

TERRITORIOS INDÍGENAS

Jorge Vélez García
Decano Escuela de Derecho

SUMARIO: § 1. *La demanda.* § 2. *Consideraciones relevantes.* § 3. *Conclusiones.*

Honorable
Corte Constitucional
M. P. Dr. Clara Inés Vargas Hernández
E. S. D.

Ref.: Respuesta al oficio No. 701 del 22 de mayo de 2007. Expediente D-6812: ley 715 de 2001, artículo 83, incisos 2 y 3.

Estimada Magistrada Ponente:

En acatamiento de lo dispuesto por esa H. Corporación en providencia del diez de los corrientes, por medio de la cual se le pide concepto a la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda, conforme a lo establecido por el artículo 13 del Decreto 2067 de 1991, hallándose dentro del término señalado, el suscrito Decano procede a emitir opinión en el asunto de la referencia en los siguientes términos:

§ 1. LA DEMANDA.

1. Las normas demandadas. El actor enfilea su ataque contra los incisos 2 y 3 del artículo 82 de la ley 715 de 2001, en los cuales se establecen reglas para la distribución y administración de los recursos de transferencias, destinados a los resguardos indígenas. En el primero

de los incisos demandados, se regula lo que corresponde cuando el resguardo no sea entidad territorial, en el segundo de ellos, se dispone lo que ocurre cuando sí lo es.

2. *El problema planteado.* La argumentación de la demanda se centra en este problema: ¿Cuándo son los resguardos indígenas entidades territoriales?

3. *El argumento de la demanda.* Se argumenta que bajo la Constitución de 1991 se reconocieron las "aspiraciones legítimas de los pueblos indígenas a asumir el control de su destino". Este argumento se ilustra en una síntesis histórica de diversos proyectos presentados en la asamblea constituyente; se funda en los artículos 1, 286, 287, 329, 330 y 56 transitorio de la Carta; y se proyecta con sendas citas jurisprudenciales de las sentencias T-254 de 1994 y T-634 de 1999.

4. *El alcance de la demanda.* Se pretende evitar que los municipios manejen los recursos destinados a los resguardos indígenas, asegurar "el establecimiento de la condición futura de que se erijan las Entidades Territoriales Indígenas", y la incompetencia del Congreso para regular la materia mediante leyes ordinarias en razón de la inexistencia de la correspondiente ley orgánica y de la existencia de las facultades transitorias señaladas en el artículo 56 transitorio de la Carta.

§ 2. Consideraciones relevantes.

5. *Análisis normativo.* De las normas citadas como vulneradas puede sacarse en claro: que Colombia es una República Unitaria cuyas entidades territoriales gozan de autonomía administrativa; que los territorios indígenas son entidades territoriales, como lo son los departamentos, los municipios y los distritos; que dichas entidades tienen derecho a gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les correspondan, administrar recursos y establecer tributos, y participar de las rentas nacionales; que las entidades territoriales se conformarán según lo que disponga la ley orgánica de ordenamiento territorial; que los territorios indígenas serán "governados" por consejos, cuyas funciones están debidamente detalladas en la propia Carta, pudiendo ser ampliadas por la ley; y, que hasta que se expida la citada ley orgánica, el Gobierno podrá dictar "las normas fiscales necesarias y las demás relativas al funcionamiento de los territorios indígenas y su coordinación con las demás entidades territoriales". Este sucinto análisis

normativo permite afirmar que los territorios indígenas sí son entidades territoriales y que, en tanto tales, gozan de una serie de derechos, entre los cuales se encuentra el manejo autónomo de sus recursos, entre ellos los que les correspondan por regalías. Empero, no es tan claro lo relativo a los siguientes asuntos: i. Si los resguardos indígenas y los territorios indígenas son lo mismo; ii. Cuándo -y cómo- los resguardos indígenas se conforman como entidades territoriales; y iii. De quién es la competencia para conformar entidades territoriales y cómo debe ejercerla.

6. Análisis jurisprudencial. En este asunto es relevante considerar la jurisprudencia existente sobre la norma acusada, la jurisprudencia citada por el actor y, de ser el caso, otros referentes jurisprudenciales adecuados.

