

PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION

Bogotá, D.C., 15 de septiembre de 2021

Honorables Magistrados
Corte Constitucional
Ciudad

Expediente: D-14027

Referencia: Acción pública de inconstitucionalidad presentada por Julio César López Jamiroy y otros contra los artículos 2° de la Ley 177 de 1994 y 16 de la Ley 617 de 2000.

Magistrado Ponente: Antonio José Lizarazo Ocampo

Concepto No.: 6992

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 278.5 de la Constitución Política¹, rindo concepto en el asunto de la referencia.

I. Antecedentes

Los ciudadanos Julio César López Jamiroy, Camilo Guío Rodríguez, Gerardo Macuna Miraña, Fabio Valencia Vanegas, Neftalí Valencia López, Antonio Loboguerrero Herrera y Fernando Fierro Gómez interpusieron acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 2° de la Ley 177 de 1994² y 16 de la Ley 617 de 2000³, cuyos textos se transcriben a continuación:

LEY 177 DE 1994. *“Artículo 2°. Modificase el artículo de la Ley 136 de 1994, el cual quedará así:*

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

LEY 617 DE 2000. *“Artículo 16. Modificase el artículo 9 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 2°. de la Ley 177 de 1994, el cual quedará así:*

Artículo 9. Excepción. *Sin el lleno de los requisitos establecidos en el artículo anterior, las asambleas departamentales podrán crear municipios cuando, previo a la presentación de la ordenanza, el Presidente de la República considere su creación por razones de defensa nacional.*

También podrán las Asambleas Departamentales elevar a municipios sin el lleno de los requisitos generales los corregimientos creados por el Gobierno Nacional antes de 1991 que

¹ “Artículo 278. El Procurador General de la Nación ejercerá directamente las siguientes funciones: (...) 5. Rendir concepto en los procesos de control de constitucionalidad”.

² “Por la cual se modifica la Ley 136 de 1994 y se dictan otras disposiciones”.

³ “Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional”.



se encuentren ubicados en las zonas de frontera siempre y cuando no hagan parte de ningún municipio, previo visto bueno del Presidente de la República.

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

Los actores solicitan que se declare la inexecutable de las normas demandadas, al considerar que desconocen el principio superior de progresividad en relación con la autonomía territorial de las comunidades indígenas⁴. Ello, porque:

(i) Inicialmente, el artículo 9° de la Ley 136 de 1994⁵ prohibía taxativamente aplicar la fórmula excepcional de creación de municipios cuando en la zona existieran territorios indígenas;

(ii) Luego, el artículo 2° de la Ley 177 de 1994 moderó dicha prohibición, pues permitió la creación excepcional de municipios a pesar de la existencia de territorios indígenas siempre que “mediare acuerdo previo”; y

(iii) Por último, el artículo 16 de la Ley 617 de 2000 eliminó la prohibición.

Al respecto, los demandantes señalan que las disposiciones acusadas afectan de manera desproporcionada los derechos de las comunidades indígenas, pues privilegian la creación de municipios en lugar de entidades territoriales indígenas, lo que debilita la arquitectura pluralista y respetuosa de la diversidad étnica y cultural del país.

II. Concepto del Ministerio Público

a) Derogatoria del artículo 2° de la Ley 177 de 1994

En los términos del artículo 241 de la Carta Política, el control de constitucionalidad sobre leyes ordinarias solo procede en relación con sus disposiciones vigentes, salvo que a pesar de haber sido derogadas generen todavía efectos en el ordenamiento jurídico⁶.

En consecuencia, en el presente caso no es posible para la Corte Constitucional pronunciarse sobre el artículo 2° de la Ley 177 de 1994, pues: (i) fue derogado por el artículo 16 de la Ley 617 de 2000 que modificó su contenido; y (ii) no produce efectos en la actualidad, en tanto no se contempló algún régimen de transición que permitiera su aplicación ultractiva.

⁴ Cfr. Artículos 1°, 7°, 246, 286, 287, 329, 330 y 56 (transitorio) de la Constitución Política, 1° y 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como 2° y 4° del Convenio 169 de la OIT.

