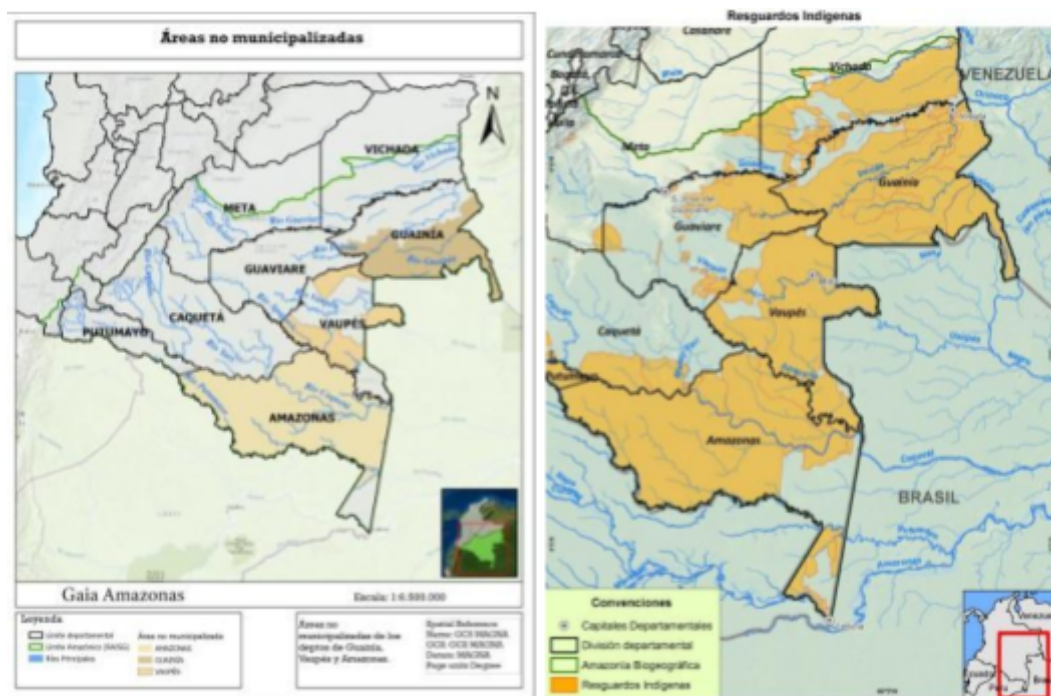
De manera que el artículo 151 de la Ley 2200 de 2022 vulnera el derecho a la consulta previa de dos maneras. De una parte, reglamenta un asunto propio del derecho fundamental que tiene reserva de Ley Estatutaria (artículo 152-a, C.P.) al imponer un plazo de 6 meses para realizar los procesos consultivos; por tanto, debió haber sido tramitado bajo las reglas propias de una legislación estatutaria (artículo 153, C.P.). Y, de otra parte, al desarrollar de manera particular un derecho de las comunidades indígenas debió ser consultado en el trámite legislativo.⁵³

⁵³ Al respecto, la noción de temporalidad de los procesos consultivos ha sido contemplada por la Corte Constitucional. Al respecto, en la sentencia T-129 de 2011, la Corte expuso lo siguiente: “*De otra parte, no es plausible pensar en la determinación de un tiempo único para la materialización de la consulta previa y la búsqueda del consentimiento, ya que homogeneizar este tipo de procesos desconocería el respeto por las diferencias y circunstancias de las distintas comunidades étnicas. Este tipo de práctica desconoce al romper los tiempos propios de las comunidades étnicas, situando el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento en un obstáculo y no en la oportunidad de desarrollar un diálogo entre iguales en el que se respete el pensamiento del otro. El trámite de la consulta se somete al principio de buena fe, 'lo cual quiere decir, por un lado, que corresponde a los Estados definir las condiciones en las que se desarrollará la consulta, y por otro, que la misma, para que resulte satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional, debe realizarse de manera que sea efectiva y conducente, pero sin que quepa hablar, en ese contexto, de*

términos perentorios para su realización, no de condiciones ineludibles para el efecto. Se trata de propiciar

Respecto al primer asunto (afectación directa), la Ley 2200 de 2022 tiene aparentemente un carácter de generalidad. Sin embargo, su contenido es específico pues el artículo 151 hace referencia detallada a las áreas no municipalizadas. Además, de acuerdo con el Decreto 632 de 2018, estas áreas se concretan específicamente en los departamentos del Amazonas, Guainía y Vaupés. En este sentido, el contexto normativo de las áreas municipalizadas permite establecer que el impacto de la norma general será preponderantemente en estos territorios, razón por la que constituye una afectación directa.

