

MÓNICA YILEISY PÉREZ PATIÑO

LA IMPOSICIÓN DEL DERECHO MAYORITARIO A LAS ENTIDADES  
TERRITORIALES INDÍGENAS

Maestría en Derecho de Estado con Énfasis en Gobierno y Desarrollo de las Entidades  
Territoriales

BOGOTA D.C, COLOMBIA

2021

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA  
FACULTAD DE DERECHO  
MAESTRÍA EN DERECHO DE ESTADO CON ÉNFASIS EN GOBIERNO Y  
DESARROLLO DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES

Rector: Dr. Juan Carlos Henao Pérez

Decana Facultad de Derecho: Dra. Adriana Zapata Giraldo

Secretaria General: Dra. Marta Hinestrosa Rey

Director Departamento de  
Derecho Administrativo: Dr. Jorge Iván Rincón Córdoba

Director de Tesis: Dr. Samuel Baena Carrillo

Examinadores: Dr. Pedro Zapata García  
Dra. Paula Robledo Silva

## **CONTENIDO**

### **INTRODUCCIÓN**

#### **PRIMERA PARTE**

##### **CREACIÓN DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES INDÍGENAS**

Una aproximación a la noción de entidades territoriales indígenas en Colombia: un ejercicio obligatorio.

1. Definición del concepto constitucional de entidades territoriales indígenas en Colombia.
2. Deber legal de creación de las entidades territoriales indígenas en Colombia.

#### **SEGUNDA PARTE**

##### **EXISTENCIA DE LA OMISIÓN LEGISLATIVA**

De la configuración de la omisión legislativa por parte del Congreso de la República.

1. Definición del concepto de omisión legislativa.
2. El déficit de regulación legal de las entidades territoriales indígenas.

#### **TERCERA PARTE**

##### **DEL ACCIONAR DEL PODER EJECUTIVO Y JUDICIAL, ANTE LA OMISIÓN LEGISLATIVA**

1. Normativa reglamentaria
  - 1.1 La circular externa CIR15-000000018-DAI-2200 de la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior.
2. Actuar de la Corte Constitucional
  - 2.1 Demandas de constitucionalidad

#### **CUARTA PARTE**

1. Caso del pueblo indígena Wayuu, sentencia de tutela T – 172 de 2019, que expone un ejemplo de asimilación o transculturación de las comunidades indígenas.

### **CONCLUSIONES**

### **BIBLIOGRAFÍA**

## INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de 1991 contiene una serie de normas que imponen al legislador la carga de desarrollar normativamente determinados asuntos. Así ocurre, por ejemplo, con las acciones populares, el estatuto del trabajo, la asignación de competencias a las entidades territoriales, entre otros casos. En lo que interesa a este trabajo de investigación, de acuerdo con el artículo 329 superior, la conformación de las entidades territoriales indígenas mediante una ley orgánica de ordenamiento territorial es otro de esos supuestos.

De acuerdo con la tipología establecida por el constituyente en el artículo 287 de la Carta política, en Colombia tenemos las siguientes entidades territoriales: los departamentos, los distritos, los municipios, las regiones, las provincias y los territorios indígenas<sup>1</sup>. Pero a pesar de esta prerrogativa constitucional, la realidad es que el legislador se ha ocupado de todas las tipologías antedichas menos de la última.

La omisión legislativa ha implicado que se genere un desequilibrio de poderes porque algo que debería hacer el legislador lo están haciendo el juez constitucional y el ejecutivo, lo cual en si no es malo.

Pues es afortunado que el Gobierno intente dar operatividad a la categoría de las entidades territoriales indígenas, así estas no existan legalmente en Colombia, si no lo hace el Gobierno, ¿quién? ¿La omisión legislativa es grave pero el Congreso no parece tener intención de suplirla, peor sería el escenario en el que solo existiera el legislador? No habría nada. Los pueblos indígenas estarían en peores problemas que los que ya tienen. Por otra parte, es una fortuna que la Corte se pronuncie al respecto y exhorte, así sea de manera retórica, porque si no lo hace la Corte no lo hace nadie.

Partiendo de estos presupuestos, el problema jurídico que intentamos resolver en este artículo monográfico consiste en determinar si, ¿La intervención de la Corte Constitucional y del Gobierno en la regulación de las entidades territoriales indígenas ha sido afortunada? Pues si bien es cierto esta no ha sido mala, es importante conocer si lo han hecho respetando los derechos de estos pueblos.

La hipótesis es que no se discute que debería ser el legislador quien se encargue de la conformación y regulación de las entidades territoriales indígenas, pero éste no lo ha hecho. Entonces las alternativas son dos: o nadie más hace nada o los que en principio no tendrían que ver (judicial y ejecutivo) actúan. Así se prefiere la segunda opción. Otra cosa es que lo estén haciendo mal, lo que ha implicado que hoy estas entidades territoriales estén en un estado de interinidad, sujetas a las acciones de protección en casos particulares por la Corte Constitucional.

---

<sup>1</sup> Constitución Política de Colombia, art 287. °: “Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley”.

Este artículo monográfico adoptará un plan sincrónico y metodológicamente se estructura en cuatro grandes partes: en la primera parte abordaré el mandato normativo impuesto por el Constituyente de 1991 al legislador para expedir la ley orgánica de creación de las entidades territoriales indígenas; en la segunda parte demostraré la existencia de la omisión legislativa; en la tercera parte expondré que ante esa omisión el ejecutivo y el judicial han “invadido” un espacio competencial que en rigor corresponde al legislativo, lo que implica un desequilibrio de poderes, que aunque no sea bueno es real y está teniendo lugar en este momento; y finalmente, en la cuarta parte se estudiará críticamente, desde el punto de vista del derecho, la manera en el que el ejecutivo ha suplido el vacío ha sido negativa, porque ha vulnerado derechos indígenas, lo que ha sido resaltado por la Corte Constitucional.

## **CREACIÓN DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES INDÍGENAS**

### **A. Una aproximación a la noción de entidades territoriales indígenas en Colombia: un ejercicio obligatorio.**

Considerando que las entidades territoriales indígenas no se encuentran de forma constante en el dialogo institucional, doctrinario y judicial, en razón que el escenario central de la organización territorial en Colombia se ha desarrollado en el contexto del alcance de los municipios, los departamentos, los distritos, las regiones y las provincias, proponemos hacer una aproximación a su concepto constitucional, con el objetivo de comprender su aparición en la Constitución Política de 1991.

#### **1. Definición constitucional de las entidades territoriales indígenas en Colombia.**

El Título XI de la Constitución Política de Colombia está dedicado a la organización territorial, a través de las denominadas entidades territoriales, que se extienden fundamentalmente a las “entidades locales” enunciadas en el artículo 286 de la Constitución Política, como *los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas*.

Así, las entidades territoriales son entendidas como “*una categoría genérica que abarca un conjunto de entes o porciones territoriales, en nuestro caso, con características diversas entre sí*” (ROBLEDO, 2018.P.59). como expresión de la división político – administrativa de una república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, que además generan niveles de gobierno y administración.

A su vez, el Constituyente dotó de autonomía a las entidades territoriales para la gestión de sus intereses, materializada en los derechos a gobernarse por autoridades propias, a ejercer las competencias que les correspondan, a administrar los recursos y a establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones, dentro de los límites de la Constitución y

la ley; “lo que presupone simultaneidad de autoridad, central y local, con vocación para la definición de sus asuntos, concesión de personificación normativa a las entidades territoriales”( C.C.C- C-517/92)

Ahora bien, una vez conocido el concepto de entidad territorial, se debe establecer la particularidad de las entidades territoriales indígenas, para lo cual se acude a lo dicho por el profesor Augusto Hernández quien sostiene que éstas constituyen una modalidad *sui generis* de gobierno local por diversos y complejos motivos que el autor describe de la siguiente manera:

“Las entidades territoriales indígenas están sometidas a reserva de ley orgánica en el artículo 329 de la Constitución. Las entidades territoriales indígenas o “ETIS” no son enteramente asimilables a la institución municipal y constituyen una modalidad *sui generis* de gobierno local por diversos y complejos motivos. Jurídicamente se trata de entidades intradepartamentales, aun cuando en algunos casos podrían conformarse con porciones territoriales pertenecientes a varios departamentos. De otra parte, no son como podría creerse, una especie de “municipios indígenas”, pues ofrecen características peculiares en materia de organización, régimen y competencias que provienen de la Constitución y de las propiedades culturales de estas sociedades” (Hernández, 2013.p:164)

En el mismo sentido, la profesora Paula Robledo Silva definió las entidades territoriales indígenas de la siguiente manera:

“Se trata de una de las innovaciones de la Constitución de 1991 en materia de organización territorial y obedece al reconocimiento de los derechos de las comunidades indígenas, entre ellos, los derechos a un gobierno propio en sus respectivos territorios. La creación de estos entes implica la transformación de los territorios tradicionalmente ocupados por las comunidades indígenas en entidades territoriales. Con el fin de que puedan ejercer, mediante sus propios órganos, una serie importante de funciones y atribuciones (gobierno propio, administración propia, potestad tributaria propia, participación en las rentas nacionales y jurisdicción propia) dentro de un territorio determinado y sobre una población específica que comparte ciertos intereses comunes” (ROBLEDO . 2015), p. 21).

Así las cosas, las entidades territoriales indígenas en estricto sentido no fueron creadas por el Constituyente de 1991, pues aunque las mencionó junto con las demás entidades territoriales, dejó su conformación en manos del Legislador,dejando incompleto el diseño del rompecabezas territorial colombiano. Esa tarea incompleta supone una contradicción al supuesto interés de protección a las comunidades indígenas, pues de haber querido realmente su elevación a entidad territorial, el Constituyente podría haberlo hecho en el momento

fundacional de 1991. En efecto, en palabras del profesor Samuel Baena, esta actuación del Constituyente refleja dos posibles intereses:

“El interés que el Constituyente tributó a los pueblos indígenas de Colombia no es gratuito y parece tener origen por lo menos en dos elementos: en primer lugar, en el surgimiento de un Estado social de derecho comprometido con los derechos humanos, con el pluralismo y con el respeto y la inclusión de la diferencia, en contraste con el sistema anquilosado por una lógica confesional y atado a un centralismo atávico y vetusto que la Constitución de 1886 implantó en Colombia; en segundo término, en la existencia de un marco de referencia histórico y cultural identificado por las ciencias sociales, que evidencia un desequilibrio inherente en las relaciones que existen entre la cultura mayoritaria y los pueblos indígenas y del cual la sociedad ha empezado a concientizarse” (BAENA. 2018), p.177)

Por lo anterior, se cree que la posibilidad constitucional de que los pueblos indígenas pudiesen conformar sus territorios en verdaderas entidades territoriales pudo haberse generado como respuesta a la presión social, de lucha por el reconocimiento de derechos, conseguidos a lo largo de la historia, y no en un interés real de su conformación, pues de lo contrario no se hubiese postergado tal responsabilidad al Legislador mediante el artículo 329 de la Carta Política.

## **2. Deber legal de creación de las entidades territoriales indígenas en Colombia.**

La Constitución Política entregó la competencia para conformar las entidades territoriales indígenas al legislador. En el artículo 329 dispone que tal creación se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial y que su delimitación se hará por el Gobierno Nacional con participación de los representantes de las comunidades indígenas, y previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial; además, el artículo 321 de la norma superior posibilita la conformación de provincias entre municipios o territorios indígenas circunvecinos pertenecientes a un mismo departamento.

Este deber, impuesto por el Constituyente de 1991 al órgano legislativo, ha sido resaltado por la Corte Constitucional, por ejemplo en las sentencias C-489 de 2012<sup>2</sup>, C-921 de 2007<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup>“Por otro lado, la Constitución estableció en el artículo 329 que la conformación de las entidades territoriales indígenas se haría con sujeción a lo dispuesto en la ley orgánica de ordenamiento territorial. En este caso se dispuso en el mismo artículo que la delimitación de dicha entidad territorial se hará por el Gobierno Nacional con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial. En dicha ley se debe definir las relaciones y coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte. Finalmente se indica en el párrafo del artículo 329 que en caso de que un territorio indígena decida constituirse como entidad territorial, se hará con el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley orgánica de ordenamiento territorial. Esta ley orgánica que se refiere a las entidades territoriales indígenas está llamada a establecer la coordinación entre las entidades territoriales indígenas con aquellas de las cuales formen parte”. Corte Constitucional. Sentencia C-489 de 2012.

<sup>3</sup> “En efecto, en la Constitución Política se alude los resguardos indígenas como a una realidad actual y vigente, otorgándoles la debida protección en cuanto a sus derechos fundamentales, los cuales no se han constituido en entidades territoriales indígenas, por cuanto la

y T-172 de 2019<sup>4</sup>. De la misma forma el ejecutivo reconoce tal competencia en cabeza del Congreso:

“Que el artículo 329 de la Constitución Política establece que la conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley de Ordenamiento Territorial, precisando igualmente que corresponde a la ley definir las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte”<sup>5</sup>.

De igual forma, ante la posibilidad de que el Legislador omitiera el deber de su conformación, dispuso que en uso del artículo 56 transitorio, el Gobierno podría dictar normas fiscales necesarias y las demás relativas al funcionamiento de los territorios indígenas y su coordinación con las demás entidades territoriales, hasta tanto el Legislador cumpliera con el mandato constitucional de su conformación, sujeto a la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial.

Así pues, veinte años después de que el Constituyente realizara su llamado a la organización territorial, se promulgó la Ley 1454 de 2011 por la cual se dictaron normas orgánicas sobre ordenamiento territorial. A pesar de la expectativa que su expedición generó<sup>6</sup>, la nueva Ley no se refirió a la creación de las entidades territoriales indígenas, sino que en el parágrafo 2 de su artículo 37 señaló un plazo de diez (10) meses contados a partir de su entrada en vigencia<sup>7</sup> para que el Gobierno Nacional presentara al Congreso de la República el proyecto de ley especial que reglamentara lo relativo a la conformación de este tipo especial de entidad territorial.

Además, la Ley 1454 de 2011 ha sido descrita por expertos como una norma incompleta que no desarrolló los asuntos de organización territorial esperados. Así lo señaló la profesora Robledo Silva: “esta ley dista mucho de ser una ley orgánica de ordenamiento territorial, aunque así la haya titulado el Congreso de la República” (ROBLEDO. 2015, p.31).