⁵ Ley 136 de 1994. “Artículo 9. Excepción. Sin el lleno de los requisitos establecidos en el numeral 2, del artículo anterior, las Asambleas Departamentales podrán crear municipios cuando, previo a la presentación del proyecto de ordenanza, el Presidente de la República considere su creación como de conveniencia nacional, por tratarse de una zona de frontera o de colonización o por razones de defensa nacional siempre y cuando no se trate de territorios indígenas. Parágrafo. Para la creación de municipios en el Departamento Archipiélago de San Andrés Providencia y Santa Catalina, el concepto de la oficina departamental de planeación no tendrá carácter obligatorio”.

⁶ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-668 de 2014, C-259 de 2016, C-512 de 2019, C-520 de 2019 y C-021 de 2020, entre otras.



Por lo anterior, la Procuraduría General de la Nación solicitará que se profiera un fallo inhibitorio en relación con los reproches formulados en la demanda de la referencia en contra del artículo 2° de la Ley 177 de 1994.

b) Constitucionalidad del artículo 16 de la Ley 617 de 2000

La Constitución Política de 1991 adoptó el modelo de un Estado Social de Derecho basado, entre otros, en los principios de: (i) descentralización político-administrativa en el territorio, que concede autonomía a sus entidades territoriales sin desconocer el carácter unitario de la República, y (ii) de pluralismo, que protege la diversidad pluriétnica y multicultural de la Nación colombiana.

A partir de ello, tanto las normas constitucionales como diversos tratados internacionales que integran el bloque de constitucionalidad, reconocen los derechos de las minorías étnicas, dentro de ellas, de los pueblos indígenas que han sido catalogados como sujetos de especial protección constitucional⁷.

La jurisprudencia constitucional ha enlistado un catálogo amplio de derechos que tienen los pueblos indígenas para consolidar la protección y el alcance de la diversidad étnica y cultural, identificando a grandes rasgos: *“el reconocimiento de los territorios indígenas como ámbitos geográficos y políticos de consolidación cultural, el reconocimiento también de sus autoridades, de sus usos y costumbres, de la jurisdicción especial indígena y de la participación de estos pueblos en los escenarios democráticos nacionales y territoriales del Estado colombiano”*⁸.

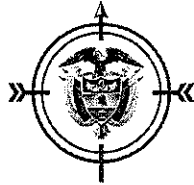
Bajo ese contexto, se ha precisado que los pueblos indígenas son titulares de los siguientes derechos que resultan relevantes para el presente caso:

- (i) El derecho a la integridad étnica, cultural y social (arts. 1, 7 y 8 de la CP); (ii) el derecho a la autodeterminación y el autogobierno de los pueblos indígenas (arts. 9, 286 y 330 de la CP); (iii) el derecho a la propiedad colectiva de los resguardos indígenas y su naturaleza inenajenable, inalienable, imprescriptible e inembargable (arts. 58, 63 y 329 de la CP); (iv) el derecho a gobernarse por consejos indígenas y autoridades por ellos elegidas, según sus usos y costumbres y a determinar sus propias instituciones jurídicas (arts. 286, 329 y 330 de la CP); y, (v) el derecho a la participación de tal forma que los pueblos indígenas sean consultados previamente, a través de los procedimientos adecuados y con la presencia de sus instituciones representativas, respecto de las decisiones legislativas y administrativas que puedan afectar directamente sus intereses (arts. 2, 329 y 330 de la CP, así como el Convenio 169 de la OIT).

Particularmente, el *principio de autodeterminación* -también conocido como libre determinación- garantiza a las comunidades indígenas el control de su propio destino, esto es, la capacidad que tienen como grupo étnico de establecer

⁷ El principio de diversidad étnica y cultural se proyecta en dos dimensiones respecto de los pueblos y las comunidades indígenas: (i) busca amparar colectivamente a las comunidades tradicionales que no siguen la forma de vida de la sociedad mayoritaria, para que puedan desarrollarse de acuerdo a su propia cultura y costumbres ancestrales; y, (ii) pretende amparar individualmente a los miembros de las comunidades étnicas como sujetos con una propia cosmovisión. Sumado a ello, especialmente en el Auto 004 de 2008 y en las Sentencias T-235 de 2011, T-387 de 2013 y T-001 de 2019, entre otras, es que la operado el reconocimiento como sujetos de especial protección constitucional.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-973 de 2009.



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION

libremente su condición política y su desarrollo económico, social y cultural. Con base en dicho principio, tienen derecho a la *autonomía y al autogobierno* frente a las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales⁹.