Lo anterior se evidencia en el siguiente mapa (sombreado amarillo) de las zonas donde se encuentran las áreas no municipalizadas y su traslape con la presencia de las comunidades étnicamente diferenciadas⁵⁴:



espacios de participación, que sean oportunos en cuanto permitan la intervención útil y con voceros suficientemente representativos, en función del tipo de medida a adoptar.”

⁵⁴ Información traída en la demanda y contrastada con información del DANE. Al respecto, véase: Duque-Canté, Naidú. Áreas no municipalizadas y autonomía de los pueblos indígenas. En: <https://recyt.fecyt.es/index.php/CyTET/article/view/81340/50765>. Y <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Desarrollo%20Territorial/Portal%20Territorial/KitEtnico/ConformacionTerritoriosIndigenas.pdf>. y <https://www.datos.gov.co/Mapas-Nacionales/Areas-no-municipalizadas-y-Municipios-del-Departam/66wi-cm2m>.

Como se observa, a pesar de la generalidad de la norma, si se revisan los traslapes entre el territorio que se comprende como área no municipalizada y los territorios indígenas, es evidente el impacto que la norma tiene de forma directa en las comunidades étnicamente diferenciadas. **Las áreas no municipalizadas están mayoritariamente ocupadas por territorio y población indígena. En consecuencia, existe una *afectación directa* a estas comunidades por parte de la norma y, por tanto, no se podía omitir el deber de consulta previa con las comunidades, pues esta medida legislativa las afectaba directamente. Por tanto, la norma es inconstitucional.**

Frente al segundo aspecto (plazo de la consulta previa), el inciso final del artículo 151 establece una regla temporal para desarrollar los procesos de consulta previa para los procesos de municipalización de áreas no municipalizadas, otorgando un plazo máximo de 6 meses para realizar este tipo de procesos consultivos.

Este término es una restricción sobre el contenido y alcance del derecho fundamental a la consulta previa, que genera tres sub-razones de inconstitucionalidad: (i) de una parte, como se ha insistido, no fue consultado previamente con las comunidades directamente afectadas; (ii) establece un término no previsto por la Constitución o el Convenio 169 de la OIT; y (iii) regula aspectos propios de un derecho fundamental que tiene reserva de ley estatutaria.

En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte y como se mencionó anteriormente, las medidas legislativas que deben ser consultadas son aquellas que afectan *directamente* a las comunidades étnicamente diferenciadas. Este criterio -de afectación directa- no solo surge cuando la medida afecta directamente a las comunidades, sino también cuando se trate de aplicar las disposiciones del Convenio 169 de la OIT.⁵⁵

La norma afecta directamente a las comunidades indígenas, pues reglamenta un asunto propio del ejercicio de sus derechos fundamentales. Por tanto, era necesario realizar el proceso de consulta previa dentro del trámite legislativo. Al haber omitido este deber, es necesario que la Corte Constitucional declare inexecutable los artículos 6 y 151 de la Ley 2200 de 2022. Adicionalmente, el término de 6 meses previsto por la norma demandada vulnera el artículo 6° del Convenio 169 de la OIT y la Constitución, pues estas no establecen o regulan ningún término para adelantar el proceso de consulta previa.

Finalmente, al regular los contenidos y procedimientos de un derecho fundamental, la norma vulnera la reserva de Ley Estatutaria prevista en el artículo 152, literal “a” de la Constitución. Establecer un plazo de 6 meses para adelantar los procesos de consulta previa para aprobar el trámite de municipalización de las áreas no municipalizadas,

⁵⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-175 de 2009.

constituye una reglamentación de un aspecto que está reservado al Legislador mediante el trámite agravado previsto por la Constitución (artículo 153, C.P.) para las leyes estatutarias, al ser un contenido esencial del derecho fundamental

- b. Las normas demandadas refuerzan el centralismo, desconocen el principio de autodeterminación de los pueblos e infringen la garantía de la autonomía territorial indígena

El artículo 6° de la Ley 2200 de 2022 establece que el Gobernador ejercerá la administración sobre las áreas no municipalizadas hasta que se surta el proceso de municipalización, de acuerdo con el artículo 9° de la Ley 136 de 1994 o hasta que estas áreas se transformen en una entidad territorial. También dispone que las Asambleas Departamentales y el Presidente de la República podrán elevar a municipios a las áreas no municipalizadas. Estas normas desconocen la autodeterminación de los pueblos y, a su vez, vulneran la garantía de la autonomía territorial indígena.