Por lo anterior, ante la falta de agotamiento de la competencia legislativa para la conformación de las entidades territoriales indígenas, el Gobierno Nacional expidió los

---

*misma Carta supeditó su existencia a la expedición de la respectiva ley orgánica de ordenamiento territorial*”. Corte Constitucional. Sentencia C-921 de 2007.

<sup>4</sup> “En esta materia, resulta oportuno reiterar, tal y como lo ha señalado la Corte en diversas oportunidades, que actualmente existe una omisión legislativa absoluta en la regulación de las entidades territoriales indígenas y, por ende, un desconocimiento del mandato del artículo 329 de la Carta Política”. Corte Constitucional. Sentencia T-172 de 2019.

<sup>5</sup> Decreto 1953 de 2014.

<sup>6</sup> Parafraseando a ROBLEDO SILVA, PAULA. *Serie de documentos de trabajo N° 31. La Ley Orgánica De Ordenamiento Territorial ¿Una Asignatura Pendiente?*” (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015), p.3.

<sup>7</sup> El artículo 49 de la ley 1454 de 2011, refiere que “La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias”



decretos 1088 de 1993<sup>8</sup> y 1953 de 2014<sup>9</sup> en uso de su facultad reglamentaria. Con el primero se reconoció a los territorios indígenas y se reguló la creación de asociaciones de cabildos y autoridades tradicionales; con el segundo, se creó un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los territorios indígenas, bajo la atribución de competencias en materia de salud, educación, agua potable y saneamiento básico, además de la entrega de los recursos necesarios para ejercerlas de manera directa, previo requisito de autorización para la administración de estos recursos provenientes del sistema general de participaciones, para lo cual los pueblos indígenas deben designar un representante legal ante la Dirección de Asuntos indígenas del Ministerio del Interior, entidad que cumple la labor de certificación (Robledo 2015.p:29)..

De ahí que la Dirección de asuntos indígenas, Rom, y minorías, del Ministerio del Interior, expidiera la circular externa Nro. CIR15-00000018-DAI-2200<sup>10</sup>, que fijó los requisitos estándar de inscripción en el registro de los representantes legales, consejos indígenas u órganos similares, para todas las comunidades y asociaciones indígenas que pretendan administrar y ejecutar los recursos propios, en aplicación del decreto 1953 de 2014<sup>11</sup>.

Ahora bien, una vez establecida la posibilidad jurídica de existencia de las entidades territoriales indígenas en Colombia, se determinará si respecto al incumplimiento de este mandato constitucional se configura una omisión legislativa por parte del Congreso de la República.

## **EXISTENCIA DE LA OMISIÓN LEGISLATIVA**

### **A. De la configuración de la omisión legislativa por parte del Congreso de la Republica.**

Como consecuencia de que la llamada Ley de Ordenamiento Territorial —Ley 1454 de 2011— no regulara la conformación de las entidades territoriales indígenas, fue objeto de control de constitucionalidad ante la Corte Constitucional. El órgano colegiado se declaró inhibido mediante la sentencia C-489 de 2012, al concluir la imposibilidad de referirse de fondo ante la existencia de una omisión legislativa absoluta, y exhortó al Gobierno Nacional

---

<sup>8</sup> Decreto 1088 de 1993 “por el cual se regula la creación de asociaciones de cabildos y autoridades tradicionales”.

<sup>9</sup> Decreto 1953 de 2014 “por el cual se crea un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los Territorios Indígenas respecto de la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas hasta que el Congreso expida la ley de qué trata el artículo 329 de la Constitución Política”.

<sup>10</sup> Registro de Representantes Legales, Consejos Indígenas u órganos similares de Gobierno Propio de los Resguardos y Territorios Indígenas, y de Representantes Legales de las Asociaciones de Territorios, en el marco del Decreto N°. 1953 del 07 de octubre de 2014.

<sup>11</sup> Decreto 1953 de 2014 “Por el cual se crea un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los Territorios Indígenas respecto de la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas hasta que el Congreso expida la ley de qué trata el artículo 329 de la Constitución Política”.

y al Congreso de la República para que regularan lo concerniente (CC. Sent.C- 489 de 2012).<sup>12</sup>.

Ante la parte resolutive de la sentencia C-489 de 2012, nos permitimos manifestar nuestro desacuerdo, por las razones que en adelante desarrollaremos, no sin antes exponer el concepto de omisión legislativa.

### **1. Definición del concepto de omisión legislativa.**

Hablar de omisión legislativa supone la existencia de una tensión entre dos elementos: por un lado, el principio democrático que faculta al Congreso de la República para legislar<sup>13</sup>, y por el otro, los derechos que pueden resultar afectados ante la espera de que el legislador desarrolle sus deberes constitucionales, como ocurre en el problema jurídico que nos ocupa.

La omisión legislativa genera interrogantes como la falta de la suficiente fuerza normativa por parte de la Constitución Política para hacer que las instituciones desarrollen sus mandatos constitucionales. En otras palabras, ¿es aceptable que en Colombia el legislador tenga la facultad de cumplir o no con lo ordenado de manera precisa por el texto que supuestamente es la norma de normas, bajo el principio de supremacía constitucional?

Por lo anterior, se considera que para lograr un concepto de omisión legislativa es necesario acudir a las tesis presentadas por la doctrina. Así, por ejemplo, el doctor Ramiro Pazos Guerrero desarrolló en su investigación doctoral las tipologías de tesis de la omisión legislativa, que nos permitimos señalar a continuación (Pazos, 2016. P.348).

Desde el punto de vista de la tesis obligacionista<sup>14</sup>, Fernández Rodríguez describe el fenómeno como la “falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación”(Fernández 2016. P.351).. Por su parte, Gómez Puente afirma que la “omisión (...) no es un simple no hacer, sino que consiste en un no hacer algo normativamente determinado. Se requeriría así la presencia de un deber jurídico de legislar respecto del cual la conducta pasiva del legislador resulte jurídicamente incompatible para que esta pudiera ser calificada de omisión o inactividad legislativa” (CGomez Sf. p. 19).

---

<sup>12</sup> Corte Constitucional. Sentencia C- 489 de 2012.

<sup>13</sup> Denominado por Ramiro De Jesús Pazos Guerrero como “principio de libre configuración legislativa”: EL CONTROL DE LA OMISIÓN DE DESARROLLO LEGISLATIVO FRENTE A LOS DERECHOS SOCIALES: EL CASO COLOMBIANO. Tesis, Universidad Carlos III de Madrid Getafe, 2016. P.13.

<sup>14</sup> PAZOS GUERRERO RAMIRO DE JESÚS. El control de la omisión de desarrollo legislativo frente a los derechos sociales: el caso colombiano. Tesis, Universidad Carlos III de Madrid Getafe, 2016. P.348.

De los conceptos anteriores, es posible comprender que el centro de la tesis obligacionista es establecer la existencia de una obligación emanada de la Constitución Política que vincula al Legislador con un deber de hacer, de tal suerte que la omisión legislativa es “todo incumplimiento por parte del legislador de un deber de acción expresamente señalado por el constituyente”(CC.Sent.C-543 de octubre 16 de 1996)<sup>15</sup>. Explica Pazos Guerrero que, “*según la tesis obligacionista, el quebrantamiento de la Constitución se origina por el solo hecho de la inejecución inconstitucional de un mandato imperativo; dicha inactividad es siempre lesiva porque atenta contra un ámbito de desarrollo legislativo. Por lo tanto, según este modelo, la inconstitucionalidad por omisión se imprecisa a todo comportamiento silente que desconozca los mandatos constitucionales*” (Pasos, 2016. P.360).

En segundo lugar, la posición doctrinaria<sup>16</sup> de la tesis normativista “concentra el objeto del control de la omisión legislativa, no en la censura del silencio en sí mismo de un mandato constitucional, porque la inactividad del legislador es incluso políticamente válida frente a normas permisivas, sino en los efectos normativos implícitos que involucra, los cuales pueden atentar contra la Constitución; en otras palabras, el objeto de control no es la inejecución constitucional de un encargo, esto es el incumplimiento de su deber de legislar”<sup>17</sup>, sino los efectos jurídicos derivados de la decisión de no legislar.

Esta tesis niega la existencia de un vacío normativo, pues considera que el hecho de que el legislador no profiera la respectiva ley no significa que la materia a regular esté inerte, sino por el contrario, ha adoptado un desarrollo contrario a lo esperado en el proyecto Constitucional. La doctrina lo explica así: “Por ende, si el Legislador no expide una normatividad sobre un tema, ello no significa que la materia deje de estar regulada, sino que su regulación es diferente a la que existiría de haber sido expedida la correspondiente

---

<sup>15</sup> Corte Constitucional, sentencia C-543 de octubre 16 de 1996. cit. por: Pazos Guerrero Ramiro De Jesús. El control de la omisión de desarrollo legislativo frente a los derechos sociales: el caso colombiano. Tesis, Universidad Carlos III de Madrid Getafe, 2016. P.352.

<sup>16</sup> Esta tesis tiene origen en la doctrina italiana: Branca, expresidente de la Corte Costituzionale, haciendo referencia a la sentencia No. 62 de 1971, a través de una comunicación presentada a la Accademia de Lincei de Roma en 1972, se interrogaba sobre, si ¿se puede anular una ley (o una parte) no escrita?, a lo que respondía que, la Corte si podía hacerlo, a condición de superar la objeción de que esta solo se pronunciaba frente a acuerdos escritos y, de esta manera, aceptaría que las normas se encuentren contenidas en reglas no escritas. Cfr. BRANCA, Giuseppe, “Caratteristiche e funzionedeigiudizi di legittimità costituzionale”, en Relazione dell Accademia dei Lincei, 1972, citado por Francisco Fernández Segado, op. cit., p. 34. cit. por: Pazos Guerrero Ramiro De Jesús. El control de la omisión de desarrollo legislativo frente a los derechos sociales: el caso colombiano. Tesis, Universidad Carlos III de Madrid Getafe, 2016. P.p.360 - 361.

<sup>17</sup> La Corte Constitucional colombiana, en varios pronunciamientos, ha advertido sobre la gravedad que implica la falta de desarrollo de los mandatos constitucionales, puesto que está en peligro su valor normativo y la efectividad de las decisiones del constituyente. Ha afirmado: “Las normas constitucionales no deben correr el riesgo de quedarse escritas, porque ello llevaría indefectiblemente a la pérdida de su valor normativo, y a la renuncia de la pretensión de reformar la estructura social para alcanzar los valores y fines inspiradores del ordenamiento constitucional (Preámbulo C.P.). Los fines esenciales del Estado (art. 2° C.P.), imponen al órgano legislativo el deber de llevar a cabo, en un plazo razonable, las reformas y desarrollos legales necesarios para garantizar la efectividad de las decisiones del constituyente. De no hacerlo, se incurriría en una inconstitucionalidad por omisión cuya gravedad puede medirse considerando los derechos individuales y sociales que en este caso sólo adquirirían la aplicabilidad inmediata a partir de la adopción de la norma legal.” Corte Constitucional, sentencia T-081 de febrero 26 de 1993. Otros pronunciamientos son los siguientes: Corte constitucional, sentencia C-247 de junio 1 de 1995; sentencia C-536 de noviembre 23 de 1995; sentencia C-098 de marzo 7 de 1996; sentencias C-543 de 1996 y C-745 de diciembre 2 de 1998. cit. por: PAZOS GUERRERO, RAMIRO. “El control de la omisión de desarrollo legislativo frente a los derechos sociales: el caso colombiano”, tesis. (Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2016), p.361.

legislación. La conclusión es entonces obvia: las omisiones legislativas absolutas tienen efectos normativos implícitos, pues la ausencia de texto legal produce normas”<sup>18</sup>.

Recopilando lo anterior y extrayendo los postulados de la tesis obligacionista y la normativista, se observa que las dos no resultan excluyentes, sino que por el contrario es válido la integración de estas, pues es posible que la omisión del legislador genere situaciones contrarias a lo pretendido por la Constitución y que además estos efectos implícitos vulneren derechos fundamentales o intereses jurídicamente protegidos<sup>19</sup>.

Ahora bien, existen además dos tipos de omisiones legislativas, unas denominadas relativas y otras absolutas, tal como las definió la Corte Constitucional en sentencia C-489 de 2012. La omisión relativa tiene lugar cuando es posible constatar la ausencia de legislación a través de la comparación entre la Constitución y una norma o conjunto de normas establecidas previamente por el legislador; por el contrario, la absoluta se verifica cuando existe ausencia total de legislación y no se cuenta con un parámetro normativo para realizar el control; en tales casos, la demanda no procede porque la Corte carece de competencia para realizarlo.

En el caso de la conformación de las entidades territoriales indígenas, la Corte Constitucional ha sostenido la existencia de una omisión absoluta, exhortando al Congreso de la República y al Gobierno Nacional mediante las sentencias C-489 de 2012<sup>20</sup> y T-172 de 2012<sup>21</sup> para que regulen lo concerniente a su conformación.

En la primera de esas providencias se analizó la constitucionalidad de la Ley 1454 de 2011, y la Corte interpretó los cargos propuestos por los demandantes para organizarlos en tres cargos, a saber, “Primer Cargo: Desconocimiento del Congreso de la República del pluralismo y el respeto a la identidad cultural regional consagrada en el preámbulo y en el artículo 1° de la Constitución política; Segundo Cargo: Omisión del Congreso de la República al no desarrollar lo contenido en los artículos 307 y 329 superiores en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, Ley 1454 de 2011; y Tercer Cargo: Vicios de procedimiento en su formación”<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> Aclaración de voto de los magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero. Sentencia C-543 de 1996. *Ibidem*, p.362.

<sup>19</sup> “[...] no es posible identificar solamente el incumplimiento del deber de legislar, como lo plantea la tesis obligacionista, para identificar la inconstitucionalidad de la omisión, pues de ser así, se podría llegar a concluir, sin un sustento sólido, que desde el punto de vista del instituto de responsabilidad por daños, una infracción de un deber constitucional de legislar constituiría de por sí una falla en el servicio legislativo. Por el contrario, de lo que se trata es de sostener una convergencia de las dos corrientes: la verificación de la infracción de un deber de producción positivo del legislador, por un lado, y de una situación contraria a la Constitución y al derecho internacional que por sus efectos antijurídicos afecta negativamente a un derecho fundamental o a un interés jurídicamente protegido, por otro”. En, PAZOS GUERRERO, RAMIRO. *“El control de la omisión de desarrollo legislativo frente a los derechos sociales: el caso colombiano”*, tesis. (Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2016), p.377.