La ley 715 de 2001 ha sido una de las más apetezadas dianas para las acciones de inconstitucionalidad, pues sobre su contenido existen a la fecha no menos de treinta y cuatro sentencias, a saber: C-615, C-617, C-618, C-737, C-791, C-793, C-810, C-832, C-871, C-915, C-918, C-974, C-1028 y C-1073 de 2002; C-005, C-097, C-103, C-313, C-331, C-566 y C-627 de 2003; C-040, C-105, C-508, C-568 y C-723 de 2004; C-423, C-709, C-784 y C-983 de 2005; C-125, C-368, C-369 y C-553 de 2006. En ninguna de estas decisiones la Corte se pronuncia sobre el problema planteado en este caso, por lo que, al menos *prima facie*, no existe cosa juzgada constitucional sobre este asunto.

Además de las dos sentencias de tutela señaladas en la demanda: T-254 de 1994 y T-634 de 1999, se estudiará lo dicho en las sentencias C-127 de 2000, T-342 de 1994 y C-064 de 1998.

La sentencia T-254 de 1994 precisa jurídicamente las nociones de los cabildos indígenas y de las comunidades indígenas, entendiendo los primeros como "entidades públicas especiales" y las segundas como "verdaderas organizaciones, sujetos de derechos y obligaciones, que, por medio de sus autoridades, ejercen poder sobre los miembros que las integran". En esa misma sentencia se considera el tema de la autonomía de las comunidades indígenas dentro de los parámetros de la Constitución y de la ley, especialmente si se trata de derechos fundamentales –como el reconocido en esta providencia, o de normas legales imperativas o de orden público.

La sentencia T-342 de 1994 pone de presente la protección constitucional que tiene la diversidad étnica y cultural de los pueblos aborígenes.

La sentencia C-064 de 1998, que versa sobre la protección del medio ambiente con ocasión de la publicidad exterior, afirmó que esta competencia le corresponde "*prima facie* al poder central", mientras que a las entidades territoriales les correspondería una competencia residual en la materia.

La sentencia T-634 de 1999, quizá la más importante para este caso, hace la crucial distinción entre resguardos indígenas y territorios indígenas. La Corte puntualiza que las comunidades indígenas gozan de autonomía y de la protección de su diversidad étnica y cultural. Esta autonomía es sumamente peculiar, pues involucra elementos administrativos, presupuestales, financieros, políticos y jurisdiccionales dentro de sus territorios. El interesante y prolijo discurso de la Corte sobre la historia de los resguardos, concluye, para el punto que aquí interesa, afirmando:

Como dentro de la juridicidad occidental, es un contrasentido que la tierra sea sujeto del derecho, entonces, hay que inferir que la Constitución le otorga "derechos" es al territorio del resguardo como una entidad que en su identidad no solo expresa parte de nuestra nacionalidad colombiana, sino que es un concepto que también se ubica en el terreno de la cultura. En consecuencia, los resguardos son algo más que simple "tierra" y algo menos que "Territorio indígena"; es decir, que no son términos iguales en la conceptualización constitucional, aunque, en una ley de ordenamiento territorial, geográficamente podrían coincidir. Pero, actualmente, todavía no se puede decir que un resguardo es una Entidad Territorial.

Y más adelante, para despejar toda duda, precisa:

Que ese ámbito territorial incluye los resguardos indígenas, se colige del artículo 357 C.P. que expresamente dice que "la ley determinará los resguardos indígenas que serían considerados como municipios" para efectos de la participación en el situado fiscal. Claro que la sentencia C-151/95, al declarar constitucional el artículo 25 de la Ley 60 de 1993, dijo que "*La ley no identificó Municipios con resguardos indígenas.*" Lo cual indica una vez más que el calificativo más apropiado es "ámbito territorial". Y, por consiguiente ese ámbito territorial debe ser apreciado para efectos de la protección a los indígenas.