En primer lugar, la norma permite que los Gobernadores sean quienes directamente asuman el control administrativo de estas áreas, lo que desconoce las estructuras políticas y administrativas creadas previa y tradicionalmente por las comunidades que se encuentran dentro de las áreas no municipalizadas. Precisamente ante la inexistencia de la norma orgánica (artículo 329, C.N.), el Gobierno Nacional, por medio del Decreto 632 de 2018, reglamentó el régimen de administración de estas áreas no municipalizadas, las cuales serán gobernadas por las comunidades étnicamente diferenciadas.

En este sentido, las normas vulneran el derecho a la autodeterminación y al autogobierno de las comunidades (artículo 246, C.P. y artículo 4°, Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas), pues, a pesar de que prevé que estén a cargo de las comunidades indígenas, los artículos 6° y 151 de la Ley 2200 de 2022 permiten que estas áreas sean gobernadas por el gobernador del departamento. En consecuencia, desconoce los procesos políticos internos de las comunidades étnicamente diferenciadas que se encuentran dentro de los espacios geográficos denominados áreas no municipalizadas.

En segundo lugar, la posibilidad de que las normas demandadas permitan la creación de municipios en aquellas áreas no municipalizadas conlleva, a su vez, la transformación del territorio de las comunidades indígenas, que desconoce las reglas constitucionales y jurisprudenciales en favor de los territorios indígenas.

En este caso, los territorios indígenas ETI, que se pueden constituir como entidades territoriales, son la figura constitucional que se debería desarrollar y aplicar a las áreas no

municipalizadas. Esto comoquiera que dentro de estas áreas se encuentran mayoritariamente las comunidades étnicamente diferenciadas.

En este sentido, la posibilidad de municipalizar estas áreas permite que el régimen aplicable a las mismas no sea el de las garantías propias que la Constitución y la jurisprudencia constitucional ha decantado para los territorios indígenas, sino el de los municipios. Esto conlleva la modificación de la estructura política de las comunidades étnicamente diferenciadas, pues su administración se realizaría conforme las reglas propias de elección previstas para los municipios y no respecto a las reglas propias que cada comunidad determina.

En este sentido, las normas demandadas, al proponer que las áreas no municipalizadas se organicen bajo la figura del municipio, desconocen a los territorios indígenas como figura político-territorial y, a su vez, a los Consejos Indígenas ya existentes, bajo sus propias formas de gobierno y expresiones culturales. Razón por la que se vulnera el ejercicio de sus derechos a la autodeterminación, gobierno propio y territorio.

En cuanto al artículo 6 de la Ley 2200 de 2022, a pesar de que prevea la posibilidad de que las áreas no municipalizadas no solo se transformen en municipios, sino en “otra entidad territorial”, el contenido sistemático de la ley establece que las áreas no municipalizadas se convertirán en municipios por medio de los requisitos fijados en las leyes y, en todo caso, no se refiere con precisión a que las áreas municipalizadas puedan convertirse en territorios indígenas. Además, si la Ley establece que las áreas no municipalizadas podrán convertirse en “otra entidad territorial” permite que las mismas adquieran otra categoría diferente a la que es la aplicable, es decir, a la de territorios indígenas.

En tercer lugar, la Corte Constitucional, en la sentencia T-072 de 2021 estudió las dificultades que han tenido las comunidades que habitan las áreas no municipalizadas para acceder a los estatus jurídicos establecidos en el Decreto 632 de 2018. Allí estudió los diversos obstáculos administrativos y la exigencia de requisitos que no se encuentran en la ley y determinó que estas situaciones afectan, por una parte, el debido proceso administrativo de las comunidades y, por otra, los derechos fundamentales al autogobierno y a la autodeterminación. Por tal motivo, ordenó el registro de los Consejos de las comunidades, de conformidad con el respeto a los usos y costumbres propias de las comunidades. En este caso, la Corte encontró que el decreto garantizaba la autonomía de las comunidades, ya que permitía la constitución y gestión de territorios indígenas para el desarrollo cultural de las comunidades.