<sup>20</sup> Corte Constitucional. Sentencia C- 489 de junio 27 de 2012, MP: Adriana María Guillén Arango.

<sup>21</sup> Corte Constitucional. Sentencia T -172 de abril 24 de 2019, MP: Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>22</sup> Corte Constitucional. Sentencia C- 489 de 2012.

Sin embargo, la Corte desestimó y se declaró inhibida para pronunciarse de fondo acerca del cargo número tres, consistente en los vicios de procedimiento en la formación de la Ley 1454 de 2011, aduciendo falta de claridad, certeza, pertinencia, especificidad y suficiencia en la demanda, “ya que la sola acusación de un precepto legal con la indicación de los dispositivos superiores y legales en apariencia infringidos, no satisface los requisitos de procedibilidad del juicio de constitucionalidad en materia de forma, que permitan al juzgador determinar si en realidad existe una oposición objetiva y verificable entre el procedimiento surtido por la ley y el trámite ordenado por la Constitución Política” CC.Sent- 1454-2011).

Por ello, el estudio de constitucionalidad se centró en los dos primeros cargos, pero por su importancia para el presente escrito se hará mención del cargo número tres en relación con el mandato del artículo 329 superior.

En la sentencia en estudio –C-489 de 2012— la Corte Constitucional negó la existencia de una omisión relativa y ahondó en la existencia de una omisión absoluta por considerar que respecto de las entidades territoriales indígenas existe regulación precaria que no permite inferir que se hubiese presentado un desarrollo integral y pleno del artículo 329 Constitucional.

Además, la Corte refirió que las materias propias de la ley orgánica de ordenamiento territorial pueden estar contenidas en diversas leyes y no tienen por qué estar reguladas en un documento legal único<sup>23</sup>. En palabras de la Corte:

“i) las materias sujetas a reserva de Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial (LOOT) y especialmente lo referente a las regiones como entidades territoriales y las entidades territoriales indígenas; en segundo término (ii) la Corte estudiará con base en la doctrina y la jurisprudencia constitucional el tema de la inconstitucionalidad por omisión legislativa; y por último (iii) la Corte verificará por qué razón en la Ley 1454 de 2011 el legislador incurrió en una omisión legislativa absoluta al no regular los contenidos establecidos en los artículos 307 y 329 de la Constitución que daría lugar a que en este caso se tenga que proferir una decisión inhibitoria” (CC.Sent. C- 489 de 2012).

Ahora bien, para el desarrollo del objeto de este artículo nos interesamos por conocer el tercer ítem, que explica los argumentos jurídicos para la configuración de la omisión legislativa absoluta, como quiera que éste fue el criterio para adoptar el fallo de inhibición, partiendo de la base de que ante la carencia del desarrollo del artículo 320 Constitucional, no existe una ley que se emplee como parámetro de control de constitucionalidad.

La Corte afirmó que la Ley 1454 de 2011 excluyó lo referente a la regulación de las entidades territoriales indígenas ya que no se establecieron en el cuerpo normativo

---

<sup>23</sup> Parafraseando el argumento del 2.8.2 de la sentencia C- 489 de 2012.

mentado disposiciones que regularan el tema, sino se remiten a posteriores desarrollos normativos. Así fue, por ejemplo, respecto a las entidades territoriales indígenas en el parágrafo segundo del artículo 37 donde se indica que en virtud de lo que establece el artículo 329 de la Constitución Política: El Gobierno Nacional presentará al Congreso de la República, dentro de los diez (10) meses siguientes a la vigencia de la presente ley **el proyecto de ley especial que reglamente lo relativo a la conformación de las Entidades Territoriales Indígenas**<sup>24</sup> acogiendo los principios de participación democrática, autonomía y territorio, en estricto cumplimiento de los mecanismos especiales de consulta previa, con la participación de los representantes de las comunidades indígenas y de las comunidades afectadas o beneficiadas en dicho proceso” (CC.Sent. Op.cit.).

No es factible considerar que con la disposición remisoría se agotara la conformación de las entidades territoriales indígenas. Por el contrario, se reafirma la ausencia total de legislación, no sujeta a control por parte de la Corte Constitución, resolviendo inhibirse.

En el mismo fallo se afirma que en los asuntos de omisión legislativa absoluta y más específicamente en el caso de las entidades territoriales indígenas, el legislador decidió postergar su regulación, atendiendo a la conveniencia política y a los principios de gradualidad, progresividad y flexibilidad (numeral 10º del artículo 3) que se establecen como principios de la Ley 1454 de 2011; sin embargo, la Corte no explica cuáles son los criterios de conveniencia política que en su entender limitaron la conformación de las entidades territoriales indígenas.

Cabe preguntarse acerca del alcance de la figura de un fallo inhibitorio, para lo cual se acude a la explicación acerca de la naturaleza de una providencia inhibitoria, desarrollada por la Corte de la siguiente manera en la sentencia C-666 de 1996:

“En lo relativo a providencias judiciales, se denominan **inhibitorias**<sup>25</sup> aquellas en cuya virtud, por diversas causas, el juez pone fin a una etapa del proceso, pero en realidad se abstiene de penetrar en la materia del asunto que se le plantea dejando de adoptar resolución de mérito, esto es, "resolviendo" apenas formalmente, de lo cual resulta que el problema que ante él ha sido llevado queda en el mismo estado inicial. La indefinición subsiste” (CC, Sent. C- 666 de noviembre 30 de 1996).

Este esfuerzo debe demostrar la falta de claridad de los argumentos expuestos, pues pareciera que la Corte manifestara con su decisión de declararse inhibida que la demanda frente al cargo número tres<sup>26</sup> no cumple con los requisitos de precisión y claridad, pero también declara la existencia de la omisión legislativa absoluta y sin embargo exhorta al Congreso y Gobierno Nacional para la conformación de las entidades territoriales indígenas, lo que

---

<sup>24</sup> Énfasis original.

<sup>25</sup> Énfasis original.

<sup>26</sup> Mandato imperativo del artículo 329 Constitucional, de conformación de las entidades territoriales indígenas.

equivale a mezclar tres argumentos contradictorios entre sí. Al respecto, siguiendo a la doctrina especializada se observa que:

“[...] la decisión contenida en la sentencia C-489 de 2012 de la Corte Constitucional está viciada de errores argumentativos graves, incoherencias insoslayables y resultados imperdonables. La omisión demandada no es, desde ningún punto de vista, una omisión absoluta. Por ello, y porque en palabras de la misma Corte los cargos reúnen los requisitos necesarios, el fallo no debió ser inhibitorio y el tribunal debió pronunciarse de fondo” (Baena 2015, P. 128)

En todo caso, los resultados anteriores permiten señalar que si bien es cierto que la Corte Constitucional declaró la omisión legislativa absoluta y exhortó al Congreso para que en forma coordinada con el Gobierno Nacional atendieran tal mandato de desarrollo legislativo esta actuación no fue suficiente, pues la Corte, al no pronunciarse de fondo, ignoró la existencia de vulneración de derechos que afectan a los pueblos indígenas en Colombia. Por ese motivo no es posible afirmar que la omisión del Legislador no genera efecto alguno, pues ello equivaldría a suponer que es posible congelar la vida de 1.905.617 de indígenas que viven en Colombia de acuerdo con el censo nacional de población y vivienda realizado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística con corte al año 2018 y que corresponde a un 4,4% del total de la población colombiana<sup>27</sup>.

## **2. El déficit de regulación legal de las entidades territoriales indígenas.**

Como se ha reiterado, cuando se revisa el artículo 286 de la Constitución Política encontramos que hace referencia a la existencia aparente de las entidades territoriales indígenas, pero más adelante, en el artículo 329 de la norma suprema se establece que su conformación se realizará por conducto de una ley de ordenamiento territorial. Por ende, puede afirmarse que la expedición de la Ley 1454 de 2011 generó una mera expectativa de su conformación, pues el Legislador no desarrolló tal mandato delegado por el Constituyente de 1991 sino que continuó postergando la conformación de esta tipología de entidad territorial.

No obstante, el hecho de que las entidades territoriales indígenas no existan en Colombia no significa que las comunidades indígenas estén congeladas en el tiempo, bajo la figura de la tela de Penélope—término empleado por el profesor Augusto Hernández Becerra— sino que, por el contrario, el Gobierno Nacional ha hecho uso de la facultad entregada por el artículo 56 Transitorio Constitucional y ha regulado el funcionamiento y administración de los recursos de los territorios indígenas mediante decretos. (Hernández 2013), p.81.)

Con referencia a esta normativa reglamentaria, el Ejecutivo ha reglamentado la actividad de los territorios indígenas principalmente con dos decretos: el primero es el Decreto 1088 de 1993 que se refirió a la creación de asociaciones de cabildos y autoridades tradicionales

---

<sup>27</sup> Tomado de <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/demografia-y-poblacion/grupos-etnicos/informacion-tecnica>.

como primer paso hacia el reconocimiento de los Territorios Indígenas; posteriormente, se expidió el Decreto 1953 de 2014 por medio del cual se creó el Régimen Especial de Funcionamiento de los Territorios Indígenas respecto de la administración de los sistemas propios. Es de resaltar que el acápite de consideraciones de los dos decretos, se reconoce tal competencia de regulación “hasta que el Congreso expida la ley de que trata el artículo 329 de la Constitución Política” (¿??).

Como avance al aparente concepto de autonomía para los territorios indígenas, el Decreto 1953 de 2014 les otorgó la posibilidad de administrar los recursos transferidos del Sistema General de Participaciones – SGP para asuntos de salud, educación, agua potable y saneamiento básico, previo cumplimiento de requisitos exigidos por el Ministerio del Interior bajo la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías. Ante el incumplimiento de los requisitos, dispuso que la ejecución de estos recursos se realizara a través de los contratos de administración con la entidad territorial del orden municipal al cual pertenecen.

Ante esta realidad, nos permitimos manifestar que si bien es cierto ante la desidia del Legislativo, el Gobierno ha intentado dar operatividad a la categoría de las entidades territoriales indígenas, principalmente con los decretos 1088 de 1993 y 1953 de 2014, así éstas no existan legalmente en Colombia, esa reglamentación ha desconocido garantías y derechos, razón por lo cual la Corte Constitucional, en hora buena, ha marcado jurisprudencia de protección a los pueblos indígenas y recientemente ordenó<sup>28</sup> a la Dirección de Asuntos indígenas del Ministerio del Interior que adecue sus procedimientos, teniendo en cuenta la particularidad de cada pueblo indígena y no a las formas de organización impuestas por occidente<sup>29</sup>. Además, el tribunal Constitucional, ha exhortado<sup>30</sup> al Congreso de la República para que cumpla con el desarrollo del artículo 329 superior.

Con esto se quiere decir que la intención de regulación de los territorios indígenas por parte del Gobierno es aceptada, pues si este no lo hace, ¿quién? Es cierto que la omisión legislativa es grave pero ante la realidad de la nula intención de suplirla por parte del Congreso, peor sería el escenario en el que tal facultad de puesta en funcionamiento de las entidades territoriales indígenas fuese únicamente del Legislador, pues así no habría realmente nada y los pueblos indígenas estarían en peores problemas de los que ya están, por lo cual la intervención de la Corte es afortunada porque garantiza sus derechos.

---

<sup>28</sup> En relación al pueblo indígena Wayuu. Ver sentencia T- 172 de 2019.

<sup>29</sup> Término empleado por el profesor BAENA CARRILLO, quien precisa: “Valga aclarar, desde este momento inaugural, que cuando se emplee el vocablo *Occidente* se hará alusión no a un punto geográfico sino a una larga tradición cultural que se remonta a Grecia, aunque no se quiere descartar la posibilidad – seguramente explorada de sobra por los historiadores- de que nuestra cultura tenga su raíz esencial en alguna civilización mucho más antigua. A ese Occidente le es impuesta la mayúscula no porque se le atribuyan rasgos de superioridad sino por facilidad expresiva, y también podrá referírsele como *cultura mayoritaria*, en la medida en que es aquella que impera geográfica y demográficamente sobre el plante Tierra hoy por hoy, como *discurso hegemónico*, en el sentido de que representa la visión del mundo – la cosmovisión- dominante en el globo”. Ver, BAENA CARRILLO, SAMUEL. “La autonomía reforzada: una solución pragmática al colonialismo estructural en Colombia”. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia,2016). p, 15, anotación a pie de página n.º 4.

<sup>30</sup> Sentencias C-489 de 2012 y T-172 de 2019.



Así las cosas, y ante la observancia de efectos ocasionados por la omisión del Legislador en la conformación de las entidades territoriales indígenas, nos proponemos presentar el marco normativo del registro de comunidades y asociaciones indígenas que pretendan administrar de manera directa los recursos asignados del sistema general de participaciones y la intervención de garante por parte de la Corte Constitucional.

## **DEL ACCIONAR DEL PODER EJECUTIVO Y JUDICIALANTE LA OMISION LEGISLATIVA**

El silencio del Legislador frente a la conformación de las entidades territoriales indígenas no significa que los habitantes de estos territorios no tengan necesidades y derechos que deben ser atendidos por el Estado Colombiano.

Así, desde el año 1991 hasta la actualidad y en uso de su potestad reglamentaria, el Gobierno Nacional ha creado herramientas jurídicas para que las comunidades indígenas “funcionen”, aunque la categoría constitucional de entidades territoriales indígenas no tenga vida jurídica real.

Sin embargo, esta potestad ha sido desplegada de forma desproporcional al mandato Constitucional, pues tal reglamentación debe estar sujeta a los usos y costumbres de las comunidades.

Si bien es cierto que la actuación del ejecutivo se encuentra dentro del marco de la Constitución y la Ley ha sido equivocada porque tal reglamentación ha impuesto formas de organización reconocidas por la cultura mayoritaria y no ha tenido en cuenta la particularidad de cada pueblo indígena para tal fin. Lo anterior ha generado problemas de asimilación de culturas y rompimiento de la unidad indígena dentro de sus mismas comunidades, por la búsqueda del registro de sus autoridades ante la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom, y Minorías, del Ministerio del Interior, documento requerido para ser administradores directos de los recursos transferidos por el sistema general de participaciones.