La sentencia C-127 de 2000, relativa a los beneficiarios de las regalías provenientes de los recursos naturales no renovables y de su manejo, tema más sensible e importante que el que ahora se discute, la

Corte sostuvo que el legislador podía dar tratamiento diferente a las diversas entidades territoriales, puesto que:

En ese orden de ideas, el legislador habilitado constitucionalmente para ello (artículo 360), bien puede establecer a título de compensación, como lo hace el inciso primero del párrafo del artículo 26 de la ley 141 de 1994, que los recursos provenientes del impuesto de transporte de crudo o gas por los oleoductos o gasoductos, sea cedido a las entidades territoriales, y determinar en el inciso segundo del párrafo acusado, que los beneficiarios del recaudo serán los municipios no productores por cuyas jurisdicciones atraviesen los oleoductos o gasoductos.

Ello, a juicio de la Corte, no resulta violatorio de la Constitución, por cuanto el legislador está habilitado por el ordenamiento superior para definir qué entidad territorial es la beneficiaria de las regalías, compensaciones, y de los derechos sobre los recursos naturales no renovables, así como para determinar las condiciones para la explotación de dichos recursos. Sobre el particular, la Corporación en la sentencia C-036 de 1996, señaló: *"(...) **el legislador gozaba de facultades para estipular que los recursos provenientes del impuesto fueran distribuidos entre los municipios no productores de gas y petróleo** cuando hubieren sido afectados por el transporte de recursos materia de explotación a lo largo de oleoductos y gasoductos existentes en el territorio nacional"* (negrillas y subrayas fuera de texto).

4.2. No existe el presunto trato discriminatorio a que se refiere el demandante en la norma acusada, entre los municipios no productores y los territorios indígenas y los distritos, ya que el legislador en desarrollo de los expresos y precisos mandatos constitucionales, sólo consideró justificado y apropiado reconocer en cabeza de los primeros la compensación consistente en la cesión del impuesto de transporte, lo cual no significa que los territorios indígenas y los distritos, al tenor del artículo 361 de la Carta Política, no puedan ser beneficiarios de los ingresos provenientes de las regalías que distribuya el Fondo Nacional de Regalías.

Para la Corte, resulta incuestionable que la Constitución no consagra como uno de sus postulados, la absoluta igualdad entre las entidades territoriales; (Departamentos, municipios, distritos y territorios indígenas - artículo 286 C.P -.); aunque si bien es cierto, todas en los términos del artículo 287 de la Constitución, gozan en principio de los mismos derechos, como gobernarse por autoridades propias y participar en las rentas nacionales; sin embargo, algunas de ellas tienen ciertas prerrogativas

especiales que no se reconocen a otras, como ocurre con las regalías y las compensaciones, respecto de las cuales el artículo 360 de la Carta Política las proclama expresamente en favor de los departamentos y municipios en cuyo territorio se adelanten explotaciones de recursos naturales no renovables. Así lo pensó la Corte en la sentencia C-036 de 1996, al resolver el cargo que por presunta violación al principio de igualdad, se formuló contra la expresión "entre los municipios no productores", por excluir de la distribución del recaudo del tributo de transporte de gas y crudo a otras entidades territoriales:

*"Para el caso de los municipios, la consideración acerca de si resulta constitucionalmente viable introducir distinciones entre ellos sólo podría tener asidero en la medida en que el trato diferente injustificado repercutiera en discriminaciones entre los habitantes de una y otra célula municipal en aspectos básicos como su supervivencia, su dignidad o el ejercicio de sus derechos fundamentales. **La Constitución Política no consagra como uno de sus postulados la plena igualdad entre los municipios**, pues si bien su estructura fundamental, las principales competencias de sus autoridades, la autonomía y los derechos que les reconoce en cuanto entidades territoriales responden en términos generales a las mismas reglas, expresamente se autoriza al legislador para establecer categorías de municipios, lo que debe surgir de la verificación sobre aspectos tales como la población, los recursos fiscales, la importancia económica y la situación geográfica, de lo cual pueden resultar disposiciones legales divergentes, según las categorías que se consagren.*

(...)