De hecho, la Corte Constitucional ha señalado que la autonomía se concibe como una forma de ejercicio de la autodeterminación de los pueblos indígenas, y ha identificado tres ámbitos de protección de tal autonomía¹⁰, a saber: desde el *ámbito externo (i)* la participación en la toma de decisiones en asuntos que puedan concernirles directamente; y, *(ii)* la participación política de las comunidades indígenas en la esfera de representación nacional en el Congreso de la República; y desde el *ámbito interno (iii)* las formas de autogobierno indígenas.

Este último ámbito resulta importante porque se manifiesta, entre otros, en la identificación de los territorios indígenas como entidades territoriales y en el gobierno propio mediante consejos conformados de acuerdo con sus usos y costumbres¹¹. Implica además el manejo, control y administración de los recursos naturales, territoriales y de otras garantías que les permiten pervivir al hombre en su estado natural y con su cultura ancestral. Es así que, a partir de lo anterior, se reconoce y desarrolla el derecho a la *autonomía territorial* de los pueblos indígenas para que puedan organizarse política y administrativamente en el territorio legalmente constituido u ocupado ancestralmente.

Al respecto, el principio de descentralización político-administrativa que concibió la Constitución Política de 1991 establece una estructura territorial a través de departamentos, distritos, municipios y territorios indígenas, que son identificados como entidades territoriales que gozan de autonomía en la gestión de sus intereses (art. 286 y 287 de la CP).

En ese contexto y con el fin de garantizar la diversidad étnica y cultural de la Nación, el Constituyente primario expresamente creó las *entidades territoriales indígenas* (en adelante ETI) condicionando su conformación a la expedición de una ley orgánica de ordenamiento territorial que regule la materia, y en todo caso señaló que cuentan con los derechos a: *(i)* gobernarse por autoridades propias, que para el caso son los consejos indígenas; *(ii)* ejercer la competencia que les corresponda; *(iii)* administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones; y, *(iv)* participar en las rentas nacionales (arts. 287, 288, 329 y 330 de la CP)¹².

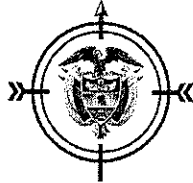
Aunque el Congreso de la República expidió la Ley 1454 de 2011 “*por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones*”, lo cierto es que no hizo mención alguna a la conformación de las ETI en los términos del artículo 329 superior, omisión legislativa absoluta que fue identificada en la Sentencia C-489 de 2012 y que motivó el que la Corte

⁹ Expresamente la libre determinación y los derechos a la autonomía y al autogobierno de los pueblos indígenas, se encuentran consagrados en los artículos 3 y 4 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007).

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencias T-973 de 2009 y T-072 de 2021.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencias C-030 de 2008, C-882 de 2011 y T-172 de 2019.

¹² Vale la pena precisar que también indicó que las relaciones y la coordinación de las ETI con las otras entidades territoriales serán reguladas por el Legislador (inciso 3, art. 329 ibídem).



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION

Constitucional exhortara al Legislador para que se expida la ley respectiva¹³. Nótese que se trata de una *cláusula de salvaguarda constitucional*¹⁴ para garantizar que la regulación de esta materia sea fruto del mayor consenso posible con miras a proteger el derecho a la participación de las comunidades indígenas y, por ello, la jerarquía legal es especial al dársele el rango de ley orgánica.

Justamente, mientras que se expide la ley a que se refiere el artículo 329 superior, el Constituyente primario ideó un régimen transitorio facultando al Gobierno Nacional para dictar las normas fiscales necesarias y las demás relativas al funcionamiento de los territorios indígenas, incluida su coordinación con las demás entidades territoriales. Ello con el ánimo de proteger la diversidad étnica y cultural, a la vez que la autonomía de los pueblos indígenas sobre su territorio y formas de autogobierno.

Respecto de dicho régimen que consagra el artículo 56 transitorio de la Carta Política, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en afirmar que no tiene un carácter temporal limitado, sino que, en tanto se somete a un condicionamiento, tal regulación permanecerá vigente hasta que se expida la ley orgánica de ordenamiento territorial de las ETI¹⁵.

Ahora bien, antes de 1991 existían los corregimientos asociados a las antiguas intendencias y comisarías, los cuales eran espacios que, por su escasa densidad poblacional y falta de actividad económica, no constituían municipios y, por ello, dependían directamente de las autoridades encargadas del manejo de los territorios nacionales. Con la entrada de vigencia de la Constitución Política, que fijó un nuevo diseño territorial, se facultó extraordinariamente al Presidente de la República para expedir decretos con fuerza de ley mediante los cuales asegurara la debida organización y funcionamiento de los nuevos departamentos (art. 39 C.P. transitorio).