Lo anterior nos obliga a detenernos en el estudio y exposición de casos que demuestran la ocurrencia de estos efectos, por lo que iniciaremos con el desarrollo de las normas creadas por el ejecutivo.

### **1. Normativa reglamentaria**

El funcionamiento de los territorios indígenas se encuentra reglado por decretos, circulares, y directivas presidenciales, expedidos por el gobierno nacional, bajo el ejercicio de la facultad transitoria del artículo 56 constitucional, la cual se agota cuando el Congreso expida la ley de conformación de las entidades territoriales indígenas.

Así las cosas, con fundamento en el artículo 56 transitorio, el gobierno nacional ha dictado los decretos 1088 de 10 de junio de 1993, 1953 de 7 de octubre de 2014, 2333 de 19 de noviembre de 2014, 2719 de 26 de diciembre de 2014 y 632 de 10 de abril de 2018.

Por su parte el Ministerio del Interior, con ocasión del Decreto – Ley 2893 de 11 de agosto de 2011, asumió dentro del marco de sus competencias, la formulación, adopción, dirección, coordinación y ejecución de la política pública, planes, programas y proyectos en materia de asuntos étnicos, entre otras; creando dentro de su estructura la Dirección de asuntos indígenas, Rom y minorías, adscrita al despacho del Viceministro para la participación e igualdad de derechos; oficina que entre otras funciones es la encargada del registro de los censos de población, de las autoridades y asociaciones indígenas<sup>31</sup>.

Por tal razón, la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom, y Minorías ha expedido varias circulares externas, como por ejemplo la Nro. CIR15-00000018-DAI-2200 de 11 de marzo de 2015, como regulación del decreto 1953 del 7 de octubre de 2014. En ese mismo sentido, la presidencia de la República profirió la directiva presidencial 01 del 26 de marzo de 2010 sobre consulta previa para territorios indígenas, entre otras.

Ahora con el propósito de conocer los temas objeto de regulación de las normas citadas, se presenta el siguiente cuadro:

Cuadro Nro.1.

<b>NÚMERO Y FECHA DE DECRETO</b>	<b>MINISTERIO DE COMPETENCIA</b>	<b>ASUNTO QUE REGULA</b>
Nro.1088 de 10 de junio de 1993	Ministerio del Interior	Regula la creación de los Cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas.
Nro.1953 de 7 de octubre de 2014,		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.
Nro.2333 de 19 de noviembre de 2014		Estableció los mecanismos para la efectiva protección y seguridad jurídica de las tierras y territorios ocupados o poseídos ancestralmente y/lo tradicionalmente por los pueblos indígenas acorde a lo dispuesto

<sup>31</sup> “8. Llevar el registro de los censos de población de comunidades indígenas y de los resguardos indígenas y las comunidades reconocidas, de las autoridades tradicionales indígenas reconocidas por la respectiva comunidad y de las asociaciones de autoridades tradicionales o cabildos indígenas y su actualización”. Numeral 8 del artículo 13 del decreto – ley 2893 de 11 de agosto de 2011.

		en los artículos 13 y 14 del Convenio 169 de la OIT.
Nro.2719 de 26 de diciembre de 2014		Define los parámetros y el procedimiento que los Resguardos Indígenas deberán cumplir para acreditar la experiencia y/o buenas prácticas como requisito para la ejecución directa de los recursos de la Asignación Especial del Sistema General de Participaciones.
Nro. 632 de 10 de abril de 2018		Dicta normas fiscales y demás necesarias para poner en funcionamiento los territorios indígenas ubicados en áreas no municipalizadas de los departamentos de Amazonas, Guainía y Vaupés.

Fuente de elaboración propia.

Los anteriores decretos han sido desarrollados para su ejecución a través de circulares externas expedidas por la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom, y Minorías, las cuales se presentan en el cuadro Nro.2:

Cuadro Nro.2

<b>Número de la circular externa</b>	<b>Entidad que la expide</b>	<b>Asunto que regula</b>
CIR14-000000038-DAI-2200 de 19 de septiembre de 2014	Dirección de Asuntos Indígenas, Rom, y Minorías, del Ministerio del Interior	Por medio de la cual se dan instrucciones respecto del trámite que deben seguir las autoridades y/o cabildos indígenas para efectos de presentación y actualización de los listados censales de sus respectivas comunidades y resguardos.
CIR15-000000018-DAI-2200, de fecha 11 de marzo de 2015		Dirigida para los resguardos y territorios indígenas, con el asunto de registro de representantes legales, consejos indígenas u órganos similares de gobierno propio de los resguardos y territorios indígenas, y de representantes legales de las asociaciones de territorios, en el

		marco del decreto 1953 del 7 de octubre de 2014.
CIR15-000000044-DAI-2200 de fecha 29 de diciembre de 2015		Dirigida para alcaldías, municipales, gobernaciones, autoridades y/o cabildos indígenas, instrucciones respecto del trámite que deben seguir las alcaldías municipales y gobernaciones departamentales para efectos de dar cumplimiento a las disposiciones contenidas en el artículo 3 de la ley 89 de 1890 frente a la posesión de sus cabildos o autoridades.
Circular Externa CIR18-44-DMI-1000 de 7 de noviembre de 2018		Por la cual se dan lineamientos para la solicitud de registro e inscripción del consejo indígena y su representante legal, para la aplicación de la solicitud de administración directa de la asignación especial del sistema general de participaciones para resguardos indígenas de conformidad al decreto 632 de 2018.

Fuente de elaboración propia.

En cuanto a las directivas presidenciales que se refieren a asuntos en relación con los territorios indígenas se tienen las siguientes:

Cuadro Nro. 3

<b>Número de la directiva presidencial</b>	<b>Entidad que la expide</b>	<b>Asunto que regula</b>
Nro.016 de 2006	Presidencia de la Republica	Política de Reconocimiento, protección y prevención de los pueblos de las comunidades indígenas – Ministerio de Defensa Nacional.

Nro.186 de 2009		Fortalecimiento de la Política de Reconocimiento, protección y prevención de las comunidades de los pueblos indígenas – Comando General Fuerzas Militares.
Nro. 01 de 2010		Garantía del derecho fundamental a la consulta previa de los grupos étnicos nacionales.

Con el anterior diagnóstico de la regulación vigente para los territorios indígenas se evidencia que estos, a pesar de que cuentan con un amplio componente de garantías en la Constitución Política no han sido desarrolladas por la ley sino que su funcionamiento está dado por la potestad reglamentaria, creada bajo los usos y costumbres de occidente, como lo expresa el profesor Samuel Baena Carrillo: *“La cultura mayoritaria aún no ha incorporado de todo en su sistema de valores el pluralismo y las culturas indígenas aún son víctimas individuales y colectivas de graves injerencias en sus modos de vida por parte de la cultura hegemónica”* ( Baena, 2016), p.110).

Y es que además, el decreto Nro.1953 de 2014, marco del funcionamiento de la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas, tiene reparos de su legalidad en razón de que para su expedición no se cumplió con el requisito de elaboración de la consulta previa<sup>32</sup>, a pesar de que el instrumento internacional del convenio 169 de 1989 en su artículo 6.1 contempla tal deber, en los casos cuando se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente<sup>33</sup>.

Así mismo lo afirma el doctor Alexander Sánchez Pérez, quien además critica, que el derecho fundamental a la consulta previa hubiese sido regulado por una directiva presidencial y no por una ley estatutaria:

---

<sup>32</sup> En desarrollo de lo previsto en el artículo 56 transitorio de la Constitución, el Gobierno nacional profirió el decreto-ley 1953 de 2014, mediante el cual se ponen en funcionamiento los Territorios Indígenas lo que supone que se les atribuyan competencias en materia de salud y educación, agua potable y saneamiento básico, y se les otorguen los recursos necesarios para ejercerlas de manera directa. No obstante, queda una duda ¿acaso este decreto, según lo señalado por el Convenio 169 de la OIT y por reiteradas sentencias de la Corte Constitucional, no requería que se hubiese realizado una consulta previa? En, ROBLEDOSILVA, PAULA. Serie de documentos de trabajo N° 31. La Ley Orgánica De Ordenamiento Territorial ¿Una Asignatura Pendiente?” (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015), p.29.

<sup>33</sup> Convenio 169 de 1989, adoptado en el marco de la 76.ª reunión de la Conferencia General de la OIT, adoptada en el derecho interno colombiano por la Ley 21 de 1991.

“Por tal razón, la configuración ontológica del convenio se edifica sobre la consulta previa, recurso idóneo de propiedades importantes que obliga al gobierno colombiano a consultar a los pueblos indígenas y tribales, mediante procedimientos apropiados cuando se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente. La Corte Constitucional ha manifestado que la consulta previa es un derecho de naturaleza fundamental que garantiza la participación y la integridad étnicas [...]” (Sánchez, 2012, p.177) .

Volviendo al tema de nuestro interés, y con el objetivo de concentrarnos en demostrar que el marco normativo creado por el ejecutivo que desconoce “el trasfondo teleológico de la pervivencia de las culturas originarias en Colombia” (Baena, 2016), p.120). , se cita el caso del procedimiento para el registro de sus autoridades, regido por la circular externa CIR15-000000018-DAI-2200<sup>34</sup> a cargo de la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior, en razón de su relevancia, como quiera que su acatamiento es un requisito de procedibilidad para el acceso a la administración directa de los recursos transferidos a los pueblos indígenas.

### **1.1 La circular externa CIR15-000000018-DAI-2200 de la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior.**

En primer lugar, se precisa que la naturaleza jurídica de las circulares externas se encuadra en las manifestaciones de la reserva de instrucción administrativa<sup>35</sup> junto con las directivas, protocolos, documentos Conpes, instrucciones y recomendaciones, catalogadas por la doctrina, como normas de derecho blando (soft law)<sup>36</sup>. Y en cuanto su alcance, la doctrina ha indicado que las circulares externas producen efectos vinculantes que se equiparan al grado de obligatoriedad de la ley<sup>37</sup>.

Así, establecido el carácter rígido de la circular CIR15-000000018-DAI-2200<sup>38</sup> se verifica que esta fue creada en el marco del decreto Nro. 1953 de 2014 y por lo cual estableció los requisitos para la inscripción en el registro de la Dirección de asuntos indígenas, rom y minorías, como requisito habilitante para aquellos resguardos y territorios indígenas que decidan participar voluntariamente en la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas, conformada por la asignación especial para los resguardos indígenas

<sup>34</sup> Circular externa CIR15-000000018-DAI-2200 de fecha 11 de marzo de 2015, expedida por la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior en desarrollo del decreto 1953 del 7 de octubre de 2014.

<sup>35</sup> “Para hablar de la facultad de uso de las normas de derecho blando por parte de las autoridades administrativas adoptaremos el término de *reserva de instrucción administrativa*. PEDRO COVIELLO lo denomina “reserva de la administración” cfr. “La denominada zona de reserva de la administración y el principio de legalidad administrativa”, REDA, n°. 23, 1996. Cfr. SÁNCHEZ. Ob.cit., p.25.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p.152.

<sup>37</sup> “No obstante, las circulares externas desbordan los linderos del ámbito interno de la administración y producen efectos externos vinculantes con relevancia jurídica, que se equiparan en su grado de obligatoriedad a la medida de vinculación de la ley [...]”. Ver SÁNCHEZ PÉREZ, ALEXANDER. “Las normas de derecho blando: un análisis jurídico de los efectos de la reserva de instrucción sobre el derecho territorial”. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012), p.125.

<sup>38</sup> Disponible en <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Desarrollo%20Territorial/circular%20018%20MI.pdf>

SGPRI, sistema educativo propio SEIP, sistema indígena de salud propio intercultural SISPI y agua potable y saneamiento básico.

La circular estableció requisitos separados pero muy parecidos para los territorios indígenas<sup>39</sup> y para las asociaciones de resguardos y territorios<sup>40</sup>, los cuales se resumen a continuación:

“[...] Para territorios indígenas

1. Acto administrativo expedido por el INCODER donde se certifique la puesta en funcionamiento del territorio indígena, artículo 5 del Decreto 1053 de 2014.
2. Acta de asamblea interna por cada territorio indígena interesado donde se manifieste la voluntad expresa de “administrar y ejecutar los recursos propios”, precisando su objeto (asignación especial para los resguardos indígenas SGPRI, sistema educativo propio SEIP, sistema indígena de salud propio intercultural SISPI y agua potable y saneamiento básico), designación del representante legal, consejo indígena, u órgano similar de gobierno propio, estableciendo en todo caso su vigencia. Para efectos de territorios que cuenten con comunidades indígenas dispersas será válida la presentación de un acta por cada comunidad ratificando la decisión de administrar sus recursos
3. Listado de asistencia suscrito por quienes participaron en la toma de decisiones, los cuales deben encontrarse ajustados a la composición social del territorio, según población certificada por el DANE y bajo la tradición, usos y costumbres.

Los resguardos indígenas legalmente constituidos por el INCORA o por INCODER podrán administrar y ejecutar los recursos de la asignación especial del SGP sin que surtan el trámite de puesta en funcionamiento como Territorios Indígenas, por tanto, el requisito No. 1 se entenderá cumplido con el acto administrativo de constitución y ampliación de ser el caso.

Para asociaciones de resguardos y territorios

Las asociaciones de resguardos y territorios en virtud de la norma serán “consideradas como personas jurídicas de derecho público especial”.

1. Acta de constitución de la asociación suscrita por los representantes legales de los respectivos territorios indígenas o resguardos legalmente constituidos.
2. Ejemplar de estatutos internos de la asociación.

---

<sup>39</sup> La circular CIR15-00000018-DAI-2200 define los territorios indígenas como “Territorio indígena: son las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígena y aquella que, aunque no se encuentren poseídos en esa forma, constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas y culturales (Artículo 2 decreto 2164 de 1995)”.

<sup>40</sup> La circular CIR15-00000018-DAI-2200 define la Asociación de resguardos y territorios indígenas, como “Agrupación de dos o más categorías territoriales de las enunciadas en el artículo 3 del decreto 1953 de 2014, previo cumplimiento de las exigencias legales y con plena observancia de la ley de origen y derecho propio de los pueblos indígenas que lo conforman para que desarrollen el objeto propuesto en la norma”.