En contraste, las normas demandadas desconocen este escenario constitucional

protegido por la Corte Constitucional debido a que permiten que las áreas no

municipalizadas puedan convertirse en municipios. Así, la norma es inconstitucional porque (i) desconoce el precedente de la Corte Constitucional fijado en la T-072 de 2021; (ii) afecta la garantía prevista en el artículo 56 transitorio -concretado en el decreto 632 de 2018 sobre la posibilidad de poner en marcha el funcionamiento de los territorios indígenas; y (iii) niega espacios de autogobierno y autonomía territorial indígena de las comunidades étnicamente diferenciadas, debido a que la norma privilegia la figura del municipio frente a la figura de territorios indígenas.

- c. Las normas demandadas afectan el principio de progresividad y no regresividad

Debido a la ausencia de la Ley orgánica que reglamenta la conformación de los territorios indígenas, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 632 de 2018, con la finalidad de desarrollar el artículo 56 transitorio de la Constitución. Este decreto establece diversas normas con la finalidad de poner en funcionamiento los territorios indígenas que se encuentran ubicados en las áreas no municipalizadas en los Departamentos del Amazonas, Guainía y Vaupés.

La norma tiene la finalidad de garantizar principios constitucionales como la autodeterminación de los pueblos indígenas y, a su vez, optimizar el régimen de las entidades territoriales, concretamente, el de los territorios indígenas y, por tal motivo, las comunidades indígenas que habitan en los mencionados departamentos cuentan con reglas específicas para administrar sus propios territorios. En este sentido, el Decreto 632 de 2018 es una norma que concreta los mandatos constitucionales de protección de los territorios de las comunidades indígenas y, a su vez, garantiza la posibilidad de que las mismas se rijan por sus propias normas y costumbres.

Contrario a lo establecido en el decreto mencionado, las normas demandadas tienen el efecto de convertir los territorios indígenas en municipios, lo que conlleva un desconocimiento de su autonomía para regularse comunitariamente. Esto genera una medida regresiva en materia de autonomía territorial indígena y, en consecuencia, del derecho a la libre determinación de los pueblos.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado⁵⁶ que para verificar la progresividad y prohibición de regresividad de las medidas adoptadas, es necesario aplicar el test de proporcionalidad en sentido estricto, debido a que las normas demandadas afectan a las comunidades indígenas, las cuales son consideradas como sujetos de especial protección constitucional. Para ello, es necesario revisar (i) si la medida persigue una finalidad constitucionalmente imperiosa; (ii) determinar si la medida

⁵⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-047 de 2022.

resulta idónea para perseguir tal finalidad; (iii) determinar si resulta necesaria; y, (iv) establecer si resulta proporcionada en sentido estricto.

En primer lugar, la finalidad de las normas demandadas consiste en la posibilidad de actualizar, por una parte, el territorio conforme al régimen territorial establecido en la Constitución y, por la otra, potenciar la capacidad institucional del Estado en los territorios. En este sentido, en principio, la norma tiene una finalidad que se adecúa a los parámetros establecidos en la Constitución. En segundo lugar, las normas demandadas pueden considerarse como idóneas para el cumplimiento de dicha finalidad constitucional. En efecto, la Constitución define al municipio como la entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado (art. 311 C.P.). Esto conlleva, a su vez, a que la presencia territorial más próxima del Estado hacia los habitantes sea a partir del municipio.

Sin embargo, y en tercer lugar, la norma no satisface el criterio de necesidad. En efecto, la adecuación de las áreas no municipalizadas a la figura del municipio como entidad territorial no es la única medida que pudo adoptar el Congreso de la República para actualizar el territorio a las distintas categorías de entidades territoriales que existen en la Constitución. En efecto, la figura del municipio no es la única que prevé la Constitución para adecuar los territorios a entidades territoriales. Por el contrario, existen otras, tales como los departamentos, los distritos y los territorios indígenas (art. 286 C.P.). Es decir, territorialmente, el municipio no es la única expresión de las entidades territoriales.

Específicamente, dentro del concepto de entidades territoriales, como se observa, existe la figura de territorios indígenas. Estas tienen la finalidad, por una parte, de reconocer la permanencia de las comunidades étnicamente diferenciadas en un determinado territorio y, por la otra, de otorgarle personería jurídica y, por tanto, reconocimiento jurídico a la permanencia en dichos territorios a las comunidades étnicamente diferenciadas. En este sentido, tienen la finalidad de reconocer jurídicamente otro tipo de formación de entidad territorial y, a su vez, de identificar que dentro de estos territorios existe la posibilidad de gobernarse por sus propias costumbres.