Con base en dicha facultad fue expedido el Decreto 2274 de 1991, en cuyo artículo 21 se mantuvieron los denominados *corregimientos departamentales* que correspondían a aquellas zonas del territorio nacional no vinculadas formalmente a un municipio. Esa disposición fue objeto de acción pública de inconstitucionalidad que culminó con la Sentencia C-141 de 2001, en la cual se declaró la inexecutable diferida de esa norma por un término máximo de dos legislaturas, *“a fin de que el Congreso, dentro de la libertad de configuración que le es propia, expida el régimen que permita la progresiva transformación de los corregimientos departamentales en municipios, o su incorporación en municipios existentes”*.

La referida inexecutable tuvo su origen en que, a pesar de que el Gobierno podría preservar la figura de los corregimientos departamentales, la normatividad que

¹³ El párrafo 2° del artículo 37 de la Ley 1454 de 2011, establece que el Gobierno Nacional debe presentar al Congreso de la República el proyecto de ley especial que reglamente lo relativo a la conformación de las ETI. Para ello estableció un término de 10 meses siguientes a la vigencia de la Ley 1454 de 2011, pero hasta la fecha no se ha dado cumplimiento a dicho deber constitucional y legal.

¹⁴ Así lo precisó la Corte Constitucional en la Sentencia C-579 de 2001, en la cual señaló la existencia de una *cláusula de salvaguarda constitucional* para la conformación de las ETI mediante ley orgánica. En la misma decisión indicó que la creación, adscripción y supresión de municipios como entidades territoriales, se debe regular mediante ley ordinaria.

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencias C-489 de 2012 y C-617 de 2015.



adoptó adquirió vocación permanente y no una naturaleza transitoria de cara a adecuar progresivamente esos territorios al régimen municipal.

Por consiguiente, en la actualidad los denominados corregimientos departamentales no operan como tal en el ordenamiento jurídico colombiano, pero las zonas del territorio nacional que incluían se identifican bajo la figura atípica de *áreas no municipalizadas*, las cuales se encuentran concentradas principalmente en los departamentos de Amazonas, Vaupés y Guainía, y se caracterizan porque son coordinadas por la Asamblea Departamental respectiva.

Lo anterior conlleva a precisar que en Colombia existen territorios indígenas ubicados tanto en áreas que constituyen municipios, como en aquellas que tienen la connotación atípica de ser áreas no municipalizadas que dependen del Departamento, pero que comparten en común la vocación de poder convertirse en ETI y que, en todo caso, mientras ello acontece, pueden funcionar como territorios indígenas bajo el régimen dispuesto por el artículo 56 transitorio de la Carta Política.

Es más, con base en esa potestad transitoria, el Gobierno Nacional ha expedido dos importantes Decretos que en la actualidad se encuentran vigentes:

(i) El Decreto Autónomo Constitucional 1953 de 2014¹⁶, mediante el cual se creó un régimen especial para poner en funcionamiento transitorio los territorios indígenas bajo la connotación de ser organizaciones político administrativas de carácter especial, con competencias y funciones públicas definidas que ejercen a través de sus instituciones y autoridades propias, al punto que pueden asumir, previo registro y certificación, la administración directa de los recursos de asignación especial del Sistema General de Participaciones¹⁷.

De esta forma, pueden ejercer las comunidades indígenas su autonomía y autodeterminación en temas como los planes de vida, el sistema educativo indígena, el sistema indígena de salud propio intercultural, la prestación eficiente de los servicios de agua potable y saneamiento básico en su territorio, y la jurisdicción especial indígena¹⁸.

(ii) El Decreto Autónomo Constitucional 632 de 2018¹⁹, mediante el cual se desarrolló transitoriamente un régimen específico para poner en funcionamiento

¹⁶ Por el cual se crea un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los Territorios Indígenas respecto de la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas hasta que el Congreso expida la ley de que trata el artículo 329 de la Constitución Política. // Este Decreto fue declarado exequible mediante Sentencia C-617 de 2015, por no desconocer la reserva de ley orgánica.