3. Acto administrativo expedido por el INCODER donde se certifique la puesta en funcionamiento del territorio indígena. Los Resguardos indígenas legalmente constituidos por el INCORA o por INCODER podrán administrar y ejecutar los recursos de la asignación especial de SGP sin que surtan el trámite de puesta en funcionamiento como territorios indígenas, bastará el acto administrativo de constitución y de ampliación de ser el caso.
4. Acta de asamblea interna por cada resguardo o territorio indígena interesado donde se manifieste la voluntad de asociarse y de “Administrar y ejecutar los recursos propios”, así mismo la designación del Representante Legal, Consejo Indígena y órgano similar de Gobierno propio estableciendo su vigencia. Para efectos de territorios que cuenten con comunidades indígenas dispersas será válida la presentación de un acta por cada comunidad ratificando la decisión de administrar sus recursos.
5. Listado de asistencia suscrito por los comuneros que participaron en la toma de decisiones, los cuales deben encontrarse ajustados a la composición social del territorio según población certificada por el DANE y bajo la tradición, usos y costumbres.

Es de aclarar que las actas de asamblea y el listado de asistencia deben venir en original, con encabezado del tema a tratar y fecha de realización de la Asamblea [...]”.

Llama la atención que la circular CIR15-000000018-DAI-2200 pareciera reconocer la diversidad y particularidad de cada pueblo indígena; sin embargo, esto no es así, pues finalmente exige el cumplimiento uniforme de estos requisitos para todos los interesados, que ante la necesidad e importancia de administrar los recursos de la asignación especial para los resguardos indígenas<sup>41</sup> de manera directa, deciden cumplir con los documentos enlistados con carácter de regla así estos se encuentren en contravía de su propia forma de autogobierno, pues como se verá en el capítulo final de este escrito, no es posible pretender que el pueblo indígena Wayuu elija a sus representantes de la misma forma que lo realizan, por ejemplo, los pueblos indígenas del centro del país (Sánchez, 2012, p.146).

Y es que si no se tratara de la posibilidad de acceder a la administración directa de estos recursos no llamaría la atención de la misma forma, pues ante el escenario de la posibilidad de acceder a los recursos de forma directa y en paralelo a las necesidades básicas insatisfechas, estos pueblos indígenas han sufrido inclusive conflictos internos por la representación y fraccionamiento de un pueblo en varias comunidades, pues así,

---

<sup>41</sup> El Sistema General de Participaciones (SGP) corresponde a los recursos que la Nación transfiere, por mandato constitucional, a los departamentos, distritos y municipios, y a los resguardos indígenas para atender y financiar adecuadamente las competencias en la prestación de los servicios en salud, educación, agua potable y saneamiento básico y los denominados de propósito general. En, *“Orientaciones para la programación y ejecución de los recursos del Sistema General de Participaciones (SGP)”*. (Subdirección Territorial y de Inversión Pública Dirección de Inversiones y Finanzas Públicas Grupo de Financiamiento Territorial. Departamento Nacional de Planeación, 2017), p.14.

<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Inversiones%20y%20finanzas%20pblcas/Documentos%20GFT/3.%20Orientaciones%20SGP.pdf>



posteriormente pueden acudir a la figura de la asociatividad y ser beneficiarios de mayores recursos<sup>42</sup>.

Ahora, la distribución de los recursos de la asignación especial del sistema general de participaciones para los pueblos indígenas se realiza bajo la aplicación única del criterio del número de población en los territorios indígenas, desconociendo la dimensión de necesidades básicas insatisfechas de determinados pueblos, reproduciendo el statu quo de pobreza y desigualdad social de los más afectados, razón por la cual es necesario que se ajuste el criterio de asignación del monto de los recursos de la asignación especial, insertando las siguientes nuevas variables “el Índice de Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI), índice de ruralidad, una variable que mida una dimensión geográfica y el área de los resguardos indígenas<sup>43</sup>”.

Todo lo anterior se traduce en que el Ejecutivo se ha equivocado en la exigencia de este tipo de requisitos uniformes, pues nuevamente salta a la luz, “la imposición de límites fijados por la cultura mayoritaria a la autodeterminación de culturas minoritarias” (Baena, 2016, P.123).” y por estos casos es que si bien es cierto, ante la independencia y división de los poderes, no debería estar la Corte Constitucional ordenando al gobierno nacional la corrección de estos procedimientos y exhortando al Congreso para la conformación de las entidades territoriales indígenas, si resulta aplaudible tal intromisión, en razón que la garantía constitucional de los pueblos indígenas no puede quedar aplazada como sus derechos territoriales.

Cabe considerar por otra parte, que según información publicada por el departamento nacional de planeación, para el mes de julio de la presente anualidad, únicamente los siguientes resguardos indígenas han sido avalados para la ejecución directa de estos recursos “Cristiniana, Arhuaco de la Sierra, Kanjuano, Zenú San Andrés de Sotavento, Cabildo indígena de Rio Páez de Corinto, Totoró, Iroka, asociación de resguardos indígenas PACANDÉ (ARIP), Muellamuez, Asociación de resguardos Pijaos del Tolima (ARPIT)”, en contraste con los 838 resguardos indígenas acreditados<sup>44</sup>.

Esto significa que la excepción es que los resguardos indígenas obtengan la viabilidad de cumplimiento de los requisitos establecidos por el decreto 1953 de 2014, lo cual genera que la administración de los recursos provenientes de la asignación especial del sistema general

---

<sup>42</sup>Ver la intervención del municipio de Uribe en la tutela T-172 de 2019 “El Municipio resaltó la preocupación que existe en relación con el desorden en la organización y consolidación de las bases de datos de las comunidades asentadas en los resguardos de la Alta y Media Guajira. En particular, por la posesión descontrolada de autoridades de clanes distintos a los dominantes territorialmente, que generan conflictos y divisiones provocadas por líderes que presionan a las autoridades tradicionales para la afiliación a determinadas asociaciones, la creación de empresas y la firma de documentos para que terceros contraten en nombre de la comunidad”

<sup>43</sup> “Asignación especial del Sistema General de Participaciones para resguardos indígenas, una propuesta de distribución”. (Bogotá: Dirección de Inversiones y Finanzas Públicas (DIFP). Departamento Nacional de Planeación, 2017), p.3. Disponible en, <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Inversiones%20y%20finanzas%20pblcas/Documentos%20GFT/Bolet%C3%ADn%20resguardos%20ind%C3%ADgenas.pdf>

<sup>44</sup> “Distribución de los recursos del sistema general de participaciones. Distribución de las once doceavas para el municipio de Barrancominas, y de las seis onceavas para el resto de las entidades beneficiarias, de las participaciones para salud (salud pública), agua potable y saneamiento básico, propósito general y de las asignaciones especiales para programas de alimentación escolar y resguardos indígenas, vigencia 2020”. (Bogotá: Departamento Nacional de Planeación 2020) p.p, 31-32. Disponible en, <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Inversiones%20y%20finanzas%20pblcas/Documentos%20GFT/Distribuciones%20SGP/DD%20SGP-48-2020.pdf>

de participaciones se dirija con ocasión mediante el contrato de administración<sup>45</sup> de forma exclusiva por el alcalde o gobernador, excluyendo la posibilidad de intervención de las autoridades indígenas:

“La administración de los recursos es una atribución exclusiva del alcalde o gobernador, según el caso y, por lo tanto, las autoridades tradicionales y/o asociaciones de autoridades tradicionales indígenas no pueden coadministrar ni coordinar los procesos de contratación que se efectúen con cargo a dichos recursos” (DNP, 2017, p.25).

En esta perspectiva se comparte la afirmación de Samuel Baena Carrillo quien resalta que el decreto 1953 de 2014 incorporó un listado de principios generales de interpretación, como son “autonomía y libre autodeterminación, identidad cultural, reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, territorialidad, unidad, integralidad, universalidad, coordinación e interpretación cultural”, los cuales han quedado refundidos ante “el vicio de origen, consistente en la imposición de límites fijados por la cultura mayoritaria a la autodeterminación de culturas minoritarias” y además reproducido por la circular CIR15-000000018-DAI-2200. (Baena, 2016: p.12)

Como se denota, la temática de la asignación especial para los resguardos indígenas (AESGPRI) del sistema general de participaciones implica abarcar un amplio estudio, razón por la cual se deja la invitación al lector de interesarse por su desarrollo, como quiera que en este escrito resultaría irresponsable presentarlo de forma ligera.

Finalmente en este acápite, se concluye que la regulación actual que rige para los territorios indígenas carece también del principio democrático, en cuanto no fueron expedidos por el Congreso de la República, recreando situaciones diferentes a las planeadas en la Constitución de 1991, pues el objetivo era la conformación y puesta en funcionamiento de las entidades territoriales indígenas y no la perpetuidad a lo largo de 29 años de un artículo transitorio. Y es que a propósito, la razón de ser de estos artículos transitorios fue el permitir el tránsito de legislación y facilitar la implementación de las nuevas disposiciones constitucionales (Sánchez, 2012, p 150).

Por lo anterior y avizorando el papel de la Corte Constitucional mediante el uso de exhorto y decisiones de tutela para la protección de estas comunidades, se enfocarán las siguientes líneas en conocer estas actuaciones.

## **2. Actuar de la Corte Constitucional**

---

<sup>45</sup> “Artículo 34. ejecución de recursos de asignación especial no administrados por resguardos indígenas. En caso que un resguardo indígena no administre la asignación especial del Sistema General de Participaciones, o no se haya asociado con otros para administrarlos, su ejecución se realizará mediante la celebración de un contrato de administración suscrito entre la entidad territorial respectiva y el representante legal del resguardo designado por las autoridades propias” en decreto 1953 de 2014.

Previo a realizar el estudio del actuar de la Corte Constitucional en relación a las acciones de constitucionalidad y acciones de tutela en relación a las entidades territoriales indígenas, es importante indicar que este es un tribunal colegiado conformado por 9 magistrados, perteneciente a la rama judicial del poder público, creada por la Constitución de 1991, con el objetivo de “guardar la integridad y supremacía de la Carta Política<sup>46</sup>”.

En cuanto a las funciones de este tribunal constitucional, el artículo 241 de la Constitución Política establece un listado de 12 numerales, de los cuales por interés a este escrito, se resalta los numerales 4 “Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación” y 9. “Revisar, en la forma que determine la ley, las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela de los derechos constitucionales”<sup>47</sup>.

Así, en primer lugar se revisarán las decisiones por demandas de constitucionalidad adoptadas por la Corte Constitucional con el propósito de determinar si existe o no la presencia de activismo judicial y en segundo lugar, las de las acciones de tutela; en los dos casos, enfocado a la implementación dada por parte del gobierno nacional, en ejercicio de las competencias transitorias del artículo 56 constitucional.

## **2.1 Demandas de Constitucionalidad.**

### **Sentencia C-489 de 2012.**

La Corte Constitucional con ponencia de la magistrada Adriana María Guillén Arango profirió el 27 de junio de 2012 la sentencia C-489, por medio de la cual se estudió la demanda de inconstitucionalidad contra la ley 1454 de 2011 “por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones”.

En este caso, la demanda involucró la integridad de la ley orgánica de ordenamiento territorial (Ley 1454 de 2011). Esta norma se enmarca en el ejercicio de la actividad legislativa en materia de normas y disposiciones de carácter orgánico relativas a la organización política administrativa del Estado en el territorio, se establecen los principios rectores del ordenamiento, define el marco institucional e instrumentos para el desarrollo territorial, define competencias en materia de ordenamiento territorial entre la Nación, las entidades territoriales y las áreas metropolitanas y establece las normas generales para la organización territorial.

Sin embargo, esta ley no reguló la conformación de las regiones y provincias como entidades territoriales (Artículos 286 y 307 constitucionales) y la conformación de las entidades territoriales indígenas (Artículo 329 constitucional), lo que expone el riesgo de vulneración

---

<sup>46</sup> En <https://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/#funciones>

<sup>47</sup> Artículo 241 Constitución Política “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo.

de los principios constitucionales de la organización político administrativa del territorio colombiano, plasmados en el preámbulo y en los artículos 1°, 287, 307 y 329 de la Carta, además de la restricción del verdadero reconocimiento del pluralismo para el caso de los indígenas.

En cuanto a la decisión, la Corte Constitucional se declaró inhibida<sup>48</sup>, por considerar que en este caso se configura la omisión legislativa absoluta, pero a la vez exhortó al Congreso de la República y al Gobierno Nacional “para que regule lo concerniente a las regiones como entidades territoriales y expidan el proyecto de ley especial que reglamente lo relativo a la conformación de las Entidades Territoriales Indígenas<sup>49</sup>” Esto hizo que tres magistrados realizaran salvamento parcial de voto, al considerar que el fallo presenta una falta de técnica en el control de constitucionalidad, pues adujo un fallo inhibitorio pero al mismo tiempo propuso exhortaciones, las cuales presuponen un pronunciamiento de fondo por parte de la Corte<sup>50</sup>.

Por parte de la doctrina, como se indicó en párrafos anteriores, también se presentaron reproches similares a esta decisión, así, por ejemplo:

“La decisión es inesperada y contradictoria porque en la misma providencia la Corte afirma la relación de causalidad entre un cargo cierto, claro, específico, pertinente y suficiente, de una parte, y un pronunciamiento de fondo, que desde el punto de vista técnico, la declaración de inhibición no satisface” (Baena, 2016, p.115)..

Verificado esta decisión, llama ahora la atención la figura del exhorto que utilizó la Corte Constitucional para el Congreso de la República y Gobierno Nacional, con el objetivo de que estos expidan el proyecto de ley especial de conformación de las entidades territoriales indígenas. Y es que a través de sus sentencias, la Corte Constitucional ha empleado la figura del exhorto como una posible solución para que el Legislador supla sus omisiones legislativas.

---

<sup>48</sup> Concepto de fallo inhibitorio. “Decisiones judiciales inhibitorias son aquellas que, por diversas causas, ponen fin a una etapa procesal sin decidir de fondo el asunto que se le plantea al juez, es decir, sin adoptar resolución de mérito; por tanto, el problema que ha sido llevado a la justicia queda sin resolver, lo que implica que puede presentarse nuevamente ante la jurisdicción del Estado para su solución, salvo eventos especiales de caducidad o prescripción, que en principio no se presentan en la acción de inconstitucionalidad”. En Corte Constitucional. Sentencia C-258 de 2008.

<sup>49</sup> Corte Constitucional. Sentencia C- 489 de 2012.