Y, en lo concerniente a la igualdad, aparte de que no puede establecerse de una manera general entre instituciones sino entre personas naturales, no resulta afectada, aun entre municipios, toda vez que existen fundadas razones para favorecer a las entidades municipales no productoras de gas y petróleo" (negritas y subrayas fuera de texto).

En ese orden de ideas, no puede efectuarse un juicio de igualdad, como lo pretende el demandante, por cuanto no existe un parámetro que permita hacer una comparación entre los municipios no productores a quienes se les cede el impuesto de transporte, y los otros entes territoriales, como los territorios indígenas, a quienes la Constitución ni la ley reconocen dicho beneficio.

§ 3. Conclusiones.

7. La naturaleza del resguardo indígena. A la luz de los análisis normativo y jurisprudencial emprendidos, aparece con claridad que los resguardos indígenas no son entidades territoriales.

En primer lugar, la Constitución, al referirse a las entidades territoriales, menciona los departamentos, los municipios, los distritos y los territorios indígenas. Estos últimos, que son los relevantes para el caso, sólo pueden ser creados, valga decir: conformados, según lo que disponga la ley orgánica de ordenamiento territorial, la cual hasta hoy no ha sido dictada. La competencia establecida por el artículo 56 transitorio de la Carta, no incluye la capacidad de crear o conformar territorios indígenas, sino que se limita a autorizar la expedición de normas fiscales y de las demás relativas al funcionamiento de dichos territorios. Así, pues, al no existir la mencionada ley orgánica, como es apenas obvio, no existe ningún territorio indígena y, por tanto, cualquier regulación sobre su funcionamiento, que es la sujeta materia de la competencia asignada en el artículo transitorio, sólo podría tener eventualmente efectos en el futuro, ya que se trata, hasta el momento de un enunciado meramente hipotético. Esto mismo puede decirse, por iguales razones del mandato consignado en el inciso 3 del artículo demandado.

En segundo lugar, la jurisprudencia ha reconocido reiteradamente, como se ha visto, la diversidad étnica y cultural de los indígenas, junto con la necesidad de respetar la autonomía de dichas comunidades. Empero, en el punto crucial para este caso, la jurisprudencia sostiene que los resguardos indígenas no son entidades territoriales. Así, pues, no parece existir argumento alguno que impida sostener que es constitucional la norma que establece que sea una entidad territorial, en este caso el municipio, quien asuma la responsabilidad de manejar, en una cuenta separada, los recursos de las transferencias nacionales, pues no habría manera de afirmar que algo que no es una entidad territorial pueda asumir dicha responsabilidad. En cuanto a la autonomía y a la diversidad étnica y cultural de las comunidades indígenas, la norma demandada las preserva adecuadamente al someter su manejo y su ejecución a un contrato celebrado entre la entidad territorial responsable y las autoridades del resguardo.

En tercer lugar, el planteamiento que la demanda hace de la incompetencia del Congreso para regular la materia, en razón de vulnerar alguna de las restricciones que se derivan de lo dicho sobre la ley orgánica

de ordenamiento territorial y del artículo constitucional transitorio, carece de fundamento cuando se tiene claridad de que los resguardos indígenas no son entidades territoriales, como sí lo son los territorios indígenas. Tanto la ley orgánica como el artículo constitucional transitorio se refieren a territorios indígenas, y no a otra cuestión. Por ello, el asunto de la incompetencia solamente incidiría en cuanto al inciso 3 del artículo acusado, que es en este momento una regulación meramente hipotética, sin ninguna posibilidad de aplicación práctica. Sin embargo, podría estimarse que lo dicho en este numeral por la ley es algo "relativo al funcionamiento de los territorios indígenas" y, por tanto, constituye un acto ejercido sin tener competencia para ello. También podría oponerse que lo regulado en la norma no es algo peculiar de los territorios indígenas, sino algo propio del régimen de las transferencias, de cara a las entidades territoriales. Con todo, no parece ser inconstitucional el vincular las transferencias a las entidades territoriales, y el prever la posibilidad de hacerlo directamente con los territorios indígenas, cuando ellos existan.