¹⁷ Importa precisar que el artículo 13 del Decreto 1953 de 2014 establece las competencias generales de los territorios indígena en el marco de la autonomía para la gestión de sus intereses: (i) gobernarse por autoridades propias; (ii) ejercer las competencias y derecho establecidos en la Constitución, en la legislación nacional e internacional; (iii) definir, ejecutar y evaluar las políticas económicas, sociales, ambientales y culturales propias en el marco de sus planes de vida, y conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad; (iv) darse sus estructuras de gobierno propio y de coordinación para desarrollar competencias; y, (v) percibir y administrar los recursos provenientes de fuentes de financiación públicas y/o privadas para desarrollar funciones y competencias. Así mismo, el artículo 14 del mismo Decreto Ley señala las competencias generales de las autoridades propias de los territorios indígenas.

¹⁸ Nótese que este Decreto tiene un alcance general, independientemente de que los territorios indígenas se encuentren ubicados en municipios o en áreas no municipalizadas.

¹⁹ Por el cual se dictan las normas fiscales y demás necesarias para poner en funcionamiento los territorios indígenas ubicados en áreas no municipalizadas de los departamentos de Amazonas, Guainía y Vaupés. // Este Decreto determinó el procedimiento para poner en marcha o funcionamiento un territorio indígena en esas áreas, definiendo las siguientes etapas: (i) conformación, registro e inscripción del Consejo Indígena; (ii) solicitud para



los territorios indígenas que se ubican en áreas no municipalizadas de los departamentos de Amazonas, Guainía y Vaupés, y que responde a un sistema gradual y progresivo de fortalecimiento de la autonomía de los pueblos indígenas en sus territorios, protegiendo los sistemas de gobierno a través de consejos indígenas, las funciones político administrativas que les son propias y el manejo de los recursos provenientes del Sistema General de Participaciones.

Así las cosas, el Ministerio Público advierte que la salvaguarda constitucional que opera a favor de la autonomía territorial de las comunidades indígenas se centra en que, una vez se expida la ley orgánica de ordenamiento territorial que refiere el artículo 329 superior, se puedan conformar como entidades territoriales indígenas capaces de gestionar sus propios intereses desde el autogobierno, la administración de recursos y la institucionalización político-administrativa.

Sin embargo, mientras ello sucede, transitoriamente pueden funcionar como territorios indígenas, independientemente de que se encuentren ubicados en zonas municipalizadas o en áreas no municipalizadas del territorio nacional, habida cuenta que ese régimen especial basa su desarrollo en la armonización y coordinación con las demás entidades territoriales en procura de que las comunidades indígenas puedan ejercer sus derechos a la autodeterminación, a la autonomía territorial, al autogobierno y a la participación efectiva. Ello siendo consultadas previamente frente a aquellas medidas legislativas o administrativas que directamente beneficien o afecten sus intereses.

Frente a esa cláusula de salvaguarda constitucional y el cargo que presenta la demanda, es necesario señalar que el principio de progresividad se predica del contenido prestacional de los derechos constitucionales²⁰ y hace referencia a la ampliación gradual en la efectividad y cobertura de los mismos²¹, de tal manera que una vez alcanzado un determinado grado de protección, la amplia libertad de configuración del legislador se ve restringida, porque todo retroceso se toma *prima facie* problemático desde el enfoque constitucional.

Por consiguiente, se ha establecido la *regla de no regresión o prohibición de retroceso*²² como manifestación del principio de progresividad, según la cual, existe una presunción de inconstitucionalidad de cualquier medida que resulte menos garantista, protectora o disminuya el contenido prestacional de un derecho constitucional, salvo que se logre demostrar su justificación y la existencia de razones imperiosas que hagan necesario ese paso regresivo en el desarrollo del derecho involucrado²³.

la puesta en funcionamiento del territorio indígena; y, (iii) la administración de las fuentes de financiamiento. Así también lo señaló la Corte Constitucional en la Sentencia T-072 de 2021.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencias C-372 de 2011, C-115 de 2017 y C-046 de 2018.

²¹ Las normas del derecho internacional de los derechos humanos que hacen parte del bloque de constitucionalidad, también han consagrado dicho principio y prohibición en el Sistema Universal a través del artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), y en el Sistema Interamericano mediante el artículo 26 la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). En esas disposiciones se indica la obligación del Estado de adoptar medidas legislativas o de otra naturaleza para ampliar progresivamente la plena efectividad y cobertura de los derechos convencionales.