<sup>50</sup> “La sentencia incurre en una grave contradicción lógica, jurídica y constitucional, al aceptar de una parte, que existe un cargo por omisión legislativa, para posteriormente al final de la sentencia evidenciar que lo que existe en este caso es una omisión legislativa absoluta, y por tanto, sostener que la Corte no puede entrar a pronunciarse de fondo al respecto y proponer una inhibición, acompañada de unas exhortaciones al Gobierno Nacional y al Congreso de la República para que se expida un proyecto de ley orgánica que regule lo concerniente a las regiones como entidades territoriales y las entidades territoriales indígenas, de conformidad con los artículos 307 y 329 de la CP. Además, la sentencia no aplica de manera correcta ni la doctrina, ni la jurisprudencia constitucional en esta materia, ya que con los errores que comete no diferencia entre la omisión legislativa relativa y la absoluta, y no aplica los criterios jurisprudenciales fijados pacífica y consolidadamente por esta Corte para determinar la existencia de cargo por omisión legislativa relativa, y a partir de ello entrar a analizar de manera correcta la prosperidad del cargo. También se evidencia otra falla grave de técnica de control de constitucionalidad, al proponer un fallo inhibitorio, y al mismo tiempo proponer exhortaciones al Congreso, cuando este tipo de exhortaciones presuponen necesariamente un pronunciamiento de fondo por parte de la Corte”. En salvamento parcial de voto del magistrado Luis Ernesto Vargas Silva a la sentencia C-489/12.

No obstante, en el caso particular de la conformación de las entidades territoriales indígenas, el exhorto no ha calado en la agenda legislativa; sin embargo, resulta importante revisar escritos dedicados a desarrollar la figura del exhorto.

Así, la doctora Andrea Celemín, presenta 3 fórmulas para dar tratamiento a las omisiones legislativas inconstitucionales. “A. Primera fórmula: el silencio del legislador no puede ser controlable por la jurisdicción constitucional, B. Segunda fórmula: el uso de las sentencias aditivas y C. Tercera fórmula: el exhorto al legislador (Celemín 2016, pp.7- 9)..

Al respecto, la primera teoría indica que en pro del principio democrático el tribunal constitucional debe abstenerse de actuar frente a la presencia de las omisiones legislativas. En cuanto a las sentencias aditivas se presenta la intervención del juez a través de la modulación de los fallos para perfeccionar la legislación incompleta, por lo cual su aplicación se emplea ante las omisiones legislativas relativas. Y en la tercera fórmula, la Corte mediante la figura del exhorto evidencia al órgano legislativo la existencia del vacío, para que este en uso de sus facultades profiera la (s) norma (s)<sup>51</sup>.

En cuanto al exhorto al Legislador, se verifica que la Corte Constitucional utiliza tres actitudes o formas diferentes para los exhortos: “A. *La Corte prudente: el efecto retórico del exhorto* y B. *La Corte imperativa: aleccionando al Congreso*, C. *La Corte activista: ¿desafiando la esfera del legislador?*” (Celemín 2016, pp.7- 9)

De esta clasificación propuesta por la doctrina especializada, se encuentra que el efecto retórico, se presenta cuando la Corte invita al legislador aquietar determinada situación de vacío legal, sin imponer un término perentorio y sin estudiar de fondo en el fallo los efectos que pueda generar la presencia de esa omisión. Así, se puede resumir en una actuación tímida y prudente de la Corte.

Por otra parte, la actitud imperativa del tribunal constitucional no se limita únicamente en aconsejar, sino que establece unos plazos para que el legislador cumpla con el mandato, además de referir ideas y/o argumentos en el fallo para suplir tal omisión.

---

<sup>51</sup> La autora explica las 3 teorías referidas de la siguiente forma:

A. Primera fórmula: el silencio del legislador no puede ser controlable por la jurisdicción constitucional

Una primera fórmula recomienda la abstención en los ordenamientos jurídicos de incluir recetas para controlar las omisiones legislativas mediante la intervención de los tribunales constitucionales. De acuerdo con esta postura, esta clase de intervenciones acarrea problemas sustanciales y procedimentales que redundan en afectaciones al principio democrático. [...]; esta recomendación teórica no ha tenido eco en el constitucionalismo colombiano.

B. Segunda fórmula: el uso de las sentencias aditivas

Una segunda fórmula utilizada a manera de remedio para solucionar las omisiones inconstitucionales, especialmente en los casos de las omisiones legislativas relativas, consiste en la posibilidad de que los tribunales constitucionales modulen sus fallos y perfeccionen la legislación incompleta, mediante el uso de las denominadas sentencias aditivas.

C. Tercera fórmula: el exhorto al legislador

Mediante esta herramienta las Cortes ponen en conocimiento del Parlamento la existencia del vacío que produce situaciones contrarias a la Constitución, con la finalidad de que este órgano, dentro de su competencia, proceda a proferir las leyes necesarias para remediar la situación, *Ibidem*, pp.7- 9.

En cuanto a la actitud activista es catalogada como injerencia en la esfera del Legislador, pues a pesar de que se emplea el exhorto, al mismo tiempo ordena decisiones de carácter aditivo e incorpora al texto lo necesario para completar la normativa deficitaria, así por ejemplo declara la inconstitucionalidad de la norma demandada, pero difiere ese efecto hasta determinada fecha, y además establece unas pautas o prerequisites para esa materia, mientras se cumpla el plazo para la vigencia del fallo inconstitucional o mientras el legislador cumpla con tal mandato de regulación<sup>52</sup>.

Ahora bien, para el caso de las entidades territoriales indígenas, la Corte en la sentencia C-489 de 2012 hace uso de la figura del exhorto bajo la actitud prudente al legislador, lo cual ha contribuido a que ocho años después de esa decisión, no se tenga tal desarrollo legislativo, sino que por el contrario, en la actualidad el funcionamiento de los territorios indígenas continúan bajo la potestad reglamentaria del Ejecutivo y como consecuencia la inexistencia jurídica de las entidades territoriales indígenas en Colombia.

De igual forma, en la sentencia de control de constitucionalidad C-617 de 2015, en la cual se declaró el decreto 1953 de 2014 ajustado al texto constitucional, se presentaron tres salvamentos de voto, quienes resaltaron la omisiva de incumplimiento del exhorto realizado en la sentencia C-489 de 2012 y además resaltaron la preocupación de la extensión de un régimen transitorio en indefinido para las entidades territoriales indígenas<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> "A. La Corte prudente: el efecto retórico del exhorto

La mayoría de las veces en las que la Corte Constitucional colombiana ha acudido a la figura del exhorto al legislador ha usado un tono discreto y prudente al poner en conocimiento la omisión legislativa, sin extender sus consideraciones a los efectos que esta produce respecto a la eficacia de la Constitución. En estas ocasiones se abstiene de elaborar un discurso imperativo en el que cuestione los límites a la esfera de lo político que la idea de la supremacía de la Constitución le impone al Parlamento, y más bien se dirige tímidamente al legislador en los apartes finales de la decisión, actuando como lo haría un verdadero consejero.

B. La Corte imperativa: aleccionando al Congreso

Pero la Corte no solo actúa de forma tímida y prudente. En otras ocasiones es posible notar a un tribunal más impositivo, que ya no solo aconseja, sino que también advierte. Esta actitud se evidencia en la imposición de mecanismos que, como los plazos, parecen cohibir en una mayor medida el ejercicio configurativo del legislador. También, mediante la aportación de algunas ideas que pueden ser útiles para el legislador en la solución de la omisión inconstitucional detectada.

Sin embargo, la ausencia de una estirpe normativa para esta clase de plazos o de medidas más imperativas impide que la Corte pueda controlar la forma como estos mandatos son acogidos por el órgano legislativo y devuelve la discusión al problema de la efectividad de la medida.

C. La Corte activista: ¿desafiando la esfera del legislador?

En estos casos, la Corte ha combinado el exhorto al legislador con otra clase de formulaciones en las que mediante su intervención directa es posible, en asuntos concretos, solucionar las omisiones inconstitucionales.

El tono de la Corte en esta clase de decisiones es activista, pues en ellas muestra una cierta desconfianza acerca de si el legislador finalmente va a desplegar las acciones necesarias para remediar las omisiones inconstitucionales denunciadas. Por ello interviene directamente combinando la exhortación con la formulación de soluciones que remedien la omisión detectada". Parafraseando a CELEMÍN CAICEDO, ANDREA, en *Ibidem*, pp.20-24.

<sup>53</sup> "Sin embargo, aclaro mi voto porque cuando se profirió la sentencia C-489 de 2012[9], en la cual la Corte se declaró inhibida para pronunciarse sobre una omisión legislativa relativa denunciada por un ciudadano, expresé mi salvamento de voto al considerar que en efecto, el legislador había incurrido en una omisión de esa naturaleza. En mi criterio, la Ley 1454 de 2011 "Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones" omitió injustificada la regulación atinente a los territorios indígenas. En esa oportunidad, la referida sentencia al considerar que la omisión era absoluta, exhortó al Gobierno y al Congreso de la República para que tramitaran la iniciativa legislativa que regulara "lo concerniente a las regiones como entidades territoriales y expidan el proyecto de ley especial que reglamente lo relativo a la conformación de las Entidades Territoriales Indígenas". En lugar de ello, el Gobierno expidió el Decreto 1953 de 2014 acusado, invocando la habilitación que temporalmente le brinda el artículo 56 transitorio de la Constitución Política.

Recientemente, la Corte Constitucional realizó en la sentencia de tutela T-172 de 2019 un segundo exhorto por la misma omisión, además este fallo estuvo acompañado de unas órdenes para el Ejecutivo, que implican acciones de hacer con plazos perentorios, las cuales se desarrollarán en el siguiente capítulo, en el cual se presenta el caso del pueblo indígena Wayuu, que refleja la contradicción de una aparente normativa reglamentaria que respeta y protege el pluralismo y diversidad de los pueblos indígenas, acompañado de los efectos que esto produce.

Finalmente, es de indicar que el uso del exhorto no ha contribuido a solucionar la inexistencia de las entidades territoriales indígenas, sino que mantiene hasta el presente el mismo *statu quo*<sup>54</sup> de la omisión y que ante tales efectos nulos se determina la no existencia de activismo judicial<sup>55</sup> en este caso, pues el papel de la Corte Constitucional no se enmarca en una actitud activista y/o imperativa<sup>56</sup>. Por ello, ahora surge el interrogante, si ese no hacer legal, no produce efectos contrarios a lo previsto o planeado para las comunidades indígenas por el Constituyente de 1991.

Sin embargo, en el caso del fallo de tutela T-172 de 2019, la Corte Constitucional ante las circunstancias de desprotección de derechos del pueblo indígena Wayuu, impartió un gran número de órdenes a diversas entidades, como Ministerio del Interior, Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, para que adelanten labores en procura de la superación de tal afectación, lo cual es acertado, ante el escenario alarmante de la realidad indígena. Ante este tipo de decisiones algunos doctrinantes lo catalogan como un escenario de activismo:

“En Colombia el activismo ha sido protagonizado por la Corte Constitucional que ha dado respuestas a muchos casos donde el debate legislativo no llega, sin olvidar que otras altas cortes también han tomado decisiones activistas” (Castaño, 2013, pp. 119-160).

---

Al respecto, advierto con preocupación que el Gobierno Nacional haga uso de los regímenes habilitantes transitorios, que deben ser excepcionales para que no se tornen en indefinidos, en lugar de presentar el proyecto de ley respectivo al Congreso de la República conforme al exhorto que hizo esta Corporación en el año 2012. Esta última opción garantiza un debate profundo y serio frente al funcionamiento de los territorios indígenas, además de ser la vía general e idónea para regular el tema cumpliendo con el principio democrático”. Corte Constitucional. Sentencia C- 617 de 2015.

<sup>54</sup> La locución en latín *statu quo* significa estado del momento actual. El *statu quo* está relacionado con el estado de los hechos o de las cosas. <https://www.significados.com/statu-quo/>

<sup>55</sup> Entendido este como “[...] En primer lugar el derecho tutelable es la principal variable para catalogar o no a un juez activista; se considera que un tribunal es activista moderado si sigue al menos un enfoque moderado de los derechos, o sea, reconoce su exigibilidad judicial, aun cuando establezca restricciones procesales o sustantivas al cumplimiento judicial; y es activista fuerte cuando sigue un enfoque de derechos fuerte al adoptar una concepción de “núcleo mínimo” con respecto del contenido del derecho, y tiene la competencia de exigirle a la rama ejecutiva que garantice el goce específico mínimo de ese derecho y genere un estado de bienestar material (Garavito & Rodríguez, 2015).

Y en segundo lugar, en cuanto a los remedios, los tribunales pueden adoptar soluciones fuertes o débiles, lo que variará teniendo en cuenta la amplitud de las órdenes judiciales y el grado de obligatoriedad y perentoriedad de las mismas”. cit. por, GUZMÁN JIMÉNEZ, LUIS. “El Activismo judicial y su impacto en la construcción de políticas públicas ambientales: análisis de caso en el derecho jurisprudencial de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado”. (Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2017), p. 56.

<sup>56</sup> Extraída de la clasificación presentada propuesta por CELEMÍN CAICEDO, ANDREA. “El exhorto al legislador: análisis en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana” en Revista de Derecho Público, (36). (Bogotá: Universidad de los Andes, 2016).

Sin embargo, esta realidad avizora la inexistencia de intención del Legislador y del Ejecutivo para la conformación de las entidades territoriales indígenas, pues ni con los exhortos de la Corte Constitucional han cumplido con tal mandato, lo que conlleva a cuestionarse por las verdaderas razones de tal comportamiento, a lo que algunos estudiosos han expresado:

“[...] tras estos argumentos se ocultan los intereses de diferentes sectores políticos y económicos del país para quienes no resulta conveniente la conformación y delimitación de las entidades territoriales indígenas. Porque este proceso supone, entre otros, la reconfiguración del mapa político administrativo colombiano, lo que a la vez se traduce en la desaparición de algunos municipios y departamentos o, por lo menos, la disminución de su territorio y la redefinición del mapa electoral, lo cual afectaría intereses de la clase política tradicional, la redefinición sobre la explotación de los recursos naturales y la distribución de los rendimientos y transferencias (Bastidas 2005, p.18).