De esta manera, la norma no satisface el criterio de necesidad, debido a que, si lo que pretendió el legislador era convertir áreas no municipalizadas en entidades territoriales, concretamente en municipios con la finalidad de optimizar la presencia territorial del Estado, tuvo la posibilidad de satisfacer la misma finalidad por medio de la formalización de éstas áreas en territorios indígenas, máxime cuando, como se demostró anteriormente, en las áreas no municipalizadas existe una presencia mayoritariamente de comunidades étnicamente diferenciadas. En consecuencia, las normas demandadas lesionaron, de manera innecesaria, principios de importancia constitucional, tales como la autonomía

territorial y el autogobierno de las comunidades indígenas. Por tanto, la norma es inconstitucional.

5. CONCLUSIONES

A lo largo de este documento expusimos razones por las cuales las normas demandadas son inconstitucionales y, por tanto, la Corte Constitucional debe declararlas inexecutable. En primer lugar, mostramos que las normas demandadas afectan directamente a las comunidades étnicamente diferenciadas y, por tanto, era necesario que la medida legislativa se consultara previamente con las mismas. A pesar de la generalidad de la norma, las áreas no municipalizadas se encuentran dentro de zonas que mayoritariamente hacen parte de territorios indígenas. Además, la norma desarrolla un componente estricto del derecho fundamental. El artículo 151 de la Ley 2200 de 2022 establece que los procesos consultivos deben ser realizados dentro de seis meses. Esto es inconstitucional debido a que somete los procesos consultivos a un término perentorio, no previsto en la Constitución o el Convenio 169 de la OIT, lo que, según la jurisprudencia de la Corte, constituye una afectación directa que debe ser previamente consultada con las comunidades étnicamente diferenciadas pues es la regulación de instituciones propias de la consulta previa— y, a su vez, es materia de reserva de ley estatutaria al regular contenidos esenciales de un derecho fundamental (artículo 152-a, C.P.).

En segundo lugar, la norma desconoce los principios de autonomía y autogobierno de las comunidades, así como el régimen de los territorios indígenas. Al respecto, las normas demandadas, al municipalizar áreas que corresponden a territorios indígenas, afectan las prácticas de gobierno tradicionales realizadas por las comunidades étnicamente diferenciadas, debido a que las reglas de gobierno serán las que determine la ley y no las costumbres de gobierno de las comunidades indígenas. Además, la norma le otorga un tratamiento privilegiado a la creación de municipios sobre los territorios indígenas. Si bien las áreas municipalizadas pueden constituirse territorialmente en esta figura, las normas demandadas crean facultades a los gobernadores, a las asambleas departamentales y al Presidente de la República para convertir estas áreas en municipios, desconociendo así las formas propias de gobierno de las comunidades.

Finalmente, las normas desconocen escenarios de protección reconocidos por la Corte Constitucional. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la posibilidad de que las áreas no municipalizadas puedan convertirse en territorios indígenas como ETI es una expresión de los principios de autogobierno y autonomía de los territorios indígenas. En este sentido, la norma conlleva la creación de figuras que desconocen estos escenarios de protección, pues permite la creación de municipios en áreas que deberían constituirse en territorios indígenas ETI.

6. SOLICITUDES

Con base en lo anteriormente expuesto, apoyamos las pretensiones de los demandantes y, en consecuencia, le solicitamos respetuosamente a la Corte Constitucional:

- Declarar inexecutable los artículos 6 y 151 de la Ley 2200 de 2022, por desconocimiento del derecho fundamental a la consulta y los principios de autodeterminación y autonomía territorial indígena de las comunidades étnicamente diferenciadas.
- Exhortar nuevamente al Congreso de la República para que expida la regulación orgánica prevista en el artículo 329 superior que posibilite la conformación y puesta en marcha de los territorios indígenas como entidades territoriales.

DIANA ESTHER GUZMÁN

Subdirectora de Dejusticia

PAULO ILICH BACCA

Investigador Dejusticia

FABIAN MENDOZA

Investigador Dejusticia

EDGAR VALDELEÓN PABÓN

Investigador Dejusticia