²² Esta regla se encuentra principalmente explicada en las Sentencias C-115 de 2017 y C-046 de 2018.

²³ Corte Constitucional, Sentencia C-038 de 2004.



Para adelantar el análisis de constitucionalidad respecto de una medida que se alega como presuntamente regresiva, la Corte Constitucional desarrolló un *juicio de no regresión*²⁴, en el cual se debe verificar:

- (i) El fin buscado por la medida, el cual debe ser legítimo e importante, pero además imperioso;
- (ii) Que el medio escogido para alcanzar ese fin sea ciertamente adecuado y conducente;
- (iii) Que la medida sea necesaria, es decir, que no existan otros medios menos lesivos para alcanzar ese fin; y
- (iv) La relación entre el medio y el fin, para lo cual se establece que la medida sea proporcional en sentido estricto, esto es, que los beneficios que adopta la misma excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales.

Partiendo de las anteriores precisiones, el Ministerio Público procede a adelantar el juicio de no regresión en los términos definidos por la jurisprudencia constitucional, aclarando que por estar involucrados derechos de las comunidades indígenas que son catalogadas como sujetos de especial protección constitucional, el estudio lo hará desde la intensidad estricta en materia de razonabilidad y proporcionalidad.

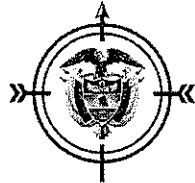
En primer lugar, la medida legislativa de creación excepcional de municipios por parte de las Asambleas Departamentales, contando con el aval del Presidente de la República por razones de defensa nacional o por estar ubicados en zonas de frontera al tratarse de áreas no municipalizadas, responde a una finalidad constitucionalmente legítima, importante e imperiosa. En efecto, pretende garantizar la presencia del Estado en todo el territorio nacional mediante la consolidación del modelo de descentralización político administrativa que como principio impulsa la Carta Política de 1991.

Ello favorece la oferta de servicios institucionales en lugares apartados y mejora la cobertura de necesidades básicas insatisfechas de la población que se ubica en estas zonas no municipalizadas que por ser de frontera requieren mayor desarrollo, o que por razones especiales de defensa nacional requieren un acentuado ejercicio de la soberanía nacional y de la integridad del territorio.

En segundo lugar, el medio escogido por el legislador de eliminar los requisitos legales para habilitar la creación excepcional de municipios por razones de defensa nacional y por ubicarse en zonas de frontera no municipalizadas, es adecuado y conducente para alcanzar con agilidad la finalidad de garantizar mayor presencia del Estado en todo el territorio nacional, sumado a que permite desarrollar el modelo de ordenamiento territorial basado en la descentralización y en la modernización institucional.

El que la norma acusada no contemple expresamente una prohibición de crear municipios en territorios indígenas a menos que medie acuerdo previo con sus

²⁴ Corte Constitucional, Sentencias C-114 de 2017 y C-115 de 2017.



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION

autoridades, en ningún momento implica que el medio escogido deje ser idóneo o sea regresivo respecto de los derechos a la autonomía y a la libre determinación de las comunidades indígenas. Lo anterior, habida consideración que existen otras disposiciones constitucionales y legales que garantizan transitoriamente el funcionamiento de los territorios indígenas como organización político administrativa especial en zonas municipalizadas y en áreas no municipalizadas de la geografía colombiana, que pueden articularse en sus funciones y competencias con las demás entidades territoriales del país²⁵.

En tercer lugar, para el Ministerio Público la medida legislativa es necesaria, porque no existen otros medios alternativos menos lesivos para habilitar la creación excepcional de municipios que permitan aumentar la presencia estatal en el territorio colombiano de cara a mejorar la defensa nacional y la protección en las zonas de frontera.

En punto de ello, se destaca que no es excluyente la creación de la jurisdicción municipal y la puesta en funcionamiento de los territorios indígenas de forma transitoria, así como que aquella tampoco es incompatible respecto a la eventual conformación a futuro de las ETI con funciones y competencias propias fijadas por la ley orgánica que las desarrolle.

Adicionalmente, la creación excepcional de municipios en zonas donde se ubiquen comunidades indígenas exige en todo caso el agotamiento de todas las etapas correspondientes a la obtención del consentimiento previo, libre e informado (consulta previa), que como derecho fundamental a la participación es predicable para tales comunidades, teniendo en cuenta los tratados internacionales que regulan esa materia²⁶.