Finalmente, se presenta el caso del pueblo indígena Wayuu como un ejemplo de asimilación o transculturación de las comunidades indígenas por el incorrecto uso del poder reglamentario del ejecutivo, el cual, a pesar de ser transitorio, cuenta con 29 años de permanencia y, posiblemente, otra larga temporada.

### **CASO DEL PUEBLO INDÍGENA WAYUU, SENTENCIA T – 172 DE 2019, QUE EXPONE UN EJEMPLO DE ASIMILACIÓN O TRANSCULTURACIÓN DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS.**

Ahora el objetivo es presentar la materialización de la fuerza de los dos poderes, por un lado el actuar incorrecto del ejecutivo en la regulación del funcionamiento de los territorios indígenas que expone y acelera el proceso de asimilación o transculturación de la cultura mayoritaria, y por el otro, el de la Corte Constitucional que protege los derechos de estos; por lo cual se presenta el caso del pueblo indígena Wayuu revisado por la Corte Constitucional en la sentencia de tutela T-172 de 2019 (CC Sent C-172 de abril 24 de 2019).

La Asociación de Autoridades Tradicionales Indígenas -Shipia Wayúu, instauró acción de tutela en contra de la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior, municipios de Manaure, Riohacha, Maicao y Uribia, por considerar que éstos eran responsables de la afectación de sus derechos fundamentales a la autonomía, asociación, igualdad, dignidad humana, participación y el principio de buena fe. Ante esto el juez de primera instancia<sup>57</sup> denegó el amparo invocado, con el argumento de que los requisitos exigidos para el registro de las asociaciones de cabildos y/o autoridades tradicionales indígenas, por la Dirección de Asuntos Indígenas, no vulnera derecho alguno.

---

<sup>57</sup> El Juzgado 62 Administrativo del Circuito de Bogotá



Posteriormente, y una vez en firme la sentencia, pues no se presentó recurso de apelación, la Corte Constitucional en uso de la facultad de revisión seleccionó esta tutela, y en uso de las facultades ultra y extra petita<sup>58</sup>, amplió el objeto para analizar la afectación del derecho de asociación de estas comunidades y además estudió las consecuencias de la reglamentación del derecho de asociación de los pueblos indígenas, junto con las actuaciones administrativas, que puedan afectar la supervivencia de los usos y costumbres del pueblo Wayúu, delimitando el problema jurídico en, “¿La reglamentación legal y administrativa del derecho de asociación, así como la actuación de la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior y de las entidades territoriales vinculadas, vulneraron el derecho de asociación de las comunidades accionantes y amenazan la supervivencia del pueblo indígena Wayúu en la medida en que imponen exigencias que desconocen sus usos y costumbres? CC Sent. C-172 de abril 24 de 2019.”<sup>59</sup>

Así el ad quem solicitó que en las intervenciones de las organizaciones propias, autoridades públicas y expertos de la academia se centraran en los siguientes ítems:

- “La existencia de formas tradicionales de organización social, de ejercicio de la autoridad política y social y de ordenación del territorio por parte del pueblo indígena Wayúu.
- (i) La imposición, por parte de la sociedad mayoritaria, de estructuras sociales ajenas a los usos y costumbres del pueblo Wayúu a través de exigencias legales y administrativas para el ejercicio del derecho de asociación, el registro en las bases de datos oficiales y el acceso a recursos públicos.
  - (ii) El consecuente surgimiento de nuevas formas de organización social, ejercicio del poder político y social, y relacionamiento con el territorio como respuestas a las exigencias del Estado<sup>60</sup>”.

Y de las intervenciones más relevantes se extrajo:

---

<sup>58</sup> “Facultades oficiosas que debe asumir de forma activa, con el fin de procurar una adecuada protección de los derechos fundamentales de las personas” Cfr. A. Corte Constitucional Sentencia T-015 de enero 22 de 2019, MP: Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>59</sup> El énfasis es nuestro.

<sup>60</sup> *Ibidem*, argumento número 6.

ENTIDADES	INTERVENCIONES
<p><b>Las comunidades indígenas del municipio de Uribia</b></p>	<p>Hizo énfasis en que tradicional y ancestralmente no se deberían presentar cambios en las autoridades indígenas Wayúu, ya que éstas son perpetúas de acuerdo con los clanes y sólo por circunstancias adversas y voluntad de la autoridad podrían relevarse. Sin embargo, los intereses que han surgido en algunos miembros de las comunidades generan cambios frecuentes en las autoridades, situación que afecta los usos y costumbres, pues el reconocimiento de autoridad en la cultura Wayúu obedece a aspectos morales, de respeto, obediencia y tradición.</p>
<p><b>Intervención de la Mesa de Diálogo y Concertación para el Pueblo Wayúu</b></p>	<p>Estos fenómenos obedecen a la intromisión del Estado, el debilitamiento de los usos y costumbres, la apropiación de prácticas y valores occidentales, las malas prácticas de algunos líderes indígenas y la falta de educación propia.</p>
<p><b>Intervención del Consejo Superior de Palabrerros</b></p>	<p>Indicó que <b>las autoridades tradicionales indígenas son una imposición legal que desconoce la cultura del pueblo Wayúu</b>, pues tradicionalmente las autoridades son claniles, deben pertenecer al clan dominante y no se eligen, ya que se reconocen.</p> <p>Por lo tanto, las “<i>autoridades tradicionales indígenas</i>” a las que se refiere la ley tienen autoridad formal, no representan legítimamente a los territorios, afectan los usos y costumbres del pueblo Wayúu, no atienden a la jerarquía de su organización social y sólo tienen interlocución con las autoridades administrativas municipales para efectos de la posesión.</p>
<p><b>Intervención de la Defensoría del Pueblo</b></p>	<p>Precisó que el resguardo de la Alta y la Media Guajira si bien le otorga a los Wayúu la titularidad de un territorio inalienable, imprescriptible e inembargable, y como entidad territorial indígena es beneficiaria de recursos de transferencias, <b>no cumple ningún papel en la organización sociopolítica Wayúu, en la relación con el territorio y en el ejercicio del Gobierno propio</b>. En contraste, “(...) <i>el manejo de los recursos del Sistema General de Participaciones SGP bajo la figura de un representante de resguardo ha ido en clara contravía de los usos y costumbres del pueblo Wayúu</i>”</p> <p>En relación con los problemas derivados del registro, la Defensoría destacó que el Estado ha privilegiado sus necesidades en relación con la administración de los territorios indígenas sobre las lógicas del derecho</p>

	<p>propio de los pueblos y su autonomía. En efecto, las exigencias administrativas han obligado a los pueblos a registrar a sus autoridades en función del diálogo y la interlocución con las instituciones gubernamentales. Por ende, en muchos casos los pueblos cuentan con “<i>autoridades de carpeta</i>”, pues se trata de personas nombradas para adelantar trámites administrativos ante las entidades del Estado, pero que no ejercen las funciones de autoridades al interior de los pueblos.</p> <p>El impacto de esta situación es que, de un lado, el Estado convoca a esas autoridades eminentemente formales y pasa por alto a las verdaderas autoridades indígenas, quienes realmente ostentan la representación y, por ende, deben ser consultados. De otro lado, el reconocimiento de la autoridad, a través del registro, deposita en una sola persona el poder para la toma de decisiones que no siempre posee de acuerdo con los usos y costumbres, y el ejercicio de la autoridad en el pueblo indígena.</p> <p>En atención a los problemas que el registro de pueblos indígenas, tal y como está diseñado actualmente, acarrea para la etnia Wayúu, la Defensoría del Pueblo consideró que “<i>se debe acabar con el registro por comunidad y autoridad.</i>” Sin embargo, aclaró que el Estado debe tener la iniciativa de identificar y registrar tanto los territorios como los clanes dominantes en aras de lograr el fortalecimiento del pueblo indígena Wayúu.</p> <p>Así las cosas, como quiera que el registro de “<i>comunidades</i>” no consulta los usos y costumbres del pueblo indígena Wayúu genera tensiones y rupturas que afectan la autonomía de dicho pueblo.</p>
<p><b>Intervención del Grupo de Acciones Públicas de la Pontificia Universidad Javeriana</b></p>	<p>El Estado creó la categoría de autoridad tradicional que tiene la función de recibir los recursos y representar a la comunidad ante las autoridades administrativas, pero esta figura no siempre coincide con la persona que de acuerdo con los usos y costumbres ejerce la autoridad. Por ende, las exigencias del Estado no se ajustan a la organización del pueblo Wayúu. Entonces, la imposición de la figura de “<i>autoridad tradicional</i>” que proviene de la idea homogénea de “<i>comunidad indígena</i>” y nace de la aplicación del modelo del resguardo al pueblo Wayúu, ha fragmentado a las comunidades por la exigencia de una figura que no corresponde con su cosmovisión y por ende:</p> <p><i>“(…) genera una desconexión entre las prácticas en relación con el territorio que afecta la estructura de autorregulación de la comunidad y puede generar que las comunidades no reciban apoyos (en tanto la autoridad tradicional puede estar desconectada de los diferentes clanes)</i></p>

	En síntesis, los procesos de división que actualmente sufre el pueblo indígena Wayúu son consecuencia de la imposición de la figura de autoridad tradicional, la cual es ajena a sus usos y costumbres.
<b>Intervención del Instituto Colombiano de Antropología e Historia</b>	El Instituto señala que las formas de organización y de autoridades impulsadas por el Estado han obligado a los pueblos indígenas a adelantar procesos de acomodamiento de su organización social y política.
<b>Intervención de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad Externado de Colombia</b>	Expresó que la progresiva introducción del concepto de comunidades y sus divisiones, la institucionalización del registro de aquéllas y de autoridades tradicionales, así como el manejo de recursos del Sistema General de Participaciones por resguardos, municipios y asociaciones, ha fragmentado la relación <i>e irükuus-apüchiis-territorio-autoridad</i> , en menoscabo de la identidad cultural, el gobierno propio y la autonomía del pueblo Wayúu.

De estos apartes, se visualiza la denuncia enfática que realizan los expertos, en la imposición de forma de gobierno u organización uniforme para todos los pueblos indígenas por parte del ejecutivo, lo que, afirman los expertos, ha ocasionado, inclusive conflictos en la disputa de la representación indígena ante la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior, pues ante el surgimiento de un gran número de comunidades indígenas se han fraccionado los grandes pueblos indígenas, motivados por la oferta de ser receptores o beneficiarios de los recursos del Sistema General de Participaciones -SGR, es decir que consideran la viabilidad económica de dividir un pueblo indígena en varias comunidades para ser mayormente acreedores de los recursos transferidos por el Estado.

Llama la atención que esta situación también la hace evidente la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías, que además reconoce la necesidad de adelantar un estudio étnico al pueblo indígena Wayúu:

“El Ministerio reiteró que el Procedimiento de Registro de Constitución, Novedades y Certificación de las Asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas, en mención (Código AN.AI.P2 versión 7 del Sistema de Gestión de Calidad SIGI) en el que se fijaron requisitos formales para la afiliación a las asociaciones de cabildos y/o autoridades tradicionales indígenas hace parte del Sistema Integrado de Gestión Institucional, que corresponde al conjunto de políticas,

elementos y requisitos aportados desde el Sistema de Desarrollo Administrativo, el Sistema de Control Interno y el Sistema de Gestión de Calidad de la entidad.

Asimismo, el ministerio precisó que el procedimiento en mención **no fue concertado con las comunidades indígenas** debido a que está fundado en las normas referidas, y no incluye requisitos diferentes a los previstos en la ley para la procedencia del registro de Asociaciones de Cabildos y/o Autoridades Tradicionales Indígenas. Igualmente, indicó **que el procedimiento tampoco cuenta con protocolos específicos para cada comunidad, por cuanto el Decreto 1088 de 1993 es de carácter general y aplica para todas las comunidades indígenas.**

**En el caso del pueblo indígena Wayúu, por regla general, no se adelantaban los estudios etnológicos descritos por la especificidad de sus usos y costumbres,** y su organización por vínculos claniles. Sin embargo, en atención al aumento de conflictos por divisiones de las comunidades y la duplicidad de las autoridades tradicionales **determinó la necesidad de adelantar procesos de verificación** en los casos de las comunidades no registradas, en aras de establecer si estas *“no provienen de comunidades ya registradas y si conforman una ranchería o una comunidad conforme al derecho Wayúu<sup>61</sup>”* (Negrita y subrayado fuera de texto).

De lo informado por la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minoría, se resalta que afirman la inexistencia de consulta previa con las comunidades indígenas del procedimiento de registro de constitución, novedades y certificación de las asociaciones de cabildos y/o autoridades tradicionales indígenas, lo cual reproduce el mismo error del decreto 1953 de 2014, produciéndose así barreras de accesibilidad a la administración directa de los sistemas propios de los pueblos indígenas, pues el “registro es una formalidad que publicita e institucionaliza los resultados de las actuaciones autónomas de las comunidades indígenas y certifica ante las diferentes entidades las atribuciones públicas que para distintos efectos tienen y cumplen las autoridades tradicionales indígenas<sup>62</sup>”. Es decir, que si los territorios indígenas y/o las asociaciones de resguardos y territorios no cuentan con tal requisito, no son acreedores de la administración propia de sus recursos, sino que se ven obligados en continuar sometidos al contrato de administración con la entidad territorial en la cual se ubiquen.

Por consiguiente, el hecho que el ejecutivo imponga una serie de requisitos de forma generalizada para todos los pueblos indígenas, es lesivo de su autonomía y de la diversidad étnica y cultural del Estado, pues el reconocimiento del carácter pluralista es uno de los pilares de la Constitución Política de 1991.

En la sentencia objeto de estudio se determinó que al pueblo indígena Wayúu se le impuso por parte de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías, la comunidad como forma

---

<sup>61</sup> Intervención de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior. *Ibidem*.

<sup>62</sup> *Ibidem*.

de organización política, a pesar de que esta forma es propia de los pueblos indígenas de la región andina y para el caso de los Wayúu, su estructura de organización se erige a partir del parentesco por línea materna:

“La discordancia entre las normas y la forma de organización tradicional ha tenido como consecuencias la imposición de estructuras sociales específicas a los pueblos indígenas, que en el caso de los Wayúu confronta sus usos y costumbres. Esta imposición normativa ha sido reforzada por la actuación de las autoridades administrativas.

[...] evidencian que la amenaza a la pervivencia del pueblo indígena Wayúu puede ser identificada desde los elementos normativos generales, la Ley 89 de 1890 y el Decreto Ley 1088 de 1993, y los protocolos de aplicación desarrollados por parte de la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y Rom del Ministerio del Interior. Por lo tanto, la Sala tomará medidas de protección desde este ámbito -normativo- para que toda la actuación estatal, incluida la de las autoridades, se ajuste a los usos, costumbres e institución Wayúu”<sup>63</sup>. [Énfasis propio].

Y fue por estos argumentos, que la Corte Constitucional, entre otras ordenes, ordenó a la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y Rom del Ministerio del Interior, que en el término máximo de dos meses diseñe un procedimiento específico para el registro de los grupos sociales Wayúu, sus autoridades ancestrales y las asociaciones de autoridades, el cual deberá ser posteriormente consultado con el pueblo indígena Wayuu, en constante acompañamiento de la Defensoría del Pueblo, con el objetivo de frenar el proceso de desnaturalización. De igual forma reiteró el exhorto al Congreso de la República y al Gobierno Nacional para la conformación de las entidades territoriales indígenas, y al DANE y a la Presidencia de la República para la creación y actualización de un sistema de información sobre su población, usos, costumbres, entidades y necesidad de este pueblo indígena.

En el mismo caso se observa que el Ministerio del Interior a través de la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y Rom, denuncia dos situaciones de dificultad para la atención de los trámites de asuntos indígenas, la primera es que los requisitos fijados para el reconocimiento de la administración directa de sus recursos no fue concertada con los pueblos indígenas, sino que estas por tratarse de circulares externas que desarrollan el decreto 1953 de 2014 reprodujeron la misma carencia de consulta previa, y segundo, la dificultad de número de profesionales asignados para este asunto, pues indicaron que cuentan “con 2 funcionarios para el desarrollo de las funciones relacionadas con el registro de comunidades indígenas, creación y registro de asociaciones de cabildos y/o autoridades tradicionales”<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> *Ibidem*.

<sup>64</sup> *Ibidem*.

La carencia de consulta previa del decreto 1953 de 2014 puede ser considerada como una de las causas para que se hubiesen fijado requisitos generalizados para todos los pueblos indígenas, sin tener en cuenta que no todos se identifican con la misma forma de gobierno, ni comparten los mismos usos y costumbres. Por otro lado, la limitación del número de profesionales para atender estos asuntos, contribuye a que se agudicen los conflictos en búsqueda del cumplimiento de los requisitos.

La doctora Gloria Amparo Rodríguez confirma esta afirmación cuando expresa la necesidad de contar en el sector público con perfiles profesionales que acrediten pertinencia y conocimiento de los derechos indígenas:

“Podríamos decir que en Colombia, aunque efectivamente diversas instituciones tienen entre sus competencias asuntos relacionados con los pueblos indígenas, son limitados los recursos y el personal asignado para realizar su trabajo. Debemos reconocer que se carece de modelos e instrumentos de gestión como manuales, en los cuales los perfiles de los funcionarios y los términos de referencia indiquen quién y cómo debe ejercer las funciones públicas, de tal modo que se apliquen y respeten los derechos indígenas y se brinden los servicios públicos con pertinencia lingüística, cultural y de género” (Rodríguez 2015, pp. 128 -219).

Dentro de la perspectiva más general, este trabajo refleja la incoherencia de la normatividad existente, por un disfrazado respeto de la diversidad y protección de conservación de los pueblos indígenas, con el propósito de búsqueda de aceptación de la cultura mayoritaria, lo que puede ser considerado como la “etapa de desmonte de los derechos indígenas reconocidos” en la Constitución de 1991<sup>65</sup>.

## CONCLUSIONES

El caso del pueblo indígena Wayùu es un ejemplo de la situación de quebramiento de los usos y costumbres que presentan los pueblos indígenas en Colombia derivados de la reglamentación que para su funcionamiento ha expedido el Gobierno Nacional actuando en

---

<sup>65</sup> “Después de una época de reconocimiento, actualmente los pueblos indígenas de Colombia asisten a una etapa, que se puede denominar del desmonte del reconocimiento de los derechos indígenas, ya que, por diferentes vías, como la expedición de normas; la definición de políticas; las concesiones para proyectos de explotación minera o de otros recursos, y a través de la violencia, se está evitando que los indígenas gocen de sus derechos reconocidos. Varias reformas legales, han devuelto los derechos indígenas a un estado anterior a la expedición de 1991.

En el campo legal, este desmonte se puede verificar con la expedición de normas que buscan limitar los derechos reconocidos en la constitución Política de 1991.

A manera de ejemplo, se menciona las siguientes cuatro áreas: legislación minera; transferencias del sistema de general de participaciones; normatividad forestal; normatividad agraria [...]. En, BASTIDAS CALDERÓN, EDITH. “*Entidades territoriales indígenas: objeciones para su conformación y delimitación*”, tesis maestría en estudio políticos. (Bogotá, Universidad Javeriana, 2005), p.35-36.

uso de la competencia atribuida por el artículo 56 transitorio de la Constitución Política, esto como resultado de que el Congreso de la República, a pesar de haber transcurrido 29 años, no ha expedido la ley de ordenamiento territorial que conforma las entidades territoriales indígenas.

Ahora, no es posible dejar de lado que la conformación de las entidades territoriales indígenas representa un gran desafío tanto para el Congreso de la República y el Gobierno Nacional; sin embargo, esto no es razón para que un estado social de derecho conserve a los pueblos indígenas bajo las directrices de la normativa mayoritaria que desconoce sus formas de gobierno y organización autónoma.

Lo anterior, se refleja en el caso del pueblo indígena Wayùu., Quienes buscan cumplir con las prerrogativas reglamentarias ante la necesidad de ser reconocido como beneficiarios de los recursos del Sistema General de Participaciones - SGP, en razón de que si no cuentan con el certificado de afiliación expedido por la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y Rom del Ministerio del Interior pueden administrar de forma directa estos recursos, lo cual ha generado, implícitamente, la división de los tradicionales pueblos indígenas en un gran número de comunidades, motivados por circunstancias de corrupción y clientelismo.

Por esto, y en secuencia con las líneas del profesor Augusto Hernández Becerra, se requiere tramitar en el Congreso una Ley Orgánica de Ordenamiento -LOOT minimalista para aligerar de todo lo que en ella es lastre en las actuales condiciones de la política y de la Constitución y que dé vía libre a las entidades territoriales indígenas (Hernández 2001, p.167).

Ahora, el no desarrollo de la planeación territorial pensada por el Constituyente de 1991 genera mutación del texto Constitucional en razón de que se proyectó que las entidades territoriales indígenas hicieran parte de los niveles territoriales descentralizados y que su funcionamiento estuviese marcado por la autonomía y no el favorecimiento al centralismo en cabeza del Ministerio del Interior.

Finalmente, la afectación de los usos y costumbres del pueblo indígena Wayúu y la consecuente amenaza a su supervivencia es desproporcionada, razón que motivó a que la Corte Constitucional hiciera uso de las facultades *extra* y *ultra petitem* en la sentencia de tutela T -172 de 2019. También, que esta sentencia marcará una pauta de trascendencia para la protección de los demás pueblos indígenas, pues es la primera sentencia que reconoce la afectación por la normatividad reglamentaria en cabeza del Ministerio del Interior a sus usos y costumbres. Además, que esta sentencia de tutela, realizó una vez más el llamado al Congreso para que se encargue de la conformación de las entidades territoriales indígenas.

Para concluir, es posible afirmar que la omisión legislativa ha generado entre otros, efectos implícitos que desconocen el principio fundamental de carácter pluralista de la Nación por



parte de las normas que regulan la interlocución entre el Estado y los pueblos indígenas y principalmente las que regulan el derecho de asociación y registro en las bases de datos estatales como requisito habilitante.

Por ahora, queda esperar la verificación de cumplimiento a las órdenes impartidas por la Corte Constitucional en la sentencia de tutela T -172 de 2019, pues se determinó que al pueblo indígena Wayùu se le impuso por parte de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías la Comunidad como forma de organización política a pesar de que esta forma es propia de los pueblos indígenas de la región andina y para el caso de los Wayùu su estructura de organización se erige a partir del parentesco por línea materna<sup>66</sup>, situación que seguramente ocurre con otros pueblos indígenas a quienes esperamos que hagan uso también de la acción de tutela como herramienta de protección en la actualidad.

## BIBLIOGRAFIA

### DOCTRINA

*“Asignación especial del Sistema General de Participaciones para resguardos indígenas, una propuesta de distribución”*. (Bogotá: Dirección de Inversiones y Finanzas Públicas (DIFP). Departamento Nacional de Planeación, 2017), p.3.

<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Inversiones%20y%20finanzas%20pblcas/Documentos%20GFT/Bolet%20C3%ADn%20resguardos%20ind%20C3%ADgenas.pdf>

BAENA CARRILLO, SAMUEL. *“Problemas antropológicos y jurídicos de la territorialidad indígena en Colombia. Diseño institucional del Estado democrático en América Latina*. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018).

BAENA CARRILLO, SAMUEL. *“La autonomía de las entidades territoriales indígenas”*, en revista digital de derecho administrativo. Nro.13. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015).

---

<sup>66</sup>“La discordancia entre las normas y la forma de organización tradicional ha tenido como consecuencias la imposición de estructuras sociales específicas a los pueblos indígenas, que en el caso de los Wayùu confronta sus usos y costumbres. Esta imposición normativa ha sido reforzada por la actuación de las autoridades administrativas.

[...] evidencian que la amenaza a la pervivencia del pueblo indígena Wayùu puede ser identificada desde los elementos normativos generales, la Ley 89 de 1890 y el Decreto Ley 1088 de 1993, y los protocolos de aplicación desarrollados por parte de la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y Rom del Ministerio del Interior. Por lo tanto, la Sala tomará medidas de protección desde este ámbito -normativo- para que toda la actuación estatal, incluida la de las autoridades, se ajuste a los usos, costumbres e institución Wayùu”<sup>66</sup>. [énfasis propio]. *Ibidem*.

BAENA CARRILLO, SAMUEL. *“La autonomía reforzada: una solución pragmática al colonialismo estructural en Colombia”*. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016).

BASTIDAS CALDERÓN, EDITH. *“Entidades territoriales indígenas: objeciones para su conformación y delimitación”*, tesis maestría en estudio políticos. (Bogotá, Universidad Javeriana, 2005).

BASTIDAS EDITH. *“Conformación y delimitación de territorios indígenas como entidades territoriales: LA HISTORIA DE NUNCA ACABAR”*. (Centro de Cooperación al Indígena (Cecoin), 2007).

BENAVIDES ASCUNTAR, JORGE. *“La jurisdicción indígena en el sistema Penal acusatorio”*. Vol.7 No. 2. (Cali: Universidad Libre Cali, 2011).

CASTAÑO PEÑA, JAIRO. "Análisis económico del activismo judicial: el caso de la Corte Constitucional colombiana", en revista Derecho del Estado, N° 31. (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013),

CELEMÍN CAICEDO, ANDREA. *“El exhorto al legislador: análisis en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”* en Revista de Derecho Público, (36). (Bogotá: Universidad de los Andes, 2016).

*“Distribución de los recursos del sistema general de participaciones. “Distribución de las once doceavas para el municipio de Barrancominas, y de las seis onceavas para el resto de las entidades beneficiarias, de las participaciones para salud (salud pública), agua potable y saneamiento básico, propósito general y de las asignaciones especiales para programas de alimentación escolar y resguardos indígenas, vigencia 2020”*. (Bogotá: Departamento Nacional de Planeación 2020) p.p, 31-32

<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Inversiones%20y%20finanzas%20pblicas/Documentos%20GFT/Distribuciones%20SGP/DD%20SGP-48-2020.pdf>

ECHEVERRY GONZALEZ, LUZ. *“Alcance del ejercicio de la autonomía territorial de los territorios indígenas”*. Director Jorge Iván Rincón Córdoba. Tesis maestría en derecho con énfasis en derecho administrativo- investigación. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015).

GUZMÁN JIMÉNEZ, LUIS. *“El Activismo judicial y su impacto en la construcción de políticas públicas ambientales: análisis de caso en el derecho jurisprudencial de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado”*. (Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2017).

HERNANDEZ BECERRA, AUGUSTO. La Ley orgánica de ordenamiento territorial no conduce a ningún parte. En *Ordenamiento y desarreglo territorial en Colombia*. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013).

HERNANDEZ BECERRA, AUGUSTO. “*El ordenamiento territorial colombiano o la tela de Penélope*”. En Ordenamiento y desarreglo territorial en Colombia. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013).

“Orientaciones para la programación y ejecución de los recursos del Sistema General de Participaciones (SGP)”. (Bogotá: Subdirección Territorial y de Inversión Pública Dirección de Inversiones y Finanzas Públicas Grupo de Financiamiento Territorial. Departamento Nacional de Planeación, 2017).  
<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Inversiones%20y%20finanzas%20pblcas/Documentos%20GFT/3.%20Orientaciones%20SGP.pdf>

PAZOS GUERRERO, RAMIRO. “*El control de la omisión de desarrollo legislativo frente a los derechos sociales: el caso colombiano*”, tesis. (Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2016).

ROBLEDO SILVA, PAULA. *El municipio en Colombia y las dificultades para su creación* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018).

ROBLEDO SILVA, PAULA. *Serie de documentos de trabajo N° 31. La Ley Orgánica De Ordenamiento Territorial ¿Una Asignatura Pendiente?*” (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015).

RODRIGUEZ, GLORIA AMPARO. “*Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia: Luchas, contenido y relaciones*”. (Bogotá: Universidad del Rosario, 2015).

SÁNCHEZ PÉREZ, ALEXANDER. “*Las normas de derecho blando: un análisis jurídico de los efectos de la reserva de instrucción sobre el derecho territorial*”. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012).

VELASCO CABALLERO, FRANCISCO. “Autonomía territorial desde una visión comparada”, en *Derecho de las entidades territoriales*. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018).

## **JURISPRUDENCIA**

Corte Constitucional. Sentencia C-921 de 2007. MP. Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional. Sentencia C-517 de 1992. MP. Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional. Sentencia C-489 de 2012. MP. Adriana María Guillén Arango.

Corte Constitucional. Sentencia. C-617 de 2015. MP. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional. Sentencia. T-172 de 2019. MP. Gloria Stella Ortiz Delgado