En efecto, la Corte Constitucional ha señalado que es una obligación de las autoridades adelantar el procedimiento de consulta previa cuando se adopten medidas que tengan el alcance de afectar los intereses de comunidades indígenas, lo cual puede llegar a suceder cuando se pretenda crear un municipio en zonas en las que se encuentren asentadas, como se reconoció en la Sentencia T-634 de 1999.

Sobre el particular, se destaca que dicha interpretación es imperante en la actualidad, pues recientemente al aplicarse la norma demandada en el proceso de creación del municipio de Barrancominas en el Departamento de Guainía, el Gobierno Nacional si bien mediante el Decreto 1454 de 2018 dio el visto bueno exigido para el efecto, lo cierto es que condicionó el mismo a que la Asamblea Departamental adelantaré el procedimiento de consulta previa de la ordenanza respectiva con las comunidades indígenas interesadas²⁷.

²⁵ Ello resulta así hasta tanto el legislador expida la correspondiente ley orgánica de ordenamiento territorial que detalle lo correspondiente a la conformación de las ETI en los términos del artículo 329 superior, lo que en criterio de la Procuraduría debería ser prioritario en la agenda legislativa a corto plazo.

²⁶ Significa ello que la medida legislativa necesaria no elimina ni restringe la salvaguarda constitucional que opera para que las comunidades indígenas puedan ejercer sus derechos a la autodeterminación, a la autonomía territorial, al autogobierno y a la participación efectiva siendo consultados previamente frente a aquellas medidas legislativas o administrativas que directamente beneficien o afecten sus intereses.

²⁷ En concreto, en el mencionado decreto se indicó que se hace *"imperativo que el respectivo proyecto de ordenanza sea objeto de consulta previa, en los términos del literal a) del numeral 1° del artículo 6 del Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), aprobada mediante Ley 21 de 1991 y de conformidad con la jurisprudencia constitucional aplicable"*.



PROCURADURIA
GENERAL DE LA NACION

En cuarto lugar, la Procuraduría considera que la medida legislativa es proporcionada en sentido estricto, porque el que no consagre expresamente una prohibición de crear municipios en territorios indígenas a menos que medie acuerdo previo con sus autoridades, lejos está de advertirse como una fórmula regresiva. Ello, por cuanto los Decretos Autónomos Constitucionales 1953 de 2014 y 632 de 2018 en la actualidad consagran los parámetros para poner en funcionamiento los territorios indígenas, generando un equilibrio entre los principios de descentralización político administrativa y de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural.

Tampoco resulta regresiva porque, como se ha explicado, es factible que coexistan las figuras político-administrativas de municipalización y de puesta en marcha de territorios indígenas o de conformación futura de las ETI, las cuales, a partir de una delimitación de funciones y competencias, junto con una coordinación con las demás entidades territoriales, pueden funcionar sin desconocer la autonomía territorial que les asiste a las comunidades indígenas.


En este orden de ideas, la Procuraduría considera que el artículo 16 de la Ley 617 de 2000 se ajusta a la Carta Política, porque no desconoce la regla de no regresión frente a la salvaguarda constitucional que opera a favor de la autonomía de las comunidades indígenas.

Así mismo, considera que no es necesario siquiera generar un condicionamiento de la norma censurada, porque el derecho al consentimiento previo, libre e informado que obra como garantía fundamental para las comunidades indígenas se encuentra expresamente consagrado en instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que, por ende, son vinculantes para todas las autoridades que adelanten procedimientos que directamente puedan afectar la autonomía territorial de los pueblos indígenas. En tal sentido, el Ministerio Público solicitará la exequibilidad simple de la norma acusada.

III. Solicitud

Por las razones expuestas, el Ministerio Público le solicita a la Corte Constitucional que se declare **INHIBIDA** para emitir pronunciamiento de fondo sobre la constitucionalidad del artículo 2° de la Ley 177 de 1994, y que declare la **EXEQUIBILIDAD** del artículo 16 de la Ley 617 de 2000, por el cargo analizado.

Atentamente,


MARGARITA CABELLO BLANCO
Procuradora General de la Nación

Elaboró: Mónica Alexandra Cruz Omaña – Asesora de Asuntos Constitucionales.
Aprobó: Juan Sebastián Vega Rodríguez – Procurador Auxiliar para Asuntos Constitucionales. JSUR